# LA PARTICIPATION DES PERSONNES PRIVÉES AU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX ÉCONOMIQUES : LE CAS DE L'ÉLARGISSEMENT DU DROIT DE PORTER PLAINTE À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Charles-Emmanuel Côté

Faculté de droit

Université McGill, Montréal

Août 2005

Thèse soumise à l'Université McGill en conformité avec les exigences prescrites pour l'obtention du grade de *Doctor of Civil Law* (D.C.L.)

© Charles-Emmanuel Côté 2005

Library and Archives Canada

Published Heritage Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et Archives Canada

Direction du Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

*Your file Votre référence*
*ISBN: 978-0-494-25293-2*
*Our file Notre référence*
*ISBN: 978-0-494-25293-2*

NOTICE:
The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:
L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

---

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

Canada

# RÉSUMÉ

La présente thèse explore les questions juridiques entourant la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques, en utilisant la problématique de l'élargissement du droit de porter plainte à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) comme cas d'étude. Une typologie du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC est développée dans une première partie, pour servir de « pont normatif » entre les phénomènes de la juridisation des relations commerciales internationales et de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux. Une étude comparative *de lege lata* sur la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économique est effectuée dans une deuxième partie, interpellant la théorie de la protection diplomatique du droit international général comme cadre d'analyse. Cette étude permet de faire l'inventaire des différents modes de participation des personnes privées existant actuellement dans la pratique des États, ainsi que d'identifier les problèmes systémiques qu'ils soulèvent, particulièrement dans le domaine de l'investissement étranger direct, où les développements sont les plus importants. Une étude *de lege feranda* sur l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC est effectuée dans une troisième partie, avec le concours de la typologie du régime spécial de responsabilité de ses membres et de l'étude comparative sur la pratique actuelle des États. La thèse démontre que les problèmes concernant les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends devraient être remédiés autrement que par l'octroi en leur faveur d'un accès direct à l'OMC, en recentrant l'attention sur le rôle premier de l'État comme médiateur des intérêts divergents dans la gouvernance du système commercial multilatéral, aussi est-il suggéré en conclusion que les membres de l'OMC explorent plutôt la possibilité de formaliser leur mécanisme interne de traitement des plaintes privées.

# *ABSTRACT*

This dissertation explores the legal issues raised by the participation of private persons in the settlement of international economic disputes, using the potential enlargement of legal standing in the World Trade Organisation (WTO) as a case study. In the first part, a typology of the special regime of responsibility of WTO Members is drawn, to serve as a "normative bridge" between the twin phenomenon of legalisation of international trade relations and judicialisation of international trade dispute settlement. In the second part, a comparative study of the participation of private persons in the settlement of international economic disputes is conducted, using the doctrine of diplomatic protection from general international law as the analytical framework. This permits an inventory of the various means of private participation in the current practice of States, as well as shedding light on the main systemic problems that are raised, notably in the field of foreign direct investment, where important developments have taken place. In the third part, a study *de lege feranda* on the enlargement of legal standing in the WTO dispute settlement mechanism is undertaken. The study is rooted in the previous analysis of the special regime of responsibility of WTO Members and the comparative survey on the participation of private parties in the settlement of international economic disputes. The dissertation demonstrates that the problems concerning private persons in the current mechanism should not be answered by offering them direct access to the WTO, but rather by refocusing attention on the central role of the State in the mediation of diverging interests in the governance of the world trading system. It proposes as a conclusion that WTO Members should instead look into formalising the process of handling private complaints at the domestic level.

# REMERCIEMENTS

Au départ de ce projet de recherche, il y eut mille et une rencontres aux quatre coins de l'Europe, qui firent naître en moi le désir de mieux comprendre les forces en marche dans la reconfiguration du monde depuis la chute du mur de Berlin.

La poursuite de ce projet n'aurait pas été possible sans le soutien financier du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH), du Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture (FQRSC), ainsi que de la Faculté de droit de l'Université McGill.

Je suis aussi très reconnaissant de la flexibilité dont les autorités du Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes du gouvernement du Québec ont fait preuve à mon égard, tout au long de mes études doctorales. Je tiens à remercier tout particulièrement M. Michel Frédérick.

Le haut niveau de la supervision dont j'ai eu la chance de bénéficier de la part de M. Stephen Toope a fait de mes études supérieures une expérience extrêmement enrichissante, tant au plan professionnel qu'au plan humain. Je le remercie profondément pour son soutien constant. À la Faculté de droit de l'Université McGill, l'aide et l'appui de M. Armand de Mestral m'ont été très précieux.

La rédaction d'une thèse de doctorat requiert aussi de manière indispensable des appuis hors du cercle universitaire. Je remercie MM. Steve Labonté et Sébastien Fréchette, pour leur soutien indéfectible et pour m'avoir rappelé qu'il y avait une vie hors de l'Université.

Finalement, mes plus grands remerciements vont à ma femme Kristien, qui a donné naissance à notre fille Clara-Lorca pendant la préparation de cette thèse, et dont la confiance et la patience inébranlables m'ont permis de mener à terme ce projet. Cette thèse lui est dédiée.

# TABLE DES MATIÈRES

**RÉSUMÉ** ..... **I**

***ABSTRACT*** ..... **II**

**REMERCIEMENTS** ..... **III**

**TABLE DES MATIÈRES** ..... **IV**

**TABLE DES ABRÉVIATIONS** ..... **IX**

**INTRODUCTION** ..... **1**

**I. LA NATURE JURIDIQUE DES DIFFÉRENDS PORTÉS À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE ET LEUR RÈGLEMENT** ..... **10**

**1.1 LA JURIDISATION DES RELATIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES** ... **11**

***1.1.1 Les deux dimensions de la juridisation des relations commerciales internationales*** ..... ***11***

***1.1.2 La création d'un droit conventionnel visant à libéraliser le commerce international et l'extension de sa portée*** ..... ***18***

a) Objet du droit international économique ..... 18

b) L'extension de la portée du droit international économique ..... 21

*(i) La Charte de La Havane* ..... 22

*(ii) Le GATT de 1947* ..... 24

*(iii) Les accords de l'OMC* ..... 26

***1.1.3 Le renforcement de la juridicité du droit international économique*** ..... ***29***

a) La juridicité douteuse du *GATT de 1947* ..... 29

b) La juridicité certaine des accords de l'OMC ..... 35

**1.2 LA JURIDICTIONNALISATION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX** ..... **40**

***1.2.1 Le règlement des différends commerciaux internationaux sous le régime du GATT de 1947*** ..... ***40***

a) Objet des plaintes portées auprès des PARTIES CONTRACTANTES ..... 42

b) Raffinement du processus décisionnel des PARTIES CONTRACTANTES ..... 46

c) Un mécanisme dominé par la diplomatie ..... 52

d) Les avancées de l'approche légaliste ..... 53

e) Rôle et statut des personnes privées ..... 54

***1.2.2 Le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC*** ..... ***55***

a) Objet des plaintes portées à l'OMC ..... 56

b) La consolidation de l'approche légaliste ..... 60

*(i) Unification et exclusivité du champ d'application du mécanisme de règlement des différends* ..... 60

*(ii) Principes généraux confortant l'approche légaliste* ..... 61

*(iii) Renforcement du légalisme dans la procédure d'examen des plaintes par un groupe spécial* ..... 63

*(iv) Renforcement du légalisme au stade de l'exécution des décisions et recommandations de l'ORD* ..66

*(v) Introduction de l'arbitrage international* ..... 68

c) Quelle place pour la diplomatie? ..... 69

d) Rôle et statut des personnes privées ..... 72

***1.2.3 La juridictionnalisation en question*** ..... ***74***

a) Les avantages de la juridictionnalisation ..... 74

*(i) Le rééquilibrage des rapports de force* ..... 74

*(ii) La transparence dans le règlement des différends internationaux* ..... 77

*(iii) La prévisibilité des politiques commerciales nationales* ..... 78

*(iv) L'affranchissement de l'État des pressions politiques internes* ..... 79

*(v) Autres avantages* ..... 81

b) Les désavantages de la juridictionnalisation ..... 82

*(i) L'inadéquation avec les différends internationaux polycentriques* ..... 82

*(ii) La perte du contrôle étatique sur le règlement du différend international* ..... 84

*(iii) Les avantages classiques de la diplomatie* ..... 85

*(iv) Les avantages de la diplomatie dans le contexte de l'OMC* ..... 86

c) Opportunité de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux ..... 87

d) Utilisation des modes diplomatiques de règlement des différends à l'OMC ..... 88
e) La juridictionnalisation du pouvoir décisionnel du souverain britannique : le Comité judiciaire du Conseil privé ..... 92

**1.3 LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES MEMBRES DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE FACE AU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL .... 95**

***1.3.1 Typologie du régime de responsabilité des membres de l'OMC ..... 97***

a) Le droit international de la responsabilité de l'État ..... 97
b) L'engagement de la responsabilité du membre de l'OMC ..... 101
c) Le contenu de la responsabilité du membre de l'OMC ..... 105
*(i) Abolition de l'obligation de réparation* ..... 106
*(ii) Consécration de l'obligation de cessation* ..... 113
*(iii) Obligation de réparation en situation de non-violation* ..... 116

***1.3.2 L'invocation de la responsabilité du membre de l'OMC ..... 117***

a) Conditions de fond ..... 118
*(i) Droits de l'État lésé en droit international général* ..... 118
*(ii) Droits de l'État autre que lésé en droit international général* ..... 120
*(iii) Droits des membres de l'OMC lésés* ..... 121
b) Conditions de forme ..... 126

***1.3.3 L'exécution coercitive des obligations secondaires du membre de l'OMC responsable..... 128***

a) Les contre-mesures et leur relation avec le droit international de la responsabilité de l'État ..... 128
b) Les moyens d'exécution coercitive des obligations secondaires du membre de l'OMC responsable..... 131
*(i) La compensation temporaire* ..... 132
*(ii) Les contre-mesures économiques : la suspension de l'application de concessions ou d'autres obligations résultant des accords de l'OMC* ..... 133
c) Les modalités d'imposition des contre-mesures économiques à l'OMC ..... 136
d) Mesures de solidarité et contre-mesures collectives à l'OMC ..... 139

**II. LES PERSONNES PRIVÉES ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX ÉCONOMIQUES ..... 141**

**2.1 L'INCAPACITÉ DE PRINCIPE DES PERSONNES PRIVÉES ET LA THÉORIE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE ..... 142**

***2.1.1 La théorie classique ..... 142***

***2.1.2 Premières remises en question avec l'essor de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine ..... 150***

***2.1.3 Éléments de controverse contemporaine ..... 154***

a) Objet des règles de la théorie de la protection diplomatique ..... 155
b) Remise en question du véritable titulaire des droits en cause ..... 157
c) Nature de la règle de l'épuisement des recours internes ..... 159

***2.1.4 La coexistence des préjudices médiat et immédiat et ses conséquences sur le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC ..... 161***

**2.2 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LES TRAITÉS D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE RÉGIONALE ..... 164**

***2.2.1 La Communauté européenne ..... 165***

a) La supranationalité et l'interpénétration des sphères communautaires et nationales ..... 167
b) Recours des personnes privées contre les institutions communautaires ..... 171
c) Recours des personnes privées contre les États membres ..... 173

***2.2.2 L'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) ..... 176***

***2.2.3 L'accord canadien sur le commerce intérieur ..... 185***

***2.2.4 Le Mercado común del Sur (MERCOSUR) ..... 191***

***2.2.5 L'Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (ANZCERTA).. 195***

***2.2.6 La zone de libre-échange de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ANASE)..... 199***

***2.2.7 Le projet de création de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) ..... 202***

**2.3 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT ..... 205**

***2.3.1 Genèse de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État ..... 206***

a) Les tribunaux et commissions mixtes de réclamations ..... 207
b) L'arbitrage commercial international et le règlement des différends relatifs aux contrats d'État ..... 211
c) Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ..... 213

d) Les traités bilatéraux d'investissement ..... 222
***2.3.2 Recours des investisseurs étrangers en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA ..... 233***
a) Les modalités d'opération du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* ..... 233
b) Typologie du recours des investisseurs étrangers en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* : la reconnaissance du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État ..... 243
c) Problèmes systémiques posés par la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État opérée par le chapitre 11 de l'*ALÉNA* ..... 247
*(i) Problèmes posés par l'action des investisseurs étrangers : la nature controversée du champ d'application du chapitre 11 de l'ALÉNA* ..... 248
—Enclenchement prématuré du mécanisme de règlement des différends ..... 249
—Interprétation de mesure « concernant » un investisseur ou un investissement ..... 253
—Inclusion des décisions judiciaires dans la notion de « mesure » ..... 257
—Portée potentielle du régime applicable au stade pré-investissement ..... 261
—Portée de la notion d'« investissement » ..... 263
—Soumission d'une plainte par un résident permanent d'une Partie contractante ..... 264
*(ii) Problèmes posés par l'action des Parties contractantes : le recours aux soupapes du chapitre 11 de l'ALÉNA* ..... 266
—Requête en annulation de la sentence arbitrale devant les tribunaux du lieu du for ..... 268
—Adoption d'une interprétation obligatoire par la Commission du libre-échange ..... 273
*(iii) Problèmes posés par les pressions exercées et subies par le mécanisme* ..... 279
—Pressions exercées sur les mécanismes interétatiques de règlement des différends relatifs à d'autres domaines du droit international économique ..... 279
—Pressions subies par le mécanisme de la part de la société civile ..... 282
*(iv) Contribution du chapitre 11 de l'ALÉNA à l'étude de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques* ..... 285
—Contribution réelle à la mise en œuvre du droit international économique ..... 285
—Nécessité de soupapes pour maintenir la souveraineté étatique ..... 288
***2.3.3 Extension du modèle du chapitre 11 de l'ALÉNA dans la pratique conventionnelle des États ..... 289***
a) Application du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan bilatéral ..... 290
b) Application du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan régional ..... 294
c) Application réussie du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan multilatéral : le *Traité sur la Charte de l'énergie* (*TCE*) ..... 298
*(i) L'effondrement du Bloc de l'Est et la géopolitique du pétrole : l'importance du TCE au-delà du secteur de l'énergie* ..... 299
*(ii) Survol du Traité sur la Charte de l'énergie* ..... 303
*(iii) L'article 26 : la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte pour violation du Traité* ..... 309
*(iv) L'impact du TCE sur l'évolution de la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques* ..... 318
d) Application ratée du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan multilatéral : le projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement* (*AMI*) ..... 322
**2.4 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL DE LA MER ..... 327**
***2.4.1 Le recours en prompte mainlevée ..... 328***
***2.4.2 Les recours concernant les activités dans la Zone internationale des fonds marins ..... 333***
***2.4.3 Les clauses compromissoires ..... 336***
**2.5 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LE PROTO-DROIT INTERNATIONAL DE LA CONCURRENCE : DUMPING, SUBVENTIONS ET AU-DELÀ ..... 337**
***2.5.1 Le proto-droit international de la concurrence ..... 338***
a) Les pratiques commerciales restrictives ..... 338
b) Le dumping et les subventions ..... 340
***2.5.2 Le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 19 de l'ALÉNA en matière de droits antidumping et compensateurs ..... 342***
**2.6 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LES DOMAINES LIÉS À LA LIBÉRALISATION DU COMMERCE INTERNATIONAL : TRAVAIL ET ENVIRONNEMENT ..... 348**

**III. LES PROBLÈMES DU MÉCANISME ACTUEL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE ET L'OPPORTUNITÉ D'EN ÉLARGIR L'ACCÈS AUX PERSONNES PRIVÉES ..... 357**

**3.1 LES PROBLÈMES POSÉS PAR LE MÉCANISME ACTUEL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE CONCERNANT LES PERSONNES PRIVÉES ..... 358**

***3.1.1 Le caractère discrétionnaire de la décision du membre de porter plainte à l'OMC ..... 359***

***3.1.2 Le manque de ressources étatiques ..... 361***

***3.1.3 L'impossibilité de porter plainte contre son État de nationalité ..... 361***

***3.1.4 Les atteintes aux principes de la justice fondamentale et à l'efficacité processuelle ..... 363***

***3.1.5 La malprotection des intérêts collectifs par opposition à l'intérêt général ..... 364***

***3.1.6 L'omission de tenir compte de l'affaiblissement du rôle de l'État dans la médiation des intérêts divergents ..... 366***

***3.1.7 L'omission de tenir compte de l'affaiblissement du rôle de l'État comme gardien de la paix et de la sécurité internationales ..... 368***

***3.1.8 Le manque de transparence ..... 369***

**3.2 LES VOIES ALTERNATIVES À L'ÉLARGISSEMENT DU DROIT DE PORTER PLAINTE À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE EN FAVEUR DES PERSONNES PRIVÉES ..... 370**

***3.2.1 La participation des personnes privées à titre d'amicus curiae dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ..... 371***

a) Les origines, la nature et l'évolution de la participation à titre d'*amicus curiae* devant les juridictions internes et internationales ..... 371

b) Développements récents à l'OMC ..... 377

c) Évaluation ..... 386

***3.2.2 La formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des personnes privées ..... 391***

a) Le mécanisme interne des États-Unis : les articles 301 à 310 du *Trade Act of 1974* ..... 393

b) Le mécanisme interne de la Communauté européenne : le règlement n° 3286/94 sur les obstacles au commerce ..... 404

c) L'absence de formalisation par les autres membres de l'OMC : l'exemple de la pratique gouvernementale canadienne ..... 413

d) Évaluation ..... 417

***3.2.3 La représentation du membre de l'OMC par les personnes privées affectées par le différend commercial international ..... 422***

a) La présentation de la réclamation internationale de l'État par une personne privée ..... 423

b) Évaluation ..... 429

***3.2.4 L'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne ..... 431***

a) L'invocabilité des traités en droit interne ..... 432

b) L'état du droit concernant l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne ..... 437

*(i) Conditions juridiques internationales de l'invocabilité des accords de l'OMC* ..... 438

*(ii) Conditions juridiques internes de l'invocabilité des accords de l'OMC* ..... 440

*(iii) Assouplissements du refus de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC* ..... 447

c) Évaluation ..... 453

**3.3 L'ÉLARGISSEMENT DU DROIT DE PORTER PLAINTE À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE EN FAVEUR DES PERSONNES PRIVÉES ..... 455**

***3.3.1 Les modalités juridiques de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ..... 457***

a) La nature juridique d'un recours privé à l'OMC : la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC ..... 457

b) La procédure de modification du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ..... 464

c) Les modalités d'opération possibles d'un recours privé à l'OMC ..... 465

*(i) La portée personnelle du recours privé à l'OMC* ..... 465

*(ii) La portée matérielle du recours privé à l'OMC* ..... 469

*(iii) L'encadrement procédural du recours privé à l'OMC* ..... 470

***3.3.2 Les effets juridiques potentiels de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ..... 475***

a) Les effets juridiques potentiels sur le système commercial multilatéral ..... 476

*(i) Juridisation accrue des relations commerciales internationales* ..... 476

*(ii) Amélioration de la mise en œuvre du droit international économique* ..... 480

*(iii) Coexistence des recours internationaux privés et étatiques à l'OMC* ..... 481
b) Les effets juridiques potentiels sur le droit international public ..... 485
*(i) Statut juridique des personnes privées en droit international* ..... 485
*(ii) Multiplication des juridictions internationales et fragmentation du droit international* ..... 489
***3.3.3 Les arguments favorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ..... 493***
a) Le caractère non indispensable de la qualité étatique du plaignant ..... 493
b) Réponses aux problèmes concernant les personnes privées bénéficiaires du système commercial multilatéral ..... 495
c) La dépolitisation des différends commerciaux internationaux ..... 500
d) L'amélioration de la mise en œuvre volontaire de la responsabilité du membre de l'OMC ..... 502
e) Le renforcement de la primauté du droit dans les relations commerciales internationales ..... 504
***3.3.4 Les arguments défavorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ..... 506***
a) La supériorité de l'État comme médiateur des intérêts divergents ..... 507
b) La nature polycentrique des différends commerciaux internationaux et la finalité transcendante du système commercial multilatéral : la contribution au maintien de la paix et de la sécurité internationales ..... 510
c) La non transférabilité du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État du nouveau droit international de l'investissement étranger direct ..... 516
d) Le manque de ressources de l'OMC et de certaines personnes privées ..... 518
e) La question de la légitimité des personnes privées plaignantes ..... 518
f) L'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD ..... 519
g) Le retour à l'interétatisme au stade de l'exécution coercitive de l'obligation secondaire de cessation du membre de l'OMC responsable ..... 520
h) La promotion exclusive de la finalité première du système commercial multilatéral : la libéralisation du commerce mondial ..... 522
***3.3.5 Le cycle de négociations de Doha et les perspectives de réalisation de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ..... 524***

**CONCLUSION ..... 529**

**BIBLIOGRAPHIE ..... 537**

# TABLE DES ABRÉVIATIONS

| | |
|---|---|
| A.C. | *Appeal Cases* |
| A.C.D.I. | *Annuaire canadien de droit international* |
| A.J.I.L. | *American Journal of International Law* |
| Alta. L. Rev. | *Alberta Law Review* |
| Am. Bus. L.J. | *American Business Law Journal* |
| Am. Rev. Int'l Arb. | *American Review of International Arbitration* |
| Am. U.J. Int'l L & Pol'y | *American University Journal of International Law and Policy* |
| Am. U. Int'l L. Rev. | *American University International Law Review* |
| Ann. fran. dr. int. | *Annuaire français de droit international* |
| Ann. suisse dr. int. | *Annuaire suisse de droit international* |
| A.L.R. | *Australian Law Reports* |
| Ariz. J. Int'l & Comp. L. | *Arizona Journal of International and Comparative Law* |
| Austr. T.S. | *Australia Treaty Series* |
| Arb. Int'l | *Arbitration International* |
| Boston Col. Int'l & Comp. L. Rev. | *Boston College International and Comparative Law Review* |
| Brit. Y.B. Int'l L. | *British Yearbook of International Law* |
| Buffalo L. Rev. | *Buffalo Law Review* |
| C. de D. eur. | *Cahiers de droit européen* |
| Cambridge L.J. | *Cambridge Law Journal* |
| Cambridge Y.B. Eur. Leg. Stud. | *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* |
| Can. Int'l Lawyer | *Canadian International Lawyer* |
| Case W. Res. J. Int'l L. | *Case Western Reserve Journal of International Law* |
| C.F. | *Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* |
| C.J.C.E. Rec. | *Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* |
| C.I.J. Rec. | *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice* |
| C.L.R. | *Commonwealth Law Reports* |
| C.M.L. Rev. | *Common Market Law Review* |
| Colum. J. Transnat'l L. | *Columbia Journal of Transnational Law* |
| Cornell Int'l L.J. | *Cornell International Law Journal* |
| C.P.J.I. (Sér. A) | *Publications de la Cour permanente de justice internationale : Série A : Recueil des arrêts* |

| | |
|---|---|
| C.P.J.I. (Sér. A/B) | *Publications de la Cour permanente de justice internationale : Série A/B : Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* |
| C.P.J.I. (Sér. B) | *Publications de la Cour permanente de justice internationale : Série B : Recueil des avis consultatifs* |
| D.J.I. | *Documentation juridique internationale* |
| D.O.R.S. | *Décrets, ordonnances et règlements* |
| Duke L.J. | *Duke Law Journal* |
| Ecology L.Q. | *Ecology Law Quaterly* |
| Env. & Plan. L.J. | *Environment and Planning Law Journal* |
| Envtl. L. | *Environmental Law* |
| Eur. J. Int'l L. | *European Journal of International Law* |
| Eur. L.J. | *European Law Journal* |
| F.R. | *Federal Register* |
| Flor. J. Int'l L. | *Florida Journal of International Law* |
| Fordham Int'l L.J. | *Fordham International Law Journal* |
| Fordham L. Rev. | *Fordham Law Review* |
| Ga. J. Int'l & Comp. L. | *Georgia Journal of International and Comparative Law* |
| Geo. Int'l Envtl. L. Rev. | *Georgetown International Environmental Law Review* |
| Geo. J. Legal Ethics | *Georgetown Journal of Legal Ethics* |
| Harv. Int'l L.J. | *Harvard International Law Journal* |
| Harv. L. Rev. | *Harvard Law Review* |
| I.B.D.D. | *Instruments de base et documents divers* |
| I.C.L.Q. | *International and Comparative Law Quaterly* |
| I.C.S.I.D. Rep. | *Reports of Cases Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965* |
| I.C.S.I.D. Rev. | *International Center for the Settlement of Investment Disputes Review* |
| I.E.H.C. | *Irish High Court* (British and Irish Legal Information Institute) |
| I.L.M. | *International Legal Materials* |
| Indian J. Int'l L. | *Indian Journal of International Law* |
| Int'l Bus. Lawyer | *International Business Lawyer* |
| Int'l Lawyer | *International Lawyer* |
| Int'l Tax & Bus. Lawyer | *International Tax and Business Lawyer* |
| Int'l Trade & Bus. L.J. | *International Trade and Business Law Journal* |
| I.O. | *International Organization* |
| Iran-U.S. C.T.R. | *Iran-United States Claims Tribunal Reports* |
| J.C.P. A. | *Semaine juridique (Administrations et collectivités territoriales)* |

| | |
|---|---|
| J.D.I. | *Journal du droit international* |
| J. Energy & Nat. Res. L. | *Journal of Energy and Natural Resources Law* |
| J. Int'l Arb. | *Journal of International Arbitration* |
| J. Int'l Dispute Res. | *Journal of International Dispute Resolution* |
| J. Int'l Econ. L. | *Journal of International Economic Law* |
| J.O.C.E. | *Journal officiel des Communautés européennes* |
| J. World T. | *Journal of World Trade* |
| L. & Pol'y Int'l Bus. | *Law and Policy of International Business* |
| L.C. | *Lois du Canada* |
| L.R.C. | *Lois révisées du Canada* |
| L.R.Q. | *Lois refondues du Québec* |
| Maastricht J. Eur. & Comp. L. | *Maastricht Journal of European and Comparative Law* |
| Mich. J. Int'l L. | *Michigan Journal of International Law* |
| Mich. L. Rev. | *Michigan Law Review* |
| Neb. L. Rev. | *Nebraska Law Review* |
| N.Z.L.J. | *New Zealand Law Journal* |
| N.Z.L. Rev. | *New Zealand Law Review* |
| Netherl. Y.B. Int'l L. | *Netherlands Yearbook of International Law* |
| Notre Dame L. Rev. | *Notre Dame Law Review* |
| Nw. J. Int'l L. & Bus. | *Northwestern Journal of International Law and Business* |
| N.Y.U. J. Int'l L. & Pol'y | *New York University Journal of International Law and Policy* |
| Oil & Gas L. & Tax. Rev. | *Oil and Gas Law and Taxation Review* |
| Oxford J. Leg. Stud. | *Oxford Journal of Legal Studies* |
| Pace Int'l L. Rev. | *Pace International Law Review* |
| RabelsZ. | *Rabels Zeitschrift fur auslandische und internationale Privatrecht* |
| R.D.A.I. | *Revue de droit des affaires internationales* |
| R.D. McGill | *Revue de droit de McGill* |
| R.D.U.S. | *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* |
| Rec. cours | *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* |
| Rev. arb. | *Revue de l'arbitrage* |
| Rev. B.D.I. | *Revue belge de droit international* |
| Rev. D.I.P. | *Revue générale de droit international public* |
| Rev. I.D.E. | *Revue internationale de droit économique* |
| Rev. M.C.U.E. | *Revue du marché commun et de l'Union européenne* |
| R.E.D.C. | *Revue européenne de droit de la consommation* |
| R.G.D. | *Revue générale de droit* |
| R.J.Q. | *Répertoire de jurisprudence du Québec* |
| R.J.T. | *Revue juridique Thémis* |

| | |
|---|---|
| R.S.A. | *Recueil des sentences arbitrales* |
| R.T. Can. | *Recueil de traités du Canada* |
| R.T.D. eur. | *Revue trimestrielle de droit européen* |
| R.T.N.U. | *Recueil de traités des Nations Unies* |
| Sask. L. Rev. | *Saskatchewan Law Review* |
| Sing. L. Rev. | *Singapour Law Review* |
| Stan. J. Int'l L. | *Stanford Journal of International Law* |
| S.T.E. | *Série des traités européens* |
| Sydney L. Rev. | *Sydney Law Review* |
| Temple Int'l & Comp. L.J. | *Temple International and Comparative Law Journal* |
| Texas Int'l L.J. | *Texas International Law Journal* |
| T.I.D.M. Rec. | *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances du Tribunal international du droit de la mer* |
| U.C. Davis L. Rev. | *U.C. Davis Law Review* |
| U.C.L.A. Pac. Basin L.J. | *U.C.L.A. Pacific Basin Law Journal* |
| U. Pa. J. Int'l Econ. L. | *University of Pennsylvannia Journal of International Economic Law* |
| U.S.C. | *United States Code* |
| Vir. J. Int'l L. | *Virginia Journal of International Law* |
| Yale J. Int'l L. | *Yale Journal of International Law* |
| Y.B. Comm. Arb. | *Yearbook : Commercial Arbitration* |
| Y.B. Int'l Envtl. L. | *Yearbook of International Environmental Law* |

I thereupon came to believe that if we could eliminate this bitter economic rivalry, if we could increase commercial exchanges among nations over lowered trade and tariffs barriers and remove unnatural obstructions to trade, we would go a long way toward eliminating war itself[1].

Cordell HULL

Le libéralisme économique, c'est l'extension du domaine de la lutte, son extension à tous les âges de la vie et à toutes les classes de la société[2].

Michel HOUELLEBECQ

# INTRODUCTION

Les grandes entreprises privées jouent un rôle sans cesse grandissant dans la nouvelle économie mondialisée. L'effacement graduel de l'État au profit de ces entreprises, dans les relations internationales économiques, peut même sembler inéluctable sous l'impulsion de la libéralisation du commerce mondial, où les politiques publiques devraient céder le pas aux seuls intérêts marchands. La société civile transnationale semble de son côté vouloir abandonner l'espace étatique et s'être résolue à promouvoir les intérêts non-commerciaux et à lutter contre les grandes entreprises privées au plan mondial. Cet accroissement de la présence des personnes privées sur la scène internationale est particulièrement apparent dans le règlement des différends, où la frontière entre les intérêts public et privés est de plus en plus difficile à tracer, en raison de l'expansion considérable du droit international économique. L'intensification de l'arbitrage international mixte due à la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers de poursuivre un État en est une des illustrations les plus frappantes et les plus médiatisées. La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques semble devoir s'accélérer et soulève de nombreuses questions juridiques complexes allant au cœur des prémisses classiques du droit international public.

---

[1] C. Hull, *The Memoirs of Cordell Hull,* New-York, MacMillan, 1948 à la p. 84.
[2] M. Houellebecq, *Extension du domaine de la lutte,* Paris, J'ai lu, 2001 à la p. 100.

Un trait remarquable du droit international contemporain est effectivement le souffle nouveau et le développement soutenu que connaît le droit international économique depuis plus d'une décennie. Si les relations internationales portent depuis longtemps, sinon toujours, sur les échanges commerciaux entre les États ou les entités qui les ont précédés, la vaste entreprise de libéralisation du commerce international à l'échelle mondiale, au moyen de traités, est un phénomène relativement nouveau, datant de la fin de la Deuxième Guerre mondiale. L'achèvement de la Guerre froide ainsi que l'effondrement de l'Union soviétique et, plus largement, de l'idéologie communiste, se sont traduits par un nouvel élan du processus de libéralisation du commerce international, participant de ce qu'il est convenu d'appeler le « consensus de Washington »[3], dont la réalisation la plus spectaculaire fut sans doute la conclusion des accords de Marrakech en 1994, qui a permis la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cette nouvelle organisation internationale se trouve au cœur de ce phénomène équivoque qu'est la mondialisation[4], et la portée accrue des accords de libéralisation commerciale fait en sorte que de très nombreuses réglementations nationales peuvent désormais y faire l'objet de plaintes de la part des États qui en sont membres. L'extension considérable du droit international économique et son interpénétration croissante avec le droit interne des États commencent même à poser la question de savoir si l'on n'assiste pas aux premières manifestations de l'avènement d'un fédéralisme mondial[5], ou d'un gouvernement mondial au sein duquel l'OMC occuperait une place de choix et où les personnes privées ne voudraient pas être en reste.

Le mécanisme interétatique de règlement des différends de l'OMC est généralement considéré comme une de ses réalisations les plus spectaculaires, en raison

---

[3] Cette expression galvaudée renvoie aux « dix commandements » des institutions de Bretton-Woods au tournant des années 1990, concernant la politique économique qui devait être appliquée par les pays d'Amérique latine : discipline fiscale; réorientation des dépenses publiques prioritaires vers les secteurs offrant des retombées économiques élevées et permettant d'améliorer la redistribution de la richesse; réforme de la taxation; libéralisation des taux d'intérêts; taux de change compétitif; libéralisation du commerce; libéralisation des flux entrants d'investissement étranger direct; privatisation; déréglementation; protection de la propriété privée. Voir J. Williamson, « What Washington Means by Policy Reforms » dans J. Williamson, dir., *Latin American Adjustment : How Much As Happen?*, Washington (D.C.), Institute of International Economics, 1990; J. Williamson, « What Should the World Bank Think About the Washington Consensus? » (2000) 15 *World Bank Research Observer* 251.

[4] Voir généralement P. de Senarclens, *La mondialisation : théories, enjeux et débats*, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 2002 aux pp. 71-96.

[5] Voir généralement M.J. Frankman, *World Democratic Federalism : Peace and Justice Indivisible*, Houndsmill (Royaume-Uni), Palgrave Macmillan, 2004.

de la juridictionnalisation qu'il a connue en comparaison avec le mécanisme qui existait depuis cinquante ans pour le règlement des différends commerciaux internationaux. Le rôle du droit comme base du règlement du différend y a été grandement renforcé et le processus épouse désormais la forme d'une juridiction internationale de manière presque parfaite. La fréquence de l'utilisation du nouveau mécanisme et le taux élevé de mise en œuvre de ses décisions expliquent également cet enthousiasme. Son intérêt dépasse même le droit international économique, puisqu'il s'agit d'une des instances internationales ayant la compétence obligatoire la plus étendue, un État pouvant y attraire un autre sans son consentement et obtenir une décision obligatoire. Ainsi la diminution de la souveraineté de l'État causée par la mondialisation de l'économie semble-t-elle s'être répercutée dans le règlement des différends commerciaux internationaux.

Dans ce contexte, plusieurs auteurs se sont faits fort de réclamer que ce processus de juridictionnalisation se poursuive par l'élargissement de l'accès au mécanisme en reconnaissant aux personnes privées le droit d'y porter plainte[6]. L'idée avait d'abord été suggérée dans la doctrine par John Jackson, Jean-Victor Louis et Mitsuo Matsushita, en 1984, après la conclusion du cycle de Tokyo, qui avait vu la portée matérielle des règles du droit international économique s'étendre considérablement. Ces auteurs y voyaient une

---

[6] Voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 4ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998 aux pp. 72-74; G.E. Evans, *Lawmaking under Trade Constitution : A Study in Legislating by the World Trade Organization*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 aux pp. 231-236; L.D. Roberts, « Beyond Notions of Diplomacy and Legalism : Building a Just Mechanism for WTO Dispute Resolution » (2003) 40 Am. Bus. L.J. 511; J.A. Ragosta, « Unmasking the WTO—Access to the DSB System : Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"? » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 739 aux pp. 746-749; E. Kessie, « Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO » (2000) 34:6 J. World. T. 1 aux pp. 9-11; P.C. Mavroidis *et al.*, « Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results? » (1998) 32:2 J. World T. 147; T.J. Schoenbaum, « WTO Dispute Settlement : Praise and Suggestions for Reform » (1998) 47 I.C.L.Q. 647 aux pp. 656-659; A. Kupfer Schneider, « Democracy and Dispute Resolution : Individual Rights in International Trade Organizations » (1998) 19 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 587 [ci-après Kupfer Schneider, « Individual Rights »]; G.T. Schleyer, « Power to the People : Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System » (1997) 65 Fordham L. Rev. 2275; G.R. Shell, « The Trade Stakeholders Model and Participation by Nonstate Parties in the World Trade Organization » (1996) 17 U. pa. J. Int'l Econ. L. 359 [ci-après Shell, « Trade Stakeholders Model »]; B.-R. Killmann, « The Access of Individuals to International Trade Dispute Settlement » (1996) 13 J. Int'l Arb. 143; M. Lukas, « The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements » (1995) 29:5 J. World T. 181; G.R. Shell, « Trade Legalism and International Relations Theory : An Analysis of the World Trade Organization » (1995) 44. Duke L.J. 829 [ci-après Shell, « Trade Legalism »]. Voir aussi N. Gal-Or, « Private Party Direct Access : A Comparison of the NAFTA and the EU Discipline » (1998) 21 Boston Col. Int'l & Comp. L. Rev. 1; J. Byrne, « NAFTA Dispute Resolution : Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access » (2000) 35 Texas Int'l L. J. 387; D.S. Huntington, « Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement » (1993) 34 Harv. Int'l L.J. 407.

solution de rechange pour assurer la mise en œuvre de ce droit, par rapport aux difficultés posées par la reconnaissance de l'invocabilité de ses normes dans le droit interne des États qui y avaient souscrit : « *Those factors could lead governments to be willing to accept some sort of a mechanism by which individual citizens or firms could appeal directly to an international body like the GATT to determine whether a government obligated under the GATT or one of its codes has taken an action that is inconsistent with its international obligations* »[7]. L'idée est revenue à l'avant-scène juste après la conclusion du cycle de l'Uruguay et la création de l'OMC. La question est maintenant d'une grande acuité puisqu'elle se pose désormais dans un contexte de capacité internationale accrue des personnes privées dans plusieurs branches du droit international public, qu'il s'agisse par exemple des entreprises privées dans le domaine de l'investissement étranger direct, des individus dans celui des droits fondamentaux de la personne humaine, ou encore des organisations non gouvernementales (ONG) dans celui de l'environnement. La conduite d'une étude sur les aspects juridiques de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques et son application au domaine particulier des différends commerciaux internationaux apparaît donc pouvoir contribuer avantageusement à l'avancement des connaissances en droit international contemporain.

Les études sur le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC négligent généralement de s'interroger sur la relation juridique entre ce règlement et les règles de fond prescrites par les accords de l'OMC. On insiste beaucoup sur la nature politique et économique de ces différends pour expliquer l'incapacité du droit de les saisir pleinement. Il nous est apparu nécessaire d'approfondir l'analyse de cet espace méconnu, aussi avons-nous interpellé pour ce faire les travaux récents de la Commission du droit international (CDI) de l'Organisation des Nations Unies (ONU) sur la codification et le développement progressif du droit international de la responsabilité de l'État. Ce droit renouvelé servira de fil conducteur tout au long de notre thèse, puisqu'il invite à une conception plus large de la responsabilité de l'État, qui permet de saisir des réalités plus complexes; il rend possible une meilleure compréhension juridique de la

---

[7] J.H. Jackson, J.-V. Louis et M. Matsushita, *Implementing the Tokyo Round : National Constitutions and International Economic Rules*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1984 à la p. 208.

place des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques. En insistant sur l'existence de ce pont normatif entre les règles de fond du droit international économique et le règlement des différends commerciaux internationaux, il est aussi possible de remettre en question l'autorité quasi-absolue que certains voudraient voir incarnée par la juridiction internationale. Son autorité est circonscrite par le droit international de la responsabilité de l'État[8].

La question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC est fréquemment traitée de manière indistincte dans le contexte plus large de la problématique de la transparence et de l'ouverture de l'OMC à la société civile. Cette confusion pourrait être contre-productive, puisque les intérêts des personnes privées qui auraient avantage à jouir d'un recours à l'OMC sont à l'opposé de ceux de la plupart des ONG qui souhaiteraient pouvoir participer à ses travaux, que ce soit dans le cadre de son mécanisme de règlement des différends ou dans celui de ses autres fonctions[9]. Il nous apparaît donc important de bien séparer ces deux questions pour mieux en analyser tous les aspects politiques et juridiques, même si elles peuvent sembler être liées à première vue. Nous nous intéresserons uniquement à la question de l'accès des personnes privées au mécanisme de règlement des différends de l'OMC à titre de plaignant, cette question ayant été moins étudiée que la seconde et s'inscrivant parfaitement dans la continuité des travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État.

Il convient d'entrée de jeu de préciser certains concepts fondamentaux qui traverseront l'ensemble de notre thèse. Personnage principal, la personne privée renvoie en droit international public aux personnes physiques et aux personnes morales de droit privé, par opposition aux personnes publiques que sont les États[10]. Le concept englobe donc les individus, les sociétés privées nationales, transnationales ou multinationales,

---

[8] Cette remarque évoque le débat ayant court en droit privé dans les pays appartenant à la tradition juridique de la *common law*, concernant le « *discretionary remedialism* », ou l'étendue de la compétence de la juridiction nationale pour répondre au litige qu'elle est chargée de connaître et lui apporter des solutions pour remédier à ses conséquences. Voir P. Birks, « Rights, Wrongs, and Remedies » (2000) 20 Oxford J. Leg. Stud. 1; S. Evans, « Defending Discretionary Remedialism » (2001) 23 Sydney L. Rev. 461; D.W.M. Waters, « Liability and Remedy : An Adjustable Relationship » (2001) 64 Sask. L. Rev. 429.

[9] Voir D.M. McRae, « What is the Future of WTO Dispute Settlement? » (2004) 7 J. Int'l Econ. L. 3 à la p. 12 [ci-après McRae, « Future of WTO Dispute Settlement »].

[10] Voir J. Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p. 824. Un synonyme usuel de « personne privée » en droit international public est « particulier ». Voir M. Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p. 258.

ainsi que les ONG. L'expression analogue « acteur non-étatique » (« *non-state actor* ») est fréquemment utilisée dans la doctrine anglo-saxonne, mais nous la réserverons à un usage davantage lié à la science politique lorsque nous discuterons des réalités de la société internationale ou du système commercial multilatéral.

Nous entendons par « différend international » tout désaccord sur un point de droit ou de fait mettant en cause l'application ou l'interprétation du droit international public dans une relation transnationale, c'est-à-dire qui implique des parties provenant de différents États. Les parties au litige sont généralement les États eux-mêmes, sujets de droit international, auquel cas il s'agit d'un différend international interétatique, mais il peut exceptionnellement opposer un État et une personne privée, auquel cas il s'agit d'un différend international mixte. Certaines définitions de « différend international » limitent l'expression aux différends opposant deux sujets de droit international ou deux États[11]. Ces définitions classiques ne semblent plus coller à la réalité de la société internationale contemporaine au sein de laquelle les personnes privées sont capables d'attraire un État devant une juridiction internationale pour violation du droit international public[12]. La définition que nous proposons a l'avantage de ne pas préjuger de la question de savoir si cette capacité internationale des personnes privées en a fait des sujets de droit international. Puisque les différends internationaux qui nous intéressent impliquent l'application et l'interprétation du droit international public, il s'agit toujours de différends juridiques[13]. Les litiges entre deux personnes privées sont donc exclus de cette expression, parce qu'ils ne relèvent pas du droit international public. Nous ne nous intéresserons pas davantage aux différends entre organisations internationales et personnes privées, parce que les différends qui mettraient en cause l'OMC elle-même

---

[11] Voir Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *ibid.* à la p. 338. Voir aussi J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 2ème éd., Cambridge, Grotius, 1991 à la p. 1; R.B. Bilder, « An Overview of International Dispute Settlement » (1986) 1 J. Int'l Dispute Res. 1 aux pp. 3-4, réédité dans M.E. O'Connell, dir., *International Dispute Settlement*, Aldershot (R.-U.), Ashgate, 2003, 3 aux pp. 5-6.

[12] Philip Jessup a proposé l'expression « *Transnational Law* » pour couvrir l'ensemble des normes juridiques internes et internationales s'appliquant aux actions ou évènements transcendant les frontières étatiques. La problématique qui nous intéresse renvoie à la participation des personnes privées dans la mise en œuvre du droit international public, c'est pourquoi nous n'utiliserons pas les expressions droit transnational ou différend transnational, qui ont une acception plus globale. Voir P.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956 aux pp. 1-2.

[13] Il semble même possible d'affirmer que tout différend international est juridique et justiciable en raison du caractère théoriquement fini et complet de l'ordre juridique international. Voir Bilder, *supra* note 11 aux pp. 16-17 (18-19 dans la réédition); Salmon, *supra* note 10 à la p. 339.

échappent à son mécanisme de règlement des différends, et que celle-ci n'a pas le pouvoir d'adopter du droit international dérivé susceptible d'affecter les personnes privées[14].

Le différend international économique implique un litige concernant l'application ou l'interprétation du droit international économique. Nous utilisons la définition restrictive de ce droit, suivant laquelle il s'agit de la branche du droit international public qui régit les actions et relations de nature économique des sujets de droit international, au premier rang desquels se trouvent les États. Il comprend l'ensemble du droit international conventionnel visant à libéraliser les échanges commerciaux entre les États, c'est-à-dire le droit international du commerce international, ou droit du commerce international, mais aussi le droit monétaire international, de même que le droit international du développement et de l'investissement étranger direct. Contrairement à Dominique Carreau et Patrick Juillard, nous estimons, à l'instar notamment d'Ignaz Seidl-Hohenveldern et Asif Qureshi, qu'il faut rejeter également du champ du droit international économique le droit national régissant les relations internationales économiques, puisqu'il ne peut s'agir, par définition, de droit international[15]. Il exclut donc le droit interne régissant les transactions commerciales internationales privées, comme par exemple la vente internationale de marchandises, puisque le droit international économique doit être rigoureusement rattaché au droit international public[16]. Certains auteurs, tout en acceptant de rattacher le droit international économique au droit international public, lui donne cependant une acception beaucoup plus large, embrassant l'ensemble des aspects du droit international public pouvant être rattachés aux rapports économiques, y incluant par exemple les règles sur la souveraineté territoriale et sur la

---

[14] Voir généralement C. Dominicé, « Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées » (1999) 45 Ann. fr. dr. int. 623.

[15] Voir Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 6-9; I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, La Haye, Kluwer International Law, 1999 aux pp. 1-2; A.H. Qureshi, *International Economic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999 aux pp. 5-15.

[16] L'expression « droit commercial international » pourrait renvoyer au droit interne régissant les transactions commerciales internationales privées, mais l'usage de cette expression et de ses équivalents anglais « *International Commercial Law* » ou « *International Trade Law* » prête à confusion, même dans les documents officiels de l'ONU ou de l'OMC. Voir par ex. *Création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés. AG 2205/(XXI), Doc. off. AG NU, 21ème sess., supp. n° 16, Doc. NU A/6316 (1966) 103 (qui utilise l'expression « droit commercial international » ou « *International Trade Law* » pour renvoyer au droit interne régissant les transactions commerciales internationales privées). *Contra Mémorandum d'accord*, *infra* note 76, art. 8(1) (qui utilise l'expression « droit commercial international » ou « *International Trade Law* » pour renvoyer vraisemblablement au droit international (public) économique des échanges commerciaux internationaux).

propriété des ressources naturelles[17]. Vu dans cette perspective, il devient difficile de délimiter clairement le droit international économique du droit international public, aussi ne retiendrons-nous pas cette définition pour les fins de notre thèse. Nous utiliserons l'expression « droit international économique » dans son acception réduite à sa branche applicable à la libéralisation des échanges commerciaux internationaux, à moins que le contexte n'indique un renvoi à son acception générale réunissant ses trois branches. Le différend commercial international est ainsi le différend international économique concernant l'application du droit international économique de la libéralisation des échanges commerciaux internationaux.

Nous avons sciemment choisi de ne pas traiter des aspects internationaux du fédéralisme et de la problématique sœur de la participation des entités fédérées dans le règlement des différends internationaux. Loin de s'expliquer par un manque d'intérêt de notre part, cette omission a été rendue nécessaire à des fins de concision et de cohérence de notre propos, en raison de la distinction importante qu'il y a lieu de faire entre les personnes privées et les entités fédérées, personnes publiques au même titre que les États souverains. Notre étude pourrait néanmoins contribuer à l'avancement de celle de la participation des entités fédérées dans le règlement des différends internationaux.

Notre thèse est divisée en trois grandes parties. Dans la première partie, nous démontrerons la nature juridique des différends commerciaux internationaux portés à l'OMC, en nous intéressant successivement aux phénomènes de la juridisation des relations commerciales internationales et de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux au plan multilatéral. Une typologie du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC sera développée pour servir de « pont normatif » entre ces deux phénomènes, à l'aide des travaux de la CDI sur la codification et le développement progressif du droit international de la responsabilité de l'État.

Dans la deuxième partie, nous effectuerons une étude comparative *de lege lata* sur la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques, en interpellant la théorie de la protection diplomatique du droit international général comme cadre d'analyse. Cette étude nous permettra de faire

---

[17] Voir G. Schwarzenberger, « The Principles and Standards of International Economic Law » (1966) 117 Rec. cours 1 à la p. 7.

l'inventaire des différents modes de participation des personnes privées existant actuellement dans la pratique des États, ainsi que d'identifier les problèmes systémiques qu'ils soulèvent, particulièrement dans le domaine de l'investissement étranger direct, où les développements sont les plus importants.

Dans la troisième partie, nous ferons une étude *de lege feranda* sur l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, avec le concours de la typologie du régime spécial de responsabilité de ses membres et de la pratique actuelle des États concernant la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques. Nous identifierons les problèmes impliquant les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, pour ensuite évaluer les différentes voies alternatives qui s'offrent pour y accroître leur participation. Nous pourrons finalement évaluer l'opportunité d'élargir le droit de porter plainte à l'OMC et nous attarder sur ses modalités et effets juridiques potentiels, ainsi que sur ses perspectives de réalisation.

L'idéalisme visionnaire de Cordell Hull, pour qui le système commercial multilatéral fait partie du dessein plus grand d'éviter à tout prix une nouvelle conflagration mondiale, et la vision cynique post-moderne de Michel Houellebecq, qui va jusqu'à dresser un parallèle entre la concurrence économique promue par la libéralisation du commerce et la concurrence dans tous les aspects de la vie humaine promue par la libéralisation des mœurs, représentent les deux pôles entre lesquels nous avons orienté notre recherche vers une approche plus mesurée, tâchant de ne pas tomber dans l'angélisme ou la condamnation de l'OMC suivant des idées préconçues. Nous avons tenté de replacer le rôle des personnes privées dans la perspective du souffle fondateur du système commercial multilatéral, afin de montrer que si celui-ci n'est pas censé engendrer la guerre et l'affrontement entre les peuples, bien au contraire, sa finalité transcendante interdit que l'on privatise le règlement des différends commerciaux internationaux afin qu'il ne puisse jamais s'en détourner.

# I. LA NATURE JURIDIQUE DES DIFFÉRENDS PORTÉS À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE ET LEUR RÈGLEMENT

Dans cette première partie, nous tâcherons de déterminer la nature juridique du droit de porter plainte à l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Pour ce faire, nous nous attarderons dans un premier temps aux obligations posées par le droit international économique qui visent à libéraliser le commerce international sur le plan multilatéral, ainsi qu'à l'évolution de ce droit, qui a eu pour effet de juridiser de façon croissante les relations commerciales internationales (**1.1**). Le véritable caractère juridique de ces obligations a pu être douteux un certain temps, mais nous verrons que la création de l'OMC a consacré leur juridicité. Dans un deuxième temps, nous étudierons l'évolution du mode de règlement des différends commerciaux internationaux impliquant ces obligations, qui est marquée par un fort phénomène de juridictionnalisation (**1.2**). Nous verrons que la prédilection pour la diplomatie des origines du système commercial multilatéral s'est graduellement estompée au profit d'une approche de plus en plus légaliste dans le règlement de ces différends, où le contrôle des parties au litige sur le processus s'est fortement érodé avec le temps et surtout avec la création de l'OMC. Dans un troisième temps, puisqu'il n'y a plus de doutes possibles quant à la véritable nature juridique des obligations des membres de l'OMC, nous interpellerons le droit international général afin de mieux cerner leur régime spécial de responsabilité **(1.3)**. Nous observerons que ce régime spécial est surtout caractérisé par l'abolition de l'obligation de réparation du droit international général, chose hautement significative pour le débat sur l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

Ce régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC offre le « pont normatif » qui permet de relier conceptuellement les phénomènes de juridisation des relations commerciales internationales et de juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux. Il détermine le cadre juridique dans lequel se règlent ces différends et permet d'expliquer pourquoi les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel de l'OMC ne peuvent faire ce qu'ils veulent pour résoudre un litige commercial, contrairement à l'opinion répandue dans la doctrine voulant qu'ils soient désormais tout-

puissants. Il permet de replacer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC à sa juste place dans le contexte plus grand de la juridisation des relations commerciales internationales. Nous proposons ainsi une des premières applications doctrinales[18] des règles développées et codifiées par la CDI, concernant la responsabilité de l'État, dans une branche spécialisée du droit international. La CDI a choisi de voir le droit international de la responsabilité de l'État comme un droit commun à toutes les branches du droit international, en faisant un formidable vecteur de décloisonnement du droit international. Ce décloisonnement, qui nous apparaît non seulement souhaitable mais nécessaire, permet de rappeler que le droit international économique n'est pas étranger au droit commun de l'humanité.

## 1.1 LA JURIDISATION DES RELATIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

Le phénomène de la juridisation des relations commerciales internationales revêt au moins deux dimensions qui doivent d'entrée de jeu être bien distinguées afin de mieux comprendre la manière dont elles interagissent (**1.1.1**). L'objet et la portée des règles de fond posées par le droit international économique pour mettre en place un système commercial multilatéral pourront ensuite être précisés (**1.1.2**), de même que leur juridicité, certaine depuis la création de l'OMC (**1.1.3**).

### 1.1.1 Les deux dimensions de la juridisation des relations commerciales internationales

La question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées se pose dans le contexte plus large de la juridisation des relations commerciales internationales. Par juridisation, nous entendons le phénomène par lequel la présence et la force obligatoire du droit s'accroissent, par lequel le rôle ou l'importance du droit tendent à se renforcer dans la conduite des relations internationales. Ce

---

[18] Une étude récente s'est également attachée à examiner l'application du droit international de la responsabilité de l'État dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, mais elle ne se réfère pas directement aux travaux de la CDI. Voir M. Garcia-Rubio, *On the Application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs : A General International Law Perspective*, Genève, Institut universitaire des Hautes Études internationales, 2001.

phénomène fait l'objet d'une attention soutenue dans la doctrine anglo-saxonne, sous l'appellation équivoque de « *legalization* »[19]. Cette attention porte cependant surtout sur une dimension particulière de la juridisation, s'intéressant à la réduction de la marge de manœuvre des États dans la mise en œuvre du droit international économique en cas de différend[20].

Or, ce concept de *legalization* nous semble réducteur puisqu'il masque une réalité juridique plus complexe, opérant en deux temps, sur deux registres différents, soit sur le fond et sur la forme[21]. D'une part, sur le fond, la création d'obligations applicables aux

---

[19] Nous utilisons le terme « juridisation » plutôt que « légalisation », car ce dernier est impropre en français, puisqu'il renvoie à l'action de légaliser, par laquelle on rend légal un comportement qui ne l'était pas. On parlera par exemple de la légalisation de la possession simple de marijuana, mais pas de la légalisation des relations commerciales internationales ou encore du règlement des différends commerciaux internationaux. Soulignons pour mémoire qu'au moins un auteur a aussi contesté l'utilisation du terme « *legalization* » en anglais, pour des raisons similaires, lui préférant celui de « *juridicization* ». Voir A. Reich, « From Diplomacy to Law : The Juridicization of International Trade Relations » (1996-97) 17 Nw. J. Int'l L. & Bus. 775 à la p. 777, note 3.

[20] Voir par ex. M.S. Dunne, « Redefining Power Orientation : A Reassessment of Jackson's Paradigm in Light of Asymetries of Power, Negotiation, and Compliance in the GATT/WTO Dispute Settlement System » (2002) 34 L. & Pol'y Int'l Bus. 277; K.W. Abbott *et al.*, « The Concept of Legalization » (2000) 54 I.O. 401; W.J. Davey, « WTO Dispute Settlement : Segregating the Useful Political Aspects and Avoiding "Over-Legalization" », dans M. Bronckers et R. Quick, dir., *New Directions in International Economic Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 291; R.O. Keohane, A. Moravcsik et A.-M. Slaughter, « Legalized Dispute Resolution : Interstate and Transnational » (2000) 54 I.O. 457; M. Kahler, « The Causes and Consequences of Legalization » (2000) 54 I.O. 661; Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6; M.K. Young, « Dispute Resolution in the Uruguay Round : Lawyers Triumph over Diplomats » (1995) 29 Int'l Lawyer 389; T. McLarty, « GATT 1994 Dispute Settlement : Sacrificing Diplomacy for Efficiency in the Multilateral Trading System? » (1994) 32 L. & Pol'y Int'l Bus. 643; M. Montana I Mora, « A GATT with Teeth : Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes » (1993) 31 Colum. J. Transnat'l L. 103; R. Ostrihansky, « Settlement of Interstate Trade Disputes : The Role of Law and Legal Procedures » (1991) 12 Netherl. Y.B. Int'l L. 163; E.P. Eichmann, « Procedural Aspects of GATT Dispute Settlement : Moving Towards Legalism » (1990) 8 Int'l Tax & Bus. Lawyer 38; J.H. Jackson, « The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System » (1978) 12 J. World T. 93 aux pp. 98-101 [ci-après Jackson, « Crumbling Institutions »]. Il semble cependant que le phénomène inverse existait à l'origine, alors qu'on portait trop d'attention aux règles de fond du *GATT de 1947*, *infra* note 50, au détriment de ses règles de procédures. K.W. Dam, *The GATT : Law and International Economic Organization*, Chicago, Chicago University Press, 1970 aux pp. 4-5.

[21] Voir Reich, *supra* note 19 à la p. 777; E.-U. Petersmann, « How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the WTO Appellate Review System » dans J. Cameron et K. Campbell, dir., *Dispute Resolution in the World Trade Organiszation*, Londres, Cameron May, 1998, 75 aux pp. 83-85 [ci-après Petersmann, « WTO Appellate Review System »]. Voir aussi P. Weil, « Le droit international économique : mythe ou réalité? », dans Société française pour le droit international, *Aspects du droit international économique : élaboration, contrôle, sanction*, Paris, Pédone, 1972, 1 aux pp. 13, 28 et 34. Prosper Weil a souligné ce qu'il appellait le caractère « déjuridisé » et « déjuridictionnalisé » du droit international économique, pour ensuite proposer que les caractéristiques originales qu'on lui prêtait étaient en réalité tributaires du stade de « début de juridisation » auquel il se trouvait alors. On pourrait penser que la juridisation des relations commerciales internationales comporte une troisième dimension, qui renverrait à l'institutionnalisation de leur conduite. Cette hypothèse intéressante ne sera cependant pas examinée

échanges commerciaux internationaux et le renforcement de leur caractère juridique s'est accompagné d'une extension de leur domaine à des champs nouveaux, comme le commerce des services ou la propriété intellectuelle[22]. D'autre part, sur la forme, le règlement des différends commerciaux internationaux s'est caractérisé par le passage d'une approche pragmatique, fondée sur la diplomatie, à une approche légaliste, fondée sur l'application plus rigoureuse des règles du droit international économique[23]. Cette deuxième dimension de la juridisation s'est matérialisée par la juridictionnalisation du règlement de ces différends, c'est-à-dire que leur règlement s'est fait par un mécanisme ressemblant de plus en plus à une juridiction internationale, à un tribunal judiciaire, tendant par essence vers le légalisme.

Il nous semble difficile d'isoler le processus de juridisation du règlement des différends commerciaux internationaux de celui de la création d'obligations encadrant la conduite des relations commerciales internationales. On pourrait même avancer que la juridisation substantive précède nécessairement celle du règlement des différends concernant la mise en œuvre de ces obligations substantives; la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux apparaîtrait donc comme l'épiphénomène de la juridisation substantive des relations commerciales internationales[24]. Ce ne serait que parce que les membres de l'OMC ont décidé de juridiser leurs relations commerciales sur le plan substantif qu'a pu se développer un mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de plus en plus juridictionnalisé. Sans un consensus préalable sur la validité des obligations substantives des accords de l'OMC, il serait illusoire de penser que la juridictionnalisation pourrait

---

davantage dans la présente thèse, n'interpellant pas directement la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux.

[22] La tension entre le légalisme et le pragmatisme a été observée au plan de l'élaboration des règles de fond encadrant la libéralisation du commerce international dès les origines du *GATT de 1947*, où la tendance à vouloir tout prévoir au moyen de règles détaillées s'opposait à celle préférant mettre l'emphase sur l'accord mutuel entre les parties et la poursuite d'objectifs communs, tout en évitant à tout prix de prévoir des règles détaillées. Le résultat paradoxal de ces tensions fut l'adoption du texte détaillé du *GATT de 1947*, qui suivait l'approche légaliste, tandis que sa mise en œuvre suivait à l'origine une approche pragmatique. Dam, *supra* note 20 aux pp. 3-4.

[23] John Jackson a reformulé la distinction classique entre l'approche pragmatique, ou diplomatique, et l'approche légaliste, dans le contexte du règlement des différends commerciaux internationaux, en termes de « *power-oriented approach* » et de « *rule-oriented approach* ». J.H. Jackson, *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, 2ème éd., Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 1997 aux pp. 109-112 [ci-après Jackson, *World Trading System*].

[24] Voir M. Finnemore et S.J. Toope, « Alternatives to "Legalization" : Richer View of Law and Politics » (2001) 55 I.O. 743 à la p. 750.

avoir eu lieu seule, indépendamment de la juridisation substantive[25]. Une certaine communauté de vue préalable semble donc déterminer la juridisation substantive, qui elle, à son tour, rend possible la juridictionnalisation.

Cela ne veut pas dire que la relation entre la juridisation (substantive) et la juridictionnalisation (juridisation du règlement des différends) en soit une à sens unique, de cause à effet. Au contraire, si l'élément déclencheur de la juridictionnalisation semble devoir être la juridisation substantive, la juridictionnalisation du règlement des différends semble pouvoir encourager à son tour la juridisation substantive, en facilitant la mise en œuvre et le développement des obligations des membres de l'OMC[26].

Cette distinction entre les dimensions substantive et procédurale du phénomène de la juridisation des relations commerciales internationales est importante pour l'étude de la question qui nous intéresse, soit l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées. En droit international, à l'inverse des droits nationaux ou à tous le moins des droits nationaux appartenant aux traditions juridiques occidentales, le règlement judiciaire demeure un mode alternatif de règlement des différends[27]. Les modes diplomatiques de règlement des différends — la négociation, l'enquête, les bons offices, la médiation ou encore la conciliation[28] — restent en droit international la façon normale, première, de régler les différends, en raison du paradigme de la souveraineté des États. Il faut ainsi se garder d'ériger une hiérarchie qualitative entre les modes de règlement des

---

[25] Voir R.E. Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2ème éd., Salem (New Hampshire), Butterworth, 1990 aux pp. 295-296 [ci-après Hudec, *GATT Legal System*]; O. Long, « La place du droit et ses limites dans le système commercial multilatéral du GATT » (1983) 182 Rec. cours 9 à la p. 130. L'accession de nouveaux membres au *GATT de 1947*, *infra* note 50, particulièrement de pays en voie de développement, a marqué la fin de ce qu'on appelait le « Vieux GATT » et mis un terme à la communauté de vue qui existait jusqu'alors entre ses membres, ce qui aurait expliqué les premiers blocages survenus dans son mécanisme de règlement des différends. Hudec, *GATT Legal System*, *ibid.* aux pp. 209-210. La rareté des affaires concernant la protection des investissements étrangers directs soumises à la Cour permanente de justice internationale et à la Cour internationale de justice s'expliquerait également par l'absence d'une communauté de vue entre les États quant au contenu de la norme minimale de traitement de la coutume internationale. M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 aux pp. 315-317.

[26] Voir la partie 2.3.2 c) *(iv)*, ci-dessous, pour une analyse de la contribution du recours des personnes privées prévu par le chapitre 11 de l'*ALÉNA* à la mise en œuvre du droit international économique.

[27] S.J. Toope, *Mixed International Arbitration : Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990 aux pp. 1-2. Voir NU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, New-York, NU, 1992 à la p. 10, au para. 23 [ci-après *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes*].

[28] Sur ces modes de règlement des différends, voir généralement *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes*, *ibid.* aux pp. 9-55.

différends internationaux. Il n'y a donc pas de lien automatique et inéluctable entre le phénomène de la juridisation substantive et celui de la juridictionnalisation du règlement des différends concernant l'application de ces obligations substantives. Cette observation nous permet de contester l'idée voulant voir dans l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC la conséquence normale ou fatale de la juridisation des relations commerciales internationales.

Si l'ouverture d'un recours à l'OMC en faveur des personnes privées ne constitue pas la conséquence inévitable de la juridisation des relations commerciales internationales, elle constituerait cependant un stade très avancé de juridictionnalisation du règlement des différends, juridictionnalisation qui serait presque totale si les décisions émanant de l'Organe de règlement des différends de l'OMC devaient être exécutoires dans l'ordre juridique interne de ses membres (il manquerait encore quelques éléments pour que l'on puisse parler d'une véritable juridiction internationale, comme par exemple la publicité complète du processus ou l'individualisation des opinions des membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, avec la possibilité de dissidence que cela impliquerait)[29]. Et comme nous l'avons déjà mentionné, cette juridictionnalisation très avancée ne manquerait pas aussi d'accroître la juridisation substantive des relations commerciales internationales.

La diplomatie tend à favoriser le règlement des différends par voie de négociations entre les États. Elle est fondée sur les rapports de force entre les partie au litige et sur leur capacité de menacer explicitement ou implicitement l'autre partie, ou, dans le contexte des litiges commerciaux, d'imposer des restrictions à l'importation ou des contre-mesures économiques; elle est aussi caractérisée par l'influence que conservent les pressions politiques internes au sein même des parties[30]. Il s'agit en fait de l'approche classique du

---

[29] Abbott *et al.*, *supra* note 20 aux pp. 415-417. On verra plus loin que la juridictionnalisation est toujours en marche puisque certains développements indiquent une possible apparition des éléments identifiés par ces auteurs pour que l'OMC atteigne ce stade parfait de juridiction internationale : la question du caractère exécutoire des décision de l'Organe de règlement des différends dans l'ordre juridique interne de la Communauté européenne a été discutée récemment par la Cour de justice des Communautées européennes; la publicité du processus s'est accrue avec la participation des *amici curiae*; certains cas d'individualisation d'opinions anonymes de membres d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel se sont produits. Voir la partie 3.2.4 b) *(iii)*, ci-dessous, pour une discussion sur les assouplissements au refus de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC; voir la partie 3.2.1 b), ci-dessous, pour une discussion sur la participation des *amici curiae* dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC; voir *supra* la note 317 et le texte correspondant.

[30] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp 109-112.

règlement des différends internationaux entre États, où la politique et l'absence de formalisme sont omniprésentes.

L'approche légaliste tend quant à elle à favoriser le règlement des différends au moyen de décisions prises par une tierce partie, ou encore de négociations conduites dans la perspective de la prise éventuelle d'une telle décision[31]. Cette décision est prise sur la base de règles préalablement acceptées par les parties, plutôt que sur la base de considérations politiques. Un mécanisme de règlement des différends internationaux suivant une telle approche tend à être davantage formalisé et peut rappeler, dans sa forme la plus achevée, la Cour internationale de justice ou les tribunaux nationaux. C'est pourquoi on peut formuler l'hypothèse selon laquelle l'existence préalable de normes substantives, c'est-à-dire de la juridisation des relations internationales, est le creuset de la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux. Un lien normatif entre ces deux phénomènes apparaît cependant nécessaire pour expliquer pleinement leurs interactions, lien que nous situons dans le droit international de la responsabilité de l'État.

On a vu que l'expression consacrée dans la doctrine anglo-saxonne pour décrire ce phénomène du passage de la diplomatie à l'approche légaliste est celle de « *legalization* ». On a proposé un cadre d'analyse décrivant ce phénomène de « *legalization* » comme étant une forme d'institutionnalisation, ou de construction institutionnelle, au sein de laquelle trois éléments seraient toujours présents, quoique à des degrés variables : un élément d'obligation, un élément de précision et un élément de délégation[32]. L'élément d'obligation signifierait que les parties sont juridiquement contraintes de soumettre leur différend au mécanisme de règlement en question, et sont également liées par les règles que celui-ci doit appliquer et interpréter. L'élément de précision signifierait que ces règles devant être appliquées et interprétées ne sont pas ambiguës. L'élément de délégation signifierait enfin que cette application et cette interprétation des règles sont confiées à une tierce partie impartiale. À nouveau, il faut souligner la nécessité de proposer un « pont normatif » pour expliquer pleinement la relation entre les concepts de juridisation et de juridictionnalisation, explication qui semble faire défaut dans ce cadre d'analyse. Il est important de souligner qu'il ne faudrait

---

[31] *Ibid.*

[32] Abbott *et al.*, *supra* note 20 à la p. 401.

pas croire qu'il y a une distinction claire entre la diplomatie et entre l'approche légaliste, ou entre un mécanisme de règlement des différends juridictionnalisé ou non. Ces approches peuvent être entremêlées ou coexister au sein d'un même mécanisme et leur statut respectif peut ne pas être fixé définitivement, puisque l'évolution ou la mise en œuvre d'un mécanisme peuvent en affecter le statut[33].

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est considéré comme ayant atteint un haut niveau de juridictionnalisation[34]. On a même affirmé qu'il constituait une avancée importante de la primauté du droit dans les relations commerciales internationales, voire dans les relations internationales en général[35]. Cette juridictionnalisation est vue comme « *a dramatic departure from past international trade practice* » et comme une victoire des partisans du légalisme en matière commerciale (qui favorisent l'approche légaliste et aspirent à la primauté du droit dans le règlement des différends commerciaux internationaux) sur les partisans de la diplomatie commerciale (qui favorisent eux l'approche diplomatique et considèrent que le succès relatif qu'a connu le mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* est dû à l'importance du rôle du politique dans le processus)[36]. On a même affirmé, dans une formule un peu ampoulée, que le passage graduel de la diplomatie à l'approche légaliste serait en fait une caractéristique majeure de « l'histoire de la civilisation »[37].

Nous nous contentons dans cette thèse d'étudier la juridisation des relations commerciales internationales sur le plan multilatéral, puisque nous nous intéressons au règlement des différends à l'OMC. Le phénomène existe bien évidemment aussi sur le plan bilatéral ou régional, mais cette étude dépasse le cadre de notre thèse[38]. Nous ne nous intéressons que partiellement au règlement des différends dans certains accords bilatéraux ou régionaux, lorsque ceux-ci reconnaissent un rôle particulier aux personnes privées dans le processus.

---

[33] *Ibid.* On a dit, à l'époque du *GATT de 1947*, *infra* note 50, que le pragmatisme et le légalisme étaient en osmose constante au sein du système commercial multilatéral et qu'ils s'épaulaient plus qu'ils ne s'opposaient. Long, *supra* note 25 aux pp. 107 et 132.

[34] Abbott *et al.*, *ibid.* aux pp. 405-406.

[35] M.J. Trebilcock et R. Howse, *The Regulation of International Trade*, 2ème éd., Londres, Routledge, 1999 à la p. 94.

[36] Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6 aux pp. 833-834.

[37] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 110.

[38] Nous pensons particulièrement à la juridisation des relations commerciales entre le Canada et les États-Unis, ou encore entre les États européens.

### 1.1.2 La création d'un droit conventionnel visant à libéraliser le commerce international et l'extension de sa portée

a) Objet du droit international économique

La souveraineté étatique se traduit juridiquement par la totale liberté des États pour réguler le commerce international s'opérant à partir de leur territoire[39]. Il n'existe pas de règles de droit international coutumier encadrant spécifiquement la conduite des relations commerciales entre les États; seul le traitement des investisseurs étrangers fait l'objet de règles coutumières, mais cette question relève plus globalement des relations internationales économiques et non pas du commerce international proprement dit, suivant la définition du droit international économique que nous avons retenue. Le droit international économique — dans son acception limitée à la régulation du commerce international — apparaît donc comme un droit purement conventionnel.

Cette souveraineté économique des États signifie que ceux-ci peuvent régir leurs échanges commerciaux avec d'autres États comme ils l'entendent. Son exercice par un État peut entre autres viser à préserver son indépendance politique, sa sécurité nationale ou son autonomie alimentaire, mais aussi plus simplement à percevoir des revenus. À titre de mesures commerciales, les États peuvent notamment percevoir des tarifs douaniers sur les marchandises étrangères importées sur leur territoire, accorder des traitements préférentiels à certains États au détriment d'autres, protéger certaines industries nationales ou soutenir leur développement au moyen de tarifs, de quotas, de droits antidumping, de droits compensateurs ou de toute autre mesure, comme par exemple des subventions à l'exportation[40]. Le droit international économique vise à restreindre cette

---

[39] Voir Schwarzenberger, *supra* note 17 aux pp. 27, 33 et 48.

[40] Au Canada, la compétence législative en matière de commerce international appartient essentiellement au Parlement fédéral. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91(2) et (3), 121-124, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5; *Citizens Insurance Co.* c. *Parsons*, (1881) 7 A.C. 96; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4ème éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 507-510; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, Toronto, Thomson Canada, 1997 à la rubrique 20.2. La réglementation canadienne du commerce international comporte principalement les lois fédérales suivantes : *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985 (2e supp.), c. 1; *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36; *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4e supp.), c. 47; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. 1985, c. S-25; *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. 1985, c. E-19; *Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, c. 17; *Loi sur les mesures extraterritoriales*

souveraineté économique des États au moyen de traités, en vue de libéraliser le commerce international, en régulant la levée des obstacles qui l'entravent. On a même été jusqu'à dire que le droit international économique consacrait, dans une certaine mesure, la non pertinence de la souveraineté étatique : « *international trade law is about the irrelevance of the sovereignty of States* »[41].

La libéralisation du commerce international comme objectif politique a d'abord comme finalité l'accroissement de la richesse mondiale, en application de la pensée libérale du XIX$^{ème}$ siècle et de la théorie des avantages comparatifs développée par l'économiste anglais David Ricardo[42], comme l'affirme le préambule de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*[43] (*Accord sur l'OMC*). Suivant cette théorie économique, les États s'enrichissent davantage s'ils favorisent le commerce entre eux, en créant des conditions parfaites de concurrence où chaque État bénéficie de son avantage comparatif sur les autres en se spécialisant dans les secteurs où il est le plus concurrentiel[44]. S'inscrivant en faux contre les théories mercantilistes favorisant l'accumulation de richesses par les État et le protectionnisme économique, la théorie des avantages comparatifs implique la coopération entre les États en vue de réaliser ces conditions parfaites de concurrence, où les entraves au commerce international doivent être supprimées.

Mais une finalité plus globale transcendait cet objectif économique dans l'esprit des promoteurs de la libéralisation du commerce mondial au lendemain de la Deuxième

---

*étrangères*, L.R.C. 1985, c. F-29; *Loi sur les exportations*, L.R.C. 1985, c. E-18; *Loi sur les Nations Unies*, L.R.C. 1985, c. U-2. Voir généralement J.G. Castel *et al.*, *The Canadian Law and Practice of International Trade with Particular Emphasis on the Export and Import of Goods and Services*, 2$^{ème}$ éd., Toronto, Emond Montgomery, 1997 aux pp. 433-493. La réglementation intérieure applicable aux produits importés et la levée des obstacles non tarifaires au commerce international des marchandises, de même que le commerce international des services, interpellent cependant aussi les législatures provinciales dans une mesure non négligeable.

[41] D.M. McRae, « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law » (1996) 260 Rec. cours 99 à la p. 123 [ci-après McRae, « Contribution »].

[42] Voir P. Sraffa, dir., *The Works and Correspondence of David Ricardo*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1966 aux pp. 128-149.

[43] *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce,* 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3, 33 I.L.M. 1144, préambule, al. 1 (entrée en vigueur : 1$^{er}$ janvier 1995) [ci-après *Accord sur l'OMC*]. « Reconnaissant que leurs [les parties contractantes] rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce des marchandises et de services ».

[44] Voir généralement Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 11-21; Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 5-6.

Guerre mondiale, sous l'impulsion des États-Unis et de leur Secrétaire d'État Cordell Hull : il s'agissait de la création de conditions favorables au maintien de la paix et de la sécurité internationales[45]. Il est désormais généralement accepté que l'insanité de la politique économique mondiale de la première moitié du XX$^{ème}$ siècle, caractérisée par un protectionnisme économique effréné, particulièrement pendant l'entre-deux-guerres, a grandement contribué à la détérioration des relations internationales[46]. Déjà à la fin de la Première Guerre mondiale, le président américain Woodrow Wilson avait établi ce lien avec la libéralisation du commerce international dans son ambitieux programme de restauration de la paix mondiale, duquel naquirent, faut-il le rappeler, la Société des Nations et la Cour permanente de justice internationale[47].

---

[45] Dam, *supra* note 20 aux pp. 12-13; Carreau et Juillard, *ibid.* à la p. 42; F. Weiss, « From Havana to Marrakesh : Treaty Making for Trade » dans J. Klabbers et R. Lefeber, dir., *Essays on the Law of Treaties*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 155 aux pp. 156-157. Cordell Hull est aussi considéré comme le Père des Nations Unies, notamment en raison de son rôle déterminant lors de la conférence de Moscou en 1943; il a reçu le prix Nobel de la paix en 1945, ce qui témoigne éloquemment de l'imbrication originelle du projet de libéralisation du commerce mondial dans l'ONU. Voir Hull, *supra* note 1, aux pp. 1714-1728. Très curieusement, les accords de l'OMC ne mentionnent pas du tout cette finalité transcendante de la libéralisation du commerce international telle que comprise à l'origine des Nations Unies. Comme en fait foi le préambule de l'*Accord sur l'OMC*, celle-ci se contente de lire sa mission en termes purement économiques, ce qui semble assez symptomatique de sa désarticulation institutionnelle par rapport à l'ONU. Le préambule affirme toutefois que les membres de l'OMC sont « [déterminés] à préserver les principes fondamentaux et à favoriser la réalisation des objectifs qui sous-tendent ce système commercial multilatéral »; on pourrait peut-être y voir une allusion oblique à l'objectif de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, préambule, al. 7. Des allusions plus directes apparaissent occasionnellement dans des documents émanant de l'OMC ou dans des déclarations de son Directeur général. Voir OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle de Singapour* (adoptée le 13 décembre 1996), OMC Doc. WT/MIN(96)/DEC, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm>, paragr. 2 (date d'accès: 9 janvier 2004); S. Panitchpakdi, Allocution, Symposium public de l'OMC, « L'OMC dix ans plus tard : problèmes mondiaux et solutions multilatérales », Genève, 20 avril 2005, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/spsp_f/spsp38_f.htm> (date d'accès : 2 mai 2005).

[46] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 35-36; Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 41-42; Hull, *ibid.* aux pp. 518-530. Voir aussi J.M. Keynes, *The Economic Consequences of the Peace*, Londres, Macmillan, 1924. L'idée reçue voulant que les conditions des réparations imposées à l'Allemagne par le *Traité de Versailles* aient grandement contribué au déclenchement de la Deuxième Guerre mondiale a cependant été remise en question récemment par l'historienne Margaret MacMillan. Celle-ci avance que la défaite militaire n'aurait pas été véritablement sentie par l'Allemagne, en raison de l'arrêt des combats avant qu'ils n'atteignent son territoire, ce qui aurait été un facteur déterminant dans le déclenchement du deuxième conflit mondial. Ce débat historique, certes passionnant, n'affecte pas notre propos, puisqu'il ne change rien au fait que le système commercial multilatéral visait dans l'esprit de ses idéateurs à contribuer à éviter un autre conflit mondial. Voir M. MacMillan, *Paris 1919 : Six Months that Changed the World*, New-York, Random House, 2003 aux pp. 481-483, 494.

[47] La libéralisation du commerce international figurait en effet au troisième rang dans les Quatorze Résolutions présentées le 8 janvier 1918 par le président Wilson dans son adresse au Congrès américain : « *The removal, so far as possible, of all economic barriers and the establishment of an equality of trade conditions among all the nations consenting to the peace and associating themselves for its maintenance* ». Le texte des Quatorze Résolutions est reproduit dans MacMillan, *ibid.* à la p. 495. Le principe de la non-

Cette finalité transcendante de la libéralisation du commerce international apparaît fondamentale pour bien saisir la nature des différends portés à l'OMC, puisque la mise en œuvre des accords de l'OMC devrait, selon nous, ne jamais s'écarter de l'objectif de créer des conditions favorables au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cela met en lumière le rôle fondamental des États dans le règlement des litiges commerciaux internationaux, eux qui, dans l'état actuel de la société internationale, demeurent les seuls capables de maintenir la paix et la sécurité mondiale. Cela soulève également la question de l'intégration formelle de l'OMC dans l'architecture institutionnelle de l'ONU, qui traduirait en termes institutionnels l'incorporation de la libéralisation du commerce mondial dans un tout plus grand. En favorisant les échanges entre les États, sur une base non discriminatoire, on vise ainsi à éviter qu'il ne se fasse plutôt la guerre.

b) L'extension de la portée du droit international économique

Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, on a donc entrepris de mettre en place un droit international conventionnel visant à libéraliser le commerce mondial. La matrice de ce droit fut le réseau de traités de commerce bilatéraux conclus par les États-Unis dans les années 1930 dans le cadre de leur *Trade Agreement Program*; on s'efforça de transposer sur le plan multilatéral ce droit conventionnel bilatéral[48]. La première tentative de juridisation des relations commerciales internationales sur le plan multilatéral fut infructueuse, avec l'échec de la *Charte de La Havane instituant une organisation internationale du commerce*[49] (*Charte de La Havane*), mais certains acquis de ses travaux

---

discrimination dans les relations commerciales internationales, qui est la pierre angulaire de la libéralisation du commerce international, fait partie des objectifs de la politique extérieure américaine depuis l'indépendance des États-Unis; le président George Washington en faisait déjà mention dans son discours d'adieu, prononcé le 17 septembre 1796. R.N. Gardner, *Sterling-Dollar Diplomacy : Anglo-American Collaboration in the Reconstruction of Multilateral Trade*, Oxford, Clarendon Press, 1956 à la p. 16.

[48] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 35-36; Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 23-26. Un tel accord a été conclu entre les États-Unis et le Canada en 1932, en faisant incidemment le premier accord commercial conclu entre ces deux États depuis l'accession du Canada à la souveraineté, en 1931, et l'acquisition par celui-ci du *jus tractatuum*. Voir l'*Accord commercial entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 15 novembre 1935, R.T. Can. 1936 n° 9 (entrée en vigueur : 14 mai 1936).

[49] *Charte de La Havane instituant une organisation internationale du commerce*, 24 mars 1948, R.T. Can. 1948 n° 32 (ce traité n'est jamais entré en vigueur) [ci-après *Charte de La Havane*]. Voir généralement W.A. Brown, *The United States and the Restauration of World Trade*, Washington, Brookings Institution, 1950; C. Wilcox, *A Charter for World Trade*, New-York, MacMillan Company, 1949. Pour une analyse du contexte politique et économique ayant conduit à l'adoption de la *Charte*, voir Gardner, *supra* note 47. Pour

préparatoires purent être sauvés par l'adoption en 1947 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*[50] (*GATT de 1947*, suivant l'acronyme anglais de *General Agreement on Tariffs and Trade*). Puis, en 1995, la création de l'OMC marquait un point tournant de la juridisation des relations commerciales internationales, en raison de l'extension spectaculaire de la portée du droit international économique qu'elle consacrait.

### *(i) La Charte de La Havane*

Outre la création d'une nouvelle institution spécialisée des Nations Unies pour le commerce internationale — l'Organisation internationale du commerce (OIC) — la *Charte de La Havane* prévoyait également d'importantes dispositions substantives destinées à libéraliser le commerce mondial, ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends émanant de l'application du traité. Le texte convenu à l'issue de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi s'étant déroulée à La Havane du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948, sous l'égide du Comité économique et social des Nations Unies, n'est cependant jamais entré en vigueur; les États participant à la Conférence devaient en effet marquer ultérieurement leur acceptation à la *Charte* pour que celle-ci puisse entrer en vigueur[51]. Or, les États-Unis abandonnèrent finalement l'idée d'accepter la *Charte* lorsque le Président américain s'abstint de soumettre le traité au Congrès pour ratification, marquant du coup sa mort politique puisque aucun autre État n'était prêt à aller de l'avant avec ce projet sans l'appui de son principal instigateur et plus grande puissance économique de l'époque[52].

---

une analyse plus récente, voir J.-C. Graz, *Aux sources de l'OMC : la Charte de La Havane 1941-1950*, Genève, Droz, 1999.

[50] *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1947 n° 27 (application provisoire : 1er janvier 1948; ce traité n'est jamais entré en vigueur formellement) [ci-après *GATT de 1947*]. Pour la dernière version du *GATT de 1947*, comportant toutes ses modifications, voir 4 I.B.D.D. (1969) 1.

[51] *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 103(1). Le gouvernement de chaque État qui acceptait la *Charte* devait déposer un instrument d'acceptation auprès du Secrétaire général des Nations Unies. Dans les faits, seul le Libéria aura accepté la *Charte de La Havane*.

[52] L'examen des motifs expliquant le refus des États-Unis d'accepter la *Charte de La Havane* dépasse l'objet de la présente thèse, mais pour un tel examen, voir W. Diebold, *The End of the ITO*, Princeton, Princeton University, 1952. Sur les faiblesses de la *Charte*, voir Brown, *ibid.* aux pp. 362-375; Wilcox, *ibid.* aux pp. 186-200. Essentiellement, William Diebold évoque les changements dans le contexte mondial, entre

Malgré le fait que la *Charte de La Havane* n'entra jamais en vigueur, son étude n'en demeure pas moins pertinente, puisqu'elle constitue en quelque sorte l'ancêtre de l'OMC[53]. Il s'agissait du plus ambitieux accord commercial international jamais convenu au moment de son adoption, embrassant le commerce international de manière très large en traitant d'emploi et d'activité économique[54], de développement économique et de reconstruction[55], de politique commerciale[56], des pratiques commerciales restrictives[57], ainsi que des accords intergouvernementaux sur les produits de base[58]. Tant la *Charte* que l'OIC s'inscrivaient parfaitement dans le cadre plus large de la nouvelle architecture internationale mise sur pied par les puissances victorieuses de la Deuxième Guerre mondiale. En effet, le but général et les objectifs de la *Charte* renvoyaient à la *Charte des Nations Unies*[59] et participaient de l'effort des Nations Unies de « créer les conditions de

---

le moment où la *Charte* a été négociée et celui où elle devait être acceptée, qui ont fait en sorte que la création de l'OIC n'était plus urgente; de plus, les changements dans la situation politique intérieure des États-Unis ont fait en sorte que le gouvernement américain manquait d'influence sur le Congrès. Les faiblesses inhérentes de la *Charte* aux yeux des entreprises américaines ont aussi été déterminantes : le trop grand nombre d'exceptions qu'elle prévoyait, la faiblesse de la protection qu'elle accordait aux investisseurs, le refus d'interdire les cartels internationaux et la trop grande discrétion des États membres dans la mise en œuvre des règles sur les pratiques commerciales restrictives, ainsi que le triomphe de l'économie planifiée qu'elle aurait constitué aux yeux de plusieurs. En dernière analyse, Diebold soutient que ce n'est pas tant parce que la *Charte* était trop libérale aux yeux des protectionnistes américains, ou pas assez aux yeux des libre-échangistes, mais plutôt parce qu'elle constituait une synthèse réaliste de ces tendances qu'elle a eu pour effet de ne plus satisfaire personne.

[53] Il est fort intéressant de noter que ce traité aurait même inspiré les pères de la construction européenne, puisque les travaux préparatoires de la Communauté européenne du charbon et de l'acier — qui fut à son tour la source d'inspiration de la Communauté économique européenne — renverraient à la *Charte de La Havane*. Il y a en effet lieu de souligner la simultanéité des discussions sur la *Charte* et celles sur la reconstruction de l'Europe, le Plan Marshall et les projets d'intégration économique européenne, comme en témoignent les commentateurs de la *Charte* de l'époque, eux qui se réfèrent aux projets européens dans leurs analyses. Diebold, *ibid.* aux pp. 24-30.

[54] *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 2-7. La légitimité des mesures destinées à atteindre et maintenir le plein emploi était notamment reconnue, tout comme celles destinées à assurer des normes de travail équitables. La *Charte* allait même très loin en reconnaissant que les normes de travail non équitables créaient des difficultés dans le commerce international et que les normes de travail prévues dans les conventions internationales desquelles les États membres étaient parties devaient être mises en œuvre (art. 7).

[55] *Ibid.* art 8-15. Ce chapitre portait notamment sur les investissements directs étrangers comme outil de développement économique et de reconstruction (art. 12).

[56] *Ibid.* art 16-45. Ce chapitre traitait notamment des tarifs douaniers, des restrictions quantitatives, des subventions, des droits anti-dumping ainsi que du commerce d'État.

[57] *Ibid.* art. 46-54. Ce chapitre visait les cartels internationaux et constituait un effort inégalé à ce jour de réguler la concurrence sur le plan international, à mettre en regard des dispositions précitées sur les normes du travail non équitables, qu'on reconnaissait comme créant des distorsions dans la concurrence internationale.

[58] *Ibid.* art. 55-70.

[59] *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

stabilité nécessaires pour assurer des relations pacifiques et amicales entre les nations »[60]. Le lien entre la libéralisation du commerce international et le maintien de la paix et de la sécurité internationales était donc explicite dans la *Charte de La Havane*.

L'OIC aurait été instituée afin de surveiller l'application des dispositions de la *Charte* et de gérer son mécanisme de règlement des différends.[61] Elle devait comporter une Conférence détenant tous ses pouvoirs et attributions et étant composée de tous ses États membres,[62] ainsi qu'un Conseil exécutif composé de dix-huit États membres qui devait assurer l'application de la politique générale de l'OIC et accomplir les tâches que lui aurait dévolues la Conférence.[63]

### *(ii) Le GATT de 1947*

Le *GATT de 1947* devait à l'origine n'être que provisoire et ne servir qu'à permettre la mise en application immédiate des réductions tarifaires obtenues dans le cadre des négociations de la *Charte de La Havane*, de même que la mise en œuvre immédiate de ses dispositions sur la politique commerciale. L'OIC aurait dû compléter le cadre institutionnel mis en place par les Nations Unies pour la reconstruction de l'économie mondiale après la Deuxième Guerre mondiale, en complément de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international (FMI) qui avaient été créés précédemment

---

[60] *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 1. De nombreux autres renvois à des organisations internationales étaient prévus par la *Charte de La Havane* : au Comité économique et social des Nations Unies (art. 5) et à l'Organisation internationale du travail — quoique cette organisation datait en fait d'avant la Deuxième Guerre mondiale — (art. 7) en matière d'emploi et d'activité économique, au Comité économique et social des Nations Unies en matière cette fois de développement économique et de reconstruction, au Fonds monétaire international (art. 24) en matière de politique commerciale qui avaient trait aux questions de change relatives aux restrictions quantitatives, à l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (art. 97) en matière d'accords intergouvernementaux sur les produits de base, ainsi qu'à la Cour internationale de Justice (art. 97) en matière de règlement des différends.

[61] *Ibid.* art. 71-97.

[62] *Ibid.* art. 74-77. Tous les États membres auraient disposé chacun d'une voix et les décisions de la Conférence auraient été prises à la majorité des États membres présents et participant au vote, à moins de disposition contraire de la *Charte*.

[63] *Ibid.* art. 78-81. Les États membres siégeant au Conseil exécutif auraient disposé chacun d'une voix et les décisions devaient être prises à la majorité des voix exprimée; les États devaient être représentatifs des grandes régions géographiques et grandes puissances économiques.

par les accords de Bretton-Woods[64]. Le *GATT de 1947* était ainsi censé s'éteindre dès l'entrée en vigueur de la *Charte de La Havane* et l'institution de l'OIC[65]; celle-ci n'ayant jamais vu le jour, le rôle du *GATT de 1947* changea radicalement puisqu'il devait désormais pallier à l'absence d'une organisation internationale chargée de superviser la libéralisation du commerce international et composer avec une base juridique bancale[66].

Le *GATT de 1947* se contentait de réguler le commerce international des marchandises, ce qui était déjà beaucoup en termes de restriction de la souveraineté économique des États qui y étaient parties. Ses dispositions ont plus tard été complétées par une série de codes sectoriels conclus au cours du cycle de négociations de Tokyo (1973-1979), destinés à préciser les obligations du *GATT de 1947* et à créer de nouvelles règles afin de s'attaquer aux problèmes posés par les obstacles non tarifaires[67]. Si cette extension du champ d'application du droit international économique participait de la juridisation des relations commerciales internationales, le fait que les parties contractantes

---

[64] *Accord relatif au fonds monétaire international*, 27 décembre 1945, 2 R.T.N.U. 41 (entrée en vigueur : 27 décembre 1945); *Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement*, 27 décembre 1945, 2 R.T.N.U. 135 (entrée en vigueur : 27 décembre 1945).

[65] *GATT de 1947*, *supra* note 50, art. XXIX.

[66] Voir la partie 1.1.3, ci-dessous, pour une analyse du caractère juridique douteux du *GATT de 1947*.

[67] En matière de droits antidumping, voir l'*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 188 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980) [ci-après *Code antidumping*]. En matière d'évaluation douanière, voir l'*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 127 (entrée en vigueur : 1er janvier 1981) [ci-après *Code d'évaluation douanière*]. En matière de subventions et de droits compensateurs, voir l'*Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 63 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980) [ci-après *Code des subventions*]. En matière de licences d'importation, voir l'*Accord relatif aux procédures en matière de licences d'importation*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 169 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980). En matière de normalisation, voir l'*Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 9 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980) [ci-après *Code de normalisation*]. En matière de commerce d'aéronefs civils, voir l'*Accord relatif au commerce des aéronefs civils*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 178 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980). En matière de marchés publics, voir l'*Accord relatif aux marchés publics*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 37 (entrée en vigueur : 1er janvier 1981) [ci-après *Code des marchés publics*]. En matière de commerce de viande bovine, voir l'*Arrangement relatif à la viande bovine*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 93 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980). Finalement, en matière de commerce de produits laitiers, voir l'*Arrangement international relatif au secteur laitier*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 101 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980). Il faut noter que déjà lors du cycle Kennedy (1964-1967), les négociations avaient abouti à la conclusion d'un premier code sectoriel en matière de droits antidumping. Voir l'*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 juin 1967, Supp. n° 15 I.B.D.D. (1968) 25 (entrée en vigueur : 1er juillet 1968).

du *GATT de 1947* demeuraient libres d'y adhérer ou non en minimisait sérieusement l'impact[68].

La portée du *GATT de 1947* s'est aussi étendue sur le plan de son application *ratione personae*, avec la formidable expansion de ses parties contractantes de 23, à l'origine, à 128 en 1994[69]. Cette expansion de la multilatéralisation des règles du droit international économique fut un important facteur de la juridisation des relations commerciales internationales.

*(iii) Les accords de l'OMC*

Les accord de l'OMC conclus à l'issue du cycle de l'Uruguay (1986-1994) ont non seulement reconduit le *GATT de 1947* par un nouveau traité nommé *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*[70] (*GATT de 1994*), mais ils ont également étendu la portée du droit international économique au commerce des services, avec l'*Accord général sur le commerce des services*[71] (*AGCS*), ainsi qu'aux questions de propriété intellectuelle soulevées par le commerce international, avec l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*[72] (*Accord sur les ADPIC*). Non seulement les codes sectoriels sur les obstacles non tarifaires au commerce des marchandises adoptés lors du cycle de Tokyo ont également été reconduits et approfondis[73], cette fois sous la forme de véritables accords accessoires au *GATT de*

---

[68] Aucun code sectoriel du cycle de Tokyo ne fut adopté par plus du tiers des parties contractantes du *GATT de 1947*. Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 54-55.

[69] Voir OMC, *128 pays étaient signataires du GATT en 1994*, en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/gattmem_f.htm> (date d'accès : 26 juillet 2005).

[70] *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*, *supra 43* [ci-après *GATT de 1994*].

[71] *Accord général sur le commerce des services*, annexe 1B de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.* [ci-après *AGCS*].

[72] *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, annexe 1C de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.* [ci-après *Accord sur les ADPIC*].

[73] En matière de normalisation, voir l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.* En matière de droits antidumping, voir l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*. En matière de subventions et de droits compensateurs, voir l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*. En matière d'évaluation douanière, voir l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*. En matière de licences d'importation, voir l'*Accord sur les procédures de licences d'importations*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*. Les quatre autres codes sectoriels du cycle de Tokyo ont aussi été reconduits, mais sous la forme d'accords commerciaux plurilatéraux. Voir *infra* note 78.

*1994*, mais de nouveaux accords sectoriels ont aussi été convenus afin, d'une part, d'en clarifier davantage l'application[74], et d'autre part, d'étendre la portée du droit international économique aux domaines de l'agriculture, des mesures sanitaires et phytosanitaires, du textile et des mesures concernant les investissements et liées au commerce international[75].

Ces trois grands accords et les accords accessoires au *GATT de 1994* figurent en annexe de l'*Accord sur l'OMC* et sont complétés par le *Mémorandum d'accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends*[76] (*Mémorandum d'accord*), qui établit le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et que nous examinerons en profondeur plus loin, ainsi que par un accord jetant les bases d'un *Mécanisme d'examen des politiques commerciales*[77].

L'adhésion à l'OMC emporte l'adhésion automatique à tous ces accords, que l'on nomme « accords commerciaux multilatéraux », à l'exception d'un groupe de quatre accords sectoriels sur le commerce des marchandises auquel l'adhésion est cette fois facultative et que l'on nomme « accords commerciaux plurilatéraux »[78]. Ce principe de l'adhésion en bloc, ou forfaitaire, découle du fait que les accords de l'OMC constituent juridiquement un seul et même traité, puisqu'ils sont tous annexés à l'*Accord sur l'OMC* et en font « partie intégrante » suivant son article II. Cette caractéristique des accords de l'OMC est significative, car elle a pour effet de juridiser davantage les relations

---

[74] En matière de mesures d'urgence, voir l'*Accord sur les sauvegardes*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.* En matière d'inspection douanière, voir l'*Accord sur l'inspection avant expédition*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*. Concernant le marquage et la détermination de l'origine des produits, voir l'*Accord sur les règles d'origine*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*.

[75] Voir l'*Accord sur l'agriculture*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.*; l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*; l'*Accord sur les textiles et les vêtements*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC*; l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, annexe 1A de l'*Accord sur l'OMC* [ci-après *Accord sur les MILC*].

[76] *Mémorandum d'accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends*, annexe 2 de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.* [ci-après *Mémorandum d'accord*].

[77] *Mécanisme d'examen des politiques commerciales*, annexe 3 de l'*Accord sur l'OMC*, *ibid.* Ce dernier ne nous intéressera pas davantage, puisqu'il ne pose pas de règles de droit positif concernant l'exercice de leur souveraineté économique par les États et ne peut donc pas faire l'objet de plaintes à l'OMC suivant son mécanisme de règlement des différends.

[78] *Accord sur l'OMC*, *ibid.*, art. II(2). Les accords commerciaux plurilatéraux sont : l'*Accord sur le commerce des aéronefs civils*, annexe 4 de l'*Accord sur l'OMC*; l'*Accord sur les marchés publics*, annexe 4 de l'*Accord sur l'OMC*; l'*Accord international sur le secteur laitier*, annexe 4 de l'*Accord sur l'OMC*; l'*Accord international sur la viande bovine*, annexe 4 de l'*Accord sur l'OMC*. Les deux derniers de ces accords plurilatéraux ont expiré à la fin de 1997. *Expiration de l'Accord international sur la viande bovine*, OMC, Conseil international de la viande Déc. IMA/8 (1997); *Expiration de l'Accord international sur le secteur laitier*, OMC, Conseil des produits laitiers Déc. IDA/8 (1997).

commerciales internationales, puisque l'adhésion aux codes sectoriels adoptés lors du cycle de Tokyo était facultative. La portée du droit international économique s'est donc considérablement accrue depuis 1947.

Cette expansion de la portée du droit international économique n'est pas terminée. Les négociations commerciales multilatérales continuent, avec le cycle de Doha qui a débuté en 2001, afin notamment d'étendre les règles de l'OMC à de nouveaux domaines comme la politique de la concurrence ou l'investissement étranger direct, ainsi que de poursuivre la libéralisation dans les domaines de l'agriculture et des services; ces négociations s'avèrent cependant ardues, entre autres en raison de la polarisation des positions des pays développés et des pays en voie de développement, comme l'a illustré la Conférence ministérielle de Cancún où les membres de l'OMC ne sont pas arrivés à adopter une déclaration ministérielle[79]. Par ailleurs, l'OMC compte actuellement 148 membres, alors que 30 gouvernements ont le statut d'observateurs et sont appelés à y accéder dans le futur[80], témoignant du fait que la multilatéralisation des règles du droit international économique n'est pas finie.

Les règles de droit international économique qui s'imposent aux membres de l'OMC sont exclusivement de nature conventionnelle. Les différends commerciaux internationaux portés à l'OMC visent ainsi l'exécution ou plutôt l'inexécution d'un traité, l'*Accord sur l'OMC*, de même que de ses annexes qui en font partie intégrante. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC signifierait donc d'impliquer les personnes privées dans la mise en œuvre du droit international conventionnel qui est venu juridiser les relations commerciales internationales.

---

[79] Voir OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle* (adoptée le 14 novembre 2001), OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, en ligne OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm> [ci-après *Déclaration de Doha*]. La *Déclaration de Doha*, adoptée à l'issue de la 4ème Conférence ministérielle qui s'est tenue dans la capitale qatari du 9 au 14 novembre 2001, a lancé un nouveau cycle de négociations commerciales multilatérales aussi appelé « Programme de Doha pour le développement ». Voir la partie 3.3.5, ci-dessous, pour un examen des principaux enjeux du cycle de Doha et de l'évolution des négociations.

[80] Voir OMC, *Liste des Membres et observateurs*, en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm> (dernière mise à jour: 16 février 2005). Le Népal et le Cambodge sont récemment devenus les 147ème et 148ème membres de l'OMC. Parmi les observateurs, seul le Saint-Siège n'est pas appelé à devenir membre de l'Organisation.

### 1.1.3 Le renforcement de la juridicité du droit international économique

a) La juridicité douteuse du *GATT de 1947*

On a vu que les circonstances entourant la naissance du *GATT de 1947* ont fait en sorte qu'il a vu son rôle temporaire se pérenniser suite à l'échec de la mise en vigueur de la *Charte de La Havane*, au début des années 1950. Non seulement était-il destiné à n'être que temporaire jusqu'à l'entrée en vigueur de ce traité qui aurait institué une organisation internationale chargée d'encadrer la libéralisation du commerce mondial, dans le cadre institutionnel de l'ONU, mais le *GATT de 1947* n'est lui-même jamais véritablement entré en vigueur, ce qui en a grandement diminué la force obligatoire.

Les parties contractantes du *GATT de 1947* ont anticipé son entrée en vigueur dès sa conclusion, au moyen d'un protocole d'application provisoire, qui a fait en sorte que le traité était censé s'appliquer à elles avant même leur adhésion formelle suivant leurs règles constitutionnelles internes[81]. Pour diverses raisons, les parties contractantes n'adhérèrent jamais formellement au *GATT de 1947* et celui-ci n'entra donc jamais en vigueur officiellement, mais fut plutôt maintenu en vie artificiellement au moyen du protocole qui l'avait mis en vigueur provisoirement le 1er janvier 1948. Cette application provisoire et le caractère incertain de ses effets juridiques en droit international eurent pour effet d'entourer le véritable caractère juridique du *GATT de 1947* — sa juridicité — d'un flou durable qui a fortement imprégné sa mise en œuvre et son étude jusqu'à son remplacement par le *GATT de 1994*.

---

[81] *Protocole d'application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, I.B.D.D. vol. I (1952) 77 [ci-après *Protocole d'application provisoire*]. Huit pays signataires du *GATT de 1947* devaient signer le *Protocole d'application provisoire* avant le 15 novembre 1947 pour que celui-ci s'applique provisoirement à partir du 1er janvier 1948; les autres pays signataires devaient signer le *Protocole* avant le 30 juin 1948 afin de pouvoir être des parties contractantes pendant l'application provisoire du traité. Ceux qui ne s'étaient pas conformés à ces exigences devaient passer par une procédure d'accession pour devenir des parties contractantes. Chaque pays qui a accédé au *GATT de 1947* après ce délai l'a fait au moyen d'un protocole d'accession qui contenait des dispositions d'application provisoire au même effet que le *Protocole*. Haïti et le Libéria auront été les seules parties contractantes à avoir signifié leur acceptation définitive du *GATT de 1947*. Voir GATT, *Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice*, 6ème éd., Genève, GATT, 1994 [ci-après *Guide to GATT Law and Practice*] aux pp. 6 et 1005; Dam, *supra* note 20 aux pp. 341-344. On a vu que le *GATT de 1947* aura finalement compté un total de 128 pays signataires au moment de l'adoption des accords de l'OMC. Voir *128 pays étaient signataires du GATT en 1994*, *supra* note 69.

Le recours au protocole d'application provisoire comportait une difficulté juridique additionnelle, car celui-ci n'a été convenu que par les représentants gouvernementaux des parties contractantes, sans que cet engagement de la branche exécutive de ces États n'ait été autrement ratifié par leur branche législative, si nécessaire en vertu de leur constitution interne. Le protocole d'application provisoire — à l'instar du *GATT de 1947* — n'a jamais été qu'un simple accord intergouvernemental ou exécutif, qui a mis en vigueur provisoirement un autre accord de la même nature[82]. Si pour certains États comme le Canada ou le Royaume-Uni, cette caractéristique ne posait pas de problèmes sur le plan interne puisque leur branche exécutive possédait le pouvoir exclusif de conclure des traités, pour d'autres États, comme la France ou les États-Unis, il en allait autrement puisque leur gouvernement aurait dû recevoir l'aval de leur parlement pour que le traité soit validement conclu, ce qui devait fatalement affecter sa juridicité[83]. Par exemple, le *GATT de 1947* ne fut jamais ratifié par le Congrès américain et demeura un accord exécutif au sens du droit constitutionnel américain, accord qui devait demeurer dans le cadre étroit du mandat donné par le Congrès au Président de négocier des réductions tarifaires sur le plan multilatéral[84].

Le protocole d'application provisoire comprenait en outre une importante clause « grand-père », qui avait pour effet de soustraire toutes les législations nationales qui existaient au moment de l'entrée en vigueur provisoire du *GATT de 1947* de l'application de sa Partie II, qui comprenait la plupart des règles de fond importantes, à l'exception de la clause de la nation la plus favorisée et des concessions tarifaires[85]. Leurs modifications ou les nouvelles législations adoptées après cette date ne bénéficiaient cependant pas de cette protection.

---

[82] En droit international, les États signataires d'un traité qu'ils n'ont pas encore accepté, ou qui n'est pas encore entré en vigueur, ont cependant l'obligation de s'abstenir de poser des actes qui le priverait de son objet et de son but. À défaut de certitude quant à l'applicabilité de la règle *pacta sunt servanda* au *GATT de 1947*, il est toutefois certain que cette règle gouvernait son exécution. Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, 8 I.L.M. 679, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 18 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [ci-après *Convention de Vienne*].

[83] Voir Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p.52.

[84] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 39-41, 82-84. Plusieurs auteurs ont cependant conclu que le *GATT de 1947* était un véritable traité international au sens du droit constitutionnel américain. Voir par ex. J.H. Jackson, « The General Agreement on Tariffs and Trade in United States Domestic Law » (1967) 66 Mich. L. Rev. 249; R.A. Brand, « The Status of the General Agreement of Tariffs and Trade in United States Domestic Law » (1990) 26 Stan. J. Int'l L. 479.

[85] *Protocole d'application provisoire*, *supra* note 81, art. 1.

Même si la clause de la nation la plus favorisée n'était pas visée par cette clause « grand-père », elle souffrait à l'origine d'une importante exception qui visait à préserver divers systèmes de préférence impériaux ou coloniaux, en totale contradiction avec le principe de la non-discrimination dans les relations commerciales internationales, particulièrement à l'égard des pays du Commonwealth britannique[86]. Cet autre assouplissement important des règles du *GATT de 1947*, marginalisant un de ses principes fondateurs, a certainement aussi contribué à en diminuer la juridicité.

Le fait que les codes sectoriels adoptés lors du cycle de Tokyo constituaient des traités multilatéraux séparés du *GATT de 1947*, auxquels l'adhésion n'était pas obligatoire pour ses parties contractantes, a également contribué à la marginalisation de sa force obligatoire. Cette situation eut pour effet d'affaiblir la juridicité du *GATT de 1947*, puisque tous les développements importants du droit international économique devaient dorénavant s'effectuer hors de son cadre juridique, bien qu'ils lui demeuraient intimement attachés[87].

La pratique de la conclusion d'accords d'« autolimitation » ou de restrictions volontaires d'exportation, qui s'est développée dans la zone dite « grise » du *GATT de 1947*, contribua aussi à en affaiblir la juridicité[88]. Ces accords dits de la zone grise visaient à contourner les dispositions sur l'application, par un État, de mesures d'urgence prises pour faire face à la désorganisation de son marché national qui résultait de la libéralisation des échanges opérée par le *GATT de 1947*. Ils se situaient en amont des règles du GATT, où les rapports de force économiques entre les parties contractantes faisaient en sorte que les pays exportateurs réduisaient « volontairement » leurs exportations afin de prévenir la désorganisation des marchés des pays importateurs. Le développement de ces accords dans une sorte d'ordre normatif parallèle au *GATT de 1947* minait sa crédibilité et sa force obligatoire.

---

[86] *GATT de 1947*, *supra* note 50, art. I(2) et (3). Il était cependant entendu qu'à terme, ces systèmes préférentiels tomberaient en désuétude à la faveur des cycles de négociations commerciales. Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 163-164.

[87] Voir Jackson, *World Trading System*, *ibid.* aux pp. 76-77; Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 112. Les codes sectoriels du cycle de Tokyo étaient cependant des véritables traités, dûment ratifiés et entrés en vigueur. Voir par ex. *Trade Agreements Act of 1979*, Pub. L. No. 96-39, 93 Stat. 144 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 2501-2582 (2000)).

[88] Voir Long, *supra* note 25 aux pp. 76-81.

Enfin, l'absence d'une véritable organisation internationale ayant des assises juridiques solides a aussi contribué à maintenir ce flou juridique autour du *GATT de 1947*. La *Charte de La Havane* prévoyait certes l'institution de l'OIT, qui aurait été une institution spécialisée de l'ONU, mais le *GATT de 1947* ne comprenait aucune disposition de nature institutionnelle. Seule une disposition confiait aux parties contractantes agissant collectivement la tâche de veiller à son application, voulant qu'on les désigne avec des lettres majuscules (PARTIES CONTRACTANTES) lorsqu'elles agissaient à ce titre[89]. On a tenté une dernière fois en 1955 de créer une véritable organisation internationale pour encadrer la libéralisation du commerce mondial, avec le projet d'institution de l'Organisation de Coopération commerciale (OCC), mais cette tentative a finalement échoué[90]. Bien que le rattachement de l'OCC à l'ONU n'était envisagé qu'à titre de possibilité, les travaux préparatoires de l'époque laissent clairement voir qu'il ne faisait pas de doutes, tant dans l'esprit des représentants de l'ONU que de celui des parties contractantes du *GATT de 1947*, que l'OCC, à titre d'organisation internationale qui aurait chapeauté le système commercial multilatéral, devait rapidement devenir une institution spécialisée de l'ONU[91].

Malgré cet échec, les parties contractantes avaient néanmoins besoin d'organiser la gestion du système commercial multilatéral naissant. La récupération de la Commission intérimaire pour l'Organisation internationale du commerce, qui avait été

---

[89] *GATT de 1947*, *supra* note 50, art. XXV(1).

[90] Voir l'*Accord instituant l'Organisation de Coopération commerciale*, 10 mars 1955, 1(revisé) I.B.D.D. (1955) 82 (ce traité n'est jamais entré en vigueur) [ci-après *Accord sur l'OCC*]. L'Organisation de Coopération commerciale (OCC) aurait regroupé toutes les parties contractantes du *GATT de 1947* (art. 2) et devait être composée d'une Assemblée, d'un Comité exécutif et d'un Secrétariat (art. 4). Elle aurait été dotée de la personnalité juridique (art. 10) et la possibilité de son rattachement à l'ONU en tant qu'institution spécialisée était explicitement prévue (art. 11). Aucun changement significatif au mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux n'était prévu, mais la structure à deux niveaux de l'OCC (Assemblée et Comité exécutif) aurait pu avoir des effets importants, puisque le Comité exécutif ne devait être composé que de dix-sept membres — dont les cinq plus grandes puissances économiques —, et aurait dû remplir les tâches que lui aurait confiées l'Assemblée par un vote à la majorité des deux tiers (art. 6). La pratique de la prise de décision par consensus aurait pu être compromise par cette nouvelle structure. Voir généralement G. Bronz, « An International Trade Organization : The Second Attempt » (1956) 69 Harv. L.R. 440.

[91] GATT, *Rapport du groupe de travail des questions relatives à l'organisation et aux fonctions*, GATT Doc. L/327, Supp. n° 3 I.B.D.D. (1955) 259 à la p. 266. Le groupe de travail jugeait nécessaire une telle intégration dans le cadre institutionnel onusien afin de protéger l'autonomie et l'indépendance de l'OCC sur ses propres champs de compétences par rapport aux autres institutions spécialisées de l'ONU. Le Secrétaire général des Nations Unies avait même proposé une intégration encore plus étroite de l'OCC avec les organes centraux de l'ONU, mais le groupe de travail a rejeté cette idée.

mise en place lors des négociations de la *Charte de La Havane*, a permis la création d'un Secrétariat du *GATT de 1947* qui fut chargé d'appuyer les PARTIES CONTRACTANTES dans l'exercice de leurs fonctions, sous l'autorité d'un Directeur général nommé par celles-ci[92]. Si au départ l'organisation naissante n'existait que lors des sessions des PARTIES CONTRACTANTES, un Comité d'intersession a été créé, en 1951, pour exécuter les affaires courantes du *GATT de 1947*[93]. C'est cependant le remplacement de ce comité par le Conseil des représentants des PARTIES CONTRACTANTES (Conseil du GATT), créé en 1960, qui a consolidé l'existence d'une organisation internationale *de facto*[94].

Bien que les PARTIES CONTRACTANTES étaient censée prendre leurs décisions à la majorité des votes émis suivant la lettre du *GATT de 1947*, la pratique du consensus se développa rapidement pour la prise de décisions[95]. Cette pratique signifiait qu'on ne passait jamais au vote pour prendre une décision, mais qu'on agissait plutôt uniquement si un consensus se dégageait autour de la décision projetée, accordant du coup un droit de veto à toutes les parties contractantes.

Si cette pratique du consensus peut sembler avoir déjuridisé la prise de décision au sein du *GATT de 1947*, le développement d'une pratique organisationnelle par les PARTIES CONTRACTANTES fut plus déterminant dans la juridisation des relations commerciales internationales. En effet, une réelle organisation internationale *de facto* a pu ainsi se développer graduellement autour de cette base juridique bancale, à telle enseigne qu'on a finalement dû se rendre à l'évidence que le *GATT de 1947* constituait dans les faits une véritable organisation internationale[96]. Ce phénomène original

---

[92] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 68-71; Dam, *supra* note 20 aux pp. 339-341. Cette Commission intérimaire était une institution des Nations Unies, ce qui témoigne à nouveau de l'incongruité du fait que l'OMC ne soit pas une institution spécialisée des Nations Unies.

[93] Dam, *supra* note 20 aux pp. 336-337.

[94] Dam, *ibid.* aux pp. 337-339; Long, *supra* note 25 aux pp. 64-66. Voir la *Décision du 4 juin 1960 créant le Conseil des Représentants*, GATT P.C. Déc., Supp. n° 9 I.B.D.D. (1961) 8.

[95] Voir *Guide to GATT Law and Practice*, *supra* note 81 aux pp. 1014 et 1022. La pratique du consensus ne s'appliquait cependant pas aux décisions concernant l'octroi d'une dérogation ou l'accession d'une nouvelle partie contractante.

[96] Dam, *supra* note 20 à la p. 335; Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 52. Le *GATT de 1947* a par exemple conclu un accord de siège avec la Suisse, ce qui témoignait de sa personnalité juridique internationale. Voir aussi la note du Département politique fédéral suisse du 18 avril 1977 sur le statut juridique du GATT, reproduite dans L. Caflisch, « La pratique suisse en matière de droit international public 1977 » (1978) 34 Ann. suisse dr. int. 49 aux pp. 83-87.

d'institutionnalisation de pratiques de coopération interétatique traduit, sur le plan institutionnel, le phénomène de la juridisation des relations commerciales internationales.

L'ensemble de ces caractéristiques eut pour effet de draper de mystère le véritable caractère juridique du *GATT de 1947* et, par conséquent, du droit international économique applicable aux échanges internationaux. Cette empreinte durable laissée sur le système commercial multilatéral a fait en sorte qu'on a beaucoup insisté sur sa nature politique et économique, au détriment de sa nature juridique[97]. On a du coup pu plaider son « autosuffisance » face au droit international général, selon le concept consacré par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[98], afin de prétendre à son isolement total dans cette zone floue qu'était le droit du GATT[99]. Cette insularisation juridique avait pour effet de permettre l'interprétation du *GATT de 1947* de façon totalement autonome, déconnectée des autres obligations internationales de ses parties contractantes, ainsi que des règles coutumières d'interprétation des traités[100]. La conclusion des accords de l'OMC est heureusement venue entièrement dissiper les doutes sur la véritable nature juridique des règles du système commercial multilatéral.

---

[97] Voir par ex. Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 à la p. vii. Robert Hudec parlait d'un « *unique blend of legal and diplomatic strategies* » qui employait, selon sa formule célèbre, la technique de la « *Diplomat's Jurisprudence* ». Kenneth Dam soulignait déjà en 1970 cette méconnaissance originelle de la notion de droit dans le système commercial multilatéral, par laquelle il expliquait l'aversion des diplomates pour le droit aux premiers temps du *GATT de 1947*. Dam, *supra* note 20 aux pp. xiii-xiv.

[98] *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis c. Téhéran)*, [1980] C.I.J. Rec. 3 au paragr. 86. Voir B. Simma, « Self-contained Regimes » (1985) 16 Netherl. Y.B. Int'l L. 111. Selon cet auteur, le concept de régime autosuffisant se réfèrerait au régime spécial de responsabilité de l'État mis en place dans un sous-système de droit international donné, écartant le régime général de responsabilité du droit international général. Voir la partie 1.3, ci-dessous, pour une analyse de la relation entre le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC et le droit international général.

[99] Cette approche « contractuelle » — au sens du droit privé — des obligations des parties contractantes du *GATT de 1947* était confortée par la préférence accordée au concept d'annulation ou de réduction des avantages résultant de l'accord, au lieu du concept classique de violation, qui renvoyait à l'équilibre des prestations entre les parties contractantes, reflet des négociations commerciales qui précédaient l'accession d'un État à l'accord. J. Pauwelyn, « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules—Towards a More Collective Approach » (2000) 94 A.J.I.L. 335 aux pp. 339-340.

[100] On a souligné par exemple la trop grande insistance sur l'histoire des négociations du *GATT de 1947* comme première source interprétative en cas de doute sur le sens d'une disposition. P.J. Kuyper, « The Law of GATT as a Special Field of International Law : Ignorance, Further Refinement or Self-Contained System of International Law? » (1994) 25 Netherl. Y.B. Int'l L. 227 à la p.229.

b) La juridicité certaine des accords de l'OMC

Il est maintenant indéniable que le texte fondateur du système commercial multilatéral est un véritable traité international. L'*Accord sur l'OMC* — que nous désignons aussi collectivement, avec les accords qui lui sont annexés, « accords de l'OMC » — est réellement entré en vigueur le 1er janvier 1995, de manière régulière et non pas aux termes d'un protocole d'application provisoire[101]. D'ailleurs, dissipant tous doutes à cet égard, le *GATT de 1994* écarte le protocole d'application provisoire du *GATT de 1947* et ce dernier cesse donc de produire ses effets juridiques[102]. Cela signifie que la clause « grand-père » qui minait la juridicité du *GATT de 1947* n'existe plus; l'*Accord sur l'OMC* contient même une disposition à l'effet contraire, enjoignant ses membres à mettre leur législation en conformité avec les obligations qu'il prévoit[103]. La ratification de l'*Accord sur l'OMC* par ses membres a écarté toute incertitude quant à la validité de sa conclusion suivant leur droit interne.

On reconnaît maintenant explicitement que les règles du droit international économique posées par les accords de l'OMC doivent être lues suivant « les règles coutumières d'interprétation du droit international public »[104], ce qui témoigne de leur véritable caractère juridique.

Le principe de l'adhésion en bloc, ou forfaitaire, aux accords de l'OMC met un terme au problème du développement des règles du droit international économique hors du *GATT de 1947*, qui portait atteinte à sa juridicité depuis l'adoption des codes sectoriels du cycle de Tokyo. Ce principe fait en sorte que l'ensemble des règles applicables aux échanges internationaux s'impose aux membres de l'OMC, à l'exception des quatre

---

[101] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. XIV; *Acte final reprenant les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 15, 33 I.L.M. 1143, art. 2-3, en ligne : OMC <www.wto.org/french/docs_f/legal_f/03-fa.pdf> (date d'accès: 14 janvier 2004); OMC, *WTO Analytical Index : Guide to WTO Law and Practice*, 1ère éd., Genève, OMC, 2003, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/analytic_index_f/analytic_index_f.htm> (date d'accès : 3 mai 2005), *Accord sur l'OMC*, § 219 [ci-après *Guide to WTO Law and Practice*]. Les parties contractantes du *GATT de 1947* ainsi que la Communauté européenne ont été admises à devenir membres originels de l'OMC par voie d'acceptation de l'*Accord sur l'OMC*. Aucun autre État ou territoire douanier distinct, « jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures », ne jouit d'un droit d'accession à l'OMC, mais il peut en faire la demande. *Accord sur l'OMC*, art. XI et XII.

[102] *GATT de 1994*, *supra* note 70, art. 1.

[103] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. XVI(4).

[104] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(2).

accords plurilatéraux auxquels l'adhésion est optionnelle[105]. Cette unification des règles du droit international économique en conforte la juridicité.

Le problème des accords d'autolimitation est aussi réglé par leur interdiction formelle par l'*Accord sur les sauvegardes*[106]. Cette disposition a opéré une extension de la portée du droit international économique dans ce qu'on appelait la « zone grise » du *GATT de 1947*, consolidant du même coup sa juridicité.

Enfin, une véritable organisation internationale est expressément créée par l'*Accord sur l'OMC*. L'OMC se voit reconnaître la personnalité juridique[107] et sa structure et son fonctionnement sont prévus avec force détails. Cette formalisation de l'organisation internationale chargée de chapeauter le système commercial multilatéral renforce la juridicité du droit international économique et complète pour le moment le processus de juridisation des relations commerciales internationales. On ne peut que regretter que l'OMC ne soit pas intégrée formellement au système de l'ONU, contrairement aux deux premières tentatives d'institution d'une organisation internationale qui aurait été chargée d'encadrer la libéralisation du commerce mondial; cela pourrait risquer à terme de miner la légitimité du système commercial multilatéral, en le déconnectant de sa finalité transcendante qui est de créer des conditions favorables au maintien de la paix et de la sécurité internationales, de freiner son développement, et de provoquer des conflits de compétence potentiels avec des institutions spécialisées de l'ONU ayant des activités connexes au commerce mondial[108].

La structure à deux niveaux qui avait été envisagée pour l'OIC en 1948, puis pour l'OCC en 1955, n'a pas été retenue. L'OMC se compose d'une Conférence ministérielle et d'un Conseil général, qui sont appuyés dans leurs fonctions par un secrétariat dirigé par

---

[105] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. II(2).
[106] *Accord sur les sauvegardes*, *supra* note 74, art. 11.
[107] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. VIII.
[108] Un accord a cependant été passé avec l'ONU le 29 septembre 1995, par échange de lettres, afin d'organiser la relation de travail entre les deux organisations internationales sur la même base que l'arrangement qui avait existé entre le *GATT de 1947* et l'ONU. *Guide to WTO Law and Practice*, *supra* note 101, *Accord sur l'OMC*, § 146. Cet arrangement aurait fait en sorte que le *GATT de 1947* était traité en pratique comme une véritable institution spécialisée de l'ONU. *Guide to GATT Law and Practice*, *supra* note 81 au pp. 1041-1042. À l'opposé, l'OIC aurait dû conclure des arrangements avec les organisations internationales dont les attributions auraient ressemblé aux siennes en vue d'éviter des chevauchements et de faciliter leur coopération; l'absorption par l'OIC des organisations dont les buts et fonctions auraient relevé de la *Charte de La Havane* était même envisagée, ce qui signifie que cette dernière était évolutive et porteuse de changement sur le plan institutionnel. *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 87(1), (3).

un directeur général[109]. Tant la Conférence ministérielle que le Conseil général sont composés de représentants de la totalité des membres de l'OMC; la seule différence entre les deux organes est le rang hiérarchique occupé par ces représentants dans leur fonction publique respective, ainsi que l'intervalle de leur réunion. Alors que la Conférence ministérielle doit se réunir au moins une fois tous les deux ans et exerce les fonctions de l'OMC, le Conseil général se réunit au besoin afin d'exercer les fonctions de la Conférence et est composé de représentants de rang moindre que ministériel. Le Conseil général se réunit aussi à titre d'Organe de règlement des différends (ORD), qui est prévu par le *Mémorandum d'accord* pour mettre en œuvre le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de l'OMC, de même qu'à titre d'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC), qui est prévu par le *Mécanisme d'examen des politiques commerciales*.

Les fonctions de l'OMC sont clairement définies[110]. Celle-ci a pour but de « faciliter la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement » des accords de l'OMC, ainsi que de servir d'enceinte pour la conduite des négociations commerciales multilatérales entre ses membres. En outre, l'OMC est enjointe à collaborer avec le FMI et la Banque mondiale en vue de « rendre plus cohérente l'élaboration des politiques économiques au niveau mondial ». Afin d'assurer une coopération efficace avec les organisations internationales « s'occupant de questions en rapport avec celles de l'OMC », le Conseil général se voit confier le pouvoir de conclure des arrangements avec celles-ci[111]. Certaines organisations internationales se sont également vues reconnaître le statut d'observateur permanent au sein de l'OMC[112]. On peut s'étonner à nouveau du fait

---

[109] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. IV et VI.
[110] *Ibid.* art. III.
[111] *Ibid.* art. V(1). Outre l'ONU, de tels arrangements ont à ce jour été conclus avec Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), la Banque internationale de reconstruction et de développement (Banque mondiale), le Fonds monétaire international (FMI), l'Office international des épizooties (OIE) et l'Union internationale des télécommunications (UIT). Un projet d'arrangement est pendant en ce qui concerne l'Union postale universelle (UPU). *Guide to WTO Law and Practice*, *supra* note 101, *Accord sur l'OMC*, § 144.
[112] Les organisations internationales suivantes ont le statut d'observateur permanent auprès du Conseil général de l'OMC : ONU; Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED); FMI; Banque mondiale; Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO); OMPI; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). *Guide to WTO Law and Practice*, *ibid.*, *Accord sur l'OMC*, § 151.

que l'OMC ne soit pas rattachée formellement à l'ONU, quant on reconnaît son incapacité à opérer en vase clos pour traiter des questions économiques mondiales.

Les personnes privées ne se voient, elles, reconnaître absolument aucun rôle au sein de l'OMC, ce qui illustre à quel point l'élargissement du droit d'y porter plainte en leur faveur serait un changement draconien. Il est vrai cependant que le Conseil général peut également conclure des arrangements « aux fins de consultation et de coopération » avec les ONG s'occupant de « questions en rapport avec celles dont l'OMC traite ». Des lignes directrices ont certes été adoptées à ce titre, mais uniquement dans une perspective de transparence, où les ONG peuvent relayer l'information sur les travaux de l'OMC, mais non y jouer un rôle actif[113]. Les membres de l'OMC renvoient les ONG au plan national, où la responsabilité première de l'élaboration de la politique commerciale se situe; le renforcement des processus nationaux de consultation et de coopération est également envisagé[114]. Les relations entre l'OMC et les personnes privées doivent en définitive passer par le filtre des membres de l'OMC. Des développements survenus dans le cadre du règlement des différends commerciaux internationaux sont cependant venus changer la donne — légèrement — avec l'apparition d'une pratique de participation des ONG dans ce processus à titre d'*amicus curiae*[115].

La pratique de prise de décision par consensus qui s'était développée sous l'empire du *GATT de 1947* a été maintenue et intégrée par l'OMC[116]. En l'absence d'un consensus — c'est-à-dire si un membre présent à la réunion de l'organe en question s'oppose formellement à la décision proposée —, on doit alors passer au vote et la décision est normalement prise à la majorité des votes émis, à moins qu'une règle

---

[113] OMC, *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales*, OMC Déc. WT/L/162 (1996), en ligne OMC : <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=2> (date d'accès : 15 janvier 2004) [ci-après *Lignes directrices concernant les ONG*]. De la même manière, la *Charte de La Havane* aménageait une certaine place aux ONG en prévoyant que l'OIC pouvait — mais n'était pas obligée — conclure avec ces dernières des arrangements propres à faciliter leurs consultations et coopération. *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 87(2).

[114] Voir la partie 3.2.2, ci-dessous, pour une discussion sur la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées dans le contexte du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC.

[115] Voir la partie 3.2.1, ci-dessous, pour une analyse de la participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le règlement des différends commerciaux internationaux.

[116] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. IX(1).

particulière ne soit autrement prévue[117]. Une exception de taille à cette règle nous concerne tout spécialement, puisque l'ORD doit toujours prendre ses décisions par consensus[118]. L'ensemble des membres de l'OMC siégeant à l'ORD, la pratique décisionnelle du consensus aurait dû signifier que les États ont conservé la mainmise sur le règlement des différends commerciaux internationaux; or l'introduction de la règle du consensus « négatif » par le *Mémorandum d'accord*, que nous examinerons dans la partie suivante, a bouleversé cet équilibre en devenant un jalon fondamental de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux.

Le renforcement de la juridicité du droit international économique signifie qu'il n'y a plus de doute possible sur la véritable nature juridique des obligations des membres de l'OMC[119]. Ce constat entraîne pour conséquence fondamentale la fin de la prétendue autosuffisance absolue du régime du GATT/OMC par rapport au droit international général. L'Organe d'appel l'a reconnu de manière non équivoque dans son tout premier rapport, en se référant à l'obligation qui lui est faite d'éclaircir les accords de l'OMC à l'aide des règles coutumières d'interprétation du droit international public : « Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire [le *GATT de 1994*] en l'isolant cliniquement du droit international public»[120]. Cela nous permet de situer la question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées dans le contexte plus large du droit international général et plus particulièrement du droit de la responsabilité de l'État[121]. Cette mise en contexte juridique nous permettra de cartographier le débat et de mieux saisir les enjeux que cet élargissement pose, de même qu'elle nous permettra de faire une analyse comparative

---

[117] C'est le cas notamment pour la décision d'adopter une interprétation obligatoire ou d'octroyer une dérogation, qui doit être prise à une majorité des trois quarts des membres de l'OMC (et non pas des votes émis). *Accord sur l'OMC*, *ibid.* art. IX(2) et (3).

[118] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 2(4). Voir la partie 1.2.2, ci-dessous, pour une analyse du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

[119] Voir la partie 1.3.1 c), ci-dessous, pour une discussion sur le caractère juridique des obligations primaires des membres de l'OMC.

[120] *États-Unis—Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (*Plaintes du Brésil et du Vénézuela*) (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R à la p. 18 (Rapport de l'Organe d'appel). La totalité des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont disponibles en ligne sur le site Web de l'OMC et sont facilement accessibles avec le titre ou le numéro de document WT/DS, aussi ne mettons-nous pas de référence électronique parallèle afin de ne pas alourdir les notes infrapaginales inutilement. Voir OMC, *Règlement des différends*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_f.htm#disputes> (date d'accès : 26 juillet 2005).

[121] Voir la partie 1.3, ci-dessous, pour l'analyse des rapports entre le régime de responsabilité des membres de l'OMC et le droit international général.

plus fine avec les développements survenus dans d'autres domaines du droit international, au plan de la participation des personnes privées dans le règlement des différends.

L'aspect politique ou économique des obligations des membres du *GATT de 1947*, qu'on a souvent défendu, ne disparaît pas du fait qu'on parle dorénavant de véritables obligations juridiques. Il faut voir cet aspect non plus dans la nature même des obligations proprement dites, mais plutôt dans leur équilibre, leur interdépendance et dans leur application. Cet aspect politique ou économique a été inscrit par les membres de l'OMC dans l'ensemble de ses règles, faites de règles de fonctionnement, de concessions tarifaires, d'obligations, d'exceptions et d'un mécanisme de règlement des différends. À ce titre, le fait que ce mécanisme ne peut être enclenché que par les États membres de l'OMC constitue certainement un garde-fou politique important; or c'est précisément contre ce garde-fou politique que s'inscrit l'idée d'élargir le droit de porter plainte à l'OMC.

## 1.2 LA JURIDICTIONNALISATION DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

Le règlement des différends commerciaux internationaux s'est graduellement juridictionnalisé, en parallèle avec la juridisation substantive des relations commerciales internationales, les deux phénomènes constituant les deux faces de la juridisation des relations commerciales internationales depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Ce phénomène de juridictionnalisation peut globalement être divisé en deux grandes étapes, au sein desquelles il a eu cours, selon que l'on se situe sous le régime du *GATT de 1947* (**1.2.1**), ou sous celui de l'OMC (**1.2.2**). Cette évolution soulève de nombreuses questions sur son sens et son opportunité, auxquelles il convient de s'attarder (**1.2.3**).

### 1.2.1 Le règlement des différends commerciaux internationaux sous le régime du *GATT de 1947*

Les circonstances entourant la conclusion du *GATT de 1947* sont capitales pour expliquer le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux qui s'est développé de 1948 jusqu'à 1995, avec l'entrée en vigueur des accords de l'OMC et

son nouveau mécanisme de règlement des différends[122]. Tandis que la *Charte de La Havane* aurait mis en place un mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux relativement sophistiqué et adoptait une approche plutôt légaliste — elle prévoyait notamment une procédure d'arbitrage et même un recours à la Cour internationale de justice (CIJ) en certaines circonstances —[123], le *GATT de 1947* avait bien peu à offrir en remplacement. Aucune de ses dispositions ne comportait l'expression

---

[122] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 112-114; Trebilcock et Howse, *supra* note 35 aux pp. 51-52. Voir généralement Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp 3-61.

[123] *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 92-97. De manière assez peu surprenante compte tenu de l'époque à laquelle l'OIC a été projetée, seuls les États membres de l'Organisation auraient pu porter plainte en vertu du mécanisme général de règlement des différends que la *Charte de La Havane* prévoyait. Les États se seraient engagés à utiliser exclusivement ce mécanisme pour régler leurs différents concernant la *Charte* et auraient ainsi renoncé à imposer unilatéralement des contre-mesures (*ibid.* art. 92(1)). En outre il était explicitement spécifié que les questions d'ordre essentiellement politique n'étaient pas du ressort de l'OIC; la *Charte* était d'ailleurs déclarée non applicable aux mesures prises par un État membre en liaison directe avec une question d'ordre politique dont l'ONU aurait été saisie suivant les chapitres IV ou VI de la *Charte des Nations Unies* (*ibid.* art. 86(3)).
Dans un premier temps les États auraient dû entrer en consultations pour tenter de régler leur différend; les différends visés avaient trait à la privation d'avantages résultant de la *Charte* du fait du manquement d'un État membre à ses engagements, de l'application d'une mesure non contraire, ou encore d'une autre situation (*ibid* art. 93). Les États membres en consultation avaient par ailleurs la possibilité de soumettre leur différend à l'arbitrage. En cas d'échec des consultations, un État membre consultant pouvait renvoyer le différend devant le Comité exécutif — organe politique regroupant dix-huit États membres qui devait normalement prendre ses décisions à la majorité — qui, à son tour, devait faire enquête et rendre sa décision sur l'existence ou non d'une privation d'avantage; il est intéressant de noter de plus que le Conseil était invité à entrer en consultations avec d'autres organisations internationales au cours de son enquête sur la plainte (*ibid.* art. 94). Il n'aurait pas été nécessaire d'engager préalablement des consultations si la privation d'avantages avait résulté d'une autre situation qu'un manquement ou une mesure non contraire à la *Charte*. S'il avait constaté une privation d'avantage du fait d'un manquement à ses engagements par l'État membre visé par la plainte, le Conseil aurait invité ce dernier à se conformer à la *Charte*, alors que si la privation résultait plutôt d'une mesure non contraire ou d'une autre situation, le Comité aurait adressé des recommandations aux États membres en vue de faciliter le règlement du litige. Enfin si la privation d'avantages avait persisté malgré la décision du Conseil, ce dernier aurait alors pu autoriser l'État plaignant à suspendre ses engagements et concessions à l'égard de l'autre État pour compenser sa propre privation d'avantages, ce qui signifie que l'OIC aurait eu le contrôle sur l'imposition de contre-mesures.
Toutefois un des États membres parties au litige aurait pu renvoyer de plein droit la décision du Conseil exécutif pour révision devant la Conférence de l'OIC — organe politique regroupant tous les États membres qui aurait normalement pris ses décisions à l'unanimité — auquel cas le Comité n'aurait pu autoriser l'imposition de contre-mesures (*ibid.* art. 95). La Conférence aurait alors pu confirmer, modifier ou encore infirmer la décision du Conseil exécutif, ainsi qu'autoriser l'État membre plaignant à prendre des contre-mesures, auquel cas l'État visé par ces dernières aurait pu se retirer de l'OIC.
Finalement, la décision de la Conférence aurait elle-même pu être renvoyée devant la Cour internationale de justice pour révision, au moyen d'une demande d'avis consultatif présentée par l'OIC à la requête d'un État membre dont les intérêts auraient été lésés par la décision; l'avis de la Cour aurait alors lié l'OIC (*ibid.* art. 96). Au surplus et indépendamment de ce recours de l'OIC sur requête d'un État membre, l'OIC aurait pu demander d'office à la Cour des avis consultatifs sur les questions juridiques qui se seraient posées dans le cadre de ses activités, ce qui inclut le règlement des différends. La Cour internationale de justice aurait ainsi eu le dernier mot sur les questions juridiques entourant les différends commerciaux internationaux, ce qui lui aurait permis de jeter les bases pour le développement du droit international applicable aux relations commerciales internationales. Wilcox, *supra* note 49 à la p. 160.

« règlement des différends » ou encore « résolution des litiges »[124]. Quoiqu'ils n'avaient pas été prévus pour remplir seuls un tel rôle, les articles XXII et XXIII ont pu servir de base juridique pour le développement d'un véritable mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux, caractérisé par le raffinement graduel du processus décisionnel des PARTIES CONTRACTANTES[125].

Malgré les difficultés que ce mécanisme a éprouvées au cours de son existence, il est généralement considéré comme ayant été un succès. Si la *Charte de La Havane* avait adopté une approche plus légaliste du règlement des différends commerciaux internationaux, le mécanisme qui s'est développé sous l'empire du *GATT de 1947* a plutôt penché pour une approche essentiellement diplomatique, caractérisée par le recours au consensus et à la consultation, surtout à ses débuts. Le mécanisme a néanmoins connu une évolution marquée par le passage graduel de cette approche plutôt diplomatique à une approche de plus en plus légaliste, ayant ainsi pavé la voie au nouveau mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de l'OMC. L'accès au mécanisme du *GATT de 1947* demeurait réservé exclusivement aux parties contractantes du *GATT de 1947*, les personnes privées n'y jouissaient en effet d'aucun droit.

a) Objet des plaintes portées auprès des PARTIES CONTRACTANTES

Les articles XXII et XXIII du *GATT de 1947* ont pu servir d'assise juridique au développement d'un mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux en lieu et place du mécanisme qui était prévu par la *Charte de La Havane*. L'article XXII

---

[124] Au plan juridique, rien n'empêchait cependant les parties à un litige impliquant le *GATT de 1947* de renvoyer le différend devant la CIJ, si les conditions requises par celle-ci étaient remplies, mais le recours à la CIJ n'aurait pas pu servir d'appel des décisions des PARTIES CONTRACTANTES. Dam, *supra* note 20 à la p. 351; *Guide to GATT Law and Practice*, *supra* note 81 aux pp. 670-671. Cette brèche juridique dans le *GATT de 1947* n'a toutefois jamais été exploitée par les parties contractantes et, comme on le verra dans la partie 1.2.2, ci-dessous, elle a été totalement colmatée avec la création de l'OMC.

[125] Lors du cycle de Tokyo, des mécanismes de règlement des différends particuliers et exclusifs du mécanisme général du *GATT de 1947* avaient été mis sur pied par cinq codes sectoriels. Ces mécanismes sectoriels ne seront cependant pas davantage examinés, l'étude du mécanisme général étant suffisante pour les fins de la présente analyse, sauf indication contraire. Ces mécanismes sectoriels suivaient les grandes lignes du mécanisme général et étaient tous de nature purement interétatique : aucun d'eux ne prévoyait la participation des personnes privées sous quelque forme que ce soit. Voir le *Code antidumping*, *supra* note 67, art. 15; le *Code des subventions*, *supra* note 67, art. 17-18; le *Code d'évaluation douanières*, *supra* note 67, annexe III, art. 19-20; le *Code des marchés publics*, *supra* note 67, art. VII; le *Code de normalisation*, *supra* note 67, art. 14.

prévoyait des consultations préventives entre deux parties contractantes seulement (consultations bilatérales), ou avec les PARTIES CONTRACTANTES (consultations multilatérales), « au sujet de toutes question affectant le fonctionnement » du *GATT de 1947*[126]. On entend les consultations comme faisant partie de la notion plus large de négociations[127]; on les situe même en aval de la négociation sur le différend proprement dit, puisqu'elles sont considérées comme survenant avant la naissance d'un véritable différend entre les parties[128]. Elles interviennent donc au tout début du différend commercial international, voire avant sa concrétisation.

C'est essentiellement autour de l'article XXIII que s'est développé un véritable mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux. L'article XXIII s'intéressait plus particulièrement à la protection des concessions tarifaires et autres avantages qui découlaient du *GATT de 1947*, ainsi qu'à la réalisation de ses objectifs. Ces avantages étaient en fait les droits que l'accord conférait explicitement aux parties contractantes, ainsi que les opportunités commerciales auxquelles celles-ci pouvaient raisonnablement s'attendre en acceptant de réduire leurs tarifs douaniers[129]. Ce concept d'annulation ou de réduction des avantages résultant du *GATT de 1947* traduisait le souci de protéger l'équilibre des opportunités commerciales au-delà de la simple conformité avec les obligations internationales, de même qu'une certaine méfiance envers le légalisme vu les aspects économiques impliqués par ces obligations[130]. À l'origine, ce n'était donc pas le caractère illicite d'une mesure qui était déterminant pour les fins du mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux, mais plutôt

---

[126] L'article XXII(1) enjoignait les parties contractantes à entrer en consultation, de bonne foi, afin de prévenir la naissance de tout différend concernant le *GATT de 1947*. Cette première étape des consultations était aussi appelée « consultations bilatérales », puisqu'elles impliquaient normalement deux parties contractantes seulement. En cas d'échec de ces consultations, l'article XXII(2) envisageait la mise à contribution des PARTIES CONTRACTANTES à la demande d'une partie contractante, afin de dénouer la situation; bien que ces « consultations multilatérales » n'impliquaient pas seulement les parties intéressées directement, le processus demeurait purement diplomatique. Ces consultations préventives eurent pour effet utile d'écarter l'argument voulant que les mesures législatives ou exécutives encore uniquement au stade de projet ne pussent faire l'objet d'une demande de consultation de la part d'une partie contractante. J.H. Jackson, *The World Trade Organization : Constitution and Jurisprudence,* Londres, Royal Institute of International Affairs, 1998 à la p. 65 [ci-après Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*].

[127] *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes*, *supra* note 28 à la p. 10.

[128] E.-U. Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System : International Law, International Organization and Dispute Settlement,* La Haye, Kluwer Law International, 1997 à la p. 68 [ci-après Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*].

[129] *Ibid.* aux pp. 72-74.

[130] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 24-25.

l'atteinte aux expectatives raisonnables de commerce international ouvertes par le *GATT de 1947*, concept fort ambiguë.

Dans la mesure où « un avantage résultant pour [une partie] directement ou indirectement » du *GATT de 1947* était « annulé ou compromis », ou encore que la « réalisation de l'un de ses objectifs » était « entravée », l'article XXIII lui donnait accès à des recours plus spécifiques que de simples consultations préventives. Celle-ci pouvait porter plainte auprès des PARTIES CONTRACTANTES afin qu'elles en fassent l'examen et qu'elles prennent une décision sur sa validité et sur les recommandations à adresser aux parties contractantes en cause[131]. Dans les circonstances « suffisamment graves pour justifier une telle mesure », les PARTIES CONTRACTANTES pouvaient même autoriser l'imposition de contre-mesures économiques par la partie plaignante, sous forme de suspension de l'application de concessions ou de toute autre obligation résultant du *GATT de 1947*, à l'égard de la partie visée par la plainte[132].

Le champ d'application de ce recours auprès des PARTIES CONTRACTANTES était beaucoup plus étroitement défini que celui des consultations préventives de l'article XXII, puisque six types de situation seulement pouvaient donner ouverture à une plainte de la part d'une partie contractante[133].

Le premier type de plaintes visait la situation où une partie contractante violait le *GATT de 1947*, avec pour conséquence d'annuler ou de compromettre des avantages pour la partie plaignante. Ce type de plainte était le plus fréquent et a été à l'origine de plus de 90% de l'ensemble des différends ayant impliqué le *GATT de 1947*[134]. Avec le temps, une présomption simple d'annulation ou de réduction d'avantages s'est cristallisée dans la pratique en cas de violation du *GATT de 1947*, ayant fait en sorte que le fardeau de la preuve de l'absence d'annulation ou de réduction d'avantages reposait désormais sur l'autre partie afin de faire rejeter la plainte[135]. Un groupe spécial est même allé encore

---

[131] *GATT de 1947*, *supra* note 50, art. XXIII(2), al. 1. Le mécanisme devait suivre l'évolution de la structure organisationnelle du *GATT de 1947* que nous avons examinée dans la partie 1.1.3, ci-dessus, faisant en sorte que les plaintes étaient dans les faits portées auprès du Conseil du GATT après sa création.
[132] *Ibid.* art. XXIII(2), al. 2.
[133] *Ibid.* art. XXIII(1) a), b) et c); Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 72-74.
[134] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *ibid.* aux pp. 73-74.
[135] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 115. Voir l'affaire du *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (Plainte de l'Uruguay)* (1962), GATT Doc. L/1923, Supp. n° 11 I.B.D.D. (1963) 98 au paragr. 15.

plus loin, ayant estimé que cette présomption était en pratique devenue irréfragable puisqu'elle n'avait jamais pu être renversée, ce qui signifiait que la constatation de la violation du *GATT de 1947* rendait toute plainte bien fondée[136]. La pratique a donc grandement minimisé l'importance du concept d'annulation et de réduction d'avantages pour remettre la notion autrement plus juridique d'illicéité au cœur du différend commercial international.

Le deuxième type de plaintes visait cette fois les situations où des mesures, même si elles ne violaient pas le *GATT de 1947*, annulaient ou compromettaient néanmoins des avantages pour une partie contractante. Ce type de plaintes a été à la base d'environ 10% des différends ayant fait l'objet d'une plainte auprès des PARTIES CONTRACTANTES[137]. Une présomption simple d'annulation ou de réduction d'avantages est aussi apparue dans la pratique, mais de manière beaucoup plus limitée, dans certains cas de subventions — licites — qui visaient à prévenir les importations de produits étrangers, de même que dans certains cas de restrictions quantitatives licites[138].

Les quatre autres types de plaintes envisagés par l'article XXIII n'ont guère été invoqués et on estimait qu'ils étaient devenus caducs[139]. Le premier de ces autres types de plaintes visait les cas où l'annulation ou la réduction d'avantages aurait résulté d'une situation autre que la violation ou la non-violation du *GATT de 1947*[140]. Les trois autres types n'impliquaient plus l'annulation ou la réduction d'un avantage, mais plutôt l'entrave à la réalisation de l'un des objectifs du *GATT de 1947* du fait d'une violation, d'une non-violation ou encore d'une autre situation[141].

---

[136] Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 à la p. 70. Voir l'affaire *États-Unis—Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation (Plaintes du Canada, de la Communauté économique européenne et du Mexique)* (1987), Doc. GATT L/6175, Supp. n° 34 I.B.D.D. (1988) 154 aux paragr. 5.1.7-5.1.9.

[137] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 74.

[138] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 115.

[139] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 74.

[140] La référence à ces autres situations renvoyait à l'hypothèse de crises macroéconomiques majeures et aurait notamment visé à pallier à la non-inclusion des chapitres de la *Charte de La Havane* qui portaient sur l'emploi et l'activité économique, ainsi que sur le développement économique et la reconstruction. Ces autres situations furent invoquées à quelques reprises, mais ces plaintes n'aboutirent jamais à la prise d'une décision par le Conseil du GATT. *Guide to GATT Law and Practice*, *supra* note 81 aux pp. 621-624. Nous ne nous référerons plus à ce type de plaintes, à moins que le contexte ne l'exige.

[141] Cette référence à l'atteinte à la réalisation des objectifs du *GATT de 1947* s'explique par le fait que l'article XXIII a été tiré des travaux préparatoires de la *Charte de La Havane*, constituant une photographie d'un moment donné des débats. Cette référence avait été ajoutée à la demande de l'Australie, pour finalement ne pas être retenue dans la *Charte de La Havane*, ce qui renforce la caducité de ce type de

Si la plainte d'une partie contractante pouvait être rattachée à l'une de ces catégories, un processus de consultations bilatérales était d'abord prévu par l'article XXIII(1). En cas d'échec des consultations pour régler le différend — ou plus exactement pour en prévenir la naissance — dans un délai raisonnable, la plainte pouvait alors être portée auprès des PARTIES CONTRACTANTES. C'est à cette étape de l'examen de la plainte, précédant la prise de décision par les PARTIES CONTRACTANTES, que le processus de juridictionnalisation a été le plus sensible sous le régime du *GATT de 1947*.

b) Raffinement du processus décisionnel des PARTIES CONTRACTANTES

Le cadre posé par l'article XXIII était fondamentalement diplomatique, puisque les PARTIES CONTRACTANTES étaient l'autorité chargée de se prononcer sur les plaintes. À l'origine, les plaintes étaient ainsi portées directement auprès des PARTIES CONTRACTANTES, lors de leurs réunions sessionnelles. Le président des PARTIES CONTRACTANTES agissait alors comme un conciliateur ou un médiateur et les parties au litige respectaient ses décisions, qui revêtaient alors beaucoup d'autorité morale[142]. Avec la création du Comité intersessionnel, les plaintes n'avaient plus à être portées lors des sessions des PARTIES CONTRACTANTES et leur rôle de premier plan s'estompa alors graduellement.

Le Comité intersessionnel — ensuite remplacé par le Conseil du GATT — commença alors à renvoyer les plaintes auprès de groupes de travail, qui étaient composés de représentants gouvernementaux des parties contractantes, y compris des parties au litige, pour qu'ils lui fassent des recommandations sur les suites à leur donner[143]. Ces groupes de travail agissaient en fait comme enceinte de négociations entre les parties au

---

plaintes. Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 52-53. Nous ne nous référerons plus à ce type de plaintes, à moins que le contexte ne l'exige.

[142] Hudec, *GATT Legal System*, *ibid.* à la p. 75; A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002 à la p. 140. Le président des PARTIES CONTRACTANTES était alors le représentant canadien Dana Wilgress. Voir par ex. *Sens de l'expression « impositions de toute nature », qui figure à l'article premier, paragraphe premier, dans le cas des taxes consulaires*, GATT P.C. Déc. du 24 août 1948, 2 I.B.D.D. (1952) 12; *Application du paragraphe premier de l'article premier dans le cas des remises de taxe intérieures*, GATT P.C. Déc. du 24 août 1948, 2 I.B.D.D. (1952) 12.

[143] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 75-78; Lowenfeld, *ibid.* à la p. 141; Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 à la p. 66. Voir par ex. l'affaire des *Taxes intérieures brésiliennes (Plainte de la France)* (1949), GATT Doc. CP.3/42, 2 I.B.D.D. (1952) 196.

litige, avec les bons offices des autres parties contractantes; ils n'agissaient pas comme une juridiction puisque le pouvoir décisionnel restait entre les mains des PARTIES CONTRACTANTES, par le truchement du Conseil du GATT[144]. Cependant, la règle du consensus — propre à toute négociation — fut mise de côté à une occasion notable par un groupe de travail, lorsque celui-ci adopta ses recommandations sans le consentement d'une des parties au litige, marquant une importante étape de l'évolution du processus de règlement des différends commerciaux internationaux, annonciatrice des groupes spéciaux d'experts[145].

Le remplacement des groupes de travail par des « groupes spéciaux d'experts » fut l'étape la plus marquante de la juridictionnalisation du règlement des différends sous le régime du *GATT de 1947*. Au cours des années 1950, le Comité intersessionnel commença à nommer des groupes spéciaux d'experts du commerce international, afin de connaître des plaintes des parties contractantes et de lui faire rapport sur leur validité et les suites à leur donner[146]. La question de savoir si une partie pouvait porter sa plainte auprès d'un groupe spécial de plein droit, après l'échec des consultations bilatérales, est demeurée controversée jusqu'à la création de l'OMC[147]. Les parties au litige ne participaient donc plus à l'élaboration du rapport fait aux PARTIES CONTRACTANTES, mais celui-ci ne les liait cependant pas et devait être adopté suivant la règle du consensus.

Même si en vertu de l'article XXV(4), les PARTIES CONTRACTANTES auraient dû adopter les rapports des groupes spéciaux à la majorité des votes exprimés, la pratique du consensus fit en sorte que toutes les parties contractantes devaient approuver le rapport, y compris les parties au litige[148]. La partie qui perdait sa cause devant un groupe spécial avait donc le pouvoir de bloquer l'adoption du rapport par les PARTIES

---

[144] Voir Trebilcock et Howse, *supra* note 35 à la p. 52.
[145] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 78-79; Trebilcock et Howse, *ibid.* à la p. 52. Voir l'affaire des *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium (Plainte du Chili)* (1950), GATT Doc. CP.4/39, 2 I.B.D.D. (1952) 204.
[146] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 115-116; Lowenfeld, *supra* note 142 aux pp. 141-142. En anglais, les groupes spéciaux sont appelés « *panels* ».
[147] Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 à la p. 68.
[148] Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 70. Voir la partie 1.1.3 a), ci-dessus, sur le développement de la règle du consensus dans la pratique décisionnelle des PARTIES CONTRACTANTES.

CONTRACTANTES; cette caractéristique du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* fut considérée comme un de ses plus grands défauts[149].

Seul le rapport dûment adopté par les PARTIES CONTRACTANTES liait les parties au litige, mais il ne liait pas les groupes spéciaux ultérieurs, ce qui signifiait que la règle du *stare decisis*, bien connue des droits nationaux appartenant à la tradition juridique de la *common law*, ne s'appliquait pas aux groupes spéciaux[150]. Ces rapports ne constituaient pas plus des interprétations obligatoires comme celles que les PARTIES CONTRACTANTES pouvaient adopter aux termes de l'article XXV. Ils ont néanmoins été considérés comme reflétant la pratique générale des parties contractantes dans l'exécution du *GATT de 1947*.

Les conséquences de la constatation de la violation du *GATT de 1947* par une partie contractante n'étaient pas explicitement prévues par l'article XXIII. La pratique qui s'est développée voulu que le premier objectif des recommandations du groupe spécial devait être le retrait des mesures incompatibles, de manière à rétablir l'équilibre des prestations et les opportunités commerciales raisonnablement ouvertes par le *GATT de 1947*[151]. La notion de compensation n'était envisagée que dans la mesure où le retrait des mesures incompatibles n'était pas possible dans l'immédiat; en fait, la notion de réparation des dommages commerciaux n'a jamais été reconnue par les groupes spéciaux, puisque le *GATT de 1947* a toujours davantage été interprété comme offrant des opportunités commerciales plutôt que garantissant un certain volume d'exportations[152]. Même en cas de retrait immédiat de la mesure incompatible, la déclaration de son illicéité par un groupe spécial était néanmoins considérée comme un gage de non-répétition[153]; ainsi le rapport du groupe spécial était en lui-même considéré comme une certaine forme de réparation, outre sa mise en œuvre.

Les conséquences de la constatation de l'annulation ou de la réduction d'avantages par une mesure compatible avec le *GATT de 1947* ou d'« autres situations » n'étaient pas différentes de la constatation de sa violation selon l'accord. Elle autorisait

---

[149] Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 à la p. 68.
[150] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 75.
[151] *Ibid.* à la p. 76.
[152] *Ibid.* à la p. 81. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette caractéristique fondamentale du *GATT de 1947* dans la partie 1.3.1 c), ci-dessous, avec l'analyse du contenu de la responsabilité des membres de l'OMC.
[153] *Ibid.*

aussi les PARTIES CONTRACTANTES à statuer sur la question, à faire des recommandations, voire à autoriser des contre-mesures économiques sous forme de suspension de l'application de concessions tarifaires ou d'autres obligations prévues par le *GATT de 1947*[154].

Cette question de la suspension de l'application du *GATT de 1947* ne devait être abordée qu'en dernier recours. Sa soumission à l'autorisation des PARTIES CONTRACTANTES visait à restreindre l'unilatéralisme permis par le droit international général concernant l'imposition de contre-mesures économiques, ce qui a permis à certains de dire que l'« unilatéralisme agressif » a été remplacé par le « multilatéralisme agressif »[155]. Ce recours n'aura finalement été exercé qu'une seule fois dans toute l'histoire du *GATT de 1947*, les Pays-Bas ayant été autorisés en 1952 à prendre des contre-mesures contre les États-Unis[156]. Cela ne signifie toutefois pas que les parties contractantes n'ont jamais imposé des contre-mesures illicites au regard du *GATT de 1947*, bien au contraire.

Le fonctionnement du mécanisme a été codifié graduellement par une série de décisions et de mémorandums d'accord qui eurent beaucoup d'influence, puisqu'ils décrivaient avec force détails la pratique des parties contractantes et le déroulement habituel du processus[157]. Entre autres, le *Mémorandum d'accord concernant les*

---

[154] *GATT de 1947*, *supra* note 50, art. XXIII(1). La *Charte de La Havane*, dont la rédaction finale était postérieure au *GATT de 1947*, établissait une distinction entre les conséquences juridiques entraînées d'une part par violation du traité et, d'autre part, par des mesures compatibles ou d'autres situations qui privaient un État membre d'avantages. En cas de violation du traité, l'OIC pouvait inviter l'État fautif à prendre des mesures pour se conformer au traité, alors qu'en cas de non-violation, elle pouvait seulement adresser des recommandations aux États membres concernés afin de faciliter le règlement du différend. Dans les deux cas cependant, l'autorisation de contre-mesures économiques était possible. *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 94(2) d), e) et (3). Voir Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 à la p. 34.

[155] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 83.

[156] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 181-200. Voir *Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique* (1952), GATT Doc. L/61, Supp. n° 1 I.B.D.D. (1953) 66. Les Pays-Bas reçurent l'autorisation de suspendre l'application de leurs obligations découlant du *GATT de 1947*, en limitant leurs importations de farine de blé en provenance des États-Unis à 60 000 tonnes métriques pour l'année 1953. Dans les faits, les Pays-Bas n'auront pas exercé leur droit d'imposer ces contre-mesures économiques, au motif que celles-ci auraient lésé leurs intérêts commerciaux au moins autant que ceux des États-Unis.

[157] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 71; Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 à la p. 116. Voir le *Mémorandum d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance*, GATT P.C. Déc. du 28 novembre 1979, GATT Doc. L/4907, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 231 [ci-après *Mémorandum de Tokyo*]; *Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT*, GATT P.C. Déc. du 12 avril 1989, GATT Doc. L/6489 Supp. n° 36 I.B.D.D. (1990) 64 [ci-après *Mémorandum de Montréal*]. Voir aussi

*notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance*[158] adopté à l'issue du cycle de Tokyo (*Mémorandum de Tokyo*) réaffirmait et décrivait la pratique habituelle du *GATT de 1947* en matière de règlement des différends; il prévoyait aussi explicitement le rôle conciliateur du directeur général du *GATT de 1947* de même que des groupes spéciaux[159]. À mi-chemin du cycle de l'Uruguay, une décision des PARTIES CONTRACTANTES prenait acte de l'avancement des négociations concernant la réforme du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* et introduisait notamment des délais plus stricts, un mandat-type pour les groupes spéciaux, ainsi que l'arbitrage facultatif des différends; cette décision avait en outre semblé introduire la règle du consensus négatif pour l'établissement des groupes spéciaux, ce qui aurait signifié que les parties contractantes avaient désormais pratiquement un droit automatique à l'examen de leur plainte par un groupe spécial, puisque le refus d'en établir un aurait alors dû faire l'objet d'un consensus, ce qui aurait nécessité le refus de la partie qui présentait la demande, mais la question demeurait controversée[160].

Le mécanisme de règlement des différends qui s'est développé sous l'empire du *GATT de 1947* est dans l'ensemble considéré comme ayant été un succès en ce qui concerne la mise en œuvre des rapports des groupes spéciaux[161]. Jusqu'au début du cycle de l'Uruguay en 1987, quasiment tous les rapports des groupes spéciaux furent adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES et mis en œuvre par les parties au litige. Dans les cas où le rapport du groupe spécial ne fut pas adopté, celui-ci servit quand même de base

---

la *Procédure d'application de l'article XXIII*, GATT P.C. Déc. du 5 avril 1966, Supp. n° 14 I.B.D.D. (1966) 19; *Déclaration ministérielle*, GATT P.C. Déc. du 29 novembre 1982, GATT Doc. L/5424, Supp. n° 29 I.B.D.D. (1983) 9 à la p. 14; *Procédures de règlement des différends*, GATT P.C. Déc. du 30 novembre 1984, GATT Doc. L/5752, Supp. n° 31 I.B.D.D. (1985) 9; *Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT*, GATT P.C. Déc. du 22 février 1994, GATT Doc. L/7416, Supp. n° 41 I.B.D.D. (1997) 143.

[158] *Mémorandum de Tokyo*, *ibid.*

[159] Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 aux pp. 116-117.

[160] *Mémorandum de Montréal*, *supra* note 157, points C, E et F; Eichmann, *supra* note 20 aux pp. 67-75. *Contra* Lowenfeld, *supra* note 142 à la p. 149; Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *ibid.* à la p. 68. On avait aussi envisagé de prévoir une procédure préalable d'examen de la juridiction du groupe spécial, en cas de désaccord entre les parties contractantes sur cette question, mais cette idée fut abandonnée. Aucune amélioration sensible n'avait été possible sur le plan de l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de leur mise en œuvre, qui demeurait dominée par la diplomatie et la nécessité d'un consensus pour autoriser l'imposition de contre-mesures économiques. On avait certes tenté d'introduire la règle du « *consensus minus* », qui aurait consisté à obtenir un consensus entre toutes les parties contractantes moins les parties au litige, mais sans succès. Eichmann aux pp. 69, 71 et 74.

[161] Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *ibid.* aux pp. 116-117; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 89-90.

au règlement du différend entre les parties. Après une première décennie d'opération, où le mécanisme a connu une période faste[162], certaines parties contractantes — la Communauté européenne et le Japon au premier chef — se montrèrent mécontentes du développement des règles entourant la formation des groupes spéciaux et de l'approche de plus en plus légaliste qui en transpirait[163]. Cette méfiance envers le légalisme dans le règlement des différends commerciaux internationaux est bien illustrée par le fait que seuls six groupes spéciaux furent établis au cours de la décennie 1960-1969 — aucun entre 1963 et 1969 —, les parties contractantes ayant alors préféré recourir aux consultations et aux groupes de travail dans la recherche d'une solution à leurs différends. Puis, le mécanisme a connu un regain de popularité au cours des années 1970, à la faveur de la poursuite de la juridisation substantive des relations commerciales internationales enclenchée par le cycle de Tokyo, mais son opération s'avérait de plus en plus difficile[164]. Enfin, pendant le cycle de l'Uruguay, l'adoption des rapports des groupes spéciaux est devenue de plus en plus problématique en raison des blocages répétés de la Communauté européenne et des États-Unis au sein du Conseil du GATT, afin notamment d'influencer le cours des négociations[165]. D'autres problèmes commençaient aussi à miner sérieusement le fonctionnement du mécanisme, dont le « *forum shopping* » engendré par la multiplication des mécanismes particuliers issus des codes sectoriels du cycle de Tokyo, les délais dans l'adoption des rapports des groupes spéciaux, l'accroissement du

---

[162] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 à la p. 95; Lowenfeld, *supra* note 142 à la p. 142.

[163] Hudec, *GATT Legal System*, *ibid.* aux pp. 209-210; Trebilcock et Howse, *supra* note 35 aux pp. 52-53; Lowenfeld, *ibid.* aux pp. 142-143.

[164] Lowenfeld, *ibid.* aux pp. 143-146. Voir par ex. les affaires *Législation fiscale des États-Unis concernant les sociétés américaines de vente à l'étranger (DISC) (Plainte de la Communauté économique européenne)* (1976), GATT Doc. L/4422, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 107; *Pratiques suivies par la Belgique en matière d'impôt sur le revenu (Plainte des États-Unis)* (1976), GATT Doc. L/4424, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 139; *Pratiques suivies par la France en matière d'impôt sur le revenu (Plainte des États-Unis)* (1976), GATT Doc. L/4423, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 126; *Pratiques suivies par les Pays-Bas en matière d'impôt sur le revenu (Plainte des États-Unis)* (1976), GATT Doc. L/4425, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 150. Dans ces affaires, la plainte de la Communauté économique européenne contre le système fiscal américain de soutien aux exportations avait été suivie d'une contre-plainte des États-Unis contre le système fiscal de certains pays européens. La composition du groupe spécial avait été extrêmement ardue, ayant nécessité plus de deux ans, puis les rapports avaient été jugés peu convaincants par les parties contractantes vu la faiblesse de leur motivation juridique, ce qui avait contribué à bloquer leur adoption pendant plus de quatre ans, en plus des tractations auxquelles les parties au litige s'étaient livrées pour obtenir leur consentement réciproque à l'adoption des rapports.

[165] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 88-89; Lowenfeld, *ibid.* aux pp. 146-150.

recours aux contre-mesures unilatérales, ainsi que le manque général de transparence du mécanisme[166].

c) Un mécanisme dominé par la diplomatie

Tant par ses caractéristiques propres que par la pratique des parties contractantes, il apparaît que le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux développé sous l'empire du *GATT de 1947* était fondamentalement basé sur la diplomatie et les rapports de force politiques. Ce constat s'impose d'abord lorsque le mécanisme est mis en regard du mécanisme qui était prévu par la *Charte de La Havane*; celui-ci envisageait notamment des arbitrages obligatoires et renvoyait même à la Cour internationale de justice, suivant une approche davantage légaliste. À l'inverse, le *GATT de 1947* ne comportait même pas l'expression « règlement des différends » et ne renvoyait à aucune forme d'arbitrage. Le processus des consultations préventives de l'article XXII et l'exigence d'entrer en consultations avant d'avoir accès à un groupe spécial dans le cadre de la procédure de l'article XXIII témoignaient tous deux que l'approche diplomatique était privilégiée aux débuts d'un différend. Le recours à des groupes de travail composés de représentants gouvernementaux, y compris des parties au litige, illustre aussi la forte empreinte politique du mécanisme à ses origines, tout comme la controverse entourant l'automaticité du droit à un groupe spécial. Le rôle conciliateur confié au Directeur général du *GATT de 1947* ainsi qu'aux groupes spéciaux participait aussi de la même approche diplomatique.

Mais l'élément déterminant est certainement le fait que les rapports des groupes spéciaux devaient être approuvés par le Conseil du GATT, organe politique constitué de l'ensemble des parties contractantes. En raison de la pratique du consensus qui prévalait au sein du Conseil, malgré les dispositions moins contraignantes du texte du *GATT de*

---

[166] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *ibid.* aux pp. 90-91; Long, *supra* note 25 aux pp. 99-101. Voir par ex. l'affaire *Japon—Restrictions à l'importation de certains produits agricoles (Plainte des États-Unis)* (1987), GATT Doc. L/6253, Supp. n° 35 I.B.D.D. (1989) 180. Cette affaire a démontré la nécessité de suivre une approche davantage légaliste dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Les consultations bilatérales y avaient été étirées indéfiniment, l'établissement du groupe spécial bloqué, sa formation retardée, le délai d'examen de la plainte par le groupe spécial avait même été étendu, puis l'adoption de son rapport avait été bloquée pour finalement être acceptée par le Japon en échange d'une marge de manœuvre dans sa mise en œuvre, non sans que les États-Unis n'aient d'abord imposé unilatéralement des contre-mesures économiques. Eichmann, *supra* note 20 aux pp. 42-63.

*1947*, cela signifiait que chacune des parties au litige devait approuver le rapport du groupe spécial et pouvait donc bloquer cette adoption, pouvoir dont elles ne se sont pas privées. Les groupes spéciaux ne pouvaient jamais que proposer des recommandations sur la façon de régler le différend, recommandations qui étaient dépourvues de force obligatoire sans leur adoption par les PARTIES CONTRACTANTES. C'est pourquoi Dominique Carreau et Patrick Juillard ont pu qualifier le mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* de « conciliation inter-étatique », confortés dans leur analyse par l'existence des plaintes pour non-violation qui interpellaient selon eux des considérations essentiellement autres que juridiques[167].

d) Les avancées de l'approche légaliste

Malgré la caractérisation du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* comme étant fondé essentiellement sur une approche diplomatique, une tendance vers une approche davantage légaliste était déjà perceptible à travers son évolution, tendance qui a connu son aboutissement avec la création de l'OMC et de son nouveau mécanisme de règlement des différends. Avant même que cette évolution se mette en marche, le *GATT de 1947* contenait déjà un certain élément de légalisme en ce qui concerne la suspension de l'application des concessions tarifaires et autres obligations que prévoyait l'article XXIII(2), puisqu'il venait limiter la faculté qu'avaient les États de prendre unilatéralement des contre-mesures en droit international général, en soumettant celle-ci à l'autorisation préalable des PARTIES CONTRACTANTES.

Si à l'origine le processus de règlement des différends du *GATT de 1947* était plutôt informel et peu encadré, il s'est rapidement formalisé au rythme de l'accroissement des affaires qui ont été portées à sa connaissance, à travers une série d'étapes[168]. Les groupes spéciaux d'experts indépendants firent leur apparition dès 1952, en remplacement des groupes de travail qui étaient composés de représentants gouvernementaux; les groupes spéciaux devaient par la suite être composés de plus en

---

[167] Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 70.

[168] Cette synthèse des étapes de la formalisation du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* est empruntée à Ernst-Ulrich Petersmann. Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 84-85.

plus par des juristes. La création des groupes spéciaux fut certainement l'étape décisive du passage vers une approche davantage légaliste du règlement des différends commerciaux internationaux[169], même si la pratique du consensus pour l'adoption de leurs rapports a pu jouer le rôle d'une « soupape diplomatique ». L'émergence d'une présomption d'annulation ou de réduction d'avantages en cas de violation du *GATT de 1947* a rendu plus fréquents ce type de différends plus juridiques et fut aussi une étape importante dans la marche vers une approche davantage légaliste[170]. En 1983, la création d'un service juridique au sein du secrétariat du *GATT de 1947* a permis un meilleur encadrement du travail des groupes spéciaux, qui avaient déjà commencé à utiliser dans une certaine mesure les rapports antérieurs à titre de précédents. Enfin, la codification progressive de la pratique du mécanisme démontre également la formalisation graduelle du processus.

e) Rôle et statut des personnes privées

Les personnes privées ne jouissaient d'aucun droit dans le cadre du mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux du *GATT de 1947*. La question de leur accorder le droit de porter plainte auprès des PARTIES CONTRACTANTES n'a jamais figuré à l'agenda des négociations commerciales multilatérales pendant toute la durée de vie du *GATT de 1947*, puisqu'on considérait le mécanisme comme étant purement interétatique. Les personnes privées devaient ainsi présenter leurs doléances à une partie contractante du *GATT de 1947*, qui décidait souverainement de porter plainte ou non auprès des PARTIES CONTRACTANTES. Dans la doctrine, on a vu que certains auteurs plaidaient toutefois déjà pour l'élargissement du droit de porter plainte au Conseil du GATT en faveur des personnes privées, après la conclusion du cycle de Tokyo[171].

La légitimité d'une relation directe entre les groupes spéciaux et les personnes privées a cependant été reconnue dans une certaine mesure par le *Mémorandum de Tokyo*. On y prévoyait qu'un groupe spécial « devrait avoir le droit de demander à toute personne

---

[169] Voir Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 à la p. 67; Trebilcock et Howse, *supra* note 35 à la p. 52.
[170] Voir Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *ibid.* à la p. 67.
[171] Voir *supra* la note 7 et le texte correspondant.

privée ou à tout organisme qu'il jugerait approprié des renseignements et des avis techniques »[172], mais le groupe spécial devait cependant aviser préalablement le gouvernement de l'État duquel relevait la personne privée qu'il entendait consulter. Ce ne sont donc pas les personnes privées qui se sont vues reconnaître un droit, mais plutôt les groupes spéciaux, ce qui n'empêche pas de constater que celles-ci se sont vues reconnaître un certain rôle, quoique très marginal, dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Les groupes spéciaux consultaient parfois des experts pour obtenir leur avis technique sur certains aspects des questions qu'ils examinaient, mais il ne semble pas qu'il s'agissait de personnes privées dont les intérêts particuliers étaient en jeu dans les différends[173]; on peut cependant y voir un signe annonciateur des développements survenus à l'OMC concernant la participation de personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le règlement de ces différends[174].

### 1.2.2 Le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC

Malgré le relatif succès du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*, la nécessité d'adopter une approche davantage légaliste a dominé les négociations du cycle de l'Uruguay, afin surtout de régler les problèmes croissants de blocage qui le minaient en raison de la règle du consensus pour l'établissement des groupes spéciaux et l'adoption de leurs rapports[175]. Cette volonté s'est clairement traduite dans le mécanisme de règlement des différends institué au sein de la nouvelle organisation internationale responsable du commerce, l'OMC. Ce nouveau mécanisme a été conçu essentiellement pour répondre aux problèmes rencontrés avec le *GATT de 1947* et son importance fut soulignée avec force par certains, le voyant comme la pierre angulaire du système commercial multilatéral[176]. Le *Mémorandum d'accord* constitue en fait la codification de

---

[172] *Mémorandum de Tokyo*, *supra* note 157, art. 15.
[173] *Ibid.*, annexe, art. 6 iv).
[174] Voir la partie 3.2.1, ci-dessous, pour une analyse de la participation des personnes privées dans le règlement des différends à l'OMC à titre d'*amicus curiae*.
[175] Schoenbaum, *supra* note 6 à la p. 648; Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 70-71; Young, *supra* note 20 à la p. 389. On a vu que la question de savoir si l'établissement d'un groupe spécial devait faire l'objet d'un consensus était controversée depuis l'adoption du *Mémorandum de Montréal* en 1989. Voir la partie 1.2.1 b), ci-dessus.
[176] John Jackson parle de la « *core "linchpin" of the whole trading system* ». Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 124.

la pratique coutumière développée sur la base des articles XXII et XXIII du *GATT de 1947*, avec un champ d'application plus large mais surtout plusieurs caractéristiques nouvelles qui en font un mécanisme résolument plus légaliste dans son approche.

Avec cette avancée marquante de l'approche légaliste, il est légitime de s'interroger sur la question de savoir quelle est désormais la place de la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux. On verra d'abord qu'il n'y a guère eu de changements concernant l'objet des plaintes portées à l'OMC, hormis certaines clarifications, alors que le rôle et le statut des personnes privées dans le processus n'a, lui, pas du tout changé et demeure extrêmement marginal, préservant le caractère purement interétatique du mécanisme.

a) Objet des plaintes portées à l'OMC

On a vu que l'administration du *Mémorandum d'accord* a été confiée à l'ORD[177]. Celui-ci a hérité des fonctions qu'exerçait auparavant le Conseil du GATT, pour le compte des PARTIES CONTRACTANTES, dans le règlement des différends commerciaux internationaux; c'est donc à l'ORD que les plaintes des membres de l'OMC doivent être adressées. Il faut souligner que le *Mémorandum d'accord* confirme que les six causes de plaintes qui étaient ouvertes par le *GATT de 1947* le sont toujours avec le *GATT de 1994*, contrairement à l'idée suivant laquelle quatre d'entre elles étaient tombées en désuétude[178]; cette confirmation apparaît toutefois bien théorique et les motifs

---

[177] Voir la partie 1.1.3 b), ci-dessus, pour une discussion sur la structure organisationnelle de l'OMC.

[178] Cette confirmation découle du renvoi explicite à ces quatre causes dans l'article 26 du *Mémorandum d'accord*. Voir la partie 1.2.1 a), ci-dessus, pour l'analyse des six types de plaintes qui étaient ouverts sous l'empire du *GATT de 1947*. Les accords accessoires du *GATT de 1994* prévoient des causes de plainte similaires, que ce soit au moyen d'un renvoi à ses articles XXII et XXIII, ou par des dispositions inspirées de ces derniers. Voir l'*Accord sur l'agriculture*, *supra* note 75, art. 19; *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, *supra* note 75, art. 11(1); *Accord sur les textiles et le vêtement*, *supra* note 75, art. 8(10); *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, *supra* note 73, art. 14(1); *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, *supra* note 75, art. 8; *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, *supra* note 73, art. 17; *Accord sur la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, *supra* note 73, art. 19; *Accord sur l'inspection avant expédition*, *supra* note 74, art. 8; *Accord sur les règles d'origine*, *supra* note 74, art. 7-8; *Accord sur les procédures de licences d'importation*, *supra* note 73, art. 6; *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, *supra* note 73, art. 30; *Accord sur les sauvegardes*, *supra* note 74, art. 14.

avancés au soutien de leur caducité conservent toute leur validité en pratique[179]. Des causes de plaintes semblables sont aussi envisagées en matière de commerce des services et de propriété intellectuelle[180].

La présomption d'annulation ou de réduction d'avantages résultant du *GATT de 1947* en cas de violation de l'accord a été maintenue et vise désormais la violation de tous les accords de l'OMC[181]. Théoriquement, cette présomption peut toujours être renversée, contrairement à une certaine interprétation qui commençait à prendre forme sous l'empire du *GATT de 1947*, mais cela n'a encore jamais été faite dans la pratique des membres de l'OMC, ce qui semble confirmer son caractère quasi-irréfragable[182].

À moins que les parties ne tentent de régler leur différend par des modes diplomatiques ou encore par un arbitrage international, comme le mécanisme le leur permet[183], l'objet de la plainte consiste à obtenir une décision de l'ORD sur sa validité, ainsi que des recommandations de sa part visant à régler le différend. L'objectif premier de ces recommandations est la cessation de la violation par le retrait de la mesure trouvée incompatible avec les accords de l'OMC[184]. Dans les cas de non-violation, il n'est pas question de recommander le retrait de la mesure compatible, mais plutôt que le membre

---

[179] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 173-176. Il s'agit des plaintes d'entrave à la réalisation des objectifs des accords de l'OMC en situation de violation, de non-violation et dans d'autres situations, ainsi que de l'annulation ou la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC dans d'autres situations que la violation ou la non-violation. Nous ne nous référerons plus à ces quatre types de plaintes, à moins que le contexte ne l'exige.

[180] *AGCS*, *supra* note 71, art. XXIII; *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 72, art. 64. Un moratoire empêche cependant toujours le dépôt de plaintes en situation de non-violation en ce qui concerne l'*Accord sur les ADPIC*. Ce moratoire était prévu dans le texte même de l'*Accord* pour une durée de 5 ans, avec possibilité de renouvellement; il a effectivement été prorogé lors de la Conférence ministérielle de Doha, en 2001, jusqu'à la Conférence ministérielle de Cancún, en 2003, dont l'échec a eu pour effet de maintenir le moratoire. *Accord sur les ADPIC*, art. 64(2) et (3); *Déclaration de Doha*, *supra* note 79, art. 11.1. Voir OMC, *ADPIC : Bref aperçu des plaintes en situation de non violation*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/nonviolation_background_f.htm> (dernière modification : 17 juillet 2003).

[181] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(8). Le concept d'annulation ou de réduction d'avantages a cependant été abandonné en matière de subvention, en cas d'application d'une subvention prohibée, ainsi qu'en matière de commerce des services. Dans ces deux cas, la simple violation de l'accord pertinent suffit à justifier le dépôt d'une plainte à l'OMC. *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, *supra* note 73, art. 4(7); *AGCS*, *ibid.* art. XXIII(1); Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 147-150.

[182] *Guide to WTO Law and Practice*, *supra* note 101, *Mémorandum d'accord*, §§ 49-52; Petersmann, GATT/*WTO Dispute Settlement System*, *ibid.* à la p. 170. Ernst-Ulrich Petersmann recommande que le concept d'annulation ou de réduction d'avantages soit totalement abandonné en situation de violation des accords de l'OMC, en raison de l'impossibilité pratique de renverser la présomption.

[183] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 5 et 25. Voir la partie 1.2.2 b) (*v*), ci-dessous, pour l'analyse du règlement du différend par arbitrage.

[184] *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 3(7).

visé par la plainte procède à un « ajustement mutuellement satisfaisant »[185]. Si le retrait de la mesure incompatible n'est pas immédiatement possible, la compensation de la partie plaignante est envisagée de manière temporaire, à l'instar de la pratique développée avec le *GATT de 1947*[186]; elle ne peut être imposée au membre visé par la plainte, car elle est toujours volontaire et son niveau doit être établi par voie de négociations entre les parties au différend[187]. À défaut d'entente sur la compensation, la partie plaignante peut finalement demander à l'ORD l'autorisation de suspendre l'application de concessions tarifaires ou d'autres obligations découlant des accords de l'OMC; la suspension revêt aussi un caractère temporaire puisqu'elle dépend de l'inexécution du rapport adopté par l'ORD.

La pratique du renvoi des plaintes devant des groupes spéciaux, pour aider l'ORD à s'acquitter de ses tâches, a été maintenue[188]. Le fait que leurs rapports soient adressés à l'ORD est capital pour bien saisir la nature des groupes spéciaux, qui jouent un rôle de conseil et d'appui au soutien de l'ORD, qui détient théoriquement le pouvoir décisionnel en matière de règlement des différends commerciaux internationaux. Cette observation — vraie sous le régime du *GATT de 1947* — est maintenant purement théorique parce que l'introduction de la règle du consensus négatif au sein de l'ORD a eu pour effet littéralement de transférer l'autorité sur le règlement des différends de l'organe politique collectif qu'était le Conseil du GATT, l'ancêtre de l'ORD, aux groupes spéciaux et surtout à l'Organe d'appel nouvellement créé, qui a en réalité le dernier mot sur le règlement des différends.

---

[185] *Ibid.* art. 26(1). Dans les autres situations que la violation ou la non-violation des accords de l'OMC, le règlement du différend obéit à un régime spécial, renvoyant au *Mémorandum de Montréal. Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 26(2).

[186] *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 22(1). La compensation de la partie plaignante est uniquement envisagée dans l'hypothèse où les recommandations de l'ORD ne peuvent être mises en œuvre à l'intérieur d'un délai raisonnable; elle est donc temporaire par essence, à l'instar de la pratique développée sous le régime du *GATT de 1947*. Toutefois, dans le cas des plaintes pour non-violation jugées fondées, la compensation peut faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant censé régler le différend; la compensation revêt donc un caractère permanent dans cette hypothèse, voire un caractère réparatoire (*ibid.* art. 26(1)).

[187] *Ibid.* art. 22(2). Les parties doivent convenir d'une entente sur une compensation satisfaisante au plus tard 20 jours après l'expiration du délai raisonnable.

[188] *Ibid.* art. 6-16. Les plaintes multiples contre une partie peuvent être entendues par un seul groupe spécial, si elles visent toutes la même question; de même, les droits des tiers sont protégés puisque ceux qui justifient d'un « intérêt substantiel » dans l'affaire en question se voient reconnaître le droit d'être entendu par le groupe spécial et de lui soumettre des communications écrites (*ibid.* art. 9-10).

C'est pourquoi on peut dire que le véritable objet de la plainte à l'OMC est en fait d'obtenir un rapport d'un groupe spécial, voire de l'Organe d'appel, se prononçant sur sa validité et faisant des recommandations pour régler le différend. Au cours de l'examen de la plainte, le groupe spécial doit régulièrement entrer en consultations avec les parties et leur donner l'occasion de trouver une solution mutuellement satisfaisante au différend[189]. À défaut d'une telle solution, le groupe spécial doit donc préparer un rapport, dont un projet concernant la description des faits et des arguments des parties doit leur être remis pour commentaires[190]. Le groupe spécial doit finalement remettre un rapport intérimaire aux parties au différend comprenant la description des faits et arguments des parties, ses constatations et ses conclusions, leur offrant l'occasion de demander le réexamen de certains aspects du rapport avant sa distribution aux membres de l'OMC, pour fins d'adoption au sein de l'ORD[191].

Les exigences de consultations prévues par les différents accords de l'OMC[192], comme par exemple les articles XXII et XXIII du *GATT de 1994*, font partie intégrante du mécanisme et en sont en fait la porte d'entrée obligée pour qui veut accéder à la procédure des groupes spéciaux, véritable cœur du mécanisme[193]. La demande de consultation doit être faite par écrit et exposer les fondements juridiques de la plainte; elle doit être notifiée à l'ORD en plus de l'être au membre faisant l'objet de la plainte. En cas

---

[189] *Ibid.* art. 11. Les procédures de travail des groupes spéciaux sont rigoureusement prescrites et prévoient notamment que leurs réunions de travail ont lieu en séances privées, leurs délibérations sont confidentielles et que les communications des parties sont à la fois écrites et orales; un calendrier de travail serré est aussi prévu. Le délai entre la composition du groupe spécial et la remise de son rapport aux parties au différend ne doit normalement pas dépasser six mois; elle ne peut en aucun cas dépasser neuf mois. Les opinions des membres du groupe spécial sont anonymes (*ibid.*, art. 12, 14 et appendice 3).

[190] *Ibid.* art. 15(1). Cette disposition rappelle le mode de règlement des différends internationaux appelé « enquête », quoique les parties ne soient pas obligées de s'entendre sur l'établissement des faits dans la procédure de l'OMC. Voir *Handbook on Peaceful Settlement of Disputes*, *supra* note 28 aux pp. 24-33.

[191] *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 15(2).

[192] Voir les règles et procédures spéciales ou additionnelles de consultations contenues dans les accords accessoires du *GATT de 1994* et répertoriées dans le *Mémorandum d'accord*. *Mémorandum d'accord*, *ibid.* appendice 2.

[193] *Mémorandum d'accord, ibid.* art. 4. Les membres de l'OMC doivent examiner avec compréhension les représentations faites par un autre membre. Des délais stricts encadrent ces consultations; le membre doit répondre dans les dix jours de la demande d'entrer en consultations et celles-ci doivent être engagées au plus 30 jours après cette demande (au plus 10 jours en cas d'urgence). Les tierces parties ont le droit d'intervenir dans les consultations, si elles peuvent justifier d'un intérêt commercial substantiel dans l'affaire en cause, autrement la procédure est confidentielle.

d'échec des consultations, la partie qui les a demandées peut alors accéder à la procédure des groupes spéciaux[194].

Outre la phase obligatoire des consultations, le recours à d'autres modes diplomatiques de règlement des différends est également envisagé, mais sur une base purement volontaire cette fois, c'est-à-dire que les deux parties doivent y consentir : il s'agit des bons offices, de la conciliation et de la médiation[195]. Ces modes ne constituent pas un passage obligé pour accéder à la procédure des groupes spéciaux, ils se situent donc en parallèle, voire en marge, de cette dernière. Leur légitimité est toutefois bel et bien reconnue et les parties peuvent y recourir même lorsque la procédure des groupes spéciaux a été enclenchée.

b) La consolidation de l'approche légaliste

*(i) Unification et exclusivité du champ d'application du mécanisme de règlement des différends*

Le *Mémorandum d'accord* a un champ d'application très large, puisqu'il couvre les différends concernant tous les accords de l'OMC à l'exception du *Mécanisme d'examen des politiques commerciales*[196]. Sont donc visés le *Mémorandum d'accord* lui-même, l'*Accord sur l'OMC*, ainsi que tous les accords commerciaux multilatéraux tant sur les marchandises, que sur les services ou les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce[197].

---

[194] *Ibid.* art. 4(3) et (7). À moins que la partie visée par la plaintes ne refuse d'entrer en consultations ou que les parties ne reconnaissent d'emblée cet échec, il y a échec de plein droit lorsque les consultations n'ont pas permis de trouver un règlement à l'affaire dans les 60 jours de la demande de consultations (dans les 20 jours en cas d'urgence).

[195] *Ibid.* art. 5. Voir *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes*, *supra* note 28 aux pp. 33-55. Le directeur général de l'OMC peut de son propre chef offrir ses bons offices, sa conciliation ou sa médiation aux parties au litige. Ces procédures sont totalement confidentielles. Voir la partie 1.2.3 d), ci-dessous, pour une analyse de l'utilisation des modes diplomatiques de règlement des différends à l'OMC.

[196] *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 1(1). Il s'agit là de la conséquence logique du fait que tous les accords de l'OMC forment juridiquement un seul et même traité. Voir l'*Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. II(2). À noter que les quatre accords commerciaux plurilatéraux ne font pas partie automatiquement de l'*Accord sur l'OMC* et qu'ils ne sont donc pas automatiquement couverts par son mécanisme de règlement des différends, une décision des parties à ces accords étant nécessaire pour ce faire.

[197] Les différends concernant ces accords peuvent en outre être assujettis à des dispositions spéciales ou complémentaires prévus par ceux-ci; ces règles spéciales priment sur les règles générales en cas de conflit.

L'important principe de l'exclusivité du *Mémorandum d'accord* pour régler les différends concernant les accords de l'OMC est explicitement prévu par son article 23, afin de « renforcer le système multilatéral ». Cela signifie que les États membres de l'OMC ont conventionnellement renoncé à leur faculté d'autodétermination de la violation du droit international ainsi qu'à leur faculté d'imposer unilatéralement des contre-mesures, en ce qui concerne les accords de l'OMC, comme le droit international général le leur permettrait autrement[198]. Ils ont également renoncé à leur faculté de choisir le mode pacifique de règlement différends de leur choix, comme le leur permettrait aussi le droit international général, tel que le rappelle l'article 33 de la *Charte des Nations Unies*[199]. Ce dernier constat doit cependant être relativisé par le fait que le *Mémorandum d'accord* prévoit toute une panoplie de modes de règlement des différends allant des consultations à l'arbitrage international[200].

Le jeu de l'unicité du champ d'application du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et du principe d'exclusivité a donc permis de résoudre le problème de « *forum shopping* » qui affligeait le *GATT de 1947*, en raison de la multiplicité des mécanismes de règlement des différends qui régnait depuis la conclusion du cycle de Tokyo, ainsi qu'en raison de l'imprécision qui entourait la question de l'exclusivité de ces mécanismes par rapport au droit international général[201].

### *(ii) Principes généraux confortant l'approche légaliste*

Plusieurs principes généraux déterminent la nature et encadrent l'opération du mécanisme de règlement des différends de l'OMC; ils découlent d'une série de dispositions générales prévues par l'article 3 du *Mémorandum d'accord.* D'entrée de jeu, l'article 3(1) du *Mémorandum d'accord* proclame que le mécanisme de l'OMC se situe en continuité du mécanisme développé sous le régime du *GATT de 1947* en affirmant

---

*Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 1(2). L'appendice 2 du *Mémorandum d'accord* fournit la liste exhaustive de ces dispositions spéciales.

[198] Voir Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 71-72.

[199] Cela signifie donc que la CIJ ne saurait avoir juridiction sur les différends concernant les accords de l'OMC, contrairement au recours qui subsistait concernant le *GATT de 1947*, en raison de l'absence d'affirmation de l'exclusivité des articles XXII et XXIII pour le règlement des différends commerciaux internationaux. Voir *supra* la note 124 et le texte correspondant.

[200] Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 78.

[201] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 178.

l'adhésion aux principes de règlement des différends qui y prévalaient (principe de continuité). L'interprétation du *Mémorandum d'accord* doit donc être faite à la lumière de la pratique des PARTIES CONTRACTANTES du *GATT de 1947* dans le règlement des différends commerciaux internationaux[202].

La volonté de régler rapidement les différends est clairement affirmée par l'article 3(3) et se matérialise par plusieurs dispositions du *Mémorandum d'accord*, qui imposent un échéancier strict aux procédures, auquel il ne peut être dérogé qu'exceptionnellement (principe de célérité)[203]. On répond ainsi aux problèmes d'étirement des procédures encourus sous le *GATT de 1947*.

On a vu que l'ancrage des accords de l'OMC dans le droit international public est maintenant explicitement affirmé, puisque l'article 3(2) dispose que leurs dispositions doivent être clarifiées suivant les « règles coutumières d'interprétation du droit international public » (principe de juridicité). Cet important principe marque les « limites de l'autosuffisance » du droit international économique et du système commercial multilatéral, pour reprendre l'expression de Georges Abi-Saab[204], bien qu'il ne vise que l'interprétation des accords de l'OMC et non pas le complément de leurs règles de fond par le droit international général.

La préférence avouée reste pour le règlement des différends par les voies diplomatiques, plutôt que par la procédure des groupes spéciaux, puisque l'objectif du système est d'en arriver à une solution positive des différends, au moyen de solution mutuellement acceptable pour les parties (principe de préférence pour la diplomatie). Mais, le principe de la primauté du droit de l'OMC sur le règlement diplomatique des différends est clairement affirmé par l'article 3(5), ayant pour effet de limiter de manière importante la marge de manœuvre des parties lors des négociations et faisant écho au principe de juridicité[205].

Le principe de la séparation des différends est aussi inscrit dans l'article 3(10), qui dispose que les « recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne

---

[202] Voir *ibid.* à la p. 179.
[203] Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 4, 5, 7, 8, 12, 16, 17, 20, 21 et 22.
[204] G. Abi-Saab, Allocution, Colloque sur « Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence », Centre d'études sur le droit international et la mondialisation, Université du Québec à Montréal, 26 mai 2003 [non publiée]. Voir l'affaire *États-Unis—Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, *supra* note 120 à la p. 18.
[205] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 182.

devraient pas être liés »; cet isolement des différends contribue à l'avancée du légalisme puisque leur règlement combiné pourrait autrement faire l'objet de tractations sur la base de considérations étrangères au différend particulier.

On prévoit enfin le principe voulant que la soumission d'une plainte à l'OMC ne doive pas être considérée comme un acte contentieux et que les parties doivent être de bonne foi au cours des procédures de règlement du différend.

### *(iii) Renforcement du légalisme dans la procédure d'examen des plaintes par un groupe spécial*

La procédure d'examen des plaintes par un groupe spécial, qui était le cœur du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*, constitue toujours la pièce maîtresse du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, mais est beaucoup plus fortement marquée par l'approche légaliste, car les rapports de force politiques en ont été presque totalement évacués avec l'introduction de la règle du consensus négatif pour la prise de décision par l'ORD. Si, théoriquement, c'est toujours l'ORD qui statue sur les plaintes et les suites à leur donner, un déplacement radical et définitif du pouvoir décisionnel s'été opéré en pratique vers les groupes spéciaux et, surtout, le nouvel Organe d'appel. C'est ici que la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux est la plus frappante.

Cette juridictionnalisation apparaît d'abord au stade de l'établissement du groupe spécial. En cas d'échec de la phase des consultations, la partie plaignante peut demander à l'ORD qu'il établisse un groupe spécial afin de connaître de sa plainte[206]. L'ORD doit acquiescer à la demande, à moins qu'il ne le refuse par consensus; il est donc quasiment impossible qu'un tel consensus négatif puisse se dégager, puisque cela impliquerait que la partie plaignante, qui demande l'établissement du groupe spécial, y renonce après coup. Cet établissement quasi-automatique du group spécial représente un changement radical

---

[206] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 6. La demande doit être présentée par écrit et indiquer si des consultations ont eu lieu; le fondement juridique de la plainte ainsi que la mesure en faisant l'objet doivent aussi être précisés de manière suffisante pour énoncer clairement le problème. La partie défenderesse a un droit de premier refus à l'établissement du groupe spécial, mais pas à la deuxième demande de la partie plaignante. Voir OMC, Nouvelle 2005, « Les États-Unis et le Canada bloquent les premières demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par les CE dans le nouveau différend sur les "hormones" » (3 février 2005), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/news05_f/dsb_25jan05_f.htm> (date d'accès : 4 mai 2005).

par rapport à la pratique en vigueur à l'époque du *GATT de 1947*, où c'était plutôt l'établissement qui nécessitait un consensus.

Si les parties au litige n'arrivent pas à s'entendre sur la composition du groupe spécial, le directeur général de l'OMC a désormais le pouvoir d'en nommer les membres à la demande d'une partie[207]. Les parties ne peuvent donc plus retarder la procédure indéfiniment au stade de la composition du groupe spécial, contrairement à la situation qui prévalait avec le *GATT de 1947*.

La règle du consensus négatif s'applique également au stade de l'adoption du rapport du groupe spécial par l'ORD. Ce rapport doit obligatoirement être adopté par l'ORD dans les 60 jours suivant sa distribution aux membres de l'OMC, à moins qu'une partie au différend n'en fasse appel auprès de l'Organe d'appel créé par le *Mémorandum d'accord*, ou qu'un consensus ne se dégage pour rejeter le rapport[208]. Le rapport dûment adopté par l'ORD devient obligatoire pour les parties au différend. Il s'agit là d'un changement radical par rapport au *GATT de 1947*, puisque ce n'était pas le rejet du rapport mais son adoption qui devait faire l'objet d'un consensus, ce qui permettait à la partie qui perdait d'en bloquer l'adoption. Le rejet du rapport d'un groupe spécial est donc maintenant pratiquement impossible, ce qui signifie que son adoption est quasi-automatique, hormis l'hypothèse ou le droit d'appel est exercé.[209]

---

[207] *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 8. Les membres des groupes spéciaux sont proposés par le secrétariat de l'OMC et les parties au litige ne peuvent s'y opposer que pour des raisons contraignantes. Les parties peuvent demander l'intervention du Directeur général vingt jours après la demande d'établissement du groupe spécial, et celui-ci doit en nommer les membres dans les dix jours suivant son interpellation. Ceux-ci peuvent avoir des attaches avec une administration nationale ou non, mais ils doivent être très qualifiées en droit ou politique du commerce international, siéger à titre personnel et avoir un bagage professionnel distinct l'un de l'autre; un membre ne peut être citoyen d'une des partie au différend. Enfin, un groupe spécial comprend normalement trois membres, à moins que les parties ne s'entendent pour qu'il en compte plutôt cinq. Les frais des membres des groupes spéciaux sont à charge de l'OMC.

[208] *Ibid.* art. 16. Le rapport du groupe spécial doit alors être examiné par l'ORD, pour fins d'adoption, normalement au plus tard neuf mois après l'établissement du groupe spécial (*ibid.* art. 20). Dans le cas des plaintes concernant l'annulation ou la réduction d'avantages découlant d'un accord, ou encore l'entrave à la réalisation d'un de ses objectifs, du fait d'une situation autre que la violation ou la non-violation de l'accord, il n'y a pas de droit d'appel. Les dispositions sur l'adoption, la mise en œuvre des rapports des groupes spéciaux, la compensation et la suspension de l'application des accords de l'OMC ne s'appliquent également pas dans ces circonstances. Ce sont plutôt les règles et procédures prévues par le *Mémorandum de Montréal* qui s'appliquent à l'adoption et la mise en œuvre du rapport; pour l'essentiel, cela signifie que la règle du consensus négatif ne s'applique pas et que le processus ressemble davantage à ce qui était en vigueur sous l'empire du *GATT de 1947*, c'est-à-dire que l'approche est nettement plus diplomatique que légaliste en ce qui concerne ce type rarissime — voire impossible — de plaintes (*ibid.* art. 26(2)).

[209] Cette caractéristique du processus d'examen des plaintes par un groupe spécial, combinée à l'indépendance de ses membres, en a conduit certains à qualifier ce processus de « quasi-judiciaire », ou de

La création de cette procédure d'appel des rapports des groupes spéciaux, qui n'existait pas du tout avec le *GATT de 1947*, est en soi l'avancée la plus spectaculaires de l'approche légaliste, de concert avec l'introduction de la prise de décision par consensus négatif au sein de l'ORD. Cette procédure d'appel nous apparaît comme le complément indispensable à la règle du consensus négatif, qui permet la multiplication des plaintes portées à l'OMC et donc celle des rapports de groupes spéciaux, avec l'augmentation des risques de mauvaise interprétation des accords ou de divergence dans celle-ci que cela comporte nécessairement. Seules les parties au différend disposent du droit d'appel et il s'agit d'un appel de plein droit, limité aux questions de droit[210].

Contrairement aux groupes spéciaux, l'Organe d'appel est permanent[211]. Il fait rapport à l'ORD et peut confirmer, modifier ou infirmer les conclusions juridiques du groupe spécial[212]; ses travaux sont confidentiels et les opinions des membres sont anonymes[213]. Le rapport de l'Organe d'appel doit obligatoirement être adopté par l'ORD dans les 30 jours de sa distribution aux membres de l'OMC, à moins qu'un consensus ne se dégage sur la décision de le rejeter, suivant la règle du consensus négatif[214]. Cela signifie donc que l'adoption du rapport de l'Organe d'appel est quasi-automatique, puisqu'un seul membre peut bloquer le rejet d'un rapport, rendant cette éventualité pratiquement impossible. Cette caractéristique du processus, reproduisant celle de l'adoption des rapports des groupes spéciaux, constitue l'avancée la plus significative de l'approche légaliste dans le règlement des différends commerciaux internationaux[215].

---

« quasi-juridiction » internationale. Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 188. Voir aussi C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? Des organes répressifs à l'O.R.D. » (2000) 46 Ann. fr. dr. int. 58 à la p. 81. Cet auteur estime que l'ORD exerce une « fonction exécutive de type administratif » et qu'il n'est pas une juridiction.

[210] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 17(4) et (6). Les tierces parties membres de l'OMC justifiant d'un « intérêt substantiel » peuvent cependant se faire entendre par l'Organe d'appel et lui présenter des communications écrites.

[211] *Ibid.* art. 17(1). Trois membres siègent pour entendre les plaintes en appel et, à nouveau, des délais stricts sont de rigueur. L'Organe d'appel doit normalement distribuer son rapport aux membres de l'OMC dans les 60 jours suivant la notification d'appel, au plus tard dans les 90 jours.

[212] *Ibid.* art. 17(8) et (13). Les frais de ses membres sont à la charge de l'OMC.

[213] *Ibid.* art. 17(10) et (11).

[214] *Ibid.* art. 17(14). Le rapport de l'Organe d'appel doit alors être examiné par l'ORD, pour fins d'adoption, normalement au plus tard douze mois après l'établissement du groupe spécial (*ibid.* art. 20).

[215] En dépit de cette avancée majeure de l'approche légaliste, il semble qu'il faille se garder de qualifier l'Organe d'appel de véritable juridiction internationale exerçant des fonctions judiciaire. L'Organe d'appel ne rend pas des jugements, mais bien des rapports, qui sont sans valeur juridique sans leur adoption par l'ORD, qui conserve juridiquement le pouvoir décisionnel. Le qualificatif de « quasi-juridiction » semble à

À ce stade du processus, il n'y a plus de place pour les modes diplomatiques de règlement du différend[216], l'Organe d'appel doit trancher les questions juridiques sans égard à la recherche d'une solution mutuellement acceptable pour les parties. La procédure d'appel est donc encore plus légaliste que celle du groupe spécial, aucune phase de réexamen intérimaire ou de distribution d'un projet de rapport n'étant d'ailleurs prévue. L'objectif devient ici celui d'assurer la cohérence juridique globale du système commercial multilatéral, non plus de régler un différend spécifique à la satisfaction des parties en litige, témoignant du pas énorme franchi en direction du légalisme par la création d'une procédure d'appel dans le processus d'examen des plaintes par un groupe spécial.

L'ajout d'une procédure d'appel est censé prévenir le refus de mettre en œuvre les rapports des groupes spéciaux au motif qu'ils seraient injustes, erronés ou incomplets; on craint cependant que ce droit d'appel *de plano* ne réduise l'autorité des rapports des groupes spéciaux, voire même qu'il fasse en sorte que les membres de l'OMC réclament l'accès direct à l'Organe d'appel[217]. Mais il se pourrait aussi que la procédure d'appel et l'existence de l'Organe d'appel militent plutôt en faveur de l'institution d'un organe de première instance permanent.

### *(iv) Renforcement du légalisme au stade de l'exécution des décisions et recommandations de l'ORD*

Une fois le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD, ce dernier fait siennes les décisions sur la compatibilité avec les accords de l'OMC ainsi que les recommandations, et il devient alors juridiquement contraignant pour les parties au différend[218]. Le différend passe alors au stade de l'exécution du rapport, sous la surveillance de l'ORD[219]. Les règles entourant le contrôle politique de cette exécution ont été grandement resserrées par rapport au *GATT de 1947*, introduisant de nouveaux

---

nouveau plus approprié. Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 188; Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 82. Voir aussi Santulli, *supra* note 209 à la p. 81.

[216] Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 5(5).

[217] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 186 et 188.

[218] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 21(1).

[219] Voir généralement H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce » (2000) 127 J.D.I. 605.

éléments de légalisme à ce stade crucial du règlement des différends commerciaux internationaux.

Le membre auquel il est demandé de retirer sa mesure incompatible doit faire part à l'ORD de ses intentions concernant l'exécution du rapport dans les trente jours suivant son adoption[220]. Si l'exécution immédiate du rapport est irréalisable pour le membre, il doit proposer un délai raisonnable pour ce faire, sujet à approbation par l'ORD ou, à défaut d'approbation, sujet à un accord entre les parties au différend; à défaut d'un tel accord, le délai d'exécution doit être fixé par un arbitrage contraignant[221].

Si les parties au différend ne s'entendent pas sur la qualité des mesures prises en vue d'exécuter le rapport, elles doivent recourir aux procédures prévues par le *Mémorandum d'accord* pour régler ce différend. Cela renvoie aux modes diplomatiques, à l'arbitrage, mais surtout à la procédure des groupes spéciaux, qui obéit cependant à un régime accéléré dans de telles circonstances[222].

Le contrôle politique de l'imposition de contre-mesures économiques a largement été remplacé par un contrôle juridique. Leur autorisation est désormais soumise à la règle du consensus négatif, ce qui constitue un changement radical par rapport au *GATT de 1947*, avec lequel c'était plutôt l'imposition des contre-mesures qui nécessitait un consensus. Contrairement à la compensation, la suspension de concessions tarifaires ou d'autres obligations ne nécessite pas l'accord des deux parties au différend et la partie plaignante peut en demander l'autorisation à l'ORD de son propre chef. L'ORD doit autoriser la suspension demandée par la partie plaignante, à moins que tous les membres ne s'entendent pour la rejeter, suivant la règle du consensus négatif — ce qui est pratiquement impossible puisque la partie présentant la demande devrait la rejeter —, ou

---

[220] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 21(3).
[221] *Ibid.* La détermination du délai raisonnable par arbitrage ne doit normalement pas dépasser quinze mois à partir de l'établissement du groupe spécial, suivant l'article 21(4). En principe, ce délai raisonnable d'exécution du rapport ne devrait pas dépasser quinze mois à partir de son adoption par l'ORD.
[222] *Ibid.* art. 21(5). Idéalement, la plainte doit être entendue par le même groupe spécial qui a entendu la plainte sur le fond du dossier. Le groupe spécial doit normalement distribuer son rapport dans les 90 jours de sa saisine. Il existe actuellement une controverse sur la question de savoir si le *Mémorandum d'accord* exige que les parties au litige aient épuisé ce recours avant de pouvoir demander l'imposition de contre-mesures économiques.

encore à moins que la partie visée par la plainte ne conteste le niveau de la suspension proposé, ce qui est beaucoup plus susceptible de se produire[223].

Dans un tel cas, le niveau de la suspension doit être déterminé par un arbitrage normalement conduit par le groupe spécial ayant entendu la plainte sur le fond, et sa « décision » est obligatoire pour les parties, sans possibilité de recourir à un autre arbitrage[224]. Le niveau de la suspension doit correspondre au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages provoquée par la mesure trouvée incompatible avec les accords de l'OMC[225]. L'arbitrage porte sur le niveau de la suspension demandée et non pas sur son objet, dont la détermination est à la discrétion de la partie plaignante, mais celle-ci est encadrée assez étroitement[226]. La demande de suspension compatible avec la décision arbitrale doit alors être autorisée par l'ORD, à moins d'un consensus pour la rejeter; cette procédure ultime d'arbitrage du niveau de l'imposition de contre-mesures est un autre témoignage de l'avancée de l'approche légaliste, puisque les partie n'ont d'autre choix que de vivre avec la décision arbitrale et que l'ORD n'a pratiquement pas le choix d'autoriser la demande de suspension d'application compatible avec cette décision.

### *(v) Introduction de l'arbitrage international*

Les parties à un litige impliquant les accords de l'OMC se voient reconnaître le droit de porter leur différend en arbitrage, sur une base volontaire[227]. Cette voie, qui constitue en fait une résurrection d'un élément légaliste du mécanisme de règlement des

---

[223] *Ibid.* art. 22(6). L'autorisation doit être accordée dans les 30 jours suivant la l'expiration du délai raisonnable.

[224] *Ibid.* art. 22(6) et (7). Si les membres du groupe spécial ne sont pas disponibles, le directeur général de l'OMC désigne un arbitre. L'arbitrage doit être complété dans les 60 jours suivant l'expiration du délai raisonnable. Le *Mémorandum d'accord* n'utilise curieusement pas le terme « sentence », plus usuel dans le contexte de l'arbitrage international.

[225] *Ibid.* art. 22(4).

[226] Voir la partie 1.3.3, ci-dessous, pour une analyse des contre-mesures en droit international général et économique. Un éventuel différend concernant la compatibilité de contre-mesures avec ces règles de fond peut être soumis à l'arbitrage prévu concernant le niveau de la suspension de l'application de concessions tarifaires ou d'autres obligations. Le fait que cet arbitrage soit contraignant pour les parties semble faire en sorte qu'il serait alors impossible qu'un tel différend puisse faire l'objet d'une nouvelle plainte à l'OMC, pour violation du *Mémorandum d'accord.* Par contre, si ce différend ne devait pas être soumis à l'arbitrage, il semble qu'une nouvelle plainte pourrait être recevable. Voir le *Mémorandum d'accord, ibid.* art. 22(7).

[227] *Ibid.* art. 25.

différends de la *Charte de La Havane*[228], n'est cependant ouverte qu'aux questions clairement définies par les parties. La « décision » arbitrale — le *Mémorandum d'accord* se refusant à utiliser le terme « sentence » normalement utilisé en matière d'arbitrage international — est obligatoire pour les parties et sa mise en œuvre est soumise aux mêmes dispositions que la mise en œuvre des rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Cette procédure d'arbitrage n'a encore jamais été utilisée[229] et soulève de nombreuses questions d'ordre juridique[230].

c) Quelle place pour la diplomatie?

De l'analyse du mécanisme de règlement des différends de l'OMC qui précède, il apparaît que malgré l'avancée claire de l'approche légaliste, la réponse à la question de savoir s'il y a encore de la place pour la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux est néanmoins affirmative. Il est permis de dire que ce mécanisme est en fait mixte, participant à la fois de l'approche diplomatique et de l'approche légaliste[231].

D'abord et avant tout, l'objectif ultime du mécanisme de règlement des différends de l'OMC est de trouver une solution positive aux différends au moyen d'une solution mutuellement acceptable pour les parties, c'est-à-dire par la négociation[232]. Cette préférence pour une solution mutuellement acceptable se reflète dans la possibilité de recourir aux consultations, aux bons offices, à la conciliation et à la médiation, posant ces derniers comme des modes de règlement légitimes et souhaitables au lieu du processus

---

[228] Voir la *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 93(2). On a vu que la possibilité de recourir à l'arbitrage des différends impliquant le *GATT de 1947*, comme voie alternative à la procédure des groupes spéciaux, avait d'abord été reconnue par le *Mémorandum de Montréal*. Voir *supra* la note 160 et le texte correspondant.

[229] Il existe cependant un cas d'arbitrage dans la pratique des parties contractantes du *GATT de 1947*. En 1990, un différend entre le Canada et la Communauté économique européenne, portant sur les effets de la politique agricole commune (PAC) sur les exportations canadiennes de blé, avait d'abord fait l'objet d'une demande d'établissement d'un groupe spécial par le Canada. Les parties au litige étaient finalement convenues de renvoyer leur différend à l'arbitrage obligatoire, en acceptant à l'avance de se conformer à la sentence arbitrale, qui fut rendue en octobre 1990. *Guide to GATT Law and Practice*, *supra* note 81 aux pp. 715-716.

[230] Young, *supra* note 20 à la p. 401. Entre autres, l'articulation entre les décisions arbitrales et les décisions des groupes spéciaux n'est pas claire, ce qui pose plus largement la question de la contribution attendue de ces décisions arbitrales au développement du droit international économique.

[231] Voir Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 79 et 83.

[232] Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(7).

légaliste de l'examen des plaintes par un groupe spécial. Cet objectif fondamental est même réaffirmé dans le cadre du processus des groupes spéciaux lui-même, puisque ceux-ci sont enjoints à « avoir régulièrement des consultations avec les parties au différend et leur donner des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante »[233]; les groupes spéciaux ne doivent d'ailleurs émettre leur rapport que si les tentatives d'en arriver à une solution mutuellement satisfaisante échouent[234]. Enfin, la phase de réexamen intérimaire[235], qui permet aux parties au litige de commenter le projet de rapport du groupe spécial sur les éléments factuels et les arguments en présence, rappelle dans une certaine mesure le mode diplomatique de l'enquête.

Une autre illustration de la résilience de l'approche diplomatique concerne les cas d'annulation ou réduction d'avantages par la non-violation des accords de l'OMC, auquel cas le groupe spécial ou l'Organe d'appel ne peut recommander le retrait de la mesure en question, mais seulement que la partie procède à un ajustement mutuellement satisfaisant[236]. De manière similaire, les parties au litige doivent négocier une compensation mutuellement satisfaisante si les recommandations ou décisions du groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne sont pas mises en œuvre immédiatement[237]. On a remarqué avec justesse que le poids politique et économique des parties au litige continuera globalement d'influencer la mise en œuvre des recommandations ou décisions des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel[238]; ce sera là certainement le rempart le plus inébranlable de la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux tant qu'il n'y aura pas d'autorité supra étatique chargée d'exécuter le droit international.

Enfin, la technique décisionnelle du consensus négatif retenue au sein de l'ORD implique qu'il est possible — théoriquement — que l'ensemble des membres de l'OMC s'entendent pour rejeter l'établissement d'un groupe spécial, l'adoption de son rapport ou celui de l'Organe d'appel, la demande d'imposition de contre-mesures (mais pas l'adoption de la sentence arbitrale fixant leur niveau), insinuant que le pouvoir

---

[233] *Ibid.* art. 11.
[234] *Ibid.* art. 12(7).
[235] *Ibid.* art. 15.
[236] *Ibid.* art. 26(1).
[237] *Ibid.* art. 22(2).
[238] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 192.

décisionnel relève en dernière analyse du politique et de la diplomatie. Cette conclusion est cependant spécieuse, puisqu'il est pratiquement impossible que tous les membres de l'OMC — y compris les parties au litige — s'entendent sur une telle position. Le consensus négatif constitue donc l'avancée la plus marquante de l'approche légaliste dans le règlement des différends commerciaux internationaux, qui a maintenant pris le dessus sur l'approche diplomatique.

Outre les éléments précédents tendant à démontrer que la diplomatie a encore sa place dans le règlement de ces différends, il faut mentionner que le pouvoir des membres de l'OMC d'adopter des interprétations obligatoires concernant les dispositions d'un accord de l'OMC n'est pas affecté et que celles-ci priment sur le *Mémorandum d'accord*[239]. L'interprétation ultime des accords de l'OMC appartient donc en définitive au politique. Conçu comme un garde-fou contre les dérives potentielles de l'approche légaliste, afin par exemple de clarifier ou même rectifier des interprétations dégagées par des groupes spéciaux ou l'Organe d'appel[240], ce pouvoir n'a encore jamais été utilisé, mais il soulève de nombreuses difficultés juridiques[241]. Par exemple, bien que les interprétations obligatoires ne soient pas censées usurper la fonction de la procédure de modification des accords prévue par l'*Accord sur l'OMC*, la ligne de démarcation entre interprétation et modification d'un accord n'apparaît pas toujours évidente. Néanmoins, cette primauté des interprétations obligatoires illustre à nouveau que la diplomatie n'a pas été complètement évacuée du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Les membres en conservent le contrôle ultime.

En somme, il apparaît que la légitimité du recours à la diplomatie pour régler les différends entre membres de l'OMC est non seulement reconnue, mais celui-ci est même encouragé. L'approche diplomatique, fondée sur les rapports de force politiques, n'a pas été complètement évacuée du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Cependant, la pratique a démontré jusqu'à maintenant que la procédure légaliste

---

[239] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(9). L'article IX(2) de l'*Accord sur l'OMC* accorde en effet à la Conférence ministérielle et au Conseil général de l'OMC le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations des accords de l'OMC, à la majorité des trois quarts des membres.

[240] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 179.

[241] Un pouvoir semblable existe dans l'*Accord de libre-échange nord-américain*, dans le contexte du chapitre 11 sur l'investissement étranger direct. Son utilisation par la Commission du libre-échange nord-américain illustre bien le type de difficultés juridiques susceptibles d'être posées dans le contexte de l'OMC. Voir la partie 2.3.2 c) *(ii)*, ci-dessous, pour une analyse des problèmes systémiques causés par l'action des Parties contractantes dans le cadre du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11.

d'examen des plaintes par un groupe spécial est autrement plus populaire auprès des membres de l'OMC[242].

d) Rôle et statut des personnes privées

La création de l'OMC n'a rien changé quant au rôle et au statut des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Le droit d'y porter plainte appartient toujours exclusivement aux États; la qualité d'État n'est cependant pas impérative, puisque tout territoire douanier qui jouit des pleines compétences dans « la conduite de ses relations commerciales extérieures » et pour « les autres questions traitées » par les accords de l'OMC peut en devenir membre[243].

Si le droit de porter plainte à l'OMC n'a pas été élargi aux personnes privées, la reconnaissance de la légitimité de leurs contacts directs avec les groupes spéciaux a été maintenue. Au cours de l'examen de la plainte, ceux-ci ont toujours le droit de demander des renseignements et des avis techniques à toute personne ou tout organisme, à charge d'en informer le membre dont relève la personne ou l'organisme[244]. Un rapport consultatif écrit peut même être demandé à un groupe consultatif d'expert pour éclaircir toute question scientifique ou technique. Il s'agit donc toujours d'un droit des groupes spéciaux et non des personnes privées, qui se voient toutefois reconnaître un certain statut dans le mécanisme.

Le refus de reconnaître quelque droit que ce soit aux personnes privées dans le processus d'examen des plaintes par un groupe spécial fait l'objet de beaucoup de critiques dans la doctrine et dans la société civile transnationale, invoquant entre autres le manque de transparence et le déficit démocratique, particulièrement dans les affaires impliquant des intérêts non-commerciaux connexes comme la protection de l'environnement, des travailleurs ou des consommateurs. L'OMC a cependant tenté de

---

[242] Voir la partie 1.2.3 d), ci-dessous, pour une analyse de l'utilisation des modes diplomatiques de règlement des différends au sein de l'OMC.

[243] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. XII(1); McRae, « Contribution », *supra* note 41 aux pp. 164-165. La Communauté européenne, qui n'est pas un État mais une organisation internationale *sui generis*, de même que Hong Kong et Macao, qui sont d'anciennes colonies européennes ayant été rétrocédées à la Chine, ainsi que le Taipei chinois, sont tous membres de l'OMC. Voir OMC, *Liste des Membres et observateurs*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm> (dernière modification : 16 février 2005).

[244] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 13 et appendice 4.

combler cette lacune au moyen de l'admission de soumissions de personnes privées à titre d'*amicus curiae*, pratique qui se développe actuellement sous l'impulsion des ONG, avec l'appui de l'Organe d'appel, en se fondant notamment sur les dispositions permettant aux groupes spéciaux de demander des renseignements et des avis techniques[245]. Les voix sont maintenant plus nombreuses dans la doctrine pour réclamer l'élargissement du droit de porter plainte en faveur des personnes privées[246].

Certains accords de l'OMC comportent une obligation de prévoir des recours internes adéquats afin de permettre aux personnes privées de faire valoir, devant leurs juridictions nationales, les droits que les membres de l'OMC doivent leur reconnaître dans leur ordre juridique interne[247]. Il ne faut cependant pas confondre ces dispositions avec la reconnaissance au profit des personnes privées de quelque droit d'invoquer la responsabilité du membre de l'OMC auprès de l'ORD; il s'agit plutôt d'une obligation de fournir un recours interne, visant la mise en œuvre du droit interne, dont la violation pourrait cependant faire l'objet d'une plainte par un membre de l'OMC auprès de l'ORD. On peut certes y voir un intérêt pour la mise en œuvre des obligations posées par les accords de l'OMC en faveur des personnes privées, mais uniquement en ce qui concerne certaines obligations devant expressément être transposées dans l'ordre juridique interne des membres de l'OMC et, en outre, cette mise en œuvre par les personnes privées est uniquement envisagée au moyen des juridictions nationales des membres de l'OMC. Ces développements doivent clairement être distingués de la question qui nous intéresse, qui consisterait à ouvrir un recours en faveur des personnes privées auprès d'une instance internationale pour mettre en œuvre directement les accords de l'OMC.

---

[245] Voir la partie 3.2.1, ci-dessous, pour une discussion sur ces importants développements comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

[246] Voir la partie 3.3.3, ci-dessous, pour une discussion sur les arguments favorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. Voir *supra* la note 6 et le texte correspondant.

[247] Voir l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, *supra* note 73, art. 13; *Accord sur la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, *supra* note 73, art. 2(21); *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, *supra* note 73, art. 23; *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 72, art. 41-61; *Accord sur les marchés publics*, *supra* note 78, art. XX.

### 1.2.3 La juridictionnalisation en question

On a vu dans la partie précédente que l'évolution du règlement des différends commerciaux internationaux est caractérisée par le passage progressif d'une approche diplomatique, visant l'atteinte d'une solution mutuellement acceptable pour les parties au litige, à une approche davantage légaliste, insistant plutôt sur le respect des règles de droit applicables. Cette évolution s'est traduite par la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, qui participe toutefois toujours des deux approches à la fois : s'il suit une approche beaucoup plus légaliste que celle qui était en vigueur à l'époque du *GATT de 1947*, non seulement reconnaît-il toujours la légitimité du recours à la diplomatie mais il en fait même la promotion.

Puisque les membres de l'OMC conservent le choix entre les modes diplomatiques de règlement des différend ou la procédure légaliste des groupes spéciaux, il apparaît utile de passer en revue les avantages et désavantages de cette juridictionnalisation, ce qui nous permettra d'évaluer son opportunité dans le contexte du règlement des différends commerciaux internationaux. La pratique des membres de l'OMC au cours des dix premières années d'existence du mécanisme constitue un bon indicateur de leur préférence pour la voie diplomatique ou la voie des groupes spéciaux et, par conséquent de la possibilité que l'avancée de l'approche légaliste puisse continuer en pratique.

a) Les avantages de la juridictionnalisation

*(i) Le rééquilibrage des rapports de force*

L'avantage fondamental de l'approche légaliste promue par la juridictionnalisation est qu'elle contribue à rééquilibrer les rapports de force entre les membres de l'OMC[248]. En favorisant l'application des accords de l'OMC, le règlement des différends est en effet

[248] Voir Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 111; A. Kupfer Schneider, « Getting Along : the Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations » (1999) 20 Mich. J. Int'l L. 697 à la p. 762 [ci-après Kupfer Schneider, « Evolution »]; McLarty, *supra* note 20 aux pp. 268-269.

moins susceptible de dépendre du pouvoir politique ou économique respectifs des parties, ce qui en retour devrait permettre une solution du différend qui soit moins arbitraire et plus juste pour les deux parties. Les pays en voie de développement seront plus enclins à porter plainte contre un pays développé si le différend doit être entendu dans le cadre d'un mécanisme suivant une approche légaliste, puisque le règlement ne sera pas tributaire du pouvoir de négociation des parties, mais plutôt de la licéité de la mesure contestée au regard de règles préétablies, telle que déterminée par une tierce partie indépendante, selon une procédure obligatoire, que le pays développé ne peut empêcher de connaître du litige.

Des contraintes tant sur le plan des ressources humaines que financières peuvent cependant limiter la portée de cet argument, en ce qui concerne la possibilité pour un pays en voie de développement de contester une mesure suivant une procédure juridictionnalisée. Cet argument trouve application non seulement en ce qui concerne les pays en voie de développement mais également en ce qui concerne les petits et moyens pays développés, qui ne sont pas des superpuissances économiques, comme le Canada[249] ou même le Japon[250]. La limite la plus importante de l'argument demeure le fait que l'exécution de la décision de toute tierce partie, en droit international, relève en bout de ligne de la volonté de la partie la plus puissante.

Il n'en demeure pas moins que l'approche légaliste contribue réellement à réduire la possibilité que le règlement d'un différend international soit entaché de chantage de la part des États puissants qui, autrement, pourraient être tentés d'introduire des éléments étrangers au différend dans sa solution, comme par exemple des réductions de l'aide au développement ou encore de l'assistance militaire[251]. En rééquilibrant les rapports de force entre les membres de l'OMC, l'approche légaliste pourrait avoir pour effet ultime d'éliminer le recours à la force armée dans le règlement des différends commerciaux internationaux, qui autrement comporterait toujours cette tentation pour les États

---

[249] Voir N. Campbell et C. Bennett, « The Contribution of the WTO Appellate Body Review to a Rule-based World Trading System » (2000) 4 Can. Int'l Lawyer 42 à la p. 47.

[250] Y. Iwasawa, « Settlement of Disputes Concerning the WTO Agreement : Various Means Other than Panel Procedures », dans M.K. Young et Y. Iwasawa, dir., *Trilateral Perspectives on International Legal Issues : Relevance of Domestic Law and Policy*, Irvington (New-York), Transnational, 1995, 377 à la p. 379.

[251] Voir Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 à la p. 754; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 66.

puissants. Cet argument a certainement été central dans l'édification de la construction européenne — une communauté d'États fortement juridisée — sur les ruines de la Deuxième Guerre mondiale.

Une question importante est cependant voilée par cette idée de rééquilibrage des rapports de force politiques au moyen de l'application du droit, soit celle du rôle prépondérant de ces mêmes rapports de force politiques dans la création des règles de droit international. L'approche légaliste ne tient pas compte de cette réalité et s'ensuit une certaine sacralisation du droit, pris comme ayant une valeur supérieure à la politique, qui pourrait en fait jouer le jeu des rapports de force dans les relations commerciales internationales, derrière un masque de probité et d'objectivité[252].

Non seulement l'approche légaliste contribue-t-elle au rééquilibrage des rapports de force entre les membres de l'OMC, mais elle encadre également l'exploitation de leur puissance relative et aide à en prévenir l'abus. C'est avec l'imposition unilatérale de contre-mesures économiques que cela est le plus patent, puisque l'approche légaliste vise à interdire l'imposition de contre-mesures néfastes pour les deux parties au différend et donc, de réduire l'intensité du conflit les opposant[253]. Certes, des politologues spécialistes des relations internationales estiment que l'usage mutuel de contre-mesures peut être un facteur favorisant la coopération internationale, ce qui serait l'objectif ultime de tout mécanisme de règlement des différends[254]. Mais les contre-mesures doivent être utilisée dans des circonstances appropriées et de manière proportionnées; l'approche légaliste aide les États à évaluer l'opportunité et la proportionnalité des contre-mesures. En outre, les travaux de Kenneth Dam indiquent qu'il est loin d'être certain que les contre-mesures soient réellement efficaces dans le domaine particulier du commerce international[255]. Un

---

[252] Cette question fascinante du rôle des rapports de force politiques dans l'élaboration du droit international sort cependant du cadre de notre thèse et ne peut être traitée plus en profondeur. Pour une analyse très critique du légalisme dans les relations internationales et, plus généralement, dans les relations humaines, voir l'essai assez ancien mais toujours pertinent de J.N. Shklar, *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1964 aux pp. 123-143.

[253] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 67.

[254] R.A. Green, « Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments : A Comparison of the International Tax and Trade Regimes » (1998) 23 Yale J. Int'l L. 79 aux pp. 105-113.

[255] Selon Kenneth Dam, les contre-mesures économiques auraient pour effet de punir économiquement deux fois l'État lésé, d'abord en raison de la fermeture du marché de l'État responsable aux exportations provenant de l'État lésé du fait de la mesure illicite, puis ensuite, en raison de la protection artificielle de l'industrie de l'État lésé du fait de la fermeture de son marché aux importations provenant de l'État

mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux juridictionnalisé aura tendance à prévenir les erreurs et les excès dans l'imposition de contre-mesures économiques qui seraient dommageables pour les deux parties, en fournissant une décision faisant autorité sur l'opportunité de faire des représailles, en facilitant la convergence des attentes nécessaires à une bonne coopération entre les parties, ainsi qu'en légitimant le recours aux contre-mesures si nécessaire[256].

Sur un tout autre plan, l'approche légaliste encadre également l'exploitation des rapports de force des membres de l'OMC lors des consultations ou du recours à tout autre mode diplomatique de règlement des différends dans le cadre de l'OMC; le fait que les parties négocient « *in the shadow of law* », selon l'expression de John Jackson, contribue également à amoindrir l'importance de la puissance respective des parties même au stade diplomatique[257]. La « menace » du recours au processus des groupes spéciaux plane effectivement toujours sur les négociations, illustrant que la simple existence d'une procédure légaliste, juridictionnalisée, tend en soi à encadrer la puissance respective des parties. Ainsi, l'approche légaliste tend à encadrer l'exercice de leur puissance par les membres de l'OMC et, par conséquent, contribue à prévenir les abus de pouvoir en promouvant l'utilisation de politiques commerciales non discriminatoires, proportionnées et transparentes[258].

### *(ii) La transparence dans le règlement des différends internationaux*

La transparence peut en fait constituer un avantage autonome de juridictionnalisation. Un mécanisme de règlement des différends suivant une approche légaliste sera plus enclin à rendre publiques des informations importantes comme par exemple les arguments des parties, le raisonnement de l'organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel, le contenu des règles, etc. Les vues des politologues spécialisés dans les relations internationales sont à nouveau instructives. Le maintien d'un régime de

---

responsable, au détriment des consommateurs et au bénéfice des secteurs non concurrentiels de son économie. Dam, *supra* note 20 à la p. 357.

[256] Green, *supra* note 254 à la p. 110; Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 aux pp. 760-761.

[257] Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6 à la p. 835; Jackson, « Crumbling Institutions », *supra* note 20 à la p. 99.

[258] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 85.

coopération — qui serait l'objectif ultime d'un mécanisme de règlement des différends internationaux — dépendrait de la connaissance de plusieurs éléments : l'information sur le sens des règles ambiguës d'un traité, le comportement des parties et leurs intentions dans le cadre du régime, de même que la réputation des parties[259]. La juridictionnalisation tendrait à rendre cette information disponible, à l'instar des tribunaux nationaux, et cette transparence aiderait à maintenir un régime de commerce international coopératif. Incidemment, un auteur a affirmé que le manque de transparence était précisément une des principales lacunes du système commercial multilatéral à l'heure actuelle, si l'OMC entend véritablement jouer le rôle de cour de justice du commerce international[260]; ce manque de transparence trouverait peut-être son origine dans la tension entre l'approche diplomatique et l'approche légaliste ayant régné historiquement dans le règlement des différends commerciaux internationaux.

### *(iii) La prévisibilité des politiques commerciales nationales*

Un autre avantage de la juridictionnalisation est que celle-ci accroît la prévisibilité des politiques commerciales des membres de l'OMC[261]. La juridisation substantive assure déjà une certaine prévisibilité, du fait de l'existence de règles de fond censées être respectées par les membres de l'OMC dans la formulation de leurs politiques commerciales, mais l'existence d'un mécanisme de règlement des différends juridictionnalisé offre des garanties additionnelles qu'elles le seront. La prévisibilité est une caractéristique importante pour le système commercial multilatéral, puisque la certitude juridique diminue les risques pour les transactions commerciales et encourage donc l'augmentation du commerce international, qui est le but du système car celui-ci accroîtrait la richesse mondiale. La prévisibilité entraîne la stabilité, ce qui peut à son tour favoriser la poursuite d'objectifs à long terme visant à maintenir le système, par opposition à l'objectif à court terme de résoudre un différend particulier. L'approche légaliste poursuit donc un objectif plus large que le simple règlement des différends entre

---

[259] Green, *supra* note 254 aux pp. 124-129.
[260] Ragosta, *supra* note 6 aux pp. 749-754.
[261] Voir Jackson, *WTO Constitution and Jurisprudence*, *supra* note 126 aux pp. 60-61; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 67, 69 et 85.

deux parties, elle s'intéresse au fonctionnement global du système commercial multilatéral[262].

*(iv) L'affranchissement de l'État des pressions politiques internes*

La juridictionnalisation aide aussi les gouvernements nationaux à s'affranchir des pressions politiques internes[263]. En effet, il est probablement moins dommageable politiquement pour un gouvernement de perdre un litige devant un tiers impartial, dans le cadre d'une procédure juridictionnalisée ou quasi-juridictionnalisée, plutôt que d'en arriver à un règlement défavorable lors de négociations avec l'autre partie au différend, puisque la responsabilité finale pour la défaite n'appartient alors pas au gouvernement. L'approche légaliste peut par exemple aider le gouvernement à contourner les pressions protectionnistes internes, qui empêcheraient autrement le gouvernement de pouvoir faire des concessions commerciales à un autre État, bien que celles-ci soient censées être bénéfiques pour la richesse du pays. Un mécanisme de règlement des différends juridictionnalisé permet donc à un gouvernement de prendre des décisions politiques impopulaires.

En fait, il apparaît que l'approche purement diplomatique soit moins bien adaptée aux sociétés modernes, où les prérogatives et le pouvoir discrétionnaire de la branche exécutive de l'État sont constamment restreints par l'accroissement de la participation citoyenne dans le processus politique[264]. Puisque la discrétion et un certain niveau de confidentialité sont nécessaires à la conduite de négociations internationales, il semble que l'approche légaliste soit mieux adaptée à cette nouvelle réalité, où le processus du règlement des différends commerciaux internationaux est davantage suivi par la société civile et où celle-ci a une influence grandissante.

À l'inverse, on pourrait voir dans cet abandon de la prise de décision politique par les gouvernements nationaux un déficit démocratique et un manque d'imputabilité; toutefois, ces décisions prises par des instances juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles

---

[262] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 136-137.
[263] Voir M.N. Shaw, « The International Court of Justice : A Practical Perspective » (1997) 46 I.C.L.Q. 831 à la p. 832; Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 à la p. 755; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 67 et 86-87; Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6 à la p. 885.
[264] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 111.

internationales le sont conformément aux obligations internationales librement consenties par les États, ce qui illustre l'importance grandissante du processus de création du droit international sur le plan interne, où le déficit démocratique devrait selon nous être en partie comblé.

Ces considérations sur la société civile ouvrent sur un argument fondamental pour notre thèse, argument risquant d'influencer grandement l'évolution du système commercial multilatéral. Cet argument veut que l'approche légaliste tende à éliminer les interférences gouvernementales dans le commerce international; il tire son origine des théories d'économie politique néolibérales, selon lesquelles le monde est en train de se transformer en une « *global business civilization* », au sein de laquelle les acteurs premiers sont les opérateurs économiques privés plutôt que les États[265]. Ce point de vue conduit inévitablement à la conclusion que les personnes privées doivent avoir un intérêt juridique pour agir dans le règlement des différends commerciaux internationaux.

Si la conception que l'on a de l'évolution du monde dépasse l'analyse purement économique, on peut prétendre que le monde se transforme en fait en une « société transnationale »; quoique ce point de vue partage l'analyse néolibérale voulant que les États ne soient plus les acteurs premiers des relations internationales, il va plus loin en estimant que non seulement les opérateurs économiques privés en sont devenus les acteurs principaux, mais aussi tous les groupes d'intérêts nationaux et transnationaux[266]. Cette perspective élargie conduit donc à la nécessité pour les personnes privées autres que les opérateurs économiques — comme par exemple les ONG environnementalistes — de se voir reconnaître également un intérêt juridique à agir dans le règlement des différends commerciaux internationaux, afin que le commerce international se développe de manière durable au sein de la société transnationale.

On s'attend à ce que l'OMC évolue en un forum manquant de légitimité démocratique si l'accès à son mécanisme de règlement des différends n'est pas élargi[267]. On s'attend aussi à ce que de toute façon, les opérateurs économiques privés ne tolèrent pas longtemps la situation actuelle où le recours aux États est inévitable dans le règlement

---

[265] Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6 aux pp. 836-837.
[266] *Ibid.* aux pp. 837-838.
[267] Ragosta, *supra* note 6 à la p. 768.

des différends commerciaux internationaux[268]. Il semble qu'il soit inévitable que la question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC soit examinée dans le futur, dans une certaine mesure à tous le moins[269]. En somme, le point de vue suivant lequel les États ne sont plus les acteurs premiers des relations internationales soutient fortement la juridictionnalisation dans le règlement des différends commerciaux internationaux, probablement dans sa forme la plus achevée.

*(v) Autres avantages*

Enfin, la juridictionnalisation possède plusieurs autres avantages. L'approche légaliste tendrait à protéger davantage les libertés individuelles et la propriété privée, en élargissant la protection accordée à ces dernières au-delà des frontières nationales[270]. On avance aussi qu'elle encouragerait la concurrence loyale, en dépolitisant les activités économiques et en limitant les possibilité d'abus de position dominante dans le marché[271]. Un mécanisme suivant une approche légaliste accroîtrait aussi la confiance dans le système commercial multilatéral, en augmentant son efficacité et sa crédibilité, notamment parce qu'il applique les règles de manières impartiales; cette confiance accrue pourrait entraîner à son tour une certaine loyauté envers le système de la part de ses membres, qui en améliorerait le fonctionnement (comme par exemple sur le plan de l'exécution des décisions)[272]. En outre, le développement d'une certaine jurisprudence aurait pour effet de combler les lacunes du traité sur lequel porte le mécanisme, contrairement à un mécanisme davantage diplomatique qui risque de toujours laisser — voir même de prendre avantage — des zones d'ombres du traité[273]. Finalement, l'approche légaliste dans le règlement des différends internationaux serait plus appropriée si une harmonisation et une intégration approfondie sont souhaitées par les États; la quantité de règles à appliquer et à interpréter, de même que leur caractère détaillé,

---

[268] Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6 à la p. 926.
[269] Voir Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 135.
[270] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 67.
[271] *Ibid.*
[272] Voir *ibid.* à la p. 85; Shell, « Trade Legalism », *supra* note 6 à la p. 895.
[273] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *ibid.* à la p. 86.

pourraient en fait rendre l'approche diplomatique impraticable[274]. Nous pensons qu'il s'agit d'un des arguments les plus solides soutenant l'approche légaliste, parce qu'il est fonctionnel plutôt qu'idéologique.

b) Les désavantages de la juridictionnalisation

*(i) L'inadéquation avec les différends internationaux polycentriques*

La nature des différends commerciaux internationaux est très importante dans la détermination de l'approche la plus appropriée à leur règlement, entre la diplomatie ou le légalisme. L'argument de base soutenant l'approche diplomatique veut que celle-ci soit mieux adaptée au règlement des différends comportant d'importantes dimensions économiques. Par exemple, le concept de plainte pour non-violation peut sembler relever davantage de l'économie que du droit, puisqu'elle implique qu'un membre de l'OMC peut être trouvé responsable d'annuler ou compromettre des avantages découlant d'un accord de l'OMC au profit d'un autre membre, même s'il ne viole aucune disposition des accords de l'OMC. Cela nécessite donc une évaluation des impacts économiques d'une mesure ne violant pas les accords de l'OMC, interpellant les attentes raisonnables des membres quant aux opportunités commerciales ouvertes en leur faveur par les accords, lorsqu'ils ont fait des concessions tarifaires et se sont soumis à des obligations internationales concernant les obstacles non tarifaires au commerce. On avance que l'approche diplomatique serait mieux adaptée pour le règlement de ce type de différends[275].

Cet argument trouve application dans le *Mémorandum d'accord* lui-même, puisqu'il prévoit, en cas d'annulation ou de réduction d'avantages sans violation des accords de l'OMC, qu'on ne peut recommander le retrait de la mesure compatible en question, mais qu'on doit plutôt recommander qu'un ajustement mutuellement satisfaisant soit fait; en outre, on prévoit même que la compensation peut faire partie du règlement

---

[274] Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 à la p. 753.
[275] Voir Carreau et Juillard, *supra* note 6 à la p. 70; Schoenbaum, *supra* note 6 aux pp. 651-652.

final d'un tel différend et non pas qu'elle constitue seulement une solution temporaire, comme c'est le cas avec une mesure incompatible[276].

Un autre exemple frappant de cet argument est celui de l'affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*[277], qui concernait un différend juridique dont l'issue pourrait avoir des conséquences économiques considérables. Cette affaire mettait en jeu la politique communautaire concernant les importations de banane, qui visait à favoriser certains pays en voie de développement — les pays APC, pour Afrique, Pacifique et Caraïbes — dans le contexte plus large de la politique communautaire d'aide au développement international. Cette politique ancienne violait clairement le *GATT de 1947*, puis de 1994, car elle offrait un traitement préférentiel à certains pays en voie de développement, mais elle avait été maintenue au moyen d'une dérogation. Les États-Unis et certains pays d'Amérique latine producteurs de bananes contestèrent la politique communautaire à l'OMC et l'Organe d'appel constata son incompatibilité avec les accords de l'OMC, en interprétant la dérogation de manière très restrictive. L'abandon de sa politique par la Communauté européenne pourrait avoir de graves répercussions économiques sur les pays APC, aussi un règlement négocié a-t-il été de toute façon nécessaire au stade de la mise en œuvre du rapport de l'Organe d'appel, afin de prévenir de telles conséquences indésirables[278].

Cela nous amène à ce qui est probablement le plus grand désavantage de la juridictionnalisation, soit l'incapacité de tenir compte du contexte plus large d'un différend, comme cela eut été souhaitable dans l'affaire *Communautés européennes—*

---

[276] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 26(1). Voir ci-dessus, la partie 1.2.1 a), pour une analyse de la question des plaintes pour non-violation.

[277] *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur et al.)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel). Voir l'analyse critique de Schoenbaum, *supra* note 6 à la p. 651.

[278] Ce différend a finalement été réglé à la satisfaction de toutes les parties au début de 2002, après moult négociations sur la mise en conformité du régime communautaire avec les accords de l'OMC, la demande d'un délai raisonnable de mise en œuvre par la Communauté européenne, l'imposition de contre-mesures économiques par les membres plaignants, la conclusion de mémorandums d'accord entre les parties au litige, l'octroi de nouvelles dérogations par la Conférence ministérielle et l'adoption d'un régime réformé par la Communauté européenne. On constate que la diplomatie a repris ses droits au stade de la mise en œuvre du rapport de l'Organe d'appel, ce qui semble devoir confirmer l'inadéquation de la juridictionnalisation avec les différends commerciaux internationaux polycentriques. Voir OMC, *État des différends soumis à l'OMC*, OMC Doc. WT/DS/OV/23 (2005) aux pp. 173-177, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/OV23.doc> (dernière modification : 7 avril 2005).

*Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes.* Cet argument interpelle la notion de différend polycentrique développée par Lon Fuller, qui considère polycentrique le différend comportant plusieurs points d'interactions, plusieurs centres de gravité[279]. L'essence de la juridiction ou du processus judiciaire — vers laquelle tend la juridictionnalisation — serait caractérisée par le mode de participation offert à toutes les parties affectées par le différend, qui consiste à avoir l'opportunité de présenter des arguments rationnels soutenus par des preuves[280]. Un différend polycentrique cesserait d'être approprié au règlement judiciaire à partir du moment où — parce que trop complexe et comportant plusieurs centres de gravité — toutes les parties affectées n'auraient plus l'opportunité de participer au processus d'élaboration de la décision, en présentant leurs arguments rationnels soutenus par des preuves[281].

Il apparaît donc que pour les différends complexes, impliquant quantité d'acteurs, la négociation et les autres modes diplomatiques de règlement des différends pourraient être plus appropriés et plus efficaces. Dans l'hypothèse où un différend trop polycentrique devait être soumis à un règlement judiciaire, la solution trouvée par la juridiction pourrait devoir échouer faute d'avoir tenu compte de toutes les questions importantes en jeu; de plus, il serait possible que la juridiction connaissant du litige reformule la question qui lui est posée de manière à la rendre mieux adaptée au règlement judiciaire, risquant de la sorte d'écarter des aspects fondamentaux du problème[282].

### *(ii) La perte du contrôle étatique sur le règlement du différend international*

Plusieurs autres désavantages de la juridictionnalisation peuvent être regroupés autour de l'idée voulant que les parties perdent le contrôle du processus, de même que de la solution du différend, dans un mécanisme suivant une approche légaliste plutôt que diplomatique[283]. Avec une approche diplomatique, les parties au litige demeurent libres d'accepter ou de refuser la solution. De plus, l'approche diplomatique a l'avantage

---

[279] L.L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92 Harv. L. Rev. 353 à la p. 395.
[280] *Ibid.* aux pp. 364, 366-367.
[281] *Ibid.* à la p. 393.
[282] *Ibid.* à la p. 401.
[283] Voir Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 112; Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 aux pp. 752-753; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 66 et 69.

d'éviter les situations où l'une des parties perd et l'autre gagne — situations qui risquent de miner le prestige de la partie perdante — puisque les négociations conduisent normalement chaque partie à faire des concessions afin d'en arriver à un règlement satisfaisant. L'approche diplomatique s'intéresse davantage aux résultats à court terme, c'est-à-dire au règlement du différend particulier opposant les parties, et les parties ont davantage de contrôle sur le résultat final. Un certain point de vue sur le règlement des différends commerciaux internationaux tend à considérer que son objectif premier est la cessation de la violation du droit international économique, plutôt que la détermination de qui a raison et qui a tort[284]. Dans une telle perspective, l'approche diplomatique serait mieux adaptée à l'obtention de ce résultat à court terme.

*(iii) Les avantages classiques de la diplomatie*

Un ensemble d'autres arguments plus classiques soutenant l'approche diplomatique mérite aussi d'être mentionné, constituant autant de désavantages de la juridictionnalisation. Le plus important est probablement la flexibilité que la diplomatie offre aux parties en litige; elles ne sont pas tenues de suivre un cadre processuel et un échéancier stricts, ce qui peut leur laisser assez de marge de manœuvre pour tenir compte de tous les aspects du différend les opposant de même que pour adapter le mode de règlement aux circonstances particulières du litige, et non l'inverse[285]. Aussi important, les modes diplomatiques de règlement des différends sont confidentiels; cela signifie particulièrement que les positions et arguments avancés par les parties ne peuvent pas leur être opposés dans un litige futur[286]. Un autre argument classique soutenant la diplomatie veut que des considérations non juridiques puissent être prises en compte, comme par exemple dans la médiation où le médiateur peut décider en équité[287]. Une limite significative de cet argument dans le cadre de l'OMC doit cependant être soulignée : la solution mutuellement satisfaisante à laquelle les parties arrivent doit être compatible avec les accords de l'OMC et ne pas annuler ou compromettre les avantages qui en

---

[284] Voir Jackson, *World Trading System*, *ibid.* à la p. 136.
[285] Voir Green, *supra* note 254 aux pp. 134-137; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 69.
[286] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *ibid.* à la p. 69.
[287] *Ibid.* aux pp 68-69.

résultent, conformément au principe de la primauté du droit de l'OMC qu'on a vu précédemment[288]. Enfin, l'autre argument classique devant être rappelé est celui voulant que dans le contexte particulier du commerce international, le maintien de bonnes relations sur le long terme est une condition essentielle aux échanges internationaux, faisant en sorte que les modes légalistes de règlement des différends, parce que plus conflictuels et moins consensuels, apparaissent moins attrayants pour les parties au litige parce que risquant davantage de ternir leurs relations[289].

*(iv) Les avantages de la diplomatie dans le contexte de l'OMC*

Plusieurs autres arguments sont invoqués au soutien de l'approche diplomatique dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Les pays en voie de développement — voire même certains pays développés — peuvent ne pas disposer des ressources nécessaires pour participer pleinement dans un système fondé sur l'approche légaliste; ils peuvent par exemple manquer de juristes adéquatement formés en droit international économique, ou manquer de ressources financières pour engager un cabinet d'avocats étrangers ou pour porter plainte à l'OMC dans tous les cas où cela serait justifié[290]. On avance aussi qu'un mécanisme de règlement des différends non imputable politiquement, comme celui de l'OMC, pourrait manquer de légitimité et être caractérisé par un « déficit démocratique »[291]. Cependant, cet argument pourrait être contré en partie par le fait que les rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel peuvent — en théorie — être rejetés par consensus par les membres de l'OMC et que ces derniers peuvent adopter des interprétations obligatoires des accords de l'OMC, supplantant les interprétations faites par des groupes spéciaux ou l'Organe d'appel; dans cette faible mesure, des contrepoids politiques existent au sein de l'OMC. Un autre argument veut

---

[288] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(5). Voir la partie 1.2.2 b), ci-dessus, pour une analyse des principes généraux présidant au règlement des différends commerciaux internationaux sous l'égide de l'OMC.

[289] Voir Green, *supra* note 254 aux pp. 131-134; Iwasawa, *supra* note 250 à la p. 379.

[290] Voir Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 aux pp. 755 et 763; McLarty, *supra* note 20 aux pp. 268-269; C.C. Parlin, « Operation of Consultations, Deterrence, and Mediation » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 565 à la p. 570; O.L. Wethington, « Commentary on Consultation Mechanism Under the WTO Dispute Settlement Understanding During its First Five Years » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 583 à la p. 589.

[291] Voir Green, *supra* note 254 aux pp. 133-134.

que le risque d'inexécution des décisions d'un organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel puisse en entacher la crédibilité[292]; cela illustre une limite importante de cette approche dans le règlement des différends commerciaux internationaux, puisqu'une partie pourra toujours préférer faire face à des contre-mesures économiques plutôt que de se soumettre à une décision. Finalement, il semble que l'approche diplomatique soit mieux adaptée au règlement des différends apparaissant dans le contexte d'une intégration économique relativement limitée, par opposition aux unions douanières ou aux marchés communs : « *the need for consistent interpretation and efficient dispute resolution would increase exponentially as the trade agreement moves further towards integration* »[293].

c) Opportunité de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux

Après cet examen des avantages et désavantages de la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux, nous estimons que celle-ci est inévitable dans le contexte du règlement des différends commerciaux internationaux. La complexité des règles de l'OMC, le fait que tant des pays développés que des pays en voie de développement en soient membres, la relative prévisibilité que l'approche légaliste garantie, le nombre élevé de membres (maintenant 148), les contraintes que cette approche impose à l'exploitation des rapports de force politiques, tous ces arguments militent fortement en faveur de la juridictionnalisation actuelle.

La nécessaire limite de la juridictionnalisation apparaît probablement sur le plan théorique, lorsqu'on interpelle le rôle futur de l'État dans les relations internationales. Selon que les personnes privées soient vues comme les acteurs premiers des relations internationales économiques ou non, la poursuite de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux, par la reconnaissance de leur droit de porter plainte à l'OMC, pourra être vue comme nécessaire ou non. Mais la nature même de ces différends pose selon nous des limites importantes à la juridictionnalisation. Les différends comportant des dimensions hautement économiques (comme les plaintes pour

---

[292] *Ibid.* aux pp. 131-133.
[293] Kupfer Schneider, « Evolution », *supra* note 248 à la p. 753.

non-violation des accords de l'OMC) ou encore les différends juridiques entraînant d'importantes conséquences économiques, sociales et politiques pourraient nécessiter une approche davantage diplomatique pour leur règlement. En effet, on a vu que les différends polycentriques sont mal adaptés aux modes de règlement juridictionnalisés lorsque toutes les parties affectées n'ont pas l'opportunité de présenter des arguments rationnels soutenus par des preuves. Cet argument pourrait aussi militer en faveur de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

Ces tensions entre diplomatie et légalisme font donc apparaître la nécessité d'apporter certaines réformes au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Entre autres, on pourrait envisager de donner aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel le pouvoir de suspendre le processus d'examen des plaintes et de renvoyer les parties en litige à la table de négociations lorsqu'ils considéreraient que le différend est trop économique ou polycentrique[294]. Autrement, une certaine forme d'assistance ou d'aide juridique au profit des pays en voie de développement semble aussi nécessaire afin que le système fonctionne adéquatement.

Après cette analyse plutôt théorique, il apparaît nécessaire de jeter un coup d'œil à l'opération du mécanisme de règlement des différends de l'OMC depuis le 1er janvier 1995, plus particulièrement en ce qui concerne l'utilisation des modes diplomatiques de règlement des différends, afin de déterminer si la juridictionnalisation se poursuit en pratique ou non.

### d) Utilisation des modes diplomatiques de règlement des différends à l'OMC

Globalement, la phase des consultations a été plutôt fructueuse, tandis que les autres modes diplomatiques ne le furent pas. Il faut cependant rappeler que les consultations sont obligatoires, alors que le recours à ces autres modes est volontaire[295]. Selon les informations disponibles publiquement, les bons offices, la conciliation et la médiation n'ont pas été utilisés jusqu'à maintenant, ou n'ont pas permis d'aboutir au

---

[294] Schoenbaum, *supra* note 6 à la p. 652.
[295] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 4 et 5.

règlement d'un différend commercial international, à une exception près[296]. Bien que le recours à ces autres modes diplomatiques soit encouragé par le *Mémorandum d'accord*, il apparaît que cela n'a pas encore donné de résultats concrets. Ces résultats semblent cependant meilleurs avec les consultations préalables à l'examen des plaintes par un groupe spécial.

Entre l'entrée en vigueur du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, le 1er janvier 1995, et le 31 mars 2005, 329 plaintes ont été portées à l'ORD, desquelles 156 ont pu être réglées[297]. De ce nombre, 84 plaintes ont dû aller jusqu'à l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, tandis que 72 ont été résolues préalablement à leur examen par un groupe spécial, au stade des consultations; 45 ont été résolues par un règlement amiable et 27 par le retrait de la mesure contestée ou par le retrait de la demande d'établissement d'un groupe spécial ou d'autres abandons avérés. C'est pourquoi on peut affirmer que près de la majorité (46%) des plaintes portées à l'OMC ont été réglées au stade des consultations, avant la conclusion de l'examen de la plainte par un groupe spécial.

Une analyse semblable avait été faite en 1999, évaluant alors le taux de succès de la phase des consultations préalables à 53%[298]. Cette conclusion avait cependant été

---

[296] *Guide to WTO Law and Practice*, *supra* note 101, *Mémorandum d'accord*, § V.B; Parlin, *supra* note 290 à la p. 566. On signale un seul cas — réussi — de médiation par le Directeur général adjoint de l'OMC, en 2003, mais les parties considéraient qu'il ne s'agissait pas d'un différend au sens du *Mémorandum d'accord*, aussi ne s'agit-il pas formellement d'un recours à la médiation dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. OMC, Conseil général, *Demande de médiation présentée par les Philippines, la Thaïlande et les Communautés européennes*, « Communication conjointe des Communautés européennes, de la Thaïlande et des Philippines » (1er août 2003), OMC Doc. WT/GC/71, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org> (date d'accès : 2 juillet 2005); OMC, Conseil général, *Demande de médiation présentée par les Philippines, la Thaïlande et les Communautés européennes*, « Communication du Directeur général » (23 décembre 2002), OMC Doc. WT/GC/66Add.1, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org> (date d'accès : 2 juillet 2005); OMC, Conseil général, *Demande de médiation présentée par les Philippines, la Thaïlande et les Communautés européennes*, « Communication du Directeur général » (16 octobre 2002), OMC Doc. WT/GC/66, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org> (date d'accès : 2 juillet 2005). Voir McRae, « Future of WTO Dispute Settlement », *supra* note 9 à la p. 10.

[297] *État des différends soumis à l'OMC*, *supra* note 278 à la p. iii. Ces chiffres se réfèrent au nombre de plaintes plutôt qu'au nombre de différends ou de rapports de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel; dans certains cas, plusieurs plaintes visent le même différend et peuvent faire l'objet d'un seul rapport. Par ailleurs, les plaintes ayant conduit à l'adoption d'un rapport ne signifient pas nécessairement que le différend en question a été réglé : la mise en œuvre des rapports peut elle-même faire l'objet d'un nouveau différend.

[298] Parlin, *supra* note 290 aux pp. 567-569. 185 plaintes avaient alors été portées à l'OMC et 78 avaient pu être réglées, dont 37 s'étaient rendues jusqu'à l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, et 41 avaient été réglées avant leur examen par un groupe spécial. Nous avons utilisé la même méthode de calcul que Christopher Parlin pour mettre à jour son analyse.

remise en question et on avait révisé ce taux de succès à la baisse, pour obtenir un faible 4,7%[299]. Cette différence appréciable s'explique par l'inclusion ou non des différends réglés après la demande d'établissement d'un groupe spécial, alors que les consultations se poursuivent, l'argument étant que ce ne sont pas tant les consultations qui sont véritablement efficaces que la menace du recours au processus des groupes spéciaux. Or cette menace a justement été rendue possible grâce à la juridictionnalisation qu'a connu le processus, qui a rendu l'examen des plaintes par un groupe spécial pratiquement impossible à empêcher, en cas d'échec des consultations.

Selon nous, cette controverse sur le véritable taux de succès des consultations tient davantage à un raffinement de l'explication du taux réel de règlement des plaintes au stade des consultations préalables, qu'à une remise en question de ce taux, qui est un fait objectif indéniable. Que ce succès soit dû à la menace du recours au processus des groupes spéciaux ou simplement à des négociations de bonne foi entre les parties — ou aux deux — ne change rien au fait que près de la moitié des plaintes portées à l'OMC qui ont été réglées le furent au stade préliminaire des consultations, sans avoir à traverser le processus d'examen par un groupe spécial. L'objectif d'encourager la solution mutuellement satisfaisante des différends sans recourir à la procédure des groupes spéciaux, suivant le principe de préférence pour le règlement diplomatique des différends, semble donc avoir été atteint[300].

Outre la menace du recours au processus des groupes spéciaux, une autre explication qui est avancée pour expliquer ce relatif succès des consultations est que celles-ci et la phase d'examen de la plainte par un groupe spécial seraient clairement séparées l'une de l'autre[301]. Un passage d'un rapport de l'Organe d'appel pourrait cependant remettre en question le succès de la phase des consultations en contribuant à éliminer cette séparation entre les deux phases du processus. L'Organe d'appel a estimé que les parties au litige devaient clairement déclarer leurs prétentions et les faits qui les sous-tendaient lors des consultations, et que ces déclarations serviraient à circonscrire le

---

[299] Wethington, *ibid.* aux pp. 583-585.
[300] Voir Parlin, *ibid.* aux pp. 569 et 571; G.N. Horlick et G.R. Butterton, « A Problem of Process in WTO Jurisprudence : Identifying Disputed Issues in Panels and Consultation » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 573 à la p. 582.
[301] Horlick et Butterton, *ibid.* à la p. 582.

différend éventuellement soumis à un groupe spécial[302]. Cela pourrait avoir pour effet d'évacuer les avantages fondamentaux des consultations que sont la confidentialité et la flexibilité[303].

La pratique tendrait donc à confirmer la théorie voulant qu'il y ait encore de la place pour la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Mais il faut souligner que cette tendance pourrait s'estomper, puisqu'on a observé que le taux de succès des consultations avait commencé à diminuer, étant passé de 53% en 1999 à 46% en 2005[304]. On a souligné que la plupart des plaintes qui avait été réglées au stade des consultations le furent au cours des trois premières années d'opération du mécanisme; cinq différends ont été réglés au stade des consultations en 1998 tandis que ce chiffre tombait à un seul en 1999[305]. Les délais serrés (60 jours) alloués aux parties pour les consultations seraient une des explications de leur insuccès croissant[306]. La conclusion fondamentale à être tirée de cette diminution du taux de succès des consultations pourrait être que de plus en plus, les membres de l'OMC recourent à son mécanisme de règlement des différends afin d'accéder à la procédure des groupe spéciaux, et que les consultations ne sont vues que comme le passage obligé pour y accéder[307].

Il reste à voir si le taux de succès des consultations continuera de diminuer ou non, si les autres modes diplomatiques continueront à ne pas être utilisés, et si l'intégration entre les consultations et le processus des groupes spéciaux telle qu'évoquée par l'Organe d'appel se poursuivra ou non; cela sera une indication claire de la poursuite ou non de

---

[302] *Inde—Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS50/AB/R au paragr. 94 (Rapport de l'Organe d'appel).

[303] La pratique ultérieure des membres de l'OMC semble attester de la faiblesse du caractère confidentiel de la phase des consultations et de leur imbrication avec le processus des groupes spéciaux. Des groupes spéciaux, non contredits par l'Organe d'appel sur ce point, ont estimé que le fait d'utiliser des informations obtenues au cours des consultations, lors de l'examen de la plainte par un groupe spécial, ne violait pas la protection de la confidentialité des consultations; celle-ci ne viserait pas les parties au litige, mais plutôt les tierces parties. Voir les affaires *Corée—Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes et des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS75/R et WT/DS84/R au para. 10.23 (Rapport du groupe spécial); *Australie—Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc. WT/DS126/R aux paras. 9.32-9.34 (Rapport du groupe spécial); *Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)* (2000), OMC Doc. WT/DS141/R aux paras. 6.32-6.35 (Rapport du groupe spécial).

[304] Wethington, *supra* note 290 à la p. 587. Le taux auquel se référait cet auteur en 2000 était de 47,5%.

[305] *Ibid.* à la p. 582.

[306] Schoenbaum, *supra* note 6 à la p. 650.

[307] Wethington, *supra* note 290 à la p. 588.

juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux. Il se pourrait que la pratique des membres de l'OMC — qui fut si importante dans le développement du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* — rende obsolètes les derniers éléments de diplomatie présents dans le mécanisme de l'OMC. Une telle éventualité renforcerait la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux.

### e) La juridictionnalisation du pouvoir décisionnel du souverain britannique : le Comité judiciaire du Conseil privé

En guise d'épilogue à cette étude de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux, caractérisée par le développement du processus d'examen des plaintes par un groupe spécial, il est intéressant de mettre ce phénomène en regard de la création et de l'évolution du Comité judiciaire du Conseil privé (*Judicial Committee of the Privy Council*) au Royaume-Uni[308]. Bien qu'il s'agisse d'un phénomène survenu dans un ordre juridique interne, l'analogie avec l'OMC est instructive car elle minimise le caractère extraordinaire du phénomène de la juridictionnalisation de l'exercice d'un pouvoir décisionnel qui, à l'origine, est purement exécutif ou politique. De plus, son origine étant plus lointaine, l'exemple britannique pourrait comporter certains indices des développements à venir dans la juridictionnalisation en cours à l'OMC, particulièrement en ce qui concerne l'apparition possible de la dissidence.

Remontant aux XIII$^{ème}$ et XIV$^{ème}$ siècles, le Conseil privé joue un rôle de soutien auprès de la Couronne britannique dans l'acquittement de certaines tâches qui lui appartiennent toujours; il relève donc de la branche exécutive de l'État[309]. Parmi ces tâches, la Couronne — dont les pouvoirs sont en fait exercés par le conseil des ministres

---

[308] Les juristes canadiens sont familiers avec le Comité judiciaire du Conseil privé, car celui-ci exerça la dernière juridiction d'appel pour le Canada jusqu'en 1933 pour les affaires criminelles, et jusqu'en 1949 pour les affaires civiles. Voir Brun et Tremblay, *supra* note 40 à la p. 30; Hogg, *supra* note 40 à la rubrique 8.2.

[309] Voir généralement O. Hood Phillips, P. Jackson et P. Leopold, *O. Hood Phillips & Jackson :Constitutional and Administrative Law*, 8$^{ème}$ éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001 aux pp. 333-335; A.W. Bradley et K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 12$^{ème}$ éd., Londres, Longman, 1997 aux pp. 408-428; H. Street et R. Brazier, *De Smith's Constitutional and Administrative Law*, 5$^{ème}$ éd., Harmondsworth (R.-U.), Pelican Books, 1985 aux pp. 164-170. Le Conseil privé se compose actuellement d'environ 300 personnes ayant occupé des hautes fonctions politiques ou juridiques, ainsi que de certains dignitaires religieux et membres de l'aristocratie anglaise.

— a conservé certains pouvoirs de nature judiciaire et le rôle de soutien du Conseil privé en ces matières s'est graduellement formalisé, épousant de plus en plus la forme d'un tribunal judiciaire, jusqu'à la création en 1833 d'un Comité judiciaire permanent[310]. Le Comité judiciaire exerce la dernière juridiction d'appel pour les colonies britanniques — il la conserve toujours pour certains États membres du Commonwealth — ainsi que pour certaines matières spéciales prévues par la loi[311]. Il exerce en outre une juridiction consultative spéciale, qui permet au gouvernement britannique de faire un renvoi auprès du Comité afin d'obtenir un avis consultatif sur toute question[312].

En raison de son rôle formel de soutien auprès de la Couronne qui, elle, exerce en principe les quelques pouvoirs de nature judiciaire qui lui restent, le Comité judiciaire ne rend pas des jugements, mais fait plutôt rapport à la Couronne, qui décide — en théorie — souverainement de l'issue à donner au litige. Le rapport ou l'avis du Comité judiciaire ne produit des effets juridiques que lorsqu'il est adopté par la Couronne au moyen d'une ordonnance en conseil (*Order in Council*), c'est-à-dire une ordonnance de la Couronne prise de concert avec le conseil des ministres[313]. Cependant, les conventions constitutionnelles veulent que le rapport du Comité judiciaire — bien qu'il soit formellement de nature purement consultative — lie désormais la Couronne, qui doit obligatoirement y donner suite[314]. Quant aux avis consultatifs rendus suite à un renvoi par la Couronne, ceux-ci demeurent de nature purement consultative, bien qu'en pratique ils aient le même impact qu'un jugement obligatoire vu le prestige du Comité judiciaire et le processus de nature juridictionnelle menant à leur adoption[315]. Pendant longtemps, les

---

[310] Voir le *Judicial Committee of the Privy Council Act, 1833* (R.-U.), 3 & 4 Wil. IV, c. 42. Le Comité judiciaire se compose des membres du Conseil privé ayant exercé des fonctions judiciaires.

[311] *Ibid.*, art. II-III. Le Comité judiciaire entend par exemple les appels des tribunaux ecclésiastiques et de la *Court of Admiralty*.

[312] *Ibid.*, art. IV. Un dispositif similaire existe au Canada, où le gouvernement fédéral peut faire un renvoi consultatif auprès de la Cour suprême du Canada, ainsi qu'au Québec, où le gouvernement québécois peut faire un tel renvoi auprès de la Cour d'appel du Québec. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 53; *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q. c. R-23.

[313] Phillips, Jackson et Leopold, *supra* note 309 à la p. 338.

[314] *Ibid.* Voir *Ibralebbe* c. *R.*, [1964] A.C. 900; *British Coal Corp.* c. *The King*, [1935] A.C. 500. En droit constitutionnel britannique, les conventions constitutionnelles sont des règles de conduite dictées par la pratique, dont la sanction n'est pas juridique mais politique. Voir Phillips, Jackson et Leopold, *ibid.* aux pp. 136-150.

[315] La situation est similaire au Canada et au Québec, où leur législation respective prévoit explicitement que l'avis de la Cour suprême du Canada ou de la Cour d'appel du Québec est fourni au gouvernement pour information seulement. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, *supra* note 312, art. 53(4). *Loi sur les renvois*

décisions du Comité judiciaire ont été prises à l'unanimité par un banc de trois ou cinq membres, mais en 1966, ceux-ci ont été autorisés à faire connaître leur opinion dissidente[316], ce qui a parfait la juridictionnalisation du processus, qui a désormais tous les atours d'un tribunal judiciaire.

Les parallèles avec l'OMC sont évidents. Les pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires de l'organisation internationale sont concentrés au sein de la Conférence ministérielle, puis délégués au Conseil général ou à l'ORD pour ce qui est du règlement des différends. Le processus d'examen des plaintes par un groupe spécial joue un rôle de soutien auprès de l'ORD, organe politique concentrant la souveraineté des membres de l'OMC, qui, formellement, demeure chargé d'exercer la juridiction sur les différends soumis par les membres. Le développement du processus des groupes spéciaux et l'avènement de la règle décisionnelle du consensus négatif ne sont pas sans rappeler l'évolution du Comité judiciaire du Conseil privé et du caractère pratiquement obligatoire de ses rapports.

Cela nous permet de supposer que, dès lors qu'un organe politique « primitif » est chargé de régler des différends et que ceux-ci sont de plus en plus nombreux ou complexes, l'aménagement graduel d'un processus de nature juridictionnelle serait inévitable pour que celui-ci puisse s'acquitter adéquatement de sa tâche. Ainsi, à l'aune du Comité judiciaire du Conseil Privé, on voit que le processus de juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux n'est pas extraordinaire en soi. En outre, on pourrait même se risquer à prédire qu'il ne serait pas étonnant si, un jour, la pratique de rendre publiques les opinions dissidentes de leurs membres devait apparaître au sein des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel de l'OMC[317].

---

*à la Cour d'appel*, *supra* note 312, art. 5. Ces avis revêtent en pratique la même autorité qu'un jugement. Brun et Tremblay, *supra* note 40 à la p. 796; Hogg, *supra* note 40 à la rubrique 8.6(d).

[316] Phillips, Jackson et Leopold, *supra* note 309 à la p. 339. Voir *Judicial Committee (Dissenting Opinion) Order 1966*, S.I. 1966/1100.

[317] La pratique semblerait vouloir s'infléchir dans le sens de notre hypothèse. En effet, un membre de l'Organe d'appel a tenu à faire connaître de façon anonyme son « opinion concordante » sur certains des aspects d'un rapport de l'Organe d'appel, en employant la première personne du singulier. Cette pratique, tout à fait exceptionnelle, serait-elle annonciatrice de l'apparition d'opinions dissidentes dans les rapports de l'Organe d'appel ou des groupes spéciaux? Rien ne semble l'interdire explicitement, la seule exigence étant l'anonymat des opinions exprimées par les membres de l'Organe d'appel ou du groupe spécial. *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 14(3) et 17(11). Voir l'affaire *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R aux pp. 62-64 (Rapport de l'Organe d'appel). Dans une affaire subséquente, un membre

## 1.3 LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES MEMBRES DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE FACE AU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Il est fermement établi en droit international général que le traité est obligatoire entre ses parties et qu'il doit être exécuté par celles-ci de bonne foi. Cette règle dite *pacta sunt servanda* fait partie de la coutume internationale et est réaffirmée par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[318] (*Convention de Vienne*); on considère même la règle *pacta sunt servanda* comme un principe général du droit international, ayant une portée « structurellement impérative », dont l'existence conditionne celle de l'ordre juridique international et sa cohérence[319]. La force obligatoire des traités à l'égard des parties contractantes est donc un principe fondamental du droit des gens, situé à la base même de tout l'édifice normatif encadrant les relations internationales.

La consécration de la juridicité des accords de l'OMC et leur ancrage dans le droit international général font en sorte qu'ils sont obligatoires pour les membres de l'Organisation, en vertu de la règle *pacta sunt servanda*[320]. La *Convention de Vienne* s'applique aux traités conclus par écrit entre des États ainsi qu'à « tout traité constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale »[321], ce qui permet de dire qu'elle s'applique aux accords de l'OMC[322].

---

d'un groupe spécial a fait connaître de manière anonyme ce qu'il a appelé explicitement son « opinion dissidente ». Voir l'affaire *États-Unis—Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne (Plainte des Communautés européennes)* (2002) OMC Doc. WT/DS213/R aux paras. 10.1 à 10.15 (Rapport du groupe spécial).

[318] *Convention de Vienne*, *supra* note 82, art. 26. La *Convention de Vienne* n'est pas entièrement déclaratoire de la coutume internationale, bien que la plupart de ses dispositions le soit; celles qui ne le sont pas constituent néanmoins des indications de l'émergence de nouvelles normes du droit international général. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2002 au paragr. 233; I. Brownlie, *Public International Law*, 5ème éd., Oxford, Clarendon Press, 1998 à la p 608.

[319] Dupuy, *ibid.* au paragr. 280. Voir Brownlie, *ibid.* à la p. 620.

[320] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(2). Voir la partie 1.1.3 b), ci-dessus, pour une analyse de la juridicité des accords de l'OMC.

[321] *Convention de Vienne*, *supra* note 82, art. 1a) et 5. Une lecture étroite de l'article 5 de la *Convention de Vienne* pourrait faire croire que seul l'*Accord sur l'OMC* est le traité constitutif de l'Organisation et que les autres accords de l'OMC ne sont ni des traités constitutifs, ni des traités adoptés en son sein, puisqu'ils ont été adoptés avant sa création. Une lecture généreuse nous semble plus juste étant donné le caractère artificiel que comporterait la séparation entre le traité constitutif de l'OMC et ces autres accords, ces derniers étant en réalité des annexes au premier, faisant en sorte que l'ensemble des accords de l'OMC ne

Quelles sont alors, à l'aune du droit international général, les conséquences juridiques de la violation des accords de l'OMC? Un essai de typologie du régime de responsabilité des membres de l'OMC nous semble nécessaire pour mieux cerner les implications d'un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC (**1.3.1**). Cette question interpelle plus particulièrement la notion d'invocation de la responsabilité de l'État, qui connaît actuellement de profondes mutations en droit international général, avec l'achèvement récent des travaux de codification du droit de la responsabilité de l'État par la CDI (**1.3.2**). Enfin, les nombreux éclaircissements qu'apporte la CDI concernant l'imposition des contre-mesures doivent également être examinés (**1.3.3**). Cet

---

forment juridiquement qu'un seul et même traité. *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. II(2). Voir la partie 1.1.3 b), ci-dessus, pour une analyse du principe de l'adhésion forfaitaire aux accords de l'OMC.

[322] Malgré cette précision concernant les organisations internationales, l'application de la *Convention de Vienne* aux accords de l'OMC est problématique en raison du fait que la Communauté européenne y est une partie contractante et membre de l'OMC. En vertu de son article 1a), la *Convention* ne s'applique pas aux accords conclus entre des États et d'autres sujets du droit international, ce qui signifierait *a priori* qu'elle ne peut s'appliquer aux accords de l'OMC parce que la Communauté européenne est une organisation internationale. Toutefois, puisque la *Convention* est généralement considérée comme reflétant la coutume internationale, elle n'aurait de toute façon pas pour effet de soustraire ces accords aux règles qu'elle énonce qui correspondent aux règles du droit international coutumier, comme le confirme son article 3. Au reste, une autre convention transpose et adapte aux organisations internationales les règles générales du droit des traités codifiées et développées dans la *Convention de Vienne*, mais elle n'est pas encore en vigueur. Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, 21 mars 1986, reproduite dans NU, *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations : Official Records*, New-York, NU, 1995, en ligne : Commission du droit international <www.un.org/law/ilc/texts/trbtstat.htm> (date d'accès : 27 juillet 2005) (cette convention entrera en vigueur après la ratification ou l'adhésion d'une 35ème partie) [ci-après *Convention de Vienne sur le droit des traités avec les OI*]; Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 167; P.K. Menon, *The Law of Treaties between States and International Organization,* Lewiston (New-York), Edwin Mellen Press, 1992 aux pp. 139-142. La *Convention de Vienne* a déjà été appliquée par l'Organe d'appel et certains groupes spéciaux dans des différends impliquant la Communauté européenne. Voir par ex. les affaires *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plaintes des États-Unis et du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS26/R/AB, WT/DS48/R/AB aux paragr. 126 et ss. (Rapport de l'Organe d'appel); *Communautés européennes—Classement tarifaire de certains matériels informatiques (Plaintes des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R aux paragr. 83-84, 86 et 92 (Rapport de l'Organe d'appel); *Communautés européennes—Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles (Plainte du Brésil)* (1998), OMC Doc. WT/DS69/AB/R au paragr. 83 (Rapport de l'Organe d'appel). Aurait-on été mieux avisé de se référer à la *Convention de Vienne sur le droit des traités avec les OI* plutôt qu'à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*? La question est théorique puisque sur le fond, les règles posées respectivement par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et la *Convention de Vienne sur le droit des traités avec les OI* sont généralement identiques et déclaratoires du droit international coutumier. Cette question ne viserait en dernière analyse que les rapports entre la Communauté européenne et les États membres de l'OMC, puisque l'article 73 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités avec les OI* dispose que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* demeure applicable aux rapports entre les États parties à un traité dont une partie contractante est une organisation internationale. Voir généralement I. Seroin, « L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'*ALÉ*, de l'*ALÉNA*, du GATT et de l'OMC » (2000) 34 R.J.T. 647.

examen préalable est impératif pour pouvoir replacer dans leur contexte propre les développements divers survenus en droit international en matière d'invocation de la responsabilité de l'État par les personnes privées, que nous examinerons dans la deuxième partie de notre thèse, afin de ne pas en tirer de conclusions prématurées en ce qui concernerait l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

### 1.3.1 Typologie du régime de responsabilité des membres de l'OMC

a) Le droit international de la responsabilité de l'État

La conséquence juridique première de la violation d'un traité par un État est de faire naître à sa charge une obligation de réparer les dommages qui en résultent. Cette notion de responsabilité internationale de l'État est solidement ancrée dans la coutume internationale et constitue même un principe général du droit international, conséquence logique de la règle *pacta sunt servanda*. Le principe a été consacré par la Cour permanente de justice internationale dans la célèbre *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, dans son arrêt sur le fond du 13 septembre 1928, qui reflète toujours l'état du droit.[323]. La Cour a précisé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir explicitement l'obligation de réparer dans le traité violé, puisqu'elle coulait de source et était « le complément indispensable d'un manquement à l'application [du traité] »[324]. Ce droit international de la responsabilité de l'État a fait l'objet de vastes travaux de codification par la CDI, pendant plus d'une quarantaine d'années, avant de se conclure en 2001 par l'adoption d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[325].

---

[323] « Quant [à l'existence de l'obligation de réparer], la Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer ». *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* (1928), C.P.J.I. (Sér. A) n° 13 à la p. 29.

[324] *Ibid.*

[325] Commission du droit international, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session,* Doc. Off. AG NU, 56$^{e}$ sess., supp. n° 10, Doc. NU A/56/10 (2001), 45 [ci-après *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*]. L'Assemblée générale des Nations Unies a pris note des *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État* immédiatement après leur adoption par la Commission du droit international (CDI) et les a portés à l'attention des gouvernements. *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 56/83, Doc. Off. AG NU, 56$^{ème}$ sess., supp. n° 49, Doc. NU A/56/49 (2001). Ces articles visent à codifier et à développer progressivement le droit international de la responsabilité de l'État et pourraient

Malgré les ressemblances que ce droit peut avoir avec le droit de la responsabilité dans les systèmes de droit nationaux, les comparaisons peuvent s'avérer fort trompeuses étant donné le caractère beaucoup plus primitif de la société internationale et de son droit[326]. D'une part, le droit international connaît un seul régime de responsabilité de l'État, peu importe la nature conventionnelle ou coutumière de l'obligation violée, contrairement par exemple aux systèmes nationaux de tradition civiliste, qui font la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, ou à ceux appartenant à la tradition juridique de la *common law*, qui font la distinction entre *contractual liability* et *tortious liability*[327]; le droit international ne connaît également pas (encore) de distinction entre la responsabilité civile ou criminelle de l'État[328]. D'autre part

---

éventuellement servir de base à une convention internationale sur la matière, mais l'Assemblée générale a choisi de donner un délai de réflexion aux gouvernements avant d'examiner cette éventualité, comme le lui avait recommandé la CDI. Il semble pour le moment assez improbable que les articles prennent bientôt la forme d'une convention internationale, vu entre autres les risques d'érosion des articles, inévitable en cas de négociations multilatérales sur le sujet; ils pourraient vraisemblablement jouer un rôle important en leur état actuel, participant au développement de la pratique des États et inspirant les juridictions internationales. En effet, le texte de la CDI revêt déjà une autorité morale certaine et contribue déjà avantageusement à la clarification du droit international de la responsabilité de l'État; il peut au reste être considéré comme déclaratoire de la coutume internationale à plusieurs égards, particulièrement en ce qui concerne la première partie portant sur le fait internationalement illicite. C'est pourquoi nous nous y référerons abondamment dans les pages qui suivent. Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 457; J. Verhoeven, *Droit international public,* Bruxelles, Larcier, 2000 à la p. 612. Sur les *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, voir généralement J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 [ci-après Crawford, *Introduction, Text and Commentaries*]; D. Bodansky et J.R. Crook, « The ILC's State Responsability Articles : Introduction and Overview » (2002) 96 A.J.I.L. 773; J. Crawford, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : A Retrospect » (2002) 96 A.J.I.L. 874 (ci-après « Retrospect »); P.-M. Dupuy, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan » (2003) 107 Rev. D.I.P. 305. Pour une critique globale de l'entreprise de la CDI, voir P. Allott, « State Responsibility and the Unmaking of International Law », (1988) 29 Harv. Int'l L.J. 1, *réédité dans* R. Provost, dir., *State Responsibility in International Law*, Aldershot (R.-U.), Ashgate, 2002 à la p. 503 (Nous nous référons à la pagination de l'édition originale).

[326] Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 438 et 445-446.

[327] Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 456; Brownlie, *ibid.* à la p. 437. Voir par ex. le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1457-1458. Voir aussi A.M. Dugdale, dir., *Clerk & Lindsell on Torts*, 18ème éd., Londres, Sweet et Maxwell, 2000 aux pp. 4-7; R.F.V. Heuston et R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21ème éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1996 à la p. 10.

[328] On notera pour mémoire que les articles 40 et 41 des *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État* reconnaissent cependant l'émergence d'un nouveau type de responsabilité internationale de l'État pour « violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général », qui obéit à un régime particulier à certains égards. Il s'agit en fait du reliquat de la controversée notion de « crime international d'État », beaucoup plus large, qui figurait dans le premier projet d'articles et qui ébauchait un véritable régime de responsabilité criminelle de l'État. La CDI a finalement décidé de ne pas anticiper les développements du droit international en la matière, tout en reconnaissant déjà l'importance d'attacher des conséquences particulières à la violation de certaines obligations internationales fondamentales. Voir J. Crawford, J. Peel et S. Olleson, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Wrongful Acts : Completion of the Second Reading » (2001) 12 Eur. J. Int'l L. 963 aux pp. 976-978 [ci-

— cette caractéristique est fondamentale pour bien comprendre la nature particulière du règlement des différends à l'OMC — l'État demeure en principe le seul juge de l'existence d'une violation du droit international et de l'étendue de l'obligation de réparer ainsi créée, de même que le seul juge de la bonne exécution de cette réparation[329]. Être juge en sa propre cause et se faire justice soi-même sont donc en quelque sorte érigés en principes fondamentaux du droit international, justifiant à eux seuls le caractère primitif attribué à la société internationale.

Une certaine confusion entre les obligations substantielles faisant l'objet de la violation et les obligations que celle-ci entraîne, en vertu du droit international de la responsabilité de l'État, a régné historiquement dans la doctrine. Cela s'expliquerait surtout par le fait que ce droit s'est grandement construit dans le contexte de différends impliquant le traitement de ressortissants étrangers par un État hôte; la ligne de démarcation entre la norme minimale de traitement des étrangers invoquée et les règles de la responsabilité internationale n'a pas toujours été tirée clairement[330].

Pour dissiper cette confusion, la CDI, sous l'impulsion de son rapporteur spécial Roberto Ago, a interpellé la distinction faite par Herbert Hart entre règles primaires et règles secondaires dans les systèmes de droit nationaux[331]. Le droit international de la

---

après Crawford, Peel et Olleson, « Completion »]; Dupuy, *ibid.* au paragr. 463. Ces développements ne doivent pas être confondus avec l'émergence d'un régime de responsabilité criminelle internationale des individus, illustré par la création récente de la Cour pénale internationale, qui ne concerne pas la responsabilité de l'État. Voir le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 159 (entrée en vigueur : 1[er] juillet 2002).

[329] Dupuy, *ibid.* au paragr. 455.

[330] Cette confusion s'est même répercutée dans les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État, à leurs débuts, lorsque le premier rapporteur spécial, Francisco García Amador, s'est attaché à étudier la norme de traitement minimale des ressortissants étrangers. Dupuy, *ibid.* au paragr. 457; J. Crawford, « Revising the Draft Articles on State Responsibility » (1999) 10 Eur. J. Int'l L. 435 à la p. 436 (ci-après Crawford, « Revising »).

[331] H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961 aux pp 77-96 et 208-231. Herbert Hart a cependant nié l'existence de cette distinction en droit international, sans toutefois écarter la possibilité qu'elle apparaisse un jour. Il faut noter que cette théorie, si elle emporte un large soutien, appartient à la tradition du positivisme juridique et ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Un débat philosophique a particulièrement opposé Herbert Hart à Lon Fuller, qui appartient plutôt à la tradition du droit naturel et qui a surtout contesté la hiérarchisation des normes opérée par Hart. Pour une synthèse du débat Hart-Fuller, voir J. Brunnée et S.J. Toope, « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law » (2000) 39 Colum. J. Transnat'l L. 19 aux pp. 22-23, n. 8-9. Il semble pourtant que l'on puisse utiliser la distinction entre règles primaires et règles secondaires afin de déterminer l'objet du droit international de la responsabilité de l'État, sans pour autant devoir nécessairement prendre position dans le débat Hart-Fuller. L'utilisation de la distinction dans ce contexte ne semble en effet pas impliquer une hiérarchisation philosophique des normes, mais plutôt un classement des normes selon leur fonction. James Crawford, dernier rapporteur spécial de la CDI, conscient des implications philosophiques

responsabilité de l'État s'intéresserait donc uniquement aux règles secondaires qui déterminent les conséquences juridiques de la violation de règles primaires du droit international qui, elles, prescrivent des normes de conduite pour les États[332]. Herbert Hart définit les règles secondaires comme étant celles qui « *specify the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined* »[333]. Cette distinction entre règles primaires et règles secondaires est ainsi le concept-clé autour duquel s'articule l'ensemble de l'entreprise de codification du droit international de la responsabilité de l'État de la CDI; elle en est le principe opératoire, l' « *organizing device* »[334]. Son utilité est donc essentiellement fonctionnelle, en ce qu'elle permet de bien circonscrire l'objet de ce droit, d'en éclaircir plusieurs zones d'ombre et de le rendre plus facilement intelligible; elle permet d'affirmer que le droit international de la responsabilité de l'État est un droit horizontal commun à l'ensemble des obligations internationales[335]. Au surplus, la distinction s'avère fort utile, on le verra, dans l'examen des conséquences juridiques potentielles de l'ouverture d'un recours à l'OMC en faveur des personnes privées, en ce qui concerne particulièrement leur éventuel statut de sujet du droit international.

Malgré l'achèvement récent des travaux de codification de la CDI, le droit international de la responsabilité de l'État demeure un droit général de nature supplétive. Un traité peut prévoir des règles spéciales concernant les conditions d'existence de la violation de ses dispositions, le contenu de la responsabilité internationale de l'État auteur d'une violation, ainsi que la mise en œuvre de cette responsabilité[336]. Si de tels régimes spéciaux sont envisagés et permis par le droit international général, il n'est cependant pas

---

potentielles du recours à cette distinction, tente de relativiser ces implications potentielles en ces termes : « *It results from that analysis that the distinction between primary obligations and secondary rules of responsibility is to some extent a functional one, related to the development of international law rather than to any logical necessity.* » Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 à la p. 879. Au reste, même si l'utilisation de la distinction dans le droit international de la responsabilité de l'État devait — ce qui n'apparaît pas être le cas — emporter une prise de position en faveur de Hart sur la nature du droit et sa création, on notera que ce dernier trouve toujours des adhérents sérieux puisque Thomas Frank a encore récemment interpellé la distinction de Herbert Hart dans l'élaboration de sa théorie du droit international « juste ». Voir T.M. Frank, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1995 aux pp. 29-30. Pierre-Marie Dupuy retient également la distinction comme un fondement de sa conception du droit international. Voir Dupuy, *ibid.* au paragr. 17.

[332] Dupuy, *ibid.* au paragr. 457; Crawford, « Retrospect », *ibid.* aux pp. 876-877.

[333] Hart, *supra* note 331 à la p. 92.

[334] Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 à la p. 876.

[335] *Ibid.* à la p. 878.

[336] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 55.

possible que ceux-ci opèrent en vase clos, totalement isolés; d'une part, ils demeurent toujours régis de manière supplétive par le droit international général et, d'autre part, il leur est impossible de contrevenir aux normes impératives de ce droit[337]. Il ne peut donc exister de régimes spéciaux absolus ou totalement autosuffisants, ou « *self contained* », en droit international de la responsabilité de l'État. Les accords de l'OMC prévoient justement des règles spéciales très sophistiquées à ces égards, qui ont pour effet d'écarter plusieurs règles du droit international général et de diminuer le libre arbitre des États en cas de violation de ces traités. Le régime de responsabilité des membres de l'OMC se présente donc comme une *lex specialis*, comme un régime spécial, mais pas absolument autosuffisant[338]. C'est précisément dans ce contexte que s'inscrit la question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées et qu'apparaît la pertinence de mettre le régime de responsabilité des membres de l'OMC en perspective avec le droit international général.

b) L'engagement de la responsabilité du membre de l'OMC

La codification de la CDI dispose que « [t]out fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale »[339]. La violation d'un traité — instrument juridique international prescrivant des règles primaires —, si elle est attribuable à un État, constitue un fait internationalement illicite qui met en jeu sa responsabilité internationale. Le fait internationalement illicite est « un comportement consistant en une action ou une omission » qui est « attribuable à l'État en vertu du droit international » et qui « constitue une violation d'une obligation internationale de l'État »[340].

---

[337] Crawford, « Retrospect », *ibid.* à la p. 880.
[338] Voir Pauwelyn, *supra* note 99 à la p. 341, n. 36.
[339] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 1.
[340] *Ibid.* art. 2. Certaines circonstances peuvent cependant écarter le caractère illicite d'un fait : le consentement de l'État victime de la violation, la légitime défense, les mesures de représailles ou contre-mesures, la force majeure, la détresse de même que l'état de nécessité. (*ibid.* art. 20-24). Si de telles circonstances empêchent la naissance d'une obligation de réparation, elles n'écartent cependant pas la naissance d'une obligation d' « indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question » (*ibid.* art. 27b)). Les pertes visées ici seraient plus restrictives que les dommages visés par l'obligation de réparation due en cas de responsabilité internationale de l'État, mais les contours de cette disposition demeurent flous. Voir les commentaires de la CDI accompagnant ses *Articles*, dans le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, *supra* note 325, 61 aux pp. 210-211 [ci-après *Commentaires de la CDI sur la responsabilité de l'État*].

La question de l'attribution ou de l'imputabilité du fait illicite à un État fait l'objet de plusieurs règles détaillées dont l'application peut s'avérer fort complexe[341]. Dans le cas de la violation des accords de l'OMC, la question de l'attribution apparaît à prime abord moins complexe en raison du fait que les mesures susceptibles de faire l'objet d'un différend sont par essence d'origine gouvernementale — qu'il s'agisse de lois, règlements, décrets ou procédures administratives — donc évidemment imputables à l'État[342]. La situation n'est cependant pas toujours aussi claire : un groupe spécial a par exemple déjà reconnu que le comportement de personnes privées pouvait être attribué à un membre de l'OMC, dans la mesure où celui-ci y serait « intervenu suffisamment », de manière à engager sa responsabilité[343]. Cette problématique de l'attribution au membre de l'OMC des actes posés par des personnes privées doit être distinguée de celle qui nous intéresse, soit de donner aux personnes privées le droit de porter plainte à l'OMC contre un de ses membres. Si ces deux problématiques soulèvent la question de l'interaction entre les accords de l'OMC et les personnes privées, elles se situent à l'opposé sur le spectre du différend commercial international; la question de l'attribution concerne la violation ou la non-violation des accords de l'OMC par le truchement de personnes privées, tandis que celle de l'élargissement concerne la contestation par des personnes privées lésées de la violation ou de la non-violation de ces accords[344]. Dans l'ensemble, les règles d'attribution d'un comportement au membre de l'OMC seraient néanmoins fidèles au droit international général et il n'y aurait pas de *lex specialis* forte à cet égard dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC[345].

---

[341] Voir les *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 4-11.

[342] Pour une étude plus nuancée de cette question, voir S.M. Villalpando, « Attribution of Conduct to the State : How the Rules of State Responsibility May be Applied within the WTO Dispute Settlement System » (2002) 5 J. Int'l Econ. L. 393.

[343] *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS44/R aux paragr. 10.52 à 10.56 (Rapport du groupe spécial). Voir Villalpando, *ibid.* aux pp. 408-409; N. Komuro, « *Kodak-Fuji Film* Dispute and the WTO Panel Ruling » (1998) 32:5 J. World T. 161 aux pp. 190-191 et 198-199.

[344] Cependant, l'affaire *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, *ibid.*, constitue aussi une bonne illustration de la problématique de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. Dans cette affaire, le géant américain Eastman Kodak Company visait à accroître ses parts de marché au Japon et contestait les obstacles au commerce que posait selon lui le gouvernement japonais, afin de protéger les producteurs japonais de matériel photographique, au premier rang desquels se situait le géant Fuji Photo Film, Ltd. of Japan. Voir Komuro, *ibid.* à la p. 161.

[345] Villalpando, *supra* note 342 à la p. 397. Cet auteur relève certaines divergences avec le droit international général, le régime de l'OMC étendant tantôt les règles d'attribution en ce qui concerne les

Un aspect très innovateur de la codification de la CDI est qu'elle a écarté le préjudice de la définition de la responsabilité. Celui-ci n'est pas nécessaire pour que la responsabilité soit engagée, ouverte; il suffit pour cela que l'État se voit attribuer une violation du droit international[346]. Le préjudice intervient plutôt au stade de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État, où il permet de déterminer l'intérêt juridique d'un État pour invoquer la responsabilité et ainsi réclamer l'exécution des obligations secondaires de l'État responsable, à la faveur de la distinction opérée entre l'État lésé et l'État autre que lésé.

La marginalisation du concept d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC, par le développement de la présomption à cet effet en situation de violation[347], fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire qu'un dommage — pour peu que ce concept corresponde réellement à des dommages — soit causé pour que la responsabilité du membre de l'OMC soit engagée; la simple violation des accords de l'OMC suffit. Cette particularité du droit international économique est maintenant rattrapée par le droit international général, avec l'important changement paradigmatique qu'est l'évacuation du préjudice de la définition de la responsabilité[348]. La simple violation des accords de l'OMC par un de ses membres a donc pour effet d'engager sa responsabilité, de la rendre invocable.

Mais les faits internationalement illicites ne seraient pas les seuls faits qui peuvent engager la responsabilité internationale de l'État, quoique la codification de la CDI ne porte que sur cette hypothèse. En effet, des développements récents du droit international reconnaîtraient que la responsabilité de l'État peut également être parfois engagée par un fait internationalement licite[349]. Ces développements feraient en sorte par exemple qu'un

---

sociétés d'État, les restreignant tantôt en ce qui concerne les collectivités territoriales dans le domaine des obstacles techniques au commerce. Voir aussi Kuyper, *supra* note 100 aux pp. 241-245.

[346] Pour une critique de cet aspect de la codification de la CDI, voir Allott, *supra* note 325 aux pp. 11-13.

[347] Voir la partie 1.2.2 a), ci-dessus, pour une analyse de l'objet des plaintes portées à l'OMC.

[348] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 136-137.

[349] Voir généralement Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 465. Voir aussi Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 436 et 447-448; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 620. Le cas le plus fréquemment cité dans la doctrine est celui de la responsabilité absolue de l'État pour les dommages causés par ses engins spatiaux à la surface de la Terre ou aux avions en vol; l'État ayant lancé l'engin peut cependant s'exonérer de sa responsabilité si l'État demandeur a commis une faute lourde ou a eu l'intention de provoquer les dommages, mais ce uniquement si les dommages ne résultent pas d'une violation du droit international. Voir la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux*, 29 mars 1972, 961 R.T.N.U. 187, art. II et VI (entrée en vigueur : 1$^{er}$ septembre 1972). La CDI a tout de même déjà entrepris

État puisse être obligé de réparer les dommages catastrophiques qu'il causerait à l'environnement dans un autre État, malgré le fait que l'action ou l'omission à l'origine de ces dommages ne constitue pas une violation du droit international. Cette responsabilité de l'État sans violation du droit international ne fait cependant pas partie de la coutume internationale et son existence, même dans le droit conventionnel, demeure pour l'instant controversée. L'obligation de réparation serait ici non pas une règle secondaire de droit international sanctionnant la violation d'une autre règle, mais plutôt une véritable règle primaire, fondée sur la prévention du risque[350]; on a aussi invoqué la théorie de l'abus de droit pour justifier ces développements[351].

Ces développements intéressent particulièrement le droit international économique puisqu'une telle forme de responsabilité y existe déjà depuis longtemps, en cas d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC en situation de non-violation, c'est-à-dire du fait d'une mesure compatible avec les accords de l'OMC[352]. Le droit international économique contribuerait donc à avérer l'existence de ce type de responsabilité en droit international, de concert avec le droit international de l'environnement et le droit spatial international[353]. Une obligation primaire de ne pas provoquer cette situation existerait donc dans les accords de l'OMC; sa provocation engagerait la responsabilité du membre de l'OMC, avec il est vrai, des conséquences juridiques différentes de la responsabilité en situation de violation des accords de l'OMC[354]. Le caractère exceptionnel de ce régime de responsabilité a été souligné à plus

---

des travaux de codification et de développement progressif du droit sur la question de la responsabilité générée par un fait licite en adoptant, également en 2001, des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Voir Commission du droit international, *Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*, dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, supra* note 325, 399. Voir aussi la célèbre affaire du haut fourneau de Trail, en Colombie-Britannique, qui mettait en cause la pollution transfrontière émanant du Canada et causant des dommages aux États-Unis. *États-Unis* c. *Canada* (1941), 3 R.S.A. 1905, 35 A.J.I.L. 716.

[350] Dupuy, *ibid.* au paragr. 465.

[351] Brownlie, *ibid.* aux pp. 447-448.

[352] Voir la partie 1.2.2 a), ci-dessus, pour une analyse de ce type de plaintes.

[353] Cette contribution théorique originale du droit international économique n'a pas été retenue par Donald McRae, dans son importante étude sur la contribution de ce droit au développement du droit international général. Voir McRae, « Contribution », *supra* note 41.

[354] Une certaine controverse existe dans la doctrine quant à la qualification juridique du régime de responsabilité des membres de l'OMC en situation de non-violation. Ernst-Ulrich Petersmann y voit une manifestation de la responsabilité internationale de l'État pour le fait licite. Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 135-136. Pieter Kuyper refuse d'y voir une obligation primaire de ne pas provoquer cette situation, mais y décèle plutôt une extension de l'obligation secondaire

d'une reprise dans la pratique des membres de l'OMC[355], reflétant la controverse entourant la responsabilité pour le fait licite en droit international général.

c) Le contenu de la responsabilité du membre de l'OMC

On a vu qu'en droit international général, la responsabilité internationale faisait naître à la charge de l'État offenseur une obligation de réparer les dommages ou préjudices — matériels ou moraux — qui ont résulté de la violation d'un traité. Le contenu de cette obligation réparatoire a été précisé par la Cour permanente de justice internationale, toujours dans l'*Affaire relative à l'usine de Chorzów* : « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »[356]. Ce principe de *restitutio in integrum* ou de réparation intégrale du préjudice est réaffirmé par la codification de la CDI, qui prévoit aussi que cette réparation doit être faite, par ordre de préférence, sous forme de restitution en nature, d'indemnisation ou de satisfaction[357].

---

de réparation de l'État responsable pour le fait internationalement illicite, en se fondant sur le fait que les règles primaires sont les mêmes pour les deux régimes de responsabilité des membres de l'OMC. Il concède toutefois qu'on pourrait également y voir une nouvelle obligation primaire d'agir avec diligence afin de ne pas diminuer les opportunités commerciales ouvertes par les concessions tarifaires des membres de l'OMC. Kuyper, *supra* note 100 à la p. 246. Robert Hudec a souligné qu'à l'origine, le concept d'annulation ou de réduction d'avantages était compris comme un véhicule permettant d'exprimer des normes de la communauté du *GATT de 1947* qui n'étaient pas contenues dans l'accord lui-même. Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 à la p. 159. Voir aussi G.M. White, « Legal Consequences of Wrongful Acts in International Economic Law » (1985) 16 Netherl. Y.B. Int'l L. 137 aux pp. 169-170.

[355] Voir les affaires *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, *supra* note 317 au paragr. 186 (Rapport de l'Organe d'appel); *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, *supra* note 343 au paragr. 10.37 (Rapport du groupe spécial).

[356] *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, *supra* note 323 à la p. 47.

[357] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 31(1), 34-37. Idéalement, la réparation doit être faite par la restitution, qui consiste à rétablir « la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis », à moins que ce ne soit matériellement impossible ou encore que cela n'impose un fardeau « hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ». À défaut de restitution, le préjudice doit être réparé par indemnisation pour tout dommage pouvant être évalué financièrement. Au cours de la deuxième lecture du projet d'articles, la CDI a modifié l'expression « susceptible d'évaluation économique » pour celle de « susceptible d'évaluation financière », afin d'élargir la portée de l'indemnisation aux dommages matériels et moraux. Enfin, à défaut de restitution ou d'indemnisation, le préjudice doit être réparé en donnant satisfaction, qui est une institution propre au droit international de la responsabilité et qui consiste en « une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée ». La constatation par une instance internationale de la violation d'un traité pourrait également valoir satisfaction dans certaines circonstances. J. Crawford, P. Bodeau et J. Peel, « The ILC's Draft Articles on State

Mais l'obligation de réparation n'est pas la conséquence juridique unique de la violation d'un traité, bien qu'elle soit la plus importante en droit international général. L'État responsable a aussi l'obligation de cesser la violation et peut même être obligé de fournir des assurances et garanties de non-répétition si les circonstances l'exigent[358]. Ces obligations de cessation et de garantie de non-répétition découlent tout naturellement du fait que l'engagement de la responsabilité d'un État ne le libère évidemment pas de son obligation d'exécuter le traité[359]. Le droit international de la responsabilité de l'État s'intéresse en définitive à l'effacement des conséquences d'un défaut d'exécution du traité survenu dans le passé et non pas à la validité même du traité, qui continue d'être obligatoire suivant la règle *pacta sunt servanda*. La question de savoir si la violation d'un traité peut en affecter la validité appartient plutôt au droit international des traités[360].

*(i) Abolition de l'obligation de réparation*

La grande particularité du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC est que l'obligation de réparation du droit international général y est abolie. Le fait internationalement illicite que constitue la mesure incompatible avec les accords de l'OMC ne fait pas naître, pour le membre responsable, une obligation de réparer les dommages qui en résultent[361]. Les taxes et droits perçus illicitement par un membre n'ont jamais eu à être remboursés et le membre responsable n'a jamais été obligé juridiquement de fournir une compensation pour les pertes encourues par le membre plaignant du fait de

---

Responsibility : Toward Completion of a Second Reading » (2000) 94 A.J.I.L. 660 à la note 24 de la p.667 [ci-après Crawford, Bodeau et Peel, « Toward Completion »]; Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 485.

[358] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 30. Un arrêt récent de la Cour internationale de justice a confirmé que cette obligation d'offrir des assurances et garanties de non-répétition d'un fait internationalement illicite faisait maintenant partie de la coutume internationale, présentant un cas original de dialogue entre la Cour et la CDI sur la création du droit international. Voir l'*Affaire LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis)*, [2001] C.I.J. Rec. 466 aux paragr. 117-127.

[359] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 29.

[360] Voir l'*Affaire relative au Projet Gabcíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. Rec. 7 au paragr. 47.

[361] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 80-81 et 139; P. Grané, « Remedies under WTO Law » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 755 à la p. 760; Pauwelyn, *supra* note 99 à la p. 337; Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 à la p. viii.

la violation[362]. La pratique des parties contractantes du *GATT de 1947* à cet égard, qui guide toujours la pratique des membres de l'OMC, est bien illustrée par l'affaire *Marché norvégien concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim*[363], où le groupe spécial, après avoir constaté la violation de l'*Accord relatif aux marchés publics*[364] par la Norvège du fait de la passation d'un marché avec un fournisseur norvégien suite à un appel d'offre unique, a refusé de recommander l'annulation du contrat et le lancement d'un nouvel appel d'offre public comme le lui demandait la partie plaignante. Le groupe spécial a estimé qu'une telle recommandation irait à l'encontre de la pratique habituelle en matière de règlement des différends dans le cadre du *GATT de 1947* et qu'elle ne trouvait pas davantage d'assise juridique dans l'accord sectoriel en question, en ajoutant qu'il ne pouvait pas recommander la compensation de pertes subies dans le passé par la partie plaignante[365]. Le groupe spécial a plutôt recommandé que la Norvège cesse à l'avenir d'agir de la sorte.

Un plan de réforme avait été proposé par l'Uruguay et le Brésil à l'époque du *GATT de 1947*, proposant de rétablir l'obligation de réparation dans le régime de responsabilité des parties contractantes de cet accord, mais il a été rejeté prestement[366]. Le plan visait à permettre à la partie plaignante d'obtenir la réparation des dommages causés par l'annulation ou la réduction des avantages résultant du *GATT de 1947*, sous forme d'indemnisation financière, mais au seul bénéfice des pays en voie de développement et uniquement à charge des pays développés. Cet épisode est venu confirmer l'abolition de l'obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de

---

[362] Voir l'affaire *Communauté économique européenne—Restrictions à l'importation de pommes de table (Plainte du Chili)* (1989), GATT Doc. L/6491, Supp. n° 36 (1990) 100 aux paragr. 12.34 à 12.36 (Rapport du groupe spécial).

[363] *Marché norvégien concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim (Plainte des États-Unis)* (1992), GATT Doc. GPR.DS2/R, Supp. n° 40 I.B.D.D. (1995) 372.

[364] *Code des marchés publics*, *supra* note 67. Il s'agit du Code adopté lors du cycle de Tokyo.

[365] *Marché norvégien concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim*, *supra* note 363 aux paragr. 4.17, 4.20 et 4.21.

[366] Dam, *supra* note 20 aux pp. 368-373. Les principaux motifs de ce rejet étaient que les dommages causés par la violation du *GATT de 1947* étaient très difficiles à évaluer; que les groupes spéciaux n'avaient pas l'autorité nécessaire pour imposer une telle sanction; que l'exécution de l'obligation de réparation aurait été problématique; qu'il était inconcevable que les parlements nationaux allouent des fonds à cette fin; qu'il était déraisonnable de penser que des États souverains auraient accepté d'être punis de la sorte; qu'il ne s'agissait pas d'une solution mutuellement satisfaisante pour les parties au litige; et enfin, que le retrait de la mesure incompatible demeurait la solution la plus efficace aux différends commerciaux internationaux.

l'OMC, ainsi que son caractère fondamental dans le fonctionnement du système commercial multilatéral.

Dans ses commentaires, la CDI cite justement l'exemple de l'OMC comme celui d'une *lex specialis* où la responsabilité de l'État entraîne des conséquences spéciales, différentes du droit international général : elle souligne l'inexistence d'une obligation de réparation concernant le comportement passé du membre responsable[367]. La *lex specialis* du régime de responsabilité des membres de l'OMC concernerait essentiellement le contenu de la responsabilité selon la CDI.

L'inexistence d'une obligation de réparation apparaît aussi du fait que les contre-mesures économiques prises dans le cadre de l'OMC doivent prendre fin non pas lors de la réparation des pertes passées du membre lésé, mais plutôt lors du retrait de la mesure illicite, qui a pour effet de rétablir ses opportunités commerciales[368].

L'abolition de l'obligation de réparation a pu sembler moins certaine dans le domaine du dumping et des subventions. Plusieurs auteurs ont évoqué l'émergence d'une pratique de recommander le remboursement des droits antidumping et compensateurs perçus illicitement, qui s'était développée sous l'empire du *GATT de 1947*, comme une entorse possible à l'abolition de cette obligation, voyant dans ce remboursement une forme de réparation de la part du membre responsable[369]. L'article 19(1) du *Mémorandum*

---

[367] *Commentaires de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 340 à la p. 384.

[368] Voir L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pédone, 1992 aux pp. 206-207.

[369] Voir par ex. Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 aux pp. 78-79 et 139-140; M.Matsushita, T.J. Schoenbaum et P.C. Mavroidis, *The World Trade Organization : Law, Practice, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2003 aux pp. 78-79; Kuyper, *supra* note 100 à la p. 252; Pauwelyn, *supra* note 99 à la p. 337. Une telle recommandation avait été faite dans les trois affaires suivantes : *Mesures affectant aux États-Unis les importations de bois de construction résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1993), GATT Doc. SCM/162, Supp. n° 40 I.B.D.D. (1995) 416 aux paragr. 413-415; *États-Unis—Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigérée et congelée en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1990), GATT Doc. DS7/R, Supp. n° 38 I.B.D.D. (1992) 32 au paragr. 5.2; *Nouvelle-Zélande—Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande (Plainte de la Finlande)* (1985), GATT Doc. L/5814, Supp. n° 32 I.B.D.D. (1986) 57 au paragr. 4.11. Une recommandation similaire avait aussi été faite par le groupe spécial dans deux rapports qui ne furent jamais adoptés : *États-Unis—Institution de droits antidumping à l'importation de produits creux en acier inoxydable sans soudure en provenance de Suède (Plainte de la Suède)* (1990), GATT Doc. ADP/47 au paragr. 5.24 [non publié]; *États-Unis—Droits antidumping appliqués au ciment de Portland gris et au ciment clinker importé du Mexique (Plainte du Mexique)* (1992), GATT Doc. ADP/82 aux paragr. 5.36 et 6.1 [non publié]. Voir GATT, Comité des pratiques antidumping, *Rapport du Comité présenté aux PARTIES CONTRACTANTES à leur cinquante et unième session*, GATT Doc. L/7654, Supp. n° 42 I.B.D.D. (1995) 3 aux pp. 7-8. En outre, dans une autre affaire, le groupe spécial avait aussi envisagé de faire une telle recommandation, mais avait jugé que les circonstances en l'espèce ne s'y prêtaient pas :

*d'accord*, qui précise que seule la mise en conformité de la mesure incompatible peut être recommandée, a précisément été inséré afin de colmater cette brèche ouverte dans le principe de l'abolition de l'obligation de réparation[370]. La pratique des membres de l'OMC confirme que le remboursement des droits antidumping ou compensateurs ne peut plus être recommandé par les groupes spéciaux en raison de l'article 19(1) et que le principe de l'abolition de l'obligation de réparation est sauf. Dans la première affaire concernant l'imposition de droits antidumping ou compensateurs portée à l'attention de l'OMC et ayant conduit à l'adoption de rapports d'un groupe spécial et de l'Organe d'appel, la partie plaignante a demandé au groupe spécial de recommander le remboursement des droits illicitement perçus, mais celui-ci lui a opposé une fin de non-recevoir en se fondant sur l'article 19(1), écartant définitivement la présentation d'une telle demande à l'avenir[371]. Seule la mise en conformité de la mesure incompatible avec les accords de l'OMC est désormais recommandée, conformément à l'article 19(1)[372].

---

*États-Unis—Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège (Plainte de la Norvège)* (1992), GATT Doc. ADP/87, Supp. n° 41 I.B.D.D. (1994) 229 au paragr. 596. La pratique de recommander le remboursement des droits antidumping ou compensateurs illicitement perçus n'était cependant pas toujours suivie. Voir les affaires *Brésil—Imposition de droits compensateurs provisoires et définitifs sur la poudre de lait et certains types de lait en provenance de la Communauté économique européenne (Plainte de la CEE)* (1994), GATT Doc. SCM/179, Supp. n° 41 I.B.D.D. (1997) 537 au paragr. 369; *Corée—Droits antidumping appliqués aux importations de polyacétals en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (1993), GATT Doc. ADP/92, Supp. n° 40 I.B.D.D. (1995) 236 au paragr. 302; *Canada—Droits compensateurs sur les importations de maïs en grains en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (1992), GATT Doc. SCM/140, Supp. n° 39 I.B.D.D. (1993) 460 au paragr. 6.2.

[370] Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 140.

[371] Voir l'affaire *Guatemala—Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (1998), OMC Doc. WT/DS60/R au paragr. 8.2 (Rapport du groupe spécial). Cette constatation du groupe spécial n'a pas été renversée par l'Organe d'appel. *Guatemala—Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (1998), OMC Doc. WT/DS60/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

[372] Voir par ex. les affaires *États-Unis—Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2003), OMC Doc. WT/DS257/R au paragr. 8.4 (Rapport du groupe spécial); *Argentine—Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc. WT/DS241/R au paragr. 8.2 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2002), OMC Doc. WT/DS236/R au paragr 8.4 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie et al.)* (2003), OMC Doc. WT/DS217, 234/AB/R au paragr. 319 (Rapport de l'Organe d'appel); *Communautés européennes—Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc. WT/DS219/AB/R au paragr. 197 (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Droits compensatoires sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc. WT/DS213/AB/R au paragr. 178 (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Mesures compensatoires concernant certains produits en*

Les tentatives des parties plaignantes d'obtenir le remboursement des droits antidumping ou compensateurs illicitement perçus se sont désormais déplacées sur le front plus vague de la demande d'une « suggestion » de la part du groupe spécial ou l'Organe d'appel sur la manière de mettre en œuvre leur recommandation, voulant qu'un tel remboursement soit la seule façon de mettre la mesure incompatible en conformité avec les accords de l'OMC. L'article 19(1) permet effectivement aux groupes spéciaux ou à l'Organe d'appel de faire de telle suggestion, sur une base discrétionnaire, sur la façon de mettre en œuvre leurs recommandations; contrairement aux recommandations, ces suggestions ne sont cependant pas juridiquement contraignantes. Les groupes spéciaux qui ont été confrontés à la demande de suggérer le remboursement des droits illicitement perçus l'ont toujours refusée jusqu'à maintenant, laissant paraître un certain inconfort face aux « questions systémiques » que cela soulevait, vu le caractère réparateur que revêtirait une telle suggestion[373]. En raison de l'abolition de l'obligation de réparation du

---

*provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc. WT/DS212/AB/R au paragr. 162 (Rapport de l'Organe d'appel); *Égypte—Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de Turquie (Plainte de la Turquie)* (2002), OMC Doc. WT/DS211/R au paragr. 9.1 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)* (2002), OMC Doc. WT/DS206/R au paragr. 8.6 (Rapport du groupe spécial); *Argentine—Mesures antidumping définitives à l'importation de carreaux de sol en céramique en provenance d'Italie (Plainte des Communautés européennes)* (2001), OMC Doc. WT/DS189/R au paragr. 7.3 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon (Plainte du Japon)* (2001), OMC Doc. WT/DS184/AB/R au paragr. 241 (Rapport de l'Organe d'appel); *Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)* (2001), OMC Doc. WT/DS141/AB/R au paragr. 87 (Rapport de l'Organe d'appel); *Thaïlande—Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non aliés et les poutres en H en provenance de Pologne (Plainte de la Pologne)* (2001), OMC Doc. WT/DS122/AB/R au paragr. 140 (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée (Plainte de la Corée)* (2000), OMC Doc. WT/DS179/R au paragr. 7.7 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte du Royaume-Uni)* (2000), OMC Doc. WT/DS138/AB/R au paragr. 76 (Rapport de l'Organe d'appel); *Mexique—Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS132/AB/R au paragr. 136 (Rapport de l'Organe d'appel); *Guatemala—Mesures antidumping définitives concernant le ciment de Portland gris en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (2000), OMC Doc. WT/DS156/R au paragr. 9.3 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Droits antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée (Plainte de la Corée)* (1999), OMC Doc. WT/DS99/R au paragr. 7.2 (Rapport du groupe spécial); *Guatemala—Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, *ibid.* au paragr. 90 (Rapport de l'Organe d'appel).

[373] Voir les affaires *Communautés européennes—Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc. WT/DS219/R aux paragr. 8.9-8.11 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Mesures antidumping appliquées à certains produits en*

droit international général dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, nous estimons que les hésitations des groupes spéciaux sont justifiées et qu'une telle suggestion serait sans fondement juridique.

Par contre, des groupes spéciaux ont acceptés la demande formulée par certaines parties plaignantes voulant qu'ils suggèrent l'abrogation de la mesure incompatible, afin de mettre en œuvre leur recommandation de rendre la mesure conforme avec les accords de l'OMC[374]. Une telle suggestion nous semble bien fondée juridiquement puisqu'elle ne reflète pas une obligation de réparation, mais plutôt l'obligation de cessation à charge du membre de l'OMC responsable, obligation que nous examinerons plus bas. Elle ne vise pas à remédier aux pertes encourues par la partie plaignante dans le passé, mais plutôt à faire cesser le fait internationalement illicite.

La distinction entre l'obligation de réparation et l'obligation de cessation a été examinée récemment par un groupe spécial de l'OMC, auquel se réfère d'ailleurs la CDI dans ses commentaires, dans le contexte d'un différend impliquant une subvention illicite[375]. Dans cette affaire, le groupe spécial, réuni pour vérifier la conformité des mesures prises par le membre responsable pour se conformer à son obligation de retirer la subvention illicite, devait préciser si cela incluait le remboursement de la portion de la subvention illicite déjà perçue par l'entreprise bénéficiaire. Le groupe spécial a répondu par l'affirmative, mais ses conclusions témoignent qu'il ne faut pas y voir la manifestation d'une obligation de réparation, mais plutôt celle de l'obligation de cessation

---

*acier laminés à chaud en provenance du Japon (Plainte du Japon)* (2001), OMC Doc. WT/DS184/R aux paragr. 8.13-8.14 (Rapport du groupe spécial); *Guatemala—Mesures antidumping définitives concernant le ciment de Portland gris en provenance du Mexique, ibid.* au paragr. 9.7 (Rapport du groupe spécial).

[374] Voir les affaires *Argentine—Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil, supra* note 372 aux paragr. 8.3 à 8.6 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie et al.)* (2002), OMC Doc. WT/DS217, 234/R au paragr. 8.6 (Rapport du groupe spécial). Dans les deux affaires antérieures où les parties plaignantes avaient demandé au groupe spécial de suggérer l'abrogation de la mesure incompatible, la demande avait cependant été refusée. Voir les affaires *États-Unis—Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde, supra* note 372 aux paragr. 8.7-8.8 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée supra* note 372 aux paragr. 7.8-7.10 (Rapport du groupe spécial).

[375] Voir l'affaire *Australie—Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles (Plainte des États-Unis)* (2000), Doc. OMC WT/DS126/RW (Rapport du groupe spécial au titre de l'article 21(5)); *Commentaires de la CDI sur la responsabilité de l'État, supra* note 340 à la p. 384.

du membre responsable dans le contexte particulier de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*[376] :

> « Nous concluons donc que le remboursement intégral de la subvention prohibée est nécessaire pour "retirer la subvention" en l'espèce.
>
> « Selon nous, le remboursement requis ne comprend aucun élément correspondant aux intérêts. [...] [N]ous ne l'interprétons pas comme une mesure corrective censée rétablir pleinement le *statu quo ante* en privant le bénéficiaire de la subvention prohibée des avantages dont il avait pu jouir dans le passé. Nous n'estimons pas non plus qu'il s'agisse d'une mesure corrective censée offrir une réparation ou une compensation de quelque sorte que ce soit. Une prescription concernant les intérêts irait au-delà de la prescription concernant le remboursement englobée dans l'expression "retirer la subvention", et donc, selon nous, au-delà de toute interprétation raisonnable de cette expression.[377] »

Pour qu'il y ait réparation au sens du droit international général, il faudrait qu'il y ait aussi paiement des intérêts et, plus généralement, restauration du *statu quo ante*, ou *restitutio in integrum*. Ces précisions confirment l'abolition de l'obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC en situation de violation.

On pourrait certes voir une forme de réparation par satisfaction dans l'obtention de la détermination de l'illicéité d'une mesure, au moyen de l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel[378]. En acceptant préalablement et inconditionnellement de soumettre tous leurs différends à la procédure des groupes spéciaux, par le jeu de la règle du consensus négatif, les membres de l'OMC auraient donc accepté à l'avance d'accorder cette forme de réparation, qui témoignerait alors de

---

[376] *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, *supra* note 73.

[377] *Australie—Subventions accordées au producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, *supra* note 375 aux paragr. 6.48 et 6.49 (Rapport du groupe spécial au titre de l'article 21(5)). Ce rapport aurait été très mal reçu par plusieurs membres de l'OMC de premier plan, dont les États-Unis et la Communauté européenne, ainsi que le Canada, en ce qui concerne la possibilité qu'une mesure corrective puisse être rétroactive; le fait que le rapport n'ait pas été porté en appel par les États-Unis fait toutefois douter du sérieux de ces critiques. Voir Matsushita, Schoenbaum et Mavroidis, *supra* note 369 aux pp. 83-84.

[378] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 81. Ernst-Ulrich Petersmann voit également dans l'obtention d'une détermination de l'illicéité d'une mesure une garantie de non-répétition de la violation des accords de l'OMC. Il se réfère à une affaire où la partie plaignante avait demandé au groupe spécial de rendre un rapport malgré le retrait de la mesure illicite en question. Voir l'affaire *États-Unis—Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1981), GATT Doc. L/5198, Supp. n° 29 I.B.D.D. (1983) 96 au paragr. 4.3. Selon nous, il ne peut s'agir d'une manifestation de l'obligation secondaire d'offrir des assurances et garanties de non-répétition du droit international général, puisque dans de telles circonstances, ce n'est pas le membre responsable qui fournit quelque garantie que ce soit.

l'existence d'une certaine obligation de réparer le dommage moral que constitue la violation des accords de l'OMC. Cela ne changerait toutefois rien au fait qu'il n'existe pas, dans le régime spécial de responsabilité de l'OMC, d'obligation de réparer les dommages matériels résultant du fait internationalement illicite, ce qui en fait un régime tout à fait exceptionnel. Mais, comme on le verra, l'obtention d'un rapport sur la licéité d'une mesure semble participer davantage de l'exécution de l'obligation de cessation du membre de l'OMC responsable que de la réparation par satisfaction[379].

*(ii) Consécration de l'obligation de cessation*

Le retrait de la mesure incompatible, ou sa mise en conformité avec le droit international économique, est le point focal du mécanisme de règlement des différends de l'OMC[380]. L'ensemble de son régime spécial de responsabilité s'articule autour de l'obligation de cessation, qui constitue la conséquence juridique fondamentale de la violation des accords de l'OMC[381]. Il y a donc une altération des obligations secondaires de l'État responsable du droit international général, qui voit les obligations de réparation et de fourniture d'assurances et de garanties de non-répétition être délaissées au profit de la seule et unique obligation de cessation.

Une controverse subsiste dans la doctrine quant à l'existence d'une véritable obligation de cessation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC. Certains voudraient plutôt y voir un choix entre le retrait de la mesure incompatible ou « payer » en offrant une compensation, ou en faisant face à la suspension de l'application de concessions tarifaires ou d'autres obligations des accords de l'OMC[382]. Au regard du droit international général et de l'économie du *Mémorandum d'accord*, nous partageons l'avis de John Jackson — qui invoque aussi les travaux préparatoires des accords de

---

[379] Voir la partie 1.3.3, ci-dessous, pour une analyse de l'exécution coercitive des obligations secondaires du membre de l'OMC responsable.
[380] Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(7), 19(1), 21(1), 21(6), 22(1), 22(2) et 22(8).
[381] Long, *supra* note 25 à la p. 89.
[382] Voir A.O. Sykes, « The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding : Damages or Specific Performance » dans Bronckers et Quick, *supra* note 20, 347; J.H. Bello, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less is More » (1996) 90 A.J.I.L. 416.

l'OMC — voulant qu'un tel choix n'existe pas sur le plan juridique[383]. À partir du moment où la responsabilité du membre de l'OMC est engagée, par la constatation de l'illicéité d'une mesure pouvant lui être attribuée, il voit naître à sa charge une obligation secondaire de cessation de la violation des accords de l'OMC. S'il ne l'exécute pas dans un délai raisonnable, délai qui peut être fixé par un arbitrage au besoin, le membre lésé est alors en droit de recourir au moyen d'exécution coercitive de l'obligation de cessation que sont les contre-mesures économiques, à moins qu'il ne s'entende avec le membre responsable sur une compensation temporaire. Le membre responsable ne choisit donc pas la compensation ou les contre-mesures : c'est le membre lésé qui a le droit d'y recourir en cas d'inexécution de l'obligation de cessation.

Le trait commun de l'analyse des tenants de l'inexistence d'une obligation de cessation semble être l'omission de mettre le régime spécial de responsabilité de l'OMC en perspective avec le droit international général. L'analogie faite par Alan Sykes avec le droit des contrats américain nous semble trop locale pour éclairer adéquatement le sens du *Mémorandum d'accord*, sans compter qu'il omet toute référence au droit international général, sans justifier sa préférence pour le droit privé américain comme source interprétative[384]. De plus, ces opposants négligent également de prendre en considération les conséquences juridiques tant internes qu'internationales de l'existence ou non d'une obligation de cessation. D'une part, il est possible que la détermination de l'illicéité d'une mesure et la naissance d'une obligation de cessation entraînent des effets juridiques dans l'ordre juridique interne du membre responsable, ou encore qu'elles soient une source interprétative du droit interne, selon le statut qu'a le droit international dans le droit interne de cet État[385]. D'autre part, la violation des accords de l'OMC et l'inexécution de l'obligation de cessation entraînent également des conséquences en droit international général ainsi qu'au plan diplomatique, l'État violant ouvertement ses obligations

---

[383] J.H. Jackson, « The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation » (1997) 91 A.J.I.L. 60 [ci-après Jackson, « Misunderstandings »]. Voir aussi Lowenfeld, *supra* note 142 à la p. 156; Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement*, *supra* note 128 aux pp. 138 et 142; Pauwelyn, *supra* note 99 aux pp. 337 et 341-342; J.H. Jackson, « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out"? », Commentaire éditorial (2004) 98 A.J.I.L. 109.

[384] Voir Sykes, *supra* note 382 aux pp. 351-354.

[385] Jackson, « Misunderstandings », *supra* note 383 à la p. 61. Voir la partie 3.2.4 b) *(iii)*, ci-dessous, pour une discussion sur l'invocabilité des décisions de l'ORD en droit interne.

internationales devant en porter l'opprobre au sein de la communauté internationale, avec le prix politique que cela peut comporter[386].

Juridiquement, donc, on ne saurait parler de choix; si choix il y a, il est de nature politique et se situe hors la loi, car on parle du refus par l'État responsable d'exécuter son obligation de cessation. Le droit international économique ne diffère pas du droit international général à cet égard, la problématique de la mise en œuvre effective du droit international étant commune à toutes ses branches[387].

Certains voudraient voir dans la cessation une forme de réparation, ce qui signifierait qu'il est inexact de dire que l'obligation de réparation a été abolie dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC. On conteste pour ce faire la distinction opérée par la CDI entre les différentes obligations secondaires de l'État responsable, en interpellant le concept du préjudice juridique pour expliquer qu'il serait plus juste de dire que la seule et unique conséquence de la responsabilité de l'État demeure l'obligation de réparation, plutôt qu'un faisceau d'obligations secondaires différentes[388]. Dans cette perspective, la cessation serait une forme de réparation, elle viserait à réparer le préjudice juridique que constitue la violation du traité pour toute autre partie contractante; ce concept donnerait en outre une meilleure assise juridique aux nouvelles règles de l'invocation de la responsabilité de l'État par l'État autre que lésé, que nous verrons dans la partie suivante. Chaque État serait lésé juridiquement par la violation d'un traité auquel il est partie, lui accordant ainsi le droit d'invoquer la responsabilité de l'État offenseur pour obtenir réparation de son préjudice juridique, sous forme de cessation de la violation. Ce concept, inspirée du régime spécial de responsabilité de l'État du droit communautaire, est certes séduisante, mais nous nous contenterons pour les fins de notre thèse de suivre la voie tracée par la CDI, qui risque davantage d'influencer l'évolution du droit international. L'obligation de réparation est donc bel et bien abolie dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, la seule obligation secondaire qui leur incombe est donc l'obligation de cessation.

---

[386] *Ibid.* aux pp. 61-62.

[387] On a vu que Kenneth Dam a souligné la méconnaissance originelle de la notion de droit dans le système commercial multilatéral. Voir *supra* la note 97 et le texte correspondant.

[388] B. Stern, « Et si on utilisait le concept du préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États » (2001) 47 Ann. fran. dr. int. 3 [ci-après Stern, « Le concept du préjudice juridique »].

Cette altération des obligations secondaires de l'État responsable, dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC en situation de violation, s'explique aisément par les principes qui animent le système commercial multilatéral. Celui-ci vise à libéraliser le commerce international en créant des opportunités commerciales réciproques pour les membres de l'OMC, afin d'accroître la richesse mondiale et plus globalement de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Son régime spécial de responsabilité reflète ces fins et s'intéresse donc à la restauration de la légalité, à la préservation des opportunités commerciales, afin de rétablir les échanges et les flux commerciaux. Il se situe à un niveau plus macroscopique que celui des transactions commerciales privées qui sont facilitées par les conditions que le système commercial multilatéral met en place. Il ne s'intéresse donc pas aux perturbations de ces transactions proprement dites par la violation des accords de l'OMC, mais plutôt au rétablissement des conditions globales dans lesquelles se nouent ces transactions[389].

*(iii) Obligation de réparation en situation de non-violation*

Dans le cas du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC pour le fait internationalement licite, c'est-à-dire en cas d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC dans une situation de non-violation, le contenu de la responsabilité est différent. Puisqu'il ne s'agit pas d'une violation des accords de l'OMC, aucune obligation de cessation ne naît à la charge du membre de l'OMC responsable[390]. En revanche, il semble qu'on puisse y déceler une obligation de réparation, puisque le membre responsable doit dans de telles circonstances procéder à un ajustement mutuellement satisfaisant, qui peut même inclure une compensation, afin de régler

---

[389] Un groupe spécial a déjà constaté que le *GATT de 1947* ne visait pas à « protéger le volume d'exportations escompté », mais plutôt à « instaurer certaines conditions compétitives pour les produits importés par rapport aux produits nationaux ». *États-Unis—Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, *supra* note 136 au paragr. 5.1.9. Un groupe spécial a plus récemment insisté sur le fait que le système commercial multilatéral n'était pas pour autant indifférent aux personnes privées, qui en étaient les bénéficiaires indirectes. Selon lui, le but des accords de l'OMC est la « mise en place de conditions propices à l'activité économique individuelle sur les marchés nationaux et mondiaux » et celle d'un « système commercial multilatéral sûr et prévisible ». *États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (Plainte des Communautés européennes)* (1999), OMC Doc. WT/DS152/R au paragr. 7.71 (Rapport du groupe spécial) [Nous soulignons].

[390] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 19, n. 10 et art. 26(1) b).

définitivement le différend[391]. Dans la première affaire où l'Organe d'appel a eu l'occasion de se pencher sur ce régime de responsabilité, il a fait siens les propos d'un groupe spécial constitué sous l'empire du *GATT de 1947*, afin de décrire le but de cette action inhabituelle[392]. Ce groupe spécial avait souligné que ce régime était fondé sur la nécessité de « donner droit à réparation » à la partie dont les concessions tarifaires ne donnaient pas ou plus les opportunités commerciales escomptées par les concessions tarifaires obtenues en échange, afin d'encourager les parties contractantes à continuer de faire de telles concessions[393]. La forme que devrait prendre cette réparation est l'octroi de nouvelles concessions tarifaires par le membre responsable, afin de compenser définitivement l'annulation ou la réduction d'avantages à l'origine de la plainte[394].

L'existence de cette obligation de réparation, si elle semble en opposition avec le régime de responsabilité du membre de l'OMC pour le fait internationalement illicite, n'est pas surprenante vue sous l'éclairage des régimes de responsabilité pour le fait internationalement licite émergeant dans d'autres domaines du droit international, comme la protection de l'environnement ou le droit spatial, qui visent tous précisément la réparation des dommages causés par un fait licite.

### 1.3.2 L'invocation de la responsabilité du membre de l'OMC

Dans son étude sur le règlement judiciaire des différends internationaux, Christine Gray concluait en évoquant l'émergence possible d'une *actio popularis* en droit international général, c'est-à-dire l'élargissement de l'intérêt juridique pour invoquer la

---

[391] *Ibid.* art. 26(1) b) et d). *Contra* Kuyper, *supra* note 100 à la p. 246. Il est cependant moins certain qu'une obligation de réparation existe en ce qui concerne la responsabilité (bien théorique) dans une autre situation que la violation ou la non-violation des accords de l'OMC, visée par l'article XXIII(1) c) du *GATT de 1994*. Comme on l'a vu précédemment, ce type de différend obéit à un régime spécial qui renvoie aux textes antérieurs à l'OMC, avec la juridicité douteuse que cela implique. *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 26(2). Voir la partie 1.2.2 b) (*iv*), ci-dessus, pour une analyse du renforcement du légalisme au stade de l'exécution des rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel.

[392] Voir l'affaire *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, *supra* note 317 au paragr. 185 (Rapport de l'Organe d'appel).

[393] Voir l'affaire *Communauté économique européenne—Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux (Plainte de États-Unis)* (1989), GATT Doc. L/6627, Supp. n° 37 I.B.D.D. (1991) 91 au paragr. 144 [Nous soulignons].

[394] Voir Pauwelyn, *supra* note 99 à la p. 337.

responsabilité de l'État devant une juridiction internationale[395]. Le droit international général connaît maintenant des développements importants sur le plan de l'invocation de la responsabilité de l'État, avec l'avènement d'une sorte d'*actio popularis* dans la codification de la CDI. Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC a précédé cette émergence, puisque le développement de la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages en cas de violation du *GATT de 1947*, puis des accords de l'OMC, a eu pour effet d'altérer le dessein original des parties contractantes et d'ouvrir une véritable *actio popularis* en droit international économique. Encore plus intéressant, l'obligation de cessation, cœur du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, est également au cœur de ces importants développements du droit international général, ce qui témoigne d'un certain rapprochement entre les deux régimes de responsabilité.

a) Conditions de fond

*(i) Droits de l'État lésé en droit international général*

Le préjudice causé par le fait internationalement illicite d'un État intervient désormais au stade de l'invocation de la responsabilité de l'État, permettant la détermination de l'État disposant de l'intérêt juridique suffisant pour demander à l'État responsable d'exécuter ses obligations secondaires de réparation, de cessation et d'offrir des assurances et garanties de non-répétition. Le préjudice comprend tout dommage matériel ou moral, mais la CDI s'est gardée d'en fournir une définition plus élaborée, prenant acte tant de l'inexistence d'une définition précise en droit international, que des différences qui existent à cet égard entre les différentes traditions juridiques sur le plan national[396].

---

[395] C.D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987 aux pp. 210-214. La Cour internationale de justice a précisé que l'*actio popularis*, connue de certains systèmes de droit nationaux, consistait en « un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public ». *Affaire du Sud-Ouest africain (Deuxième phase) (Éthiopie* c. *Afrique du Sud; Libéria* c. *Afrique du Sud)*, [1966] C.I.J. Rec. 6 à la p. 47.

[396] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, supra* note 325, art. 31(2); Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *supra* note 328 aux pp. 971-972. Le dommage matériel peut quand même être assez bien cerné, puisqu'il est quantifiable et correspond globalement à une atteinte aux activités ou aux biens. Le

Au lieu de préjudice ou dommage moral, on parle parfois également de préjudice juridique, notion qui renverrait à une « atteinte à un droit subjectif de l'État victime »[397]. Celui-ci signifierait que la simple violation d'un traité par un État suffirait à causer un préjudice moral à l'autre ou aux autres parties contractantes, selon qu'il s'agisse d'un traité bilatéral ou multilatéral. Cette approche n'a pas été retenue par la CDI au terme de ses travaux, particulièrement en ce qui concerne les traités multilatéraux, à la faveur de la distinction qu'elle a opérée entre les conséquences de la violation d'un traité, d'une part, et l'invocation de la responsabilité de l'État, d'autre part[398]. Il semble que l'on ait surtout craint une multiplication des différends si la simple violation d'un traité, sans atteinte spécifique, avait pu permettre à toute partie contractante d'invoquer la responsabilité de l'État auteur. Reste que la violation d'un traité multilatéral entraîne des conséquences particulières pour l'État autre que l'État lésé en ce qui concerne l'invocation de la responsabilité ainsi que l'imposition de contre-mesures, témoignant d'une certaine survivance de l'idée de préjudice juridique.

La détermination de l'existence de la violation d'un traité et son attribution à un État font donc en sorte que la responsabilité internationale de ce dernier est invocable, mais les conditions de cette invocabilité diffèrent grandement selon qu'il s'agisse d'un traité bilatéral ou d'un traité multilatéral. La situation du traité bilatéral est relativement simple, puisque que les obligations conventionnelles d'une partie contractante sont nécessairement dues à l'autre partie contractante et que seule cette dernière est affectée en cas de violation de ses dispositions[399]. La théorie du préjudice juridique semble donc prendre corps dans la codification de la CDI en ce qui concerne les traités bilatéraux.

Les traités multilatéraux posent beaucoup plus de difficulté, puisque les obligations conventionnelles y sont dues à plusieurs États et non pas à un seul,

---

dommage moral est immatériel et beaucoup plus difficile à déterminer, mais on sait qu'il renvoie entre autres à l'atteinte à l'honneur de l'État. Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 476. Voir Brownlie, *supra* note 318 à la p. 460.

[397] Voir Dupuy, *ibid.*

[398] Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 aux pp. 880-881. Pour une critique de cette approche de la CDI, voir généralement Stern, « Le concept du préjudice juridique », *supra* note 388.

[399] En cas de violation d'un traité bilatéral par une partie, l'autre partie est un État lésé ayant l'intérêt juridique nécessaire pour invoquer la responsabilité de l'État offenseur, afin d'obtenir la cessation de la violation, d'éventuelles assurances et garanties de non-répétition, ainsi que la réparation du préjudice. *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 42a).

compliquant les règles de l'invocabilité de la responsabilité internationale[400]. On a vu que la théorie du préjudice juridique n'a finalement pas été retenue par la CDI. Cette dernière a plutôt limité la qualité d'État lésé aux seuls États « atteints spécialement » par la violation du traité multilatéral, nécessitant donc l'existence d'un préjudice spécifique et rejetant l'idée voulant que l'existence du simple préjudice juridique soit suffisante[401].

Mais on a reconnu du même coup que certaines obligations prévues par les traités multilatéraux avaient un caractère si important pour l'ensemble des parties contractantes que leur simple violation par un État suffisait à faire naître dans le chef de toutes les autres parties contractantes un intérêt juridique suffisant pour invoquer la responsabilité de l'auteur à titre d'État lésé. Ces « obligations intégrales », selon l'expression consacrée par la doctrine, sont celles dont la violation est « de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation »[402]. La théorie du préjudice juridique apparaît donc s'être à nouveau matérialisée en ce qui concerne les obligations intégrales prévues par les traités multilatéraux.

### *(ii) Droits de l'État autre que lésé en droit international général*

L'État non lésé par la violation d'un traité multilatéral auquel il est partie a néanmoins aussi un intérêt juridique suffisant pour invoquer la responsabilité de l'État auteur, mais celui-ci est plus limité que celui de l'État lésé[403]. En effet, l'État autre que l'État lésé peut agir pour la protection de l'intérêt collectif de l'ensemble des parties contractantes, si l'obligation violée est « établie aux fins de la protection d'un intérêt

---

[400] Des difficultés semblables, voire pires, se posaient aussi en ce qui concerne les obligations coutumières, particulièrement depuis l'*Affaire du Sud-Ouest africain (Deuxième phase)*, *supra* note 396, où la Cour internationale de justice avait donné une interprétation particulièrement restrictive au droit d'invoquer la responsabilité de l'État violant de telles obligations. La CDI a ouvertement voulu s'écarter de cette jurisprudence en élargissant le droit d'invoquer la responsabilité de l'État. Voir les *Commentaires de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 340 à la p. 345.

[401] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 42b) i).

[402] *Ibid.* art. 42b) ii). La CDI a eu à l'esprit d'assurer un parallélisme à cet égard entre le droit international de la responsabilité de l'État et le droit international des traités, qui prévoit des règles analogues en cas de violation substantielle d'un traité multilatéral, à l'article 60(2) c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Voir Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *supra* note 328 aux pp. 973-975; Crawford, Bodeau et Peel, « Toward Completion », *supra* note 357 à la p. 666.

[403] Voir Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *ibid.* aux pp. 975-976; Crawford, Bodeau et Peel, « Toward Completion », *ibid.* aux pp. 670-671.

collectif du groupe »[404]. Toutes les obligations conventionnelles multilatérales ne sont donc pas visées ici; la question de savoir s'il s'agit d'une obligation visant la protection d'un intérêt collectif du groupe pourra être éclaircie à l'aide de l'objet et du but du traité multilatéral[405]. Ce droit est cependant limité à exiger de l'État responsable l'exécution de ses obligations secondaires de cessation et d'offrir des assurances et garanties de non-répétition, ainsi que l'exécution de son obligation secondaire de réparation mais uniquement pour le compte de l'État lésé, ou des bénéficiaires de l'obligation violée, ce qui ouvre la porte à l'intervention d'un État au profit de personnes privées étrangères[406]. L'État non lésé ne peut évidemment pas exiger la réparation du préjudice qu'il n'a pas subi; cette disposition témoigne d'une réception partielle de la théorie du préjudice juridique en cas de violation d'un traité multilatéral, qui implique pour l'État responsable une obligation de cessation et d'offrir des assurances et garanties de non-répétition à l'endroit de l'État autre que lésé, mais pas une obligation de réparation du seul fait de la violation.

*(iii) Droits des membres de l'OMC lésés*

L'établissement de la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC, en cas de violation de ces accords attribuable à un membre de l'OMC, a eu pour effet de diminuer grandement la pertinence de ce concept original du droit international économique, mais aussi d'accorder le droit d'invoquer la responsabilité de ce membre à tout autre membre de l'OMC. Il est vrai que la présomption peut théoriquement être renversée par le membre prétendument

---

[404] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 48(1) a). Une extension similaire du droit des États non lésés d'invoquer la responsabilité internationale de l'État est également reconnue par la CDI en ce qui concerne la violation des obligations internationales coutumières *erga omnes*, c'est-à-dire dues à la communauté internationale dans son ensemble, donnant effet à un célèbre *obiter dictum* de la Cour internationale de justice (*ibid.* art. 48(1) b)). Voir l'*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Deuxième phase) (Belgique* c. *Espagne)*, [1970] C.I.J. Rec. 3, aux paragr. 33-34 [ci-après *Affaire de la Barcelona Traction*]; *Commentaires de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 340 aux pp. 344, 346

[405] Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *supra* note 328 à la p. 976.

[406] Voir la partie 2.1.2, ci-dessous, pour une discussion sur les remises en question de la théorie de la protection diplomatique avec l'essor du droit international des droits fondamentaux de la personne humaine.

responsable[407], mais ce renversement est nécessairement postérieur à l'invocation de la responsabilité et il n'enlève rien au droit préalable de tout membre d'invoquer la responsabilité d'un autre membre en cas de violation des accords de l'OMC. L'invocation de la responsabilité en situation de violation des accords de l'OMC vise à obtenir le retrait de la mesure incompatible, autrement dit, elle vise l'exécution de l'obligation secondaire de cessation à charge du membre responsable.

La question de savoir si l'annulation ou la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC constitue un préjudice se pose. Ce concept ne semble pas correspondre aux dommages matériels proprement dits, puisqu'il ne s'intéresse pas aux pertes passées ou matérialisées du membre lésé, provoquées par la mesure illicite; il vise plutôt les pertes potentielles présentes et futures que constitue la perte d'opportunités commerciales que cette mesure provoque. Mais le fait que les contre-mesures prises dans le cadre de l'OMC doivent être proportionnelles avec le niveau d'annulation ou de réduction d'avantages semble vouloir indiquer qu'il s'agit bel et bien d'un préjudice, puisque les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice en droit international général, comme on le verra plus loin. De plus, le régime spécial de responsabilité des membres l'OMC pour le fait licite semble aussi indiquer qu'il s'agit d'une forme de préjudice, puisque le membre responsable doit réparer l'annulation ou la réduction d'avantages par un ajustement mutuellement satisfaisant, pouvant inclure une compensation. Ce concept pourrait donc être une forme originale de dommages, propre au droit international économique, qui rappellerait à certains égards le préjudice juridique, puisqu'il cesse d'exister avec la cessation de la violation[408].

Une *actio popularis* existe donc en pratique en droit international économique, en raison de la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de violation des accords de l'OMC, violation qui a pour effet de léser tous les membres de l'OMC. Cette largesse du droit d'invoquer la responsabilité du membre de l'OMC pourrait s'expliquer par l'absence d'une entité supranationale chargée de poursuivre les

---

[407] Voir la partie 1.2.2 a), ci-dessus, pour une analyse de l'objet des plaintes portées à l'OMC et de la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de violation des accords de l'OMC.
[408] James Crawford cite l'exemple des accords de l'OMC et du concept d'annulation ou de réduction d'avantages en résultant comme celui d'une définition spécifique du préjudice, au soutien de la décision de la CDI de ne pas avoir prévu de définition du préjudice dans sa codification, vu l'absence d'unicité de la notion. Crawford, *Introduction, Text and Commentaries*, *supra* note 325 à la p. 30.

contraventions aux accords de l'OMC, à titre de gardienne du traité, à l'instar du rôle joué par la Commission européenne au sein de la Communauté européenne[409]. Les parties contractantes du *GATT de 1947* hésitaient cependant à exercer leur droit d'invoquer la responsabilité en l'absence d'un impact économique spécifique à leur endroit, malgré le fait que la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages en cas de violation existait déjà sous le régime du *GATT de 1947*[410]. On a suggéré que c'était peut-être l'impossibilité d'imposer des contre-mesures qui aurait freiné les parties contractantes, puisque celles-ci devaient être proportionnelles avec le niveau d'annulation ou de réduction des avantages affectant réellement la partie plaignante; en l'absence d'un tel impact économique spécifique le niveau des contre-mesures aurait été nul[411].

La pratique des membres de l'OMC a changé la donne et il apparaît que ceux-ci ne souffrent plus des hésitations qui affligeaient les parties contractantes du *GATT de 1947*. L'affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* a permis à l'Organe d'appel de l'OMC de confirmer l'existence d'une véritable *actio popularis* en droit international économique, lorsqu'il a reconnu le droit des États-Unis de porter plainte contre le régime communautaire applicable au commerce des bananes, même si ceux-ci n'étaient pas spécialement affectés par le régime puisqu'ils produisaient une faible quantité de bananes et que celles-ci étaient commercialisées exclusivement sur leur marché national. Le lien étroit entre la question de l'annulation ou la réduction d'avantages et celle de l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité du membre de l'OMC a été souligné par l'Organe d'appel[412], qui a conclu qu'il n'était pas nécessaire pour la partie plaignante de démontrer un quelconque intérêt juridique spécifique, à partir du moment où une violation des accords de l'OMC était constatée :

> « Nous pensons comme le Groupe spécial que "ni l'article 3:3 ni l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, ni aucune autre disposition du Mémorandum d'accord, ne contient de prescription exigeant explicitement qu'un Membre ait

---

[409] Kuyper, *supra* note 100 à la p. 240. Voir la partie 2.2.1, ci-dessous, pour une analyse des recours existant au sein de la Communauté européenne en cas de violation du droit communautaire. Par contre, ce pouvoir de la Commission européenne n'a pas empêché la reconnaissance du large intérêt juridique des États membres pour invoquer la responsabilité d'un des leurs.

[410] Kuyper, *ibid.* à la p. 240.

[411] *Ibid.*

[412] Affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, *supra* note 277 au paragr. 251 (Rapport de l'Organe d'appel).

> un "intérêt juridique" pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial". Nous ne sommes pas d'avis que la nécessité d'avoir un "intérêt juridique" ressort implicitement du Mémorandum d'accord ou d'une quelconque autre disposition de l'Accord sur l'OMC.
>
> [...]
>
> « En conséquence, nous pensons qu'un Membre a un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre en vertu du Mémorandum d'accord. Le libellé de l'article XXIII:1 du *GATT de 1994* et de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord donne à penser, en outre, qu'un Membre devrait faire preuve d'une grande discipline pour décider si une action serait "utile".
>
> « Nous sommes convaincus que les États-Unis étaient fondés en l'espèce à avancer leurs allégations au titre du GATT de 1994. Les États-Unis sont un producteur de bananes, et l'on ne peut exclure qu'ils ont un intérêt potentiel à l'exportation. Leur marché intérieur de la banane pourrait être affecté par le régime communautaire applicable à la banane, et en particulier par les effets de ce régime sur l'offre mondiale et les prix mondiaux de ce produit. Nous souscrivons également à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle :
>
> > ... vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, ... les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux. »[413]

Il est vrai que l'Organe d'appel a justifié le droit de porter plainte des États-Unis avec un certain souci de le rattacher à leurs propres intérêts, plutôt que de parler franchement de la défense de l'intérêt public ou collectif de l'ensemble des membres de l'OMC. Cependant, la référence à l'interdépendance croissante de l'économie mondiale et l'effet pratique de la conclusion de l'Organe d'appel vont dans le sens d'un droit d'action lié à la protection des intérêts globaux de la communauté des membres de l'OMC.

En somme, tous les membres de l'OMC sont lésés par la violation des accords de l'OMC, dans la mesure où l'annulation ou la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC constitue un préjudice, et ceux-ci peuvent donc tous invoquer la responsabilité

---

[413] *Ibid.* aux paragr. 132 et 135-136. Voir aussi l'affaire *Corée—Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communauté européennes)* (1999), OMC Doc. WT/DS98/R au paragr. 7.13 (Rapport du groupe spécial). Dans cette affaire, le groupe spécial a également conclu qu'il n'était pas nécessaire pour la partie plaignante de démontrer un quelconque intérêt économique spécifique, à partir du moment où une violation des accords de l'OMC était constatée.

du membre offenseur à ce titre. Le droit d'invoquer la responsabilité est plus large dans le régime spécial de l'OMC qu'en droit international général, puisque tous les membres ont en pratique un intérêt juridique suffisant en cas de violation des accords de l'OMC; on y présume donc que tous les membres de l'OMC sont spécialement affectés par la violation des accords.

Dans le cas du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC pour le fait licite, on a vu qu'il n'existait pas de présomption d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC. Un membre doit donc être spécialement affecté par la mesure licite d'un autre membre pour être lésé et, ainsi, pouvoir invoquer la responsabilité du membre de l'OMC ayant pris la mesure, afin qu'il exécute son obligation secondaire de réparation (on a vu qu'il n'y avait pas d'obligation secondaire de cessation dans ce régime). Ce régime obéit donc davantage aux règles du droit international général en ce qui concerne l'invocation de la responsabilité de l'État.

L'élargissement de l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité de l'État en droit international général est important pour le débat sur l'éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. Plus particulièrement, la reconnaissance de l'intérêt juridique des États non lésés pour invoquer la responsabilité de l'État, afin de demander l'exécution de l'obligation de cessation, nous apparaît très porteuse et témoigne d'un environnement juridique réceptif à l'idée d'une conception plus large de l'invocation de la responsabilité de l'État[414]. Dans la mesure où il n'y a pas d'obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC en situation de violation, on voit mal à quel titre les personnes privées pourraient réclamer la réparation de leurs dommages résultant de la violation des accords de l'OMC. En revanche, elles pourraient avoir un intérêt à demander la cessation de la violation à titre d'entités autres que lésées. Cela nous permet donc de reformuler la question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en termes de la reconnaissance de l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité du membre de l'OMC à titre d'entité autre que lésée, bénéficiaire indirecte de l'obligation violée, disposant néanmoins d'un intérêt réel dans la cessation de la

[414] Voir E. Brown Weiss, « Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century », (2002) 96 A.J.I.L. 798 à la p. 803.

violation à titre de membre de la communauté plus large opérant à l'intérieur du système commercial multilatéral.

b) Conditions de forme

Illustrant le fait que, en droit international général, l'État est en principe le seul juge de l'existence d'une violation et des dommages en résultant, celui-ci doit notifier sa demande d'exécution des obligations secondaires à l'État dont il invoque la responsabilité, en précisant éventuellement le comportement qu'il devrait adopter pour faire cesser la violation, ainsi que la forme que la réparation devrait prendre[415]. Dans la mesure où l'État dont la responsabilité est invoquée fait suite à cette demande, l'incident sera normalement clos à ce stade.

Par contre, si l'État dont on invoque la responsabilité conteste l'existence d'une violation du traité ou l'étendue des dommages réclamés, c'est alors que naîtra véritablement le différend. La seule règle qui encadre le règlement de tels différends en droit international général est celle de l'interdiction du recours à la force, dont le monopole licite est confié exclusivement au Conseil de sécurité des Nations Unies par la *Charte des Nations Unies*, hormis les cas de légitime défense où le recours à la force peut être autorisé[416]. Les parties au différend sont donc libres de choisir le mode pacifique de

---

[415] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 43. L'article 45 prévoit cependant que l'État lésé peut avoir renoncé à son droit d'invoquer la responsabilité de l'État offenseur que ce soit explicitement ou implicitement.

[416] *Charte des Nations Unies*, *supra* note 59, art. 2(4) et 39-51 (chapitre VII). Cette vue classique du recours licite à l'usage de la force dans les relations internationales doit cependant être nuancée, au regard des développements en cours dans la pratique des États, avec l'émergence possible d'un droit d'ingérence humanitaire, ayant notamment été invoqué au soutien de l'intervention armée de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) en Serbie lors de la crise du Kosovo en 1999, ainsi que l'extension de la théorie de la légitime défense mise de l'avant par les États-Unis dans leur nouvelle politique de sécurité nationale, publiée quelques temps avant leur invasion de l'Irak en 2003. Une série d'affaires sont pendantes devant la Cour internationale de justice concernant l'emploi de la force contre la Serbie en 1999. Voir l'*Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Allemagne)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Belgique)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Canada)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *France)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Italie)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Pays-Bas)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Portugal)*; *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie et Monténégro* c. *Royaume-Uni)*, en ligne : Cour internationale de justice <http://www.icj-cij.org/cijwww/caffairespendantes.htm> (date d'accès: 16 décembre 2003). Sur la nouvelle politique américaine de sécurité nationale, voir *The National Security Strategy of the United States of America*, septembre 2002, en ligne : White House <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html> (date d'accès : 16

règlement des différends qu'elles désirent, dont l'article 33 de la *Charte des Nations Unies* offre un éventail[417].

Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC se distingue à nouveau du droit international général, puisqu'il limite le libre arbitre de ses membres en cas de différend concernant les accords de l'OMC, comme on l'a vu précédemment en étudiant la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux[418]. Ceux-ci sont en effet obligés de recourir exclusivement à son mécanisme de règlement des différends, qui est le seul forum où la responsabilité des membres de l'OMC peut être invoquée[419]. Outre la procédure d'examen des plaintes par un groupe spécial, qui est caractéristique de l'OMC, on a vu que le recours aux modes diplomatiques ou à l'arbitrage était aussi possible.

Le droit de porter plainte à l'OMC peut donc être traduit, dans le vocabulaire du droit international général, en l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité du membre de l'OMC. Cette invocation doit nécessairement se faire dans le cadre du mécanisme spécialisé de règlement des différends de l'OMC. La procédure d'examen des plaintes par un groupe spécial, qui est au cœur de ce mécanisme, permet l'obtention d'une détermination sur la licéité d'une mesure prise par un membre de l'OMC, ou encore une détermination de la provocation d'un préjudice par une mesure licite. Ajouté au large intérêt reconnu pour invoquer la responsabilité du membre de l'OMC, cela signifie que le droit international économique prévoit une véritable *actio popularis* permettant l'obtention d'une forme de jugement déclaratoire.

Il n'a été question ici que de la responsabilité de l'État du fait de la violation ou de la non-violation d'un traité multilatéral. On a vu que le droit international de la responsabilité de l'État s'est beaucoup développé à partir de différends mettant en cause

---

décembre 2004). Voir généralement S.J. Toope, « Human Rights and the Use of Force after September 11th, 2001 », 7 août 2003 [non publié, archivé chez l'auteur].

[417] Il s'agit de la négociation, de l'enquête, de la médiation, de la conciliation, de l'arbitrage, du règlement judiciaire, du recours aux organismes ou accords régionaux, ou d'autres moyens pacifique au choix des parties. Il est vrai que l'article 33 vise uniquement les différends « dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationale », mais ces modes pacifiques de règlement des différends demeurent disponibles en toutes circonstances. Voir généralement le *Handbook on the Settlement of Disputes Between States*, *supra* note 28.

[418] Voir la partie 1.2, ci-dessus, pour une discussion sur la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux.

[419] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 23.

le traitement d'un ressortissant étranger par un État hôte, interpellant au premier chef la violation du droit international coutumier. Nous examinerons, dans la deuxième partie de cette thèse, l'importante question de la théorie de la protection diplomatique, qui fait entrer en jeu les personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques; cette problématique n'a finalement pas été traitée par la CDI dans sa codification, malgré le fait qu'elle appartienne conceptuellement à la question de l'invocation de la responsabilité de l'État[420]. La codification de la CDI précise toutefois, à l'article 33(2), que l'obligation de réparer que l'État responsable doit à l'État lésé est « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ». On s'est donc situé uniquement sur le terrain interétatique et c'est à dessein que la CDI a choisi de ne pas traiter de la question de l'invocation de la responsabilité de l'État par les personnes privées, ce que d'aucuns ont vivement critiqué[421]. L'article 33(2) est néanmoins très important puisqu'il reconnaît explicitement que cette hypothèse, loin d'être une hérésie, existe et se justifie conceptuellement en droit international général[422].

### 1.3.3 L'exécution coercitive des obligations secondaires du membre de l'OMC responsable

a) Les contre-mesures et leur relation avec le droit international de la responsabilité de l'État

Si l'État dont la responsabilité internationale est invoquée refuse d'exécuter ses obligations secondaires, que ce soit suite au recours à un mode pacifique de règlement des différends ou non, l'État lésé est autorisé par le droit international général à prendre des mesures d'exécution coercitives afin d'amener l'État responsable à s'acquitter de ses obligations. La CDI a choisi de nommer ces mesures d'exécution coercitives « contre-mesures », mais elles correspondent en fait à ce que le droit international général connaît

---

[420] Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 à la p. 888. Voir la partie 2.1, ci-dessous, pour une discussion sur la théorie de la protection diplomatique.
[421] Voir généralement Brown Weiss, *supra* note 414.
[422] Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 à la p. 887.

aussi sous le nom de « mesures de représailles »[423]. Les contre-mesures consistent en l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État lésé envers l'État responsable[424]. Il s'agit donc de mesures qui constitueraient autrement des faits internationalement illicites, qui sont en soi illicites mais dont le caractère illicite est effacé momentanément pour assurer l'exécution des obligations secondaires de l'État responsable[425]. Elles doivent être distinguées des « mesures de rétorsions », qui sont elles des mesures licites prises par un État en réaction à une situation donnée, et qui n'intéressent pas le droit international de la responsabilité de l'État[426].

L'appartenance même des contre-mesures au droit international de la responsabilité de l'État est loin de faire l'unanimité dans la doctrine; cette question a été l'une des plus controversées lors des travaux de la CDI, où l'on a surtout craint que le fait de réglementer l'utilisation des contre-mesures aurait pour effet d'inciter les États à y recourir plus fréquemment[427]. La codification de la CDI traite des contre-mesures dans sa partie sur la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État, mais plusieurs auteurs estiment que cette question dépasserait l'objet du droit international de la responsabilité, qui s'intéresserait principalement à établir l'existence et l'étendue des obligations secondaires de l'État responsable[428]. Selon ce point de vue, l'exécution de ces obligations serait certes une question connexe à celle de la responsabilité internationale de l'État, mais elle aurait davantage à voir avec la question plus générale de l'exécution des obligations internationales. La CDI a finalement opté pour la réglementation des contre-mesures, comme complément de la notion d'invocation de la responsabilité internationale, ayant considéré celles-ci comme les deux faces de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État; l'invocation participe de la mise en œuvre volontaire de la responsabilité de l'État, alors que les contre-mesures participent de sa mise en œuvre

---

[423] On aurait préféré le terme « contre-mesure » à celui de « représailles » pour bien marquer que le recours à la force armée était exclu. Verhoeven, *ibid.* à la p. 657.
[424] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 49(2).
[425] Voir les *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 22; Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 489; A.D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961 aux pp 576-578.
[426] Dupuy, *ibid.*; McNair, *ibid.* On cite souvent l'exemple du rappel par un État de son ambassadeur auprès d'un autre État, en guise de protestation contre les agissements de ce dernier.
[427] Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 à la p. 882; Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *supra* note 328 aux pp. 979-985. Voir Allott, *supra* note 325 à la p. 23.
[428] Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 486; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 612. Ian Brownlie ne traite pas explicitement de ce problème, mais son chapitre sur la responsabilité internationale de l'État n'aborde pas du tout la question des contre-mesures. Voir Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 435-478.

coercitive. Le droit international économique est à nouveau rattrapé par le droit international général sur cette question, puisque l'imposition des contre-mesures y est également réglementée assez étroitement, de concert avec le mécanisme visant à établir la responsabilité du membre de l'OMC[429].

Les travaux de la CDI ont grandement contribué à éclaircir les conditions entourant l'imposition de contre-mesures, qui ont longtemps été incertaines[430]. Outre l'éviction du recours à la force mentionnée précédemment, les contre-mesures ne peuvent également pas viser des obligations « concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme », « de caractère humanitaire excluant les représailles » ainsi que les autres obligations « découlant de normes impératives du droit international général »[431]. La spécificité de la protection internationale de la personne humaine est ainsi explicitement reconnue par le droit international de la responsabilité de l'État, tout comme elle l'est aussi par le droit international des traités, au chapitre de l'exception d'inexécution[432]. Cette règle est de la plus haute importance, car elle illustre puissamment la distinction fondamentale entre, d'une part, la protection de la personne humaine et, d'autre part, la protection des investissements étrangers. On ne saurait donc invoquer la violation par un État de ces droits fondés sur la dignité humaine pour justifier leur suspension dans un autre État. On a souligné, dans le contexte de l'exception d'inexécution, que les obligations prévues dans les traités à caractère humanitaire n'étaient pas fondées sur la réciprocité des engagements entre les parties contractantes, mais qu'elles étaient plutôt autonomes ou indépendantes : « *Such conventions involve obligations of an absolute and, so, to speak, self-existent kind, the duty to perform which, once assumed, is not (as for instance with commercial treaties or such conventions as disarmament conventions) dependent on a reciprocal or corresponding performance by other parties* »[433].

Outre qu'elles soient par essence temporaires, les contre-mesures doivent aussi être proportionnelles au préjudice subi, « compte tenu de la gravité du fait

---

[429] Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22.
[430] Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 657.
[431] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 50(1).
[432] Le droit international des traités exclut l'application de l'exception d'inexécution en ce qui concerne les « dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans les traités de caractère humanitaire ». *Convention de Vienne*, *supra* note 82, art. 60(5). Voir Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 303.
[433] G. Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law » (1957) 92 Rec. cours 5 à la p. 125 [Nous soulignons], cité par I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1973 aux pp. 104-105.

internationalement illicite et des droits en cause »[434]. Cette question de l'étendue des contre-mesures a été qualifiée de condition importante de leur licéité par la Cour internationale de justice[435]; elle demeure hautement controversée en droit international contemporain[436]. Hormis ce principe de proportionnalité, rien n'indique que les obligations faisant l'objet de contre-mesures doivent nécessairement être des obligations imposées par le traité violé, ce que la Cour confirme en affirmant qu'elles peuvent viser n'importe quelles obligations internationales[437].

b) Les moyens d'exécution coercitive des obligations secondaires du membre de l'OMC responsable

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC envisage un ensemble de pressions multiformes visant à obtenir l'exécution de l'obligation secondaire de cessation[438]. Robert Hudec parlait d'une « escalade de pressions normatives », sur la base d'une détermination de l'illicéité, visant à obtenir la mise en œuvre des obligations primaires (c'est-à-dire l'exécution de l'obligation secondaire de cessation), par un raffinement des pressions s'opérant au moyen du développement d'un consensus juridique entre les États[439]. C'est dans cette perspective que s'inscrit selon nous la détermination de l'illicéité faite par un groupe spécial ou l'Organe d'appel; il s'agit moins d'une forme de réparation par satisfaction que d'un incitatif puissant à cesser la violation des accords de l'OMC, qui est constatée de manière patente aux termes d'un processus crédible et impartial[440]. Si l'exécution de l'obligation de cessation ne peut être obtenue du simple fait de sa constatation, le recours aux contre-mesures est ouvert, à l'instar du droit international général, sous forme de suspension de l'application de concessions tarifaires ou d'autres obligations découlant des accord de l'OMC[441]. Mais le recours à la

---

[434] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 51.
[435] *Affaire relative au Projet Gabcíkovo-Nagymaros*, *supra* note 360 au paragr. 85.
[436] Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 627-628.
[437] *Affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 360 au paragr. 106.
[438] Voir Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 200-201; Boisson de Chazournes, *supra* note 368 aux pp. 206-207. Voir aussi Pauwelyn, *supra* note 99 à la p. 339.
[439] Hudec, *GATT Legal System*, *ibid.* aux pp. 30 et 35. Cet auteur parlait en anglais de « *an escalated series of normative pressure* ».
[440] Voir *supra* note 379 et le texte correspondant.
[441] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22(1).

compensation temporaire est également ouvert, ce qui constitue un moyen original de forcer l'exécution de l'obligation de cessation, exclusif au droit international économique.

*(i) La compensation temporaire*

La compensation se présente en effet comme un moyen d'exécution coercitive de l'obligation de cessation du membre de l'OMC responsable, et non pas comme une forme de réparation; elle est par essence temporaire et n'est plus due dès la cessation de la violation des accords de l'OMC[442]. Les parties au litige ne peuvent cependant y recourir que sur une base volontaire et consensuelle, le membre responsable devant négocier de bonne foi si le membre plaignant le lui demande[443]. La compensation n'est pas censée prendre la forme d'une indemnisation pécuniaire, mais implique plutôt la levée d'obstacles tarifaires et ce, sur une base non-discriminatoire, c'est-à-dire conformément à la clause de la nation la plus favorisée[444]. La compensation revêt donc un caractère collectif, ce qui confirme qu'on ne saurait y voir la manifestation d'une obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC. La compensation volontaire se présente en définitive comme un moyen original d'exécution coercitive des obligations secondaires de l'État responsable, au lieu des contre-mesures. Le membre plaignant conserve cependant la liberté de recourir directement aux contre-mesures, ce qui signifie que la demande de compensation n'est pas une étape obligatoire dans le processus conduisant à l'imposition de contre-mesures.

---

[442] *Ibid.* La compensation temporaire doit être distinguée de l'obligation de réparation du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC pour le fait licite, où la compensation a un caractère définitif.

[443] Il ne semble pas que la compensation volontaire ait été utilisée fréquemment par les membres de l'OMC jusqu'à présent. Dans l'affaire *Japon—Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes, du Canada et des États-Unis)*, Série OMC Doc. WT/DS8, WT/DS10 et WT/DS11, le Japon aurait offert une compensation sous forme de concessions tarifaires non-discriminatoires pour la durée du délai dans l'exécution de son obligation de cessation. Pauwelyn, *supra* note 99 à la p. 337.

[444] Pauwelyn, *ibid.*; Lowenfeld, *supra* note 142 aux pp. 158-159. Voir l'exemple de compensation offerte par le Japon dans l'affaire *Japon—Taxes sur les boissons alcooliques*, *ibid.*

*(ii) Les contre-mesures économiques : la suspension de l'application de concessions ou d'autres obligations résultant des accords de l'OMC*

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC se distingue à nouveau du droit international général, en ce qui concerne l'imposition de contre-mesures, en prévoyant des règles beaucoup plus strictes quant à leur objet. La suspension doit d'abord être appliquée à des concessions ou d'autres obligations appartenant au même secteur que celui dans lequel l'annulation ou la réduction d'avantages a été constatée; en cas d'impossibilité ou d'inefficacité, elle peut être appliquée dans d'autres secteurs régis par le même accord, ou même, en dernier recours, dans d'autres accords de l'OMC[445]. Ces deux dernières hypothèses constituent ce qu'il est convenu d'appeler des « mesures de représailles croisées » ou « contre-mesures croisées » (« *cross-retaliatory measures* »). L'élargissement du champ d'application des accords commerciaux multilatéraux à de nouvelles sphères, comme le commerce des services ou la propriété intellectuelle, a donc eu pour effet d'accroître considérablement la portée potentielle de l'application des contre-mesures économiques par le jeu de ces mesures de représailles croisées. La suspension de l'application de concessions ou d'autres obligations est cependant impossible si un accord particulier l'interdit[446].

La question de savoir si l'imposition de contre-mesures hors du cadre de l'OMC est permise, ayant pour objet la suspension de l'application d'autres obligations internationales que le membre de l'OMC plaignant aurait envers le membre responsable, comme le permettrait normalement le droit international général, se pose. Nous pensons que cette possibilité a été écartée et que le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC est autosuffisant à cet égard[447]. L'économie générale du *Mémorandum d'accord* et le principe de l'exclusivité du mécanisme de règlement des différends de

---

[445] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22(3) et (5). Suite à l'affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, l'arbitre a autorisé en principe l'Équateur à appliquer les contre-mesures croisées qu'il demandait, lui permettant de suspendre l'application de l'*AGCS* et de l'*Accord sur les ADPIC*, alors que le membre responsable dans cette affaire avait violé le *GATT de 1994*. *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Recours à l'arbitrage des Communautés européennes au titre de l'article 22:6)* (2000), OMC Doc. WT/DS27/ARB/ECU (Décision des arbitres).

[446] *Mémorandum d'accord*, *ibid.*, art. 22(5).

[447] Le droit international économique comporterait ainsi un régime de responsabilité autosuffisant, sur le plan des contre-mesures, à l'instar du droit diplomatique. Voir l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *supra* note 98 au paragr. 86; Simma, *supra* note 98.

l'OMC militent en ce sens[448], tandis que le droit international général permet une telle *lex specialis* en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité de l'État[449].

En revanche, le régime spécial de l'OMC rejoint le droit international général en ce qui concerne l'exigence fondamentale de proportionnalité des contre-mesures. Celles-ci doivent aussi être proportionnelles au préjudice subi par le membre de l'OMC, soit l'annulation ou la réduction d'avantages découlant des accords de l'OMC, ce qui confirme selon nous leur caractère de véritables contre-mesures au sens du droit international général[450].

Il est moins clair si des contre-mesures peuvent être imposées en cas de responsabilité pour le fait licite du membre de l'OMC, c'est-à-dire dans une situation de non-violation[451]. On a vu que le membre responsable dans une telle situation n'avait pas d'obligation secondaire de cessation, mais qu'il avait plutôt une obligation secondaire de réparation, ce qui pourrait justifier conceptuellement le droit du membre plaignant d'imposer des contre-mesures afin d'enjoindre le membre responsable à procéder à un ajustement mutuellement satisfaisant[452]. Les travaux préparatoires de la *Charte de La Havane* semblent indiquer que l'on envisageait l'imposition de contre-mesures économiques dans les trois situations qui pouvaient fonder une plainte (violation, non-violation et autres situations), mais l'hypothèse de l'imposition de contre-mesures à l'encontre d'un État n'ayant pas violé ses obligations internationales était controversée, aussi avait-on parlé, dans une formule imagée, de « *a punishment in search of sins* »[453]. Les contre-mesures envisagées par la codification de la CDI ne visent naturellement que l'inexécution de ses obligations secondaires par l'État responsable du fait

---

[448] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 23. Voir Kuyper, *supra* note 100 à la p. 252.
[449] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 55.
[450] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22(4).
[451] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 147.
[452] Les dispositions relatives à l'exécution des rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel s'appliquent également aux rapports constatant la validité d'une plainte pour non-violation et rien n'indique que le droit du membre plaignant d'imposer des contre-mesures soit restreint de quelque manière que ce soit. Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22 et 26(1) d). Le cas de la responsabilité dans une autre situation que la violation ou la non-violation des accords de l'OMC est encore moins clair, car les disposition du *Mémorandum d'accord* sur les contre-mesures ne s'y appliquent pas et que le contenu de la responsabilité du membre de l'OMC est incertain dans cette hypothèse. *Mémorandum d'accord*, art. 26(2).
[453] Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 25 aux pp. 40-42. Les délégués s'en remirent au bon jugement de l'OIC, qui devait autoriser l'imposition de contre-mesures. Cette soupape semble cependant avoir été perdue avec l'OMC, puisque l'autorisation de l'imposition de contre-mesures est désormais pratiquement automatique en vertu de la règle du consensus négatif.

internationalement illicite[454], ce qui laisse planer les mêmes incertitudes en droit international général sur la licéité des contre-mesures prises à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement licite.

À l'aune de notre conclusion voulant que le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC en situation de violation ne connaisse pas d'obligation secondaire de réparation, mais uniquement une obligation de cessation, il semble qu'on puisse plus facilement réconcilier le droit international général et le droit international économique en ce qui concerne la nature des contre-mesures imposées dans le système commercial multilatéral[455]. Les contre-mesures économiques prises par un membre de l'OMC ne viseraient jamais qu'à obtenir l'exécution de son obligation secondaire de cessation par le membre responsable, à l'instar des contre-mesures « générales » qui visent à obtenir l'exécution de ses obligations secondaires par l'État responsable. Ces contre-mesures rappellent certes l'exception d'inexécution du droit international des traités[456], puisqu'elles visent aussi à rétablir l'équilibre des prestations entre les parties contractantes, mais elles doivent être proportionnelles au dommage et non pas à la violation, tandis que toute violation des accords de l'OMC peut conduire à l'imposition de contre-mesures et non pas uniquement les violations substantielles, ce qui les distingue de l'exception d'inexécution. Au surplus, si certains ont pu penser que le régime de l'exception d'inexécution constituait un régime de responsabilité et de contre-mesures spécifique et exclusif en cas de violation substantielle d'un traité, cette interprétation a été clairement rejetée par la Cour internationale de justice[457]. Elle a jugé que le droit international des traités — auquel se rattache l'exception d'inexécution — et le droit international de la responsabilité de l'État étaient deux branches distinctes du droit

---

[454] Voir les *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 49(1).

[455] Voir toutefois Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 492; Boisson de Chazournes, *supra* note 368 aux pp. 202 et 204.

[456] Voir la *Convention de Vienne*, *supra* note 82, art. 60. Institution juridique bien connue du droit des contrats des États appartenant à la tradition juridique civiliste, assimilée à la maxime latine « *exceptio non adempleti contractus* », l'exception d'inexécution consiste en droit international des traités à permettre aux parties contractantes de suspendre ou mettre fin au traité multilatéral en cas de violation substantielle par une autre partie contractante. Voir généneralement Dupuy, *supra* note 318 aux paragr. 302-303; Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 622-623.

[457] Dupuy, *ibid.* au paragr. 303. Cette confusion des genres entre l'exception d'inexécution et les contre-mesures s'est même répercutée en droit international économique, où l'on croyait voir dans la suspension de l'application des concessions et autres obligations du *GATT de 1947* la matérialisation de l'exception d'inexécution et de la maxime *exceptio non adempleti contractus*. Voir par ex. Kuyper, *supra* note 100 à la p. 251.

international général, ayant chacune un champ d'application distinct[458]. En définitive, on a affaire à des contre-mesures spéciales, visant uniquement à contraindre le membre responsable à cesser la violation des accords de l'OMC, ou à réparer l'annulation ou la réduction d'avantages résultant de ces accords en situation de non-violation, au moyen d'un ajustement mutuellement satisfaisant.

c) Les modalités d'imposition des contre-mesures économiques à l'OMC

L'État lésé est à nouveau, en principe, le seul juge de la bonne exécution de ses obligations secondaires par l'État dont il invoque la responsabilité. Étant autorisé par le droit international général à prendre des contre-mesures pour obtenir l'exécution de ces obligations, il est donc libre de se faire justice lui-même. Des conditions procédurales doivent cependant être satisfaites afin de pouvoir recourir aux contre-mesures. L'État lésé qui entend prendre des contre-mesures doit d'abord notifier sa décision à l'État responsable et offrir de négocier avec celui-ci, bien qu'il puisse prendre les contre-mesures urgentes nécessaires à la préservation de ses droits[459]. À cette sommation s'ajoute la condition de la réversibilité des contre-mesures[460], puisque ces dernières doivent par essence cesser si l'État responsable rempli ses obligations secondaires[461].

Si le régime de l'OMC respecte le principe de l'autodétermination des contre-mesures, l'encadrement de l'imposition de contre-mesures qu'il prévoit est cependant plus strict que celui du droit international général. D'une part, le membre de l'OMC qui entend prendre des contre-mesures doit en demander l'autorisation à l'ORD; cette décision de l'ORD obéit cependant à la règle décisionnelle du consensus négatif, ce qui signifie que l'autorisation sera pratiquement toujours accordée[462]. D'autre part, la proportionnalité des contre-mesures — dont la Cour internationale de justice a souligné toute l'importance — peut être soumise à un arbitrage contraignant par le membre

---

[458] *Affaire relative au Projet Gabcíkovo-Nagymaros*, *supra* note 360 au paragr. 47. Pour une analyse critique de ce parallélisme entre l'exception d'inexécution et les contre-mesures, voir P.-M. Dupuy, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale » (1997) 73 Ann. fran. dr. int. 7 aux pp. 25-26.
[459] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 52(1)b).
[460] *Ibid.* art. 49(3).
[461] *Ibid.* art. 53.
[462] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22(2) et (6). L'autorisation d'imposer des contre-mesures a été demandée et accordée à quinze reprises depuis la création de l'OMC. *État des différends soumis à l'OMC*, *supra* note 278 à la p. iii.

responsable, en cas de désaccord entre les parties au litige[463]. Enfin, la question de la licéité de l'objet des contre-mesures peut également être soumise au même arbitrage.

L'absence de finalité punitive des contre-mesures et leur lien avec le règlement du différend sont mis en lumière par la règle de la codification de la CDI voulant qu'elles doivent être « suspendues », sans que l'obligation de réparation n'ait été remplie, si le fait internationalement illicite a cessé et que le différend a été porté devant « une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties », dans la mesure où l'État responsable participe de bonne foi aux procédures de règlement du différend[464]. Afin de favoriser le règlement du différend, on fait justement en sorte que les canaux de communications entre les parties au litige ne puissent être coupés par l'imposition de contre-mesures, en prévoyant que celles-ci ne peuvent soustraire l'État qui les impose à ses obligations de recourir à un mécanisme obligatoire de règlement des différends, ou encore à ses obligations en matière de droit diplomatique[465].

Les contre-mesures prises par un membre de l'OMC, elles, doivent cesser dès que la mesure incompatible est retirée ou que cesse l'annulation ou la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC, c'est-à-dire quand l'obligation secondaire de cessation du membre responsable est exécutée[466]. Le fait que les contre-mesures doivent prendre fin avec la cessation de la violation, et non pas avec la réparation des dommages matériels que celle-ci pourrait causer, confirme selon nous l'abolition de l'obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC[467]. Il n'y pas de règles spéciale sur la suspension des contre-mesures en droit international économique, et il ne semble pas que la règle du droit international générale sur cette question puisse y trouver

---

[463] *Mémorandum d'accord*, *ibid.*, art. 22(6) et (7). On a vu que cet arbitrage devait normalement être conduit par le groupe spécial qui a entendu la plainte sur le fond. La pratique des membres de l'OMC indique que cet arbitrage est toujours demandé par le membre responsable lorsque la partie plaignante obtient l'autorisation d'imposer des contre-mesures. Voir *État des différends soumis à l'OMC*, *ibid.* à la p. iii.

[464] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, supra* note 325, art. 52(3) et (4); Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 à la p. 884.

[465] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.* art. 50(2); Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *supra* note 328 aux pp. 984-985.

[466] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 22(8)

[467] Voir Boisson de Chazournes, *supra* note 368 aux pp. 206-207. Voir la partie 1.3.1 c) *(i)*, ci-dessus, pour une analyse sur l'abolition de l'obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC en situation de violation.

application, puisque les contre-mesures perdent toute raison d'être dès qu'il y a cessation de la violation, en l'absence d'une obligation secondaire de réparation.

Un autre type de différend est ainsi susceptible de naître entre les parties, concernant cette fois non plus l'existence de la violation du traité ou l'étendue des obligations secondaires, mais plutôt l'exercice par l'État lésé de son droit d'imposer des contre-mesures contre l'État responsable. Ce nouveau différend, ce contentieux de l'exécution, se situe donc sur le plan de l'application des règles secondaires du droit international de la responsabilité de l'État et naît dans un deuxième temps; il portera le plus souvent sur la qualité de la cessation et de la réparation ou encore sur la proportionnalité des contre-mesures.

En plus de mettre fin à l'unilatéralisme du droit international général dans la détermination de la violation du droit international économique et de l'établissement de la responsabilité du membre de l'OMC, le régime spécial de l'OMC met aussi fin à l'unilatéralisme au stade de l'exécution de ses obligations secondaires par le membre responsable et de l'imposition de contre-mesures. Premièrement, si les parties au litige ne s'entendent pas sur le délai raisonnable nécessaire à l'exécution de l'obligation secondaire de cessation, on a vu que ce délai devait être fixé par un arbitrage contraignant[468]. Deuxièmement, si les parties au litige ne s'entendent pas concernant la qualité de l'exécution de son obligation secondaire par le membre responsable, on a vu que ce différend devait être réglé suivant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, soit par les modes diplomatiques, la procédure des groupes spéciaux ou l'arbitrage[469]. Troisièmement, on vient de voir que l'imposition de contre-mesures peut faire l'objet d'un arbitrage en cas de désaccord entre les parties au litige, tant à l'égard de leur objet que de leur proportionnalité.

---

[468] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 21(3) c). Voir la partie 1.2.2 b) (*iv*), ci-dessus, pour une analyse du renforcement du légalisme au stade de la mise en œuvre des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

[469] *Mémorandum d'accord*, *ibid.* art. 21(5). Voir la partie 1.2.2 b) (*iv*), ci-dessus, pour une analyse du renforcement du légalisme au stade de la mise en œuvre des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

d) Mesures de solidarité et contre-mesures collectives à l'OMC

Les particularités des traités multilatéraux en ce qui concerne les règles de mise en œuvre volontaire de la responsabilité de l'État, avec son invocation par l'État autre que l'État lésé, se répercutent également sur les règles entourant sa mise en œuvre coercitive. Les États qui se voient reconnaître un intérêt juridique suffisant pour demander la cessation de la violation d'un traité multilatéral et des assurances et garanties de non-répétition, de même que la réparation des dommages au profit de l'État lésé ou du bénéficiaire de l'obligation violée, par l'article 48 de la codification de la CDI, se voient également reconnaître le droit de prendre des « mesures licites » à l'encontre de l'État responsable afin de le contraindre à exécuter ses obligations secondaires. En raison de la grande controverse ayant entouré cette question lors des travaux de la CDI, cette reconnaissance prévue à l'article 54 de la codification prend cependant la forme d'une clause « sans préjudice », qui se garde de réglementer l'imposition de telles mesures afin de ne pas anticiper les développements du droit international à l'égard de ces controversées « mesures de solidarité »[470].

Les « contre-mesures collectives », c'est-à-dire celles qui sont prises par un État autre qu'un État lésé à la demande de ce dernier, ou encore en réaction à la violation grave de normes impératives du droit international, ont été complètement écartées de la codification de la CDI, en raison notamment des risques de chevauchement avec les dispositions du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies* et du caractère embryonnaire et incertain du droit international à leur égard[471].

La question des mesures de solidarité ne semble pas se poser dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC en situation de violation. On a vu que tous les membres de l'OMC étaient nécessairement lésés par la violation des accords de l'OMC — à moins que la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages ne soit renversée par le membre visé par la plainte, ce qui n'a encore jamais été fait — ce qui rend pratiquement impossible l'hypothèse d'un membre autre que lésé. Autrement, dans

---

[470] Crawford, « Retrospect », *supra* note 325 aux pp. 884-885; Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *supra* note 328 aux pp. 980-982. L'expression « *solidarity measures* » est empruntée par James Crawford à Martti Koskenniemi. Voir M. Koskenniemi, « Solidarity Measures : State Responsibility as a New International Order? » (2001) 72 Brit. Y.B. Int'l L. 337.

[471] Crawford, « Retrospect », *ibid.*; Crawford, Peel et Olleson, « Completion », *ibid.*

l'hypothèse où un membre serait responsable dans une situation de non-violation, les membres autres que le membre lésé ne pourraient pas demander l'autorisation d'imposer des contre-mesures; resterait à savoir s'il peuvent prendre des mesures licites visant à contraindre le membre responsable à exécuter son obligation secondaire de réparation, mais la pratique de l'OMC ne semble pas attester l'existence de ce type de mesures.

Les contre-mesures collectives ne sont également pas réglementées par le *Mémorandum d'accord*. Chacun des accords commerciaux multilatéraux comporte cependant une exception générale concernant la sécurité, qui prévoit que la prise de mesures par un membre de l'OMC en application de la *Charte des Nations Unies*, afin de maintenir la paix et la sécurité internationales, n'est pas empêchées[472]. Il s'agit donc d'une circonstance excluant l'illicéité de telles mesures, de même qu'empêchant la naissance de la responsabilité pour le fait licite[473]; les contre-mesures collectives semblent donc jouir d'une clause « sans préjudice » dans le régime de l'OMC, renvoyant au droit international général. On a cependant suggéré non sans raison que le concept de contre-mesures collectives imposées par l'OMC elle-même devrait être introduit dans le *Mémorandum d'accord*, afin de refléter sur le plan de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC le large intérêt reconnu pour son invocation[474]. De telles contre-mesures collectives, qui seraient imposées par l'OMC et exécutées par tous ses membres autres que le membre responsable, seraient certainement plus efficaces que les contre-mesures individuelles pour obtenir l'exécution de l'obligation de cessation, en plus d'être moins dommageables économiquement pour la partie plaignante plus faible que le membre responsable[475]. Elles traduiraient également une approche plus collective des obligations des membres de l'OMC.

---

[472] *GATT de 1994*, *supra* note 70, art. XXI c); *AGCS*, *supra* note 71, art. XIV c); *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 72, art. 73 c).

[473] Le jeu entre les exceptions aux accords de l'OMC et le régime de responsabilité des membres de l'OMC pour le fait licite n'est cependant pas si clair. Dans une affaire récente, l'Organe d'appel a jugé qu'une mesure sanitaire justifiée par l'exception générale de l'article XXb) pouvait néanmoins avoir pour effet d'engager la responsabilité du membre de l'OMC pour le fait licite. Voir l'affaire *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, *supra* note 317 aux pp. 75-79 (Rapport de l'Organe d'appel).

[474] Pauwelyn, *supra* note 99 aux pp. 342-345.

[475] Voir *supra* la note 255 et le texte correspondant.

# II. LES PERSONNES PRIVÉES ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX ÉCONOMIQUES

L'idée d'élargir le droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées puise sa source dans plusieurs développements importants survenus dans différents domaines du droit international, au chapitre du droit d'invoquer la responsabilité de l'État auprès d'une juridiction internationale[476]. Parmi ces développements, les plus fréquemment évoqués sont ceux qui se sont produits dans les domaines de l'investissement étranger direct, de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, de même qu'au sein de la Communauté européenne. Ces développements mettent en cause les rapports entre personnes privées et violation du droit international, problématique qui interpelle au premier chef la théorie de la protection diplomatique, qui a longtemps été au cœur de ces rapports dans les relations internationales économiques.

Nous limiterons cette deuxième partie à l'étude des recours mis à la disposition des personnes privées pour assurer la mise en œuvre du droit international conventionnel, dans le domaine du droit international économique. Il est impératif de passer en revue ces développements pour être mieux en mesure d'évaluer leur pertinence juridique pour les fins de notre étude sur l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

Nous commencerons notre étude par un rappel des fondements de la théorie de la protection diplomatique, de même que de ces liens avec le droit international de la responsabilité de l'État, afin d'évaluer son application au régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC (**2.1**). Nous examinerons par la suite comment cette théorie est maintenant remise en question, à des degrés divers, dans les traités d'intégration économique régionale (**2.2**), dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct (**2.3**), dans le nouveau droit international de la mer (**2.4**), dans le proto-droit international de la concurrence (**2.5**), ainsi que dans l'émergence d'un droit international applicable aux questions liées à la libéralisation du commerce concernant le travail et l'environnement (**2.6**). Nous terminerons notre étude en tirant les conclusions

---

[476] Voir par ex. Jackson, Louis et Matsushita, *supra* note 7 aux pp. 207-209.

qui s'imposent pour les fins de la question de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC (**2.7**).

## 2.1 L'INCAPACITÉ DE PRINCIPE DES PERSONNES PRIVÉES ET LA THÉORIE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE

L'incapacité juridique des personnes privées au plan international a rendu nécessaire le développement de la théorie de la protection diplomatique pour permettre aux États de régler les différends qui mettaient en cause leurs ressortissants et un État tiers (**2.1.1**). Les assises classiques de la théorie ont d'abord été remises en question par les développements encourus dans le domaine de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine (**2.1.2**), et font toujours l'objet de controverse à l'heure actuelle, à la faveur des travaux actuellement en cours à la CDI à son sujet (**2.1.3**). L'applicabilité de la théorie dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC doit être mesurée à l'aune de la coexistence des préjudices médiat et immédiat de l'État lésé (**2.1.4**).

### 2.1.1 La théorie classique

La société internationale était à l'origine composée uniquement d'États souverains, qui en constituaient les seuls véritables acteurs, et qui seuls y jouissaient de la personnalité juridique. Les personnes privées qui subissaient un préjudice résultant du fait internationalement illicite d'un État autre que leur État national se trouvaient *a priori* dans une situation fâcheuse en droit international général. La personnalité juridique internationale leur faisant défaut, elles étaient dans l'incapacité d'invoquer la responsabilité internationale de l'État offenseur pour obtenir réparation[477]. Pire, il n'était

[477] Une certaine ouverture envers l'invocation de la responsabilité de l'État par les personnes privées était apparue dans la pratique internationale au début du XX$^{ème}$ siècle, mais un retour à l'interétatisme s'est manifesté après la Deuxième Guerre mondiale. On avait par exemple envisagé de donner aux personnes privées un accès direct à la Cour permanente de justice internationale lors de la rédaction de ses statuts, mais on a finalement écarté cette idée au motif que les personnes privées n'étaient pas des sujets du droit international, que la conduite de négociations diplomatiques entre une personne privée et un État était inconcevable, et qu'aucun État n'accepterait d'être poursuivi par une personne privée devant une juridiction

pas certain si la seule infliction de dommages à un ressortissant étranger, suite à la violation du droit international, suffisait à constituer un fait internationalement illicite et à engager la responsabilité internationale de l'État les ayant causés. C'est en réponse à ces lacunes de la société internationale classique que s'est développée l'institution de la protection diplomatique, une des institutions fondamentales du droit international[478].

La théorie de la protection diplomatique apparaît donc comme le point de départ incontournable de toute étude de l'accroissement du rôle et des droits des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques en général, et dans celui des différends commerciaux internationaux à l'OMC en particulier[479]. Elle permet de situer juridiquement les personnes privées dans le règlement de ces différends, ainsi que de mieux apprécier la portée des développements survenus dans différentes sphères du droit international économique, en ce qui a trait à l'élargissement du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État en faveur d'autres acteurs de la société internationale, en cas de violation d'un traité.

Une autre incapacité encore plus fondamentale afflige les personnes privées, celle-là échappant toutefois à la théorie de la protection diplomatique. En effet, il est bien établi

---

internationale. La pratique internationale antérieure à la Deuxième Guerre mondiale montrait pourtant une autre réalité, avec notamment les tribunaux arbitraux créés pour entendre les réclamations découlant de la Première Guerre mondiale, la Cour de justice centro-américaine qui a existé de 1907 à 1917, et le projet relatif à une cour internationale des prises élaboré en 1907, qui tous penchaient vers la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État devant une juridiction internationale. F.V. García Amador, « La responsabilité de l'État » (Doc. NU A/CN.4/96) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1956*, vol. 2, New York, NU, 1957 à la p. 175 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1956/Add.1), 197, paragr. 123-125; D. Schulé, *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934 aux pp. 41-55. Voir la partie 2.3.1 a), ci-dessous, pour une discussion sur les tribunaux et commissions mixtes de réclamations.

[478] Dupuy, *supra* note 318 à la p. 479, paragr. 477; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 634; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 2001 à la p. 533. Voir l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce* c. *Grande-Bretagne)* (1924), C.P.J.I. (Sér. A), n°2 à la p. 12.

[479] La théorie de la protection diplomatique n'a rien à voir avec la protection par un État de son personnel diplomatique ou consulaire en poste à l'étranger, ou encore avec l'assistance diplomatique ou consulaire proprement dite. C'est pourquoi certains préfèreraient-ils parler de la « protection diplomatique de la personne et des biens », comme l'a proposé le premier rapporteur spécial de la CDI sur le sujet, Mohamed Bennouna, lors des travaux de codification actuellement en cours dans cette enceinte. Le comité mis sur pied par l'*International Law Association* (ILA) pour se pencher sur le sujet, en parallèle à la CDI, se nomme d'ailleurs « *Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property* ». « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session » (Doc. NU A/53/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2000, 1 au paragr. 70 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1998/Add.1). Voir International Law Association, *First Report of the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property* dans *Report of the 69th Conference*, Londres, Clowes & Sons, 2000, 604.

qu'un État ne peut engager sa responsabilité internationale à l'égard de ses propres ressortissants, en raison du préjudice qu'il leur causerait en ne respectant pas ses obligations internationales[480]. Une telle hypothèse échappe donc au droit international et interpelle plutôt son statut dans l'ordre juridique interne de l'État, cette violation pouvant éventuellement engager la responsabilité de la puissance publique en droit interne selon son droit constitutionnel. Cette distinction est importante parce qu'elle a pour effet pratique de placer les étrangers dans une situation différente de celle des nationaux au sein d'un même État. Ce caractère discriminatoire de la théorie de la protection diplomatique a certainement contribué à l'avènement des mécanismes internationaux de protection des droits fondamentaux de la personne humaine, qui, eux, n'opèrent pas de distinction selon la nationalité de la personne en cause. Cette caractéristique de la théorie est aussi très importante pour comprendre la nature juridique des recours dont jouissent les personnes privées dans la Communauté européenne; comme on le verra, ceux-ci participent davantage de la responsabilité sur le plan national que de la responsabilité internationale[481].

La théorie de la protection diplomatique est fondée sur la fiction juridique voulant que le préjudice causé par un État à une personne privée étrangère, du fait d'une violation du droit international, cause aussi, par le fait même, un préjudice à son État de nationalité. Ce préjudice indirect — ou médiat — de l'État de nationalité permet de transformer le différend entre la personne privée et l'État offenseur en un différend international classique entre deux sujets du droit international, ce qui permet l'application des règles du droit international de la responsabilité de l'État. Puisque le préjudice est causé à l'État de

---

[480] Voir Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 636; N. Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public*, 7ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 au paragr. 487. Cette règle vise les personnes privées ne détenant qu'une seule nationalité. La double nationalité entraîne de nombreuses complications juridiques, notamment en ce qui concerne l'exercice par un des États de nationalité de la protection diplomatique à l'encontre de l'autre État de nationalité. Si la possibilité d'un tel exercice est attestée par la pratique des États, les conditions dans lesquelles il peut se faire demeurent controversées. Voir Déc. n° A/18 (1984), 5 Iran-U.S. C.T.R. 251 (Tribunal des réclamations irano-américaines); J.R. Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, Doc. off. Commission du droit international, 52ème sess., Doc. NU A/CN.4/506 (2000), projet d'article 6, aux pp. 33-43; Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, Doc. off. AG NU, 55ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/55/10 (2000), paragr. 473-479. Voir généralement P. Klein, « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité » (1988) 21 Rev. B.D.I. 184.

[481] Voir la partie 2.2.1, ci-dessous, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans la Communauté européenne.

nationalité, celui-ci fait donc valoir son propre droit et sa propre réclamation en invoquant la responsabilité de l'État offenseur[482]. Cette fiction « vattélienne »[483] a été consacrée par la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, qui expose toujours l'état du droit en la matière :

> « En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international[484]. »

Une novation du différend a donc lieu et celui-ci, qui opposait une personne privée à un État autre que son État de nationalité, s'internationalise alors pour opposer deux États. La nationalité de la personne privée constitue la pierre angulaire de la théorie de la protection diplomatique, puisque c'est elle qui en permet l'application, mais l'étude de ses règles d'attribution dépasse largement le cadre de la présente thèse, voire même celui de la théorie *stricto sensu*. Les règles d'attribution de la nationalité, tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, sont certes essentielles à la mise en œuvre de la théorie, mais elles n'y appartiennent pas. Ce serait plutôt les règles d'opposabilité de la nationalité aux États qui l'intéresserait, notamment pour régler les cas de double nationalité, ou ceux où une société et ses actionnaires n'ont pas la même nationalité[485]. La conformité aux règles d'attribution de la nationalité des réclamations constitue d'ailleurs une condition de recevabilité de l'invocation de la responsabilité de l'État, dans la

---

[482] Dupuy, *supra* note 318 à la p. 130, paragr. 125; Quoc Dinh, Daillier et Pellet, *supra* note 480 au paragr. 496; Combacau et Sur, *supra* note 478 à la p. 534.

[483] Emmerich de Vattel formulait cette fiction, au XVIII[ème] siècle, dans les termes suivants : « Quiconque traite mal un citoyen, offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen. Le souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir, puisque autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté. » E. de Vattel, *Le droit des gens*, nouvelle éd., vol. 1, Paris, Janet et Cotelle, 1820 aux pp. 290-291.

[484] *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, *supra* note 478 à la p. 12. Cette affaire tirait son origine du refus de la Grande-Bretagne, en tant que puissance mandataire, d'honorer des contrats de concessions octroyés à un citoyen grec aux fins de construire et d'exploiter un réseau de tramway et un réseau de distribution d'électricité dans certaines villes de Palestine. La Grande-Bretagne avait contesté la compétence de la Cour au motif que la Grèce n'aurait pas eu la capacité de présenter la réclamation privée en question. La Cour a confirmé sa compétence en se basant sur les principes fondamentaux de la théorie de la protection diplomatique.

[485] Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, *supra* note 480 au paragr. 471. Voir généralement F. Orrego Vicuña, « Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement » (2000) 15 I.C.S.I.D. Rev. 340; B. Stern, « La protection diplomatique des investissements internationaux : de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse » (1990) 117 J.D.I. 897.

codification de la CDI sur ce sujet, illustrant bien que la théorie intervient au stade de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État[486].

Deux conséquences juridiques importantes découlent du fait que l'État de nationalité exerce son propre droit.

Premièrement, puisque l'État subi lui-même le préjudice médiat causé par l'État offenseur, il est entièrement libre de présenter une réclamation ou non : l'exercice de la protection diplomatique apparaît comme un droit purement discrétionnaire de l'État de nationalité[487]. Celui-ci demeure libre de prendre fait et cause pour la personne privée demandant sa protection ou encore de le refuser. Cette discrétion permet à l'État de juger de l'opportunité d'entrer en conflit avec l'autre État, à l'aune de l'ensemble des intérêts impliqués et non des seuls intérêts privés de la personne en cause, en replaçant le différend dans le contexte plus large des relations qu'entretiennent les deux États et des relations internationales en général. La Cour internationale de justice a eu l'occasion de se prononcer sans équivoque sur ce point, dans l'*Affaire de la Barcelona Traction* :

> « [L'État] possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une liberté d'action totale[488]. »

L'État étant — théoriquement, même si c'est loin d'être toujours conforme à la réalité — garant de la paix et de la sécurité de l'ensemble de ses citoyens et du monde en général, il est mieux à même de situer le litige dans le cadre plus large de ses relations

---

[486] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 44a).

[487] La codification de la CDI sur le droit international de la responsabilité de l'État reconnaît justement la possibilité que l'État lésé renonce au droit d'invoquer la responsabilité de l'État offenseur, que ce soit explicitement ou implicitement. *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *ibid.*, art. 45.

[488] *Affaire de la Barcelona Traction*, *supra* note 404 au paragr. 79. Dans cette affaire, le gouvernement belge cherchait à exercer la protection diplomatique des actionnaires belges d'une société canadienne, qui avait prétendument subi des dénis de justice commis par des organes de l'État espagnol, dans la foulée de la guerre civile ayant frappé ce pays au siècle dernier. La Cour a accueilli une exception préliminaire présentée par l'Espagne et rejeté la qualité de la Belgique pour agir devant elle, au motif que le fait internationalement illicite allégué avait été dirigé non pas contre les actionnaires belges mais plutôt contre la société canadienne. La Cour a ainsi rejeté le droit d'exercer la protection diplomatique des actionnaires par leur État de nationalité lorsque le fait internationalement illicite était dirigé contre une société d'une autre nationalité. Il revenait au Canada d'exercer la protection diplomatique de la société, chose qu'il avait l'entière discrétion de faire ou de ne pas faire (en l'espèce, le Canada a renoncé à exercer la protection diplomatique).

internationales et du maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'exercice de la protection diplomatique implique donc une certaine politisation du différend[489]. Par ailleurs, l'État est probablement mieux placé pour porter plainte contre un autre État puisque, d'une part, il risque d'être pris plus au sérieux qu'une simple personne privée et, d'autre part, la mise en œuvre du droit international sur le plan international relève ultimement des pressions politiques et moyens de coercitions que seul un État peut exercer, en l'absence d'une force de police mondiale. Ceci n'est pas moins vrai dans le système commercial multilatéral, où la mise en œuvre des décisions de l'ORD repose en dernier recours sur les contre-mesures économiques que seul un membre de l'OMC peut prendre.

Le caractère médiat du dommage causé à l'État de nationalité et celui, discrétionnaire, de son droit d'exercer la protection diplomatique, signifient que la personne privée doit normalement porter sa réclamation à l'attention de son État de nationalité, afin qu'il puisse épouser sa cause et invoquer la responsabilité internationale de l'État offenseur. Cette interpellation de l'État de nationalité se fait selon la pratique suivie chez celui-ci; s'il n'existe généralement pas de processus interne particulier visant à faire part d'une réclamation internationale au ministère chargé des affaires extérieures d'un État[490], certains États ont davantage formalisé le processus, allant même jusqu'à rendre l'exercice de la protection diplomatique obligatoire en droit interne[491]. Une telle obligation, bien qu'ayant force de loi dans l'ordre juridique interne de ces États, n'a cependant aucun effet juridique au plan international[492]. Ces aménagements internes de l'exercice de la protection diplomatique pourraient toutefois servir d'inspiration dans la

---

[489] Ch. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4ème éd., Paris, Pédone, 1970 aux pp. 299-300.

[490] Aucun mécanisme particulier ne semble exister au Canada pour faciliter la demande de la protection diplomatique par une personne privée. Voir H.M. Kindred *et al.*, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 6ème éd., Toronto, Emond Montgomery, 2000 à la p. 675.

[491] L'exemple classique, quoique isolé, est celui de l'article 112 de la Constitution allemande de Weimar de 1919. Une telle obligation serait également évoquée dans la Constitution de la Chine, de la Russie et de certains pays européens de l'Est, mais elle traduirait davantage un devoir moral qu'une véritable obligation juridique. Ch. Rousseau, *Droit international public*, 11ème éd., Paris, Dalloz, 1987 à la p. 116; Quoc Dinh, Daillier et Pellet, *supra* note 480 au paragr. 496; M. Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, Doc. off. Commission du droit international, 50ème sess., Doc. NU A/CN.4/484 (1998), au paragr. 48.

[492] *Affaire de la Barcelona Traction*, *supra* note 404 au paragr. 78; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 635.

recherche de voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, comme nous le verrons plus loin[493].

Parallèlement, la pratique s'est également développée d'insérer des clauses par lesquelles une personne privée renonçait à demander la protection diplomatique de son État de nationalité, en cas de différend l'opposant à l'État avec lequel elle concluait un contrat. Ces clauses « Calvo », du nom du juriste argentin en ayant fait la promotion, visaient à restreindre les interventions abusives des puissances occidentales dans les affaires intérieures des États latino-américains[494]. Leur validité a certes fait l'objet d'une certaine controverse, mais il est généralement admis qu'elles ne produisent aucun effet juridique en droit international, puisque les personnes privées ne sauraient renoncer à un droit dont elles ne jouissent pas, soit celui d'exercer la protection diplomatique, qui appartient en propre à leur État de nationalité[495].

La deuxième conséquence juridique découlant du fait que l'État de nationalité fait valoir son propre droit en exerçant la protection diplomatique est que l'obligation secondaire de réparation de l'État responsable n'est pas due à la personne privée à l'origine du différend, mais plutôt à son État de nationalité. C'est ici que la fiction juridique atteint son paroxysme, puisque le préjudice subi par la personne privée sert normalement d'étalon pour mesurer le préjudice médiat subi par son État de nationalité[496]. Reste que l'État de nationalité demeure libre d'accepter toute forme de réparation qui lui convienne, que ce soit par restitution, indemnisation ou satisfaction. De plus, s'il devait accepter une indemnisation financière, l'État de nationalité ne serait soumis à aucune obligation, en droit international, de remettre cette somme à la personne privée ayant réellement subi le préjudice à l'origine du différend[497]. Certains États ont cependant prévu, dans leur ordre juridique interne, un mécanisme visant à remettre aux

---

[493] Voir la partie 3.2.2, ci-dessous, pour une discussion sur la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des personnes privées, comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.
[494] Pour un récit de quelques uns de ces épisodes malheureux, voir Schulé, *supra* note 477 aux pp. 24-30.
[495] Dupuy, *supra* note 318 au paragr. 477; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 635; Quoc Dinh, Daillier et Pellet, *supra* note 480 au paragr. 497. *Contra* García Amador, *supra* note 477 aux pp. 207-208, paragr. 177-182. Voir l'affaire *North American Dredging Company of Texas* c. *Mexique* (1926), 4 R.S.A. 26 (Commission mixte des réclamations États-Unis-Mexique).
[496] Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 639; Combacau et Sur, *supra* note 478 aux pp. 534-535.
[497] Dupuy, *supra* note 318 à la p. 479, paragr. 477; Verhoeven, *ibid.* à la p. 640.

personnes privées à l'origine de la réclamation internationale les sommes obtenues en réparation du préjudice, particulièrement dans les cas d'indemnisation forfaitaire[498]. Si ces règles internes sont dépourvues d'effets juridiques au plan international, elles illustrent à nouveau que la formalisation des mécanismes internes de traitement des réclamations internationales des personnes privées pourrait, dans certains domaines, s'avérer être une avenue porteuse pour accroître la place des personnes privées dans le règlement des différends internationaux et, ainsi, atténuer certaines des difficultés posées par la théorie de la protection diplomatique à leur égard.

Hormis la question du lien de nationalité, l'autre grande condition posée par la théorie de la protection diplomatique pour en permettre l'exercice est celle de l'épuisement des recours interne[499]. Elle signifie que tous les recours efficaces mis à la disposition de la personne privée, dans l'ordre juridique interne de l'État offenseur, doivent avoir été exercés avant que son État de nationalité puisse exercer la protection diplomatique et invoquer la responsabilité de l'État offenseur. La codification de la CDI sur le droit international de la responsabilité de l'État se réfère à cette condition comme étant une condition de recevabilité de l'invocation de la responsabilité de l'État offenseur par l'État de nationalité[500].

Une dernière condition d'application de la théorie de la protection diplomatique est parfois évoquée, voulant que la personne privée ait les « mains propres », c'est-à-dire

---

[498] Rousseau, *supra* note 491 à la p. 118. Au Canada, un tel mécanisme interne a été mis en place par le gouvernement fédéral, pour assurer la redistribution des indemnités reçues d'États responsables en droit international. Les personnes privées canadiennes peuvent faire valoir leur réclamation auprès d'un organe quasi-judiciaire, la Commission des réclamations étrangères, qui fait ensuite rapport au gouvernement fédéral sur les suites à leur donner. Même si ce mécanisme ne fait pas naître un droit à l'indemnité pour les personnes privées, sa mise en oeuvre aurait eu pour effet de « neutraliser complètement le caractère discrétionnaire de l'institution » à ce chapitre. J.-M. Arbour, *Droit international public*, 4ème éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2002 à la p. 540, n. 96 [ci-après : Arbour, 4ème éd.]; Kindred *et al.*, *supra* note 490 à la p. 676. Voir le décret C.P. 1970-2077, non publié (*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1970, c. I-13).

[499] Dupuy, *supra* note 318 à la p. 480, paragr. 478; Verhoeven, *supra* note 325 aux pp. 636-639. Sur la règle de l'épuisement des recours internes, voir généralement C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2ème éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004. La Cour internationale de justice a souligné le caractère fondamental de la règle en droit international public. Essentiellement, elle a affirmé que cette règle nécessitait que la personne privée ait soumis la substance de la réclamation aux juridictions internes compétentes, et qu'elle ait persévéré aussi loin que le permettaient les lois et procédures locales, sans avoir pour autant obtenu gain de cause. *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis* c. *Italie)*, [1989] C.I.J. Rec. 15, 46, paragr. 59 [ci-après : *Affaire de l'ELSI*].

[500] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 44b).

qu'elle n'ait pas contribué à l'infliction de son préjudice. Cette prétendue condition ne semble pas en être véritablement une[501]. Elle devrait plutôt être rattachée à la question du lien de causalité entre le préjudice subi et le fait internationalement illicite; il semble en effet que cette notion ait davantage sa place à cet endroit dans la théorie de la responsabilité, qu'elle soit internationale ou interne.

Ainsi, le cadre normatif posé par le droit international général est-il paradoxal. Les personnes privées subissant un préjudice causé par la violation du droit international par un État autre que leur État de nationalité sont certes, dans les faits, au cœur du différend international qui en découle entre leur État de nationalité à l'État offenseur. Néanmoins, elles en sont tout à fait absentes juridiquement. Cette situation a certainement contribué aux pressions ayant fait en sorte qu'on a élargi le rôle et les droits des personnes privées impliquées dans les différends internationaux économiques, particulièrement en matière d'investissement étranger direct. Elle explique aussi l'existence de pressions semblables dans le système commercial multilatéral, en faveur de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, encore que la théorie de la protection diplomatique n'y soit pas applicable formellement, comme on le verra plus loin.

### 2.1.2 Premières remises en question avec l'essor de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine

Les règles de la théorie de la protection diplomatique sont coutumières, à l'instar des règles du droit international de la responsabilité de l'État, avec lequel elles partagent leurs origines. Cela signifie qu'elles peuvent validement être altérées par le droit conventionnel. Une telle *lex specialis* est née des mécanismes mis en place pour assurer la protection des droits fondamentaux de la personne humaine sur le plan international[502].

Les développements survenus dans le droit international de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine visaient à combler les lacunes de la théorie de la

---

[501] Voir Arbour, 4ème éd., *supra* note 498 aux pp. 541-542.

[502] La *lex specialis* qui s'est également développée en droit international économique, en ce qui concerne la théorie de la protection diplomatique, fait l'objet d'une étude détaillée dans les sections suivantes de cette deuxième partie.

protection diplomatique, en accroissant la capacité de la personne humaine sous deux angles. D'une part, l'incapacité de la personne humaine d'invoquer la responsabilité de l'État étranger lui causant un préjudice, résultant de la violation de ses droits fondamentaux garantis par le droit international conventionnel, a été comblée par la création de recours directs en leur faveur auprès de juridictions internationales[503]. L'État de nationalité n'agit plus comme filtre des réclamations dans ce domaine, ce qui signifie que la violation de ces droits ne saurait désormais être passée sous silence au nom du maintien de bonnes relations entre l'État de nationalité et l'État offenseur. Il devenait en effet choquant que la poursuite des atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine pût être tributaire de considérations politiques externes.

D'autre part, l'autre incapacité de la personne humaine au plan international, qui la laissait sans recours face à son propre État de nationalité et qui échappait même à la théorie de la protection diplomatique, a également été comblée par ces mécanismes, ce qui constitue une avancée significative pour la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. On a vu que les personnes privées qui subissaient un préjudice de la part de leur propre État de nationalité étaient totalement démunies au plan international, puisque l'État offenseur se trouvait à être celui censé les défendre, ce qui empêchait toute application de la théorie de la protection diplomatique. Les mécanismes internationaux de

---

[503] Sur le plan multilatéral, les États parties au *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ont reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme de l'ONU, constitué par le *Pacte*, de recevoir et examiner les communications émanant de particuliers relevant de leur juridiction et invoquant une violation de l'un des droits garantis par ledit *Pacte*. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1976 n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976); *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 306, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 1 (entrée en vigueur : 23 mars 1976). Sur le plan régional, en Europe, les États parties à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ont reconnu la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme pour entendre les requêtes de toute personne physique, toute ONG ou tout groupe de particuliers se prétendant victime de la violation d'un droit reconnu par la *Convention* par un État partie. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5, art. 34 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953); *Protocole no. 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration des mécanismes de contrôle établis par la Convention*, 11 mai 1994, S.T.E. n° 155 (entrée en vigueur : 1er novembre 1998). Un système semblable a été mis en place au plan interaméricain, mais les particuliers, les groupes de particuliers ou les ONG ne peuvent s'adresser qu'à la Commission interaméricaine des droits de l'homme, qui, à son tour, peut saisir la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans la mesure où l'État visé par la plainte a reconnu leur compétence. *Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San Jose de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 183, art. 44-45, 61-62 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978). Voir généralement H.J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 738-770, 797-801 et 868-888; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6ème éd., Paris, Presses universitaires de France, 2003.

protection des droits fondamentaux de la personne humaine lui offrent désormais des recours à l'encontre de son propre État de nationalité, ce qui permet de dépasser la théorie de la protection diplomatique, afin d'invoquer la responsabilité de l'État de nationalité et de l'attraire devant une juridiction internationale.

L'élimination du préjudice dans la définition de la responsabilité de l'État a rendu possible un autre développement important, toujours dans le domaine de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. La violation d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, ou *erga omnes*, auxquelles peuvent certainement être rattachés plusieurs de ces droits fondamentaux, suffirait à faire naître le droit de tout État d'invoquer la responsabilité de l'État offenseur, à titre d'État autre que lésé, selon la récente codification du droit international de la responsabilité de l'État adoptée par la CDI[504]. Celui-ci pourrait exiger l'exécution des obligations secondaires de cessation et de fournir des assurances et garanties de non-répétition, de même que celle de l'obligation secondaire de réparation, mais dans ce dernier cas, uniquement dans l'intérêt « des bénéficiaires de l'obligation violée », puisque l'État plaignant ne serait pas lésé. Une certaine forme de protection diplomatique « anationale », ou humanitaire, pourrait donc être exercée en faveur de la personne humaine, par tout État autre que son État de nationalité, à l'encontre de son propre État de nationalité.

Il faut noter que ces importants développements ont eu pour effet d'élever le statut des personnes humaines dans la société internationale. Ils pourraient même avoir contribué à la reconnaissance de leur personnalité juridique internationale, puisqu'elles jouissent désormais de droits et peuvent agir en justice dans la société internationale, en vertu de certains mécanismes juridictionnels d'origine conventionnelle. On aura l'occasion de revenir sur la question dans la troisième partie de cette thèse[505], mais on soulignera déjà que ces développements embrassent la personne humaine en soi, peu importe sa nationalité. La nuance est importante, car les développements survenus en

---

[504] *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 48(1)b), (2). On a vu que cette disposition donne effet au célèbre *obiter dictum* de la CIJ dans l'*Affaire de la Barcelona Traction*, qui évoquait l'existence, dans ces circonstances, d'un tel droit universel d'invoquer la responsabilité de l'État. Voir *supra* la note 404 et le texte correspondant.

[505] Voir la partie 3.3.2 b) *(i)*, ci-dessous, pour une discussion sur les effets juridiques potentiels de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées. Voir aussi la partie 2.3.2 b), ci-dessous, pour une discussion sur la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte.

droit international économique, particulièrement en ce qui concerne l'investissement étranger direct, opèrent une distinction fondamentale entre les personnes privées, sur la base de leur nationalité. Seuls les étrangers se voient reconnaître certains droits. Cette distinction pourrait affecter la contribution de ces développements du droit international économique à la reconnaissance de la personnalité juridique internationale de cette sous-catégorie de personnes privées.

Un débat s'est aussi amorcé autour de la question de savoir si l'essor de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine avait eu pour effet de vider la théorie de la protection diplomatique d'une grande partie de son contenu ou de son utilité[506]. Les garanties applicables au processus judiciaire étaient particulièrement visées, puisqu'elles auraient recoupé une grande partie de la norme minimale de traitement des étrangers de la coutume internationale. La vieille controverse sur la norme internationale de traitement applicable aux étrangers, entre une norme minimale de traitement ou le principe de l'égalité des nationaux et des étrangers, aurait été dépassée par le droit international contemporain, qui a fixé une norme internationale de traitement unique pour tous les êtres humains. Au fond, on aurait vidé la norme minimale de traitement des étrangers de ses aspects non économiques, qui seraient maintenant prescrits par le droit international des droits fondamentaux de la personne humaine; ses aspects économiques, toutefois, conserveraient toute leur pertinence[507]. Cette controverse participait de la confusion historique entre les règles primaires, prescrivant la norme minimale de traitement des étrangers, et les règles secondaires, concernant la mise en œuvre de la responsabilité de l'État et visant à pallier l'incapacité des personnes privées d'agir au plan international[508].

Ce débat s'est déplacé au cœur même des travaux de codification de la CDI, actuellement en cours, sur la théorie de la protection diplomatique. Son premier rapporteur spécial y voyait effectivement une réduction du domaine de la protection

---

[506] Voir par ex. García Amador, *supra* note 477 aux pp. 200-204, paragr. 134-159. Voir aussi M. Pinto, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme » (2002) 106 Rev. D.I.P. 513 aux pp. 531-541.

[507] Voir Verhoeven, *supra* note 325 aux pp. 634-635.

[508] Voir la partie 2.1.3 a), ci-dessous, pour une discussion sur la controverse entourant la nature des règles de la théorie de la protection diplomatique.

diplomatique[509], mais son second rapporteur spécial a adopté la position inverse et voyait plutôt dans la protection diplomatique un instrument additionnel de protection des droits fondamentaux de la personne humaine, s'ajoutant aux recours internationaux des personnes privées[510]. Cette seconde position, plus réaliste, se fonde sur le constat que les États sont toujours les acteurs premiers de la société internationale, ce qui interdit de considérer la théorie de la protection diplomatique comme une fiction juridique dépassée. Le développement possible d'une sorte de protection diplomatique « anationale » ou humanitaire, tel que reconnue dans la codification précitée de la CDI sur la responsabilité de l'État, au chapitre du droit de l'État autre que lésé d'invoquer cette responsabilité, semble appuyer cette dernière vue, puisqu'elle fournit un instrument de protection étatique additionnel en faveur des individus[511]. Ce débat peut sans doute être transposé aux développements similaires survenus en droit international économique. Il illustre la problématique de la coexistence, au plan international, de recours étatiques et de recours privés. La question sera abordée dans la troisième partie de cette thèse[512].

### 2.1.3 Éléments de controverse contemporaine

On a vu que la CDI a prolongé ses travaux de codification du droit international de la responsabilité de l'État en s'attaquant à celle de la théorie de la protection diplomatique. Ceux-ci prolongent ceux-là, puisque la théorie relève de la mise en œuvre volontaire de la responsabilité de l'État, du droit d'invoquer cette responsabilité. Ces travaux ont débutés en 1995 et se poursuivent toujours; le second rapporteur spécial a proposé un projet d'articles qui est présentement à l'examen devant la CDI et dont les dix

---

[509] Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, *supra* note 491 aux pp. 6-7, paragr. 33-37.
[510] Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, *supra* note 480 aux pp. 5-9, paragr. 15-32.
[511] *Contra* Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, *supra* note 491 aux pp. 6-7, paragr. 36-37.
[512] Voir la partie 3.3.2 a) *(iii)*, ci-dessous, pour une discussion sur les effets juridiques potentiels de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées. Voir aussi la partie 2.3.2 c) *(iii)*, ci-dessous, pour une discussion sur les problèmes systémiques posés par la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte.

premiers articles ont été adoptés provisoirement, accompagnés de commentaires[513]. En plus de démontrer tout l'à-propos de l'étude de la place des personnes privées dans le règlement des différends internationaux, plusieurs éléments de controverse ressortent de ces travaux et permettent d'identifier certaines difficultés qui pourraient survenir dans le cadre d'un élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

a) Objet des règles de la théorie de la protection diplomatique

On a vu que les travaux de codification du droit international de la responsabilité de l'État s'étaient initialement empêtrés dans l'analyse des règles primaires relatives au traitement des étrangers, dont la violation entraînait une obligation de réparation du préjudice à charge de l'État responsable[514]. La CDI a finalement convenu de confiner son travail uniquement aux règles secondaires, qui déterminent les conséquences juridiques de la violation des règles primaires qui, elles, prescrivent des normes de conduite aux États, s'étant ainsi placée à un niveau plus abstrait. Cette confusion originelle du droit de la responsabilité de l'État se compliquait aussi par l'ajout de la théorie de la protection

[513] Voir « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session » (Doc. NU A/50/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1995*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 1998 à la p. 1, paragr. 501 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1995/Add.1); « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session » (Doc. NU A/51/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 1998 à la p. 1, paragr. 249 et annexe II (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1996/Add.1); « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session » (Doc. NU A/52/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1997*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2000 à la p. 1, paragr. 169-190 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1997/Add.1); « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session » (Doc. NU A/53/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2000 à la p. 1, paragr. 56-110 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1998/Add.1); *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session*, Doc. off. AG NU, 54ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/54/10 (1999); *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, Doc. off. AG NU, 55ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/55/10 (2000); *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, *supra* note 325; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, Doc. off. AG NU, 57ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/57/10 (2002); *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-cinquième session*, Doc. off. AG NU, 58ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/58/10 (2003).

[514] Voir *supra* la note 330 et le texte correspondant. Cette distinction entre règles primaires et secondaires, que la CDI a empruntée à Herbert Hart, n'est pas exempte de postulats au plan philosophique, mais l'organe onusien s'en est affranchi en soutenant avec raison que la distinction était avant tout fonctionnelle. Elle permet en effet de faire la distinction entre les règles (primaires) dont la violation engage la responsabilité de l'État, et celles (secondaires) qui naissent à partir de cette violation pour déterminer l'existence, le contenu et la mise en œuvre de la responsabilité de l'État.

diplomatique à son étude[515]. En effet, le droit de la responsabilité de l'État s'est forgé surtout à partir de situations qui impliquaient la réparation de dommages causés par un État hôte à des ressortissants étrangers, c'est pourquoi on a observé que son histoire et celle de la protection diplomatique étaient dominées par les conflits opposant investisseurs étrangers et États hôtes[516]. La norme minimale de traitement des étrangers prévue par la coutume internationale dominait donc toute étude du droit de la responsabilité de l'État et de la théorie de la protection diplomatique; la controverse quant au contenu exact de cette norme rendait cette entreprise très hasardeuse[517].

S'il y eut controverse à cet égard, il ne fait plus de doute maintenant que le domaine de la théorie de la protection diplomatique se limite aux règles secondaires applicables en cas de violation de règles primaires ayant causé un préjudice à une personne privée étrangère, c'est-à-dire aux conséquences juridiques du fait internationalement illicite ayant causé un préjudice médiat à l'État en raison des dommages causés à son ressortissant[518]. Cette précision permet de clarifier le domaine de la présente thèse, qui ne s'intéresse pas aux règles primaires posées par les accords de l'OMC, mais plutôt à l'étude prospective des règles secondaires qui seraient applicables en cas d'accès direct des personnes privées à son mécanisme de règlement des différends.

---

[515] Dupuy, *supra* note 318 à la p. 127, paragr. 122. Voir par ex. E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New-York, Banks Law, 1916; F.V. García Amador, L.B. Sohn et R.R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Alien*, Dobbs Ferry (New-York), Oceana Publications, 1974.

[516] Brownlie, *supra* note 318 à la p. 524; De Visscher, *supra* note 489 aux pp. 299-300.

[517] On convient généralement que cette norme minimale de traitement protège les ressortissants étrangers contre le déni de justice et l'expropriation. Le déni de justice se réfère à une certaine norme internationale minimum en matière d'administration de la justice sur le plan national, encadrant le traitement des étrangers dans le processus judiciaire. L'expropriation, qui consiste en la dépossession d'un droit de propriété par l'État, est encadrée par le droit international coutumier qui reconnaît en principe le droit à la compensation suivant une norme internationale minimum. Incidemment, on estime majoritairement que la violation ou l'annulation d'un contrat par un État ne constitue pas en soi une violation de la norme minimale de traitement. Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 531-535, 546-547, 549-553; Dupuy, *supra* note 318 à la p. 128, paragr. 123; J.M. Arbour, *Droit international public*, 2ème éd., Cowansville (Québec), 1992 aux pp. 279-280 [ci-après : Arbour, 2ème éd.].

[518] Voir Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, *supra* note 491 aux pp. 9-11, paragr. 55-65; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session », *supra* note 513 aux paragr. 180-181.

b) Remise en question du véritable titulaire des droits en cause

La question du véritable titulaire des droits en cause dans la théorie de la protection diplomatique demeure plus controversée et a des résonances importantes pour la question qui nous intéresse à l'OMC. La fiction vattélienne serait-elle dépassée? Le paradoxe juridique qu'on a souligné précédemment, à savoir que les personne privées sont juridiquement absentes des différends les impliquant pourtant au premier chef dans les faits, serait-il rendu si intenable qu'il faille rejeter ce principe fondateur de la théorie pour reconnaître que l'État n'exerce pas son propre droit, lorsqu'il présente une réclamation internationale en raison du préjudice causé à son ressortissant, mais qu'il agit plutôt en tant que simple agent de la personne privée lésée? Cette position serait confortée par les différents recours que se sont vues accorder les personnes privées au plan international, ce qui aurait mis au jour la désuétude de la fiction du droit de l'État[519]. La CDI s'est finalement rangée du côté de la thèse classique et a rejeté cette position voulant que l'État n'agisse pas en défense de son propre droit lorsqu'il exerce la protection diplomatique[520].

Cette position semble être fondée sur une certaine confusion entre règles primaires et règles secondaires[521]. La violation d'une règle primaire affecterait le droit correspondant qu'à l'État de voir respecté le droit international dans la personne de ses ressortissant; ce droit demeurerait le droit de l'État. Les personnes privées apparaîtraient comme les bénéficiaires de ces règles primaires, qui prescriraient des normes de conduites aux États à leur endroit, mais il ne s'agirait pas de leurs droits propres et la question de leur statut de sujet du droit international ne serait pas affectée[522]. L'obligation

---

[519] Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, *supra* note 491 aux paragr. 49-54; M. Bennouna, « La protection diplomatique : un droit de l'État? » dans *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber : Paix, développement, démocratie*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1998, 245 à la p. 249; García Amador, *supra* note 477 à la p. 107, paragr. 194.

[520] Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, *supra* note 513 au paragr. 425. Comme le rappellent les commentaires de la CDI, le projet d'article 2, tel qu'adopté provisoirement en 2002, « souligne que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État ». Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, *ibid.* à la p. 191.

[521] Pour une analyse de la distinction entre règles primaires et secondaires, dans les travaux de codification de la CDI sur la responsabilité de l'État et la théorie de la protection diplomatique, voir *supra* la note 514 et le texte correspondant.

[522] Ce raisonnement se limite à la problématique de la théorie de la protection diplomatique et ne préjuge pas de la question de la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine au plan

secondaire de réparation que fait naître la responsabilité de l'État donne aussi naissance au droit correspondant de l'État lésé d'invoquer la responsabilité de cet État, c'est-à-dire de présenter une réclamation internationale. La pratique internationale attestant l'existence de recours directs des personnes privées auprès de juridictions internationales consisterait en réalité en une délégation conventionnelle de ce droit d'invoquer la responsabilité de l'État, de la part de l'État de nationalité, en faveur de ses ressortissants. Les obligations secondaires de l'État responsable seraient toujours dues à l'État de nationalité, mais celui-ci aurait délégué son ressortissant pour obtenir réparation.

Le fait qu'il s'agit toujours du droit de l'État apparaît clairement lorsqu'on considère l'hypothèse où l'État responsable refuserait d'exécuter ses obligations secondaires. Dans un tel cas, l'État de nationalité serait autorisé à imposer des contre-mesures, comme moyen coercitif d'exécution. On retombe donc en bout de piste au schéma interétatique classique, ce qui signifie que l'État national est toujours juridiquement intéressé en dernier ressort. Les délégations conventionnelles du droit d'invoquer la responsabilité de l'État ne sauraient donc attester que l'État n'exerce pas son droit dans la théorie de la protection diplomatique. Le droit d'imposer des contre-mesures ne peut qu'appartenir à l'État, dans la société internationale actuelle, ce qui signifie que la fiction vattélienne peut certes être atténuée conventionnellement, au chapitre de l'invocation de la responsabilité de l'État, mais qu'on y retombe fatalement en cas d'inexécution de ses obligations secondaires par l'État responsable, qui exercera alors son droit d'imposer des contre-mesures[523]. La mise en œuvre volontaire de la responsabilité peut certes se passer de l'État de nationalité, pas sa mise en œuvre coercitive. L'État apparaît donc être incontournable : on est forcé de revenir, ultimement, au droit de l'État de voir respecter le droit international dans la personne de ses ressortissants, afin d'expliquer son droit d'imposer des contre-mesures. Charles De Visscher a bien souligné que le fait que l'État exerçait son propre droit, de manière discrétionnaire, lorsqu'il endossait la réclamation de son ressortissant, était conforme aux

---

international et de son impact éventuel sur leur statut de sujet du droit international. Voir « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session », *supra* note 513 au paragr. 82.

[523] Voir par ex. la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, *infra* note 700, art. 27(1).

réalités des relations internationales et qu'on risquait autrement de « désarmer » le droit international[524].

c) Nature de la règle de l'épuisement des recours internes

Une controverse tenace s'accroche à la règle de l'épuisement des recours internes, concernant la question de savoir si elle constitue une règle de fond ou une règle de procédure[525]. Cette question est connexe à celle de savoir si toute violation du droit international peut permettre l'application de la théorie de la protection diplomatique, ou si seule celle de la norme minimale de traitement le peut. L'inefficacité des recours internes pourrait correspondre à un déni de justice, qui serait en dernière analyse la condition impérative de la naissance de la responsabilité de l'État dans une situation impliquant une personne privée[526]. La question n'est pas purement académique, puisque le caractère de fond ou de procédure de la règle affecte directement le moment où la responsabilité de l'État naît, ce qui peut avoir des conséquences importantes sur la détermination de la nationalité de la réclamation, la compétence du tribunal international chargé de connaître

---

[524] De Visscher, *supra* note 489 aux pp. 305-306.

[525] Benounna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, *supra* note 491 au paragr. 18; J.R. Dugard, *Deuxième rapport sur la protection diplomatique*, Doc. off. Commission du droit international, 53ème sess., Doc. NU A/CN.4/514 (2001) au paragr. 32-34; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 639; Combacau et Sur, *supra* note 478 à la p. 550; García Amador, *supra* note 477 à la p. 206, paragr. 170-173. La CDI a pour l'instant choisi d'éviter de se prononcer sur la question dans ses travaux de codification actuels, mais il nous semble qu'elle soit trop importante pour être laissée de côté. Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, *supra* note 513 au paragr. 176.

[526] Stephen Schwebel, ex-président de la Cour internationale de justice, a défendu une idée apparentée, voulant que le refus d'honorer une clause d'arbitrage commercial international, par un État partie à un contrat avec une personne privée, équivaut à un déni de justice suffisant pour constituer un fait internationalement illicite, sans que l'application de la règle de l'épuisement des recours internes ne soit nécessaire. Cette interprétation nous semble participer d'une assimilation erronée entre la faute contractuelle privée et le fait internationalement illicite : le renvoi contractuel à l'arbitrage commercial international ne peut jamais que concerner les litiges entre les cocontractants, litiges qui ne relèvent pas en soi du domaine du droit international public; à partir du moment où l'État de nationalité de la partie privée invoque la responsabilité internationale de l'État, on tombe dans un autre registre, dépassant les relations entre les cocontractants, et les règles du droit international de la responsabilité de l'État trouvent application. En définitive, ce ne serait que par voie de traités que la règle de l'épuisement des recours internes pourrait être mise de côté au profit d'une *lex specialis*, mais pas au moyen d'une simple stipulation contractuelle de droit privé. S.M. Schwebel et J.G. Wetter, « Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies » (1966) 60 A.J.I.L. 484; S.M. Schwebel, « Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited » (1989) 23 Int'l Lawyer 951.

du litige, sur l'étendue de la réparation ainsi que sur la possibilité de renoncer à la règle[527].

Pour les tenants de la règle de fond[528], la règle de l'épuisement des recours internes signifie que la responsabilité internationale de l'État — et le préjudice de la personne privée — n'est pas engagée tant que l'appareil étatique peut encore corriger le fait fautif : l'acte ou l'omission de l'État n'a pas encore été pleinement réalisé et le fait ne peut donc lui être attribué. Hors du cadre d'un traité, cela voudrait dire que seul le déni de justice, participant de la norme minimale de traitement des étrangers de la coutume internationale, pourrait véritablement engager la responsabilité de l'État, puisque l'inefficacité des voies de recours internes constituerait alors un tel déni de justice[529]. De même, la violation d'un traité ne serait pas véritablement réalisée tant que les organes internes de l'État pourraient l'empêcher raisonnablement, c'est-à-dire corriger l'acte ou l'omission d'un autre organe interne. Cette position nie l'instantanéité du fait internationalement illicite et suppose une certaine temporisation du différend, fondée sur la confiance en l'autorégulation des États pour empêcher les violations du droit international.

Pour les tenants de la règle de procédure[530], la règle de l'épuisement des recours internes signifie plutôt que l'exercice de la protection diplomatique est conditionné par la tentative de la personne privée d'obtenir réparation elle-même, en s'adressant à l'État responsable dans son ordre juridique interne. L'engagement de la responsabilité internationale et l'infliction du préjudice ne sont pas niés, mais la règle est fondée sur l'idée selon laquelle il serait plus efficace et moins coûteux pour la personne privée d'obtenir réparation sur le plan interne; une telle réparation serait également moins dommageable pour les relations internationales, puisqu'elle évite l'internationalisation du différend par le biais de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité.

---

[527] Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, *ibid.* au paragr. 155.
[528] Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, *ibid.* au paragr. 152. Voir par ex. Combacau et Sur, *ibid.*; Verhoeven, *supra* note 325 à la p. 639.
[529] Combacau et Sur, *ibid.* à la p. 534.
[530] Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, *ibid.* au paragr. 153.

Une position médiane tablerait sur la distinction entre violation de la norme minimale de traitement et violation directe du droit international, selon que le préjudice causé à la personne privée résulte de la violation du droit interne d'une manière ne constituant pas une violation du droit international, ou de celle du droit international[531]. La violation du droit interne nécessiterait la commission d'un déni de justice pour que la responsabilité de l'État soit engagée, ce qui impliquerait que la règle de l'épuisement des recours internes est une condition de fond de la responsabilité. Par contre, la violation directe du droit international engagerait immédiatement la responsabilité de l'État offenseur et la règle serait alors une condition de forme de la responsabilité.

La première position semble plus juste et mieux compatible avec les principes du droit international de la responsabilité de l'État mis de l'avant par la codification de la CDI. L'emphase y est en effet mise sur le fait internationalement illicite comme élément fondamental de la responsabilité de l'État, plutôt que sur l'infliction d'un préjudice; le préjudice intervient plutôt dans la détermination de l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité. La règle de l'épuisement des recours internes viserait donc à s'assurer qu'un fait internationalement illicite soit bien consommé, elle participerait de l'attribution de la violation du droit international à l'État. Elle semble également participer d'une conception plus fine de l'État, dont la responsabilité internationale ne saurait être immédiatement engagée en raison des errements d'un de ses organes à l'égard d'un ressortissant étranger.

### 2.1.4 La coexistence des préjudices médiat et immédiat et ses conséquences sur le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC

L'intervention de la théorie de la protection diplomatique n'est juridiquement pas nécessaire lorsqu'un État subit un préjudice direct ou immédiat suite à la violation du droit international par un autre État. Dans ces circonstances, l'État lésé a toujours un intérêt à agir en son nom propre, sans que la fiction vattélienne du préjudice médiat n'ait à intervenir. Un différend international existe dès le départ, sans que le sort de la personne

[531] Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, ibid.* au paragr. 154.

privée importe. Dès lors que la violation du droit international cause un préjudice direct ou immédiat à un État, celui-ci peut invoquer la responsabilité de l'État offenseur pour obtenir la réparation de ce préjudice, sans être soumis à la règle de l'épuisement des recours internes[532]. Dans l'hypothèse ou des dommages seraient causés à la fois à l'État lésé en propre et à ses ressortissants, par exemple en cas d'inexécution d'un traité[533], c'est-à-dire en cas de coexistence de préjudices médiat et immédiat, il semble qu'il y aurait alors confusion des préjudices et que l'État lésé pourrait aussi agir directement pour demander leur entière réparation, toujours sans l'intervention de la théorie de la protection diplomatique, mais l'état du droit n'est pas tout à fait clair[534]. Il n'est cependant pas nécessaire de vider la question, puisque ces circonstances prennent un tout autre sens dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC.

On a vu que la simple violation des accords de l'OMC suffisait à établir une annulation ou une réduction d'avantages à l'égard de tout autre membre de l'OMC, ce qui signifiait que tous étaient toujours directement — ou immédiatement — lésés par la

---

[532] *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)* (1999), 3 T.I.D.M. Rec. 10 aux paragr. 97-98; *Affaire des phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) (Italie c. France)* (1938), C.P.J.I. (Sér. A/B) n° 74 à la p. 28; Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-cinquième session*, *supra* note 513 aux pp. 72-73.

[533] Voir García Amador, *supra* note 477 à la p. 183, paragr. 42.

[534] La coexistence de préjudices médiat et immédiat dans le cadre d'un même différend pose des difficultés pratiques. Dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le Tribunal international du droit de la mer a jugé que l'application de la théorie de la protection diplomatique n'était pas nécessaire et que l'État du pavillon du navire pouvait invoquer la responsabilité de l'État offenseur pour demander la réparation tant de ses dommages propres que de ceux des membres de l'équipage. Il se pourrait que cette confusion des préjudices soit spécifique au droit de la mer, puisque le projet d'article 9 adopté provisoirement par la CDI en 2003 prévoit que la règle de l'épuisement des recours internes demeure applicable lorsque la réclamation de l'État ou sa demande de jugement déclaratif reposent principalement sur un préjudice médiat. Cette disposition suggère que la théorie de la protection diplomatique demeurerait applicable dans certaines circonstances, en cas de coexistence de préjudices médiat et immédiat. *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, *supra* note 532 aux paragr. 97-98; Commission du droit international, *Rapport sur les travaux de sa cinquante-cinquième session*, *supra* note 513 à la p. 72. Dans l'*Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A.*, les États-Unis ont plaidé sans succès que la règle de l'épuisement des recours internes était inapplicable parce que la violation du traité d'amitié, de commerce et de navigation en question suffisait à leur donner un titre à agir, en raison du préjudice immédiat que cette violation leur avait causé. La Cour internationale de justice, unanime sur cette question, a refusé cet argument au motif qu'elle ne discernait pas de préjudice direct causé aux États-Unis qui serait distinct et indépendant du différend « sur la violation dont le traité aurait été l'objet à l'égard » des personnes privées en cause. Elle a rappelé à cet égard son opinion dans l'*Affaire de l'Interhandel*, où elle avait également rejeté un pareil argument soutenu par la Suisse, au motif que l'ensemble du différend était coloré et imprégné par le préjudice subi par la personne privée. *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A.*, *supra* note 499 aux paragr. 51-52 et 137; *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. États-Unis)*, [1959] C.I.J. Rec. 6.

violation des accords de l'OMC[535]. Un membre de l'OMC a donc toujours un intérêt juridique à porter plainte en cas de violation des accords de l'OMC, en raison de son préjudice immédiat, nonobstant le fait que cette violation puisse aussi occasionner un préjudice à l'un de ses nationaux, et donc qu'il pourrait également prétendre agir en raison d'un préjudice médiat. Il apparaît que la théorie de la protection diplomatique n'est jamais exercée dans le cadre de l'OMC, puisque le membre de l'OMC subit toujours un préjudice immédiat. L'éventuel préjudice subit par les personnes privées ne serait donc pas juridiquement pertinent, à supposer que les personnes privées puissent subir un préjudice dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, puisqu'on a vu que le préjudice y obéissait à des règles spéciales, ne reconnaissant pas le préjudice matériel mais uniquement l'annulation ou la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC.

En outre, la théorie de la protection diplomatique n'implique que les préjudices causés par un État à des personnes privées étrangères, suite à une violation du droit international. Il semble que la responsabilité pour le fait licite échappe à la théorie, ce qui signifie qu'elle est également inapplicable en ce qui concerne l'annulation ou la réduction d'avantages résultant des accords de l'OMC en situation de non-violation.

L'analogie avec la théorie de la protection diplomatique s'impose néanmoins du point de vue des personnes privées, non pas sur le plan juridique, mais sur le plan pratique, ou politique, puisque celles-ci se retrouvent dans une situation analogue face à leur État de nationalité, devant le convaincre d'épouser leur cause afin qu'il porte plainte à l'OMC pour réclamer la cessation de la violation des accords de l'OMC, ou la réparation de l'annulation ou de la réduction d'avantages en situation de non-violation. L'analogie a cependant des limites importantes, puisque le caractère très large de l'intérêt juridique pour agir des membres de l'OMC fait en sorte que les règles générales d'opposabilité de la nationalité peuvent être escamotées et que, par exemple, les actionnaires de nationalité d'un État A d'une société de nationalité d'un État B peuvent valablement tenter de convaincre l'État A de porter plainte à l'OMC. En outre, le membre

[535] Voir la partie 1.3.2 a), ci-dessus, pour une discussion sur les conditions de fond de l'invocation de la responsabilité des membres de l'OMC.

de l'OMC plaignant n'a pas à se soumettre à la règle de l'épuisement des recours internes, ce qui constitue une autre différence de taille.

En somme, la théorie de la protection diplomatique est inapplicable aux différends commerciaux internationaux mettant en cause les accords de l'OMC. C'est une erreur, au plan juridique, de s'y référer dans l'analyse de la problématique de l'élargissement aux personnes privées du droit de porter plainte auprès de cette organisation internationale. L'analogie peut toutefois être utile au plan politique, dans une certaine mesure, pour décrire la situation dans laquelle se trouvent les personnes privées affectées par la violation de ces accords.

## 2.2 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LES TRAITÉS D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE RÉGIONALE

La conclusion de traités d'intégration économique régionale est un phénomène très dynamique dans les relations internationales à l'heure actuelle, aussi leur grand nombre nous a-t-il forcé à opéré un choix entre ceux-ci, pour les fins de notre étude des recours qu'ils offrent aux personnes privées. Les critères qui nous ont guidé pour faire cette sélection sont l'importance qualitative des principales intégrations économiques régionales et leur représentativité géographique, avec un souci de toucher au plus grand nombre de traditions juridiques possibles, de manière à offrir une couverture globale du phénomène conventionnel. Aussi aborderons-nous successivement la Communauté européenne (**2.2.1**), la zone de libre-échange nord-américaine (**2.2.2**), la libéralisation du commerce intérieur canadien, qui offre des éléments de comparaison intéressants malgré son caractère strictement interne (**2.2.3**), le *Mercado común del Sur* (MERCOSUR) en Amérique du Sud (**2.2.4**), les *Closer Economic Relations* entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (**2.2.5**), l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ANASE) (**2.2.6**), ainsi que le projet de création d'une zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) (**2.2.7**).

### 2.2.1 La Communauté européenne

La construction européenne[536] présente une des formes les plus achevées d'intégration économique régionale entre des États souverains, et ce processus est loin d'être terminé, comme en témoignent les récents travaux de la Convention européenne sur l'avenir de l'Europe et le processus d'élargissement dans lequel elle est engagée[537]. Dans son état actuel, le *Traité instituant la Communauté européenne*[538] (*Traité CE*) prévoit plusieurs recours en faveur des personnes privées, mais leur intérêt dans la perspective de la présente thèse doit être relativisé en raison des importantes différences juridiques et institutionnelles entre la Communauté européenne et l'OMC.

---

[536] La construction européenne a évolué de manière significative depuis la création des trois communautés originales de l'après-guerre. La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA, 1951), la Communauté économique européenne (CEE, 1957) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom, 1957) ont été incorporées dans un ensemble plus grand — l'Union européenne (UE) — en 1992. Les Communautés européennes forment désormais le premier « pilier » de l'UE et partagent des institutions supranationales communes; la CEE a de plus subi au passage un changement de dénomination pour dorénavant s'appeler simplement la Communauté européenne (CE), marquant son évolution d'une entité strictement économique vers une entité davantage sociale et politique. La CECA s'est éteinte le 23 juillet 2002 et le commerce du charbon et de l'acier est alors retombé dans le régime communautaire général. Outre ce premier pilier, l'UE en comporte également un second, consistant en la politique étrangère et de sécurité commune, et un troisième, consistant en la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Il faut noter que les deuxième et troisième piliers relèvent plutôt de la collaboration intergouvernementale et ne comportent donc pas d'institutions supranationales. Voir généralement J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999 aux pp. 21-58, 237-240; P. Craig et G. de Búrca, *EU Law : Text, Cases and Materials*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 1998 aux pp. 3-48. Seule nous intéresse pour les fins de la présente thèse la CE, qui vise notamment à libéraliser le commerce entre ses États membres, par l'établissement d'un marché commun et d'une union économique et monétaire, en garantissant la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux ainsi que des personnes.

[537] L'UE comportait 15 États membres depuis 1995, auxquels dix nouveaux se sont joints le 1er mai 2004. La Convention européenne sur l'avenir de l'Europe a été convoquée lors du Conseil européen de Laeken en décembre 2001. Elle visait à formuler des propositions de réformes dans la perspective de cet élargissement; ses travaux ont conduit à l'adoption, en juillet 2003, d'un projet de traité visant à simplifier et à réaménager les différents traités constitutifs de l'UE. Voir CE, Convention européenne, *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Luxembourg, CE, 2003, reproduit dans [2003] J.O.C.E. n° C 169/1. Pour être adopté formellement, ce *Projet de Traité* doit d'abord être ratifié par les 25 États membres de l'Union européenne, par la voie parlementaire, la voie référendaire ou encore une combinaison des deux, selon les règles constitutionnelles propres à chacun des pays. S'il est dûment ratifié par tous les États membres, ce qui n'est pas acquis, le *Projet de Traité* doit entrer en vigueur au plus tôt le 1er novembre 2006. CE, *Ratification de la Constitution européenne : État des lieux*, en ligne : CE <europa.eu.int/constitution/referendum.fr.htm> (date d'accès : 14 mai 2005).

[538] *Traité instituant la Communauté européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 16 (entrée en vigueur : 1er janvier 1958; modifié pour la dernière fois par le *Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 26 février 2001, [2001] J.O.C.E. n° C 80/1, entré en vigueur le 1er février 2003; version consolidée publiée dans [2002] J.O.C.E. n° C 325/1) [ci-après *Traité CE*].

Seuls certains différends entre particuliers et institutions communautaires peuvent être portés devant son organe juridictionnel, la Cour de justice des Communautés européennes[539], qui peut par ailleurs connaître des différends entre États membres ainsi que de ceux opposant les États membres et les institutions communautaires. Les différends entre États membres et personnes privées portant sur le *Traité CE* ou sur le droit communautaire dérivé d'application générale ne peuvent pas être entendus directement par la Cour de justice, qui ne pourra être amenée à le faire que par le biais du mécanisme du renvoi préjudiciel. Cependant, le principe de l'effet direct du droit communautaire développé par la Cour de justice a pour résultat de permettre aux personnes privées de contester certaines violations du droit communautaire de l'État membre non pas devant l'organe juridictionnel de la Communauté, mais plutôt devant ses tribunaux nationaux.

Le projet de traité constitutionnel proposé par la Convention européenne n'altère pas l'état du droit à cet égard : il ne crée pas de nouveaux recours en faveur des personnes privées[540]. Cependant, il propose l'abolition de la structure actuelle en trois piliers et l'absorption de la Communauté européenne dans l'Union européenne, qui deviendrait la seule entité juridique personnifiant la construction européenne, ce qui aurait pour effet

---

[539] Un usage très répandu dans la doctrine anglo-saxone veut que l'on se réfère à la Cour de justice des Communautés européennes, la *Court of Justice of the European Communities*, comme étant la *European Court of Justice* (ECJ). Ce raccourci sémantique est doublement trompeur : d'une part, il sème la confusion quant à savoir si l'on se réfère à la Cour de Luxembourg ou à celle de Strasbourg, c'est-à-dire à la Cour de justice des Communautés européennes ou à la Cour européenne des droits de l'homme; d'autre part, elle insinue que la Cour de justice des Communautés européennes est le pendant régional de la Cour internationale de justice, ce qui est faux et induit en erreur sur sa compétence, qui ne saurait être étendue à tous les conflits entre États européens, puisqu'elle ne vise que les différends entre les membres des Communautés européennes et mettant en cause le droit communautaire. La compétence de la Cour de justice pour entendre tout différend entre États membres, en connexité avec l'objet du *Traité CE*, moyennant un compromis à cet effet, pourrait peut-être justifier cette appellation dans une certaine mesure. Voir *infra* la note 566. Cet usage semble cependant en voie d'être consacré juridiquement, puisque le projet de traité constitutionnel adopté par la Convention européenne parle désormais de la « Cour de justice européenne ». *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *supra* note 537, art. 28.

[540] Seules deux modifications proposées sont dignes de mention. D'une part, les institutions européennes se voient octroyer la faculté de créer des tribunaux spécialisés, chargés d'entendre certaines catégories de recours en première instance, concernant des matières spécifiques; cette proposition fait fond sur la modification déjà apportée par le *Traité de Nice*, qui a permis aux institutions communautaires de créer des chambres juridictionnelles pour connaître en première instance de certains litiges dans des domaines spécifiques. D'autre part, le Tribunal de première instance est rebaptisé Tribunal de grande instance. *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *ibid.* art. I-28 et III-264; *Traité CE*, *supra* note 538, art. 220 al. 2 et 225A. Voir P.-A. Féral, « Prochaine naissance d'une nouvelle juridiction communautaire : vers un système juridictionnel à trois degrés? » J.C.P. A. 2004.9.265; A. Johnston, « Judicial Reforms and the Treaty of Nice » (2001) 38 C.M.L. Rev. 499.

d'étendre la compétence matérielle de la Cour de justice aux matières relevant actuellement des deuxième et troisième piliers[541].

a) La supranationalité et l'interpénétration des sphères communautaires et nationales

La différence fondamentale entre la Communauté européenne et les autres intégrations économiques multilatérales ou régionales réside dans son caractère supranational, ses États membres lui ayant dévolu une partie de leur souveraineté. Des institutions communautaires autonomes ont été créées, jouissant de pouvoirs de nature législative — d'où émane le droit communautaire dérivé — ainsi que de nature judiciaire. La Commission, qui constitue l'administration communautaire, propose les actes qui sont adoptés par le Conseil et le Parlement européen[542]; la Cour de justice — véritable tribunal judiciaire — est l'organe juridictionnel de la Communauté européenne et un Tribunal de première instance lui est adjoint[543]. La Communauté européenne comporte une union douanière entre ses États membres, ce qui explique que celle-ci les représente dans l'enceinte de l'OMC, et douze d'entre eux ont en outre réalisé une union monétaire en abandonnant leur monnaie nationale au profit de l'euro, leur politique monétaire relevant désormais de la Banque centrale européenne. La plupart des recours prévus par le *Traité CE* participent donc de ces caractéristiques et cela doit encore une fois être souligné pour bien mesurer leur intérêt pour les fins de la présente thèse.

---

[541] La compétence de la Cour de justice demeurerait toutefois plus restreinte en matière de politique étrangère et de sécurité commune, de politique de sécurité et de défense commune, ainsi que concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice. *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *ibid.* art. III-282 et III-283.

[542] Le Conseil est composé d'un représentant de rang ministériel de chaque État membre; il adopte les actes à la majorité qualifiée ou à l'unanimité dépendant de la procédure requise par le traité. *Traité CE*, *supra* note 538, art. 202-210, 250-252. Le Parlement européen est élu directement par les citoyens des États membres et participe à la procédure d'adoption des actes communautaires (*ibid.* art. 189-201). La Commission veille à l'application du *Traité CE*, participe à la formation des actes du Conseil et du Parlement et dispose de son propre pouvoir de décision, elle est composée de fonctionnaires et dirigée par les Commissaires, qui sont nommés par les États membres (*ibid.* art. 211-219). Ces institutions peuvent adopter des règlements (actes de nature législative ayant une portée générale et étant directement applicables dans les États membres), des directives (actes de nature législative liant les États membres mais devant être transposés par des mesures nationales pour prendre effet), des décisions (actes liant leur destinataires exclusivement) ainsi que des recommandations et des avis (actes non obligatoires) (*ibid.* art. 249).

[543] *Ibid.* art. 220-245.

Le mécanisme du renvoi préjudiciel permet à la Cour de justice d'entendre les questions mettant en cause l'interprétation du *Traité CE*, ou la validité et l'interprétation du droit communautaire dérivé, soulevées à l'occasion d'une affaire devant un tribunal national; il ne s'agit cependant pas d'un droit d'action direct des personnes privées, puisque la décision de demander une question préjudicielle relève exclusivement du juge national[544]. Celui-ci est cependant obligé de faire un renvoi lorsque sa décision n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne; en outre la Cour de justice a également dégagé l'obligation jurisprudentielle de renvoyer toute question relative à la déclaration d'invalidité d'un acte communautaire, qui relève donc exclusivement de sa compétence[545]. L'idée sous-jacente au renvoi préjudiciel est celle d'assurer l'uniformité de l'interprétation du droit communautaire, ce qui suppose donc que le *Traité CE* fasse partie de l'ordre juridique interne des États membres, pour que les juridictions nationales puissent en connaître, chose qui s'avère d'autant plus importante au vu du principe de l'effet direct qui permet aux juridictions nationales d'appliquer certaines disposition du droit communautaire conférant des droits aux personnes privées. Certes, le mécanisme ne permet pas à la Cour de justice d'invalider elle-même le droit national d'un État membre; le principe de la primauté du droit communautaire signifie toutefois que le tribunal national ayant fait le renvoi doit prononcer cette invalidité dans la mesure où l'interprétation du droit communautaire rendue par la Cour de justice fait apparaître un manquement de l'État membre à ses obligations internationales[546]. Il faut noter

---

[544] *Ibid.* art. 234. Le *Traité de Nice* a rendu possible pour le Tribunal de première instance de connaître des renvois préjudiciels dans des matières spécifiques à être déterminées par le statut de la Cour de justice. Si le renvoi implique une décision de principe pouvant affecter l'unité ou la cohérence du droit communautaire, le Tribunal peut la renvoyer d'office à la Cour de justice (*ibid.* art. 225(3)). Les conditions d'exercice du renvoi préjudiciel sont plus strictes en matières de visas, d'asile et d'immigration, matières qui relevaient du troisième pilier et qui ont été communautarisées par le *Traité d'Amsterdam* : seul le tribunal national de dernière instance peut l'exercer (*ibid.* art. 68). *Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 22 octobre 1997, [1997] J.O.C.E. n° C 340/1. Un mécanisme facultatif de renvoi préjudiciel est également ouvert aux États membres en ce qui concerne le troisième pilier de l'Union européenne, portant sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale. *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, [1992] J.O.C.E. n° C 191/1, art. 35 (entrée en vigueur : 1er novembre 1993; modifié pour la dernière fois par le *Traité de Nice*; version consolidée publiée dans [2002] J.O.C.E. n° C 325/1).

[545] Rideau, *supra* note 536 à la p. 855. Voir *Firma Foto-Frost* c. *Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, [1987] Rec. C.J.C.E. 4199. En cas d'omission de la juridiction nationale de faire un renvoi préjudiciel obligatoire, un recours en manquement est alors disponible contre cet État membre, quoiqu'un tel recours n'a jamais été intenté dans ces circonstances et que la Commission a fait savoir qu'elle n'en intenterait jamais sur cette base.

[546] Craig et de Búrca, *supra* note 536 à la p. 409.

incidemment que le renvoi préjudiciel est la plus grande source d'affaires entendues par la Cour de justice et partant, qu'il contribue largement au développement du droit communautaire[547].

Bien que les parties au litige devant le tribunal national ne puissent prendre la décision de faire un renvoi préjudiciel, elles se voient toutefois reconnaître certains droits procéduraux devant la Cour de justice une fois l'affaire renvoyée devant celle-ci par le juge national : ces dernières peuvent en effet présenter des observations écrites et orales, ainsi que tout État membre et la Commission, cette dernière jouant un rôle d'*amicus curiae* puisqu'elle dépose systématiquement des observations[548]. La décision préjudicielle de la Cour de justice a un effet *erga omnes*, liant non seulement le tribunal national à l'origine du renvoi mais aussi les institutions communautaires et les autorités nationales chargées d'appliquer le droit communautaire, ce qui a entraîné une véritable redéfinition de l'architecture judiciaire dans les États membres de la Communauté européenne, déplaçant la Cour de justice vers le sommet de la hiérarchie pour tout ce qui a trait aux matières touchées par le *Traité CE*[549]. En somme, le renvoi préjudiciel constitue une véritable voie d'accès indirecte à la Cour de justice pour les différends portant sur la mise en œuvre du droit communautaire entre personnes privées, ou entre personne privée et État membre.

Les personnes privées n'ont cependant pas le droit de saisir la Cour de justice directement pour trancher leurs différends avec un État membre en cas de violation du droit communautaire. Elles ne peuvent pas invoquer la responsabilité internationale de l'État membre devant celle-ci, mais elles ne sont pas sans recours en cas de violation du droit communautaire par un État membre. Outre la possibilité qu'un renvoi préjudiciel amène le juge national à constater la violation du droit communautaire par un État membre, la jurisprudence de la Cour de justice a reconnu que certaines dispositions du *Traité CE* avaient un effet direct — ou une applicabilité directe —, conférant des droits

---

[547] Rideau, *ibid.*à la p. 840. Voir Craig et de Búrca, *ibid.* aux pp. 406, 446.

[548] *Protocole sur le statut de la Cour de justice*, [2002] J.O.C.E. n° C 325/167, art. 20; Rideau, *ibid.*à la p. 861. Voir la partie 3.2.1, ci-dessous, pour une discussion sur la participation d'*amicus curiae* devant les juridictions internationales et à l'OMC.

[549] Rideau, *ibid.* aux pp. 868-872; Craig et de Búrca, *ibid.* aux pp. 414-418. Voir *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA* c. *Ministère de la Santé*, C-283/81, [1982] Rec. C.J.C.E. 3415; *Da Costa en Schaak NV, Jacob Meijer NV et Hoechst-Holland NV* c. *Nederlandse Belastingadministratie*, C-28-30/62, [1963] Rec. C.J.C.E. 31.

aux personnes privées dans l'ordre juridique interne des États membres, sans que des mesures nationales ne soient nécessaires pour qu'ils puissent être invoqués :

> « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants; [...] partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »[550].

Ce principe phare du droit communautaire fait en sorte que les personnes privées peuvent invoquer la violation de ces dispositions devant les tribunaux nationaux des États membres et, avec le concours du principe de la primauté du droit communautaire, rend inapplicable toute disposition de droit national incompatible[551]. La Cour de justice a en effet dégagé très tôt le principe suivant lequel l'ordre juridique communautaire primait sur l'ordre juridique national[552]. Si au départ les critères permettant d'identifier les dispositions du *Traité CE* ayant un effet direct étaient que « la disposition [devait] être claire, précise, complète et juridiquement parfaite et énonçant une obligation inconditionnelle », la jurisprudence de la Cour de justice a évolué pour ne plus retenir que celui du caractère inconditionnel et précis de la disposition[553].

La distinction entre effet direct vertical et effet direct horizontal s'est également développée, le premier visant les dispositions pouvant être invoquée à l'encontre des États membres, le second celles pouvant l'être à l'encontre d'autres personnes privées, telles que les règles du droit de la concurrence posées par le *Traité CE*, ce qui n'a pas empêché que certaines dispositions puissent avoir un effet direct à la fois vertical et horizontal[554]. C'est donc dire que le principe de l'effet direct permet aussi aux tribunaux

---

[550] *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos* c. *Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, [1963] Rec. C.J.C.E. 3, à la p. 23 [ci-après affaire *Van Gend en Loos*]. Pour un inventaire des dispositions du *Traité CE* dont l'effet direct a été reconnu par la Cour de justice, voir Rideau, *supra* note 536 aux pp. 820-822. Voir aussi Craig et de Búrca, *ibid.* aux pp. 164-168.

[551] Rideau, *supra* note 536 à la p. 818. Voir *Firma gebrueder Lueck* c. *Hauptzollamt Koeln-Rheinau*, C-34/67, [1968] Rec. C.J.C.E. 359; *Amministrazione delle Finanze dello Stato* c. *Simmenthal SpA*, C-106/77, [1978] Rec. C.J.C.E. 629.

[552] Voir *Flaminio Costa* c. *E.N.E.L.*, C-6/64, [1964] Rec. C.J.C.E. 1141.

[553] Rideau, *supra* note 536 à la p. 820; Craig et de Búrca, *ibid.* aux pp. 168-175. Voir *Reyners* c. *Belgique*, C-2/74, [1974] Rec. C.J.C.E. 631.

[554] Rideau, *ibid.* à la p. 822.

nationaux d'entendre les différends entre personnes privées portant sur le *Traité CE* (dans la mesure où le différend a trait à des dispositions ayant un effet direct bien entendu). Quant au droit communautaire dérivé, c'est-à-dire aux mesures prises par les institutions communautaires, il peut également se voir reconnaître un effet direct. Si les règlements ont par essence un effet direct suivant le texte même du traité, les décisions et même les directives se sont aussi vues reconnaître un effet direct par la Cour de justice, quoique les conditions de l'effet direct des directives demeurent controversées[555]. Le concept d'effet indirect des directives s'est également développé, en référence à la nécessité d'interpréter le droit national à la lumière des directives, même si elles n'ont pas été transposées par un État membre[556].

b) Recours des personnes privées contre les institutions communautaires

Les personnes privées bénéficient en outre d'une série de recours devant le Tribunal de première instance[557], mais ceux-ci ont tous trait aux différends qu'elles peuvent avoir avec les institutions communautaires, que cela résulte de leurs activités législatives ou de la prise ou l'omission de prendre des décisions individuelles. Ces recours ne permettent pas aux personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale des États membres de la Communauté européenne, mais plutôt d'invoquer celle de la Communauté et de ses institutions.

Ainsi faut-il d'abord mentionner le recours en annulation, qui permet de contrôler la légalité des actes des institutions communautaires, ainsi que le recours en carence, qui

---

[555] *Traité CE*, *supra* note 538, art. 249; Rideau, *supra* note 536 aux pp. 823-829; Craig et de Búrca, *ibid.* aux pp. 177-178, 211.

[556] Craig et de Búrca, *ibid.* à la p. 198. Voir *Von Colson et Kamann* c. *Land Nordrhein-Westfalen*, C-14-83, [1984] Rec. C.J.C.E. 1891.

[557] Les décisions du Tribunal de première instance peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour de justice, limité aux questions de droit. *Traité CE*, *supra* note 538, art. 225. Voir CE, *Décision 88/591 instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, [1988] J.O.C.E. n° L 319/1; CE, *Décision 93/350 du Conseil modifiant la Décision 88/591 instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, [1993] J.O.C.E. n° L 144/21; CE, *Décision 94/149 du Conseil portant modification de la Décision 93/350 du Conseil modifiant la Décision 88/591 instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, [1994] J.O.C.E. n° L 66/29.

permet de sanctionner l'abstention illégale d'agir de ces mêmes institutions[558]. L'accès des personnes privées à ces recours est limité aux décisions dont elles sont les destinataires ainsi qu'à celles qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, les concernent directement et individuellement, de même qu'aux manquements de leur avoir adressé un acte, autre qu'une recommandation ou un avis, dont elles auraient dues être les destinataires[559]. Ces conditions de recevabilité strictes ont fait en sorte qu'il était difficile pour les personnes privées d'exercer ces recours, limitant leur portée pratique et donc l'accès des personnes privées à la justice communautaire. Malgré de nombreuses critiques à cet égard, la Cour de justice s'est bien gardée d'en élargir l'accès, préférant voir les personnes privées s'adresser à leurs tribunaux nationaux pour que ceux-ci fassent éventuellement un renvoi préjudiciel, laissant aux États membres le soin d'élargir l'accès à ces recours par une modification du traité[560].

Les personnes privées ne peuvent donc pas utiliser le recours en annulation pour attaquer la validité des actes communautaires à caractère général tels que les règlements ou les directives. Elles peuvent cependant le faire indirectement, de deux manières. D'une part, comme la Cour de justice l'a rappelé, elles peuvent soulever la question dans le cadre d'un litige devant les tribunaux nationaux d'un État membre, celle-ci devant ensuite être posée à la Cour de justice par le juge national au moyen d'un renvoi préjudiciel. D'autre part, elles peuvent aussi le faire en formant une exception d'illégalité, qui permet de contester la légalité d'un règlement communautaire de façon incidente, dans le cadre d'un recours pris devant le Tribunal de première instance ou la Cour de justice, mais ne

---

[558] *Traité CE*, *ibid.* art. 230, 232. Il faut mentionner que ces recours sont également ouverts aux États membres, au Conseil, à la Commission, au Parlement européen, à la Cour des comptes et à la Banque centrale européenne. L'intérêt à agir des quatre premiers n'est pas assorti de conditions particulières, puisqu'ils sont considérés comme les opérateurs constitutionnels de la Communauté européenne; c'est pourquoi ils sont désignés comme étant les « requérants privilégiés ». La Banque centrale européenne et la Cour des comptes peuvent utiliser ces recours uniquement pour sauvegarder leurs prérogatives.

[559] La jurisprudence récente de la Cour de justice assimile les conditions du recours en carence pour les personnes privées à celles du recours en annulation. Rideau, *supra* note 536 à la p. 742.

[560] *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)* c. *Conseil*, C-50/00P [2002] Rec. C.J.C.E. I-6677; A. Albors-Llorens, « The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures : Has the European Court Missed the Boat? » (2003) 62 Cambridge L.J. 72, 92; A. Ward, « Judicial Architecture at the Cross-Roads : Private Parties and Challenge to EC Measures Post-Jégo Quéré » (2001) 4 Cambridge Y.B. Eur. Leg. Stud. 413 aux pp. 442-444. Voir aussi A. McDonagh, « Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire : le cas de l'article 175 du *Traité CE* » (1994) 30 C. de D. eur. 606.

visant pas directement cet acte[561]. L'exception d'illégalité est limitée aux règlements par le texte du *Traité CE*, mais la jurisprudence de la Cour a donné une interprétation large au recours, permettant qu'il soit exercé contre un acte communautaire de portée générale produisant des effets analogues à un règlement[562].

Le recours en sanction permet aux personnes privées de contester les sanctions imposées par les institutions communautaires en vertu d'un règlement[563], alors que le recours en indemnité leur permet d'invoquer la responsabilité extracontractuelle de la Communauté européenne devant le Tribunal de première instance[564]. Cette dernière hypothèse permet aux personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de la Communauté, pour obtenir réparation de leur préjudice, écartant donc l'application de la théorie de la protection diplomatique en remédiant à leur incapacité d'invoquer la responsabilité internationale de cette organisation internationale. Elle leur permet aussi de pallier l'impossibilité d'attraire celle-ci devant les tribunaux nationaux des États membres ou d'États tiers, en raison de son immunité juridictionnelle. En outre, un recours auprès du Tribunal de première instance est également ouvert aux fonctionnaires de la Communauté en ce qui concerne leurs différends avec les institutions communautaires, et les différends entre la Communauté et ses cocontractants peuvent être entendus par la Cour de justice si une clause compromissoire le stipule dans le contrat[565].

### c) Recours des personnes privées contre les États membres

L'invocation de la responsabilité internationale des États membres échappe aux personnes privées dans la Communauté européenne, où le paradigme interétatique demeure et seuls les autres États membres ou l'organisation internationale elle-même —

---

[561] *Traité CE*, *supra* note 538, art. 241; Rideau, *supra* note 536 aux pp. 749-754.
[562] Voir *Simmenthal* c. *Commission*, C-92/78, [1979] Rec. C.J.C.E. I-777.
[563] *Traité CE*, *supra* note 538, art. 229. Voir par ex. les pouvoirs de la Commission en matière de droit de la concurrence dans CE, *Règlement 17/62 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité*, [1962] J.O.C.E. n° L 13/204.
[564] *Traité CE*, *ibid.* art. 235, 288(2). Ce recours est également ouvert aux États membres et constitue la seule façon de poursuivre la Communauté en responsabilité extracontractuelle. *Granaria* c. *Hoofdproduktchap voor Akkerbouwprodukten*, C-101/78, [1979] Rec. C.J.C.E. 623; Rideau, *supra* note 536 à la p. 759.
[565] *Traité CE*, *ibid.* art. 236, 238.

par le truchement de sa Commission — ont l'intérêt et la capacité juridiques pour le faire. De manière analogue aux autres accords d'intégration économique régionale ou multilatérale, qui prévoient habituellement l'exclusivité de leur mécanisme de règlement des différends, la Cour de justice est l'unique forum pour connaître des différends entre États membres qui mettent en cause l'interprétation ou l'application du *Traité CE*[566]. Un recours spécifique est prévu en cas de manquement d'un État membre aux obligations que lui impose le *Traité CE*, recours qui peut être intenté soit par un autre État membre, soit par la Commission[567]. Ce recours en manquement ne peut pas être exercé par les personnes privées, qui ne peuvent donc pas invoquer la responsabilité internationale d'un État membre devant la Cour de justice pour violation du *Traité CE*. L'intérêt juridique des États membres pour invoquer la responsabilité de l'État membre n'étant soumis à aucune condition particulière, outre celle d'interpeller la Commission dans un premier temps, c'est donc qu'une véritable *actio popularis* étatique existe en droit communautaire en cas de violation du *Traité CE*.

Les personnes privées peuvent en revanche invoquer responsabilité d'un État membre pour violation du *Traité CE* devant ses tribunaux nationaux, et c'est là une caractéristique fondamentale de la Communauté européenne pour les fins qui nous intéressent. En cas de manquement à ses obligations, le système du *Traité CE* fait en sorte que la responsabilité de l'État membre est engagée dans son propre ordre juridique national, rendant possible l'invocation de cette responsabilité par les personnes privées lésées devant ses tribunaux nationaux[568]. Cela illustre encore une fois le caractère non pas international mais bien supranational de la Communauté européenne, compte tenu de l'imbrication et l'interpénétration des sphères communautaire et nationale.

---

[566] *Ibid.* art. 292. *Cf.* le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 23. La Cour de justice peut en outre connaître de tout litige entre États membres en connexité avec l'objet du traité, si un compromis le lui soumet. *Traité CE*, *ibid.* art. 239.

[567] *Traité CE*, *ibid.* art. 226-227. Il est intéressant de noter que les États membres intentent rarement des recours en manquement contre un autre État membre, et qu'ils préfèrent plutôt laisser à la Commission le soin de le faire. Rideau, *supra* note 536 à la p. 889.

[568] *Francovich et Bonifaci* c. *Italie*, C-6/90 et C-9/90, [1991] Rec. C.J.C.E. I-5357, aux paragr. 35-37; *Brasserie du pêcheur SA* c. *Bundesrepublik Deutshland et The Queen/Secretary of state for Transport ex parte : Factortame Ltd et al.*, C-46/93 et C-48/93, [1996] Rec. C.J.C.E. I-1029, au paragr. 23 [ci-après *Brasserie du pêcheur SA*]. Voir Rideau, *ibid.*aux pp. 894-901.

On a vu que la violation du droit communautaire par un État membre pouvait apparaître suite au prononcé d'un arrêt en manquement ou d'un arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice. Pour obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait de cette violation, les personnes privées doivent donc s'adresser aux tribunaux nationaux de l'État responsable. Les conditions de forme et de fond de la responsabilité de l'État membre ne sont que très peu encadrées par le droit communautaire, qui renvoie pour l'essentiel au droit national de la responsabilité de l'État en tant que puissance publique. Ces conditions dépendent d'abord de la nature de l'obligation communautaire violée, selon qu'il s'agisse d'une disposition sans effet direct — tel que pour transposition incorrecte d'une directive — ou d'une disposition ayant un effet direct. Dans le cas de la non transposition d'une directive, l'État responsable doit réparer le préjudice subi par une personne privée si trois conditions sont remplies : le résultat prescrit par la directive vise à attribuer des droits aux personnes privées; le contenu de ces droits est identifiable sur la base de la directive; il y a un lien de causalité entre la violation et le préjudice subi par la personne privée[569]. Dans le cas de la violation de dispositions ayant un effet direct, la responsabilité de l'État est aussi engagée si trois conditions sont remplies : la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux personnes privées; la violation est suffisamment caractérisée, ce qui ressortira d'une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent au pouvoir d'appréciation de l'État membre; il y a un lien de causalité entre la violation et le préjudice subi par la personne privée[570].

Pour le reste, le droit communautaire renvoie au droit national de la responsabilité de la puissance publique mais pose deux conditions supplémentaires, évoquant une certaine norme de traitement national et une autre de traitement minimal. Les règles nationales ne doivent pas être moins favorables que pour une réclamation interne similaire concernant la responsabilité de la puissance publique, et elles ne doivent pas non plus rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible l'obtention d'une réparation, ce qui rappelle le concept de déni de justice[571].

---

[569] *Francovich et Bonifaci* c. *Italie*, *ibid.* au paragr. 40.
[570] *Brasserie du pêcheur SA*, *ibid.* au paragr. 51.
[571] *Francovich et Bonifaci* c. *Italie*, *ibid.* au paragr. 43.

Ce schéma est d'une importance capitale pour la présente thèse : dans la Communauté européenne, les personnes privées ne peuvent pas invoquer la responsabilité internationale de l'État membre pour violation du *Traité CE*, elles sont renvoyées dans l'ordre juridique interne où la responsabilité de l'État peut être invoquée, ce qui suppose une interpénétration de la sphère juridique communautaire et de la sphère juridique nationale. L'incapacité des personnes privées au plan international est donc palliée au moyen du rattachement de l'ordre juridique communautaire à l'ordre juridique de l'État membre responsable, tablant sur leur capacité d'invoquer la responsabilité de l'État au plan national. Ce schéma ne comble pas l'incapacité de principe des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État au plan international; il ne remet pas en question l'institution de la protection diplomatique, mais en atténue les difficultés en faisant fond sur la capacité des personnes privées au plan national.

L'exemple communautaire apparaît donc être surfait dans le dossier de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. À tout le moins, il semble y avoir méprise quant à la capacité des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. Ce que cet exemple enseigne véritablement, c'est que le moyen le plus efficace et réaliste pour atténuer cette incapacité des personnes privées, en matière économique, est probablement l'amélioration de l'intégration du droit international conventionnel à l'ordre juridique interne de l'État, où celui-ci ne peut échapper à ses engagements, et où les personnes privées ont indéniablement la personnalité juridique et la capacité d'agir devant les tribunaux.

### 2.2.2 L'*Accord de libre-échange nord-américain* (*ALÉNA*)

L'idée de créer une zone de libre-échange en Amérique du Nord n'est pas nouvelle. Elle est attribuée, dans sa forme moderne, au président américain Ronald Reagan, qui l'évoqua dès le début de sa présidence en 1981[572]. Les négociations visant à

[572] Voir Ph. Moreau Defarges, *Relations internationales : 2. Questions mondiales*, 4ème éd., Paris, Seuil, 2000 à la p. 154. Cette idée a des racines plus anciennes, puisque déjà en 1974, le Congrès américain encourageait spécialement le Président à entreprendre des négociations avec le Canada dans le but de créer une zone de libre-échange entre les deux pays, dans une nouvelle loi sur le commerce extérieure qui visait à

accroître l'intégration économique nord-américaine menèrent dans un premier temps à la signature de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* (*ALÉ*) en 1987[573]. La conclusion de l'*ALÉ* fut un fait marquant dans l'histoire des accords de commerce international, car il s'agissait de la première fois que les États-Unis consentaient à libéraliser leur commerce avec un autre État à une aussi vaste échelle. La zone de libre-échange créée par l'*ALÉ* a été étendue au Mexique et approfondie davantage quelques années plus tard, par la conclusion de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (*ALÉNA*)[574]. L'importance de ce traité régional découle notamment du fait que l'une de ses parties est la première puissance économique mondiale, et qu'il intègre un pays en voie de développement dans un processus d'intégration économique régionale entre pays développés, chose rare sinon inusitée. Elle découle surtout, pour les fins qui nous intéressent, de l'accroissement de la capacité internationale des personnes privées qu'il a opéré dans certains domaines.

La portée matérielle de l'*ALÉNA* est assez ambitieuse, puisqu'il vise à approfondir l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires au sein de la zone de libre-échange nord-américaine, tout en réaffirmant le principe de la non-discrimination dans les relations commerciales internationales au moyen de la clause du traitement national. Il vise non seulement le commerce des produits mais aussi celui des services; il libéralise en outre l'octroi des marchés publics et l'investissement étranger direct, et il crée un régime

---

rétablir la balance commerciale des États-Unis et à redynamiser leurs relations commerciales internationales. Voir *Trade Act of 1974*, Pub. L. No. 93-618, § 612, 88 Stat. 1978 à la p. 2076 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. § 2486). On a aussi vu que le Canada et les États-Unis avaient conclu un accord commercial bilatéral dans les années 1930, dans le cadre du *Trade Agreement Program* des États-Unis, qui fut le précurseur du système commercial multilatéral. Voir *supra* la note 48 et le texte correspondant. Une première tentative de libéralisation du commerce canado-américain avait en outre eu lieu à l'époque coloniale britannique, en 1854, par la conclusion d'un traité de réciprocité entre les États-Unis et le Royaume-Uni, concernant le Canada. Voir généralement P. Trudel, *Le traité de réciprocité 1854*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1968; D.C. Masters, *The Reciprocity Treaty of 1854*, Toronto, McClelland and Stewart, 1963.

[573] *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 22 décembre 1987, R.T. Can 1989 n° 3, 27 I.L.M. 281, 7 D.J.I. 209 (entrée en vigueur : 1er janvier 1989) [ci-après *ALÉ*].

[574] *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur : 1er janvier 1994) [ci-après *ALÉNA*]. Malgré la conclusion de l'*ALÉNA*, l'*ALÉ* demeure toujours en vigueur, mais est suspendu dans la mesure où ses dispositions sont remplacées par celles de l'*ALÉNA*; si ce dernier devait être dénoncé, la suspension de l'*ALÉ* serait levée et il reprendrait son application. L'*ALÉ* constitue donc une garantie supplémentaire de la libéralisation du commerce entre le Canada et les États-Unis, en cas d'échec de l'*ALÉNA*. A.L.C. de Mestral, « The North American Free Trade Agreement: A Comparative Analysis » (1998) 275 Rec. cours 229 à la p. 259 [ci-après De Mestral, « Comparative Analysis »]. Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 82, art. 30(3) et 59(2).

commun de protection de la propriété intellectuelle. Cette ambition connaît toutefois d'importantes limites : la circulation des personnes est très peu libéralisée et aucune union douanière ou monétaire n'est réalisée entre les Parties. L'adoption de règles communes concernant l'imposition de droits antidumping et compensateurs n'a pas été possible, encore moins leur abolition au profit d'un droit de la concurrence commun. Le cadre institutionnel mis en place pour veiller à la réalisation de la zone de libre-échange est très rudimentaire et entièrement sous le contrôle des Parties; seule une Commission du libre-échange a été créée, composée de représentants de chaque Partie ayant rang ministériel et chargée de diriger la mise en œuvre de l'*ALÉNA*[575]. Enfin, les règles prévues par le traité ne jouissent d'aucune supranationalité et le processus d'intégration économique est donc cantonné strictement au plan international. L'ensemble de ces caractéristiques a grandement influencé la place des personnes privées dans le règlement des différends mettant en cause l'*ALÉNA*.

La mise sur pied d'un mécanisme de règlement des différends efficace était au cœur des préoccupations du gouvernement canadien au cours des négociations ayant précédé la conclusion de l'*ALÉ*. Vu l'inégalité entre les deux partenaires, le Canada ne pouvait en effet compter sur sa seule puissance politique et économique pour assurer le respect des engagements réciproques des Parties[576]. La question était d'une grande acuité considérant le fait que le Canada avait été particulièrement touché par le protectionnisme américain, au cours des années 1980, en raison de l'imposition de droits antidumping et compensateurs[577]. Ces préoccupations se sont répercutées par la création d'un mécanisme spécial de règlement des différends en matière d'imposition de ces droits, qui offre un rôle de premier plan aux personnes privées, mais qui sera examiné plus loin parce qu'il appartient au domaine du proto-droit international de la concurrence[578]. L'incorporation de règles opérant la libéralisation de l'investissement étranger direct dans l'*ALÉNA* a aussi eu pour effet significatif de créer un recours international pour les personnes

---

[575] *ALÉNA*, *ibid.* art. 2001-2002. Un Secrétariat composé de sections nationales établies par chaque Partie est aussi mis sur pied afin de prêter assistance à la Commission.

[576] Voir R. Hage, « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement » (1990) 28 A.C.D.I. 361 aux pp. 361-362; W.C. Graham, « Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship » (1992) 37 R.D. McGill 544 aux pp. 551-552.

[577] Graham, *ibid.*

[578] Voir la partie 2.5.2, ci-dessous, pour une discussion sur le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 19 de l'*ALÉNA*.

privées, participant davantage de ce domaine propre du droit international économique, et qui sera examiné dans la prochaine section[579].

Pour toutes les autres matières visées par l'*ALÉNA*, le mécanisme général de règlement des différends qui était prévu par l'*ALÉ* a été globalement repris : il est purement interétatique et ne réserve aucune place aux personnes privées[580]. Ce mécanisme, moins juridictionnalisé que celui de l'OMC, rappelle le mécanisme du *GATT de 1947*, sur lequel les parties au litige conservaient le contrôle. L'incapacité de principe des personnes privées au plan international n'est donc pas altérée en ce qui concerne toutes les matières visées par l'*ALÉNA*, à l'exception de l'imposition de droits antidumping et compensateurs et de l'investissement étranger direct. Sous cette réserve, la théorie de la protection diplomatique reçoit donc la même application dans le cadre de l'*ALÉNA* que dans celui de l'OMC. Par contre, l'*ALÉNA* comporte une ébauche de mécanisme qui rappelle vaguement le système du renvoi préjudiciel de la Communauté européenne, qui pourrait intéresser les personnes privées.

---

[579] Voir la partie 2.3.2, ci-dessous, pour une discussion du mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

[580] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1415(5), 2003-2019. Les Parties doivent dans un premier temps se consulter sur toute question pouvant affecter le fonctionnement de l'*ALÉNA*; ces consultations sont engagées à la demande d'une Partie et une troisième Partie peut y participer si elle estime avoir un intérêt substantiel à l'égard de la question en litige. En cas d'échec des consultations pour prévenir le différend, une Partie ayant participé aux consultations peut demander à la Commission du libre-échange d'intervenir afin de faciliter le règlement du différend en ayant notamment recours aux bons offices, à la conciliation ou la médiation; c'est à ce stade que le différend doit être circonscrit de manière plus spécifique par l'identification de la mesure ou de la question faisant l'objet de la plainte et la mention des dispositions de l'*ALÉNA* jugées pertinentes. Si la Commission ne parvient pas à régler le différend, une Partie consultante peut demander que le différend soit soumis à un groupe spécial arbitral; celui-ci est institué par la Commission et la tierce Partie se voit reconnaître le droit de se joindre à la procédure comme plaignante, si elle estime avoir un intérêt substantiel à l'égard de la question en litige, ou encore celui de participer aux procédures. Le rapport final du groupe spécial contient ses conclusions sur la compatibilité de la mesure en cause avec l'*ALÉNA*, ou si elle en annule ou réduit un avantage, ainsi que ses recommandations quant à la solution du différend. L'application du rapport final est alors laissée à la discrétion des Parties contestantes qui doivent se fonder sur celui-ci afin de s'entendre sur une solution devant consister en la non-application ou la levée de la mesure, ou, à défaut, la compensation de la Partie plaignante. Si les Parties contestantes n'arrivent pas à s'entendre sur une solution, la Partie plaignante peut suspendre à l'égard de la Partie visée par la plainte l'application d'avantages découlant de l'*ALÉNA* de façon équivalente à la mesure en question; les avantages suspendus doivent appartenir au même secteur que celui touché par la mesure incompatible, mais peuvent appartenir à un autre secteur si cela n'est matériellement possible ou efficace, sauf celui des services financiers. Un autre groupe spécial peut être institué à la demande d'une Partie contestante pour déterminer si le niveau des avantages suspendus est manifestement excessif, ce qui constitue une nouveauté par rapport à l'*ALÉ*, mais non pas pour remettre en question le choix du secteur. Voir généralement D. Turp, « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends » (1992) 38 Ann. fran. dr. int. 808; H. Antoniou, « Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l'*ALÉ* à l'*ALÉNA* » (1993) 24 R.D.U.S. 71; D.S. Huntington, « Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement » (1993) 34 Harv. Int'l L.J. 407.

Les différends qui tombent sous le champ d'application du mécanisme spécial en matière d'imposition de droits antidumping et compensateurs sont explicitement exclus du mécanisme général; de même ce dernier s'applique dans la mesure où l'*ALÉNA* ne prévoit pas le contraire[581]. Les différends admissibles au mécanisme général peuvent porter sur l'interprétation ou l'application de l'*ALÉNA*, ou encore sur une mesure adoptée ou envisagée qui serait incompatible avec celui-ci ou en annulerait ou réduirait un avantage[582]. Dans ce dernier cas, celui des plaintes pour non-violation, il est important de noter que l'accès au mécanisme général est davantage restreint et est particulièrement fermé aux plaintes concernant les avantages conférés par l'*ALÉNA* en matière d'investissement[583]. La mesure compatible avec les engagements d'un État en matière d'investissement étranger direct, mais qui a néanmoins pour effet d'en annuler ou réduire des avantages résultant de l'*ALÉNA*, ne peut faire l'objet d'une plainte suivant le mécanisme général interétatique; seule la mesure incompatible le peut. Cette solution est logique puisqu'elle met le mécanisme général interétatique au diapason avec le mécanisme spécial du chapitre 11, en ce qui concerne les plaintes admissibles des personnes privées en matière d'investissement étranger direct.

Non seulement le mécanisme général est-il fermé aux personnes privées, mais son accès est même davantage restreint en matière d'autorisation de séjour temporaire pour gens d'affaires : non pas tout refus d'accorder une telle autorisation peut-il faire l'objet d'une plainte par une Partie, mais seulement celui résultant d'une pratique administrative récurrente[584]. Par conséquent, le refus individuel d'une autorisation de séjour temporaire ne peut en soi faire l'objet d'une plainte par l'État duquel la personne est un ressortissant; l'*ALÉNA* restreint l'exercice du recours étatique à cet égard, ce qui illustre au demeurant le caractère très peu contraignant des engagements des Parties en matière de libéralisation de la circulation des personnes. L'accès au mécanisme se limite ainsi aux plaintes visant plutôt une violation systématique de l'*ALÉNA*, affectant l'équilibre entre les concessions faites par les États. On constate donc que l'*ALÉNA* s'est non seulement gardé d'aller

---

[581] *ALÉNA*, *ibid.* art. 2004. Voir la partie 2.3.2 a), ci-dessous, pour une discussion sur l'articulation du mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 11 avec le mécanisme général de l'*ALÉNA*.
[582] *ALÉNA*, *ibid.*
[583] *ALÉNA*, *ibid.*, annexe 2004; Turp, *supra* note 580 aux pp. 811-812.
[584] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1606.

jusqu'à donner aux gens d'affaire le droit de porter plainte directement contre une Partie, mais il a de plus écarté toute protection individualisée de leurs intérêts par leur État.

En plus de ne pas permettre aux personnes privées de porter plainte dans le cadre du mécanisme général de règlement des différends qu'il met en place, l'*ALÉNA* restreint aussi cette possibilité hors de son cadre, dans l'ordre juridique interne des Parties. Il est explicitement interdit aux Parties de prévoir dans leur législation intérieure le droit de porter plainte contre une autre Partie, devant leurs tribunaux nationaux, relativement à une violation de l'*ALÉNA*[585]. L'*ALÉ* ne contenait pas de disposition semblable et on peut y déceler une volonté des Parties d'empêcher à tout prix que leur responsabilité puisse être invoquée devant les tribunaux d'une autre Partie. Il n'est pas clair dans quelle mesure une telle disposition était juridiquement nécessaire, puisque l'immunité de juridiction de l'État prévue par le droit international général réglait la question de la soumission d'un État aux autorités juridictionnelles d'un autre État, en empêchant normalement qu'un État étranger puisse être attrait devant les tribunaux nationaux d'un autre État. On a sans doute voulu couvrir à coup sûr toutes les situations dans lesquelles une Partie aurait pu être attraite devant les tribunaux nationaux d'une autre Partie, afin de déjouer la distinction opérée par les règles coutumières entre les activités exercées par un État « *jure imperii* » (en tant que souverain ou puissance publique), ou l'immunité existe, et celles exercées « *jure gestionis* » (en tant que commerçant), ou l'immunité n'existe pas[586]. Puisque la décision sur la nature des activités en question appartient au juge national, la règle de l'immunité de juridiction n'offrait pas de garantie juridique suffisante pour les Parties, aussi l'ont-elles étendue conventionnellement.

---

[585] *Ibid.* art. 2021. En revanche, l'*ALÉNA* demande aux Parties d'encourager le règlement des différends entre personnes privées ayant trait au commerce international au sein de la zone de libre-échange nord-américaine. Un Comité consultatif des différends commerciaux privés est même créé pour faire rapport à la Commission sur l'existence, l'utilisation et l'efficacité des procédures de règlement de ces différends, ainsi que de lui faire des recommandations à cet égard. La résolution des litiges entre personnes privées résultant de l'opération de la zone de libre-échange créée par l'*ALÉNA* est donc — pour l'instant du moins — envisagée uniquement hors de son cadre. La création du Comité consultatif des différends commerciaux privés peut-elle être interprétée comme une certaine ouverture à l'idée d'élargir le droit de porter plainte suivant le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*, afin d'embrasser un jour ces différends? Il semble que non puisque les différends entre personnes privées n'ont rien à voir avec le fait de porter plainte contre le manquement d'une Partie de mettre en œuvre ses obligations conventionnelles internationales (*ibid.* art. 2022).

[586] Voir Dupuy, *supra* note 318 aux pp. 118-121, paragr. 115.

Toute imbrication de l'*ALÉNA* dans le droit interne des Parties n'est cependant pas exclue : cette disposition n'empêche pas une Partie de permettre l'invocation de sa propre responsabilité devant ses tribunaux nationaux pour manquement à l'*ALÉNA*. Cette exclusion relève plutôt du droit constitutionnel et des législations de mise en œuvre de l'*ALÉNA* de chacune des Parties. Au Canada, par exemple, la législation fédérale de mise en œuvre de l'*ALÉNA* empêche explicitement les personnes privées d'intenter des recours internes fondés sur le traité sans le consentement du Procureur général du Canada[587]. La législation américaine de mise en œuvre de l'*ALÉNA* n'est pas identique mais bloque aussi les recours privés[588]. Cette problématique interpelle la question du statut du droit international et de son incorporation dans l'ordre juridique interne de l'État. En effet, pour que la violation de l'*ALÉNA* puisse être invoquée devant les tribunaux nationaux d'un État, il faut préalablement que le traité fasse partie de l'ordre juridique interne de cet État[589]. La réponse à cette question est donnée par le droit constitutionnel de chacune des Parties. En somme, l'obstacle à l'éventuelle reconnaissance de la possibilité pour les personnes privées d'invoquer la responsabilité d'une Partie devant ses tribunaux nationaux, en cas de violation de l'*ALÉNA*, ne se trouve pas dans le traité lui-même, mais plutôt dans le droit national des Parties.

En lien avec l'idée de l'incorporation des traités en droit interne, l'*ALÉNA* prévoit en outre un mécanisme de renvoi de questions d'interprétation de ses dispositions, qui rappelle légèrement le mécanisme du renvoi préjudiciel de la Communauté européenne[590]. Si une telle question devait se poser dans une instance judiciaire ou

---

[587] *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44, art. 6 [ci-après *Loi sur l'ALÉNA*]. Voir aussi la *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, L.R.Q., c. M-35.2, art. 6.

[588] *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, Pub. L. No. 103-182, § 102, 107 Stat. 2057 à la p. 2062 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. § 3312(c) (2000)). La loi américaine interdit totalement les recours privés et réserve les recours qui impliqueraient l'*ALÉNA* au gouvernement fédéral. Cette situation étrange où le gouvernement fédéral est le seul habilité à invoquer la responsabilité de l'État pour manquement à l'*ALÉNA* s'explique par une autre disposition concernant son effet juridique sur le droit étatique (des entités fédérées américaines). Contrairement à l'effet normal du droit constitutionnel américain, le droit étatique prime sur l'*ALÉNA*, à moins que le gouvernement fédéral n'intente une action en jugement déclaratoire concernant sa compatibilité avec l'*ALÉNA* (*ibid.* § 3312(b)). Jusqu'à présent, le gouvernement fédéral américain n'a jamais utilisé ce recours, malgré plusieurs cas d'incompatibilité avérée. S. de Boer, *Canadian Provinces, US States and North American Integration : Bench Warmers or Key Players?*, Montréal, Institut de recherches en politiques publiques, 2002 aux pp. 9-12.

[589] Voir la partie 3.2.4 a), ci-dessous, pour une discussion sur l'invocabilité des traités en droit interne.

[590] Voir la partie 2.2.1, ci-dessus, pour une discussion sur ce mécanisme fondamental du droit communautaire.

administrative devant un organe d'une Partie, l'organe lui-même — par l'intermédiaire d'une Partie — ou une Partie pourrait demander à la Commission du libre-échange d'établir une réponse appropriée; à défaut de réponse de la Commission, toute Partie peut présenter ses vues à l'organe concerné[591]. L'*ALÉNA* ne précise pas si l'organe judiciaire ou administratif est lié par la réponse de la Commission ou les vues des Parties. Cette disposition est en fait une version édulcorée de la proposition conjointe de l'Association du barreau canadien et de l'American Bar Association faite lors des travaux préparatoires de l'*ALÉ*, effectivement inspirée du renvoi préjudiciel de la Communauté européenne. Suivant cette proposition, un tel renvoi aurait été possible auprès du tribunal permanent du libre-échange qui était envisagé, visant précisément à accroître la participation des personnes privées dans la mise en œuvre de l'*ALÉ*[592].

Ce qu'il faut retenir du mécanisme de renvoi finalement adopté et repris par l'*ALÉNA*, c'est qu'une personne privée ne peut renvoyer une question d'interprétation de son propre chef, que ce renvoi par une Partie ou l'organe judiciaire ou administratif n'est pas obligatoire, et que cette question n'est pas tranchée par un organe juridictionnel supranational, mais bien par les Parties elles-mêmes agissant conjointement en tant que Commission du libre-échange. Ce mécanisme de renvoi ne permet donc pas aux personnes privées de participer à la mise en œuvre de l'*ALÉNA*. Il semble aussi présupposer l'incorporation de l'*ALÉNA* dans l'ordre juridique interne des Parties. De plus, vu l'impossibilité d'exercer un recours interne contre une Partie pour manquement à l'*ALÉNA*, on peut s'interroger sur la pertinence d'un tel dispositif; puisque les obligations contenues dans l'*ALÉNA* s'imposent aux Parties et non aux personnes privées, cette impossibilité équivaut pratiquement à interdire l'invocabilité de l'*ALÉNA* en droit interne. Dans l'état actuel du droit, on a peine à imaginer une situation où ce mécanisme pourrait être appliqué[593]. Il n'est donc pas étonnant qu'il n'ait encore jamais été utilisé[594].

---

[591] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2020.
[592] Graham, *supra* note 576 à la p. 558.
[593] Une exception à cette constatation pourrait cependant résider dans la réglementation canadienne sur l'octroi des marchés publics par l'administration fédérale. Une disposition réglementaire invite en effet le Tribunal canadien du commerce extérieur à vérifier la conformité des décisions de l'administration fédérale en la matière avec l'*ALÉNA*. Les personnes privées peuvent donc invoquer l'*ALÉNA* devant ce Tribunal, de même que devant la Cour fédérale en contrôle judiciaire, ce qui semble fournir une hypothèse où le mécanisme de renvoi de questions d'interprétation de l'*ALÉNA* pourrait être utilisé par un organe judiciaire ou administratif d'une Partie. *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur*

Malgré le résultat final obtenu avec l'*ALÉNA*, la participation des personnes privées dans le mécanisme général de règlement des différends avait été envisagée lors des travaux préparatoires de l'*ALÉ*. De fortes pressions allant dans ce sens avaient été exercées conjointement par les chambres du commerce canadienne et américaine, mais en vain; un rapport conjoint de l'Association du barreau canadien et de l'American Bar Association proposait aussi d'aménager une place pour les personnes privées dans le mécanisme, qui aurait dû idéalement revêtir la forme d'un tribunal permanent du libre-échange canado-américain[595]. Ces propositions n'ont pas été suivies, mais elles ont cependant trouvé un certain écho dans le mécanisme spécial de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs. De plus, des pressions similaires à celles exercées lors des négociations de l'*ALÉ* ont été exercées au cours des négociations de l'*ALÉNA*, afin d'accroître la participation des personnes privées dans son mécanisme général de règlement des différends. Plusieurs scénarios ont été envisagés au cours des négociations, allant de la généralisation du droit de porter plainte des personnes privées à la reconnaissance en leur faveur du droit d'intervenir dans les procédures à titre d'*amicus curiae*[596]. Entre autres, un groupe d'étude mis sur pied pour faire des recommandations sur le mécanisme de règlement des différends de l'*ALÉNA* a proposé la création d'un tribunal permanent du commerce nord-américain, devant lequel les personnes privées auraient pu intervenir dans des circonstances bien définies, mais n'auraient pas bénéficié d'un droit d'action[597]. Ces propositions n'ont à nouveau pas été suivies, mais la pratique actuelle du mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA* veut que les groupes d'intérêts puissent généralement assister aux audiences des groupes spéciaux[598]. Cette pratique évolue cependant très lentement puisqu'à ce jour, seuls trois différends ont

---

*les marchés publics*, D.O.R.S./93-602, art. 11 (modifié par D.O.R.S./95-300, D.O.R.S./96-30, D.O.R.S./2000-395). Voir Ch.-E. Côté, « L'invocabilité des traités de libre-échange en droit interne : nouveau regard sur l'arrêt *Project Blue Sky* v. *Australian Broadcasting Authority* de la Haute Cour d'Australie » (2003) 41 A.C.D.I. 387 à la p. 389, n. 9 [ci-après Côté, « L'invocabilité »].

[594] De Mestral, « Comparative Analysis », *ibid.* à la page 325. En mai 2005, il n'y avait toujours pas eu de recours à ce mécanisme.

[595] Graham, *supra* note 576 à la p. 558.

[596] De Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 à la page 325. Voir la partie 3.2.1, ci-dessous

[597] Groupe d'étude conjoint de l'American Bar Association, l'Association du barreau canadien et du Barra Mexicana, *Dispute Settlement Under a North American Free Trade Agreement,* 1992, reproduit dans (1992) 26 Int'l Lawyer, 855 aux pp. 866-868.

[598] De Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 à la page 325. Voir la partie 3.2.1, ci-dessous, pour une discussion sur la participation à titre d'*amicus curiae* devant les juridictions internationales.

conduit à l'adoption d'un rapport par un groupe spécial arbitral depuis l'entrée en vigueur de l'*ALÉNA*, il y a plus de dix ans[599].

C'est donc dire que l'idée d'accroître la participation des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux, voire de combler leur incapacité juridique au plan international, flotte autour du projet d'intégration économique nord-américaine depuis ses débuts. Elle demeure cependant inappliquée et les personnes privées ne jouissent pour l'heure d'aucun rôle dans le règlement de ces différends, hormis dans les domaines de l'imposition de droits antidumping ou compensateurs et de l'investissement étranger direct, ce dernier étant particulièrement important pour les fins de la présente thèse.

### 2.2.3 L'accord canadien sur le commerce intérieur

L'*Accord sur le commerce intérieur*[600] (*ACI*) qui a été signé par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux du Canada n'est pas à proprement parler un accord commercial international, mais il s'agit néanmoins d'un véritable accord de libre-échange interprovincial, tant pas sa structure que par son langage et les concepts juridiques qu'il utilise[601]. En effet, on y retrouve notamment des dispositions correspondant à la clause de la nation la plus favorisée, à celle du traitement national ainsi qu'à celle visant à éliminer

---

[599] Voir Secrétariat de l'ALÉNA, *Décisions et rapports*, en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=438> (date d'accès : 27 avril 2004). Cinq rapports avaient été adoptés sous l'empire de l'*ALÉ*, de 1989 à 1994.

[600] *Accord sur le commerce intérieur*, 18 juillet 1994, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/index_fr/ait.htm> (date d'accès: 17 mai 2005) (entrée en vigueur : 1er juillet 1995; modifié par le Premier protocole de modification du 29 novembre 1995, le Deuxième protocole de modification du 20 février 1998, le Troisième protocole de modification du 17 avril 1999, le Quatrième protocole de modification du 28 février 2001, le Cinquième protocole de modification du 6 avril 2004, ainsi que le Sixième protocole de modification du 22 novembre 2004; seul le gouvernement du territoire du Nunavut n'a pas signé l'accord) [ci-après *ACI*]. Voir généralement C. Boulanger, *L'Accord sur le commerce intérieur au Canada : un accord impossible?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996; M.J. Trebilcock et D. Schwanen, dir., *Getting There, An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1995.

[601] Certains ont sévèrement critiqué cette caractéristique fondamentale de l'*ACI* comme étant une absurdité en raison du caractère fédéral du Canada, puisque l'*ACI* postule que les provinces sont des États indépendants et souverains. A.L.C. de Mestral, « A Comment » dans Trebilcock et Schwanen, *ibid.* aux pp. 95-97.

les restrictions quantitatives[602]. À l'instar des accords internationaux de libre-échange, l'*ACI* respecte la « souveraineté » et l'identité des parties en veillant bien à ne pas créer une entité politique ou une juridiction « supranationale ». Il est permis de penser que la pression exercée par la négociation de traités de libre-échange sur le plan régional (*ALÉNA*) et multilatéral (OMC) fut l'un des principaux catalyseurs ayant mené à la conclusion de l'*ACI*; il apparaissait effectivement incongru que le Canada libéralise son commerce international sans libéraliser également le commerce interprovincial en son sein.

La théorie de la protection diplomatique ne peut trouver application ici et l'*ACI* ne l'affecte donc pas, puisqu'il se situe dans la sphère nationale d'un État. Son étude s'avère néanmoins incontournable en raison du fait que le mécanisme général de règlement des différends qu'il prévoit vise non seulement les plaintes portées par un gouvernement contre un autre — ce qui correspond par analogie à un différend entre États dans les accords commerciaux internationaux — mais aussi les plaintes portées par une personne contre un gouvernement — ce qui correspondrait par analogie aux différends entre une partie privée et un État[603]. Ce qui est encore plus remarquable, c'est que ce droit de porter plainte élargi couvre toute les matières traitées par l'*ACI*, à l'exception des marchés publics, ainsi que le fait que l'objet de la plainte est très large puisqu'elle peut porter sur son interprétation ou son application[604].

L'objectif ultime de l'*ACI* est l'établissement d'un marché intérieur ouvert, performant et stable, au moyen de la réduction et l'élimination — dans la mesure du possible — des obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et

---

[602] *ACI*, *ibid.* art. 401-402.

[603] Des dispositions spéciales concernant le règlement des différends sont prévues concernant les plaintes relatives à la plupart des chapitres sectoriels de l'*ACI*; elles prévoient normalement des phases particulières de négociations, de consultations et de conciliations, à l'exception notoire du chapitre sur les marchés publics, qui prévoit un mécanisme spécial de règlement des différends complet et autonome du mécanisme général. Ce mécanisme spécial ne prévoit cependant pas un droit de porter plainte en faveur des personnes privées qui soit comparable au mécanisme général : les fournisseurs peuvent contester les offres de marché public des provinces en demandant à leur province de résidence d'épouser leur plainte en la portant auprès d'un groupe d'examen; pour ce qui est des offres de marché public du gouvernement fédéral, ce dernier s'est engagé à créer un recours pour les fournisseurs auprès d'un organisme d'examen indépendant, engagement qui a été rempli par la création d'un recours auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur. *ACI*, *ibid.* art. 513-514.

[604] *ACI*, *ibid.* art. 1701(1), (6).

des investissements à l'intérieur du Canada[605]. Pour superviser sa mise en œuvre, un organe de coopération intergouvernementale a été mis sur pied, le Comité du commerce intérieur, appuyé par un Secrétariat[606].

En fait, il n'y a pas un mécanisme général de règlement des différends mais plutôt deux. Le premier est de facture assez classique pour ce genre d'accord, visant les litiges entre gouvernements[607]; il est intéressant de noter que l'*ACI* prévoit explicitement qu'un gouvernement peut porter plainte au nom d'une partie privée, ce qui est souvent le cas en pratique dans les différends relatifs aux accords commerciaux internationaux sans pour autant être prévu de manière explicite, et qui a, on le verra, des conséquences sur le second mécanisme général qui vise lui les différends entre partie privée et gouvernement[608]. Pour avoir accès au mécanisme général, un gouvernement doit d'abord avoir eu recours aux dispositions spéciales de prévention des différends prévues par les règles spécifiques applicables à sa plainte, s'il y en a[609]. Si le litige ne s'est pas résolu à ce stade, le gouvernement plaignant doit engager des consultations avec le gouvernement visé par sa plainte pour tenter de régler le différend[610]; si cela ne porte pas fruit, le Comité du commerce intérieur est appelé à venir en aide pour offrir ses bons offices ou encore tenter de régler le différend par voie de conciliation ou de médiation[611]. En cas d'échec de ces démarches, le gouvernement plaignant peut demander au Comité la constitution d'un groupe spécial chargé de rendre un rapport sur la compatibilité de la mesure en question avec l'*ACI*, la nuisance au commerce intérieur que pose cette mesure et le préjudice qui en résulte, comprenant aussi ses recommandations en vue de faciliter le règlement du

---

[605] *Ibid.* art. 100.
[606] *Ibid.* art. 1600-1603. Le Comité est composé de représentants de rang ministériel de chacun des gouvernements et prend ses décisions par voie de consensus.
[607] Les litiges entre gouvernements concernant les marchés publics et qui n'impliquent pas la lésion d'intérêts privés ne peuvent faire l'objet d'aucune plainte en vertu de l'*ACI*. Les provinces ne peuvent contester les offres de marché public du gouvernement fédéral, et elles ne peuvent pas contester les offres d'une autre province en vertu du mécanisme général; elles ne peuvent le faire qu'en vertu du mécanisme spécial pour les marchés publics, qui doit nécessairement être enclenché par la plainte d'une personne privée auprès de sa province de résidence. *Ibid.* art. 513-514, 1701(6).
[608] *Ibid.* art. 1711. Le gouvernement est cependant libre d'accepter ou de refuser de porter plainte pour le compte d'une personne et même s'il a engagé des procédures, il peut encore refuser de demander la constitution d'un groupe spécial; il peut en outre exiger que la personne ait épuisé tous les recours administratifs dont elle dispose. Cette personne doit par ailleurs avoir épuisé les dispositions spéciales de prévention des différends prévues par l'*ACI* auxquelles elle a accès.
[609] *Ibid.* art. 1701(4).
[610] *Ibid.* art. 1702. Le stade des consultations peut être sauté dans certaines circonstances.
[611] *Ibid.* art. 1703. Le stade de l'aide du Comité peut également être sauté dans certaines circonstances.

différend[612]. Un gouvernement ayant un intérêt substantiel dans le différend peut par ailleurs intervenir dans les procédures du groupe spécial. Il faut souligner que le gouvernement qui porte plainte pour le compte d'une personne est tenu de convaincre le groupe spécial qu'il a un lien direct et substantiel avec cette dernière, à défaut de quoi la plainte est rejetée pour cause d'absence d'intérêt à agir[613]. Cette exigence additionnelle semble à première vue restreindre le droit d'un gouvernement de porter plainte contre un autre gouvernement au nom d'une personne, alors que les accords commerciaux internationaux ne comportent habituellement pas une telle condition[614]. Les gouvernements doivent alors mettre en œuvre le rapport ou en arriver à une solution mutuellement acceptable, à défaut de quoi le Comité autorise le gouvernement plaignant à prendre des « mesures de rétorsions » contre le gouvernement visé par la plainte, ces dernières devant être compatibles avec la Constitution du Canada[615].

Le second mécanisme général vise le règlement des différends entre partie privée et gouvernement; sont ici visée les personnes physiques, les entreprises, ainsi que les syndicats[616]. Il est très important de retenir que le droit de porter plainte de ces personnes n'est pas absolu mais soumis à deux étapes préliminaires. D'une part, une telle personne doit avoir d'abord demandé au gouvernement avec qui elle a un lien direct et substantiel d'engager des procédures de règlement du différend pour son compte, et ce dernier doit

---

[612] *Ibid.* art. 1704-1707.

[613] *Ibid.* art. 1704(6), (7), (8). Un gouvernement provincial est réputé avoir avoir un lien direct et substantiel avec une personne (personne physique ou entreprise) si cette dernière réside dans la province, a subi un préjudice économique ou s'est vu refuser des avantages et que les conséquences de ce préjudice ou refus sont ressenties dans la province. Le gouvernement fédéral est réputé avoir un lien direct et substantiel avec une personne si cette dernière a subi un préjudice économique ou s'est vu refuser des avantages à la suite d'un traitement incompatible avec le présent accord soit parce qu'elle est une entitée constituée en vertu des lois fédérales, soit parce qu'elle exerce une activité qui constitue un ouvrage, une entreprise, un secteur d'activité ou un service relevant du pouvoir de réglementation fédéral.

[614] On a vu dans la partie 1.3.2 a) *(iii)*, ci-dessus, que l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité du membre de l'OMC était très large. Certains ont aussi souligné — mais ce n'est pas vrai pour les accords de l'OMC — que la seule résidence sur le territoire du gouvernement semble normalement être la règle. Voir P.J. Monahan, « To the Extent Possible : A Comment on Dispute Settlement in the Agreement on Internal Trade » dans Trebilcock et Schwanen, *ibid.* à la p. 212.

[615] *ACI*, *ibid.* art. 1708-1710. Il faudrait plutôt parler de contre-mesures ou de mesures de représailles, si on voulait transposer la terminologie du droit international économique. Cependant, la juridicité douteuse de l'*ACI* et l'exigence de constitutionnalité de ces mesures pourraient justifier la dénomination de « mesures de rétorsions ».

[616] *Ibid.* art. 200, 1711(6).

avoir refusé de le faire ou de demander plus tard la constitution d'un groupe spécial[617]; cela signifie que les gouvernements conservent un contrôle sur les plaintes qu'ils décident d'épouser ou non grâce à ce droit de premier refus. D'autre part, une fois que le gouvernement a exprimé son refus de porter plainte pour le compte de la personne, la plainte de cette dernière doit être autorisée par un examinateur indépendant nommé à cette fin par ce gouvernement, afin d'éliminer les plaintes frivoles ou vexatoires, déposée uniquement pour harceler le gouvernement visé par la plainte, ou encore celles n'ayant pas de fondement raisonnable[618]. Le risque que ces obstacles procéduraux restreignent trop l'accès des personnes au mécanisme de règlement des différends ainsi que son efficacité a été souligné par certains, notant en particulier l'absence de garantie quant à la procédure suivie par l'examinateur et l'inexistence de recours en révision ou en appel de sa décision, puisque la sphère intergouvernementale canadienne échappe apparemment aux ordres juridiques canadiens pour constituer un espace ajuridique relevant uniquement du politique[619]; on a d'ailleurs suggéré que cet examen aurait dû avoir été confié au groupe spécial lui-même plutôt qu'à un examinateur[620].

Si la plainte de la personne privée est acceptée par l'examinateur, le mécanisme épouse alors les lignes du premier mécanisme général : épuisement des dispositions spéciales de prévention du différend applicables si la personne n'y a pas déjà eu recours, consultations, bons offices du Comité du commerce intérieur et enfin constitution d'un groupe spécial[621]. Là où le second mécanisme général s'écarte du premier — marquant l'inégalité fondamentale entre les parties privées et les gouvernements — c'est sur le plan de la mise en œuvre du rapport du groupe spécial. En effet, alors que le défaut de mettre en œuvre ce rapport ou de trouver une solution mutuellement avantageuse est sanctionné

---

[617] *Ibid.* art. 1712. En cas d'omission de répondre de la part du gouvernement, le refus est réputé voir été exprimé par ce dernier. La demande doit être faite dans les deux ans qui suivent la date à laquelle la personne a pris ou aurait dû prendre connaissance de la mesure qu'elle conteste et de la perte ou des dommages qu'elle a subis, ou encore des avantages qui lui ont été refusés. Ceci vaut également pour le refus du gouvernement provincial d'épouser la plainte d'un fournisseur en vertu du mécanisme spécial de contestation d'offres provinciales de marché public; en revanche, les fournisseurs doivent exclusivement recourir au mécanisme que le gouvernement fédéral s'est engagé à mettre en place pour la contestation de ses propres offres de marché public (*ibid.* art. 514, 1701(6)).

[618] *Ibid.* art. 1713.

[619] Voir généralement J. Poirier, *Keeping Promises in Federal Systems : the Legal Status of Intergovernmental Agreements, with Special Reference to Belgium and Canada,* thèse de doctorat en droit, Université de Cambridge, 2004 [non publiée].

[620] Monahan, *supra* note 614 à la p. 214.

[621] *ACI, supra* note 600, art. 1714-1716.

par l'autorisation de prendre des « mesures de rétorsions » en ce qui concerne les différends entre gouvernements, dans le cas des différends entre partie privée et gouvernement, aucun moyen n'est prévu pour forcer la mise en œuvre du rapport du groupe spécial ou pour sanctionner l'absence de solution mutuellement avantageuse; ainsi le règlement du différend entre partie privée et gouvernement relève en bout de ligne du bon vouloir de ce gouvernement. Certains ont émis l'hypothèse que cette absence de garantie d'exécution du rapport du groupe spécial risquait fort de décourager les parties privées de recourir à ce mécanisme[622]. Autre différence, quoique de moindre importance, les tiers ne sont pas autorisés à intervenir dans les procédures du groupe spécial dans le cadre d'un tel litige.

Il apparaît depuis l'entrée en vigueur de l'*ACI* que très peu de personnes privées ont porté plainte directement contre un gouvernement, suivant son mécanisme général de règlement des différends : dans la presque totalité des cas où une personne privée lui en a fait la demande, le gouvernement provincial compétent a accepté de porter plainte pour le compte de cette personne contre un autre gouvernement provincial[623]. Dans cinq affaires où le gouvernement provincial avait refusé d'épouser la plainte pour le compte d'une personne privée, ou avait refusé de demander la constitution d'un groupe spécial après l'échec des consultations qu'il avait entreprises, cette dernière a porté sa plainte devant un examinateur. Dans trois cas, l'examinateur a rejeté la plainte[624], mais dans les deux autres, la plainte a été autorisée et le groupe spécial a finalement accueilli la plainte des

---

[622] R. Howse, « Between Anarchy and the Rule of Law : Dispute Settlement and Related Implementation Issues in the Agreement on Internal Trade » dans Trebilcock et Schwanen, *ibid.* à la p. 186.

[623] Secrétariat du commerce intérieur, *État des plaintes déposées en vertu de l'ACI*, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/fr/disputes/01_25_2005/Status%20of%20AIT%20Disputes.pdf> (dernière mise à jour : janvier 2005). Au total, 233 plaintes ont été portées, dont 196 en vertu du mécanisme spécial relatif aux marchés publics (191 contre des offres fédérales et cinq contre des offres provinciales). Dans le cadre du mécanisme général, vingt plaintes ont été portées par un gouvernement provincial pour le compte d'une personne privée, et dix ont été portées à l'initiative d'un gouvernement.

[624] *Canuk Sales Limited* c. *Ontario*, Décision de l'examinateur (1999), Doc. 99/00-9-CAN SAL (*ACI*) (Examinateur : J. Gerow), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/canuk_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005); *Gimbel Eye Centre* c. *Saskatchewan*, Décision de l'examinateur (1996), Doc. 96/97-7-GIM (*ACI*) (Examinateur H. Johnson), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/gimbel_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005); *Hewitt Rand Corporation* c. *Saskatchewan*, Décision de l'examinateur (1998), Doc. 96/97-5HEW RAN (*ACI*) (Examinateur : J. Gerow), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/hewitt_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

personnes privées[625]. Ainsi deux plaintes ont-elles été portées directement par une personne privée contre un gouvernement provincial auprès d'un groupe spécial, et la question de la mise en œuvre des rapports des groupes spéciaux dans ce contexte se pose désormais en pratique[626]. En comparaison, très peu de plaintes ont été portées de sa propre initiative par un gouvernement contre un autre gouvernement, ce qui témoigne de l'importance des plaintes privées dans le signalement et les actions contre les violations d'un accord commercial.

La très grande majorité des plaintes portées jusqu'ici concernant la violation de l'*ACI* l'ont cependant été par des personnes privées à l'encontre du gouvernement fédéral, dans le cadre du mécanisme spécial ayant trait aux marchés publics. Ce résultat n'est guère surprenant, compte tenu du fait que le recours en question est un recours traditionnel auprès d'un tribunal quasi-judiciaire, le Tribunal canadien du commerce extérieur, avec lequel les personnes privées et leurs avocats sont certainement beaucoup plus familiers.

### 2.2.4 Le *Mercado común del Sur* (MERCOSUR)

La création du *Mercado común del Sur* (MERCOSUR), le marché commun du Sud, a été convenue par quatre États d'Amérique du Sud en 1991[627]; malgré le fait que l'intégration des marchés de ces pays ne se soit pas réalisée à la date convenue du 31

---

[625] *Re Mesures de permis de distribution du lait liquide* (*Farmers Co-operative Dairy Limited* c. *Nouveau-Brunswick*) (2002), Doc. 98/99-9-FCD NB (*ACI*) (Rapport du groupe spécial), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/Farmer-NB-NS_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005); *Re Loi sur la comptabilité publique (L.R.O. 1990, ch. P-37) et ses règlements* (*Association des comptables généraux agréés du Manitoba* c. *Ontario*) (2001), Doc. 99/00-7-CGA MAN (*ACI*) (Rapport du groupe spécial), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/cga_on_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

[626] En mai 2005, il n'y avait pas d'informations disponibles sur la mise en œuvre de ces deux rapports par les gouvernements provinciaux qui étaient visés par la plainte des personnes privées.

[627] *Traité relatif à la création d'un marché commun entre la République argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay*, 26 mars 1991, 2140 R.T.N.U. 339, 30 I.L.M. 1041 [ci-après *Traité d'Asunción*]. Voir généralement R.A. Porrata-Doria Jr., « MERCOSUR : The Common Market of the Twenty-First Century? » (2004) 32 Ga. J. Int'l & Comp. L. 1; M. Haines-Ferrari, « MERCOSUR : A New Model of Latin American Economic Integration? » (1993) 25 Case W. Res. J. Int'l L. 413; A. Partori, « Marché commun du Sud, MERCOSUR », (1993) 372 Rev. M.C.U.E. 778. Voir aussi E.J. Aramburu, « Historical Perspective : The Evolution of Mercosur in a South American Integration » (2001) 13 Pace Int'l L. Rev. 183.

décembre 1994, une union douanière a néanmoins été superposée à la zone de libre-échange déjà créée et sa structure institutionnelle a été consolidée[628]. Le MERCOSUR n'a cependant pas de caractère supranational — bien que cette idée soit toujours présente dans les négociations — et les décisions prises par ses institutions se font donc sur le mode de la coopération intergouvernementale[629]; il n'existe ainsi aucun pouvoir décisionnel indépendant des États membres[630]. Le droit du MERCOSUR n'a pas d'effet direct ou de primauté sur le droit national; son statut est laissé au droit interne de chaque État membre, mais un « système d'applicabilité simultanée » a été instauré pour contrer les asymétries constitutionnelles à cet égard[631]. Les décisions prises par les institutions du MERCOSUR doivent avoir été incorporées dans l'ordre juridique interne de chacun des États membres avant d'entrer en vigueur; cette incorporation doit être notifiée au secrétariat du MERCOSUR et la mesure entre en vigueur 30 jours après la dernière notification. On a souligné que le caractère non supranational du droit du MERCOSUR ne s'expliquait pas par l'existence d'obstacles juridiques insurmontables, mais tenait plutôt des hésitations politiques à approfondir le processus d'intégration économique[632].

Aucune juridiction supranationale n'a été créée pour connaître des litiges découlant du droit du MERCOSUR, le règlement des différends se faisant plutôt suivant un mécanisme de facture relativement classique, permettant aux États membres de s'en remettre à l'arbitrage *ad hoc* après avoir tenté de régler le différend sur le plan diplomatique[633]; de récentes modifications visent cependant à instituer un Tribunal

---

[628] *Additional Protocole to the Treaty of Asuncion on the Institutional Structure of MERCOSUR*, 17 décembre 1994, 34 I.L.M. 1244 [ci-après *Protocole d'Ouro Preto*]; M. Haines-Ferrari, « MERCOSUR : Individual Access and the Dispute Settlement Mechanism », dans Cameron et Campbell, *supra* note 21, 270 à la p. 272 [ci-après Haines-Ferrari, « Individual Access »].

[629] Haines-Ferrari, « Individual Access », *ibid.*

[630] Les trois organes décisionnels du MERCOSUR sont le Conseil du marché commun (composé des ministres des Affaires extérieures et de l'Économie des États membres), le Groupe du marché commun (regroupant des représentants de ces ministères ainsi que des banques centrales des États membres) et enfin la Commission du commerce du MERCOSUR (composée de quatre représentants nationaux des États membres). Le Conseil du marché commun peut adopter des décisions, le Groupe du marché commun des résolutions, et la Commission du commerce du MERCOSUR des directives et des propositions. *Protocole d'Ouro Preto*, *ibid.*, art. 3-19.

[631] Haines-Ferrari, « Individual Access », *ibid.* aux pp. 272-273; E.J. Cárdenas et G. Tempesta, « Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 337 à la p. 342; *Protocole d'Ouro Preto*, *ibid.*, art. 40.

[632] Cárdenas et Tempesta, *ibid.*

[633] Le mécanisme de règlement des différends du MERCOSUR est prévu par le *Protocol of Brasilia for the Settlement of Disputes*, 17 décembre 1991, 36 I.L.M. 691 [ci-après *Protocole de Brasilia*]. L'État plaignant

d'appel permanent, de nature arbitrale et non judiciaire[634]. Plusieurs auteurs dénoncent le caractère inapproprié de l'arbitrage pour le règlement des différends mettant en cause un traité d'intégration économique régionale, ainsi que la nécessité d'instituer une véritable cour de justice, au motif que dans le mécanisme actuel, la participation des personnes privées serait trop faible, le contrôle étatique trop grand, et l'émergence de jurisprudence trop lente[635]. Malgré certaines réticences initiales, le mécanisme de règlement des différends du MERCOSUR gagne maintenant en popularité auprès de ses États membres, alors que de plus en plus d'affaires sont portées en arbitrage, quoique leur nombre demeure limité[636]. Bien que les personnes privées ne se soient pas vues reconnaître le droit de porter plainte contre un État membre auprès d'un tribunal arbitral, le MERCOSUR leur a néanmoins aménagé une place importante dans la phase précontentieuse du mécanisme de règlement des différends.

---

doit d'abord tenter de régler le différend par voie de négociations directes avec l'autre partie étatique, puis, en cas d'échec, s'adresser au Groupe du marché commun pour qu'il agisse comme médiateur et fasse des recommandations visant à résoudre le litige. Le Groupe du marché commun peut faire appel à un groupe d'expert pour l'aider dans sa recherche d'une solution au litige, ce qui n'est pas sans rappeler la procédure originelle du *GATT de 1947*, où les groupes spéciaux agissaient au soutien des PARTIES CONTRACTANTES. La partie plaignante peut finalement porter le différend auprès d'un tribunal arbitral *ad hoc*, dont les États membres du MERCOSUR ont reconnu à l'avance la juridiction et le caractère obligatoire de la sentence, sans qu'un compromis ne soit nécessaire. Un mécanisme parallèle faisant intervenir la Commission du commerce du MERCOSUR a été ajouté, permettant aux États de tenter d'abord de régler le différend au niveau de la Commission, avant d'en saisir le Groupe du marché commun. *Protocole d'Ouro Preto*, *supra* note 628, art. 21 et annexe. Voir R.A. Etcheverry, « Settlement of Disputes in the South American Common Market (Mercosur) » dans E.-U. Petersmann, dir., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, La Haye, Kluwer Law International, 1997 [ci-après Petersmann, dir., *International Trade Law*], 543.

[634] *Olivos Protocol for the Settlement of Disputes in Mercosur*, 18 février 2002, 42 I.L.M. 2, art. 17-24 [ci-après *Protocole d'Olivos*]. Ce nouveau protocole, qui n'est pas encore entré en vigueur, est destiné à remplacer le *Protocole de Brasilia*, mais il en reprend plusieurs dispositions. *Protocole d'Olivos*, art. 55; Porrata-Doria, *supra* note 627 à la p. 19. En plus de créer un organe d'appel permanent, le *Protocole d'Olivos* juridictionnalise davantage la procédure en permettant à l'État plaignant d'aller directement en arbitrage en cas d'échec des négociations; en outre, il permet même aux parties au litige d'accéder directement au Tribunal d'appel permament, après échec des négociations, moyennant un compromis à cet effet. *Protocole d'Olivos*, art. 6(1), 23.

[635] Cárdenas et Tempesta, *supra* note 631 à la p. 365; Porrata-Doria, *supra* note 627 aux pp. 22-24; P.B. Casella, « From Dispute Settlement to Jurisdiction? Perspectives for the Mercosur » dans Petersmann, dir., *International Trade Law*, *supra* note 633, 553.

[636] Neuf sentences arbitrales ont été rendues à ce jour en vertu du mécanisme de règlement des différends du MERCOSUR. MERCOSUR, *Laudos Arbitrales*, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.org.uy/paginalesp.htm> (date d'accès: 17 mai 2005); Porrata-Doria, *ibid.* aux pp. 22-24; Cárdenas et Tempesta, *supra* note 631 aux pp. 346-347. Cette pratique diffère donc de celle en cours dans le système commercial multilatéral, où on a vu que les membres de l'OMC n'avaient encore jamais recouru à l'arbitrage obligatoire, et qu'ils préféraient utiliser la procédure d'examen des plaintes par un groupe spécial. Voir la partie 1.1.2 b) *(v)*, ci-dessous, sur l'arbitrage dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Les personnes privées peuvent en effet porter plainte auprès de la section nationale du Groupe du marché commun de leur État membre, en cas d'adoption par un autre État membre de mesures législatives ou administratives ayant des effets restrictifs, discriminatoires, ou créant des conditions de concurrence déloyale en violation du droit du MERCOSUR[637]. On a souligné que l'accès des personnes privées au mécanisme de règlement des différends était à certains égards plus étendu que celui même des États membres, ceux-ci ne pouvant pas porter plainte contre la simple adoption d'une mesure n'ayant pas encore été mise en œuvre, ce qui signifierait que le MERCOSUR se fie dans une certaine mesure sur les personnes privées pour contrôler la légalité des activités des États membres[638]. La section nationale examine alors le bien-fondé de la plainte ainsi que l'existence réelle ou appréhendée d'un préjudice pour la personne privée, après quoi elle peut procéder de deux manières si elle estime la plainte justifiée[639].

La section nationale peut d'une part décider de renvoyer la plainte devant le Groupe du marché commun, qui examine alors une seconde fois le bien-fondé de la plainte pour la soumettre ensuite à un groupe d'experts s'il la juge justifiée; d'autre part elle peut également décider d'engager des consultations avec la section nationale de l'État visé par la plainte, la plainte étant également renvoyée au Groupe du marché commun en cas d'échec des consultations[640]. La personne privée plaignante ainsi que l'État visé par la plainte ont tous deux le droit de présenter leurs arguments au groupe d'experts, qui doit faire rapport au Groupe du marché commun sur le bien-fondé de la plainte[641]. Si la plainte est jugée fondée par le groupe d'expert, tout autre État membre que celui visé par la plainte peut alors demander à ce dernier de retirer ou de modifier la mesure incriminée; si l'État refuse de suivre ces recommandations, il ne reste plus à la personne privée plaignante qu'à solliciter le soutien de son État afin qu'il engage lui-même des procédures

---

[637] *Protocole de Brasilia*, *supra* note 633, art. 25. Les personnes privées peuvent également saisir la section nationale de la Commission du commerce du MERCOSUR de leur État membre, suivant le mécanisme parallèle la faisant intervenir avant le Groupe du marché commun. *Protocole d'Ouro Preto*, *supra* note 628, art. 21.

[638] Haines-Ferrari, « Individual Access », *supra* note 628 à la p. 271.

[639] *Protocole de Brasilia*, *supra* note 633, art. 26.

[640] *Ibid.* art. 27-28.

[641] *Ibid.* art. 29.

contentieuses et requiert la création d'un tribunal arbitral suivant le mécanisme de règlement des différends interétatiques, l'État demeurant libre de porter plainte ou non[642].

On constate donc que le MERCOSUR permet aux personnes privées de forcer la phase précontentieuse du mécanisme de règlement des différends — ce qui est tout à fait inhabituel — sous réserve du double examen du bien-fondé de leur plainte, mais que le recours à l'arbitrage international leur échappe totalement, conformément au paradigme interétatique des mécanismes de règlement des différends des intégrations économiques multilatérales et régionales. L'incapacité des personnes privée au plan international n'est pas comblée, elles ne peuvent pas non plus invoquer les manquements de leur État de nationalité, mais leur rôle d'ignition ou de signalement des violations du droit du MERCOSUR est largement reconnu, par la formalisation des mécanismes internes de traitement de leurs plaintes et leur intégration dans le processus de règlement des différends, au stade précontentieux. L'exemple du MERCOSUR démontre à nouveau l'utilité de tabler sur la capacité des personnes privées au plan interne.

### 2.2.5 L'*Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement* (*ANZCERTA*)

Le renforcement de l'intégration économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande offre un exemple saisissant d'un processus très avancé qui, paradoxalement, n'offre aucuns recours internationaux aux personnes privées pour assurer la mise en œuvre des engagements conventionnels de ses États membres. Il confirme la tendance lourde observée dans les traités régionaux, voulant que les personnes privées ne puissent invoquer la responsabilité internationale d'un État pour leurs violations, à l'exception notable du domaine de l'investissement étranger direct.

La pierre d'assise de ce processus est l'*Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*[643] (*ANZCERTA*), un traité de libre-échange conclu en 1983,

---

[642] *Ibid.* art. 32.

[643] *Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*, 28 mars 1983, Austr. T.S. 1983 n° 2, 22 I.L.M. 948 (entrée en vigueur : 1er janvier 1983; modifié et complété par plusieurs protocoles, accords, mémorandums d'accord et arrangements) [ci-après *ANZCERTA*].

qui a été approfondi sur une base continue au moyen de divers protocoles, accords, mémorandums d'accords et arrangements convenus par les gouvernements des deux États. Si un certain ralentissement a pu se faire sentir dans la volonté politique de poursuivre la libéralisation du commerce trans-tasmanien[644], l'*ANZCERTA* a connu des réalisations impressionnantes : élimination totales des tarifs douaniers applicables au commerce des produits entre les deux pays; abolition du droit antidumping et son remplacement par l'extension de la portée territoriale du droit national de la concurrence; abolition des subventions à l'exportation dans l'autre partie; harmonisation du droit des affaires; libéralisation du commerce des services; libéralisation de la circulation des personnes; adhésion de la Nouvelle-Zélande à l'accord intergouvernemental australien sur le commerce intérieur, au même titre que les entités fédérées australiennes[645]. Une exception importante consiste toutefois en l'absence de toute libéralisation de l'investissement étranger direct dans le cadre de l'*ANZCERTA*[646]. Tous ces accomplissements ont été le fruit de la coopération intergouvernementale et non pas d'un quelconque caractère supranational de l'*ANZCERTA*.

Ce caractère hautement intergouvernemental se reflète par l'absence d'un mécanisme de règlement des différends. Tout au plus, l'*ANZCERTA* comporte-t-il une obligation d'entrer en consultation prestement avec l'autre partie lorsque celle-ci fait connaître par voie écrite sa plainte voulant que le traité soit ou ait été violé, que des avantages en résultant soient annulés, que la réalisation de ses objectifs soit ou puisse être

---

[644] On a souligné un certain désintérêt de la part du gouvernement australien pour la poursuite de l'approfondissement de l'intégration économique trans-tasmanienne, ou son rattachement au processus d'intégration économique plus large du Pacifique Sud, au profit d'une stratégie économique qui visait la création de liens commerciaux entre l'Australie et les pays du Pacifique Sud, à l'extérieur du cadre de l'*ANZCERTA*. P. Prove, « The Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement » (1995) 1 Int'l Trade & Bus. L.J. 113 à la p. 120. Les réalisations subséquentes, comme la création d'un marché unique des services de transport aérien ou la mise sur pied d'une autorité trans-tasmanienne des produits alimentaires, semblent indiquer que le processus a maintenant repris son souffle. Australie, Department of Foreign Affairs and Trade, *Closer Economic Relations : Background Guide to the Australia New Zealand Economic Relationship*, Canberra, Commonwealth of Australia, 1997 à la p. 8 [ci-après *Guide to ANZCERTA*].

[645] Prove, *ibid.* aux pp. 113, 117-119; *Guide to ANZCERTA*, *ibid.* aux pp. 6-8, 15, 18-19, 21, 29. Voir notamment le *Protocol to the Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement on Acceleration of Free Trade in Goods*, 18 août 1988, Austr. T.S. 1988 n° 18; *Protocol on Trade in Services to the Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*, 18 août 1988, Austr. T.S. 1988 n° 20.

[646] *Guide to ANZCERTA*, *ibid.* à la p. 26.

entravée, ou encore que des difficultés soient ou puissent survenir en lien avec le traité[647]. On constate que le cadre d'application de la théorie de la protection diplomatique n'est pas du tout altéré et que les personnes privées doivent se tourner vers leur État de nationalité pour remédier aux problèmes résultant de la violation de l'*ANZCERTA*. L'omission d'avoir créé une juridiction trans-tasmanienne pour connaître des différends émanant de l'*ANZCERTA* avait été critiquée dès son adoption, et il semble que l'idée revienne régulièrement à l'avant-plan dans la doctrine; on cependant souligné que la création d'un tel tribunal était illusoire sans une véritable intégration politique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, le scénario souvent évoqué étant celui de l'adhésion de cette dernière à la fédération australienne[648]. Reste que le processus d'intégration économique est pour le moment entièrement contrôlé par les gouvernements des parties : celle-ci se réalise au moyen d'une direction politique et non pas d'une direction judiciaire, puisque le traité ne s'applique pas directement dans l'ordre juridique interne des parties et qu'il ne créé pas de juridiction internationale spécialisée.

Ce contrôle politique se traduit par le rôle prépondérant des législations de mise en œuvre des traités, qu'ils revêtent la forme d'accords, de protocoles, de mémorandums d'accord, ou de simples arrangements; c'est par leur concours que les parties remplissent leurs obligations conventionnelles internationales. L'*ANZCERTA* ne jouissant pas de l'effet direct, les personnes privées ne peuvent normalement pas invoquer directement sa violation devant les tribunaux nationaux des parties. Mais elles peuvent cependant le faire si la législation de mise en œuvre incorpore le traité ou y renvoie : une cause impliquant cette situation s'est rendue jusqu'à la Haute Cour d'Australie en 1998, jetant un éclairage nouveau sur la dynamique inter-reliant personnes privées, accord commercial international et législation de mise en œuvre.

---

[647] *ANZCERTA*, *supra* note 643, art. 22(2). On notera que les parties sont de toute façon obligées de procéder annuellement à la révision du traité et que des révisions générales ont en outre eu lieu en 1988, 1992 et 1995. Cette formalisation de la collaboration intergouvernementale au plan bilatéral contribue fort probablement à aplanir les différends avant qu'ils ne deviennent trop contentieux (*ibid.* art. 22(1), (3)).

[648] M.D. Kirby, « CER, Trans-Tasman Courts and Australasia » [1983] N.Z.L.J. 304; Prove, *supra* note 644 à la p. 127. On a aussi proposé d'étendre la juridiction des tribunaux australiens et néo-zélandais à l'ensemble du marché trans-tasmanien. R. Mortensen, « Judgements Extension under CER » [1999] N.Z.L. Rev. 237 aux pp. 271-273.

Dans l'affaire *Project Blue Sky* c. *Australian Broadcasting Authority*[649], des sociétés privées néo-zélandaises oeuvrant dans le domaine du cinéma et de la télévision contestaient une norme adoptée par l'organisme australien de régulation des services de télédiffusion, qui prescrivait un contenu australien minimum auquel devaient satisfaire les télédiffuseurs en Australie. Cette mesure restreignait l'accès de ces sociétés au marché australien, et toutes les parties au litige convenaient qu'elle violait les dispositions de l'*ANZCERTA* relatives au commerce des services. La loi australienne habilitante confiait à l'organisme de régulation le pouvoir d'adopter des normes relatives au contenu australien des émissions de télévision diffusées dans ce pays, mais ce pouvoir devait être exercé de manière compatible avec *« Australia's obligations under any convention to which Australia is a party or any agreement between Australia and a foreign country »*[650]. C'est donc par le truchement de cette clause de renvoi aux obligations conventionnelles internationales de l'Australie que les sociétés néo-zélandaises ont pu invoquer l'*ANZCERTA* et chercher à obtenir un jugement déclaratoire quant à la validité de la norme en question. En l'espèce, la majorité de la Haute Cour a jugé que la norme était certes incompatible avec l'*ANZCERTA*, mais — dans une pirouette interprétative étonnante, mais qui pourrait traduire un certain inconfort des tribunaux nationaux face à l'application directe du droit international — qu'elle n'était pas invalide pour autant; elle a plutôt jugé que l'acte qui avait conduit à son adoption était, lui, illégal, ce qui signifiait que les personnes intéressées pourraient obtenir une injonction pour empêcher l'organisme de continuer de fonder ses actions sur son acte illégal, sans pour autant que la norme fût annulée *ab initio*[651]. Le juge dissident a lui estimé en *obiter dictum* que la norme était incompatible avec l'*ANZCERTA* et que par conséquent, elle était nécessairement invalide[652]. Ce qu'il faut retenir de cette affaire, c'est que l'État australien a sciemment choisi de prêter flanc à des contestations privées fondées sur l'*ANZCERTA*, devant ses tribunaux nationaux, en renvoyant au traité dans une législation. Il a ainsi tablé

---

[649] *Project Blue Sky* c. *Australian Broadcasting Authority*, [1998] H.C.A. 28; 194 C.L.R. 355; 153 A.L.R. 490 (Haute Cour d'Australie). Voir généralement Côté, « L'invocabilité », *supra* note 593.
[650] *Project Blue Sky* c. *Australian Broadcasting Authority*, *ibid.* au paragr. 1.
[651] *Ibid.* au paragr. 100.
[652] *Ibid.* au paragr. 42. Le juge dissident avait conclu que la norme n'avait pas été adoptée validement, indépendamment de la question de sa compatibilité avec l'*ANZCERTA*.

sur la capacité des personnes privées dans son ordre juridique interne pour contribuer à assurer la mise en œuvre de ses obligations internationales.

En somme, l'*ANZCERTA* offre un autre exemple d'intégration économique régionale où l'incapacité de principe des personnes privée au plan international n'est pas altérée, mais où leur capacité au plan interne leur permet dans certaines circonstances — lorsqu'une législation de mise en œuvre le prévoit — d'agir devant les tribunaux nationaux d'un État afin d'invoquer des manquements à ses obligations conventionnelles internationales.

### 2.2.6 La zone de libre-échange de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ANASE)

Les pays du Sud-Est asiatique se sont regroupés au sein de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ANASE) à la fin des années 1960, en vue de favoriser la collaboration intergouvernementale pour accroître leur sécurité face à l'expansion communiste dans la région, ainsi que pour accélérer leur développement économique[653]. L'intégration économique entre les membres de l'ANASE devenait une priorité politique en 1992, lorsque l'objectif de créer une zone de libre-échange a été proclamé en réaction aux processus d'intégration économique régionale en cours en Amérique du Nord et en Europe[654]. Cependant, cette zone de libre-échange demeure à ce jour hautement déjuridisée : elle relève surtout d'engagements d'ordre politique et non juridiquement contraignants[655], pris dans des accords-cadres ou d'autres types d'arrangements souples,

---

[653] D.A. Haas, « Out of Other's Shadows : ASEAN Moves toward Greater Regional Co-operation in the Face of the EC and NAFTA » (1994) 9 Am. U.J. Int'l L. & Pol'y 809 à la p. 812; P. Kenevan et A. Winden, « Flexible Free Trade : the ASEAN Free Trade Area » (1993) 34 Harv. Int'l L.J. 224 à la p. 224. Voir la *Declaration of Bangkok*, 8 août 1967, 6 I.L.M. 1233. L'ANASE compte actuellement dix États membres : Brunéi, Cambodge, Indonésie, Laos, Malaisie, Myanmar, Philippines, Singapour, Thaïlande et Viet-Nam. Voir ANASE, *Member Countries*, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/4736.htm> (date d'accès: 17 mai 2005). En français, voir généralement B. Kermarec, *L'UE et l'ASEAN : mondialisation et intégrations régionales en Europe et en Asie*, Paris, L'Harmattan, 2003.

[654] Haas, *ibid.* aux pp. 809-810. Voir la *Declaration of Singapour of 1992*, 28 janvier 1992, 31 I.L.M. 498.

[655] Haas, *ibid.* à la p. 829, 857-858; Kenevan et Winden, *ibid.* à la p. 224.

dont surtout le *Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation*[656] (*Accord-cadre sur la zone de libre-échange de l'ANASE*).

Pour l'heure, la zone de libre-échange de l'ANASE trouve son fondement dans un seul accord juridiquement contraignant[657], l'*Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area*[658] (*Accord sur le CEPT*), qui vise à réduire les obstacles tarifaires au commerce des marchandises au sein de l'ANASE, suivant une approche à géométrie variable, reflétant les importantes disparités entre le niveau de développement respectif de ses États membres. La réalisation de ces objectifs de réduction et, partant, de la zone de libre-échange, a pu être ramenée de 2008 à 2003 pour un groupe pionnier de six États membres[659].

La nature déjuridisée de la zone de libre-échange de l'ANASE se traduit au plan institutionnel par une cadre très léger : la mise en œuvre de l'*Accord sur le CEPT* est par exemple supervisée par un conseil réunissant des représentants de rang ministériel de chacun des États membres, avec l'appui du secrétariat de l'ANASE[660]. Cette flexibilité et l'attachement des États membres à leur souveraineté devaient nécessairement se manifester également au plan du règlement des différends. À l'origine, l'*Accord sur le CEPT* encourageait simplement les États membres à régler leurs différends à l'amiable, avec renvoi du litige auprès du conseil des ministres des États membres et, si nécessaire, auprès des *ASEAN Economic Ministers* (AEM), sans plus de précision[661]. L'absence d'un véritable mécanisme de règlement des différends était qualifiée par plusieurs comme la plus grande faiblesse de la zone de libre-échange de l'ANASE[662]; un processus de juridictionnalisation du règlement des différends s'est cependant enclenché en 1996, avec

---

[656] *Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation*, 28 janvier 1992, 31 I.L.M. 506, art. 2A.
[657] Kenevan et Winden, *supra* note 653, à la p. 225.
[658] *Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area*, 28 janvier 1992, 31 I.L.M. 513 [ci-après *Accord sur le CEPT*].
[659] *Protocol to Amend the Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation*, 15 décembre 1995, 35 I.L.M. 1081, art. 1.
[660] *Accord sur le CEPT*, *supra* note 658, art, 7(1).
[661] *Ibid.* art. 8(3).
[662] Voir Haas, *supra* note 653, à la p. 838, 858; Kenevan et Winden, *ibid.* aux pp. 236-237; J.A. Kaplan, « ASEAN'S Rubicon : A Dispute Settlement Mechanism for AFTA » (1996) 14 U.C.L.A. Pac. Basin L.J. 147 à la p. 172.

l'adoption du *Protocol on Dispute Settlement Mechanism*[663]. Celui-ci crée un mécanisme général de règlement des différends couvrant l'ensemble des instruments de coopération économique adoptés depuis les origines de l'ANASE, au premier rang desquels se situent l'*Accord-cadre sur la zone de libre-échange de l'ANASE* et l'*Accord sur le CEPT*[664].

De manière assez peu surprenante, au vu du caractère essentiellement déjuridisé de ces instruments et de l'attachement de l'ANASE à la collaboration intergouvernementale, le nouveau mécanisme ne déroge pas au paradigme interétatique, confirmant s'il le fallait la tendance lourde observée dans les traités d'intégration économique régionale. La théorie de la protection diplomatique n'est donc pas altérée dans la zone de libre-échange de l'ANASE : les personnes privées n'ont pas accès à son mécanisme général de règlement des différends et doivent donc se tourner vers leur État de nationalité pour qu'il épouse leur plainte[665]. De plus, toujours en raison de ce caractère déjuridisé, ces instruments ne semblent pas pouvoir être invoqués directement dans l'ordre juridique interne des États membres, devant leurs tribunaux nationaux, ce qui signifie que les personnes privées ne jouent aucun rôle actif dans leur mise en œuvre. Le domaine de l'investissement étranger direct échappe toutefois à cette conclusion, puisque les

---

[663] *Protocol on Dispute Settlement Mechanism*, 20 novembre 1996, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/4924.htm> (date d'accès: 17 mai 2005). Ce mécanisme rappelle beaucoup celui de l'OMC, à l'exception notable que la règle dite du consensus négatif est remplacée par une règle de la majorité moins les parties au litige; tant les plaintes relatives à la violation qu'à la non-violation des accords couverts sont visées. Une phase de consultations est d'abord prévue, après quoi la plainte peut être acheminée auprès du *Senior Economic Officials Meeting* (SEOM), qui doit alors établir un group spécial à moins d'un consensus le refusant, ce qui permet à une partie au litige d'empêcher ce refus. Le groupe spécial doit faire rapport au SEOM, qui doit prendre une décision sur la plainte à l'exclusion des représentants des parties au litige, à la majorité simple. Les parties au litige peuvent faire appel de cette décision auprès des *ASEAN Economic Ministers* (AEM), qui prend la décision finale sur la plainte toujours à l'exclusion des représentants des parties au litige, à la majorité simple. Les décisions finales du SEOM et de l'AEM sont obligatoires et doivent être mises en œuvre dans un délai raisonnable; en cas d'inexécution d'une décision, la prise de contre-mesures par la partie plaignante est soumise à l'autorisation de l'AEM. Un nouveau mécanisme de règlement des différends a très récemment remplacé celui prévu par ce *Protocol on Dispute Settlement Mechanism*, mais il n'a pas accru la place des personnes privées dans le processus. Voir le *ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism*, 29 novembre 2004, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/16754.htm> (date d'accès: 17 mai 2005).

[664] *Ibid.* art. 1(1). En plus de l'*Accord-cadre sur la zone de libre-échange de l'ASEAN*, cette disposition renvoie à une liste de 47 traités en annexe; le mécanisme est aussi ouvert aux accords de nature économiques à venir.

[665] On notera qu'un auteur avait proposé que les personnes privées puissent porter plainte contre les États membres dans le cadre du mécanisme général de règlement des différends de la zone de libre-échange de l'ANASE, avant l'adoption du *Protocol on Dispute Settlement Mechanism*. Kaplan, *supra* note 662 aux pp. 177-178.

personnes privées s'y voient reconnaître le droit de porter plainte contre un État membre dans le cadre d'un mécanisme spécial de règlement des différends[666].

### 2.2.7 Le projet de création de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA)

Les négociations actuellement en cours en vue de créer une zone de libre-échange à l'échelle des Amériques méritent finalement de retenir notre attention[667], car elles confirment les tendances observées dans les traités d'intégration économique régionale examinés précédemment. Le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la Zone de libre-échange des Amériques*[668] (*Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*), qui a été rendu public récemment, n'altère pas du tout le paradigme interétatique en matière de règlement des différends : la règle envisagée demeure que le droit de porter plainte en vertu du mécanisme général de règlement des différends appartiendrait exclusivement aux États membres de la ZLÉA. Dans le domaine de l'investissement étranger direct, on projette toutefois d'accorder aux personnes privées le droit de porter plainte contre un État[669].

---

[666] Voir ci-dessous, la partie 2.3.3 b), pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le domaine de l'investissement étranger direct au sein de l'ANASE.

[667] Le projet de création de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) a été lancé officiellement lors du Sommet des Amériques tenu en 1994 à Miami. Les négociations, qui réunissent 34 des 35 États de l'hémisphère occidental, à l'exception notable de Cuba, sont censées accoucher d'un traité en 2005. Voir Premier Sommet des Amériques, *Déclaration de Miami*, 11-19 décembre 1994, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/Summits/Miami/declara_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005). Voir généralement J.A. Rivas-Campo et R.T. Juk Benke, « FTAA Negotiations : Short Overview » (2003) 6 J. Int'l Econ. L. 661.

[668] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la Zone de libre-échange des Amériques*, 21 novembre 2003, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/ftaadrafts_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005) [ci-après *Troisième Avant-projet d'accord sur la ZLÉA*]. Les *Premier* et *Deuxième Avant-projet d'Accord sur la Zone de libre-échange des Amériques* avaient été rendus publics le 3 juillet 2001 et le 1er novembre 2002 respectivement. On a souligné le caractère sans précédent de cette pratique de rendre public un projet de traité toujours en négociation, par souci de transparence et dans un esprit de dialogue avec la société civile. Rivas-Campo et Juk Benke, *ibid.* à la p. 663. Le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* vise à libéraliser le commerce interaméricain, en traitant plus particulièrement de l'agriculture, des marchés publics, de l'investissement, de l'accès aux marchés, des subventions et droits antidumping et compensateurs, du règlement des différends, des services, des droits de propriété intellectuelle, et enfin de la politique de concurrence.

[669] Voir la partie 2.3.3 b), ci-dessous, pour une discussion sur les recours internationaux des personnes privées en matière d'investissement étranger direct projetés dans la ZLÉA.

Puisqu'on en est encore au stade des négociations et que la signature d'un accord définitif n'est envisagée que pour 2005[670], le contenu du *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* doit être relativisé puisque les États ne s'entendent toujours pas sur une grande partie de ses dispositions. Il n'en demeure pas moins qu'il indique ce qui est sur la table des négociations et que, en outre, il offre une bonne illustration du développement actuel de la pratique des États en ce qui a trait à la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. L'analyse de ses points saillants concernant le règlement général des différends s'avère donc fort instructive.

Le mécanisme général de règlement des différends prévu par le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* vise exclusivement les litiges entre États[671]; tout au plus peut-il être mis à contribution par l'État de nationalité d'un investisseur en cas d'inexécution par l'État hôte d'une sentence arbitrale rendue dans le cadre du mécanisme spécial de règlement des différends en matière d'investissement étranger direct. Les personnes privées n'ont pas accès à ce mécanisme et il semble que le modèle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC se soit imposé aux négociateurs à cet égard, en particulier parce qu'il opère également dans une communauté comptant un grand nombre d'États à la taille et au niveau de développement très variés[672].

---

[670] Malgré les difficultés que connaissent les négociations, en raison notamment de leur déroulement simultané avec le cycle de négociations de Doha à l'OMC, les parties s'attendent toujours à parvenir à un accord en 2005. Voir Huitième Réunion ministérielle de la ZLÉA, *Déclaration ministérielle*, Miami, 20 novembre 2003, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/Ministerials/Miami/miami_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005); Sommet extraordinaire des Amériques, *Déclaration de Nuevo León*, Monterrey, 13 janvier 2004, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/Summits/Monterrey/NLeon_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005). Voir aussi J.-M. Caroit, « Un sommet pour resserrer les liens entre les Amériques » *Le Monde / Sélection hebdomadaire* (17 janvier 2004) 2.

[671] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *supra* note 668, chapitre XXIII. Les plaintes pourraient viser tant les situations de violation de l'Accord sur la ZLÉA que celle de non-violation. Une phase de consultations est d'abord envisagée, avant que la plainte puisse être soumise auprès d'un groupe spécial neutre, dont la décision serait sujette à appel auprès d'un organe d'appel. L'inexécution du rapport final du groupe spécial neutre ou de l'organe d'appel, dans un délai raisonnable, pourrait permettre à l'État plaignant de suspendre des avantages découlant de l'accord, à défaut d'entente sur une compensation mutuellement satisfaisante; on envisage en plus — ce qui est inhabituel dans les accords commerciaux internationaux — de permettre à l'État responsable de payer une compensation pécuniaire annuelle en cas d'inexécution du rapport final, plutôt que de faire face à la suspension d'avantages. Ce mécanisme semble pousser plus loin la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux opérée à l'OMC, en prévoyant apparemment que les rapports finals des groupes spéciaux neutres ou de l'organe d'appel seraient obligatoires sans avoir à être adoptés par les États membres agissant collectivement (*ibid.* art. 30).

[672] J.M. Taylor, « Dispute Settlement Under the FTAA : An Apparent Melding of WTO, NAFTA and MERCOSUR Approaches » (2002) 19 J. Int'L Arb. 393 aux pp. 421-422.

La question de la participation des personnes privées dans le processus, non pas à titre de plaignant, fait l'objet d'une controverse dans le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*. Deux dispositions alternatives radicalement opposées sont proposées : la première ferme totalement la porte à toute participation d' « organismes, de personnes ou de groupes de personnes », qu'il s'agisse de présenter un exposé ou de faire une communication écrite; la deuxième ouvre au contraire la porte à une telle participation et la codifie, rappelant les développements survenus à l'OMC concernant la participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae*[673].

Au reste, le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* laisse aussi paraître une forte influence de l'*ALÉNA*, en ce qui concerne toujours la participation des personnes privées au règlement des différends. Pour bien fermer la porte à toute possibilité de différends avec d'autres acteurs que les États, il est interdit aux États membres de prévoir dans leur législation interne tout recours contre un autre État membre qui impliquerait l'Accord sur la ZLÉA[674]. Tout au plus prévoit-on faciliter le règlement des différends entre parties privées en encourageant l'adhésion aux conventions d'arbitrage international[675]. Enfin, on envisage aussi la possibilité pour un organe judiciaire ou administratif d'un État membre de faire un renvoi pour interprétation de l'Accord sur la ZLÉA auprès de son gouvernement, qui verrait à renvoyer la question au secrétariat de la ZLÉA, pour décision par tous les États membres réunis au sein de l'Organe exécutif de règlement des différends, qui pourrait rendre un avis apparemment non contraignant[676].

Ainsi le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* vient-il confirmer la pratique des États à l'égard des recours des personnes privées dans les traités d'intégration économique régionale. Leur incapacité de principe au plan international n'est pas affectée en ce qui concerne l'invocation de la responsabilité de l'État pour manquement à ses engagements conventionnels de libéralisation commerciale : le cadre d'application de la théorie de la protection diplomatique est donc inchangé. Une exception de taille à cette

---

[673] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *supra* note 668, chapitre XXIII, art. 39.
[674] *Ibid.* art. 46. *Cf. ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2021. On a vu en analysant le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA* qu'une telle disposition n'empêchait pas un État à autoriser les recours des personnes privées à son encontre devant ses propres tribunaux nationaux. Il faudra donc attendre les législations de mise en œuvre de l'Accord sur la ZLÉA des États membres pour savoir si certains d'entre eux autoriseront de tels recours privés.
[675] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *ibid.* art. 47. *Cf. ALÉNA*, *ibid.* art. 2022.
[676] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *ibid.* art. 45. *Cf. ALÉNA*, *ibid.* art. 2020.

observation générale se confirme en matière d'investissement étranger direct. Elle doit maintenant être examinée plus en détails.

## 2.3 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT[677]

On a vu que le droit international de la responsabilité de l'État s'est grandement développé sur la base des litiges qui ont opposé investisseurs étrangers et États hôtes, concernant les dommages qui avaient été causés aux premiers par ces derniers[678]. On a aussi vu que la théorie de la protection diplomatique s'est également échafaudée dans le cadre de litiges semblables, puisque ses origines et celles du droit de la responsabilité de l'État se confondent dans une certaine mesure[679]. Aussi n'est-il pas étonnant que le domaine de l'investissement étranger direct se situe toujours à l'avant-garde en ce qui concerne la place des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques.

Il est difficile d'en arriver à une définition claire de l'investissement étranger direct, étant données les tensions qui existent dans ce domaine entre pays exportateurs et pays importateurs de capitaux, de même que du caractère volontairement flou laissé à cette notion avant tout économique, afin que sa portée soit la plus large possible[680]. Pour les fins de la présente thèse, nous définissons l'investissement étranger comme étant

---

[677] L'expression « nouveau droit international de l'investissement étranger direct » renvoie au droit conventionnel actuellement en phase active de formation dans la pratique des États, que ce soit aux plans bilatéral, régional ou multilatéral. Voir A.R. Parra, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Treaties and Multilateral Intruments on Investment » (1997) 12 I.C.S.I.D. Rev. 287 à la p. 361; J.W. Salacuse, « BIT by BIT : The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Direct Investment in Developing Countries » (1990) 24 Int'l Lawyer 655 à la p. 675. Voir généralement M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994 [ci-après Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*].

[678] Voir *supra* la note 330 et le texte correspondant.

[679] Voir *supra* la note 516 et le texte correspondant.

[680] La notion d' « investissement étranger direct » est une création conventionnelle propre aux traités de promotion et de protection des investissements conclus après la Deuxième Guerre mondiale. Elle est inconnue du droit international général comme tel, qui prescrit plutôt des règles coutumières relatives au traitement de la personne et des biens de l'étranger situés dans un État autre que son État de nationalité. Il semble toutefois que la notion de « bien étranger » de la coutume internationale et celle d' « investissement étranger direct » du droit conventionnel contemporain se recoupent largement. J.-P. Laviec, *Protection et Promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985 aux pp. 2 et 11.

l'apport en capital effectué par une personne dans un État autre que son État de nationalité, sur une échéance relativement longue, dépassant la simple transaction commerciale ponctuelle, dans le but de réaliser un profit[681]. On parle d'investissements étrangers directs pour viser uniquement ceux sur lesquels l'investisseur étranger exerce un contrôle direct, par opposition aux investissements de portefeuille ou aux placements financiers, où l'investisseur étranger n'est pas impliqué personnellement dans l'opération de son investissement dans l'État hôte.

Le domaine de l'investissement étranger direct apparaît en définitive être le seul où l'incapacité de principe des personnes privées au plan international a été comblée conventionnellement dans la pratique des États, ce qui signifie que le cadre d'application de la théorie de la protection diplomatique s'en trouve réellement altéré. Cette reconnaissance a été le fruit d'une lente évolution dont la genèse sera examinée (**2.3.1**). Le mécanisme de règlement des différends mis en place par le chapitre 11 de l'*ALÉNA* constitue un jalon capital de cet élargissement, aussi son étude sera-t-elle d'un tout premier intérêt pour les fins de notre thèse (**2.3.2**). Elle permet surtout d'évaluer les problèmes d'ordre systémique que peut soulever l'élargissement du droit de porter plainte auprès d'une instance internationale en faveur des personnes privées, afin de leur permettre d'invoquer la responsabilité de l'État. L'examen de l'extension du modèle du chapitre 11 nous permettra aussi de mieux mesurer les chances de voir un tel élargissement se réaliser un jour dans l'enceinte de l'OMC (**2.3.3**).

### 2.3.1 Genèse de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État

L'évolution du règlement des différends mettant en cause les investissements étrangers directs est caractérisée par le passage du règlement de litiges définis, mettant en cause soit la violation du droit international coutumier relatif à la protection de la personne et des biens de l'étranger par l'État hôte, soit l'inexécution de contrats d'État par la partie privée ou la partie étatique, vers celui de litiges où il est uniquement question de l'inexécution du droit international conventionnel applicable aux investissements

[681] Voir par ex. Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, *supra* note 677 aux pp. 4-8; Laviec, *supra* note 680 aux pp. 11-28; Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 405-406.

étrangers directs par l'État hôte. Tout au long de cette évolution, le rôle et la capacité juridique des investisseurs étrangers se sont accrus, pour aboutir à la reconnaissance conventionnelle de leur droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État pour violation d'un traité, ce qui constitue précisément le cas de figure qui nous intéresse dans la perspective de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

En outre, cette évolution valide la structure analytique proposée dans la première partie de notre thèse, voulant que la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux soit l'épiphénomène de la juridisation des relations internationales au plan substantif[682]. On avait certes tenté de contourner les difficultés rencontrées dans la juridisation, au plan multilatéral, des relations internationales en matière d'investissement étranger, en raison des fortes oppositions qui existaient alors entre les États sur cette question, en procédant immédiatement à la juridictionnalisation du règlement des différends en la matière, par la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Cependant, la juridictionnalisation graduelle du règlement des différends internationaux relatifs aux investissements[683] — et l'accroissement simultané de la capacité des personnes privées — n'a pu se réaliser et prendre réellement son envol qu'une fois enclenchée la juridisation substantive des relations internationales en la matière, au moyen de traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux.

a) Les tribunaux et commissions mixtes de réclamations

L'histoire des relations internationales abonde en exemples où un contentieux est né entre un État hôte et l'État de nationalité de personnes privées ayant subi des

[682] Voir la partie 1.1.1, ci-dessus, pour une discussion sur les deux dimensions de la juridisation des relations commerciales internationales.

[683] Le terme juridictionnalisation doit être pris ici dans son sens global, ne visant pas spécifiquement le tribunal judiciaire proprement dit, mais recoupant plutôt tous les modes de règlement des différends internationaux tendant vers le règlement judiciaire. La juridictionnalisation du règlement des différends internationaux relatifs aux investissements procède essentiellement au moyen du recours à l'arbitrage. Georges Abi-Saab a souligné que l'on assistait actuellement à la « juridictionnalisation de l'arbitrage » et à l'« arbitralisation de la juridiction », pour illustrer le fait que la frontière entre ces deux modes de règlement des différends internationaux apparaissait de plus en plus floue dans la pratique récente des États. Abi-Saab, *supra* note 204.

dommages à l'occasion de troubles civils, de guerres, de nationalisations, ou encore de réformes sociales à grande échelle, comme la collectivisation où la redistribution de terres agricoles. De telles situations peuvent constituer des violations de la coutume internationale, en ce qui a trait au traitement de la personne et des biens des étrangers, engageant la responsabilité internationale de l'État hôte. C'est dans ces circonstances que l'on peut voir poindre les premiers éléments de l'accroissement de la capacité internationale des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État.

La pratique des États dans de telles situations montre que l'État de nationalité des personnes privées lésées et l'État hôte ont fréquemment conclu un accord après la commission des faits internationalement illicites présumés, en vue d'en arriver à un règlement global du différend et de régler les réclamations individuelles de ces personnes privées[684]. Ces accords ponctuels ont pour fonction de mettre en place des tribunaux ou des commissions mixtes, auxquels les personnes privées peuvent avoir directement accès pour faire valoir leurs réclamations contre l'État hôte.

Un exemple classique de ce type de mécanisme est celui des tribunaux arbitraux mixtes mis en place par le *Traité de Versailles* et les autres traités de paix conclus à l'issue de la Première Guerre mondiale[685]. Ces tribunaux avaient notamment compétence pour entendre des réclamations basées sur l'application de certaines dispositions de ces traités, qui visaient la protection des biens, droits et intérêts des ressortissants des belligérants. Le ressortissant étranger pouvait saisir le tribunal sans l'intervention de son État de nationalité, et ce dernier ne pouvait l'en empêcher, tandis que la règle de l'épuisement des recours internes avait été écartée. On a souligné à l'époque à quel point ces recours ouverts aux personnes privées ont contribué au développement de la coutume internationale, concernant la protection internationale des biens des étrangers, en raison du nombre important de réclamations soumises[686].

---

[684] G. Sacerdoti, « Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection » (1997) 269 Rec. cours 251 aux pp. 421-422; Sornarajah, *Settlement of Foreign Investment Disputes*, *supra* note 25 à la p. 153.
[685] Schulé, *supra* note 477 aux pp. 49-55. Voir le *Traité de Versailles*, 28 juin 1919, en ligne : Yale Law School <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/partx.htm> (date d'accès : 10 septembre 2004), art. 304.
[686] Schulé, *ibid.* à la p. 50.

On peut aussi penser aux commissions mixtes de réclamations mises en place après les révolutions mexicaines survenues successivement entre 1910 et 1920, afin d'entendre les réclamations des ressortissants étrangers qui avaient été dépossédés de leurs biens dans cet État[687]. Le Mexique avait alors consenti à ce que la règle de l'épuisement des recours internes fût écartée, ce qui avait permis la saisine directe des commissions, mais l'État de nationalité conservait globalement la mainmise sur la procédure, de la présentation de la réclamation à l'acceptation d'un règlement, à l'exception notable du fait que la personne privé lésée devait signer elle-même le mémoire déposé par l'État[688]. Le droit applicable aux litiges n'était en général pas le droit international, mais plutôt les principes de justice et d'équité[689].

Le dernier exemple significatif de ce type de mécanisme de règlement des différends est celui du Tribunal des réclamations irano-américaines, qui a été mis en place par les accords d'Alger intervenus entre les États-Unis et l'Iran, à la suite des troubles ayant accompagné la révolution islamique de 1979 dans ce pays[690]. Sa compétence s'étendait aux différends entre un ressortissant étranger et un État hôte, relatifs aux contrats d'États, aux dettes ainsi qu'aux expropriations, ainsi qu'aux différends interétatiques relatifs aux contrats et au traité ayant institué le tribunal[691]. Le droit applicable aux litiges relatifs aux expropriations n'était pas le traité, mais plutôt la

---

[687] Voir généralement A.H. Feller, *The Mexican Claims Commissions : 1923-1934*, New-York, Macmillan, 1935. Une commission générale avait été mise en place pour entendre les réclamations des ressortissants américains et mexicains contre respectivement le Mexique et les États-Unis, survenues depuis 1868, mais excluant les révolutions de 1910 à 1920; une série de commissions spéciales avaient également été mises en place pour entendre les réclamations nées à l'encontre du Mexique suite auxdites révolutions, de la part de ressortissants américains, français, allemands, britanniques, italiens, espagnols et belges.

[688] *Ibid.* aux pp. 34, 87-88 et 289.

[689] Le Mexique avait refusé de reconnaître sa responsabilité internationale, mais avait accepté une responsabilité morale, ce qui explique son refus d'appliquer le droit international public au fond du litige. La commission générale américano-mexicaine devait par contre appliquer les principes du droit international, de la justice et de l'équité. *Ibid.* à la p. 33.

[690] Sacerdoti, *supra* note 684 aux pp. 421-422. Voir *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran*, 19 janvier 1981, 1 Iran-U.S. C.T.R. 9. Voir généralement C.N. Brower, « The Iran-United States Claims Tribunal » (1990) 224 Rec. cours 123; C.N. Brower et J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998; R. Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal : Controversies, Cases and Contribution*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990.

[691] Sacerdoti, *ibid.*

coutume internationale; le Tribunal aura abondamment contribué à son développement concernant entre autres la protection de la personne et des biens des étrangers[692].

Ces litiges mettent généralement en cause la responsabilité internationale de l'État, pour violation du droit international coutumier, à l'exception des tribunaux arbitraux mixtes institués par le *Traité de Versailles* et les autres traités de paix, qui visaient plutôt l'application de certaines de leurs dispositions. Les tribunaux ou commissions mixtes de réclamation ont ceci de particulier qu'ils sont toujours créés après la commission du fait internationalement illicite par l'État hôte. Ils naissent d'un compromis d'arbitrage convenu entre l'État de nationalité et l'État hôte; leur compétence est également limitée à des faits précis. Cela nous permet d'avancer que dans tous ces cas, l'invocation de la responsabilité de l'État hôte a été en réalité effectuée par l'État de nationalité, lorsqu'il a entrepris des négociations et conclu un accord portant création du tribunal ou de la commission mixte avec l'État hôte[693].

Le rôle consenti aux personnes privées viserait en fait à faciliter la mise en œuvre de ses obligations secondaires par l'État responsable, et d'atténuer le paroxysme de la fiction vattélienne, en leur permettant de faire valoir elles-mêmes leur réclamation devant l'instance internationale *ad hoc* ainsi créée. Leur participation permettrait ainsi une liquidation plus efficace du contentieux global à la base du compromis d'arbitrage. La Cour permanente de justice internationale ne voyait d'ailleurs aucun obstacle juridique insurmontable à un tel arrangement conventionnel[694], qui était compatible avec la conception qu'elle se faisait du droit international au début du XX$^{ème}$ siècle, confirmant qu'il ne s'agissait pas d'une altération fondamentale du droit international de la responsabilité de l'État, de la théorie de la protection diplomatique et du statut des personnes privées dans la société internationale classique.

---

[692] Brower, *supra* note 690 aux pp. 227 et 281.

[693] Voir Sornarajah, *Settlement of Foreign Investment Disputes*, *supra* note 25 aux pp. 153-154. On a vu que dans le cas des commissions mixtes mettant en cause le Mexique, la réclamation était même faite formellement par l'État de nationalité.

[694] *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, *supra* note 323 à la p. 28. La Cour affirme, dans ce qui semble être un *obiter dictum*, ce qui suit : « Le droit international n'exclut pas qu'un État accorde à un autre le droit de demander à des instances arbitrales internationales d'allouer directement aux ressortissants de ce dernier des indemnités pour des dommages qu'ils ont subis à la suite d'une violation du droit international par le premier État. »

N'empêche que les personnes privées se sont vues reconnaître une certaine capacité processuelle dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'État. Couplés à l'arbitrage commercial international mis à contribution dans le règlement des différends relatifs aux contrats d'États, les tribunaux et commissions mixtes de réclamations préfigurent la création du CIRDI et, plus récemment, la reconnaissance du droit des investisseurs étranger d'invoquer la responsabilité internationale de l'État.

### b) L'arbitrage commercial international et le règlement des différends relatifs aux contrats d'État

Un des véhicules privilégiés de l'investissement étranger direct est le contrat d'État, ou contrat d'investissement, conclu entre un investisseur étranger et un État hôte, par lequel l'État concède à la personne privée, par exemple, l'exclusivité de l'exploitation d'une ressource naturelle ou de la construction et l'exploitation d'une infrastructure pour une période donnée. Ce type de contrat implique habituellement un investisseur provenant d'un pays exportateur de capitaux — surtout des pays industrialisés — et un pays en voie de développement.

Les contrats d'État prévoient souvent le recours à l'arbitrage commercial international pour régler les éventuels différends qui pourraient survenir entre leurs parties, à l'instar des contrats commerciaux privés. Les principaux avantages de l'arbitrage commercial international pour le règlement de tels litiges, par opposition aux juridictions nationales de l'État hôte, sont traditionnellement sa célérité, sa confidentialité et sa plus grande indépendance par rapport à l'État hôte[695]. Il permet de délocaliser le contrat tant au plan des règles de fond applicables en cas de différend qu'à celui des règles de procédure présidant à son règlement.

La question de l'internationalisation des contrats d'État a longtemps divisé la doctrine. Il s'agissait de savoir si la violation d'un tel contrat par la partie étatique

---

[695] Voir R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 aux pp. 16-32. Sur l'arbitrage commercial international, voir généralement Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996; A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Arbitration*, 4ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2004; Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27.

suffisait à constituer un fait internationalement illicite susceptible d'engager sa responsabilité internationale. Dans l'affirmative, cela aurait signifié que les nombreuses clauses compromissoires stipulées dans ces contrats étaient autant de reconnaissance du droit de la partie privée d'invoquer la responsabilité internationale de l'État auprès d'une instance arbitrale. Le concept de l'internationalisation des contrats d'États a cependant fait long feu, et il est désormais généralement admis qu'il n'y a pas d'obligation internationale coutumière consacrant la force obligatoire des contrats conclus entre un État et une personne privée[696]. Cette vue est attestée par la pratique récente des États, qui prévoient parfois des clauses de « *sanctity of contracts* » dans leurs traités de promotion et de protection des investissements étrangers, ayant pour effet de créer à la charge de l'État hôte une obligation internationale conventionnelle d'exécuter les contrats d'investissement, dont la violation engage cette fois sa responsabilité internationale[697].

Parallèlement au débat sur l'internationalisation des contrats d'États, on a aussi défendu l'idée selon laquelle le fait pour la partie étatique de ne pas honorer la clause compromissoire stipulée dans le contrat, en refusant de se soumettre à l'arbitrage commercial international, était constitutif d'un déni de justice et suffisait à engager sa responsabilité internationale, sans même que la règle de l'épuisement des recours internes eût à être appliquée[698]. Cette position signifierait qu'une obligation d'exécuter ces clauses compromissoires existe dans la coutume internationale, et donc que certaines dispositions du contrat bénéficieraient d'une protection internationale alors que d'autres pas. Il n'est pas nécessaire de juger la validité de cette position pour les fins qui nous intéressent, puisqu'elle ferait en sorte que, en cas de déni de justice arbitrale par la partie étatique, sa responsabilité internationale serait engagée et pourrait être invoquée par l'État de nationalité de la partie privée, et non pas par cette dernière puisqu'elle n'aurait plus accès à l'instance internationale prévue au contrat, suivant les règles classiques du droit international public : il ne serait pas question de l'invocation de la responsabilité

---

[696] Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 549-553; Dupuy, *supra* note 318 aux pp. 549 et 675, paragr. 532 et 620; Verhoeven, *supra* note 325 aux pp. 373-375; Arbour, 2ème éd., *supra* note 517 aux pp. 279-280; P. Weil, « The State, the Foreign Investor, and International Law : The No Longer Stormy Relationship of a *Ménage À Trois* » (2000) 15 I.C.S.I.D. Rev. 401 aux pp. 402-404. Voir Sornarajah, *Settlement of Foreign Investment Disputes*, *supra* note 25 aux pp. 273-278.

[697] Voir par ex. le *Traité sur la Charte de l'énergie*, *infra* note 993, art. 10(1) *in fine*.

[698] Schwebel et Wetter, *supra* note 526; Schwebel, *supra* note 526.

internationale de l'État par une personne privée. Au fond, cette hypothèse intéresse davantage la question de l'applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes.

Si les litiges entre les parties à un contrat d'État opposent une personne privée à un État hôte, il ne s'agit pas à proprement parler de litiges de droit international public, puisque la violation d'un tel contrat ne constitue pas à elle seule un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Il s'agit en définitive de litiges privés de nature contractuelle[699]. Toutefois, leur existence et la pratique de les soumettre à l'arbitrage commercial international constituent un des jalons de l'élargissement du droit de porter plainte des investisseurs étrangers, puisqu'à son origine, le CIRDI visait surtout ce type de différend.

### c) Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

La création du CIRDI a permis l'institutionnalisation du type d'arbitrage envisagé dans les sections précédentes, entre personne privée et État, en fournissant un cadre et des règles de procédure pour connaître de tels litiges. La *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*[700] (*Convention CIRDI*), qui a mis en place le CIRDI, fut adoptée sous les auspices de la Banque mondiale afin de créer une atmosphère de confiance mutuelle entre les investisseurs étrangers et les États hôtes, en vue de favoriser les investissements internationaux privés et partant, le développement économique dans ces États[701]. Cette affirmation a cependant été contestée du fait notamment que la *Convention* n'accroîtrait

---

[699] Sacerdoti, *supra* note 684 à la p. 415; Schulé, *supra* note 477 aux pp. 125-126.

[700] *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 160 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [ci-après *Convention CIRDI*]. Voir généralement A. Broches, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States » (1972) 136 Rec. cours 331, réédité dans A. Broches, *Selected Essays : World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 188; G.R. Delaume, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » (1982) 109 J.D.I. 775; M. Hirsh, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; C.H. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

[701] Voir Broches, *ibid.* à la p. 192.

en réalité que la confiance des investisseurs; son attrait résiderait plutôt dans le fait qu'elle contribue à dépolitiser les différends entre investisseurs et États hôtes en les circonscrivant à la sphère commerciale privée, évitant ainsi qu'ils ne s'internationalisent[702]. Cette dernière remarque pouvait être vraie dans la mesure où la réclamation de la partie privée ne visait pas directement la mise en œuvre d'obligations internationales par la partie étatique, mais elle ne semble plus être juste lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'un traité par un État hôte, comme on le verra plus bas. En instituant un cadre permanent pour ce type d'arbitrage commercial international et de réclamations mixtes, le CIRDI constitue probablement le jalon le plus important de la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. Cependant, ce résultat n'avait pas été envisagé aussi clairement à l'origine[703].

Le CIRDI visait au départ à offrir un forum délocalisé pour connaître des différends « en relation directe avec un investissement »[704]. Étaient essentiellement visés les différends relatifs aux contrats d'État, et ceux relatifs à la violation de la coutume internationale dans une moindre mesure. C'est pourquoi tant la partie privée que la partie étatique se sont vues reconnaître le droit de saisir le CIRDI, puisque toutes deux étaient susceptibles de ne pas exécuter leurs obligations contractuelles[705]. Afin de dénouer l'impasse dans laquelle on se trouvait concernant l'adoption, au plan multilatéral, de règles de fond applicables aux investissements étrangers, on s'est résolu à aller de l'avant directement avec des règles de procédures, dont l'adoption apparaissait moins controversée[706] : c'est pourquoi on peut dire qu'on a procédé à la juridictionnalisation du

---

[702] Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 aux pp. 220-222.

[703] Aron Broches a souligné que la caractéristique la plus significative de la *Convention CIRDI*, du point de vue juridique, était qu'elle avait établi la capacité des personne privée de poursuivre un État devant une instance internationale, et que cela devait contribuer à la reconnaissance des individus comme sujet du droit international. Broches, *supra* note 700 à la p. 198. Cependant, au stade initial de la *Convention*, les différends qui devaient être portés au CIRDI ne visaient pas clairement la violation du droit international par l'État hôte; il ne s'agissait donc pas à proprement parler de litiges de droit international public. Il a fallu attendre pour cela que les relations internationales ne se juridise substantivement, avec la conclusion de traités d'investissement bilatéraux. Par conséquent, il semble plus juste de dire que la *Convention CIRDI* constitue un jalon de la reconnaissance du droit des personnes privée d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, mais que celle-ci provient en réalité de la juridisation substantive opérée par ces traités bilatéraux d'investissement. Quant à la question du statut de sujet du droit international des personnes privées auquel pourrait avoir contribué cette reconnaissance, voir la partie 2.3.2 b), ci-dessous.

[704] *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 25(1).

[705] *Ibid.* art. 28(1) et 36(1).

[706] E. Lauterpacht, « Preface » dans Schreuer, *ibid.*, xi. Parmi ces tentatives de juridisation au plan multilatéral, voir par ex. la *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 11-12; OCDE, *Draft Convention on*

règlement des différends relatifs aux investissements avant d'avoir pu procéder à la juridisation substantive des relations internationales en la matière. Ces tentatives de juridisation au plan multilatéral avaient été rendues nécessaires en raison de l'incertitude entourant la coutume internationale, particulièrement avec l'avènement du Nouvel Ordre économique international, qui illustrait les profondes divisions qui existaient entre les États sur le contenu de la coutume concernant le traitement de la personne et des biens des étrangers[707].

Cette approche s'est avérée relativement infructueuse. Malgré le succès de cette juridictionnalisation, puisque 142 États sont devenus parties à la *Convention CIRDI*[708], son utilisation a été très limitée jusqu'à tout récemment. En effet, seulement 28 affaires ont été soumises au CIRDI entre 1966 et 1992[709]. Dans cette première phase, les quelques différends qui ont été portés auprès du CIRDI l'ont tous été en vertu d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat d'État; le droit applicable choisi par les parties dans la plupart de ces affaires était celui de l'État hôte, et les tribunaux arbitraux ont été peu enclins à voir des trous ou des incompatibilités entre celui-ci et le droit international public, ce qui signifie qu'il ne s'agissait alors pas de litiges de droit international public[710].

On a tenté d'expliquer ce modeste résultat notamment par l'idée voulant que la simple existence d'un recours à l'arbitrage obligatoire avait suffi à conduire les parties à régler leur différend à l'amiable la plupart du temps, ce qui rappelle le concept de la

---

*the Protection of Foreign Property* (1967), reproduit dans CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium*, vol. II, New-York, NU, 1996 à la p. 113 [ci-après : *I.I.I. : A Compendium*]. On a aussi vu que les travaux de codification de la CDI concernant la responsabilité de l'État s'étaient initialement enlisés dans la tentative de codifier la coutume internationale relative au traitement de la personne et des biens des étrangers. Voir *supra* la note 330 et le texte correspondant.

[707] Voir Lowenfeld, *supra* note 142 aux pp. 403-414; *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés. AG 1893(XVII), Doc. off. AG NU, 17ème sess., supp. n° 17, Doc. NU A/5217 (1963) 16; *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés. AG 3281(XXIX), Doc. off. AG NU, 29ème sess., supp. n° 31, Doc. NU A/9631 (1975) 53. Voir généralement B. Stern, *Un nouvel ordre économique international?: recueil de textes et de documents*, Paris, Economica, 1983.

[708] CIRDI, *Liste des États contractants et signataires de la Convention*, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-fr.htm> (dernière modification : 20 décembre 2004).

[709] CIRDI, *Cumulative Chronology of Disputes before the Centre 1972-1992*, 4 I.C.S.I.D. Rep. lii. On a relevé qu'entre 1966 et 1981, seulement neuf affaires avaient été soumises au CIRDI. Delaume, *supra* note 700 à la p. 776.

[710] I.F.I. Shihata et A.R. Parra, « The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes » (1999) 14 I.C.S.I.D. Rev. 299 à la p. 304, 334-335 [ci-après Shihata et Parra « Experience of ICSID »]; Delaume, *ibid.* à la p. 779; Lauterpacht, *supra* note 706 à la p. xii.

négociation « *in the shadow of law* » développé par John Jackson dans le contexte du règlement des différends commerciaux internationaux; on a aussi avancé que les différends relatifs aux investissements ne survenaient habituellement pas dans les premières années de leur opération, qui s'étend souvent sur une longue période[711].

Mais une autre explication de ce relatif insuccès pourrait résider dans le fait que la juridictionnalisation a précédé la juridisation substantive. La multiplication des traités bilatéraux d'investissement a eu pour effet de juridiser substantivement les relations internationales en ce qui concerne le traitement des investissements étrangers. Graduellement, les États se sont mis à prévoir des dispositions donnant compétence au CIRDI pour régler tout différend relatif à l'exécution de ces traités[712]. Les directeurs exécutifs de la Banque mondiale avaient en effet suggéré que les États hôtes donnent leur consentement dans leur législation nationale de promotion des investissements étrangers, et que les personnes privées le fassent en acceptant cette offre par écrit; cette suggestion a non seulement été appliquée dans certaines législations nationales, mais davantage encore dans les traités de promotion et de protection des investissements[713]. Le CIRDI a connu

---

[711] Delaume, *ibid.* Voir Jackson, « Crumbling Institutions », *supra* note 20 à la p. 99.

[712] Voir la partie 2.3.1.d), ci-dessous, pour une discussion sur le mécanisme de règlement des différends dans les traités bilatéraux d'investissement.

[713] Shihata et Parra, « Experience of ICSID », *supra* note 710 à la p. 303. Voir les parties 2.3.1 d), 2.3.2 a) et 2.3.3, ci-dessous, pour l'inventaire des traités de promotion et de protection des investissements prévoyant une clause CIRDI. Les lignes directrices adoptées par la Banque mondiale en 1992 encouragent également les États à prévoir de telles clauses dans leurs traités relatifs aux investissements étrangers. Ces lignes directrices sont une tentative de contribuer, au plan multilatéral, à la juridisation des relations internationales concernant le traitement des investissements étrangers. Elles ne sont pas contraignantes, mais visent tout de même à participer au développement du droit international coutumier. Banque mondiale, « Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment », dans Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment,* rapport n° 11415, vol. 2, Washington, Banque mondiale, 1992, 33, V, reproduit dans I.F.I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment : « The World Bank Guidelines »*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 à la p. 155. Voir généralement P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994) 250 Rec. cours 9 aux pp. 168-171. Le règlement des différends a été l'un des éléments analysés de manière approfondie par la Banque mondiale; il faut toutefois signaler que les lignes directrices ne recommandent pas explicitement l'inclusion d'un droit inconditionnel à l'arbitrage international en faveur de l'investisseur étranger. Plus classiques, elles se contentent de promouvoir la soumission à l'arbitrage international des différends entre investisseur et État hôte, auprès d'un tribunal *ad hoc* ou institutionnel; le recours au CIRDI ou à son mécanisme supplémentaire est particulièrement encouragé. Les lignes directrices disposent que l'accord écrit des parties est nécessaire pour que le tribunal d'arbitrage ait juridiction; elles sont muettes sur la question de savoir si cet accord devrait être donné simultanément par celles-ci après la naissance du différend, ou si l'État devrait le donner à l'avance. Les différends visés sont décrits de manière générale comme étant ceux opposant un investisseur étranger et un État hôte. Ils ne concernent donc pas spécialement l'application de normes juridiques internationales censées régir les investissements étrangers; en revanche, elles n'excluent pas ce type de différend et les lignes directrices prévoient d'ailleurs des normes ayant trait à l'admission, au traitement et à l'expropriation

depuis une popularité soutenue, et celle-ci s'est traduite par une augmentation importante du nombre de causes qui lui sont soumises; de 1993 à 2004, 129 affaires ont été soumises au CIRDI[714].

Puisqu'il s'agit de l'exécution non plus de contrats d'États, qui comportent des obligations tant pour la partie privée que pour la partie étatique, mais de celle de traités, cela signifie que la saisine du CIRDI par l'État hôte est pratiquement devenue lettre morte, puisque lui seul est soumis à des obligations internationales conventionnelles. C'est donc dire que la mission du CIRDI s'est transformée à la faveur de la juridisation substantive des relations internationales relatives aux investissement étrangers : il est devenu le forum privilégié de la mise en œuvre du nouveau droit international des investissements étrangers directs; il est devenu le tremplin pour la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte.

La *Convention CIRDI* prévoit deux voies pour le règlement des différends relatifs aux investissements étrangers : des procédures de conciliation et d'arbitrage se côtoient. La condition fondamentale pour que le CIRDI ait compétence est le consentement des parties — l'une devant être un État contractant et l'autre un ressortissant d'un autre État contractant — qui est irrévocable une fois qu'il a été donné, alors que le recours au CIRDI exclu tout autre mécanisme de règlement des différends[715]; ce consentement

---

des investissements. Puisque ces lignes directrices sont destinées à prendre corps dans le droit international, c'est bien de l'ébauche d'un mécanisme de règlement des différends visant la mise en œuvre des engagements internationaux d'un État par une personne privée qu'il s'agit. Cependant, le pas de rendre cette mise en œuvre inconditionnelle, au gré de la personne privée, n'a pas été franchi explicitement. Cela ne semble pas surprenant au regard du souci de préserver la souveraineté des États hôtes qui habite les lignes directrices; incidemment, certains pays développés aurait justement laissé entendre que celles-ci n'allaient pas assez loin dans la libéralisation des investissements étrangers.

[714] CIRDI, *ICSID Cases*, en ligne : CIRDI < http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (date d'accès : 18 mai 2005). Voir Shihata et Parra, « Experience of ICSID », *ibid.* aux pp. 304-305; Lauterpacht, *supra* note 706 à la p. xvi. Depuis 1993, un total de 150 affaires ont été soumises au CIRDI, dont 129 en arbitrage et quatre en conciliation en vertu de la *Convention CIRDI*, ainsi que 17 en arbitrage suivant le mécanisme supplémentaire du CIRDI.

[715] *Convention CIRDI*, *supra* note 702, art. 25(1), 26. Le consentement des parties vaut renonciation à tout autre recours, mais l'État contractant peut poser l'épuisement des recours internes comme condition à son consentement. La *Convention* reconnaît la possibilité pour « une collectivité publique ou un organisme dépendant » d'un État contractant que celui-ci désigne au Centre d'être partie à un litige contre un investisseur porté devant le CIRDI; ainsi le mécanisme de règlement des différends de la *Convention CIRDI*, en plus de viser les différends entre partie privée et États souverains, envisage aussi les différends entre partie privée et, par exemple, entités fédérées. Le consentement de la collectivité publique ou de l'organisme ne peut être donné qu'après l'approbation de l'État, à moins que ce dernier n'indique que son approbation n'est pas nécessaire. (*ibid.* art. 25(3)). Voir *infra* la note 1412 et le texte correspondant.

constitue la « pierre angulaire » de la *Convention CIRDI*[716]. Il doit être donné par écrit, mais outre cette exigence, les parties sont « libres de recourir à toute manifestation tangible de leur consentement »[717]. Par ailleurs, pour que le CIRDI ait compétence, le différend doit être d'ordre juridique et être en relation directe avec un investissement[718].

La procédure de conciliation est menée par une commission de conciliation, créée sur requête d'une partie au CIRDI, afin d'éclaircir les points en litige et d'amener les parties à une solution mutuellement acceptable[719]. Il ne s'agit cependant pas d'un passage obligé pour avoir accès à la procédure d'arbitrage, les parties pouvant directement demander au CIRDI l'établissement d'un tribunal arbitral pour entendre leur plainte[720].

Les règles de procédures appliquées par le tribunal arbitral sont — à moins que les parties n'en décident autrement — tout à fait distinctes et isolées par rapport aux règles de procédures de la loi du for et tout recours aux tribunaux internes est exclu pendant les procédures, sauf en matière d'exécution de la sentence arbitrale[721]. Chaque État contractant reconnaît la sentence du tribunal arbitral comme obligatoire et les obligations pécuniaires prévues par cette dernière sont exécutoires comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire de l'État où elles doivent être exécutées, suivant la législation de cet État sur l'exécution des jugements[722].

Il est intéressant de noter que les États s'engagent à n'accorder leur protection diplomatique ou formuler des revendications internationales qu'en cas d'inexécution de la sentence arbitrale[723]; il ne s'agit pas d'une renonciation à l'exercice de la protection

---

[716] Broches, *supra* note 700 aux pp. 199-201; Delaume, *supra* note 700 à la p. 778. Le caractère irrévocable du consentement donné a donc pour effet juridique de l'élever au rang d'une obligation internationale. Cependant, il devient irrévocable seulement à partir du moment où il est donné par les deux parties au litige, ce qui signifie qu'il est licite pour un État de retirer son consentement préalable donné par un traité, tant que la partie privée n'a pas porté plainte au CIRDI.

[717] Delaume, *ibid.* C'est cette marge de manœuvre qui a permis aux États de reconnaître le droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte, au moyen d'une disposition de consentement préalable et unilatéral dans les traités bilatéraux d'investissement.

[718] *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 25(1).

[719] *Ibid.* art. 28(1), 34(1).

[720] *Ibid.* art. 36(1).

[721] *Ibid.* art. 44. Voir Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 aux pp. 234-235.

[722] *Convention CIRDI*, *ibid.* art. 54(1), (3).

[723] *Ibid.* art. 27(1). Il faut mentionner toutefois que les simples démarches destinées à faciliter le règlement des différends ne sont pas visées par cet engagement.

diplomatique, mais plutôt d'une suspension[724]. C'est donc dire que dans cette hypothèse, le différend entre partie privée et État s'internationalise et se transforme en un différend entre États (s'il ne s'agissait pas d'un différend relatif à l'inexécution d'un traité, auquel cas il serait plus exact de dire que le différend international s'interétatise). Les États contractants s'engagent par ailleurs à régler leurs différends au sujet de la *Convention CIRDI* devant la Cour internationale de justice, ou suivant d'autres mécanismes de règlement des différends[725]. Ainsi apparaît-il qu'en bout de ligne, le différend que la *Convention CIRDI* tente de circonscrire à la sphère commerciale privée (dans la mesure où il concerne un contrat d'État), et qu'elle tente de dépolitiser, en permettant à des personnes privées de porter plainte contre un État au plan international, demeure ou peut toujours se transformer en un différend interétatique, parce que l'État de nationalité de la partie privée peut intervenir si l'exécution de la sentence arbitrale pose problème. C'est notamment pourquoi certains ont affirmé que la partie privée ne s'est pas vue reconnaître le statut de sujet du droit international par la *Convention CIRDI*[726].

Puisque la *Convention CIRDI* tire ses origines de l'arbitrage commercial international relatif aux contrats d'État, elle a préservé son caractère confidentiel. Cette confidentialité se traduit par le caractère secret des procédures, de même que par la non publicité de principe des sentences arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI. En effet, les sentences ne peuvent être rendues publiques que si les deux parties au litige ne l'autorisent[727]. Ces traits caractéristiques de l'arbitrage commercial international étaient certes adaptés aux litiges contractuels privés relatifs à des contrats d'États, mais ils apparaissent l'être beaucoup moins en ce qui concerne les litiges de droit international public qui sont maintenant soumis au CIRDI à la faveur de la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. Cependant, si la transparence du processus devait être améliorée par les traités relatifs aux investissements prévoyant un recours au CIRDI, certains craignent que cela résulte en une baisse de la popularité du régime auprès des personnes privées[728].

---

[724] Broches, *ibid.* à la p. 219.
[725] *Convention CIRDI*, *ibid.* art. 64.
[726] Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 aux pp. 251-252 et 261-262.
[727] *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 48(5).
[728] Shihata et Parra, « Experience of ICSID », *supra* note 710 à la p. 361.

Le CIRDI a en outre mis sur pied un mécanisme supplémentaire de règlement des différends, afin d'élargir sa compétence pour soumettre à des procédures de conciliation et d'arbitrage des différends qu'il ne pourrait autrement connaître. Il s'agit essentiellement des différends où la partie étatique ou l'État de nationalité de la partie privée n'est pas un État contractant, ou encore le différend n'est pas en relation directe avec un investissement et un des États n'est pas contractant[729]. Cependant la *Convention CIRDI* n'est pas applicable à ces procédures, ce qui a pour effet de rendre les règles de procédure de la loi du for applicables au règlement du différend et, par conséquent, les règles d'exécution de la sentence arbitrale diffèrent de celles applicables à l'arbitrage rendu sous l'égide de la *Convention*[730]. En effet la reconnaissance et l'exécution de la sentence se fait suivant le droit national du tribunal arbitral, y compris les conventions internationales applicables. Ce mécanisme supplémentaire aurait initialement été très peu utilisé précisément en raison du fait que l'arbitrage n'était pas isolé de la loi du for[731]. Cependant, à l'instar du CIRDI, il semble qu'une autre raison pourrait être que la juridictionnalisation avait précédé la juridisation : le mécanisme supplémentaire a également connu un regain de vigueur avec la multiplication des traités de promotion et de protection des investissements[732].

La disposition relative au droit applicable au fond du litige a été l'instrument qui a permis de réaliser la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. En conformité avec la prime importance donnée au consentement des parties dans la *Convention CIRDI*, le droit applicable au fond du litige est celui choisi par les parties; à défaut d'un tel choix, celle-ci prévoit que le droit applicable est celui de l'État hôte « ainsi que les principes de droit international en la

---

[729] CIRDI, *Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédure par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, 27 septembre 1978, 1 I.C.S.I.D. Rep. 217, art. 2 [ci-après *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*]. Dans le cas des différends non liés directement à un investissement, la transaction à son origine doit présenter des caractéristiques la distinguant d'une opération commerciale ordinaire. Le CIRDI peut aussi être mis à contribution afin de constater des faits. Voir Schreuer, *supra* note 700 aux pp. 92-94.

[730] *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*, *ibid.* art. 3.

[731] Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 à la p. 231. Le premier cas d'utilisation du mécanisme supplémentaire a été enregistré en 1997. *ICSID Cases*, *supra* note 714.

[732] La majorité (dix) des affaires soumises suivant le mécanisme supplémentaire du CIRDI (dix-sept) l'ont été en vertu de l'*ALÉNA*, le Canada et le Mexique n'étant pas des parties contractantes de la *Convention CIRDI*, contrairement aux États-Unis. *ICSID Cases*, *ibid.* 714.

matière »[733]. Sans s'étendre sur la portée et le sens de cette disposition, question hautement compliquée[734], il suffit de constater qu'elle constitue une porte ouverte vers la juridisation éventuelle des relations internationales relatives au traitement des investissements étrangers. C'est précisément comme cela qu'elle fut utilisée dans la pratique récente des États : la grande majorité des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements qui ont été conclus après l'adoption de la *Convention CIRDI* contiennent une clause CIRDI[735], par laquelle les parties consentent préalablement à ce que celui-ci soit compétent pour connaître des différends relatifs aux investissement entre l'une d'elle et le ressortissant de l'autre, à la demande de ce dernier, avec les règles prévues par le traité comme droit applicable au fond du litige.

Ce changement est radical. Il a été caractérisé dans la doctrine comme l'avènement de l'« *arbitration without privity* »[736], pour bien marquer qu'il ne s'agissait plus d'un arbitrage conventionnel, mais plutôt d'un arbitrage sans lien juridique contractuel entre les parties au litige. On a aussi affirmé qu'il ouvrait « des perspectives nouvelles dans l'arbitrage transnational »[737]. Comme Antonio Parra l'a bien dit : « *All this puts the requirement of mutual consent in a new light, far removed from traditional contractual conceptions of arbitration* »[738]. Cela soulève des questions fondamentales sur l'adéquation du CIRDI quant à ses nouvelles fonctions d'instrument de l'invocation de la responsabilité internationale de l'État par les personnes privées[739].

---

[733] *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 42(1).

[734] Voir généralement I.F.I. Shihata et A.R. Parra, « Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration Under the ICSID Convention » (1994) 9 I.C.S.I.D. Rev. 47.

[735] Les traités régionaux et multilatéraux de promotion et de protection des investissements n'échappent pas à la règle, comme on le verra ci-dessous aux parties 2.3.2 et 2.3.3.

[736] J. Paulsson, « Arbitration Without Privity » dans T.W. Wälde, dir., *The Energy Charter Treaty : An East-West Gateway for Investment and Trade*, La Haye, Kluwer, 1996 [ci-après : *East-West Gateway for Investment and Trade*], 422. Voir aussi T.W. Wälde, « Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty—From Dispute Settlement to Treaty Implementation » (1996) 12 Arb. Int'l 429 à la p. 437 [ci-après : Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation »]; Parra, *supra* note 677 aux pp. 361-362. Il faut noter que les dispositions d'arbitrage « *without privity* » ne se limitent pas au CIRDI, mais renvoient également à d'autres institutions ou règles d'arbitrage international, comme on le verra dans la section suivante concernant les traités bilatéraux d'investissement.

[737] G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États » [1995] Rev. arb. 3 aux pp. 13-14 et 21.

[738] Parra, *ibid.* à la p. 360.

[739] Voir la partie 2.3.2 c), ci-dessous, pour une analyse des problèmes systémiques posés par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

À l'origine, on pouvait certes soutenir que la *Convention CIRDI* n'était pas déséquilibrée en faveur des investisseurs étrangers : la saisine du CIRDI était confiée tant à l'État hôte qu'à l'investisseur étranger; la possibilité de mettre en œuvre la sentence dans toute partie contractante était censée avoir été prévue pour favoriser l'État hôte créancier; la compétence du CIRDI était consensuelle; l'État hôte pouvait maintenir la règle de l'épuisement des recours internes[740]. Force est de constater que la reconnaissance conventionnelle du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État a pulvérisé ces arguments : seule la partie privée peut saisir le CIRDI[741]; aucune sentence ne peut être rendue à l'encontre d'un investisseur étranger, ce qui signifie que l'État hôte ne peut plus être créancier mais seulement débiteur; le consensualisme de la compétence du CIRDI est profondément affecté par la non simultanéité de son expression par les parties au litige, la compétence existant au bon vouloir de l'investisseur étranger[742]; la règle de l'épuisement des recours internes n'est plus applicable dans la grande majorité des traités. Il convient donc d'examiner ceux-ci plus en détails.

d) Les traités bilatéraux d'investissement

L'impossibilité, évoquée précédemment, de juridiser au plan multilatéral les relations internationales concernant le traitement des investissements étrangers, a conduit les principaux pays exportateurs de capitaux à rechercher une protection au plan bilatéral[743]. Ce serait d'ailleurs un projet de convention multilatérale de l'OCDE qui aurait servi de base à l'élaboration des traités bilatéraux d'investissement[744]. Les traités classiques d'amitié, de commerce et de navigation contenaient bien certaines dispositions d'ordre général concernant les investissements étrangers, mais les pays exportateurs de capitaux ont, à un rythme et d'une manière différents, graduellement préféré conclure

---

[740] Broches, *supra* note 700 aux pp. 197-198.
[741] Voir A. Lemaire, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'*ALÉNA* » [2001] Rev. arb. 43 aux pp. 54-55; Burdeau, *supra* note 737 à la p. 15.
[742] Voir F. Poirat, « L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées » (1998) 102 Rev. D.I.P. 45 aux pp. 53-57; Lemaire, *ibid.* aux pp. 61-64.

avec des pays en développement des traités bilatéraux consacrés exclusivement au traitement des investissements étrangers[745]. Ceux-ci, dont le nombre dépasse maintenant largement le millier, demeurent à l'heure actuelle le principal instrument juridique international relatif aux investissements étrangers directs[746].

La République fédérale allemande (RFA) fut le premier pays exportateur de capitaux à conclure de tels traités, le premier remontant aussi loin qu'à 1959, soit avant la *Convention CIRDI*[747]. Les investisseurs allemands ayant été durement éprouvés par les deux conflits mondiaux du XX$^{ème}$ siècle, la protection des investissements étrangers serait ainsi devenue un objectif prioritaire de la politique extérieur ouest-allemande. La pratique d'utiliser un traité-type s'est développée au fil du temps, et l'Allemagne demeure à ce jour le pays ayant conclu le plus de traités bilatéraux d'investissements. La plupart des autres pays d'Europe de l'Ouest se sont joints au mouvement au cours des années 1970 et ont conclu une multitude de traités bilatéraux d'investissement, également sur la base de traité-types[748].

Les États-Unis sont entrés plus tardivement dans le mouvement, au cours des années 1980, en réaction face au succès européen, mais ils ont contribué à sophistiquer

---

[743] Voir United Nations Centre on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Londres, Graham et Trotman, 1988 à la p. 1; Salacuse, *supra* note 677 à la p. 655. Sur les traités bilatéraux d'investissement, voir généralement R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

[744] *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.* à la p. 8. Il s'agit de la *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, *supra* note 706.

[745] *Bilateral Investment Treaties, ibid.* à la p. 3; K.J. Vandevelde, « The Bilateral Investment Treaty Programme of the United States » (1988) 21 Cornell Int'l L.J. 201 aux pp. 204-208. Les traités d'amitié, de commerce et de navigation (traités ACN) ne prévoyaient pas de mécanisme pour le règlement des différends entre le ressortissant d'un État et l'autre État contractant. L'*Affaire de l'ELSI*, entendue par la Cour internationale de justice, mettait précisément en cause une telle situation, où l'invocation de la responsabilité de l'État hôte pour violation d'un traité ACN a dû être effectuée par l'État de nationalité de l'investisseur étranger, au moyen de la protection diplomatique. *Affaire de l'ELSI*, *supra* note 499; Sacerdoti, *supra* note 684 à la p.437.

[746] Sacerdoti, *ibid.* à la p. 264. La CNUCED répertorie actuellement près de 1800 traités bilatéraux d'investissement. Voir CNUCED, *Bilateral Investment Treaties : A Compilation*, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx> (date d'accès : 8 septembre 2004).

[747] *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.* à la p. 8; Salacuse, *supra* note 677 à la p. 655. Il s'agit d'un traité conclu avec le Pakistan.

[748] *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.* à la p. 9; Salacuse, *ibid.* à la p. 662. La Suisse a par exemple signé son premier traité bilatéral d'investissement en 1961 avec la Tunisie, la France également avec la Tunisie en 1972, le Royaume-Uni avec l'Égypte en 1975.

davantage la juridisation du traitement des investissements étrangers[749]. Négociés également sur la base de traité-types[750], les traités bilatéraux d'investissement américains s'intéressent par exemple non seulement à la protection des investissements une fois autorisés et effectués sur un territoire étranger (phase post-investissement), mais aussi à l'autorisation des investissements par le gouvernement étranger avant qu'ils ne soient réalisés (phase pré-investissement); les traités conclus par les pays d'Europe de l'Ouest ne s'intéressent généralement qu'à la phase post-investissement[751]. En outre, ils ont contribué à préciser les différends susceptibles de survenir entre un investisseur étranger et un État hôte, identifiant pour la première fois nommément le différend relatif à l'inexécution du traité par ce dernier, pavant la voie à la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État[752]. Les traités européens ne renvoyaient quant à eux que vaguement aux différends relatifs à un investissement, tout comme la *Convention CIRDI*[753]; certains pays européens avaient même éprouvé certaines

---

[749] *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.* aux pp. 9 et 97; Salacuse, *supra* note 677 à la p. 657; Vandevelde, *supra* note 745 à la p. 210.

[750] États-Unis, *United States Prototype Treaty concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (1984 revised text)*, dans *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.*, 184 [ci-après *US 1984 Prototype Treaty*]. Une version antérieure et très semblable à ce traité-type, datée de 1983, avait aussi été utilisée. Vandevelde, *ibid.* à la p. 210.

[751] Salacuse, *supra* note 677 à la p. 657. On a expliqué le succès européen en matière de conclusion de traités bilatéraux d'investissement notamment par le fait que la protection des investissements exigée par les pays d'Europe de l'Ouest était moins grande que celle visée par les États-Unis. On verra plus loin que cette opposition fondamentale entre l'Europe et les États-Unis s'est répercutée au plan multilatéral dans les négociations du *Traité sur la Charte de l'énergie*, et qu'elle serait grandement responsable du refus des États-Unis d'adhérer à ce traité multilatéral sectoriel sur l'investissement. Voir la partie 2.3.3 d), ci-dessous, pour une discussion sur le *Traité sur la Charte de l'énergie* et l'extension du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan multilatéral.

[752] Voir Vandevelde, *supra* note 745 à la p. 256.

[753] Voir *Bilateral Investment Treaties*, *supra* note 743 aux pp. 96-97. Le traité-type de la RFA renvoyait par exemple au CIRDI pour le règlement des différends entre un investisseur étranger et un État hôte. Il ne visait pas explicitement les différends concernant l'exécution du traité, mais plus généralement les « *investment disputes* » ou les « *divergencies concerning investments* »; d'ailleurs, dans les traités plus anciens, la plainte pouvait être portée tant par la personne privée que par l'État hôte, ce qui illustre bien que l'on envisageait alors pas réellement l'invocation de la responsabilité internationale de l'État pour violation du traité bilatéral d'investissement. Le traité-type utilisé par les Pays-Bas en 1979, puis un autre utilisé en 1987, étaient similaires à l'exception du fait qu'ils parlaient de différends juridiques relatifs à un investissement, renvoyaient en plus aux règles d'arbitrage élaborées par la Cour permanente d'arbitrage et la Chambre de commerce internationale, et que seule la personne privée avait le droit de porter plainte. Les traité-types développés par l'*Asian-African Legal Consultative Committee* étaient aussi similaires, sauf qu'ils renvoyaient en outre aux règles d'arbitrage développées par la CNUDCI. Le traité-type utilisé par la France parlait de « tout différend relatif aux investissements » et renvoyait au CIRDI pour leur règlement. Allemagne, *1991 German Model Treaty on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, (1996) 11 I.C.S.I.D. Rev. 221, art. 11; *Treaty between St. Lucia and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments of 16 March 1985*, dans *Bilateral*

hésitations sur la question de prévoir un accès direct au CIRDI en faveur de leurs ressortissants, par crainte de les dépouiller du bénéfice de la protection diplomatique[754].

Bien que l'inclusion d'un mécanisme pour le règlement des différends entre un investisseur étranger et un État hôte soit maintenant devenue la norme dans les traités bilatéraux d'investissement, tous ne prévoient pas le même dispositif[755]. On avait par exemple relevé quatre formes de disposition de consentement à la *Convention CIRDI* dans les traités conclus au début des années 1980 : engagement inconditionnel à accepter la compétence sur simple demande de la partie privée; engagement à stipuler une clause CIRDI dans les contrats d'État à intervenir; engagement à envisager avec bienveillance toute demande de la part de la partie privée d'avoir recours au CIRDI; restriction de la compétence du CIRDI aux différends relatifs au montant de l'indemnité offerte à une personne privée après épuisement des recours internes[756]. Seule la première hypothèse était un cas réel de reconnaissance du droit de la personne privée d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, dans la mesure où le droit applicable au fond du litige était le traité lui-même. Ces disparités ne se sont pas estompées avec le temps, bien au contraire[757].

---

*Investment Treaties*, *ibid.*, 154, art. 10; Pays-Bas, *Netherlands Model Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (1979 version)*, dans *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.*, 167, art. 9; Pays-Bas, *Netherlands Revised Model Agreement (February 1987)*, dans *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.*, 175, art. 9; Asian-African Legal Consultative Committee, *Asian-African Legal Consultative Committee Revised Draft of Model Agreements for Promotion and Protection of Investments (Model A)*, dans *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.*, 196, art. 10; Asian-African Legal Consultative Committee, *Asian-African Legal Consultative Committee Revised Draft of Model Agreements for Promotion and Protection of Investments (Model B)*, dans *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.*, 213, art. 10; France, *Projet d'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement _____ sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, dans *I.I.I. : A Compendium*, vol. III, *supra* note 706, 159, art. 8.

[754] P. Peters, « Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties » (1991) 22 Netherl. Y.B. Int'l L. 91 à la p. 118. Il s'agissait de la République fédérale allemande et de la Suisse.

[755] Sacerdoti, *supra* note 684 aux pp. 436-437.

[756] Delaume, *supra* note 700 aux pp. 783-786.

[757] Voir Sacerdoti, *supra* note 684 aux 440-452. Cet auteur note toujours de nombreuses différences entre les clauses CIRDI contenues dans les traités bilatéraux d'investissement, concernant : les types de différends visés; le délai de gel avant la soumission de la plainte; l'existence d'un consentement préalable à l'arbitrage; les règles de fond applicables au litige; les règles de procédures applicables au règlement du litige; la reconnaissance et l'exécution des sentences; les effets de l'indemnisation de l'investisseur par un assureur; l'exercice de la protection diplomatique; le soulèvement du voile corporatif pour la question de la nationalité de l'investisseur. À l'inverse, un autre auteur voit une grande similitude entre ces traités concernant leur mécanisme de règlement des différends entre investisseur étranger et État hôte. Parra, *supra* note 677 à la p. 357. Cette différence d'appréciation est probablement due à une question de degré plus qu'à une question de nature : les caractérisiques de ces mécanismes peuvent apparaître semblables ou dissemblables selon la perspective globale ou rapprochée que l'on adopte.

En plus du CIRDI et de son mécanisme supplémentaire, le renvoi à d'autres règlements d'arbitrage, institutionnel ou non, est maintenant généralement prévu, au choix de l'investisseur étranger[758] : le *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*[759] (*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*); le *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*[760]; le *Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm*[761].

La configuration des parties aux traités bilatéraux d'investissement s'est transformée. Des pays non occidentaux sont également devenus exportateurs de capitaux, certains pays producteurs de pétrole comme le Koweït par exemple[762]. Leur conclusion s'est aussi étendue aux relations entre pays émergents — comme les anciens pays communistes d'Europe de l'Est, les pays du Sud-Est asiatique, l'Inde ou la Chine — et pays en voie de développement, voire même entre pays en voie de développement. La Chine serait incidemment le pays le plus réfractaire à l'inclusion dans ses traités de dispositions donnant un accès direct à l'arbitrage international aux investisseurs étrangers, par souci de poursuivre la construction du Nouvel Ordre économique international[763].

Par contre, la conclusion de traités bilatéraux d'investissement entre pays industrialisés s'est faite beaucoup plus rare[764]. Le Canada avait entièrement échappé à ce mouvement, jusqu'à ce qu'il signe l'*ALÉ* avec les États-Unis, lequel contenait un chapitre entièrement consacré au traitement des investissements étrangers, qui constituait en

---

[758] Parra, *supra* note 677 à la p. 358.

[759] *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés. AG 31/98, Doc. off. AG NU, 31ème sess., supp. n° 17, Doc. NU A/31/17 (1976) 35, reproduit dans 15 I.L.M. 702 et dans 2 Y.B. Com. Arb. 161 [ci-après *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*].

[760] Chambre de commerce international, *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, 1er janvier 1998, en ligne : Chambre de commerce internationale <http://www.iccwbo.org/court/french/arbitrage/reglement.asp> (date d'accès : 8 septembre 2004).

[761] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm*, 1er avril 1999, en ligne : Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm <http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/web_A4_vanliga_2004_fr.pdf> (date d'accès : 8 septembre 2004).

[762] Salacuse, *supra* note 677 à la p. 658.

[763] Peters, *supra* note 754 à la p. 119. Le traité-type utilisé par la Chine restreint les différends entre investisseur étranger et État hôte pouvant être renvoyés à l'arbitrage international *ad hoc* au différend « involving the amount of compensation for expropriation ». Chine, *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of _____ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, dans *I.I.I. : A Compendium*, vol. III, *supra* note 706, 151, art. 9.

[764] Voir *Bilateral Investment Treaties*, *ibid.* à la p. ix.

réalité un traité bilatéral d'investissement intégré à un traité de libre-échange[765]. L'*ALÉ* n'avait cependant pas reconnu le droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, contrairement aux autres traités bilatéraux d'investissement conclus par les États-Unis, peut-être en raison du changement paradigmatique déjà important pour le Canada que constituait la signature d'un tel traité, avec un pays industrialisé de surcroît[766].

La formation de ce corpus normatif conventionnel, au plan bilatéral, a déstabilisé l'équilibre qui avait supposément été atteint au plan de la juridictionnalisation du règlement des différends relatifs aux investissements avec la *Convention CIRDI*[767]. Théoriquement, les obligations contenues dans ces traités sont synallagmatiques, mais en réalité, dans la grande majorité des cas, les flux d'investissements sont à sens unique, sauf peut-être dans l'hypothèse d'un traité conclu entre deux pays industrialisés. Par ailleurs, les pays exportateurs de capitaux ont toujours refusé de renforcer l'aspect promotion des investissements étrangers, au moyen par exemple d'obligations de fournir des incitatifs internes ou des objectifs précis d'investissement à destination du pays importateur de capitaux. Ainsi, les traités bilatéraux d'investissement protègent-ils uniquement les investisseurs étrangers, pas les États hôtes. Ce déséquilibre fondamental des traités d'investissements ne peut manquer d'avoir un certain impact au plan du règlement des différends entre pays exportateurs et pays importateurs de capitaux. Il s'est traduit par la limitation progressive des différends à l'hypothèse de la violation du traité par l'État hôte, et par conséquent, par l'attribution du droit d'exercer un recours au plan international exclusivement au bénéfice de l'investisseur étranger[768].

On a vu que le traité-type qui était utilisé par les États-Unis avait précisé davantage les sortes de différends entre investisseur étranger et État hôte qui étaient

---

[765] Salacuse, *supra* note 677 à la p. 659. Voir l'*ALÉ*, *supra* note 573, art. 1601-1611.

[766] Les seuls pays membres de l'OCDE qui n'avaient pas conclu de traité bilatéral sur l'investissement en 1990 étaient le Canada, l'Islande et l'Irlande. Peters, *supra* note 754 à la p. 94. Sur l'évolution de l'attitude du Canada à l'égard des investissements étrangers directs, voir généralement R.B. Leckow et I.A. Mallory, « The Relaxation of Foreign Investment Restrictions in Canada » (1991) 6 I.C.S.I.D. Rev. 1.

[767] *Bilateral Investment Treaties*, *supra* note 743 aux pp. 110-111.

[768] Voir Peters, *supra* 754 à la p. 132. Cet auteur dénonce cette limitation aux différends relatifs à la violation de ses obligations internationales par l'État hôte et l'impossibilité concurrente d'attraire l'investisseur étranger en arbitrage international. Cela illustre que la reconnaissance du droit de l'investisseur étranger d'invoquer la responsabilité internationale de l'État est le fruit d'une lente évolution, plutôt que le résultat immédiat d'un objectif concerté.

susceptibles de survenir, et qui pouvaient faire l'objet d'un recours en arbitrage. Trois sortes étaient identifiées : la première visait les différends contractuels susceptibles de survenir entre les parties à un contrat d'État; la seconde ceux d'ordre administratif qui pouvaient survenir entre un investisseur étranger détenteur d'un permis et l'organe étatique responsable de leur émission; la troisième visait expressément la violation par l'État hôte des obligations prévues par le traité lui-même[769]. Cette dernière hypothèse envisageait donc pour la première fois en toutes lettres l'invocation de la responsabilité internationale de l'État par l'investisseur étranger[770]. Il faudra toutefois attendre la conclusion de l'*ALÉNA* pour voir survivre uniquement cette dernière hypothèse, quoique les traités bilatéraux d'investissement signés par le Royaume-Uni[771] et le Canada[772], entre

---

[769] Vandevelde, *supra* note 745 à la p. 261. Voir *US 1984 Prototype Treaty*, *supra* note 750, art. VI(1).

[770] Le projet de convention multilatérale de l'OCDE, qui a servi de base à l'élaboration des traités bilatéraux d'investissement, prévoyait aussi de manière explicite un recours international en faveur du ressortissant étranger en cas de violation du traité par un État hôte. La personne privée disposait d'un recours en arbitrage international pour faire valoir sa réclamation, mais la partie étatique devait avoir exprimé son consentement dans une déclaration indépendante de la convention, et le recours privé pouvait être supplanté par un recours intenté par l'État de nationalité de la partie privée, ce qui illustre que le recours privé demeurait fondamentalement rattaché à l'État de nationalité. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, *supra* note 706, art. 7.

[771] Le traité-type utilisé par le Royaume-Uni comportait deux dispositions alternatives concernant le règlement des différends entre investisseur étranger et État hôte. La première, dont l'utilisation était préférée, était semblable aux dispositions typiques des traités bilatéraux d'investissement européens, c'est-à-dire qu'elle parlait de *« any legal disputes [...] concerning an investment »* et renvoyait au CIRDI pour leur règlement. La seconde, plus originale, parlait uniquement des *« disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation with an investment of the former »*, et renvoyait, au choix des parties, au CIRDI, à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, ou au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, mais la décision de renvoyer le différend en arbitrage international relevait uniquement de la partie privée. Royaume-Uni, *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of _____ for the Promotion and Protection of Investments*, 1991, dans *I.I.I. : A Compendium*, vol. III, *supra* note 706, art. 8 (*Preferred*) et 8 (*Alternative*).

[772] Le Canada a signé six traités bilatéraux d'investissement entre la conclusion de l'*ALÉ* et celle de l'*ALÉNA*. Les trois premiers, conclus avec l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS), la Tchécoslovaquie et la Pologne, comportaient un mécanisme qui visait tout différend relatif aux effets d'une mesure sur un investissement, notamment les différends relatifs aux effets d'une mesure touchant l'expropriation et le transfert de fonds visés par des dispositions substantives du traité. Le traité conclu avec l'Argentine était par contre moins clair sur la question de savoir si les différends visés mettaient en cause l'application du traité. Le traité conclu avec la Hongrie visait uniquement les différends relatifs à sa disposition sur l'expropriation, mais pour les autres différends, le consentement postérieur des deux parties était nécessaire. Le traité conclu avec l'Uruguay était le plus sophistiqué et visait uniquement les différends relatifs à la violation de ses dispositions. Voir l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 20 novembre 1989, art. IX; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République tchèque et slovaque sur l'encouragement et la protection des investissements*, 15 novembre 1990, art. IX; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Pologne sur l'encouragement et la protection des investissements*, 26 octobre 1990, art. IX; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République d'Argentine sur*

la conclusion de l'*ALÉ* et celle de l'*ALÉNA*, montrent qu'on avait déjà commencé à réduire l'approche américaine à l'hypothèse du différend relatif à la violation du traité.

Le même traité-type américain offrait aux investisseurs étrangers le choix entre s'en remettre aux juridictions internes de l'État hôte ou porter le différend en arbitrage international; le recours à l'arbitrage institutionnel du CIRDI était envisagé, de même qu'à son mécanisme supplémentaire[773]. Le traité valait consentement préalable à tous ces arbitrages de la part de l'État hôte, ce qui signifiait que l'investisseur étranger avait le choix de soumettre sa plainte ou non, de même que celui de la procédure[774]. Une fois que la personne privée avait donné son consentement par écrit à l'arbitrage international, chacune des parties pouvait initier les procédures. Le choix d'une voie de règlement par la personne privée excluait le recours aux autres et, de façon significative, l'application de la règle de l'épuisement des recours internes était écartée dans l'hypothèse où la personne privée choisissait la voie de l'arbitrage international; la seule prégnance de cette dernière consistait en un délai avant que l'investisseur ne puisse exercer son droit de porter plainte au plan international[775].

La mise en œuvre initiale de ces recours des investisseurs étrangers a été ni rapide, ni fréquente, malgré le nombre grandissant des traités bilatéraux d'investissement. Il est vrai que les opérations d'investissement s'étendant sur une longue période, les différends prennent souvent du temps avant de survenir; l'existence même de ces recours pourrait avoir contribué à prévenir des différends, comme on l'a déjà mentionné concernant la sous-utilisation initiale du CIRDI. Un différend entre une société de Hong-Kong et l'Égypte a cependant permis de tester la validité juridique de ces clauses de consentement préalable et unilatérale à la compétence du CIRDI. Dans l'affaire *Southern Pacific*

---

*l'encouragement et la protection des investissements*, 5 novembre 1991, art. X; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Hongrie sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 3 octobre 1991, art. II; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République orientale de l'Uruguay sur l'encouragement et la protection des investissements*, 16 mai 1991, art. XII. Le texte de ces traités est disponible dans la base de donnée de la CNUCED sur les traités bilatéraux d'investissement, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004). Voir aussi de Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 à la p. 361.

[773] Vandevelde, *ibid.* à la p. 258. Voir *US 1984 Prototype Treaty*, *ibid.* art. VI(3)a).

[774] Vandevelde, *ibid.* à la p. 264. Voir *US 1984 Prototype Treaty*, *ibid.* art. VI(3)b).

[775] Vandevelde, *ibid.* à la p. 258; Peters, *supra* note 754 à la p. 133.

*Properties (Middle East) Limited* c. *Égypte*[776], le tribunal arbitral a jugé que de telles clauses étaient conformes à la *Convention CIRDI* et valaient consentement de la part de l'État hôte, malgré le fait que le consentement de l'investisseur étranger n'était pas simultané. L'Égypte avait soulevé une exception préliminaire afin de faire rejeter la compétence du tribunal, au motif que la clause en question ne constituait qu'un engagement général d'envisager de soumettre ultérieurement au CIRDI un différend relatif aux investissements, et qu'un consentement ne pouvait avoir été validement donné au regard du droit égyptien. Dans cette affaire, la clause CIRDI n'était pas prévue dans un traité bilatéral d'investissement, mais bien dans la législation égyptienne relative aux investissements. Le tribunal arbitral a estimé que la question de savoir si le consentement avait été validement donné était une question de procédure qui échappait au droit national et relevait de la *Convention CIRDI*[777]. Bien qu'il ne fût pas ici question de la responsabilité internationale de l'État, le raisonnement du tribunal arbitral allait toutefois être appliqué également aux clauses semblables contenues dans les traités bilatéraux d'investissement.

Jusqu'à tout récemment, avec la conclusion de l'*ALÉNA*, seules deux affaires avaient été portées au CIRDI sur la base d'une disposition de consentement préalable prévue dans un traité bilatéral d'investissement[778]. Dans les deux cas, la validité de ces dispositions n'a pas fait l'objet de controverse et a été prise pour acquis par le tribunal arbitral. Dans une troisième affaire, l'invocation de la responsabilité internationale de l'État hôte par un investisseur étranger, pour violation d'un traité bilatéral d'investissement, a été rejetée, au motif que le traité n'était pas en vigueur au moment des faits reprochés et du dépôt de la requête; le tribunal arbitral n'a donc pas eu à se pencher sur la validité du consentement préalable de la partie étatique[779].

---

[776] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* c. *Égypte* (1988), 3 I.C.S.I.D. Rep. 131 aux pp. 161-162, 121 J.D.I. 220 (CIRDI), (Arbitres : E. Jiménez de Archéga, M.A.E. El Mahdi, R.F. Pietrovski, Jr.).

[777] *Ibid.* aux pp. 142-143; Schreuer, *supra* note 700 aux pp. 553-554.

[778] On a relevé en 1990 que les mécanismes de règlement des différends entre investisseur étranger et État hôte prévus par l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement conclus à cette époque n'avaient encore jamais été utilisés. En 1997, on soulignait le nombre quasi-nul (deux) de causes portées en arbitrage international par des investisseurs étrangers en vertu d'un traité bilatéral d'investissement. Cela illustre le saut quantique survenu suite à la conclusion de l'*ALÉNA*. Salacuse, *supra* note 677 à la p. 675; Sacerdoti, *supra* note 684 à la p. 453.

[779] Dans cette affaire, un investisseur grec avait tenté sans succès d'invoquer la responsabilité internationale de l'Albanie, pour violation du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Grèce et ce pays. *Tradex*

Dans l'affaire *Asian Agricultural Products Limited* c. *Sri Lanka*[780] (*AAPL* c. *Sri Lanka*), un investisseur de Hong-Kong s'était prévalu de la clause prévue dans un traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka pour invoquer la responsabilité internationale du Sri Lanka, pour violation des dispositions du traité relatives à la pleine sécurité des investissements étrangers réalisés sur le territoire d'un État hôte, et à la compensation pour pertes subies suite à des troubles civils. La question de savoir quel était le droit applicable au fond du litige — centrale pour déterminer s'il s'agissait réellement d'un litige de droit international public et partant, d'un cas d'invocation de la responsabilité internationale de l'État — a divisé le tribunal, en raison de l'imprécision de la clause CIRDI du traité qui, à l'instar des traités européens de l'époque, visait vaguement « *any legal disputes arising between that Contracting Party and national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former* »[781]. Après avoir noté que l'accord des parties au litige sur le droit applicable ne pouvait découler du traité lui-même, puisque l'investisseur étranger n'y était pas partie, la majorité du tribunal a déduit de l'ensemble des écrits produits par les parties au cours des procédures qu'elles avaient, postérieurement à la naissance du différend, convenu d'appliquer les règles du traité au fond du litige[782]. L'arbitre dissident a plutôt estimé que, pour que le traité fût applicable au fond du litige, l'accord des parties aurait dû être explicite, et que cet accord ne pouvait être déduit du comportement des parties au cours des procédures; les parties avaient donc omis de faire un choix concernant le droit applicable au fond du litige et, conformément à l'article 42(1) de la *Convention CIRDI*, celui-ci devait être le droit de l'État hôte ainsi que les « principe de droit international en la matière »[783]. Le tribunal arbitral a donc considéré qu'il avait compétence et a reconnu la responsabilité du Sri Lanka, le condamnant à payer des

---

*Hellas S.A.* c. *Albanie* (1996), 14 I.C.S.I.D. Rev. 161 à la p. 180 (CIRDI), (Arbitres : K.-H. Böckstiegel, F. Fielding, A. Giardina).

[780] *Asian Agricultural Products Limited* c. *Sri Lanka* (1990), 4 I.C.S.I.D. Rep. 246, 119 J.D.I. 217 (CIRDI), (Arbitres : A.S. El-Kosheri, B. Goldman, S.K.B. Asante) [ci-après *AAPL* c. *Sri Lanka*]. Voir P. Rambaud, « Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger (sentence *AAPL c. Sri Lanka*) » (1992) 38 Ann. fran. dr. int. 501.

[781] *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern-Ireland and the Government of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments*, 13 février 1980, art. 8(1) (étendu à Hong-Kong par un échange de notes ayant pris effet le 14 janvier 1981), reproduit dans *AAPL* c. *Sri Lanka*, *ibid.* à la p. 251.

[782] *AAPL* c. *Sri Lanka*, *ibid.* aux pp. 256-257.

[783] *Ibid.* aux pp. 298-299.

dommages-intérêts à la partie privée. Il s'agissait du premier cas d'invocation de la responsabilité internationale d'un État hôte par un investisseur étranger, pour violation d'un traité.

La seconde affaire, *American Manufacturing & Trading Inc.* c. *République démocratique du Congo*[784], mettait pour la première fois en cause un traité bilatéral d'investissement américain. La société américaine plaignante réclamait au Zaïre (dénomination de la République démocratique du Congo à l'époque) la réparation des dommages causés à son investissement par les actions des forces armées zaïroises, en violation des dispositions du traité. Puisque le traité envisageait explicitement l'hypothèse de la violation de ses dispositions comme différend pouvant faire l'objet d'une plainte au CIRDI, à l'instar du traité-type utilisé par les États-Unis, la question du droit applicable au fond du litige ne posait cette fois pas de problème et c'est à l'unanimité et sans ambages que le tribunal a reconnu son application[785]. La disposition du traité prévoyait que « *an investment dispute is defined as a dispute involving [...] (c) an alleged breach of any right confirmed or created by this Treaty with respect to an investment* »[786]. L'arbitre dissident dans l'affaire *AAPL* c. *Sri Lanka* avait d'ailleurs souligné que ces dispositions des traités bilatéraux d'investissement américains indiquaient clairement que l'investisseur étranger pouvait invoquer le traité lui-même comme droit applicable au fond du litige[787]. De plus, le tribunal arbitral a à nouveau reconnu la validité du consentement préalable de l'État hôte prévu dans un traité bilatéral d'investissement, de même que celle de son caractère non simultané avec celui de la partie privée, qui résultait du dépôt de sa requête auprès du CIRDI[788]. Le tribunal arbitral a reconnu la responsabilité internationale du Zaïre, pour violation du traité bilatéral d'investissement, et l'a condamné à payer des dommages-intérêts à l'investisseur étranger. Cette affaire a mis en lumière la plus grande efficacité des clauses CIRDI des traités bilatéraux américains, qui prévoyaient explicitement le différend relatif à la violation de leurs dispositions par l'État

---

[784] *American Manufacturing & Trading Inc.* c. *République démocratique du Congo* (1997), 5 I.C.S.I.D. Rep. 14, 125 J.D.I. 243, 36 I.L.M. 1534 (CIRDI), (Arbitres : S. Sucharitkul, H. Golsong, K. Mbaye) [ci-après *AMT* c. *Congo*].
[785] *Ibid.* à la p. 1542.
[786] *Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 3 août 1984, 1994 BDIEL AD LEXIS 23, art. VII(1).
[787] *AAPL* c. *Sri Lanka*, *supra* note 780 à la p. 298.
[788] *AMT* c. *Congo*, *supra* note 784 aux pp. 1545-1546.

hôte, c'est-à-dire l'hypothèse de l'invocation de la responsabilité internationale de l'État par un investisseur étranger.

La rareté de l'utilisation de leur droit d'invoquer la responsabilité de l'État hôte par les investisseurs étrangers, de même que sa coexistence avec d'autres sortes de recours concernant les différends relatifs aux investissements, que ce soit implicitement dans les traités européens, ou explicitement dans les traités américains, allaient tous deux connaître des changements importants avec la conclusion de l'*ALÉNA*.

### 2.3.2 Recours des investisseurs étrangers en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*

a) Les modalités d'opération du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*

À l'instar des traités bilatéraux d'investissement, le chapitre 11 de l'*ALÉNA* juridise dans un premier temps les relations entre ses Parties contractantes, en ce qui concerne le traitement des investisseurs et des investissements étrangers provenant d'une autre Partie[789]. Puis, dans un deuxième temps, il juridictionnalise le règlement des différends relatifs à l'investissement étranger, en mettant sur pied un mécanisme spécial de règlement des différends entre un investisseur étranger et un État hôte[790]. Il diffère

---

[789] Voir la section A du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1101-1114. Le principe de la non-discrimination des investisseurs étrangers et de leurs investissements est entre autres prévu au moyen des normes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée et ce, tant à la phase pré-investissement qu'à la phase post-investissement; la norme minimale de traitement de la coutume internationale leur est rendue applicable, ce qui est hautement significatif au regard de la juridictionnalisation également opérée par le chapitre 11; les prescriptions de résultats en ce qui concerne les investissements sont aussi réglementées, et ces dispositions visent non seulement les investissement provenant d'une Partie contractante, mais également ceux provenant de pays tiers; les transferts financiers se rapportant aux investissements effectués par un investisseur étranger sont aussi visés; la nationalisation et l'expropriation des investissements étrangers fait finalement l'objet d'une disposition importante.

[790] Voir la section B de l'*ALÉNA*, *ibid.* art. 1115-1138. Parmi l'abondante littérature sur le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, voir généralement D.M. Price, « An Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement » (1993) 27 Int'l Lawyer 727; G. Horlick et A. Marti, « NAFTA Chapter 11B : A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments » (1997) 14 J. Int'l Arb. 47; J.A. VanDuzer, « Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11 : The Shape of Things to Come? » (1997) 35 A.C.D.I. 263; J.C. Thomas, « Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11 » (1999) 37 A.C.D.I. 99; Lemaire, *supra* note 741; T.J. Weiler, dir., *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice and Future Prospects*, Ardsley (New-York), Transnational, 2004 [ci-après : *NAFTA Investment Law and Arbitration*].

cependant des traités bilatéraux d'investissements qui lui sont antérieurs et ce, de manière fondamentale.

Le chapitre 11 a affiné encore davantage le mécanisme de règlement des différends qui était prévu dans les traités bilatéraux d'investissement américains[791]. Non seulement reconnaît-il l'hypothèse du différend concernant la violation des règles de fond du traité, mais il ne reconnaît plus que cette seule hypothèse. Loin du vague renvoi aux « différends relatifs aux investissements » de la *Convention CIRDI* et des traités bilatéraux européens, le chapitre 11 écarte même les deux autres hypothèses de différends qui étaient prévues explicitement par les traités bilatéraux américains, soit celles du litige contractuel avec une partie étatique et celle du litige administratif avec une autorité étatique. C'est donc dire que le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* ne vise plus que les hypothèses de violation du droit international conventionnel par un État hôte. Puisque l'investisseur étranger peut directement attraire la partie étatique devant un tribunal arbitral, en vertu d'une disposition de consentement préalable et inconditionnelle prévue au traité, on a donc réduit le mécanisme uniquement et explicitement à l'invocation de la responsabilité internationale de l'État hôte par l'investisseur étranger[792]. Au vu du renvoi fait par une de ses dispositions substantives à la norme minimale de traitement de la personne et des biens étrangers de la coutume internationale, de même que de l'application du principe de la non-discrimination à la phase pré-investissement, on constate l'énorme portée du recours qui est ouvert aux investisseurs étrangers[793].

La reconnaissance de ce droit important aux investisseurs étrangers vise apparemment à leur assurer un traitement égal aux investisseurs d'un État hôte, ainsi qu'à garantir l'application régulière de la loi devant un tribunal impartial[794]. Cette affirmation est d'autant plus significative, voire étonnante, que l'*ALÉNA* est un traité conclu non seulement entre des pays développés et un pays en développement, mais aussi entre des pays développés. Il est permis de penser que les Parties contractantes avaient pensé que le

---

[791] On a vu que cet affinement avait cependant déjà commencé avec les traités bilatéraux d'investissement canadiens et britanniques. Voir *supra* la note 772 et le texte correspondant.

[792] Voir la partie 2.3.2 b), ci-dessous, pour une typologie de cette reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte.

[793] Voir l'*ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1102-1105. Il faut toutefois noter que le recours privé est davantage restreint en ce qui concerne la phase de pré-investissement, à l'égard du Canada et du Mexique (*ibid.* art. 1138(2) et annexe 1138.2).

[794] *Ibid.* art. 1115.

chapitre 11, quoique formellement synallagmatique, pencherait dans le même sens unique que les traités bilatéraux d'investissement, c'est-à-dire que les différends qui surviendraient opposeraient le Mexique aux investisseurs provenant du Canada et des États-Unis. Or ce déséquilibre pratique des traités bilatéraux d'investissement ne semble pas devoir se réaliser dans les traités conclus entre des pays développés : la mise en œuvre du mécanisme montre que la survenance de différends entre le Canada et les États-Unis avaient certainement été sous-estimée[795].

Le mécanisme ne comprend aucune phase obligatoire de prévention du différend[796]. L'investisseur d'une Partie peut donc immédiatement porter plainte contre une autre Partie — que ce soit en son nom ou au nom d'une entreprise qu'il possède ou contrôle et qui provient de la Partie visée par la plainte — pour manquement à une obligation prévue par l'*ALÉNA* en ce qui concerne le traitement des investissements étrangers[797]; il faut noter que l'investisseur n'a le droit de porter plainte que s'il a subi des pertes ou des dommages en raison ou suite à ce manquement[798]. L'objet de la plainte est beaucoup plus restreint que celui des plaintes pouvant être portées par les Parties suivant le mécanisme général de règlement des différends, qui s'étend lui à toute question pouvant affecter le fonctionnement de l'*ALÉNA*[799] : il y a donc lieu de relativiser la portée du recours privé prévu par le chapitre 11 à cet égard.

La plainte peut être soumise non pas à un groupe spécial, comme c'est le cas dans le mécanisme général de règlement des différends, mais plutôt à un tribunal arbitral constitué suivant la *Convention CIRDI*, son mécanisme supplémentaire, ou encore le

---

[795] Voir la partie 2.3.2 c), ci-dessous, pour une analyse des problèmes systémiques posés par le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

[796] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1118. Les parties au litige sont cependant encouragées à se consulter et à négocier. La question de savoir s'il s'agit d'une obligation de consultation contraignante partage la doctrine, mais la mise en œuvre du mécanisme indique qu'il ne s'agit que d'une recommandation à caractère facultatif. Voir Lemaire, *supra* note 741 à la p. 65.

[797] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1116(1)-1117(1). Le droit de soumettre une plainte à l'arbitrage est prescrit après trois ans depuis la date à laquelle l'investisseur ou l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte subie. La plainte peut aussi viser la violation de deux dispositions prévues dans le chapitre 15 de l'*ALÉNA*, concernant certains agissements des monopoles et des entreprises d'État, qui doivent respecter les obligations substantives prévues par le chapitre 11; une telle plainte ne peut cependant pas viser le Mexique (*ibid.* art. 1502(3) a), 1503(2) et annexe 1120.1).

[798] Cette disposition est compatible avec la codification récente du droit international de la responsabilité de l'État faite par la CDI, qui fait intervenir le préjudice au stade de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État, afin d'identifier les titulaires du droit de procéder à son invocation. Voir partie 1.3.2 a) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur les droits de l'État lésé en droit international général.

[799] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2004.

*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*[800]. Ces règles régissent l'arbitrage de la plainte soumise par l'investisseur, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par le chapitre 11. Ainsi le mécanisme spécial renvoie-t-il en réalité à trois mécanismes de règlement des différends éprouvés sur le plan international; il ne crée donc pas de toute pièce un nouveau mécanisme mais intègre plutôt des mécanismes déjà établis. Il est intéressant de noter que, si d'un côté le chapitre 11 a l'originalité d'élargir le droit de porter plainte en faveur des investisseurs étrangers, il ne le fait d'un autre côté qu'en intégrant — ou mieux — en renvoyant à des mécanismes de règlement des différends qui existaient déjà. Son originalité consiste surtout dans la réduction des hypothèses de différends à la seule violation de l'*ALÉNA*, réglant donc la question du droit applicable au fond du litige de manière non équivoque[801].

Le mécanisme spécial a pour principal objet de prévoir le consentement préalable et inconditionnel des Parties à l'arbitrage des plaintes d'investisseurs concernant la violation des dispositions substantives de l'*ALÉNA* sur l'investissement, par l'un de ces trois mécanismes internationaux de règlement des différends[802]. Avant de soumettre sa plainte suivant l'un des trois mécanismes, l'investisseur doit signifier à la Partie visée par la plainte une notification écrite de son intention, précisant les dispositions de l'*ALÉNA* présumée violée, les faits sur lesquels reposent la plainte ainsi que le montant des dommages réclamés[803].

La soumission subséquente de la plainte à l'arbitrage par l'investisseur étranger vaut consentement de sa part à la compétence exclusive du tribunal arbitral[804]. En raison de cette exclusivité de compétence, l'investisseur qui soumet une plainte à l'arbitrage en vertu du mécanisme spécial doit renoncer à son droit d'engager des poursuites judiciaires aux termes de la législation d'une Partie, dans les cas où le recours interne porte sur des

---

[800] *Ibid.* art. 1120. L'investisseur peut à son choix soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de la *Convention CIRDI* (si la Partie de l'investisseur et celle visée par la plainte sont parties à la *Convention*), du *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI* (si l'une de ces Parties mais non les deux est partie à la Convention CIRDI), ou encore du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.*

[801] Voir l'*ALÉNA*, *ibid.* art. 1131.

[802] *Ibid.* art. 1122.

[803] *Ibid.* art. 1119. Voir Commission du libre-échange de l'*ALÉNA*, *Formulaire de notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage*, Montréal, 7 octobre 2003, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/NoticeIntent-fr.pdf> (date d'accès : 16 septembre 2004). L'utilisation de ce formulaire non obligatoire est recommandée par la Commission.

[804] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1121(3).

pertes ou des dommages; mais il peut poursuivre ses recours internes visant par exemple à obtenir l'annulation ou le retrait de la mesure contestée[805]. L'application de la règle de l'épuisement des recours internes est écartée[806], ce qui signifie que le recours international est immédiatement ouvert pour les investisseurs étrangers, et qu'il s'ajoute à leurs éventuels recours internes — mais on a vu que la règle de la renonciation aux autres recours faisaient en sorte que le recours international de la partie privée ne pouvait être exercé parallèlement à ses recours internes visant la réparation de ses dommages—; sa seule survivance réside dans la période de gel de 6 mois qui existe entre la commission du fait internationalement illicite présumé et le moment ou la plainte peut être soumise à l'arbitrage[807].

Il faut mentionner que si plusieurs plaintes portent sur un même point de droit ou de fait, une partie au litige peut demander l'établissement d'un tribunal arbitral spécial chargé de se saisir de l'ensemble de ces plaintes de manière conjointe ; ce tribunal arbitral est obligatoirement constitué suivant le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*[808]. Cette disposition, qui laisse entrevoir une véritable action collective internationale, aurait été prévue pour pallier aux craintes concernant la multiplication des recours privés à l'encontre d'une Partie et les risques de contradiction entre les sentences arbitrales, étant

---

[805] *Ibid.* art. 1121(1) et (2); Lemaire, *supra* note 741 aux pp. 69-70; Thomas, *supra* note 790 à la p. 126. L'investisseur étranger doit choisir entre le recours interne ou le recours international pour obtenir réparation, même s'il invoque des sources de droit positif différentes dans chacun de ses recours.

[806] La règle n'est cependant pas écartée lorsque la mesure visée par la plainte est une décision judiciaire. Voir l'affaire *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur le fond)* (2003), 42 I.L.M. 811 au paragr. 164 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : A. Mason, M. Mustill et A.J. Mikva), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf> (date d'accès : 6 octobre 2004).

[807] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1120(1) et annexe 1120.1. Exceptionnellement, en ce qui concerne le Mexique, le choix des tribunaux internes pour invoquer la violation des règles de fond du chapitre 11 de l'*ALÉNA* par cet État est final et empêche tout recours à l'arbitrage international en vertu de ce chapitre. Le caractère moniste du Mexique ferait en sorte que l'*ALÉNA* y serait invocable en droit interne, contrairement au Canada et aux États-Unis. *Feldman* c. *Mexique (Sentence sur le fond)* (2002), 18 I.C.S.I.D. Rev. 488, 42 I.L.M. 625 au paragr. 75 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : J. Covarrubias Bravo, D.A. Gantz, K.D. Kerameus), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.PDF> (date d'accès : 4 octobre 2004).

[808] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1126. Cette disposition n'avait encore jamais été appliquée jusqu'à tout récemment, mais le gouvernement des États-Unis vient de demander la jonction de trois plaintes privées entreprises séparément, mais alléguant toutes les dommages subis par des investisseurs canadiens dans le contexte de la querelle du bois d'oeuvre entre le Canada et les États-Unis. Voir *Canfor Corp.* c. *États-Unis*; *Terminal Forest Products Ltd.* c. *États-Unis*; *Tembec Inc.* c. *États-Unis*, « Requête en jonction de plaintes par le gouvernement des États-Unis » (7 mars 2005), en ligne : Naftaclaims.com <http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Softwood_Consolidation_Request.pdf> (dernière modification : 24 mars 2005).

donné l'absence totale de contrôle préalable à leur exercice par les investisseurs étrangers[809]. Il s'agit d'une nouveauté par rapport aux trois règlements d'arbitrage auxquels se réfère le chapitre 11, souhaitable au vu de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État pour violation du traité.

La Partie visée par la plainte doit la signifier aux autres Parties par une notification écrite, après quoi les autres Parties peuvent participer à l'arbitrage mais uniquement pour présenter des conclusions sur une question d'interprétation de l'*ALÉNA*[810]. Une interprétation de l'*ALÉNA* faite par la Commission du libre-échange lie le tribunal arbitral; en outre, si la Partie visée par la plainte invoque une réserve ou une exception prévue par l'*Accord*, l'interprétation de la Commission doit être obtenue si cette Partie en fait la demande[811].

La sentence finale du tribunal arbitral peut accorder des dommages-intérêts à l'investisseur ou à l'entreprise; elle peut aussi accorder la restitution de biens, tout en disposant que la Partie responsable pourra préférer verser des dommages-intérêts en remplacement de la restitution; le tribunal peut également imposer les dépens, mais il ne peut pas annuler ou ordonner le retrait de la mesure contestée[812]. La sentence est irrévocable entre les parties au litige et aucun appel n'est prévu, mais la révision ou l'annulation de la sentence est possible suivant le mécanisme international choisi[813].

---

[809] Paulsson, *supra* note 736 à la p. 435.

[810] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1127-1128. On a souligné que ce droit de participation des autres Parties, qui est une nouveauté par rapport aux trois règlements d'arbitrage, pouvait conduire à une situation où l'État de nationalité de l'investisseur étranger ferait des représentations au soutien de la position de l'État hôte visé par la plainte, afin de prévenir une interprétation du traité indésirable qui l'exposerait à son tour à des réclamations de la part d'investisseurs étrangers. Cette hypothèse rappelle celle où, dans sa décision de refuser d'exercer la protection diplomatique, l'État de nationalité se fonde sur ses intérêts propres plutôt que sur ceux de son ressortissant lésé. VanDuzer, *supra* note 790 aux pp. 282-283.

[811] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1131-1132. Par contre, si l'exception invoquée relève du chapitre 14 de l'*ALÉNA* sur les services financiers, l'interprétation doit être faite par le Comité des services financiers, organe politique composé de fonctionnaires de l'organisme responsable des services financiers de chaque Partie; la procédure du mécanisme spécial du chapitre 11 est alors suspendue jusqu'à ce que le Comité rende sa décision, qui lie le tribunal arbitral (*ibid.* art. 1412 et 1415).

[812] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1135. Voir Thomas, *supra* note 790 à la p. 122; VanDuzer, *supra* note 790 à la p. 284.

[813] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1136. Voir par ex. la *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 50-52. Les sentences rendues suivant le *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI* et le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire interne selon la loi du for. VanDuzer, *supra* note 790 à la p. 286.

Il faut souligner enfin que la publication systématique des sentences arbitrales n'est pas prévue : pour les litiges mettant en cause une plainte visant le Canada ou les États-Unis, celle-ci est possible si une des parties au litige y consent; pour les litiges mettant en cause une plainte visant le Mexique, le consentement des deux parties au litige est nécessaire[814]. Cela a eu pour effet de rendre difficile l'analyse de la mise en œuvre du mécanisme spécial et était certainement une des raisons expliquant les nombreuses critiques ayant été dirigées contre le chapitre 11 de l'*ALÉNA*[815]. Mais les Parties contractantes se sont depuis entendues, au moyen de *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*[816], sur la nécessité d'accroître la transparence du mécanisme, en s'engageant « à rendre public en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier », dans le cadre juridique prévu, tout en assurant la protection des informations commerciales confidentielles. La pratique des gouvernements canadien, américain et mexicain consiste désormais à publier les sentences arbitrales rendues, de même que les documents produits au cours des procédures[817]; certaines sources d'origine privées demeurent cependant encore plus complètes que ces sources publiques[818]. En outre, le Canada s'est également engagé à accroître la transparence du processus en exprimant son consentement à l'ouverture des audiences des tribunaux arbitraux au public, ainsi que son intention de demander aux parties privées et aux tribunaux arbitraux d'en faire de même[819].

Un des aspects les plus intéressants du mécanisme spécial est sa relation avec le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*. Ce mécanisme général et

---

[814] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1137(4) et annexe 1137.4; *Convention CIRDI*, *ibid.* art. 48(5); *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*, *supra* note 729, Annexe C, art. 53(3); *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, *supra* note 759, art. 32(5).

[815] Voir de Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 aux pp. 407-408; Lemaire, *supra* note 741 à la p. 72.

[816] Commission du libre-échange de l'*ALÉNA*, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, Washington, 31 juillet 2001, art. A, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp> (date d'accès : 16 septembre 2004).

[817] Voir par ex. le site Web du gouvernement fédéral canadien, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-fr.asp> (date d'accès : 24 mai 2005). Voir aussi le site Web du CIRDI, pour les arbitrages rendus sous ses auspices, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (date d'accès : 24 mai 2005).

[818] Voir surtout le site Web de Todd Weiler, en ligne <http://www.naftaclaims.com/> (dernière modification : 24 mars 2005).

[819] Canada, *Déclaration du Canada sur l'ouverture au public des audiences d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA*, 7 octobre 2003, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/open-hearing-fr.asp> (date d'accès : 16 septembre 2004).

interétatique de règlement des différends demeure certes applicable aux différends entre les Parties au sujet des dispositions du traité sur l'investissement, mais cette application est limitée par les « stipulation[s] contraire[s] du présent accord »[820]. Les différends interétatiques relatifs aux investissements ne sont donc pas écartés du champ d'application de principe du mécanisme général, contrairement aux différends relatifs à l'imposition de droits antidumping et compensateurs. Cependant, seules les plaintes visant la violation de dispositions du chapitre 11 — par une mesure adoptée ou envisagée — peuvent être soumises : de manière significative, les plaintes alléguant l'annulation ou la réduction d'avantages découlant de l'*ALÉNA* par une mesure compatible avec ce dernier ne sont pas admissibles[821]. C'est donc dire que seul un régime de responsabilité pour le fait internationalement illicite existe dans le domaine de l'investissement étranger direct.

Si la Partie responsable néglige de respecter une sentence finale comme elle en a l'obligation, la Partie de l'investisseur peut porter plainte contre cette dernière suivant le mécanisme général[822]. Bien que le différend soit circonscrit au départ entre la personne privée et l'État — ce qui contribue, comme on l'a déjà souligné, à dépolitiser les différends — la mise en œuvre de la sentence arbitrale peut résulter en une interétatisation du différend. L'investisseur étranger ne peut forcer son État de nationalité à enclencher le mécanisme général, puisque l'on retombe alors dans l'hypothèse de l'incapacité de la personne privée et de la théorie de la protection diplomatique, mais il peut toujours demander l'exécution de la sentence arbitrale suivant la *Convention CIRDI* ou deux autres conventions internationales relatives à l'exécution des sentences arbitrale[823].

La mesure dans laquelle l'application de principe du mécanisme général de règlement des différends est restreinte par le chapitre 11 n'est pas claire. L'existence de son mécanisme spécial empêche-t-elle les Parties de soumettre une plainte relative à ses dispositions suivant le mécanisme général, à l'exception de l'hypothèse de l'inexécution

---

[820] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2004; Turp, *supra* note 580 à la p. 811.
[821] *ALÉNA*, *ibid.* annexe 2004(1); Turp, *ibid.* aux pp. 811-812.
[822] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1136(4) et (5).
[823] *Ibid.* art. 1136(6). Voir la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 39 (entrée en vigueur : 7 juin 1959) [ci-après *Convention de New-York*]; *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, 30 janvier 1975, 1438 R.T.N.U. 255 (entrée en vigueur : 16 juin 1976).

d'une sentence arbitrale par une Partie responsable[824]? Est-ce plutôt l'exercice d'un recours par une partie privée qui bloque l'accès au mécanisme général jusqu'à l'éventuelle inexécution de la sentence arbitrale?[825] Ou encore, le mécanisme général ne demeure-t-il pas ouvert aux Parties en tout temps, leur permettant non pas de réclamer la réparation des dommages causés à leur ressortissant du fait de la violation du chapitre 11, mais plutôt de convenir ou d'obtenir une détermination de la compatibilité d'une mesure avec ses dispositions, ainsi que son retrait[826].

Cette dernière hypothèse, qui est attestée par la pratique des Parties[827], semble raisonnable puisque la Partie qui porterait plainte le ferait alors en raison du préjudice immédiat qu'elle subit à titre de partie contractante, ce qui signifie qu'il ne s'agirait pas de l'exercice de la protection diplomatique et que le recours étatique poursuivrait une fin différente de celle du recours privé. Cette coexistence des recours étatique et privé soulève cependant des questions complexes concernant par exemple la détermination de

---

[824] C'est l'interprétation que suggère Daniel Turp. Turp, *supra* note 580 à la p. 811.

[825] C'est la solution que semble suggérer la *Convention CIRDI*, dont les règles s'appliquent d'ailleurs aux arbitrages entrepris sous ses auspices en vertu du chapitre 11, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par celui-ci. La situation juridique serait cependant moins claire en ce qui concerne les arbitrages entrepris sous l'égide du *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI* et du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, puisque ces règlements ne prévoient rien concernant la suspension de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité de la partie privée; même si une telle disposition y figurait, elle ne serait de toute façon pas contraignante, en droit international public, puisqu'il ne s'agit pas de traités. Le chapiter 11 ne prévoit rien de manière explicite sur la question de la protection diplomatique. Malgré tout, on pourrait argumenter que de manière implicite, il découle du chapitre 11 que l'exercice d'un recours privé a pour effet de soustraire ce différend du champ d'application du mécanisme général, à moins qu'il ne s'agisse de l'exécution de la sentence arbitrale rendue suite à l'exercice dudit recours privé. *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1120(2) et 1136(5); *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 27(1).

[826] Le texte de l'article 1115 de l'*ALÉNA* semble soutenir cette interprétation : « Sans préjudice des droits et obligations des Parties aux termes du chapitre 20 ». VanDuzer, *supra* note 790 à la p. 278; Thomas, *supra* note 790 à la p. 105. Voir Broches, *supra* note 700 à la p. 218.

[827] Une des trois affaires ayant fait l'objet d'une plainte suivant le mécanisme général de règlement des différends mettait notamment en cause la violation de certaines règles de fond posées par le chapitre 11. Le Mexique estimait que le maintien par les États-Unis de leur moratoire sur l'examen des demandes de permis d'exploitation d'entreprises de camionnage faites par des ressortissants mexicains violait les articles 1102 et 1103 de l'*ALÉNA*. Le groupe spécial arbitral a donné raison au Mexique, constatant la violation des dispositions du chapitre 11, même si aucun dommage matériel n'avait été causé à des personnes privées, et il a recommandé que les États-Unis mettent leur mesure en conformité avec le chapitre 11. Aucun recours privé n'a été entrepris en vertu du chapitre 11. Voir l'*Affaire des services transfrontières de camionnage (Mexique c. États-Unis)* (2001), USA-MEX-98-2008-01 aux paragr. 279-294, 297 et 299 (Groupe spéc. c. 20), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/francais/Chapitre_20_ALENA/Etats_Unis/ub98010f.pdf> (date d'accès : 23 septembre 2004).

la compatibilité de la mesure avec le chapitre 11[828] : le tribunal arbitral devrait-il surseoir à sa décision jusqu'à ce que le groupe spécial arbitral constitué en vertu du mécanisme général se soit prononcé sur la question? Serait-il lié par la constatation du groupe spécial? La Commission du libre-échange devrait-elle être mise à contribution? En pratique, la question ne s'est jamais posée de cette manière et on peut supposer que la condamnation d'une Partie responsable à des dommages-intérêts sera un incitatif suffisant pour l'amener à retirer sa mesure incompatible, bien que le tribunal ne puisse l'ordonner, ce qui signifie qu'il est peu probable qu'une Partie exerce un recours en parallèle avec un recours privé. En revanche, la question de l'exercice d'un recours privé en parallèle avec un recours étatique concernant la violation d'autres chapitres de l'*ALÉNA* est davantage susceptible de se produire[829].

Après avoir connu une phase initiale de dormance au cours de ses deux premières années d'existence, le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 connaît depuis une popularité qui ne se dément pas auprès des investisseurs étrangers, à raison de deux à dix notifications d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage par année[830]. Sa mise en œuvre ne va pas sans soulever des problèmes d'ordre systémique, qui sont d'un grand intérêt pour les fins de la présente thèse, puisqu'il s'agit du plus grand nombre d'affaires mettant en cause l'invocation de la responsabilité internationale de l'État par une personne privée survenues dans le domaine économique. Ces problèmes seront analysés plus loin, mais il convient d'abord de mieux circonscrire les contours juridiques de ce recours des investisseurs étrangers, au regard du droit international de la responsabilité de l'État et de la théorie de la protection diplomatique.

---

[828] Aron Broches a examiné ces questions dans le contexte des traités bilatéraux d'investissement. Sous réserve des dispositions explicites du traité, il a soutenu que l'accord convenu entre les États, ou le jugement déclaratoire rendu dans le cadre d'une procédure interétatique, concernant l'interprétation du traité, lierait les tribunaux arbitraux connaissant d'un recours privé intenté postérieurement; par contre le tribunal arbitral ayant rendu sa décision antérieurement à l'accord ou la décision interétatique ne serait pas lié, en raison du principe de la chose jugée. Broches, *supra* note 700 aux pp. 218-219.

[829] Voir la partie 2.3.2 c), ci-dessous, pour l'analyse des problèmes systémiques posés par le recours des investisseurs étrangers prévu par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

[830] Il est difficile d'obtenir des statistiques fiables concernant le chapitre 11 de l'*ALÉNA* en raison du caractère confidentiel des procédures, mais selon le croisement des sources publiques et privées disponibles, on peut tracer le portrait suivant en ce qui concerne les notifications d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage : 1994 (0); 1995 (0); 1996 (3); 1997 (0); 1998 (7); 1999 (2); 2000 (6); 2001 (6); 2002 (10); 2003 (4); 2004 (8). Voir le site Web du gouvernement fédéral canadien, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-fr.asp> (date d'accès : 24 mai 2005); site Web de Todd Weiler, en ligne <http://www.naftaclaims.com/> (dernière modification : 24 mars 2005).

b) Typologie du recours des investisseurs étrangers en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* : la reconnaissance du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État

Le droit international de la responsabilité de l'État permet de mieux saisir la nature juridique du recours offert par le chapitre 11 de l'*ALÉNA* aux investisseurs étrangers. Puisque l'objet de leur plainte est la réparation des dommages subis en raison de la violation des règles de fond posées par le traité en ce qui concerne le traitement des investissements étrangers, c'est bien de l'invocation de la responsabilité internationale de l'État qu'il s'agit. On a vu qu'en droit international général, le droit d'invoquer la responsabilité de l'État appartient uniquement aux États, et que c'est justement pour pallier à cette situation que la théorie de la protection diplomatique s'est développée[831]. L'*ALÉNA* altère donc le cadre d'application de cette théorie, en reconnaissant la capacité des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État hôte auprès d'une instance internationale[832].

Pour employer les termes de la CDI, il faut rappeler que le droit international de la responsabilité de l'État se situe exclusivement au plan des règles secondaires, qui déterminent les conséquences juridiques de la violation des règles primaires qui, elles, prescrivent les normes de comportement destinées aux sujets de droit international[833]. Les Parties contractantes de l'*ALÉNA* reconnaissent à l'investisseur étranger une certaine capacité d'agir au plan des règles secondaires du droit international : son État de nationalité lui délègue conventionnellement le droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte. Cela est conforté par le fait que les règles du droit international général sur l'indemnisation, applicables dans les différends interétatiques

---

[831] Voir la partie 1.3.2 a) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur les droits de l'État lésé en droit international général; la partie 2.1.1, ci-dessus, pour une discussion sur la théorie classique de la protection diplomatique.
[832] Voir Sacerdoti, *supra* note 684 aux pp. 436-437.
[833] Voir la partie 1.3.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur l'objet du droit international de la responsabilité de l'État.

nés de l'exercice de la protection diplomatique, s'appliquent aussi dans les différends mixtes concernant le chapitre 11[834].

Cette délégation permet d'atténuer le paroxysme de la fiction vattélienne, qui veut que le dommage causé à la personne privée soit en fait causé à son État de nationalité, et que celle-ci soit absente juridiquement du différend international. Elle a pour effet d'écarter l'application de la théorie de la protection diplomatique, de manière à assurer que seuls les intérêts privés de l'investisseur étranger soient pris en cause dans la décision de faire une réclamation ou non, contribuant du coup à dépolitiser le différend international économique, en le déconnectant des autres considérations liées à la conduite de ses relations internationales par l'État de nationalité[835]. Elle assure en outre que les éventuels dommages et intérêts versés par l'État responsable iront à l'investisseur étranger lésé, puisqu'on a vu qu'en droit international général, la réparation est due à l'État de nationalité.

Cette reconnaissance de la capacité des investisseurs étrangers au plan des règles secondaires n'en fait pas pour autant des sujets du droit international[836]. Les investisseurs étrangers demeurent les délégataires de leur État de nationalité, et ce n'est que dans l'ordre des règles secondaires qu'ils agissent. Ils ne deviennent pas sujet des règles primaires prévues par le chapitre 11 : l'ensemble de ses règles de fond est destiné aux Parties de l'*ALÉNA*, et les investisseurs étrangers n'en sont jamais que les

---

[834] Voir l'affaire *S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Première sentence sur le fond)* (2000), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcanadapartialaward_final_13-11-00.pdf> (date d'accès : 13 octobre 2004) au paragr. 313 (CNUDCI), (Arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter).

[835] Il s'agit précisément d'un argument fondamental au soutien de cette reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte. Voir I.F.I. Shihata, « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Roles of ICSID and MIGA » (1986) 1 I.C.S.I.D. Rev. 1.

[836] Voir toutefois Lemaire, *supra* note 741 à la p. 56. *Contra* Poirat, *supra* note 742 aux pp. 74-81. Cette dernière auteure estime que le caractère immédiat du recours des investisseurs étrangers à l'arbitrage international prévu par le *Traité sur la charte de l'énergie*, en vertu de l'élimination de la règle de l'épuisement des recours internes, ainsi que le fait que leur consentement fonde la saisine du tribunal arbitral, ont eu pour effet de hisser ces derniers au rang de co-auteur. Elle en conclu que ce traité contribue à faire des personnes privées des sujets du droit international. *Traité sur la Charte de l'énergie*, *infra* note 993.

bénéficiaires[837]. Il apparaît donc erroné de parler de la violation des « droits » des investisseurs, lorsqu'un État hôte enfreint les règles de fond du chapitre 11[838].

De plus, le fait que seuls les investisseurs « étrangers » jouissent de cette délégation conventionnelle apparaît être déterminant. La catégorie des « investisseurs étrangers » ne renvoie pas à un acteur non-étatique pris dans sa totalité et cela semble devoir l'empêcher d'aspirer à être reconnue comme sujet du droit international. Le concept d'investisseur étranger est relatif, puisqu'il dépend de la relation de l'investisseur avec l'État dont il invoque la responsabilité; le même investisseur sera tantôt étranger, tantôt national. Il semble que pour qu'un acteur puisse aspirer à devenir le sujet d'un ordre juridique, il doit y être absolument identifiable et exister en soi. C'est pourquoi les êtres humains peuvent davantage aspirer à la reconnaissance à titre de sujet du droit international, et que les développements survenus dans le droit international de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine doivent être distingués des développements survenus dans le nouveau droit international de l'investissement étranger.

Les investisseurs étrangers apparaissent donc comme exerçant leurs droits secondaires propres, mais les droits primaires à la source de leur réclamation ne sont pas les leurs[839]. Il s'agit toujours des droits de leur État de nationalité, dont ils sont les bénéficiaires; la fiction vattélienne n'est donc pas totalement évacuée, puisque l'investisseur étranger fait théoriquement valoir les droits primaires de son État de nationalité, droits qui trouvent par contre leur origine dans l'atteinte à ses intérêts privés par la violation du droit international[840]. Cette interprétation est attestée par le fait que, en bout de ligne, si l'État responsable refuse d'exécuter son obligation secondaire de

---

[837] Voir l'affaire *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur le fond)*, *supra* note 806 au paragr. 233.

[838] Cette expression est pourtant utilisée dans les sentences arbitrales rendues par des tribunaux constitués en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Voir par ex. l'affaire *Feldman* c. *Mexique (Sentence sur le fond)*, *supra* note 807 aux paragr. 209-210.

[839] *Cf. Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 325, art. 33(2) : « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ».

[840] L'hypothèse mentionnée précédemment, suivant laquelle l'État de nationalité d'une partie privée pourrait faire des représentations, dans les procédures d'arbitrage, au soutien de la position défendue par l'État hôte, montre toutefois qu'un nouveau paradoxe est susceptible de naître. La partie privée fait théoriquement valoir les droits de son État de nationalité, mais ce dernier peut ne pas partager les vues de son ressortissant sur l'étendue de ses propres droits (et obligations). Voir *supra* la note 810 et le texte correspondant.

réparation, l'investisseur étranger se retrouve à nouveau dans une incapacité et doit faire appel à son État de nationalité, qui reprend alors ses droits dans l'application des règles secondaires visant l'exécution coercitive des obligations de l'État responsable, au moyen de l'imposition de contre-mesures. Ainsi, même au plan des règles secondaires, la capacité reconnue aux investisseurs étranger apparaît-elle être partielle, étant limitée au droit d'invoquer la responsabilité de l'État hôte. C'est peu, comparé à la capacité des États, mais c'est déjà beaucoup comparé à l'incapacité de principe des personnes privées en droit international général.

Sur la base de ce qui précède, nous sommes en mesure de proposer certains critères permettant de déterminer si un acteur non-étatique de la société internationale peut prétendre être devenu un sujet du droit international public. Cet acteur doit voir sa capacité être reconnue tant dans l'ordre des règles primaires que des règles secondaires du droit international : il doit être assujetti à l'ordre juridique international dans sa plénitude pour jouir pleinement de la personnalité internationale. Un élément de dénationalisation de l'acteur non-étatique semble également être caractéristique de la pleine sujétion à l'ordre juridique international, faisant en sorte que celui-ci ne doit pas pouvoir bénéficier de la protection de son État de nationalité : il ne doit pas pouvoir compter sur le droit de son État de nationalité de mettre en œuvre la responsabilité de l'État de manière coercitive, par l'imposition de contre-mesure; il doit pouvoir invoquer la responsabilité internationale de son propre État de nationalité. S'il rempli ces critères, l'acteur non-étatique s'expose dans toute sa vulnérabilité aux autres sujets du droit international et peut légitimement prétendre en être devenu un sujet à son tour. Le fait que les personnes privées se qualifiant d'investisseur étranger au sens du chapitre 11 de l'*ALÉNA* ne puissent invoquer la responsabilité internationale de leur État de nationalité, et qu'elles puissent demander la protection de ce même État pour assurer la mise en œuvre coercitive de la responsabilité de l'État hôte, suffirait à nier leur élévation au statut de sujet du droit international en raison de la capacité processuelle internationale qui leur est reconnue conventionnellement.

L'élimination de la règle de l'épuisement des recours internes est également significative, particulièrement si celle-ci est considérée comme une condition de fond de

la responsabilité de l'État en droit international général[841]. Si la règle est une condition de fond, son élimination signifie que la responsabilité de l'État hôte s'en trouve grandement accrue, puisqu'il devient ainsi responsable des agissements de toutes ses branches, sans possibilité de voir le fait reproché être corrigé par ses organes internes avant que ne naisse cette responsabilité internationale. Si la règle est une condition de forme, son élimination n'apparaît pas moins significative : l'accès immédiat au recours international permet à la partie privée de réduire les délais et ses frais de procédure; l'évitement d'un procès public permet de prévenir la détérioration du climat d'investissement dans l'État hôte; ce dernier se sauve aussi de l'embarras de voir un jugement rendu par ses tribunaux être « cassé » par une sentence arbitrale[842]. Il s'agit en outre d'un changement paradigmatique important par rapport aux prétentions du Nouvel Ordre économique international, qui plaçait la juridiction interne au centre du différend international économique[843].

### c) Problèmes systémiques posés par la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État opérée par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*

L'opération du mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* fait apparaître les problèmes systémiques qui sont susceptibles de survenir avec la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. Ces problèmes découlent de l'action des investisseurs étrangers et des Parties contractantes, ainsi que des pressions exercées et subies par le mécanisme. Leur analyse constitue une importante contribution à l'étude de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques.

---

[841] Sacerdoti, *supra* note 684 aux pp. 436-437. Voir la partie 2.1.3 c), ci-dessus, pour une discussion sur la controverse entourant la nature de la règle de l'épuisement des recours internes.

[842] Peters, *supra* note 754 à la p. 134. Cependant, on a vu que la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas écartée lorsque la mesure attaquée par la plainte privée est une décision judiciaire. Voir *supra* la note 806 et le texte correspondant.

[843] Parra, *supra* note 677 à la p. 357. Voir T.W. Wälde, « A Requiem for the "New International Economic Order" : The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and a Post-Mortem with Timeless Significance » dans G. Hafner *et al.*, dir., *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern—In Honour of His 80th Birthday*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 771.

*(i) Problèmes posés par l'action des investisseurs étrangers : la nature controversée du champ d'application du chapitre 11 de l'ALÉNA*

Ce mécanisme pouvant être enclenché par des personnes privées s'avère populaire auprès des investisseurs étrangers, et ce succès a pris par surprise les Parties contractantes, qui se sont même mises à envisager un certain temps d'en restreindre l'accès, ce qui a été interprété par d'aucuns comme illustrant l'incompatibilité conceptuelle entre les traités de libre-échange et le concept de supranationalité duquel participerait la reconnaissance de ce droit en faveur des personnes privées[844].

En observant l'historique des plaintes portées par des investisseurs étrangers suivant le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, il est frappant de constater à quel point son utilisation semble changer avec le temps. Il aura d'abord fallu plus de trois ans après l'entrée en vigueur du traité pour que la première plainte ne soit soumise à l'arbitrage, mais la fréquence des plaintes ne cesse de croître depuis. Le relatif succès des recours des investisseurs étrangers et l'accessibilité du mécanisme expliquent certainement cette croissance, en plus de la grande publicité qui entoure désormais chacune des affaires portées en arbitrage en vertu du chapitre 11.

Les premières affaires ont surtout impliqué des sociétés américaines aux prises avec les autorités canadienne ou mexicaine, mais il apparaît désormais que les États-Unis ne sont plus à l'abri de plaintes de la part d'investisseurs étrangers, en provenance du Canada surtout. Il semble que cette utilisation du chapitre 11 s'écarte étonnamment de celle qui avait été envisagée à l'origine par les Parties contractantes lors de la conclusion de l'*ALÉNA*. On avait en effet surtout imaginé que les plaintes auraient visé le Mexique, en raison des relations particulières que ce pays a entretenu avec l'investissement étranger par le passé. La portée qu'est en train de prendre le chapitre 11, par l'action des investisseurs étrangers, inquiète tout particulièrement les Parties contractantes ainsi que plusieurs segments de la société civile.

---

[844] De Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 aux pp. 407-408.

—Enclenchement prématuré du mécanisme de règlement des différends

Dans l'affaire *Ethyl Corporation* c. *Canada*[845], première sentence arbitrale à avoir été rendue dans le cadre du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, une société américaine spécialisée dans la fabrication d'un additif d'essence — le MMT — a porté plainte contre le Canada, en raison de l'interdiction faite par ce dernier de l'exportation et du commerce interprovincial de l'additif en question (il faut noter que le Canada n'avait pas interdit totalement la commercialisation du MMT)[846]. La société américaine, Ethyl Corporation, possédait une société canadienne qui produisait du MMT destiné à être commercialisé à travers le Canada et les États-Unis. Elle a essentiellement soutenu que la mesure canadienne constituait une expropriation indirecte de son investissement, violant le régime de protection des investissements étrangers prévu par le chapitre 11. L'affaire n'a finalement jamais été entendue sur le fond, car le Canada a choisi de régler à l'amiable, après que le tribunal arbitral eut reconnu sa compétence sur la plainte, en retirant la mesure contestée et en payant 13 millions de dollars américains à titre de dommages à la société plaignante, qui en réclamait 251 millions[847].

Cette affaire a beaucoup retenu l'attention comme illustrant les dangers que faisait peser le chapitre 11 sur le pouvoir de réglementation des gouvernements[848]. Peut-être faut-il rappeler que, d'une part, le tribunal arbitral ne s'est jamais prononcé sur le fond quant à la portée de la protection contre l'expropriation; d'autre part, le Canada n'avait pas interdit la commercialisation pure et simple de l'additif en question, laissant planer des doutes sur sa dangerosité. Néanmoins, la sentence arbitrale dans l'affaire *Ethyl Corporation* demeure problématique en raison de l'interprétation plutôt laxiste qu'a faite le tribunal de la notion de « mesure » et des conditions préalables fondant sa compétence.

---

[845] *Ethyl Corporation* c. *Canada (Sentence sur la compétence)* (1998), 38 I.L.M. 708, 16:3 J. Int'l Arb. 153 (CNUDCI), (Arbitres : C.N. Brower, M. Lalonde, K.H. Böckstiegel), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/ethyl6.pdf> (date d'accès : 28 septembre 2004).

[846] Voir la *Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, c. 11.

[847] De Mestral « Comparative Analysis », *supra* note 574 à la p. 362. La mesure avait auparavant été trouvée incompatible avec l'*ACI* suite à la plainte déposée par l'Alberta contre la même mesure fédérale, dans le cadre du mécanisme de règlement des différends prévu par cet accord intergouvernemental canadien. Voir *Re Loi sur les additifs à base de manganèse* (*Alberta* c. *Canada*) (1998), Doc. 97/98-15-MMT-P058F (*ACI*) (Rapport du groupe spécial), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/fre/0798/mmt.pdf> (date d'accès : 28 septembre 2004).

[848] De Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 aux pp. 362-363.

Au cœur du litige se posait la question de savoir à partir de quel moment avait-on affaire à une mesure pouvant faire l'objet d'une plainte en vertu du chapitre 11? En l'espèce, la société Ethyl a notifié son intention de porter plainte contre un projet de loi fédérale qui n'était pas encore adopté, encore moins en vigueur; la plainte a été portée alors que le processus législatif était toujours en opération et que les débats avaient toujours lieu au sein du Parlement fédéral canadien[849]. En refusant d'attendre le fruit des travaux parlementaires, l'investisseur étranger a soit tenté d'influencer le cours des débats en faisant peser la menace d'une poursuite internationale, soit a choisi de court-circuiter le processus législatif et les institutions démocratiques d'un État souverain en refusant d'y participer et d'en attendre les résultats. Le tribunal arbitral n'a pas jugé bon de sanctionner ce contournement des institutions démocratiques, en raison du fait que la loi a finalement été adoptée et mise en vigueur par la suite, ce qui suffisait à ses yeux à remédier au manquement de respecter les formes[850].

Cette décision peut inquiéter pour trois raisons. Premièrement, elle marginalise dans une certaine mesure les institutions parlementaires et le processus législatif démocratique d'un État souverain[851]. Deuxièmement, le respect rigoureux des conditions préalables au dépôt d'une plainte semble le corollaire indispensable à l'acte extraordinaire que constitue le consentement préalable et inconditionnel d'un État souverain à l'arbitrage avec une personne privée concernant le manquement présumé à ses obligations internationales; cette adéquation a heureusement été reconnue dans une sentence ultérieure rendue par la majorité d'un tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11[852]. Troisièmement, l'esprit et la lettre du mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 11 s'opposent à ce qu'il soit possible pour une personne privée de porter plainte contre une mesure envisagée par un État, en vue de réclamer des dommages. En effet,

---

[849] La notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage a été transmise au Canada par l'investisseur étranger le 10 septembre 1996; la plainte a été soumise à l'arbitrage par l'investisseur étranger le 14 avril 1997; la loi contestée a été adoptée par le Parlement fédéral le 25 avril 1997; elle est entrée en vigueur le 24 juin 1997.

[850] Le tribunal arbitral a cependant condamné l'investisseur étranger à supporter tous les frais des procédures d'arbitrage concernant sa compétence, pour le punir de ne pas avoir respecté les formes du chapitre 11. *Ethyl Corporation* c. *Canada*, *supra* note 845 aux paragr. 69, 86 et 88.

[851] Voir VanDuzer, *supra* note 790 à la p. 276.

[852] Voir l'affaire *Waste Management Inc.* c. *Mexique (Sentence sur la compétence)* (2000), 40 I.L.M. 56, 15 I.C.S.I.D. Rev. 211 au paragr. 17 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : K. Highet, E. Siqueiros T., B.M. Cremades), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_award.pdf> (date d'accès : 29 septembre 2004).

alors que le mécanisme général et interétatique de règlement des différends de l'*ALÉNA* permet expressément aux Parties contractantes de demander des consultations et de porter plainte contre des « mesures envisagées »[853], le mécanisme spécial du chapitre 11 ne se réfère qu'aux « mesures adoptées ou maintenues »[854]. Seuls les États peuvent donc protester contre des mesures envisagées, ce qui paraît logique en raison du fait qu'ils ne cherchent pas à obtenir des dommages-intérêts, mais plutôt à maintenir ou rétablir l'équilibre des concessions et des opportunités commerciales entre eux[855]. On peut s'interroger sur l'incongruité juridique qu'une mesure simplement envisagée comme un projet de loi — ne produisant par essence aucun effet juridique — puisse causer des dommages et engager la responsabilité internationale d'un État. Il y a là une rupture importante avec le droit international de la responsabilité de l'État, elle qui ne peut naître que de l'attribution d'un fait internationalement illicite à un État : une mesure simplement envisagée ne saurait constituer un tel fait.

Toujours dans l'affaire *Ethyl Corporation*, le tribunal arbitral n'a également pas sanctionné le non-respect par l'investisseur étranger du délai de six mois devant être observé entre la soumission de sa plainte à l'arbitrage et les évènements qui lui ont donné lieu, c'est-à-dire l'adoption de la loi fédérale contestée[856]. Il a refusé de le faire au motif que six mois s'étaient écoulés depuis l'adoption de la loi au moment de rendre la sentence, et que l'investisseur étranger aurait pu de toute façon soumettre sa plainte à nouveau[857]. La facilité avec laquelle le tribunal arbitral a écarté le respect strict de cette règle a de quoi étonner : on a vu qu'il s'agissait du reliquat de la règle de l'épuisement des recours internes, règle qui est appliquée rigoureusement en droit international général[858].

---

[853] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2004.
[854] *Ibid.* art. 1101(1).
[855] Voir la partie 1.3.1 c), ci-dessus, pour une discussion sur le contenu du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, qui permet d'éclaircir le contenu du régime spécial de responsabilité des Parties contractantes de l'*ALÉNA*.
[856] Voir l'*ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1120(1).
[857] On a vu que tribunal arbitral a cependant condamné l'investisseur étranger à supporter tous les frais des procédures d'arbitrage concernant sa compétence, pour le punir de ne pas avoir respecté les formes du chapitre 11. *Ethyl Corporation* c. *Canada*, *supra* note 845 aux paragr. 85-86 et 88.
[858] Voir *supra* la note 807 et le texte correspondant.

Le tribunal arbitral dans l'affaire *Ethyl Corporation* apparaît laxiste dans l'interprétation de sa compétence, comparé à celui dans l'affaire *Waste Management Inc.* c. *Mexique*[859]. Dans cette dernière cause, la majorité du tribunal a jugé qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la plainte en raison du caractère inadéquat de la renonciation de l'investisseur étranger à ses recours internes. Le fait que l'investisseur pouvait de toute façon porter plainte à nouveau n'a pas été retenu par le tribunal arbitral pour justifier le non-respect des conditions préalables à l'exercice d'un recours en vertu du chapitre 11. Incidemment, après avoir vu sa plainte être rejetée par le tribunal arbitral pour défaut de compétence, l'investisseur étranger en a soumise une nouvelle[860].

La coexistence des recours internes et du recours au mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 illustre l'effet potentiellement néfaste de l'élimination de la règle de l'épuisement des recours internes. La renonciation à ses recours internes par la partie privée ne devant intervenir qu'au moment de la soumission de la plainte à l'arbitrage, celle-ci peut signifier son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage tout en poursuivant ses recours devant les tribunaux de l'État hôte; elle peut donc, tant qu'elle ne porte pas plainte, jouer sur les deux tableaux et faire de la surenchère. Dans l'affaire *Trammell Crow Company* c. *Canada*[861], une société américaine spécialisée dans la fourniture de services de gestion immobilière avait signifié une notification d'intention contre le Canada, en raison de certains agissements de la Société canadienne des postes dans le processus d'attribution d'un marché public pour la gestion de l'ensemble de son parc immobilier; des recours internes étaient toujours pendants concernant une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur suivant laquelle la Société n'était pas assujettie au chapitre de l'*ALÉNA* sur les marchés publics. L'investisseur étranger réclamait 32 millions de dollars américains en dommages, mais la plainte n'a jamais été

---

[859] *Waste Management Inc.* c. *Mexique (Sentence sur la compétence)*, *supra* note 852.
[860] Voir l'affaire *Waste Management Inc.* c. *Mexique (Nouvelle Affaire) (Sentence sur la compétence)* (2002), 6 I.C.S.I.D. Rep. 549, 41 I.L.M. 1315 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : J. Crawford, B.R. Civiletti, E. Mangallon Gomez), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_united_eng.PDF> (date d'accès : 30 septembre 2004).
[861] *Trammell Crow Company* c. *Canada*, « Notification d'intention soumise par Trammell Crow Company » (7 septembre 2001), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/TC_vs_GC.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

soumise à l'arbitrage puisque les parties ont finalement réglé l'affaire à l'amiable[862]. Le caractère confidentiel de ce règlement empêche de savoir si cette transaction a été le fruit des pressions exercées par l'enclenchement du mécanisme du chapitre 11.

—Interprétation de mesure « concernant » un investisseur ou un investissement

La pierre angulaire du champ d'application du chapitre 11 de l'*ALÉNA* est certainement la notion de mesure « concernant » un investisseur ou un investissement[863]. C'est cette notion qui serait à l'origine du prétendu phénomène du « *regulatory chill* », ou gel de l'action réglementaire, qui fait référence à l'inhibition qu'éprouveraient les gouvernements de la zone de libre-échange nord-américaine quant à l'adoption de nouvelles réglementations relatives à la protection de la santé ou de l'environnement, ou poursuivant d'autres objectifs non-commerciaux, de peur de faire face à une plainte de la part d'un investisseur étranger en vertu du chapitre 11[864]. Selon l'interprétation large ou restrictive donnée à cette notion, on augmentera ou diminuera le champ d'application des règles de fond du chapitre 11 et, partant, la portée du recours des investisseurs étrangers. Toute mesure qui peut affecter un investisseur ou son investissement tombe-t-elle sous la coupe du chapitre 11? Une mesure générale visant la protection de la santé des consommateurs ou de l'environnement est-elle une mesure « concernant » un investisseur ou son investissement? La mesure ne devrait-elle pas être plus spécialement destinée à ces derniers? Il est évident que les investisseurs étrangers auront avantage à étirer le plus possible cette notion.

---

[862] Selon les informations fournies par le gouvernement du Canada, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/trammel-fr.asp> (date d'accès : 30 septembre 2004).
[863] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1101(1). Voir Thomas, *supra* note 790 aux pp. 127-130.
[864] Voir L.J. Dhooge, « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement » (2001) 38 Am. Bus. L.J. 475 aux pp. 549-550; D.M. McRae, « Trade and Environment : Competition, Cooperation or Confusion? » (2003) 41 Alta. L. Rev. 745 à la p. 759. Voir aussi C. Lévesque, « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international » (2003) 33 R.G.D. 39; T.J. Weiler, « Interpreting Substantive Obligations in Relation to Health and Safety Issues » dans *NAFTA Investment Law and Arbitration*, *supra* note 790, 107. La doctrine s'est surtout attardée à l'étude de cette problématique sous l'angle du contenu des règles de fond concernant la norme minimale de traitement et l'expropriation indirecte, mais il nous semble que l'angle du champ d'application du chapitre 11 et de la notion de mesure « concernant » un investissement soit tout aussi important, voire plus porteur.

On a vu que dans l'affaire *Ethyl Corporation*, une loi fédérale qui avait interdit l'exportation et le commerce interprovincial d'un additif pour essence, le MMT, pour des motifs sanitaires et environnementaux, avait fait l'objet d'une plainte de la part d'un investisseur américain en vertu du chapitre 11. Le tribunal arbitral s'est déclaré compétent, mais ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si cette mesure législative d'application générale et prise dans l'intérêt public constituait réellement une mesure « concernant » un investisseur ou son investissement. Le Canada avait pourtant soulevé cette objection à la compétence du tribunal, mais ce dernier a jugé qu'il avait juridiction sur la plainte, sans se prononcer sur la question, et le Canada a préféré mettre un terme au litige par un règlement amiable[865]. Le tribunal arbitral ne s'est donc pas prononcé sur la question de savoir si la mesure sanitaire ou environnementale d'ordre général d'un État hôte, visant à interdire une substance, constituait une mesure « concernant » un investisseur étranger ou son entreprise produisant cette substance.

La question s'est à nouveau posée dans une affaire subséquente, *Methanex Corporation* c. *États-Unis*[866], mettant cette fois en cause une série de mesures californiennes visant à interdire le commerce et l'utilisation d'un autre additif pour essence, le MTBE, pour des motifs sanitaires et environnementaux. Une société canadienne, spécialisée dans la production et la vente de méthanol et propriétaire de sociétés oeuvrant dans le même domaine sur le territoire américain, a porté plainte contre les États-Unis en vertu du chapitre 11. Le méthanol est un ingrédient entrant dans la composition du MTBE, mais l'investisseur canadien n'en produisait pas; il destinait cependant un tiers de sa production de méthanol à la production de MTBE. Le tribunal arbitral a éclairci la portée exacte du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, en jugeant que pour constituer une mesure « concernant » un investisseur ou un investissement, un lien juridiquement significatif était nécessaire entre la mesure et l'investisseur ou l'investissement[867]. En l'espèce, le tribunal a décliné juridiction au motif qu'il n'y avait

---

[865] *Ethyl Corporation* c. *Canada (Sentence sur la compétence)*, *supra* note 845 aux paragr. 62-64.
[866] *Methanex Corporation* c. *États-Unis (Sentence sur la compétence)* (2002), (CNUDCI), (Arbitres : V.V. Veeder, W. Rowley, W. Christopher), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).
[867] *« We decide that the phrase "relating to" in Article 1101(1) NAFTA signifies something more than the mere effect of a measure on an investor or an investment and that it requires a legally significant connection between them. » Ibid.* au paragr. 147.

pas de lien juridiquement significatif entre les mesures alléguées, l'investisseur canadien et le méthanol, puisque les mesures visaient le MTBE et non le méthanol[868]. Contrairement à Ethyl Corporation, Methanex Corporation ne produisait pas la substance directement visée par l'interdiction. L'interprétation stricte du tribunal arbitral est favorable à la préservation de la souveraineté étatique; la mesure qui ne fait qu'affecter un investisseur ou un investissement étranger ne peut, de ce simple fait, fonder une plainte contre un État hôte en vertu du chapitre 11. La porte n'est donc pas ouverte à tous les recours.

Une troisième affaire mettait en cause cette question. Dans *Crompton Corp.* c. *Canada*[869], une société américaine spécialisée dans la fabrication de produits chimiques, dont entre autres des traitements pour semences, avait signifié son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage en raison du bannissement progressif par les autorités fédérales canadiennes des produits à base de lindane dans la culture du canola. Cette plainte est d'autant plus choquante que ce type de produit était déjà banni dans l'État d'origine de l'investisseur étranger, ce qui signifie que ce dernier cherchait à obtenir une réparation de l'ordre de 100 millions de dollars américains en raison de l'adoption d'une mesure sanitaire et phytosanitaire d'application générale qui existait déjà dans son propre État de nationalité. L'investisseur étranger n'a finalement jamais soumis sa plainte à l'arbitrage et son recours est maintenant prescrit.

Dans l'affaire *Kenex Ltd.* c. *États-Unis*[870], c'est le bannissement des produits alimentaires et huiles à base de chanvre décrété par les autorités fédérales américaines, dans le cadre de leur politique de lutte contre la drogue, qui fait l'objet d'une plainte de la part d'une société canadienne spécialisée dans la fabrication et la distribution de ce type de produit. La société Kenex Ltd. réclame 20 millions de dollars américains en réparation

---

[868] *Ibid.* aux paragr. 150 et 154. Le tribunal arbitral a cependant invité l'investisseur canadien a soumettre une nouvelle plainte et à produire de nouvelles preuves au motif qu'il aurait juridiction si l'allégation de protectionnisme visait spécifiquement les producteurs de méthanol étrangers, ce qui établirait un lien juridiquement significatif.

[869] *Crompton Corp.* c. *Canada*, « Notification d'intention par Crompton Corp » (6 novembre 2001), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/CROMPTON-CORP.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

[870] *Kenex Ltd.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Kenex Ltd. » (2 août 2002) (CNUDCI), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/13204.pdf> (date d'accès : 4 octobre 2004).

des dommages subis par cette interdiction, qui violerait selon elle les règles de fond du chapitre 11. Cette affaire illustre à nouveau la portée potentiellement très large des plaintes pouvant être portées en vertu du chapitre 11, allant même jusqu'à toucher le pouvoir de police et de protection de la santé humaine des États hôtes.

Ces affaires font ressortir la problématique du choc entre une mesure prise dans l'intérêt public, comme une mesure sanitaire ou phytosanitaire ou encore une mesure environnementale, et la protection accordée aux investisseurs étrangers. Cela démontre la différence fondamentale entre le régime macroéconomique applicable à la libéralisation des échanges commerciaux et le régime microéconomique applicable à la libéralisation des investissements étrangers directs. Dans le premier cas, les exceptions de l'article XX du *GATT de 1994* sont applicables, permettant à un État de justifier l'adoption de telles mesures sans engager sa responsabilité internationale; dans le deuxième cas, aucune exception de la sorte ne semble s'appliquer, ce qui pourrait signifier que le même État pourrait néanmoins engager sa responsabilité internationale en raison du dommage causé à un investisseur étranger du fait de la même mesure[871].

Le tribunal arbitral a abordé cette question importante dans l'affaire *S.D. Myers Inc.* c. *Canada*[872]. Il a dégagé le principe selon lequel les obligations prévues par les différents chapitres de l'*ALÉNA* étaient cumulatives, à moins d'incompatibilité, pour ensuite affirmer qu'une mesure qui violerait le chapitre 3 (sur la libéralisation du commerce des produits), mais qui serait justifiée par une exception, serait alors immunisée face aux réclamations en vertu du chapitre 11. En l'espèce, les mesures visées par la plainte de l'investisseur étranger n'étaient pas justifiées par ces exceptions. Cette interprétation louable est respectueuse de la souveraineté étatique et s'attache à coordonner l'application concurrente des régimes macroéconomique et microéconomique de l'*ALÉNA*; elle illustre aussi les avantages de voir le domaine de l'investissement étranger être traité aux côtés de celui de la libéralisation du commerce des produits et des services et de ses exception. Cependant, l'analyse du tribunal arbitral ne semble pas concluante sur la question, qui devrait être fouillée davantage. Quel aurait été le résultat de cette interprétation dans l'affaire *Ethyl Corporation* si une sentence sur le fond avait

---

[871] Voir l'*ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2101.
[872] *S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Première sentence sur le fond)*, *supra* note 834 aux paragr. 294 et 298.

été rendue? Cette question apparaît devoir devenir l'une des plus porteuses et controversées entourant le nouveau droit international de l'investissement étranger.

—Inclusion des décisions judiciaires dans la notion de « mesure »

Les jugements et autres décisions des tribunaux internes sont-ils des mesures au sens du chapitre 11 de l'*ALÉNA*? Peuvent-ils faire l'objet de plaintes pour violation de toutes ses règles de fond, ou sont-ils uniquement susceptibles de fonder une plainte pour violation de la norme de traitement minimale de la coutume internationale, concernant le déni de justice? La question s'est posée devant des tribunaux arbitraux, et les Parties contractantes ont vainement tenté de faire rejeter les plaintes au motif que les décisions judiciaires n'étaient pas des mesures. Elle s'est posée de manière particulièrement sensible aux États-Unis, car c'est surtout leur système judiciaire qui a fait l'objet de plaintes en vertu du chapitre 11; or la vertu proverbiale que ce pays confère à ses tribunaux internes montre bien que cela n'était certainement pas une hypothèse qu'il avait à l'esprit lors de la conclusion de l'*ALÉNA*[873].

L'*ALÉNA* définit la « mesure » comme étant « toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique »[874]; on a vu que les règles de fond du chapitre 11 de l'*ALÉNA* s'appliquent aux « mesures adoptées et maintenues par une Partie et concernant » les investisseurs d'une autre Partie ou leurs investissements[875]. L'hypothèse de la soumission d'une plainte à l'arbitrage concernant le jugement d'un tribunal interne d'une Partie contractante a été évoquée pour la première fois en *obiter dictum* par le tribunal arbitral dans l'affaire *Azinian* c. *Mexique*[876].

Dans cette affaire, le tribunal arbitral a rejeté la plainte soumise par des investisseurs américains contre le Mexique, pour violation d'un contrat de concession par une ville mexicaine. Cette ville avait résolu le contrat et tous les recours internes intentés par les investisseurs avaient été rejetés; après avoir jugé que les réclamations fondées sur

---

[873] Voir Lemaire, *supra* note 741 à la p. 88.
[874] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 201(1).
[875] *Ibid.* art. 1101(1).
[876] *Azinian* c. *Mexique* (1999), 5 I.C.S.I.D. Rep. 272, 14 I.C.S.I.D. Rev. 538, 39 I.L.M. 539 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : B.R. Civiletti, C. von Wobeser, J. Paulsson).

la seule violation d'un contrat de concession ne tombaient pas nécessairement sous la coupe du chapitre 11, le tribunal arbitral a affirmé que pour que celui-ci trouve application, la violation du contrat devait constituer une expropriation[877]. En l'espèce, les tribunaux internes mexicains ont confirmé à trois reprises que le contrat était invalide, ce qui a fait dire au tribunal arbitral qu'il ne pouvait pas y avoir eu expropriation[878]. Le tribunal arbitral a poursuivi, en *obiter dictum*, en affirmant que la seule façon d'attaquer le Mexique en vertu du chapitre 11 aurait été de contester ces jugements ou le droit des contrats mexicain sur la base duquel ils ont été rendus. Or la simple irrégularité d'un jugement interne ne suffirait pas elle seule à établir une violation du chapitre 11 : *« Even if the Claimants were to convince the Arbitral Tribunal that the Mexican courts were wrong with respect to the invalidity of the Concession Contract, this would not per se be conclusive as to a violation of NAFTA. More is required; the Claimants must show either a denial of justice, or a pretence of form to achieve an internationally unlawful end »*[879]. Le tribunal arbitral n'a malheureusement pas clairement fait le lien avec les règles de fond potentiellement interpellées par un tel litige, mais on peut supposer qu'il s'agit de la norme minimale de traitement de la coutume internationale, concernant le déni de justice.

La question de l'applicabilité du chapitre 11 aux décisions judiciaires s'est par la suite posée directement dans l'affaire *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis*, qui mettait en cause les agissements des tribunaux de l'État américain du Mississippi. Des sociétés appartenant à un investisseur canadien, spécialisées dans la fourniture de services funéraires, avaient été impliquées dans un litige commercial avec un concurrent américain devant les tribunaux de cet État. Un jugement a condamné les sociétés de l'investisseur canadien à verser 500 millions de dollars américains en dommages, dont 400 millions à titre de dommages punitifs; le procès aurait été teinté de racisme à l'endroit de l'investisseur étranger, et l'emphase y aurait été mise sur sa nationalité étrangère et sur son statut de grosse société, par opposition à l'entreprise familiale locale du concurrent américain. Les sociétés de l'investisseur canadien n'ont pu exercer leur droit d'appel devant la Cour suprême du Mississippi, car il leur était impossible de verser la caution de 625 millions de dollars américains qui était requise à cette fin (soit 125% des dommages

---

[877] *Ibid.* aux paragr. 87 et 91.
[878] *Ibid.* au paragr. 100.
[879] *Ibid.* au paragr. 99.

accordés); la Cour a en effet refusé de les soustraire à cette condition comme elle en avait le pouvoir. Pour éviter l'exécution forcée du jugement, le litige a finalement été réglé à l'amiable pour un montant de 175 millions de dollars américains. L'investisseur canadien et sa société canadienne impliquée dans le litige ont soumis une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

Le tribunal arbitral a décidé qu'un jugement était une « mesure » au sens de l'*ALÉNA*[880]. Il s'est notamment fondé sur l'approche du droit international contemporain et sur la définition large de « mesure » comprenant (en anglais) « *law, procedure, requirement* et *practice* », en soulignant que le jugement était entre autres inclus dans premier terme de cette définition, soit « *law* »; pourtant, la version française de l'*ALÉNA* parle de « législation », ce qui ne saurait par essence comprendre la décision judiciaire. En l'espèce, le jugement de première instance et l'exigence de la caution pour faire appel ont été considérés comme des « prescriptions » (« *requirements* ») au sens de l'*ALÉNA* et, partant, comme des « mesures », peu importe la nature publique ou privée du litige[881]. Le tribunal arbitral a cependant ajouté que les actes émanant de la branche judiciaire d'un État hôte n'étaient pas tous des « mesures adoptées ou maintenues » par une Partie, mais que les décisions judiciaires ayant valeur de précédent constituaient de telles mesures[882]. L'importante question de savoir si tous les recours internes devaient être épuisés pour qu'un jugement devienne une mesure « adoptée ou maintenue » a été laissée de côté pour être tranchée avec le fond du litige.

Cette question a mis en lumière la controverse entourant la véritable nature de la règle de l'épuisement des recours interne. Même s'il a affirmé qu'il s'agissait d'une règle de procédure[883], le raisonnement du tribunal laisse entendre qu'il s'agit en réalité d'une règle de fond, constitutive du fait internationalement illicite et de la responsabilité de l'État au regard du droit international public[884]. Ce dernier a en effet retenu l'argument des États-Unis voulant que lorsque la mesure visée par une plainte est une décision

---

[880] *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur la compétence)* (2001), 129 J.D.I. 217 au paragr. 40 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : A. Mason, L.Y. Fortier et A.J. Mikva), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/3921.pdf> (date d'accès : 6 octobre 2004).
[881] *Ibid.* aux paragr. 56 et 60.
[882] *Ibid.* aux paragr. 41 et 52.
[883] *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur le fond)*, *supra* note 806 au paragr. 149.
[884] *Ibid.* aux paragr. 154 et 156.

judiciaire, il faut aller jusqu'au bout du système judiciaire interne avant que la mesure ne soit « maintenue ou adoptée ». Le tribunal arbitral a interprété l'article 1121, concernant la renonciation à ses recours internes par l'investisseur étranger, comme n'ayant pas écarté la règle de l'épuisement des recours internes lorsque la mesure visée par une plainte est une décision judiciaire[885]. En l'espèce, même s'il a été d'avis que les agissements des tribunaux internes américains constituaient un déni de justice au sens de la coutume internationale et de l'article 1105 de l'*ALÉNA*, le tribunal arbitral a jugé que les plaignants n'avaient pas épuisé leurs recours internes, et par conséquent, qu'il n'y avait pas eu violation du droit international et que la responsabilité des États-Unis ne pouvait être engagée, faisant apparaître la nature substantive de la règle de l'épuisement des recours internes[886].

L'applicabilité du chapitre 11 de l'*ALÉNA* aux décisions judiciaires semble maintenant être acquise. Dans l'affaire *Mondev International Ltd.* c. *États-Unis*[887], la plainte d'un investisseur canadien suivant laquelle les tribunaux du Massachusetts avaient commis un déni de justice à son endroit n'a pas été contestée par les États-Unis à cet égard, et le tribunal arbitral ne s'est pas attardée à cette question de l'applicabilité du chapitre 11 aux décisions judiciaires, renvoyant implicitement à l'affaire *Loewen*.

La solution adoptée dans l'affaire *Loewen* est celle qui est la plus compatible avec le droit international de la responsabilité de l'État; la sentence sur le fond témoigne d'ailleurs de la préoccupation du tribunal arbitral de bien ancrer le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 dans le droit international public, plutôt que dans celui de l'arbitrage commercial international. Permettre qu'un jugement susceptible d'appel puisse faire l'objet d'une plainte en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* serait un

---

[885] *Ibid.* au paragr. 164.

[886] *Ibid.* aux paragr. 137 et 217. La plainte personnelle de l'investisseur canadien a été rejetée au fond pour ces motifs, mais celle de la société canadienne a finalement été rejetée pour défaut de juridiction, en raison du changement de nationalité qu'elle a subi pendant les procédures d'arbitrage, étant devenue une société américaine (*ibid.* au paragr. 225); *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Décision sur la requête des États-Unis pour une décision supplémentaire)* (2004), au paragr. 21 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : A. Mason, M. Mustill et A.J. Mikva), en ligne : Naftalaw.org <http://www.naftalaw.org> (date d'accès : 6 octobre 2004).

[887] *Mondev International Ltd.* c. *États-Unis* (2002), 6 I.C.S.I.D. Rep. 192, 42 I.L.M. 85 aux paragr. 96-97 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : N. Stephen, J. Crawford, S.M. Schwebel), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf> (date d'accès : 6 octobre 2004).

télescopage inadmissible du processus judiciaire, à l'instar de la plainte portée contre un projet de loi dans l'affaire *Ethyl Corporation*, qui constituait un télescopage inadmissible du processus législatif. La règle de la renonciation à tous ses recours internes par l'investisseur étranger, prévue par l'article 1121 de l'*ALÉNA*, traduit donc un rejet de la règle de l'épuisement des recours internes, sauf lorsque la mesure faisant l'objet de la plainte est une décision judiciaire. Seule la décision finale du système judiciaire d'une Partie contractante équivaut à une « mesure maintenue ou adoptée » par celle-ci, mais les règles coutumières sur l'impossibilité de poursuivre ses recours internes trouvent toujours application.

—Portée potentielle du régime applicable au stade pré-investissement

Au vu des notifications d'intention et des plaintes déposées en vertu du chapitre 11 jusqu'à maintenant, il apparaît que ce sont surtout les investissements étrangers réalisés qui sont à la source des différends avec un État hôte, par opposition aux tentatives de réalisation de tels investissements. C'est donc davantage le régime de protection des investissements, applicable au stade post-investissement, que celui de promotion des investissements, applicable au stade pré-investissement, qui a été invoqué jusqu'à présent[888]. L'affaire *Sun Belt Water* c. *Canada*[889] illustre les possibilités qu'offre le régime applicable au stade pré-investissement aux investisseurs étrangers, pour faciliter leur accès aux opportunités d'investissement dans la zone de libre-échange nord-américaine[890].

La société américaine Sun Belt Water avait été créée spécialement pour faire l'exportation massive d'eau douce de la Colombie-Britannique vers la Californie, en partenariat avec une société canadienne qui détenait un permis d'exportation d'eau

---

[888] Il faut rappeler que le chapitre 11 de l'*ALÉNA* définit l'investisseur d'une Partie comme une « Partie ou une entreprise d'État de cette Partie, ou un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement » [Nous soulignons]. *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1139.

[889] *Sun Belt Water* c. *Canada*, « Notification d'intention par Sun Belt Water » (27 novembre 1998), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Sunbelt.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

[890] Antonio Parra a souligné avec raison la portée particulièrement grande du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte, au vu des règles de fond concernant la phase pré-investissement qui sont prévues dans plusieurs traités bilatéraux d'investissement ainsi que dans l'*ALÉNA*. Parra, *supra* note 677 à la p. 360. Voir aussi Lemaire, *supra* note 741 à la p. 59.

délivré en conformité avec la législation de cette province. La Colombie-Britannique a par la suite imposé un moratoire permanent sur l'exportation de son eau douce et sur tous les permis émis, à l'exception du permis accordé à une autre société canadienne. Dans sa notification initiale, l'investisseur étranger réclamait 468 millions de dollars américains à titre de dommages pour pertes de profits escomptés suite à la violation du chapitre 11 au stade pré-investissement. Dans un document soumis subséquemment[891], la réclamation passe à 1,5 milliards de dollars américains en plus d'exiger l'émission du permis d'exportation, ou encore 10,5 milliards de dollars américains en cas de refus d'émettre le permis, tout cela sans que l'investissement n'ait été réalisé. La nature de ce second document est mystérieuse; le gouvernement du Canada ne mentionne pas son existence, mais il est disponible dans une source privée. Il n'est pas clair si l'affaire est devenue caduque ou si elle est toujours pendante : si ledit document n'est qu'une modification à la notification d'intention initiale, ou d'une soumission à l'arbitrage ratée, la plainte serait caduque parce que plus de trois ans se sont écoulés depuis les évènements à son origine[892]; s'il s'agit plutôt d'une soumission de la plainte à l'arbitrage valide suivant le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, la plainte pourrait être toujours pendante et dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral[893].

Cette affaire hautement controversée pose d'abord la question de savoir si le régime pré-investissement du chapitre 11 protège l'accès des investisseurs étrangers des États-Unis ou du Mexique aux immenses ressources canadiennes en eau douce. Il faut rappeler que ce régime signifie que la norme du traitement national, tout comme l'ensemble des règles de fond du chapitre 11, doivent être appliquées à l'accès aux ressources naturelles des Parties contractantes, sous réserve des exceptions et réserves inscrites dans l'*ALÉNA*. Considérant la forte susceptibilité qu'éprouvent traditionnellement les États à l'égard du contrôle de leurs ressources naturelles, vu

---

[891] *Sun Belt Water* c. *Canada*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Sun Belt Water » (12 octobre 1999) (CNUDCI), en ligne : Naftalaw.org <http://www.naftalaw.org/> (date d'accès : 30 septembre 2004).
[892] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1116(2) et 1117(2).
[893] La prescription de trois ans prévue par l'*ALÉNA* ne s'applique pas une fois la plainte soumise à l'arbitrage. Le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* ne semble pas prévoir de délai de prescription pour la constitution d'un tribunal arbitral, une fois émis le consentement des parties à l'arbitrage.

comme un attribut même de la souveraineté, le caractère très sensible de la question apparaît clairement[894].

Par ailleurs, les questions de l'identification de l'investissement et de la détermination des dommages semblent devenir très difficiles à ce stade du processus de l'investissement étranger.

Cette affaire serait-elle le meilleur argument contre l'application des régimes internationaux de protection des investissements au stade pré-investissement, particulièrement dans le domaine des ressources naturelles[895]? L'investissement apparaît ici bien incertain et le préjudice matériel bien spéculatif, comme en témoignent les dommages astronomiques réclamés par Sun Belt Water. Il est permis de penser qu'une issue favorable à l'investisseur étranger dans l'affaire *Sun Belt Water* aurait eu pour répercussion de déclencher un regain d'intérêt pour le régime pré-investissement du chapitre 11 chez les investisseurs potentiels du continent nord-américain.

—Portée de la notion d'« investissement »

On a vu que la notion conventionnelle d'investissement étranger direct et celle coutumière de la personne et des biens étrangers se recoupaient largement[896]. Certaines plaintes mettent cependant en question les limites de ce recoupement et font apparaître la différence essentielle qui sépare ces notions : l'investissement a une fonction économique, tandis que la personne et les biens étrangers protégés par la coutume internationale le sont en raison de leur caractère étranger. Deux affaires mettant en cause l'expropriation de résidences secondaires appartenant à des ressortissants américains par les autorités mexicaines ont fait l'objet de plaintes en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Dans l'affaire *Frank* c. *Mexique*[897], un ressortissant américain porte plainte en raison de la saisie de sa propriété en front de mer par les autorités fédérales mexicaines; il allègue que celle-ci était destinée à l'usage de sa clientèle. Dans l'affaire *Adams* c. *Mexique*[898], plus

---

[894] Voir par ex. la résolution de l'Assemblé générale des Nations Unies sur la *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, *supra* note 707.

[895] On verra que cette question a été au cœur du dénouement des négociations ayant permis l'adoption du *Traité sur la Charte de l'énergie*, premier traité multilatéral sur les investissements, les États-Unis s'étant retiré du projet lorsque les États sont convenus de ne pas prévoir d'obligations juridiquement contraignantes au stade pré-investissement. Voir la partie 2.3.3 c), ci-dessous, pour une discussion sur ce traité.

de 150 ressortissants américains portent plainte en raison de la saisie de leur résidence secondaire par les autorités fédérales mexicaines; ils allèguent avoir acquis leur propriété à des fins de location et de spéculation.

Pour être un investissement, l'*ALÉNA* exige qu'il s'agisse de « biens immobiliers utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales »[899]. La simple allégation d'usage à destination de sa clientèle dans l'affaire *Frank* ne semble pas passer la rampe : il serait surprenant qu'une telle acquisition immobilière de nature purement privée soit considérée comme ayant des fins économiques ou commerciales. Le même raisonnement semble devoir s'appliquer à la spéculation immobilière et la location de sa propre résidence secondaire alléguées dans l'affaire *Adams*. Bien que ces causes pourraient être bien fondées au regard de la coutume internationale, concernant la protection de la personne et des biens étrangers, il semble que le véhicule approprié pour le règlement de ces différends soit la protection diplomatique classique de l'État de nationalité de ces ressortissants étrangers.

—Soumission d'une plainte par un résident permanent d'une Partie contractante

La définition de « ressortissant » désigne dans l'*ALÉNA* tant le citoyen que le résident permanent d'une Partie contractante[900]. Le fait qu'un investisseur soit un résident permanent d'un État hôte ne l'empêche pas de soumettre une plainte à l'arbitrage contre celui-ci en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, dans la mesure où il est un citoyen ou un résident permanent d'une autre Partie contractante. Dans l'affaire *Feldman* c. *Mexique*[901], le Mexique avait contesté la compétence du tribunal arbitral au motif que l'investisseur

---

[896] Voir *supra* la note 680 et le texte correspondant.
[897] *Frank* c. *Mexique*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Robert J. Frank » (12 août 2002) (CNUDCI), en ligne : Naftalaw.org <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/NoticeofArbitration1.pdf> (date d'accès : 4 octobre 2004).
[898] *Adams* c. *Mexique*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Billy Joe Adams *et al.* » (16 février 2001) (CNUDCI), en ligne : Naftalaw.org <http://www.international-economic-law.org/Mexicans/Adams%20et%20al%20and%20Mexico%20%20-%20Notice%20of%20Arbitration.PDF> (date d'accès : 4 octobre 2004).
[899] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1139.
[900] *Ibid.* art. 201(1).
[901] *Feldman* c. *Mexique (Sentence sur la compétence)* (2000), 18 I.C.S.I.D. Rev. 469 aux paragr. 30-35 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : J. Covarrubias Bravo, D.A. Gantz, K.D. Kerameus), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-en.PDF> (date d'accès : 4 octobre 2004).

américain plaignant avait le statut de résident permanent mexicain, mais le tribunal arbitral a rejeté cet argument, en affirmant que seule compte la nationalité au regard du droit international public. Il a ajouté que le chapitre 11 devait être compris comme signifiant que les nationaux et les résidents permanents d'un État ont le droit de porter plainte contre un autre État, et que cette extension de la théorie de la protection diplomatique opérée par l'*ALÉNA* visait à protéger le résident permanent d'un État A qui investit dans un État B.

Qu'en est-il de la situation où le résident permanent de l'État A est également un citoyen de l'État B où il a investi? L'investisseur pourrait-il porter plainte contre l'État B, son État de nationalité, parce qu'il est un résident permanent de l'État A? Le chapitre 11 de l'*ALÉNA* a-t-il eu pour effet de modifier la règle fondamentale du droit international général suivant laquelle, sous réserve de la double nationalité, un État ne peut engager sa responsabilité internationale à l'égard de ses propres nationaux? Dans l'affirmative, les résidents permanents d'un État se trouveraient dans une situation plus avantageuse que ses nationaux : le résident permanent de l'État A pourrait porter plainte contre l'État A et l'État B, tandis que le national de l'État A pourrait uniquement porter plainte contre l'État B. N'y aurait-il pas là un déséquilibre entre les droits et les obligations des résidents permanents, caractéristique de la mondialisation néolibérale qui accorde des droits aux investisseurs étrangers sans jamais ne les astreindre à des obligations? Le lien du national avec son État de nationalité n'est-il pas fait de droits et d'obligations, par exemple au plan du service militaire? Lorsque poussée à l'extrême, les failles d'une telle hypothèse apparaissent plus clairement. Dans la mesure où le résident permanent de l'État A aurait porté plainte contre son État de nationalité B, et que le tribunal arbitral aurait condamné l'État B à payer des dommages à cet investisseur, qu'arriverait-il si l'État B refusait d'exécuter la sentence arbitrale? Le litige pourrait alors se transposer au plan interétatique et opposerait l'État de nationalité B à l'État de résidence permanente A. Imaginerait-on un État de nationalité se faire imposer des contre-mesures par un État étranger en raison du refus d'exécuter ses obligations internationales concernant les investissements étrangers à l'égard de ses propres ressortissants?

En suivant le raisonnement dans l'affaire *Feldman*, il semble qu'un État visé par la plainte de son propre citoyen pourrait validement lui opposer sa nationalité pour faire

rejeter la plainte. Le point de départ du nouveau droit de l'investissement étranger direct demeure la théorie de la protection diplomatique; ce nouveau droit ne vise pas à exposer un État aux plaintes de ses nationaux, mais plutôt à faciliter le règlement des différends mettant ceux-ci aux prises avec d'autres États[902]. La reconnaissance du droit de porter plainte des résidents permanents viserait donc plutôt à ne pas laisser sur le carreau les résidents permanents des Parties contractantes dont l'État de nationalité serait un pays tiers, afin de leur permettre de participer pleinement à la vie économique dans la zone de libre-échange nord-américaine.

### *(ii) Problèmes posés par l'action des Parties contractantes : le recours aux soupapes du chapitre 11 de l'ALÉNA*

Ce vaste champ d'application du chapitre 11, couplé à l'interprétation large donnée à ses normes substantives par les tribunaux arbitraux, a eu pour effet de lui donner une portée qui inquiète les Parties contractantes. Si le régime post-investissement est le plus souvent invoqué par les investisseurs étrangers, deux dispositions retiennent surtout l'attention en raison de leur portée et de leur invocation systématique par ceux-ci : il s'agit de la norme minimale de traitement conforme au droit international et de celle de protection contre l'expropriation, prévues respectivement aux articles 1105 et 1110 de l'*ALÉNA*. Le cœur de la controverse réside dans le caractère flou et incertain des limites de ces normes de protection ainsi que dans l'interprétation très extensive qu'ont développée certains tribunaux arbitraux. La question fondamentale qui s'est posée et qui divise les tribunaux arbitraux est celle de savoir si ces normes de protection recouvrent exactement les normes de protection prévues par la coutume internationale ou si l'*ALÉNA* a eu pour effet d'en étendre la portée pour ses fins.

La question est particulièrement aiguë en ce qui concerne la norme minimale de traitement conforme au droit international, en raison de son caractère très large. Même si elle ne doit couvrir que le droit international coutumier, comme l'on rappelé les Parties contractantes dans leurs *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*,

---

[902] Voir aussi l'affaire *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur le fond)*, *supra* note 806 au paragr. 223.

ce renvoi apparaît déjà extrêmement important. Il signifie en effet que, en vertu du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11, des personnes privées se voient reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité de l'État directement auprès d'une instance internationale, pour violation de la coutume internationale concernant le traitement de la personne et des biens étrangers.

Les Parties sont donc inquiètes des proportions que prend le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, ainsi que de la portée du droit de porter plainte qui a été accordé aux investisseurs étrangers de la zone de libre-échange nord-américaine. Cela les a amenées à recourir à quatre reprises jusqu'à maintenant à certaines soupapes, à certains moyens que leur offre le chapitre 11 pour en limiter la portée. Ceux-ci sont la requête en annulation de la sentence arbitrale devant les tribunaux internes du lieu du for, l'adoption par la Commission du libre-échange d'une interprétation obligatoire de l'*ALÉNA*, et enfin le refus par l'État hôte de respecter la sentence arbitrale, qui aurait pour effet d'interétatiser le différend avec l'État de nationalité de l'investisseur et interpellerait le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*[903]. Pour le moment, seuls les deux premiers moyens ont été utilisés.

Ces moyens marquent la limite de la renonciation à leur souveraineté par les Parties contractantes, et inversement, la limite des droits reconnus aux personnes privées dans la mise en œuvre du nouveau droit international de l'investissement étranger direct. Comme on le verra, la crédibilité du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 risque d'être mise à mal aux yeux des investisseurs étrangers — et même des arbitres — si les Parties contractantes abusent de ces moyens. En définitive, c'est la primauté du droit dans les relations internationales économiques qui est en jeu. On peut penser qu'un trop grand recours à ces moyens, en cas de décision défavorable à la partie étatique, pourrait à terme condamner à la désuétude les mécanismes de règlement des différends internationaux auxquels les personnes privées ont un accès direct à titre de plaignant. Néanmoins, cela n'est pas si certain puisque ces derniers auraient en dernière analyse le choix entre un accès direct plus ou moins crédible à la justice internationale, pour assurer

---

[903] Ce troisième moyen n'est pas licite et relève plutôt du politique. Sur la controverse doctrinale à cet égard concernant le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, voir *supra* la note 382 et le texte correspondant.

la mise en œuvre du droit international, ou un accès indirect incertain par le truchement de leur État de nationalité, au moyen de la protection diplomatique. Reste qu'avec l'importance des coûts qu'impliquent un tel recours, les investisseurs risquent d'être beaucoup moins tentés de recourir aux mécanismes de règlement des différends auxquels ils ont un accès direct, si la partie étatique recourt trop souvent à ces soupapes.

—Requête en annulation de la sentence arbitrale devant les tribunaux du lieu du for

Le recours en annulation d'une sentence rendue par un tribunal arbitral est classique en matière d'arbitrage commercial international et est habituellement prévu dans la législation du lieu du for, à l'exception notable des arbitrages institués sous les auspices de la *Convention CIRDI*, qui ne le permet pas[904]. Il semble devoir s'expliquer par le fait que les États n'entendent pas renoncer aveuglément à leur souveraineté judiciaire sur les différends portés en arbitrage commercial international, aussi tiennent-ils à ce que la sentence rendue soit juste et respecte l'ordre public du lieu du for, conformément au règlement d'arbitrage applicable.

Dans l'affaire *Metalclad Corporation* c. *Mexique*[905], la requête en annulation de la sentence arbitrale présentée par le gouvernement mexicain a été partiellement accueillie par la Cour suprême de Colombie-Britannique, province canadienne où l'arbitrage avait eu lieu[906]. Le tribunal arbitral avait condamné le Mexique à verser 17 millions de dollars américains en dommages à la société plaignante Metalclad Corporation, pour violation de la norme minimale de traitement conforme au droit international et pour expropriation

---

[904] Voir par ex. le *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 946.4-946.5, 947-947.4; *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985 (2ème supp.), c. 17, art. 5 et annexe, art. 34. La *Convention CIRDI* isole complètement le processus arbitral par rapport aux tribunaux internes du lieu du for, mais la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une demande en interprétation ou en révision par le tribunal arbitral initial, ou encore d'une demande en annulation auprès d'un comité *ad hoc* constitué aux termes de la *Convention*. Puisque le Canada et le Mexique ne sont pas parties à la *Convention CIRDI*, aucun arbitrage ne peut être entrepris sous ses auspices en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 50-54. Voir aussi la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, *supra* note 823, art. V.

[905] *Metalclad Corporation* c. *Mexique* (2000), 5 I.C.S.I.D. Rep. 212, 16 I.C.S.I.D. Rev. 168, 40 I.L.M. 36, 129 J.D.I. 233 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : E. Lauterpacht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004).

[906] *Mexique* c. *Metalclad Corporation*, [2001] B.C.S.C. 664, 5 I.C.S.I.D. Rep. 238 (C.S. C.-B.), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad_reasons_for_judgment.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004).

sans indemnisation. Metalclad Corporation, une société américaine, avait fait l'acquisition d'un terrain au Mexique en vue d'y construire et d'y opérer un site d'enfouissement de déchets dangereux; alors que les autorités fédérales mexicaines l'avaient assurée que tous les permis requis avaient été obtenus, le projet souleva l'opposition de la population locale, de la municipalité et de l'entité fédérée où le site était situé. Les autorités municipales émirent un avis de cessation des travaux de construction en raison de l'absence d'un permis municipal et refusèrent par la suite de l'accorder à l'investisseur, tandis que le gouvernement de l'entité fédérée décréta ultérieurement la création d'une réserve naturelle sur les lieux où était situé le terrain.

Le tribunal arbitral estima d'une part que le Mexique avait violé la norme minimale de traitement conforme au droit international prévue par l'article 1105 de l'*ALÉNA*, car celle-ci comporterait un norme de transparence dans l'exercice de la puissance étatique, en ce qui a trait aux exigences réglementaires relatives à l'établissement et à l'opération d'un investissement étranger, imposant un véritable devoir d'information aux États hôtes[907]. En outre, le processus ayant conduit au refus du permis de construction était inique selon le tribunal. D'autre part, le tribunal arbitral adopta une interprétation très large de la notion de « mesure équivalant à l'expropriation », pour juger que le refus du permis de construction ainsi que l'opposition de la municipalité à l'opération du site d'enfouissement suffisaient à eux seuls à établir une violation de l'article 1110 de l'*ALÉNA*, protégeant les investisseurs étrangers contre l'expropriation sans indemnisation[908]. La création de la réserve naturelle ne constituait pas un facteur nécessaire à la détermination de l'expropriation selon le tribunal, mais plutôt un facteur additionnel.

Le Mexique présenta une requête en annulation auprès de la Cour suprême de Colombie-Britannique en vertu de la loi régissant les arbitrages internationaux dans cette province; cette dernière permet entre autres à la Cour d'examiner si le tribunal arbitral a outrepassé sa juridiction en dépassant le cadre de la plainte dont il a été saisi. La Cour suprême de la province a annulé la sentence en ce qui concerne la violation de la norme minimale de traitement conforme au droit international. Le juge a estimé que l'article

---

[907] *Metalclad Corporation* c. *Mexique*, *supra* note 905 au paragr. 76.
[908] *Ibid.* aux paragr. 103-104, 107 et 109.

1105 vise exclusivement la norme de traitement prévue par la coutume internationale et a expressément rejeté l'interprétation suivant laquelle la norme visée par l'*ALÉNA* est plus large, comme l'avaient également soutenu le tribunal arbitral dans l'affaire *Pope & Talbot Inc* et l'arbitre dissident dans l'affaire *S.D. Myers Inc*[909]. Le juge a ensuite décidé qu'une telle norme de transparence n'existe pas dans la coutume internationale, et par conséquent, que le tribunal arbitral avait outrepassé sa juridiction en interprétant de manière trop large l'article 1105.

La Cour a également annulé la conclusion du tribunal arbitral suivant laquelle le refus de la municipalité d'octroyer le permis de construction, ainsi que son opposition au projet de Metalclad Corporation, suffisaient à établir une expropriation au sens de l'article 1110[910]. Le juge a relevé le caractère équivoque de la sentence quant à la différence entre une expropriation indirecte et une mesure équivalant à l'expropriation, ainsi que le fait que le tribunal arbitral s'était référé à la violation de la supposée norme de transparence pour conclure à l'expropriation. Il a néanmoins maintenu la sentence, mais en se fondant plutôt sur la création de la réserve naturelle pour conclure qu'il y avait eu expropriation en violation de l'article 1110, estimant que le tribunal arbitral avait tiré cette conclusion en *obiter dictum*[911]. Les dommages demeuraient donc identiques, puisqu'ils étaient fondés sur l'expropriation, mais les intérêts dus entre le refus d'octroyer le permis et la création de la réserve naturelle ont été annulés par le juge.

Les deux parties ont décidé de porter ce jugement en appel devant la Cour d'appel de Colombie-britannique, pour finalement abandonner les procédures, probablement en raison de la volte-face du juge de première instance. De manière assez étonnante, le juge de première instance a en effet rendu un jugement supplémentaire dans lequel il a reconnu, de son propre chef, son erreur de ne pas avoir renvoyé l'affaire au tribunal arbitral initial, afin que celui-ci puisse déterminer s'il y avait eu expropriation avant la

---

[909] *Mexique* c. *Metalclad Corporation*, *supra* note 906 au paragr. 65 et 69. Voir les affaires *Pope & Talbot Inc.* c. *Canada (Deuxième sentence sur le fond)* (2001), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Award_Merits-e.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004) au paragr. 111 (CNUDCI), (Arbitres : Lord Devaird, B.J. Greenberg, M.J. Belman); *S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Opinion séparée de l'arbitre Bryan Schwartz)* (2000), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Swartz.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004) aux paragr. 256-257 (CNUDCI).

[910] *Mexique* c. *Metalclad Corporation*, *ibid.* aux paragr. 77-79.

[911] *Ibid.* au paragr. 135.

création de la réserve naturelle; la question était pertinente pour déterminer la date à partir de laquelle les intérêts devaient être calculés sur les dommages[912]. Cette décision, qui laisse paraître une certaine insécurité de la part du juge face à la controverse entourant son jugement, contribue à miner davantage la crédibilité du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11.

L'affaire *Metalclad Corporation* illustre la problématique de la coopération entre la justice arbitrale internationale et l'ordre judiciaire interne. Dans quelle mesure la Cour suprême de Colombie-britannique n'a-t-elle pas exercé une véritable juridiction d'appel sur le tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, puisqu'elle a renversé des conclusions de fond de ce dernier? Ces délais et ce renversement des conclusions du tribunal arbitral minent la crédibilité du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11. On peut s'interroger sur le maintien des avantages de l'arbitrage international si les sentences arbitrales peuvent ainsi être soumises au contrôle judiciaire des tribunaux internes.

Il semble cependant que les avantages de l'arbitrage international soient globalement préservés. D'une part, la soumission au contrôle judiciaire du lieu du for participe de l'arbitrage commercial international depuis toujours, à l'exception notable de la *Convention CIRDI*. D'autre part, ce ne sont pas nécessairement les tribunaux judiciaires de l'État hôte mais bien ceux de l'État où a eu lieu l'arbitrage qui exercent le contrôle judiciaire, ce qui devrait encourager les parties à situer l'arbitrage dans un État tiers, préservant ainsi dans une certaine mesure la délocalisation du différend.

La crédibilité du mécanisme du chapitre 11 pourrait cependant souffrir d'une telle situation, car dans quelle mesure l'interprétation de la coutume internationale faite par le juge d'un tribunal interne de première instance peut-elle valablement supplanter celle faite par un tribunal arbitral international présidé par un internationaliste réputé, en l'occurrence Elihu Lauterpacht? Dans ce contexte, il semble que la question de savoir si

---

[912] *Mexique* c. *Metalclad Corporation (Jugement supplémentaire)*, [2001] B.C.S.C. 1529, 6 I.C.S.I.D. Rep. 53 (C.S. C.-B.), en ligne : CIRDI <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb%2Dtxt/sc/01/15/2001bcsc1529.htm> (date d'accès : 12 octobre 2004).

un recours en appel des sentences arbitrales auprès d'une instance internationale ne devrait pas être prévu mérite d'être posée[913].

Les requêtes en annulation de sentence arbitrale déposées par la partie étatique ne connaissent cependant pas toutes le même succès que dans l'affaire *Metalclad Corporation*. Dans les deux autres affaires où une telle requête a été déposée jusqu'à maintenant, le tribunal du lieu du for a maintenu la sentence arbitrale intégralement. Dans l'affaire *S.D. Myers Inc.*, le tribunal arbitral avait conclu à la violation par le Canada de la norme du traitement national ainsi que de la norme minimale de traitement conforme au droit international, prévues aux articles 1102 et 1105 de l'*ALÉNA*[914]. Certains aspects de cette décision étaient nettement favorables au respect de la souveraineté étatique, particulièrement en ce qui concerne les limites de la protection des investisseurs étrangers contre l'expropriation et l'articulation juridique entre les régimes macroéconomique et microéconomique de l'*ALÉNA*. La Cour fédérale du Canada a rejeté la demande de contrôle judiciaire du Canada, en refusant notamment d'examiner le fond du litige et — contrairement à la Cour suprême de Colombie-Britannique dans l'affaire *Metalclad Corporation* — l'interprétation de l'article 1105 faite par le tribunal arbitral, qui ne tenait pas compte des *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* adoptées entre sa sentence sur le fond et sa sentence sur les dommages[915].

Dans l'affaire *Feldman*, la Cour supérieure d'Ontario a également rejeté la demande d'annulation de la sentence arbitrale déposée par le Mexique, qui a choisi de porter ce jugement en appel auprès de la Cour d'appel d'Ontario[916].

La multiplication des requêtes en annulation lorsque les États hôtes sont en désaccord avec l'interprétation du traité faite par le tribunal arbitral risque fort de

---

[913] La question est désormais posée directement dans la doctrine. Voir par ex. W.H. Knull et N.D. Rubins, « Betting the Farm on International Arbitration : Is it Time to Offer an Appeal Option? » (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 531; D.M. Kolkey, « Attacking Arbitral Awards : Rights of Appeal and Review in International Arbitration » (1998) 22 Int'l Lawyer 693; M. Rubino-Sammartano, « An International Arbitral Court of Appeal as an Alternative to Long Attacks and Recognition Proceedings » (1989) 6 J. Int'l Arb. 181. Elle est également discutée au sein même du CIRDI. Voir *infra* la note 957 et le texte correspondant.

[914] *S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Première sentence sur le fond)*, *supra* note 834 aux paragr. 256, 268, 276, 288 et 298.

[915] *Canada (P.G.)* c. *S.D. Myers Inc.*, [2004] C.F. 38, aux paragr. 75-76.

[916] *Mexique* c. *Feldman* (3 décembre 2003), 03-CV-23500 (C.S. Ont.), en ligne : Institut canadien d'information juridique <http://www.canlii.org/on/cas/onsc/2003/2003onsc11923.html> (date d'accès : 13 octobre 2004).

discréditer le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11. Elle démontre à tout le moins le manque de confiance qu'ont les Parties contractantes envers celui-ci, et plus largement, que la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer leur responsabilité internationale a peut-être dépassé leurs intentions dans sa mise en œuvre. Elle suggère aussi que l'existence d'un organe d'appel des sentences arbitrales pourrait être un instrument indispensable à la reconnaissance en faveur des personnes privées du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État pour violation d'un traité.

—Adoption d'une interprétation obligatoire par la Commission du libre-échange

Le second moyen de limiter les effets de l'élargissement du droit de porter plainte ayant été utilisé par les Parties contractantes a été l'adoption par la Commission du libre-échange d'une interprétation obligatoire. L'article 1131(2) leur permet en effet d'adopter une interprétation d'une disposition de l'*ALÉNA*, au sein de cette Commission[917], qui lie obligatoirement les tribunaux arbitraux institués en vertu du chapitre 11. Ce mécanisme constitue une des limites de la juridictionnalisation du règlement des différends impliquant le chapitre 11, et il permet aux Parties contractantes de se concerter afin de rectifier ou d'orienter certaines interprétations adoptées, ou susceptibles de l'être, par les tribunaux arbitraux. L'exercice d'un tel pouvoir n'est cependant balisé ni par le texte du traité, ni par la pratique, ce qui entraîne maintenant certaines complications juridiques avec son utilisation récente.

Il faut rappeler qu'un tel mécanisme d'interprétation obligatoire est également prévu dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC[918]. On l'a aussi identifié comme étant l'une des limites du processus de juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux à l'OMC, puisqu'il donne le dernier mot au politique quant à l'interprétation à donner au texte des accords de l'OMC. La quasi-impossibilité de mettre en œuvre ce mécanisme a cependant été soulignée en raison de la nécessité d'obtenir le consentement de la majorité des trois quarts des membres de l'OMC, qui risquent fort de diverger sur l'interprétation à adopter, vu leur diversité et leur

[917] Sur la Commission du libre-échange, voir *supra* la note 575 et le texte correspondant.
[918] Voir *supra* la note 239 et le texte correspondant. Il faut souligner en revanche que le mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA* ne prévoit pas un tel mécanisme d'interprétation obligatoire.

grand nombre. Reste que le mécanisme de l'interprétation obligatoire existe déjà dans le droit de l'OMC et qu'il soulève les mêmes questions juridiques que celui du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Or, avec trois Parties contractantes, l'adoption d'une interprétation obligatoire de l'*ALÉNA* n'est plus illusoire et est devenue une réalité dans le contexte de l'affaire *Pope & Talbot Inc.*

Les Parties contractantes ont surtout voulu corriger l'interprétation de la norme minimale de traitement conforme au droit international faite par le tribunal arbitral dans cette affaire, qui impliquait la mise en œuvre par le gouvernement fédéral canadien de l'accord intervenu entre le Canada et les États-Unis au sujet des exportations de bois d'œuvre vers ces derniers. Conformément à l'accord, les exportateurs canadiens voyaient leur accès au marché américain restreint et conditionné par la détention d'un permis d'exportation passé un certain seuil d'exportation. La société américaine, qui possédait un investissement au Canada par lequel elle fabriquait et exportait du bois d'œuvre aux États-Unis, a porté plainte contre le Canada en vertu du chapitre 11. Le tribunal arbitral n'a finalement retenu que la violation de la norme minimale de traitement conforme au droit international pour tenir le Canada responsable des dommages encourus par la société Pope & Talbot Inc., en estimant que cette norme s'étendait au-delà de la protection offerte par la coutume internationale, contribuant à alimenter la controverse à cet égard[919]. Cette interprétation du tribunal arbitral a été adoptée malgré l'opposition des États-Unis — État de nationalité de l'investisseur — qui sont intervenus dans les procédures à cette fin. Le résultat net de cette interprétation large était donc d'étendre la protection accordée aux investisseurs étrangers au-delà de la coutume internationale, facilitant l'établissement d'une violation de l'article 1105 et la réclamation de dommages contre un État hôte.

L'évaluation des dommages devait être faite dans une sentence ultérieure par le tribunal arbitral, mais les Parties contractantes ont entre-temps décidé de « corriger » son interprétation de l'article 1105, afin de contrer la jurisprudence arbitrale qui était en train de se former, au moyen d'une interprétation obligatoire. La Commission du libre-échange

---

[919] *Pope & Talbot Inc.* c. *Canada (Deuxième sentence sur le fond)*, *supra* note 909 aux paragr. 111, 118 et 185. On a vu que dans l'affaire *Metalclad Corporation* c. *Mexique*, une interprétation semblable a été à l'origine de l'annulation partielle de la sentence arbitrale par la Cour suprême de Colombie-Britannique. Voir *supra* la note 906 et le texte correspondant.

a donc adopté des *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*[920], le 31 juillet 2001, dans lesquelles elles ont affirmé que la norme minimale de traitement conforme au droit international correspond uniquement à la protection accordée par le droit international coutumier, contrairement à la sentence que le tribunal arbitral venait de rendre le 10 avril 2001 dans l'affaire *Pope & Talbot Inc.* Le tribunal arbitral a donc dû se pencher sur les effets juridiques de ces *Notes d'interprétation* avant de pouvoir évaluer les dommages, si cela était toujours nécessaire.

Les questions juridiques posées par l'adoption de ces *Notes d'interprétation* sont, d'une part, celle de savoir s'il s'agit d'un exercice valide du pouvoir d'adopter des interprétations obligatoires, et d'autre part, celle de savoir dans quelle mesure une telle interprétation peut avoir des effets sur une cause pendante. Dans une sentence rendue le 31 mai 2002, le tribunal arbitral a répondu à ces questions en estimant d'abord qu'il était compétent pour examiner s'il s'agissait d'un exercice valide du pouvoir d'adopter des interprétations obligatoires ou s'il s'agissait plutôt d'une modification illégale du traité[921]. Sur un ton qui laisse poindre l'exaspération, le tribunal a affirmé dans un *obiter dictum* qu'il s'agit d'un exercice invalide de ce pouvoir et que l'on a bien affaire à une modification illégale de l'*ALÉNA*[922]. Il a poursuivi du même souffle pour juger que de telles interprétations obligatoires produisaient des effets juridiques à l'égard des causes pendantes, y compris sur les sentences partielles ayant déjà été rendues[923].

Ces conclusions du tribunal arbitral semblent avoir été prononcées en *obiter dictum*, puisqu'il en arrive à justifier sa conclusion initiale que l'article 1105 a été violé d'une manière compatible avec les *Notes d'interprétation*, en modifiant son raisonnement initial afin de se fonder cette fois-ci uniquement sur le droit international coutumier[924]. Il n'avait donc pas à se prononcer sur ces questions pour trancher le litige. On peut néanmoins s'interroger sur les motivations du tribunal pour s'être prononcé sur la légalité et les effets juridiques des *Notes d'interprétation*. Il semble ne pas avoir osé tirer les

---

[920] *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, *supra* note 816.
[921] *Pope & Talbot Inc.* c. *Canada (Sentence sur les dommages)* (2002), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/damage_award.pdf> (date d'accès : 13 octobre 2004) aux paragr. 23-24 (CNUDCI), (Arbitres : Lord Devaird, B.J. Greenberg, M.J. Belman).
[922] *Ibid.* au paragr. 47.
[923] *Ibid.* au paragr. 51.
[924] *Ibid.* au paragr. 69.

conséquences de sa conclusion grave voulant qu'elles soient invalides, tout en souhaitant manifestement marquer son plus profond mécontentement, voire provoquer une crise avec le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11.

Bien que le cas en l'espèce ne soit pas affecté par les *Notes d'interprétation* en raison de la pirouette du tribunal arbitral, cette sentence demeure très préoccupante en raison de ses conséquences sur le système du chapitre 11. Cette affaire est une illustration criante de la tension qui existe entre le politique et le juridique dans un mécanisme de règlement des différends juridictionnalisé comme celui du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Les États se doivent d'utiliser les moyens de contrôle qu'ils conservent sur de tels mécanismes avec beaucoup de circonspection à défaut de quoi, l'ensemble du système risque d'être discrédité. L'attitude du tribunal arbitral dans l'affaire *Pope & Talbot Inc.* à l'égard des *Notes d'interprétation* demeure cependant un cas d'exception et ne s'est pas répétée dans les autres affaires où les questions de leur légalité ou de leurs effets juridiques se sont posées.

Concernant leurs effets juridiques sur les causes pendantes, le tribunal arbitral dans l'affaire *S.D. Myers Inc.* a totalement esquivé la question, en ne traitant pas du tout des *Notes d'interprétation* dans la sentence sur les dommages qu'il devait rendre après leur adoption, bien qu'une des conclusions de droit dans la sentence sur le fond qu'il avait rendue antérieurement était directement réfutée par les *Notes*. La Commission du libre-échange y a en effet déclaré que la violation d'une disposition de l'*ALÉNA* ou d'un autre accord international ne suffisait pas pour établir une violation de l'article 1105, contrairement à l'interprétation de la majorité dans l'affaire *S.D. Myers Inc*[925]. Le Canada avait soulevé la question de l'interprétation erronée de l'article 1105 dans sa requête en annulation de la sentence arbitrale rejetée par la Cour fédérale du Canada, mais la Cour a refusé de se prononcer sur celle-ci et nulle mention n'a été faite des *Notes d'interprétation*[926].

---

[925] *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, *supra* note 816, art. B(3); *S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Première sentence sur le fond)*, *supra* note 834 aux paragr. 266-267. L'arbitre Edward Chiasson désapprouve cette interprétation dans le corps du texte de la sentence.

[926] Voir *Canada (P.G.)* c. *S.D. Myers Inc.*, *supra* note 915 aux paragr. 75-76.

Tous les tribunaux arbitraux qui ont eu à traiter des *Notes d'interprétation* par la suite ont estimé qu'ils n'avaient pas la compétence pour examiner leur légalité au regard de l'*ALÉNA*, et tous s'y sont considérés liés. Dans l'affaire *United Parcel Service of America* c. *Canada*[927], le tribunal arbitral a refusé de se prononcer sur leur légalité, mais s'est dit lié par celles-ci et a relevé l'incompatibilité entre les *Notes* et les sentences arbitrales rendues dans l'affaire *Pope & Talbot.* Dans l'affaire *Loewen*, le tribunal arbitral a interprété l'article 1105 à l'aide des *Notes d'interprétation* et a jugé que les sentences arbitrales antérieures qui leur étaient contraire ne devaient plus être prises en considération[928]. Puis, dans l'affaire *Mondev*, le tribunal arbitral a implicitement remis en question les conclusions du tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot* concernant la légalité et les effets juridiques des *Notes d'interprétation*, tout en convenant que la question était en réalité celle de savoir quel était le contenu de la coutume internationale[929]. Finalement, dans l'affaire *ADF Group Inc.* c. *États-Unis*[930], le tribunal a directement confronté la conclusion avancée dans l'affaire *Pope & Talbot*, pour affirmer qu'un tribunal arbitral constitué en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* n'était pas compétent pour examiner la légalité des interprétations obligatoires adoptées par la Commission du libre-échange. Dans son analyse fine de la question, le tribunal arbitral s'est placé dans la perspective globale de la problématique de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux, pour affirmer :

> *« A principal difficulty with the Investor's submission is that such a theory of implied or incidental authority, fairly promptly, will tend to degrade and set at naught the binding and overriding character of FTC interpretations. Such a theory also overlooks the systemic need not only for a mechanism correcting what the Parties themselves become convinced are interpretative errors but also for consistency and continuity of interpretations, which multiple ad hoc tribunals are not well suited to achieve and maintain*[931]*. »*

---

[927] *United Parcel Service of America* c. *Canada (Sentence sur la compétence)* (2002), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Jurisdiction%20Award.22Nov02.pdf> (date d'accès : 13 octobre 2004) au paragr. 97 (CNUDCI), (Arbitres : R.A. Cass, L.Y. Fortier, K. Keith).

[928] *Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur le fond)*, *supra* note 806 au paragr 128.

[929] *Mondev International Ltd.* c. *États-Unis*, *supra* note 887 aux paragr 100-113.

[930] *ADF Group Inc.* c. *États-Unis* (2003), 6 I.C.S.I.D. Rep. 470, 18 I.C.S.I.D. Rev. 195 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : F.P. Feliciano, C.B. Lamm, A. de Mestral), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf> (date d'accès : 18 octobre 2004).

[931] *Ibid.* au paragr. 177.

Si la légalité des *Notes d'interprétation* semble acquise, la question de leurs effets juridiques, elle, reste problématique. Elles s'appliquent indubitablement aux affaires postérieures à leur adoption, et cela ne semble pas devoir poser de difficultés particulières[932]. Les *Notes* ne devraient pas produire d'effets sur une affaire close, en raison du principe de l'autorité de la chose jugée; seule la valeur de précédent des sentences antérieures pourraient être affectée, mais uniquement comme source interprétative, puisque la règle du *stare decisis* de la tradition juridique de la *common law* ne s'applique pas dans les arbitrages entrepris en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*[933]. Par contre, l'État reconnu responsable pourrait-il justifier son refus de payer des dommages en raison de l'interprétation obligatoire adoptée après la sentence arbitrale ayant reconnu sa responsabilité et l'ayant condamné au paiement de dommages, interprétation qui aurait empêché l'établissement de sa responsabilité? Quels seraient alors les effets de l'interprétation obligatoire sur le mécanisme général et interétatique de règlement des différends, où l'État de nationalité de l'investisseur étranger pourrait contester le refus d'exécuter la sentence arbitrale par l'État responsable[934]?

L'application des *Notes d'interprétation* aux affaires pendantes apparaît aussi être problématique. Pour que les principes élémentaires de justice et la crédibilité du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 soient préservés, les interprétations obligatoires devraient lier les tribunaux arbitraux institués dans les affaires postérieures à leur adoption, mais pas ceux institués dans les affaires pendantes au moment de leur adoption. Surtout, elles ne devraient pas pouvoir lier rétroactivement le tribunal arbitral dont l'une des sentences est à l'origine de leur adoption, alors qu'il n'a pas encore terminé de traiter de l'affaire au complet, comme c'était le cas dans les affaires *Pope & Talbot* et *S.D. Myers*. Les difficultés surviennent avec la définition de ce qui constitue une affaire pendante. L'affaire est-elle pendante à partir de la soumission de la plainte à l'arbitrage? Tant que la dernière sentence arbitrale n'a pas été rendue? Si le tribunal arbitral décide de rendre plusieurs sentences dans la même affaire, les sentences rendues antérieurement à l'adoption des *Notes d'interprétations* doivent-elles être révisées? La

---

[932] Voir l'*ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1131(2). Voir aussi Broches, *supra* note 700 aux pp. 218-219. Aron Broches a examiné certaines de ces questions dans le contexte de la coexistence des recours privés et des recours étatiques dans les traités bilatéraux d'investissement.

[933] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1136(1). Voir Broches *ibid.*

[934] Voir l'*ALÉNA*, *ibid.* art. 1136(5).

pratique des tribunaux arbitraux n'est pas uniforme à cet égard : l'affaire *Pope & Talbot* indique que la sentence antérieure devrait être révisée à la lumière de l'interprétation obligatoire, tandis que l'affaire *S.D. Myers* indique que non.

### *(iii) Problèmes posés par les pressions exercées et subies par le mécanisme*

—Pressions exercées sur les mécanismes interétatiques de règlement des différends relatifs à d'autres domaines du droit international économique

L'extension de la capacité juridique des investisseurs étrangers dans le règlement des différends internationaux microéconomiques qui les concernent n'est pas le seul résultat du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Les personnes privées utilisent également leur droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État comme un levier politique dans le règlement des différends internationaux macroéconomiques relatifs à d'autres domaines que l'investissement étranger direct. Le moteur du mécanisme du chapitre 11 est la réclamation de dommages par un investisseur étranger; celui des mécanismes interétatiques prévus dans les traités de libre-échange est la restauration de l'équilibre des prestations des parties contractantes, au moyen surtout du retrait des mesures incompatibles. Les deux types de mécanisme poursuivent des objectifs différents et leur interaction met donc en conflit des régimes distincts de responsabilité de l'État.

Les investisseurs étrangers n'hésitent pourtant pas à utiliser leur recours en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* dans le cadre de différends interétatiques opposant les Parties contractantes et mettant en cause d'autres chapitres du traité. La querelle du bois d'œuvre entre les États-Unis et le Canada est particulièrement représentative à ce propos. Les États-Unis estiment que les provinces canadiennes subventionnent leur industrie du bois d'œuvre, que les entreprises canadiennes s'adonnent au dumping de ce produit sur le marché américain, et que cela menace de causer un préjudice à leur industrie; ils ont donc imposé des droits antidumping et compensateurs substantiels sur les importations de bois

d'œuvre canadien[935]. Le Canada a contesté ces mesures américaines tant devant l'OMC que devant des groupes spéciaux binationaux constitués en vertu du chapitre 19 de l'*ALÉNA*[936]. Plusieurs plaintes privées ont également été soumises à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, relativement à ce conflit, que ce soit par des investisseurs américains à l'encontre du Canada[937], ou par des investisseurs canadiens à l'encontre des États-Unis[938].

Le même scénario se reproduit maintenant dans le cadre de la crise de la maladie de la vache folle survenue au Canada et l'interdiction par les États-Unis des importations

---

[935] Voir généralement le site Web consacré à cette querelle par le gouvernement fédéral du Canada, Commerce international Canada, *Bois d'œuvre résineux*, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/softwood/menu-fr.asp> (dernière modification : 20 mai 2005).

[936] Voir *États-Unis—Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS194/R (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis—Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *supra* note 372 (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis—Déterminations finales en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS257/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Détermination finale en matière de dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS264/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS277/R (Rapport du Groupe spécial). Voir aussi *Re Certains produits de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada : décision définitive positive en matière de droits compensateurs (Canada* c. *États-Unis)* (2003), USA-CDA-2002-1904-03 (Groupe spéc. c. 19), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ua02030f.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004); *Re Certains produits de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada : décision définitive positive de dumping (Canada* c. *États-Unis)* (2003), USA-CDA-2002-1904-02 (Groupe spéc. c. 19), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/Ua02020f.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004); *Re Certains produits de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada : décision définitive positive de menace de dommage important (Canada* c. *États-Unis)* (2003), USA-CDA-2002-1904-07 (Groupe spéc. c. 19), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/francais/Chapitre_19_ALENA/Etats_Unis/ua02070f.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

[937] Voir *Pope & Talbot Inc.* c. *Canada*, *supra* note 909. Voir aussi *Ketcham Investments* et *Tysa Investments* c. *Canada*, « Notification d'intention par Ketcham Investments et Tyca Investments » (22 novembre 2000), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/K%26T-e.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

[938] Voir *Canfor Corporation* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Canfor Corporation » (9 juillet 2002) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/13203.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004); *Doman Industries* c. *États-Unis*, « Notification d'intention par Doman Industries » (1$^{er}$ mai 2002), en ligne : Naftalaw.org <http://www.international-economic-law.org/US%20Notices/Doman%20Notice%20of%20Intent.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004); *Tembec Inc.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Tembec Inc. » (3 décembre 2003) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/27805.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004); *Terminal Forest Products Ltd.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Terminal Forest Products Ltd. » (31 mars 2004) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/31360.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

de bœuf et de viande bovine en provenance du Canada qui s'en est suivie; plusieurs éleveurs de bovins canadiens ont signifié aux États-Unis leur notification d'intention d'aller en arbitrage[939]. On a vu que l'affaire *Ethyl Corporation* mettait aussi en cause une mesure sanitaire canadienne qui avait été contestée parallèlement par l'Alberta, suivant le mécanisme de règlement des différends de l'accord canadien sur le commerce intérieur[940].

Afin d'établir un lien juridique direct entre ces différends interétatiques et le chapitre 11, les investisseurs étrangers ont tenté à maintes reprises d'établir un lien entre la norme minimale de traitement conforme au droit international et la violation du droit international conventionnel, dont les accords de l'OMC en particulier[941]. Suivant cette analyse, la violation d'un traité par un État hôte entraînerait automatiquement la violation de l'article 1105 et pourrait donc justifier une réclamation privée de la part d'un investisseur étranger. Cette interprétation — qui a même été épousée par un tribunal arbitral[942] — aurait constitué un cheval de Troie dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, qui aurait permis les réclamations privées pour violation des autres chapitres de l'*ALÉNA* et des accords de l'OMC, si elle n'avait pas été prestement rejetée par les Parties contractantes dans leurs *Notes d'interprétation de certaines disposition du chapitre 11*[943].

Heureusement, cette analyse ne tient plus et les investisseurs étrangers doivent fonder leur plainte, soumise dans le cadre de tels différends interétatiques, uniquement sur

---

[939] Cinq notifications d'intention auraient été signifiées aux États-Unis le 12 août 2004, mais elles ne sont pas mentionnées par le gouvernement fédéral américain. Leur existence a été rendue publique par les investisseurs canadiens. Voir en ligne : Naftaclaims.com <http://www.naftaclaims.com> (dernière modification : 24 mars 2005); Canadian Cattlemen for Fair Trade <http://www.ccft.info> (date d'accès : 19 octobre 2004).

[940] Voir *supra* la note 845 et le texte correspondant.

[941] G. Verhoosel, « The Use of Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law » (2003) 6 J. Int'l Econ. L. 493 aux pp. 497-503. Voir par ex. *Kenex Ltd.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Kenex Ltd. », *supra* note 870 au paragr. E.5(v); *Canfor Corporation* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Canfor Corporation », *supra* note 938 aux paragr 104-147; *Methanex Corporation* c. *États-Unis*, « Plainte modifiée soumise par Methanex Corporation » (12 février 2001) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/3940.doc> (date d'accès : 19 octobre 2004) aux pp. 48-65.

[942] Voir *S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Première sentence sur le fond)*, *supra* note 834 aux paragr. 266-267. L'arbitre Edward Chiasson était toutefois dissident sur ce point. Cette sentence ne visait pas la violation des accords de l'OMC, mais plutôt celle des autres règles de fond du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Il faut rappeler que malgré l'omission du tribunal arbitral de réviser sa première sentence sur le fond après l'adoption des *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, au moment de rendre sa sentence sur les dommages, la Cour fédérale du Canada a refusé d'annuler la première sentence. Voir *supra* la note 915 et le texte correspondant.

[943] *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, *supra* note 816, art. B.3.

la violation des dispositions du chapitre 11[944]. On a vu précédemment que cette coexistence des régimes de responsabilité n'allait toutefois pas sans soulever des questions juridiques fondamentales, concernant l'effet des exceptions de l'article XX du *GATT de 1994* sur les réclamations privées présentées en vertu du chapitre 11[945]. Se pose aussi la question de savoir si des contre-mesures économiques, imposées en vertu de l'*ALÉNA* ou autorisées par l'OMC, pourraient parallèlement violer le chapitre 11 de l'*ALÉNA*[946]. On le voit, la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État est susceptible d'exercer de nombreuses pressions sur les mécanismes de règlement des différends interétatiques dans d'autres domaines du droit international économique.

—Pressions subies par le mécanisme de la part de la société civile

On a vu que le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* tirait notamment ses origines de l'arbitrage commercial international. Or le chapitre 11 ne met pas en cause les relations contractuelles entre une partie privée et une partie étatique, mais il vise plutôt la mise en œuvre de ses obligations internationales conventionnelles par une partie étatique. La reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État opérée par le chapitre 11 signifie qu'il s'agit maintenant de véritables litiges de droit international public, et non plus de litiges contractuels privés. Ces litiges impliquent souvent des mesures et des réglementations prises par les États hôtes dans l'intérêt général, pour la protection de la santé humaine ou de l'environnement par exemple. Ils interpellent aussi la coutume internationale et le droit international de la responsabilité de l'État. Les litiges concernant le chapitre 11 dépassent donc largement le strict cadre de l'arbitrage commercial international, et c'est pourquoi le caractère traditionnellement confidentiel de ce processus ne peut résister à l'épreuve de la réalité. La société civile réclame une plus grande transparence dans l'opération du mécanisme, voire même le droit d'y participer directement afin que tous les intérêts en

---

[944] Verhoosel, *supra* note 941 aux pp. 502-503. Voir *Mondev International Ltd.* c. *États-Unis*, *supra* note 887 au paragr. 121.
[945] Voir *supra* la note 871 et le texte correspondant.
[946] Voir Verhoosel, *supra* note 941 à la p. 505.

cause dans ces litiges puissent être adéquatement représentés. Ces pressions ont donné trois résultats concrets à ce jour.

Premièrement, on a mentionné précédemment que les Parties contractantes avaient répondu à ces pressions en s'engageant à accroître la transparence du processus, dans leurs *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, par la publication des sentences arbitrales et des autres documents produits au cours des procédures, dans le respect du cadre juridique posé par l'*ALÉNA*[947].

Deuxièmement, ces pressions de la société civile ont eu pour effet d'accroître la publicité des audiences arbitrales. Dans les affaires *Methanex Corporation* c. *États-Unis* et *United Parcel Service of America* c. *Canada*, les parties ont accepté que les audiences soient ouvertes au public, et leurs transcriptions ont par la suite été publiées[948]. Ces causes intéressent la société civile et particulièrement les ONG environnementalistes et les syndicats, parce qu'elles concernent respectivement la protection de la santé et de l'environnement en Californie, et le monopole de la fourniture des services postaux au Canada. On a aussi vu précédemment que le Canada a exprimé son consentement à l'ouverture des audiences arbitrales au public, et s'est engagé à encourager les parties privées et les tribunaux arbitraux à en faire autant[949].

Troisièmement, les personnes privées tierces se sont aussi vues reconnaître la possibilité de participer dans les procédures d'arbitrage à titre d'*amicus curiae*, d'abord de manière *ad hoc* par des tribunaux arbitraux[950], ensuite de manière générale par les

---

[947] Voir *supra* la note 816 et le texte correspondant.

[948] Voir CIRDI, Communiqué, « Methanex Corporation v. United States of America NAFTA/UNICTRAL Arbitration Rules Proceedings » (8 juin 2004), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/methanex-form.htm> (date d'accès : 20 octobre 2004); CIRDI, Communiqué, « United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada NAFTA/UNICTRAL Arbitration Rules Proceedings » (28 mai 2001), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/ups.htm> (date d'accès : 20 octobre 2004).

[949] Voir *supra* la note 819 et le texte correspondant.

[950] Voir *Methanex Corporation* c. *États-Unis*, Décision du 15 janvier 2001, en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf> (date d'accès : 20 octobre 2004); *United Parcel Service of America* c. *Canada*, Décision du 17 octobre 2001, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/IntVent_oct.pdf> (date d'accès : 20 octobre 2004). Voir généralement B. Stern, « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur » [2002] Rev. arb. 329.

Parties contractantes[951]. Elles ont vainement tenté de se voir reconnaître le droit d'intervenir dans les procédures à titre de partie au litige, mais les tribunaux arbitraux ont tout de même jugé qu'ils avaient le pouvoir d'accepter les opinions soumises par des tiers. Les personnes privées intéressées — il s'agira souvent d'ONG oeuvrant par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement — peuvent désormais demander aux tribunaux arbitraux la permission de leur soumettre un mémoire, afin d'éclaircir certains aspects du litige[952]. Cette reconnaissance, obtenue sous l'impulsion des développements survenus dans l'enceinte de l'OMC, prend acte de la rupture entre l'arbitrage commercial international et le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Elle semble être un ingrédient indispensable au maintien de la crédibilité d'un mécanisme de règlement des différends au sein duquel des personnes privées peuvent invoquer la responsabilité internationale de l'État.

Malgré ces développements positifs, plusieurs problèmes persistent au plan de la transparence du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11. La publication des sentences arbitrales et des autres documents de procédure est certes devenues quasiment systématique, mais le support privilégié est Internet, au détriment du support papier — à l'exception notable des arbitrages entrepris sous l'égide du CIRDI, qui publie un recueil officiel —, ce qui soulève des questions d'accessibilité auxquelles on se réfère parfois en parlant de la « fracture numérique » entre le Nord et le Sud. Le fait qu'aucun de ces documents ne soit disponible en français accentue davantage ce problème d'accessibilité; bien que l'usage de l'anglais soit généralisé dans les procédures, les arbitrages impliquant le Mexique utilisent également l'espagnol, tandis que ceux impliquant le Canada n'utilisent jamais le français, et le Canada n'a jamais traduit un seul document en français, alors qu'il s'agit pourtant de litiges de droit international public; le

---

[951] La Commission du libre-échange a adopté une déclaration sur la question, dans laquelle elle fixe les balises de la participation des personnes privées tierces à titre d'*amicus curiae* dans les procédures d'arbitrage entreprises en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Elle reconnaît le pouvoir des tribunaux arbitraux d'accepter les mémoires écrits soumis par des personnes privées tierces, et recommande une procédure d'autorisation qui vise entre autres à garantir la légitimité de l'intérêt du tiers, son indépendance avec les parties au litige, et à limiter la taille des mémoires soumis. Commission du libre-échange, *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, Montréal, 7 octobre 2003, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/Nondisputing-fr.pdf> (date d'accès : 20 octobre 2004).

[952] Voir la partie 3.2.1, ci-dessous, pour une discussion sur la participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le règlement des différends internationaux économiques.

lecteur francophone canadien ne peut se rabattre que sur la traduction de quelques extraits de sentences publiés en France dans des revues spécialisées. Malgré l'introduction d'un formulaire facultatif de notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, toutes les notifications reçues par les Parties contractantes ne sont pas rendues publiques officiellement, puisque les sources privées contiennent toujours des notifications inédites. Le caractère secret des règlements amiables convenus est une des caractéristiques les plus préoccupantes du chapitre 11, puisque les motivations et le montant de ces transactions demeurent inconnus, ce qui semble devoir nuire à la bonne gouvernance au sein de la zone de libre-échange nord-américaine.

Les différentes réponses apportées aux pressions de la société civile ont pour effet de poursuivre la juridictionnalisation du règlement des différends relatifs aux investissements étrangers directs. Cette juridictionnalisation accrue pose la question de l'adéquation de l'arbitrage issu de l'arbitrage commercial international pour connaître de ces litiges de droit international public. Un organe permanent de nature judiciaire serait-il mieux outillé pour régler ces différends?

### *(iv) Contribution du chapitre 11 de l'ALÉNA à l'étude de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques*

—Contribution réelle à la mise en œuvre du droit international économique

Un constat majeur semble devoir s'imposer à la vue de la mise en œuvre du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* : la reconnaissance du droit de certaines personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État auprès d'une instance internationale contribue réellement à garantir la primauté du droit dans les relations internationales économiques. Il est évident que plusieurs affaires impliquant le chapitre 11 de l'*ALÉNA* ont connu un dénouement contraire aux intérêts des Parties contractantes, mais celles-ci se sont jusqu'à présent toujours pliées aux sentences arbitrales. En outre, l'objectif de détendre les relations internationales et de dépolitiser les différends internationaux semble aussi avoir été atteint, puisque ces affaires n'ont jamais

débordé du cadre investisseur étranger-État hôte; il n'y a pas eu d'interétatisation des différends.

Les inquiétudes des Parties contractantes, relevées ci-dessus, peuvent surprendre vues sous l'angle de la primauté du droit[953]. En effet, comment les États peuvent-ils être contre la mise en œuvre de leurs propres obligations internationales conventionnelles, auxquelles ils ont librement consenti? Les investisseurs étrangers ne font en définitive que contribuer à la mise en œuvre du droit international au moyen du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11. Les inquiétudes des Parties contractantes devraient peut-être davantage porter sur les règles de fond prescrites par le chapitre 11, plutôt que sur son processus de mise en œuvre par des personnes privées. Ce questionnement des États sur la substance de leurs obligations internationales conventionnelles n'aurait-il pas plutôt dû se faire avant la conclusion de l'*ALÉNA*? Peut-être cela révèle-t-il une certaine défaillance dans le processus de conclusion des traités en droit interne, particulièrement au Canada?

En définitive, il semble que ce soit moins la mise en œuvre de leurs obligations internationales par les personnes privées que la teneur même de ces obligations qui inquiète les Parties contractantes (et la société civile). À cet égard, une partie de la solution pourrait être de reprendre l'approche du *Traité sur la Charte de l'énergie*[954] et de séparer les régimes de protection pré et post-investissement. Cette solution à l'avantage de préserver la souveraineté des États sur l'accès aux opportunités d'investissement sur leur territoire, mais d'accorder une juste protection à ceux qui y sont acceptés; elle pourrait entre autres être intéressante pour la préservation du contrôle des États sur leurs ressources naturelles. Pour le reste, les États devraient faire attention de bien circonscrire les obligations internationales auxquelles ils souscrivent, mais aussi de bien les comprendre avant d'y consentir. S'il devait apparaître que des corrections sont nécessaires, le moyen pour le faire devrait être la modification du traité; c'est la seule solution qui semble compatible avec le principe de la primauté du droit dans les relations internationales économiques.

---

[953] Voir Lemaire, *supra* note 741 à la p. 73.
[954] Voir la partie 2.3.3 c), ci-dessous, pour une analyse du *Traité sur la Charte de l'énergie*.

En plus de contribuer à la mise en œuvre du droit international conventionnel, les investisseurs étrangers contribuent également à celle de la coutume internationale. En effet, on a vu qu l'article 1105 de l'*ALÉNA* renvoie à la protection accordée à la personne et aux biens étrangers de la coutume internationale. Les Parties contractantes ont donc consenti à ce que des personnes privées puissent forcer la mise en œuvre de la coutume internationale, ce qui illustre la très grande portée du droit d'action qui leur est reconnu par le chapitre 11. Ceci contribue peut-être aux inquiétudes des Parties, puisqu'il leur est fort difficile de connaître précisément les limites de leurs obligations; en outre, la coutume internationale n'étant pas figée, le contenu de leurs obligations peut donc changer avec le temps.

Mais l'expérience du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 démontre surtout qu'il est impossible de distinguer totalement le processus de la juridisation des relations internationales de celui de la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux. Les investisseurs étrangers utilisent leur recours international de manière créative, inventive et audacieuse, ce qui les fait explorer des avenues insoupçonnées des règles de fond posées par le chapitre 11, et amène parfois les tribunaux arbitraux à adopter ces interprétations extensives dans leurs sentences[955]. Les Parties contractantes ne pouvaient certainement pas prévoir toutes les dimensions que pouvaient revêtir ces règles au moment de conclure l'*ALÉNA*, ce qui force à relativiser le blâme initial qu'on serait porté à leur servir à cet égard. En réalité, si la juridisation des relations internationales conditionne la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux, le chapitre 11 de l'*ALÉNA* démontre que cette même juridictionnalisation contribue à son tour à poursuivre la juridisation des relations internationales. La reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État contribue à développer davantage et à raffiner le nouveau droit international de l'investissement étranger direct[956].

---

[955] Voir Lemaire, *supra* note 741 à la p. 80 et 84; Thomas, *supra* note 790 aux pp. 102-103.
[956] Voir Parra, *supra* note 677 à la p. 361.

—Nécessité de soupapes pour maintenir la souveraineté étatique

La mise en œuvre du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* indique également que le maintien de certaines soupapes politiques est essentiel à la durabilité des mécanismes où des personnes privées se sont vues reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité de l'État dans le domaine économique, même si l'objectif visé par cette reconnaissance est précisément la dépolitisation du règlement des différends économiques.

L'utilisation de ces soupapes peut cependant affecter la crédibilité du mécanisme, comme l'épisode des *Notes d'interprétations de certaines dispositions du chapitre 11* l'a démontré, surtout lorsqu'elles ont pour effet d'exercer un contrôle *a posteriori* sur le recours de la personne privée. Ces soupapes marquent les limites de la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux économiques, et leur utilisation par les États dans certaines circonstances est compréhensible et légitime, puisqu'il s'agit de litiges de droit international public, ordre normatif dont les personnes privées ne sont que les bénéficiaires dans le domaine économique.

D'autres moyens de contrôle pourraient cependant être plus opportuns que les contrôles politiques exercés *a posteriori*. L'existence d'un contrôle politique *a priori* pourrait être une solution, au moyen d'un mécanisme de filtrage des plaintes par exemple, afin de limiter le mécanisme aux affaires que les Parties contractantes avaient l'intention d'y voir soumises. Une forme de contrôle *a posteriori* plus acceptable pourrait être la création d'une juridiction d'appel, ce qui écarterait le politique à ce stade, tout en permettant au mécanisme de corriger lui-même les erreurs ou les divergences survenues en première instance devant des tribunaux arbitraux *ad hoc*; c'est précisément le modèle qui a été retenu dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le CIRDI a d'ailleurs entrepris des travaux de réflexion sur l'opportunité de prévoir un mécanisme d'appel optionnel pour les arbitrages entre investisseurs étrangers et État hôtes, pour prévenir la création de juridictions d'appel différentes dans les divers traités d'investissement[957]. Le recours aux tribunaux du lieu du for pour faire annuler les

[957] Voir CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Washington, CIRDI, 2004 aux pp. 14-16 et annexe, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf> (date d'accès : 27 octobre 2004).

sentences arbitrales, comme mécanisme de contrôle juridique *a posteriori*, semble être une solution dangereuse pour la durabilité du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Si cette soupape semble être adaptée au règlement des litiges contractuels privés par arbitrage commercial international, elle semble l'être beaucoup moins au règlement de litiges de droit international public. Cette forme de contrôle juridictionnel national a d'ailleurs été complètement écartée par la *Convention CIRDI*; si d'aventure le Canada ou le Mexique en venaient à la ratifier, il est probable que les investisseurs étrangers choisiront massivement cette voie procédurale pour soumettre leurs plaintes, précisément pour cette raison.

En somme, la question fondamentale que soulève le chapitre 11 de l'*ALÉNA* est donc celle de savoir dans quelle mesure le mécanisme de règlement des différends mis en place est adéquatement outillé, tant sur le plan procédural que substantif, pour connaître des différends complexes impliquant des questions d'intérêt public qui dépassent le strict cadre de la protection des intérêts privés des investisseurs.

### 2.3.3 Extension du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* dans la pratique conventionnelle des États

Le modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, avec sa reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte, se répand maintenant dans la pratique conventionnelle des États aux plans bilatéral, régional et même multilatéral[958]. Ces développements démontrent que cette reconnaissance semble de plus en plus aller de soi avec le nouveau droit international de l'investissement étranger direct. La tentative de la généraliser au plan multilatéral a cependant échoué, malgré un premier succès sur ce plan dans le secteur énergétique.

La multiplication de la conclusion de traités d'investissement entre des pays industrialisés est un changement paradigmatique important. Cela pourrait même être dangereux pour la préservation de l'équilibre entre la justice nationale et la justice internationale, puisque ce phénomène remet en question le postulat voulant que le droit et

[958] Voir généralement Parra, *supra* note 677 à la p. 363.

les tribunaux internes de ces pays offrent une protection adéquate aux investissements étrangers, par opposition aux pays en développement où la fragilité des structures étatiques justifierait la délocalisation du règlement des différends entre investisseurs étrangers et États hôtes[959].

a) Application du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan bilatéral

Le vaste réseau de traités bilatéraux d'investissement qui continue de s'étendre à l'échelle mondiale rend impossible, dans le cadre de la présente thèse, de dresser un inventaire rigoureux de leur contenu au chapitre du règlement des différends et de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État. En revanche, la pratique récente du Canada et des États-Unis illustre bien qu'ils entendent répandre le modèle du chapitre 11 dans leurs relations internationales économiques bilatérales, et plus particulièrement son imbrication dans des traités de libre-échange, par opposition à des traités uniquement consacrés à l'investissement.

Depuis la signature de l'*ALÉNA*, le Canada a conclu des traités bilatéraux de libre-échange avec le Chili[960], Israël[961] et le Costa Rica[962]. L'accord conclu avec le Chili comporte un chapitre prévoyant des règles de fond et un mécanisme de règlement des différends semblables à ceux du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, reconnaissant le droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte[963]. Fait intéressant à souligner, des notes d'interprétation quasiment identiques aux *Notes d'interprétation relatives à certaines dispositions du chapitre 11* ont également été

---

[959] Voir Parra, *ibid.* à la p. 364; Sacerdoti, *supra* note 684 à la p. 453.
[960] *Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, 5 décembre 1996, 36 I.L.M. 1067 (entrée en vigueur : 7 juillet 1997), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cda-chile/menu-fr.asp> (date d'accès : 25 octobre 2004) [ci-après *ALECC*].
[961] *Accord de libre-échange entre le Canada et l'État d'Israël*, 31 juillet 1996 (entrée en vigueur : 1er septembre 1997), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cifta-fr.asp#5> (date d'accès : 25 octobre 2004) [ci-après *ALECI*].
[962] *Accord de libre-échange Canada Costa Rica*, 23 avril 2001 (entrée en vigueur : 1er novembre 2002), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Costa_Rica_toc-fr.asp> (date d'accès : 25 octobre 2004) [ci-après *ALECCR*].
[963] *ALECC*, *supra* note 960, art. G-16 à G-40. Voir généralement J. Yrarrazavale C., « Foreign Investment under NAFTA : Implications for Chile » (1994) 25 R.G.D. 455 à la p. 462.

adoptées par la Commission du libre-échange Canada-Chili, bien que le mécanisme semble n'avoir jamais été utilisé par une partie privée[964]. Un quatrième accord est actuellement en négociation avec Singapour, mais il est impossible de savoir s'il appliquera le modèle du chapitre 11, même s'il est censé traiter d'investissement étranger direct[965]. Des pourparlers ont également été entrepris avec l'Union européenne en vue de conclure un nouveau type d'accord commercial bilatéral, mais il semble acquis que celui-ci ne reprendra pas le modèle du chapitre 11, puisque les parties ont plutôt convenu de « poursuivre la coopération en vue de promouvoir l'élaboration de disciplines multilatérales en matière d'investissement »[966].

Les États-Unis se sont également lancés dans un nouveau programme de conclusion de traités bilatéraux de libre-échange après la conclusion de l'*ALÉNA*[967]. À ce jour, des traités ont été signés avec le Chili[968], Singapour[969], l'Australie[970], le Maroc[971],

---

[964] Commission du libre-échange Canada-Chili, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre G*, 31 octobre 2002, Quito, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ccftacommission-fr.asp> (date d'accès : 25 octobre 2004).

[965] Voir Commerce international Canada, *Le Canada et Singapour—Négociations en vue d'Accord de libre-échange* [*sic*], en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/singapore-fr.asp> (dernière modification : 7 mars 2005).

[966] Voir Commerce international Canada, *Le Canada et l'Union européenne—Accord sur le renforcement du commerce et de l'investissement*, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/EU-fr.asp> (dernière modification : 19 mai 2005); Commerce international Canada, *Cadre de l'ARCI*, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/rb/tiea-fr.asp> (dernière modification : 18 mars 2004).

[967] Les États-Unis ont certes signé un traité bilatéral de libre-échange avec la Jordanie, après la conclusion de l'*ALÉNA*, mais celui-ci ne touchait pas à l'investissement étranger direct, à l'instar d'un traité de libre-échange conclu antérieurement par les États-Unis avec Israël. Voir *Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area*, 24 octobre 2000 (entrée en vigueur : 17 décembre 2001), en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Jordan/asset_upload_file250_5112.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004); *Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the Government of Israel and the Government of the United States of America*, 22 avril 1985 (entrée en vigueur : 19 août 1985), en ligne : Trade Compliance Center <http://www.mac.doc.gov/tcc/data/commerce_html/TCC_Documents/IsraelFreeTrade.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

[968] *Chile-United States Free Trade Agreement*, 6 juin 2003 (entrée en vigueur : 1er janvier 2004), en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

[969] *United States-Singapore Free Trade Agreement*, 6 mai 2003 (entrée en vigueur : 1er janvier 2004), en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004).

[970] *United States-Australia Free Trade Agreement*, 18 mai 2004 (non en vigueur), en ligne : Office of the United States Trade Representative

ainsi que la République dominicaine et l'Amérique centrale[972]. À l'exception du traité signé avec l'Australie, tous ces traités comprennent un chapitre consacré à l'investissement étranger direct semblable au chapitre 11 de l'*ALÉNA* — avec juridisation des relations internationales concernant le traitement des investisseurs et des investissements étrangers et juridictionnalisation du règlement des différends relatifs à l'investissement — mais avec une différence notable : ils ressuscitent les trois hypothèses de différend relatif à l'investissement qui figuraient dans le traité-type utilisé par les États-Unis au cours des années 1980[973]. Une plainte peut donc être portée par un investisseur étranger concernant soit la violation des règles de fond du traité applicables aux investissements, concernant un permis d'investissement délivré par l'État hôte, ou encore concernant un contrat d'État. C'est uniquement dans la première hypothèse que les règles de fond du traité sont applicables au litige, ce qui signifie que la tendance actuelle des traités bilatéraux de libre-échange américains montre un certain retour en arrière par rapport au chapitre 11 de l'*ALÉNA*, puisqu'ils font à nouveau se côtoyer des litiges de droit international public avec des litiges commerciaux échappant à celui-ci. La reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État hôte est maintenue, mais elle est diluée avec d'autres types de différends. En outre, la création d'un organe d'appel pour les sentences arbitrales rendues dans le cadre du

---

<http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/asset_upload_file148_5168.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004).

[971] *United States-Morocco Free Trade Agreement*, 15 juin 2004 (non en vigueur), en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Morocco_FTA/FInal_Text/Section_Index.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

[972] *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, 5 août 2004 (non en vigueur; République dominicaine, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Guatémala et États-Unis), en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/DR-CAFTA/DR-CAFTA_Final_Texts/Section_Index.html> (date d'accès : 1er novembre 2004). Le gouvernement américain range cette initiative dans son programme de traités bilatéraux de libre-échange, même si elle vise en réalité plus d'un État, parce qu'elle traduit des relations entre deux parties, dont l'une est un tout composé de plusieurs États. À l'exception de la République dominicaine, tous ces États d'Amérique centrale sont engagés dans un processus d'intégration économique appelé le Marché commun d'Amérique centrale. Voir *General Treaty on Central American Economic Integration between Guatemala, El Salvador, Honduras, and Nicaragua*, 13 décembre 1960 (le Costa Rica a adhéré au traité le 23 juillet 1962), en ligne : Système d'information sur le commerce extérieur <http://www.sice.oas.org/trade/camertoc.asp> (date d'accès : 3 novembre 2004).

[973] Voir *Chile-United States Free Trade Agreement*, *supra* note 968, chapitre 10, art. 10.15 et 10.21; *United States-Singapore Free Trade Agreement*, *supra* note 969, chapitre 15, art. 15.15 et 15.21; *United States-Morocco Free Trade Agreement*, *supra* note 971, chapitre 10, art. 10.15 et 10.21; *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, *ibid.* chapitre 10, art. 10.16 et 10.22.

mécanisme de règlement des différends relatifs à l'investissement est formellement envisagée dans tous ces traités[974]. Des projets de traités sont par ailleurs actuellement en négociation avec le Bahreïn, la Thaïlande, le Panama, les pays andins et l'Union douanière sud-africaine (*Southern African Custom Union*)[975].

Le traité bilatéral de libre-échange signé avec l'Australie a ceci de particulier que son chapitre sur l'investissement étranger direct procède uniquement à la juridisation des relations internationales concernant le traitement des investisseurs et des investissements étrangers, sans prévoir de mécanisme spécial de règlement des différends relatifs à l'investissement. Tout au plus envisage-t-il la création éventuelle d'un tel mécanisme si les parties contractantes devaient le juger nécessaire[976]. Seul le traité signé avec un pays industrialisé ne reconnaît pas le droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, ce qui est significatif pour les développements à venir au plan multilatéral, et fait écho aux préoccupations évoquées précédemment concernant l'à-propos de prévoir un tel mécanisme entre des pays industrialisés, étant donnée la fiabilité présumée de leurs juridictions internes — mais, en l'occurrence, apparemment pas de leur droit interne — en ce qui concerne les différends relatifs à l'investissement.

---

[974] Voir *Chile-United States Free Trade Agreement*, *ibid.* annexe 10-14; Échange de notes diplomatiques du 6 mai 2003 entre le United States Trade Representative et le Minister for Trade and Industry de Singapour, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file159_4060.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004); *United States-Morocco Free Trade Agreement*, *ibid.* annexe 10-D; *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, *ibid.* annexe 10-F.

[975] États-Unis, U.S. Department of States, *Free Trade Agreements*, en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/e/eb/tpp/c10332.htm> (date d'accès : 1er novembre 2004). À nouveau, le gouvernement américain range ces initiatives dans son programme de traités bilatéraux de libre-échange, même si elles visent en réalité plus d'un État, parce qu'elles traduisent des relations entre deux parties, dont l'une est un tout composé de plusieurs États. L'Union douanière sud-africaine réunit le Botswana, le Lésotho, la Namibie, l'Afrique du Sud et le Swaziland. Les pays andins visés sont la Colombie, le Pérou, l'Équateur et la Bolivie; avec le Vénézuela, ces derniers forment la Communauté andine, et sont engagés dans un processus d'intégration politique et économique, inspiré de la construction européenne, visant entre autres à créer une zone de libre-échange à compter du 31 décembre 2005. Voir *Andean Subregional Integration Agreement (Cartagena Agreement)*, 26 mai 1969, version codifiée officielle reproduite en ligne : Communauté andine <http://www.comunidadandina.org/ingles/treaties/trea/ande_trie1.htm> (date d'accès : 3 novembre 2004).

[976] *United States-Australia Free Trade Agreement*, *supra* note 970, art. 11.16.

Le modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* continue donc d'être appliqué au plan bilatéral tant par le Canada que par les États-Unis, mais ce sont surtout ces derniers qui s'en font les hérauts, avec certaines modifications significatives.

b) Application du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan régional

Une distinction doit être établie entre les traités régionaux et les traités multilatéraux. Bien que les deux comportent plus de deux parties contractantes, et peuvent à ce titre être différenciés des traités bilatéraux, le traité régional est par essence limité à un ensemble géographique donné, généralement composé d'États contigus, alors que le traité multilatéral est ouvert à tout État. L'importance de cette distinction découle du fait que le traité régional est davantage susceptible d'opérer une intégration politique et économique plus étroite entre ses parties contractantes.

Le traité de promotion et de protection des investissements conclu par les États membres de l'ANASE est considéré comme le premier traité régional d'investissement, puisqu'il a été conclu en 1987, soit quelques années avant l'*ALÉNA*[977]. Étant donné cette antériorité par rapport au traité régional nord-américain, le traité de l'ANASE ne pouvait pas appliquer le modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Il comportait cependant une clause CIRDI, semblable à celle prévue par plusieurs traités bilatéraux d'investissement de l'époque, qui renvoyait à ce mécanisme pour le règlement des différends juridiques relatifs à un investissement, entre un investisseur étranger provenant de l'ANASE et un État hôte, ainsi qu'à certains autres règlements d'arbitrage et à l'arbitrage *ad hoc*[978]. Cette

---

[977] *Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*, 15 décembre 1987, 27 I.L.M. 612 (modifié par un protocole en 1996) [ci-après : *Accord sur l'investissement de l'ANASE*], reproduit dans *I.I.I. : A Compendium*, vol. II, *supra* note 706 à la p. 293, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/6464.htm> (date d'accès: 2 novembre 2004). Voir Parra, *supra* note 677 aux pp. 291-292. La juridisation des relations entre les États membres de l'ANASE a par la suite été poursuivie au moyen d'un accord-cadre supplémentaire, mais celui-ci n'a pas affecté le mécanisme de règlement des différends entre un investisseur étranger et un État hôte. *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*, 7 octobre 1998, art. 12 (modifié par un protocole en 2001), en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/6466.htm> (date d'accès : 2 novembre 2004).

[978] *Accord sur l'investissement de l'ANASE*, *ibid.* art. X. La clause renvoie au CIRDI, au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, au Regional Centre for Arbitration de Kuala Lumpur, et à tout autre centre régional d'arbitrage situé dans un État membre de l'ANASE.

disposition a été interprétée comme étant simplement un engagement de nature générale, de la part des parties contractantes, à envisager de consentir ultérieurement à la soumission de leurs différends au CIRDI et aux autres règlements d'arbitrage[979]. Mais elle valait cependant consentement préalable à l'arbitrage *ad hoc*, ce qui en a fait le premier cas de reconnaissance au plan régional du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte, même si la réponse à la question de savoir si le droit applicable devait être le traité lui-même n'avait pas été prévue explicitement.

La première affaire portée en arbitrage *ad hoc* par un investisseur étranger en vertu du régime juridique de l'ANASE a récemment fait l'objet d'une sentence arbitrale[980]. Elle opposait une société privée de Singapour au Myanmar, dans le contexte d'un contrat d'État prévoyant la production et la distribution de bière et d'autres boissons, dont l'exécution avait été interrompue en raison des agissements du gouvernement de l'État hôte, agissements que l'investisseur prétendait être contraires au traité sur l'investissement de l'ANASE. Le tribunal arbitral a reconnu la validité du consentement préalable de l'État hôte, malgré la contestation de ce dernier, mais a finalement jugé qu'il n'avait pas juridiction en l'espèce, au motif que l'investissement échappait au champ d'application du traité[981]. Cette sentence arbitrale confirme ainsi la validité de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers de l'ANASE d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte.

Après le traité conclu entre les États membres de l'ANASE et l'*ALÉNA*, un troisième accord régional sur l'investissement a été convenu entre les États membres du MERCOSUR[982]. Le protocole de Colonia prescrit des règles de fond concernant le traitement des investissements étrangers provenant du MERCOSUR, et prévoit un mécanisme de règlement des différends concernant l'application de ces dispositions.

---

[979] Parra, *supra* note 677 aux pp. 345 et 357. Voir aussi L.Y. Nghee, « Restauring Foreign Investor Confidence in ASEAN : Legal Framework for Dispute Settlement Processes » (1998) 19 Sing. L. Rev. 145 aux pp. 152-153.

[980] *Yaung Chi Oo Trading Pte.* c. *Myanmar* (2003), 42 I.L.M. 540 (arbitrage *ad hoc* ANASE), (Arbitres : S. Sucharitkul, J. Crawford, F. Delon).

[981] *Ibid.* aux paragr. 39 et 63.

[982] *Colonia Protocol on Reciprocal Promotion and Protection of Investments within MERCOSUR*, 17 janvier 1994 (adopté par la décision 11/93 du Conseil du marché commun) [ci-après *Protocole de Colonia*], reproduit dans *I.I.I. : A Compendium*, vol. II, *supra* note 706, 513. Parra, *supra* note 677 aux pp. 291-292.

L'investisseur étranger peut à son choix recourir aux tribunaux internes de l'État hôte, soumettre sa plainte à l'arbitrage au CIRDI ou suivant son Mécanisme supplémentaire, ou suivant le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, ou encore un mécanisme spécial de règlement des différends du MERCOSUR dont la création éventuelle est envisagée[983]. Le protocole de Colonia reconnaît donc le droit des investisseurs étrangers provenant du MERCOSUR d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte pour violation de ses règles de fond relatives au traitement des investissements étrangers. Il a été complété par le protocole de Buenos Aires, qui porte sur la promotion et la protection des investissements provenant de l'extérieur du MERCOSUR[984]. Ce second Protocole ne comporterait toutefois pas de consentement préalable à l'arbitrage de la part des États membres du MERCOSUR, ce qui n'est pas étonnant puisque l'État de nationalité de ces investisseurs n'est pas partie au Protocole, mais viserait plutôt à harmoniser le contenu des traités bilatéraux d'investissement à être conclus entre un État tiers et un État membre du MERCOSUR[985]. Aucune plainte privée ne semble avoir été soumise à l'arbitrage en vertu du protocole de Colonia jusqu'à maintenant.

Un accord régional de libre-échange a aussi été conclu par le « Groupe des trois », composé du Mexique, de la Colombie et du Vénézuela[986]. Celui-ci est largement inspiré de l'*ALÉNA*, aussi comprend-il un chapitre consacré à l'investissement étranger direct qui applique intégralement le modèle de son chapitre 11[987]. Aucune plainte privée ne semble avoir été soumise à l'arbitrage sur sa base pour le moment.

Les pays membres du Marché commun d'Amérique centrale ont également conclu un accord régional sur l'investissement qui applique intégralement le modèle du chapitre

---

[983] *Protocole de Colonia*, *ibid.* art. 9. Voir Sacerdoti, *supra* note 684 aux pp. 426-428.
[984] *Protocol on Promotion and Protection of Investments coming from States not Parties to MERCOSUR*, 5 août 1994 (adopté par la décision 11/94 du Conseil du marché commun) [ci-après *Protocole de Buenos Aires*], reproduit dans *I.I.I. : A Compendium*, vol. II, *supra* note 706, 527.
[985] *Protocole de Buenos Aires*, *ibid.* art. 1 et 2H; Parra, *supra* note 677 aux pp. 345 et 357; Sacerdoti, *ibid.*
[986] *Treaty on Free Trade between the Republic of Colombia, the Republic of Venezuela and the United Mexican States*, 13 juin 1994, 32 I.L.M. 605 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [ci-après *ALÉ du Groupe des trois*], en ligne : Système d'information sur le commerce extérieur <http://www.sice.oas.org/Trade/G3_E/G3E_TOC.asp > (date d'accès : 3 novembre 2004).
[987] *ALÉ du Groupe des trois*, *ibid.* chapitre XVII; Parra, *supra* note 677 aux pp. 291-292.

11 de l'*ALÉNA*[988]. Son mécanisme de règlement des différends ne semble pas non plus avoir été utilisé jusqu'à maintenant.

Les différentes applications du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* dans les Amériques, aux plans bilatéral ou régional, exercent une pression sur le cours des négociations entourant la création de la ZLÉA. Le chapitre sur l'investissement figurant dans le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* prévoit donc des règles de fond concernant le traitement des investissements étrangers, ainsi qu'un mécanisme spécial de règlement des différends semblable à celui du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, qui permettrait aux investisseurs étrangers d'un État membre de la ZLÉA de porter plainte contre un autre État membre de la ZLÉA[989]. Trois textes alternatifs sont proposés, comportant eux-mêmes de nombreuses dispositions alternatives, mais tous envisagent le consentement préalable de l'État hôte à l'arbitrage international dans l'hypothèse de la violation des règles de fond du traité concernant le traitement des investissements[990]. Une des propositions rappelle la pratique bilatérale actuelle des États-Unis, avec la coexistence des trois hypothèses de différend relatif à un investissement, soit celui concernant la violation du traité, celui concernant un permis d'investissement, ou celui concernant un contrat d'État[991]. Dans la première et la dernière propositions, le choix de recourir aux tribunaux internes semble également être offert à la partie privée, ce qui expliquerait que l'on mentionne que le droit national de l'État puisse aussi être applicable au fond du litige[992]. Le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA* reste trop embryonnaire pour qu'on puisse en faire une analyse sérieuse; ce qu'il faut retenir pour les fins qui nous intéressent, c'est que l'idée de reconnaître aux investisseurs étrangers le droit d'invoquer la

---

[988] *Treaty on Investment and Trade in Services between the Republics of Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua*, chapitre 3, en ligne : Système d'information sur le commerce extérieur <http://www.sice.oas.org/trade/cainv/indice.asp> (date d'accès : 3 novembre 2004). Sur le Marché commun de l'Amérique centrale, voir *supra* la note 972.

[989] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *supra* note 668, chapitre XVII. Voir généralement R. Echandi, « Bringing Investment to the Aegis of the Multilateral Trading System : Steps Taken in the Context of the FTAA Negotiation Group on Investment » dans *New Directions in International Economic Law*, *supra* note 20, 391. Voir aussi J.S. Wiltse, « An Investor-State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas : Lessons from NAFTA Chapter Eleven » (2003) 51 Buffalo L. Rev. 1145.

[990] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *ibid.* première version art. 26, 31 et 41, deuxième version art. 25, 26 et 31, troisième version art. 24. Voir Echandi, *ibid.* à la p. 410.

[991] *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *ibid.* deuxième version art. 25 et 31.

[992] *Ibid.* première version art. 27 et 41 et troisième version art. 24.

responsabilité de l'État hôte est clairement proposée dans le texte servant de base aux négociations.

c) Application réussie du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan multilatéral : le *Traité sur la Charte de l'énergie* (*TCE*)

Jalon capital de l'évolution de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte, le *Traité sur la Charte de l'énergie*[993] (*TCE*) est venu confirmer les tendances qui se dessinaient précédemment et donne le ton pour tout développement à venir au plan multilatéral quant aux droits des personnes privées dans le règlement des différends liés à l'investissement. Conclu en 1994, le *TCE* reconnaît effectivement aux investisseurs étrangers le droit d'invoquer la responsabilité de l'État hôte, pour violation de ses obligations internationales conventionnelles, à l'instar du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Il se distingue néanmoins de ce dernier de manière significative, tant par son champ d'application personnel que matériel : le *TCE* compte 51 pays signataires contre trois seulement pour l'*ALÉNA*[994], tandis que seuls les investissements liés au secteur de l'énergie sont visés par le premier comparativement au second qui lui vise tous les investissements[995].

Ce *Traité* est passé relativement inaperçu jusqu'à présent, hors du cercle restreint des spécialistes du droit de l'investissement dans le secteur de l'énergie, et ce malgré son importance certaine dans la formation du nouveau droit international de l'investissement étranger direct et le processus d'adhésion de nombreux États à l'OMC[996]. Peut-être est-ce

---

[993] *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 33 I.L.M. 382 (entré en vigueur le 16 avril 1998; modifié le 24 avril 1998) [ci-après *TCE*]. Une version française du *TCE* a été publiée par le Secrétariat de la Charte de l'énergie dans *Le Traité sur la Charte de l'énergie et documents connexes*, Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l'énergie, 1996.

[994] Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Energy Charter: Rules for an Open Market Energy,* Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l'énergie, 1998. La Communauté européenne a également signé le *TCE* en plus des 51 pays signataires, qui incluent ses États membres.

[995] Le *TCE* vise « tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie », *supra* note 993, art. 1(6). Cette définition plutôt large pourrait avoir pour effet d'atténuer la nature sectorielle du *Traité*. C.S. Bamberger, J. Linehan et T.W. Wälde, « Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase » (2000) 18:3 J. Energy & Nat. Res. L. 331, à la p. 333.

[996] L'essentiel de la doctrine sur le *TCE* provient d'Europe. Pour une étude générale du *Traité*, voir. T.W. Wälde, « International Investment Under the Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors Within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern

dû à sa nature sectorielle, ou encore au fait qu'il a été négocié et conclu dans l'ombre de la finalisation du cycle de l'Uruguay? Reste que le *Traité* a fait l'objet de très peu d'attention dans les doctrines américaine et canadienne, en dépit du fait que le Canada et les États-Unis ont participé aux négociations jusqu'au bout même s'ils n'ont finalement pas signé le *TCE*[997].

### *(i) L'effondrement du Bloc de l'Est et la géopolitique du pétrole : l'importance du TCE au-delà du secteur de l'énergie*

Au lendemain de la chute du mur de Berlin et alors même que des bouleversements politiques imprévus transformaient la face de l'Europe et du monde, le premier ministre des Pays-Bas, Ruud Lubbers, avança l'idée de la création d'une communauté européenne de l'énergie lors du Conseil européen de Dublin, en juin 1990[998]. Fondée sur la volonté de consolider les bases d'une Nouvelle Europe et participant de la recomposition de l'espace européen après la levée du Rideau de fer, cette idée entendait ouvrir la voie à une nouvelle ère de coopération entre l'Europe orientale et occidentale[999]. Évidemment, il va de soi que cette entreprise impliquait la réintégration de ces anciens pays communistes dans le système commercial multilatéral, ainsi que leur adhésion pleine et entière au libéralisme économique et à l'économie de marché.

Le choix d'amorcer cette coopération dans le secteur de l'énergie s'explique aisément[1000]. La vulnérabilité de l'approvisionnement énergétique de l'Europe

---

European Countries » (1995) 29:5 J.World T. 5 [ci-après Wälde, « International Investment under the ECT »]. Voir aussi J. Doré et R. De Bauw, *The Energy Charter Treaty: Origins, Aims and Prospects*, Londres, Royal Institute of International Affairs, 1995; R. Babadji, « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) » (1996) 42 Ann. fran. dr. int. 872. Pour une analyse plus complète, voir *East-West Gateway for Investment and Trade*, *supra* note 736.

[997] Le silence de la doctrine américaine a été souligné par D.F. Vagts, Recension de *East-West Gateway for Investment and Trade* de T.W. Wälde (1997) 91 A.J.I.L. 403. Par ailleurs, la doctrine canadienne ne s'est pas du tout intéressée au *TCE*; la doctrine française est également peu abondante sur celui-ci.

[998] Voir généralement Doré et De Bauw, *supra* note 996 aux pp. 1-4; voir également Wälde, « International Investment under the ECT », *supra* note 996 aux pp. 8-11.

[999] Voir généralement B.-C. Ryba, « L'Union européenne et l'Europe de l'Est, l'évolution des relations de la Communauté (devenue Union européenne) avec l'Europe de l'Est et les perspectives d'avenir » [1994] Rev. M.C.U.E. 564. Sur la décomposition de l'antagonisme Est-Ouest et la recomposition de l'espace européen, voir Moreau Defarges, *supra* note 572 aux pp. 37-41.

[1000] Sur le caractère stratégique du *TCE*, voir généralement A. Smith, « The 1994 Energy Charter Treaty: EU Foreign Policy in the Field of Energy? » dans A. Cafruny et P. Peters, dir., *The Union and the World:*

occidentale — mais aussi des autres États membres de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) —, en raison de sa dépendance croissante envers les pays du Golfe persique, fait en sorte qu'il est primordial pour des raisons de sécurité énergétique qu'ils diversifient leurs sources d'approvisionnement afin de réduire cette dépendance, vu l'instabilité chronique de cette région[1001]. Or les abondantes ressources pétrolières et gazières de l'ex-Union soviétique revêtent à ce titre une importance stratégique de premier ordre et peuvent contribuer à sécuriser l'approvisionnement énergétique de l'Occident[1002]. De leur côté, les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) et les pays de l'ex-URSS ont un urgent besoin de capitaux et de savoir-faire technologique afin de maintenir et de développer leurs infrastructures et l'exploitation de leurs ressources énergétiques. Les pays d'Europe occidentale disposant de ces ressources en capitaux et en technologie, le secteur de l'énergie est donc apparu comme le choix logique pour amorcer une coopération Est-Ouest basée sur la complémentarité des besoins et les avantages mutuels[1003]. Enfin, il faut souligner que la plus grande part du commerce Est-Ouest s'effectuait déjà dans le secteur de l'énergie avant même l'adoption du *TCE*[1004].

On le voit, le fait que le *TCE* soit un traité sectoriel n'en réduit pas pour autant l'importance vu son caractère stratégique et l'ampleur des investissements et du commerce potentiels en jeu. Au surplus, il faut également avoir à l'esprit l'exemple de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) pour bien mesurer l'importance du *TCE*[1005]. L'intégration de l'Europe occidentale au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale a en effet débuté par la coopération dans le secteur vital de

---

*The Political Economy of a Common European Foreign Policy,* La Haye, Kluwer Law International, 1998, 247; A. Papaioannou, « Security of Energy Supply: the Approach in the European Union and the Contribution of the Energy Charter Treaty » (1995) 3:2 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 34.

[1001] Sur la vulnérabilité croissante de l'approvisionnement énergétique de l'Occident face aux pays exportateurs de pétrole du Golfe persique, voir W.F. Martin, R. Imai et H. Steeg, *Maintaining Energy Security in a Global Context,* New-York, Trilateral Commission, 1996 aux pp. 1-2 et 6-12.

[1002] Martin, Imai et Steeg, *ibid.* aux pp. 39-41. La Russie est le troisième producteur de pétrole au monde derrière l'Arabie saoudite et les États-Unis, alors qu'elle est le premier producteur et exportateur mondial de gaz naturel.

[1003] E. Paasivirta, « The European Union and the Energy Sector: The Case of the Energy Charter Treaty » dans M. Koskenniemi, dir., *International Law Aspects of the European Union,* La Haye, Kluwer Law International, 1998, 197 à la p. 198; Doré et De Bauw, *supra* note 996 à la p. 11; Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 aux pp. 8-11.

[1004] Paasivirta, *ibid.* à la p. 198.

[1005] *Ibid.* à la p. 214.

l'énergie en 1950, coopération qui s'est ensuite étendue à l'ensemble de la sphère économique avec la création de la Communauté économique européenne (CEE) en 1957; or, on sait que la matrice du traité ayant institué la CEE fut celui ayant créé la CECA[1006]. Son importance au-delà du secteur de l'énergie réside dans son caractère multilatéral et dans l'œuvre de systématisation de l'évolution récente du nouveau droit international de l'investissement étranger direct et des pratiques émergentes en matière de traités bilatéraux et régionaux d'investissement[1007].

La Commission européenne s'est vue confier la tâche de concrétiser cette idée de coopération et ses travaux ont abouti à la signature le 17 décembre 1991 d'une déclaration politique par 53 pays et les Communautés européennes : la *Charte européenne de l'énergie*[1008]. Parmi ces signataires, se retrouvent également des pays non européen dont notamment le Canada et les États-Unis, marquant le caractère déjà plus qu'européen de l'entreprise. Ces derniers éprouvaient en effet des craintes d'être laissés pour compte dans ces développements et de voir les pays d'Europe occidentale gagner un accès privilégié aux vastes ressources énergétiques de l'ex-URSS; en outre, les Américains craignaient plus particulièrement que ces développements ne créent un précédent dangereux sur le plan multilatéral si des normes trop peu élevées devaient être adoptées[1009].

Pour l'essentiel, les signataires de la *Charte européenne de l'énergie* se sont entendus sur le principe qu'ils devaient libéraliser le commerce international dans le secteur de l'énergie conformément aux règles du *GATT de 1947*, ainsi que promouvoir et protéger les investissements dans ce secteur tout en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité énergétique et de protéger l'environnement[1010]. Aucun engagement ne porte explicitement sur le règlement des différends; tout au plus prévoie-t-

---

[1006] Voir Rideau, *supra* note 536 aux pp. 23-24.
[1007] Voir Poirat, *supra* note 742 aux pp. 63-64.
[1008] *Charte européenne de l'énergie*, 17 décembre 1991, document de clôture de la Conférence de La Haye sur la Charte européenne de l'énergie (en plus de l'ensemble des pays européens — à l'exception de la Yougoslavie — et des anciennes républiques soviétiques d'Asie centrale, les autres pays signataires non européens sont l'Australie, le Canada, les États-Unis, la Mongolie et le Japon). Une version française de la Charte a été publiée par le Secrétariat de la Charte de l'énergie dans *Le Traité sur la Charte de l'énergie et documents connexes*, *supra* note 993 à la p. 220. Voir généralement C. Waeterloos, « Une charte européenne de l'énergie : pour quoi faire ? » [1991] Rev. M.C.U.E. 439.
[1009] Doré et De Bauw, *supra* note 996 aux pp. 3 et 25; Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 à la p. 8.
[1010] *Charte européenne de l'énergie*, *supra* note 1008, titre II, art. 3-4, 7.

on promouvoir et protéger les investissements « en conformité avec les législations et règles internationales pertinentes en matière d'investissement et de commerce »[1011].

Les signataires de la *Charte européenne de l'énergie* se sont engagés à traduire ces engagements de principe dans un traité juridiquement contraignant, ce qui a conduit à l'adoption du *TCE*[1012]. Les négociations du *Traité* furent ardues et se déroulèrent dans l'antichambre des négociations du cycle de l'Uruguay; la complexité de ces dernières se répercuta dans le texte final du *TCE* et le Canada et les États-Unis furent finalement les seuls signataires de la *Charte européenne de l'énergie* à ne pas signer le *TCE*[1013]. Ce qu'il importe de retenir, c'est que l'octroi aux investisseurs du droit d'invoquer la responsabilité d'un État au plan international, en cas de manquement allégué au *Traité*, n'a pas fait l'objet de controverse. Les États-Unis ne se sont pas opposés au *TCE* pour cette raison et ont au contraire contribué grandement à la rédaction de la disposition le prévoyant[1014]; leur refus s'expliquerait plutôt principalement par le fait que le *TCE* ne prévoie pas d'obligations juridiquement contraignantes en matière de promotion des investissements, contrairement aux traités bilatéraux d'investissement américains qui le prévoient et offrent ainsi une meilleure protection aux investisseurs[1015].

Ce n'est donc pas la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte qui a été au cœur des discussions lors des négociations; l'on peut d'ailleurs s'étonner de la facilité avec laquelle cela a été

---

[1011] *Ibid.* titre II, art. 4.
[1012] *Ibid.* titre III, paragr. 1.
[1013] Pour un récit complet du déroulement des négociations, voir généralement Doré et De Bauw, *supra* note 996 aux pp. 22-37. Afin de dénouer l'impasse dans laquelle celles-ci se trouvaient, la Commission européenne a proposé de scinder la promotion et la protection des investissements; dans le premier cas, le traité ne comprendrait que des engagements de principe à être mis en œuvre dans un traité juridiquement contraignant ultérieur, alors que dans le deuxième cas le traité prévoirait des obligations juridiquement contraignantes. Cette proposition a eu l'heur de rallier la Russie et les autres pays en transition qui n'étaient pas en mesure de s'engager davantage en matière de promotion des investissements.
[1014] W. Fox, « The United States and the Energy Charter Treaty : Misgivings and Misperceptions » dans *East-West Gateway for Investment and Trade*, *supra* note 736, 194 à la p. 196.
[1015] États-Unis, *U.S. Government Statement, European Energy Charter Meeting,* Lisbonne, Portugal, 15-16 décembre 1994, 34 I.L.M. 556; Doré et De Bauw, *ibid.* aux pp. 34, 43, 55-56 et 73-74; Wälde, « International Investment Under the ECT », *ibid.* aux pp. 23 et 30. En outre, une série d'autres difficultés expliquent le refus des États-Unis, dont entre autres la clause de la nation la plus favorisée du *TCE* qui aurait été en conflit avec la pratique américaine du renouvellement annuel de l'octroi de ce statut, l'absence d'une clause fédérale, ainsi que la formulation de l'exception relative aux accords d'intégration économique régionaux. Les raisons expliquant le refus du Canada ne sont en revanche pas claires, puisqu'il semble qu'on a d'abord pressenti qu'il signerait le *TCE*, mais il s'est finalement rangé du côté des Etats-Unis.

accepté par les signataires du *TCE*[1016]. Il se pourrait que cet élargissement du droit de porter plainte au plan multilatéral ait été fait un peu à l'improviste, en catimini, sans que toutes ses implications n'aient été réellement examinées par les parties aux négociations du *TCE*, en raison du fait que toute leur attention était alors retenue par la négociation des accords de l'OMC et de l'*ALÉNA*[1017]. En effet, cela est d'autant plus étonnant que cet élargissement a eu lieu dans le secteur de l'énergie, où les États sont traditionnellement particulièrement sensibles à la question du contrôle des ressources et à la préservation de la souveraineté nationale[1018].

### *(ii) Survol du Traité sur la Charte de l'énergie*

À l'instar de la *Charte européenne de l'énergie*, le *TCE* a également une vocation mondiale et non strictement européenne, comme en témoigne la disparition du qualificatif « européenne » du titre. En effet, les pays signataires non européens comprennent l'Australie, le Japon et la Mongolie — sans parler des anciennes républiques soviétiques d'Asie centrale — alors que des pays d'Amérique, d'Afrique et d'Asie ainsi que des organisations internationales — dont particulièrement l'OMC — ont un statut d'observateur auprès de la Conférence de la Charte de l'énergie[1019]. Le *TCE* est donc le

---

[1016] Jan Paulsson a souligné que cette attitude était en rupture avec celle qui dominait jusqu'à tout récemment avec l'idéologie du Nouvel Ordre économique international, fondée sur la suprématie de la souveraineté nationale. Il doute que cette acceptation ait été le fruit de l'ignorance de certains pays signataires, puisque la question de la préservation de la souveraineté nationale a été débattue lors des négociations, particulièrement par la Norvège. J. Paulsson, « Arbitration Without Privity », *supra* note 736 à la p. 437.

[1017] Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *supra* note 736 à la p. 450.

[1018] Paasivirta, *supra* note 1003 à p. 213. Il faut toutefois souligner que l'article 18 du *TCE* vise précisément à confirmer la souveraineté nationale et les droits souverains des États sur les ressources énergétiques. L'articulation de cette disposition avec le reste du *Traité* ne va pas sans difficultés, particulièrement dans la perspective de l'adoption d'un régime de promotion des investissements juridiquement contraignant. Voir Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 aux pp. 34, 65.

[1019] Les pays ayant un statut d'observateurs sont : le Canada, les États-Unis, le Venezuela, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, l'Arabie saoudite, le Koweït, le Bahreïn, Oman, le Qatar, les Émirats arabes unis, la Chine, l'Iran, la Corée du Sud, le Nigéria, ainsi que la Serbie-et-Monténégro. Les organisations internationales ayant un statut d'observateur sont : l'OMC, la Banque mondiale, l'OCDE, l'Agence internationale de l'énergie, la Banque européenne de reconstruction et de développement, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, le Electric Power Council de la Communauté des États indépendants, l'ANASE, la Organization of the Black Sea Economic Cooperation (BSEC), ainsi que la Baltic Sea Region Energy Co-operation (BASREC). Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Members and Observers*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org/index.jsp?psk=0101&ptp=tDetail.jsp&pci=37&pti=20> (date d'accès : 26 octobre 2004).

premier traité multilatéral à accorder aux investisseurs étrangers le droit d'invoquer la responsabilité de l'État hôte devant une instance internationale pour manquement à ses obligations internationales conventionnelles[1020]. C'est donc dire si l'accroissement de la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux relatifs à l'investissement n'est pas chose marginale mais bien une tendance lourde.

Une caractéristique essentielle du *TCE* réside dans son régime d'application provisoire entre la signature du *Traité* et son entrée en vigueur, qui a eu pour effet de rendre opérationnel le mécanisme de règlement des différends entre investisseur étranger et État hôte dès le 17 décembre 1994[1021]. Cependant, tout signataire peut décider de mettre fin à l'application provisoire du *TCE*; mais — et cela démontre la portée considérable du droit de porter plainte accordé aux investisseurs — le régime de protection des investissements et le mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État demeure applicable pendant vingt ans à partir de la fin de l'application provisoire du *Traité*, en ce qui concerne les investissements réalisés au cours de la période d'application provisoire[1022]. Cette application provisoire du *TCE*, et particulièrement celle du régime de protection des investissements et du mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État, ainsi que leur prolongement au-delà de l'éventuelle fin de l'application provisoire du *Traité*, lui donnent un pouvoir coercitif, offrant de réelles garanties de mise en œuvre aux investisseurs[1023].

---

[1020] Il s'agit également du premier accord commercial multilatéral signé par les États issus de la désintégration de l'Union soviétique et les PECO dans l'ère post-communiste. Doré et De Bauw, *supra* note 996 à la p. 36.

[1021] *TCE*, *supra* note 993, art. 45(1), (2). Cette application provisoire n'a cependant pas lieu à l'égard d'un État dans la mesure ou elle est incompatible avec sa Constitution ou ses lois et règlements, ou encore s'il a fait une déclaration selon laquelle il n'est pas en mesure de l'accepter lors de la signature. Cette déclaration peut cependant être retirée à tout moment afin donner effet à l'application provisoire. Elle ne peut en aucun cas soustraire un signataire à ses obligations quant à la structure et aux institutions mises en place par le *Traité*, notamment en ce qui concerne le financement, à moins que cela soit incompatible avec ses lois et règlements.

[1022] *TCE*, *ibid.* art. 45(3). Toutefois, des signataires ont choisi de ne pas se soumettre à ce prolongement du régime de protection des investissements au-delà de l'éventuelle fin de l'application provisoire. Ceux-ci sont énumérés à l'annexe PA : il s'agit de la République Tchèque, de l'Allemagne, de la Hongrie, de la Lituanie, de la Pologne et de la Slovaquie.

[1023] Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 à la p. 66.

L'application provisoire vaut jusqu'à l'entrée en vigueur du *Traité* à l'égard d'un signataire; celui-ci est entré en vigueur le 16 avril 1998[1024]. Une projection au-delà de la vie du *Traité* du régime de protection des investissements et du mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État est également prévue, dans l'hypothèse ou un État choisirait de se retirer du *TCE* après son entrée en vigueur[1025]. Dans un tel cas, ces dispositions demeurent applicables à l'investissement réalisé alors que le *Traité* était en vigueur pendant une période de vingt ans suivant la date effective du retrait[1026]. On le voit, le droit des investisseurs de porter plainte contre un État a une prégnance énorme et survit normalement plus de vingt ans à la mort du *Traité*.

Les dispositions du *TCE* se déploient autour de deux axes : d'une part, la promotion et la protection des investissements associés à une activité économique dans le secteur de l'énergie et, d'autre part, la libéralisation du commerce des matières et produits énergétiques[1027]. Il est important de souligner qu'il s'agit de la première fois que ces deux matières sont réglementées ensemble dans un même traité multilatéral[1028]; il est permis d'y voir une indication supplémentaire qu'un accord général sur l'investissement pourrait

---

[1024] Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Status of Ratification of the Energy Charter Treaty*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org//index.jsp?psk=0106&ptp=tDetail.jsp&pci=24&pti=36> (dernière modification : 1er janvier 2005). Le *Traité* est entré en vigueur le 90ème jour suivant le dépôt du 30ème instrument de ratification d'un signataire conformément à l'article 44. À ce jour, sur les 51 signataires, 46 ont ratifié le *TCE*, deux l'appliquent provisoirement (Bélarus et Russie) et trois ne l'appliquent pas (Australie, Islande et Norvège).

[1025] *TCE*, *supra* note 993, art. 47(1), (2). Une partie contractante peut se retirer du *TCE* à partir de 5 ans après son entrée en vigueur à son égard, ce retrait prenant effet 1 an après la réception de la notification requise pour ce faire, ou à une date ultérieure indiquée dans la notification.

[1026] *Ibid.* art. 47(3). Il faut mentionner que, contrairement aux dispositions sur l'application provisoire, l'on ne se réfère ici pas à des parties spécifiques du *Traité* mais plutôt à l'ensemble de ses dispositions; cela n'a cependant pas d'incidence sur la présente analyse.

[1027] Il faut en outre mentionner que le *TCE* s'intéresse aussi, dans une moindre mesure, aux aspects environnementaux liés au secteur de l'énergie ainsi qu'à la question de l'efficacité énergétique au moyen d'engagements de principe à caractère non juridiquement contraignant. *Ibid.* art. 19; *Protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes*, 17 décembre 1994, 33 I.L.M. 445. La version française du *Protocole* a été publiée dans *Le Traité sur la Charte de l'énergie et documents connexes*, *ibid.* à la p. 191. Voir généralement A. Bradbrook, « Energy Efficiency and the Energy Charter Treaty » (1997) 14:5 Env. & Plan. L. J. 327; T.W. Wälde, « Sustainable Development and the 1994 Energy Charter Treaty: Between Pseudo-Action and the Management of Environmental Investment Risk » dans F. Weiss, E. Denters et P. de Waart, dir., *International Economic Law with a Human Face,* La Haye, Kluwer Law International, 1998, 223.

[1028] Voir Paasivirta, *supra* note 1003 à la p. 197. La *Charte de La Havane*, qui de toute façon n'est jamais entrée en vigueur, traitait aussi à la fois d'investissement étranger et de libéralisation du commerce, mais ne prévoyait pas de normes substantives juridiquement contraignantes en ce qui concerne les investissements. Sur le plan régional en revanche, l'*ALÉNA* traite de manière détaillée de ces deux matières.

finir par se retrouver parmi les accords de l'OMC[1029]. L'interdépendance entre investissement et commerce réside dans le fait que l'investisseur sera davantage intéressé à investir dans un pays donné s'il peut par la suite librement échanger le produit de son investissement sur les marchés internationaux. Il est également important de souligner qu'il s'agit en outre du premier — et à l'heure actuelle du seul — traité multilatéral sur l'investissement, prévoyant des normes internationales substantives[1030].

Les dispositions sur l'investissement étranger peuvent être divisées en deux parties, correspondant aux deux phases distinctes du processus d'investissement. Un ensemble d'engagements de principe, ou dispositions de *soft law*, vise la promotion des investissements ou phase de pré-investissement[1031]; on a vu que c'est entre autres la nature non juridiquement contraignante de ce régime de promotion des investissements qui est à l'origine du refus des États-Unis de signer le *Traité*. Il est déjà prévu qu'un traité complémentaire sera adopté afin de mettre en place un régime de promotion des investissements juridiquement contraignant[1032]. Cependant, un autre ensemble de dispositions cette fois juridiquement contraignantes vise à protéger l'investissement une fois réalisé[1033]; c'est précisément en raison de la violation de ce régime de protection des

---

[1029] Voir Paasivirta, *ibid.* à la p. 214.

[1030] Voir Wälde, « International Investment Under the ECT, *supra* note 996 aux pp.5-7.

[1031] Ce régime de promotion des investissements comprend les engagements de principe suivants: créer des conditions propices à la réalisation d'investissements, traitement national et de la nation la plus favorisée aux investisseurs étrangers au stade de la réalisation de l'investissement, suppression graduelle des obstacles à la réalisation d'investissement, facilitation de l'accès aux ressources énergétiques, transparence du cadre juridique national. *TCE*, *supra* note 993, art. 10(1), (2), (3) et (5), 18(4) et 20. Voir généralement Wälde, « International Investment Under the ECT », *ibid.* aux pp. 30-37.

[1032] *TCE*, *ibid.* art. 10(4). On l'a vu, c'est précisément ce compromis proposé par la Commission européenne qui a débloqué les négociations et permis l'adoption du *Traité*. Les négociations entourant ce traité complémentaire devaient s'amorcer au plus tard le 1er janvier 1995 et le traité être conclu avant le 1er janvier 1998. Cet échéancier a été largement dépassé, puisque les parties sont convenues à l'automne 2002 de suspendre les négociations en attendant de voir les résultats du cycle de Doha dans l'enceinte de l'OMC. Un accord avait pourtant failli intervenir en 1998, pour finalement échouer en raison principalement de l'intention de certains pays membres de l'OCDE de ne pas accepter entièrement la clause du traitement national en matière de privatisation. Bamberger, Linehan et Wälde, *supra* note 995 aux pp. 345-346. Voir Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Interview with the Energy Charter Investment Group Chairman*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org/upload/1/fatouros%20interview.pdf> (date d'accès : 26 mai 2005). Le projet de texte du traité complémentaire sur la base duquel se sont déroulées les négociations a été rendu public. Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Draft Supplementary Treaty to the Energy Charter Treaty*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org/upload/1/ST%20-%20main%20text.pdf> (date d'accès : 26 mai 2005).

[1033] Ce régime de protection des investissements comprend les éléments suivants : protection du caractère obligatoire des contrats, traitement national et traitement de la nation la plus favorisée, libre choix du personnel de base, compensation pour perte, protection en cas d'expropriation et liberté des transferts de

investissements que les investisseurs peuvent invoquer directement la responsabilité internationale de l'État[1034].

Le *TCE* vise également à libéraliser le commerce international dans le secteur de l'énergie, mais la plupart de ses pays signataires ne sont toujours pas membres de l'OMC[1035]. C'est pourquoi le *Traité* a été conçu pour préparer ces pays à adhérer pleinement aux règles du système commercial multilatéral, en renvoyant aux règles du *GATT de 1947*, puis de l'OMC, par le biais d'un régime transitoire souffrant différentes exceptions suivant le degré de transition de l'économie du pays concerné[1036]. Fait intéressant, un mécanisme de règlement des différends interétatiques est mis sur pied pour connaître spécifiquement des litiges impliquant ce régime transitoire, ne réservant aucune place aux personnes privées à l'instar de celui de l'OMC[1037]. Néanmoins, il se distingue de ce dernier car il a pris pour exemple un modèle de mécanisme moins juridictionnalisé proposé lors des négociations du cycle de l'Uruguay, ne prévoyant notamment pas d'appel ni d'adoption quasi automatique des rapports des groupes spéciaux[1038]. Pour ce qui est du commerce entre deux pays signataires déjà membres de l'OMC, les règles des accords de l'OMC trouvent application ainsi que leur mécanisme de règlement des différends[1039].

---

paiements afférents aux investissements. *TCE*, *ibid.* art. 10(1) *in fine*, (7), 11-14. Voir généralement Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 aux pp. 37-56.

[1034] *TCE*, *ibid.* art. 26. Voir la partie 2.3.3c) *(iii)*, ci-dessous, pour l'analyse de ce mécanisme de règlement des différends.

[1035] Voir généralement O.Q. Swaak-Goldman, « The Energy Charter Treaty and Trade: A Guide to the Labyrinth » (1996) 30:5 J. World T. 115.

[1036] *TCE*, *supra* note 993, art. 29. Les articles 5, 8 et 9 visent également les mesures d'investissement liées au commerce, le transfert de technologie et l'accès aux capitaux. Les dispositions sur le commerce ont été modifiées le 24 avril 1998 essentiellement pour étendre la portée du *Traité* aux équipements liés à l'énergie et afin de tenir compte de l'adoption des accords de l'OMC, sans toutefois que cela ait modifié le mécanisme de règlement des différends. Voir Bamberger, Linehan et Wälde, *supra* note 995 à la p. 348.

[1037] *TCE*, *ibid.* art. 29(7), 36(4), annexe D. Ce mécanisme interétatique débute par une phase de consultation obligatoire, qui en cas d'échec mène à la soumission de la plainte à un jury constitué par le Secrétariat de la Charte de l'énergie à la demande d'une partie consultante; le rapport du jury doit être adopté par la Conférence de la Charte de l'énergie à la majorité des trois quarts et ne peut être porté en appel. En cas de non conformité avec la décision après un délai raisonnable, la partie lésée peut demander une compensation; si aucun accord n'est possible sur la compensation, la partie lésée peut demander à la Conférence l'autorisation de suspendre ses obligations à l'égard de la partie défaillante.

[1038] Paasivirta, *supra* note 1003 à la p. 211; Bamberger, Linehan et Wälde, *supra* note 995 à la p. 338.

[1039] *TCE*, *supra* note 993, art. 4, 29(7).

En plus du renvoi aux règles de l'OMC, le *Traité* prévoit également des règles concernant la concurrence et le transit de matières et produits énergétiques[1040]; les pays signataires s'engagent notamment à avoir et à appliquer une législation sur la concurrence dans le secteur de l'énergie[1041]. Dans les deux cas, un mécanisme spécifique de règlement des différends interétatiques est prévu, ne réservant aucune place aux personnes privées[1042].

Autrement le *TCE* prévoit un mécanisme général de règlement des différends interétatiques relatifs au *Traité*, autres que ceux pour lesquels un mécanisme spécifique a été mis en place[1043]; ce mécanisme général ne réserve encore une fois aucune place aux personnes privées, à l'instar des mécanismes spécifiques du *TCE* que l'on vient de voir. Il n'est cependant pas clair si ce mécanisme est le seul canal par lequel les parties peuvent régler leur différend pour les litiges qu'il est habilité de connaître : le *Traité* est silencieux sur cette question[1044].

On le constate, les tendances observées précédemment dans le droit international économique se vérifient dans le *TCE* : le règlement des différends impliquant l'application d'engagements de libéralisation du commerce excluent toute participation des personnes privées, y compris cette fois en matière d'application des engagements en

---

[1040] *Ibid.* art. 6 et 7.
[1041] *Ibid.* art. 6(2).
[1042] Le mécanisme applicable aux différends en matière de concurrence est exclusif du mécanisme général de règlement des différends du *TCE* (hormis sa première phase de recours à la voie diplomatique), illustrant le caractère particulier des questions de concurrence sur le plan national. *Ibid.* art. 6(5), (7). Il met en place un système de notification entre les États par lequel l'on peut demander aux autorités compétentes en matière de concurrence d'entamer une action coercitive, demande à laquelle l'État qui a reçu la notification doit répondre mais n'est pas tenu de donner suite. Ce mécanisme est donc très peu juridictionnalisé et ne réserve aucune place aux personnes privées. Par ailleurs, un mécanisme de conciliation interétatique est mis en place en ce qui concerne les différends portant sur le transit de matières et produits énergétiques, ne réservant encore une fois aucune place aux personnes privées (*ibid.* art. 7(7)). Voir généralement L. Hancher et S. Wolgram, « The ECT Transit Conciliation Rules and Procedures » (1999) 12 Oil & Gas L. & Tax. Rev. 364.
[1043] *TCE*, *ibid.* art. 27-28. Ce mécanisme général ne s'applique également pas aux différends que les parties se sont engagées par écrit à régler autrement, à ceux ayant trait aux engagements en matière d'environnement, ainsi qu'à celui ayant trait au caractère obligatoire des contrats pour ceux qui les ont soustraits et apparaissent à l'annexe IA. Si le recours à la voie diplomatique s'avère infructueux, une partie peut soumettre le différend à un tribunal arbitral *ad hoc*, qui appliquera le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* comme droit formel et le *TCE* et le droit international comme droit matériel. À noter qu'une procédure spéciale est prévue en ce qui concerne le Canada (*sic*) (bien qu'il ne soit pas signataire du *TCE*) et l'Australie afin de faire certains aménagements leur permettant de temporiser leur manquement lorsque la mesure non conforme relève d'une entité fédérée (*ibid.* art. 27(3)i), annexe P).
[1044] *Cf. Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, supra* note 76, art. 23.

matière de concurrence. En revanche, la tendance à la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte se confirme.

### *(iii) L'article 26 : la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte pour violation du Traité*

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs étrangers et État hôte, qui est mis en place par l'article 26 du *TCE*, n'est pas sans rappeler le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, mais il s'en écarte quelque peu comme on le verra plus loin. L'article 26 couronne donc au plan multilatéral l'évolution de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux observée aux plans bilatéral et régional en matière d'investissement, d'où son importance.

Il faut aussi souligner que ce résultat pourrait ne pas avoir été voulu à la base par certaines parties occidentales aux négociations. L'histoire des négociations du *TCE* enseigne en effet qu'à l'origine, le *Traité* se voulait davantage à sens unique Est-Ouest : il aurait eu pour but de favoriser le commerce et l'investissement occidental dans les pays d'Europe orientale et de l'ex-URSS. Cependant, ces derniers et particulièrement la Russie ont réussi à infléchir le cours des négociations pour finalement imposer la réciprocité des engagements[1045]. Aussi le résultat — quoique inattendu — est-il que le mécanisme de l'article 26 peut être utilisé par un investisseur occidental contre un autre État occidental. On peut en déduire que les États occidentaux parties au *TCE* sont déjà acquis au principe du droit des investisseurs étrangers d'invoquer leur responsabilité pour manquement allégué à leurs engagements internationaux en matière d'investissement.

Le *TCE* n'est cependant pas clair sur la question de savoir si l'investisseur doit obligatoirement avoir recours au mécanisme de l'article 26 et porter lui-même plainte contre l'État hôte, ou s'il peut demander plutôt la protection diplomatique de son État de nationalité suivant les principes traditionnels du droit international. En l'absence d'une

---

[1045] Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 à la p. 10. On s'attend à ce qu'à terme, les entreprises russes dans le secteur de l'énergie seront elles-mêmes des investisseurs à l'étranger. Martin, Imai et Steeg, *supra* note 1001 à la p. 44.

exclusion explicite du recours à la protection diplomatique, à l'instar du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, il est permis de penser que l'investisseur pourrait la demander et le différend devenir interétatique si son État de nationalité devait décider de l'exercer[1046].

D'autre part, sa relation avec le mécanisme interétatique de règlement des différends de l'article 27 n'est pas claire non plus. L'État de nationalité de l'investisseur peut-il utiliser ce mécanisme dans l'hypothèse où il épouserait la cause de l'investisseur? Il semble bien que oui puisque l'article 27 a une portée générale et résiduelle[1047]. En revanche, il ne semble pas que l'État pourrait « interétatiser » le différend si l'investisseur devait choisir de recourir à l'article 26 et porter plainte lui-même contre l'État hôte, car le mécanisme interétatique n'est pas applicable si le *TCE* en « dispose autrement »[1048] et que l'investisseur aurait dans cette hypothèse effectué le choix que le *Traité* lui offre de ne pas demander la protection diplomatique. L'investisseur pourrait ainsi empêcher son État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique. Il est vrai que le manquement de l'État hôte constitue une faute à l'égard de l'État de l'investisseur, ce qui signifie que le différend a de toute façon une dimension interétatique par essence; le fait que deux plaintes soient portées simultanément par l'investisseur et son État poserait cependant d'importants risques que des sentences divergentes soient adoptées. En toute logique, il semble qu'il faille faire primer le mécanisme spécial sur le mécanisme interétatique général, vu sa nature résiduelle.

Si un différend oppose un investisseur d'une partie à une autre partie contractante concernant un manquement allégué au régime de protection des investissements, cet investisseur peut soumettre sa plainte suivant le mécanisme de règlement des différends de l'article 26; la plainte est cependant gelée trois mois pour permettre aux parties de tenter de régler le différend à l'amiable pendant cette période[1049]. Le *TCE* permet alors à

---

[1046] Le texte de l'article 26 n'est pas clair sur cette question. Il commence par disposer que « les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante [...] sont, dans la mesure du possible réglés à l'amiable », pour ensuite dire que si un tel règlement a échoué, « l'investisseur partie au différend peut choisir de le soumettre » suivant le mécanisme que l'article 26 prévoit. Aucune mention de l'État de nationalité de l'investisseur n'est faite. *TCE*, *supra* note 993, art. 26(1), (2).

[1047] Voir K.J. Vandevelde, « Arbitration Provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty » dans *East-West Gateway for Investment and Trade, supra* note 736, 409 à la p. 409 [ci-après Vandevelde, « Arbitration Provisions »].

[1048] *TCE*, *supra* note 993, art. 27(2).

[1049] *Ibid.* art. 26(1) et (2) paragraphe introductif.

l'investisseur de choisir entre trois voies différentes pour soumettre sa plainte : soit il la soumet aux tribunaux nationaux de l'État visé par la plainte, soit il la soumet à la procédure de règlement des différends applicable préalablement convenue, dans un contrat d'État par exemple, soit il la soumet à un tribunal arbitral international fondé exclusivement sur le *TCE*[1050]. Cela signifie que le *TCE* n'exige pas l'épuisement des recours internes pour que l'investisseur ait accès à l'arbitrage international; il l'impose plutôt uniquement dans l'hypothèse où l'investisseur a d'abord choisi d'aller devant les tribunaux nationaux ce qui, on le verra, se reflète dans la résolution de la question de la litispendance[1051].

Le *Traité* créé donc un droit autonome à l'arbitrage international, peut importe les stipulations du contrat d'investissement conclu avec l'État hôte; le mécanisme de l'article 26 complète le régime de protection des investissements en en garantissant la mise en œuvre devant une instance internationale indépendante. On verra plus bas que ce choix de l'investisseur n'est pas nécessairement définitif, puisque l'arbitrage fondé sur le *Traité* peut servir de véritable « super appel » des décisions rendues par les tribunaux nationaux ou par le tribunal arbitral prévu par un contrat d'État.

Ce qui constitue le véritable intérêt du *TCE* pour l'objet de la présente thèse est l'octroi aux investisseurs étrangers d'un droit à l'arbitrage international, fondé exclusivement sur le *Traité*, sans qu'un lien juridique existe entre ces investisseurs et l'État hôte. Dans l'hypothèse ou l'investisseur veut se prévaloir de ce droit, il dispose de trois options quant au droit formel à appliquer. Le différend peut être soumis au CIRDI, à l'arbitrage suivant le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* ou encore à l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm[1052]. Le *TCE* vaut consentement

---

[1050] *Ibid.* art. 26(2) a), b) et c). Le renvoi devant les tribunaux nationaux ne signifie cependant pas que les États doivent transposer les dispositions du régime de protection des investissements du *TCE* dans leur droit interne. *Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'énergie*, 33 I.L.M. 373, art. IV(16) (Clauses interprétatives), reproduit dans *Le Traité sur la Charte de l'énergie et documents connexes*, *supra* note 993 à la p. 34. Cela signifie que l'ouverture de la voie des tribunaux nationaux dépend de l'invocabilité du *TCE* dans le droit interne de l'État hôte en question, question qui relève du droit national de chaque État et donc que l'ouverture de cette voie varie d'un État à l'autre. Voir Bamberger, Linehan et Wälde, *supra* note 995 aux pp. 335, 342-343.

[1051] Voir Vandevelde, « Arbitration Provisions », *supra* note 1047 à la p. 415.

[1052] *TCE*, *supra* note 993, art. 26(4) a), b) et c). Le différend peut être soumis au CIRDI seulement si tant le pays visé par la plainte que celui dont l'investisseur est un ressortissant sont parties à la *Convention CIRDI*; autrement, si seul un des pays en est partie, le différend peut être soumis au CIRDI suivant son *Règlement*

inconditionnel des pays contractants à la soumission du différends à ces mécanismes de règlement des différends, sauf pour certains pays figurant en annexe en ce qui concerne les différends portant sur la règle de la protection du caractère obligatoire des contrats d'investissements[1053]. L'investisseur doit exprimer son choix par écrit et ce consentement écrit satisfait aux exigences de la *Convention CIRDI* et du *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*, ainsi que du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*[1054]. C'est donc uniquement à partir de ce moment qu'un lien de droit est créé entre l'investisseur étranger et l'État hôte en ce qui concerne l'arbitrage international fondé sur le *Traité*.

Peu importe le mécanisme choisi par l'investisseur, le droit matériel applicable est toujours le *TCE* ainsi que les « règles et principes applicables de droit international »[1055]. Le fait que le droit matériel applicable aux investissements étrangers fasse consensus au plan multilatéral est particulièrement significatif et reflète bien l'évolution des relations internationales depuis la désintégration de l'Union soviétique et plus largement la disparition du communisme et de toute idéologie rivale sérieuse face au libéralisme économique[1056]. C'est pourquoi on a pu proclamer que le *TCE* marquait rien de moins que la fin du Nouvel Ordre économique international[1057]. À l'opposé, la *Convention CIRDI*, adoptée en 1966, se contentait de prévoir le droit formel et renvoyait au droit national pour le droit matériel. Aussi peut-on dire que le *TCE* a parfait la délocalisation des différends en matière d'investissement étranger[1058], ou, pour reprendre l'approche mise de l'avant précédemment, la juridisation des relations internationales a rejoint la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux.

Bien qu'à première vue l'on puisse penser que ce choix entre les différentes voie de règlement du différend est alternatif et non cumulatif, il apparaît que la voie de l'arbitrage international fondée sur le *Traité* supplante les autres, car l'investisseur qui

---

*du mécanisme supplémentaire du CIRDI*. Le choix de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm s'expliquerait par la solide réputation qu'il se serait forgée en matière de différends Est-Ouest pendant l'ère soviétique. Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *supra* note 736 à la p. 450.

[1053] *TCE*, *supra* note 993, art. 26 (3) c), annexe IA. Il s'agit de l'Australie, du Canada (*sic*), de la Hongrie et de la Norvège.

[1054] *Ibid.* art. 26 (4) al. 1 et (5) a).

[1055] *Ibid.* art. 26 (6).

[1056] Voir Paasivirta, *supra* note 1003 aux pp. 203-204; Paulsson, *supra* note 736 à la p. 437.

[1057] Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 aux pp. 5-7.

[1058] Poirat, *supra* note 742 aux pp. 70-73.

aurait soumis sa plainte aux tribunaux nationaux ou encore à l'arbitrage prévu par un contrat d'État pourrait toujours la soumettre en bout de piste à l'arbitrage international fondé sur le *Traité* suivant l'une des procédures précitée. Le droit autonome à l'arbitrage international fondé sur le *TCE* constituerait ainsi un véritable droit d'appel, un « *super-appeal* », sur les décisions des tribunaux internes ou des mécanismes de règlement des différends préalablement convenus[1059]. Cette conclusion s'impose au vu de l'exception prévoyant que certains pays signataires n'ont pas donné leur consentement inconditionnel si l'investisseur a au préalable choisi de soumettre le différend aux tribunaux nationaux ou au mécanisme préalablement convenu dans un contrat d'État[1060].

Le jeu entre l'arbitrage fondé sur le *Traité* et le renvoi aux tribunaux nationaux ou au mécanisme de règlement des différends prévu par un contrat d'État pose cependant certaines difficultés, notamment en ce qui concerne la question de la litispendance. En effet, le *TCE* est silencieux sur la question de savoir si une décision finale doit être rendue par les tribunaux nationaux ou le tribunal d'arbitrage prévu par un contrat d'État avant que le droit à l'arbitrage fondé sur le *Traité* soit ouvert, dans l'hypothèse où l'un de ces canaux aurait d'abord été choisi par l'investisseur. Il semble bien que le droit au « super appel » devant un tribunal d'arbitrage international fondé sur le *Traité* ne peut être exercé avant la fin des procédures devant les tribunaux nationaux si l'investisseur a d'abord choisi ce canal, suivant la pratique des traités bilatéraux d'investissement, les principes de procédure civile généralement reconnus et la règle de l'épuisement des recours internes[1061]. Cette interprétation est logique et respecte l'esprit du mécanisme établi par l'article 26, qui offre trois canaux différends à l'investisseur avec la prépondérance de l'arbitrage fondé sur le *Traité*. La même interprétation semble devoir s'appliquer à l'affaire pendante devant un tribunal arbitral prévu dans un contrat d'État.

En outre, un problème se pose également en ce qui concerne le caractère final de la sentence arbitrale qui serait rendue par un tribunal prévu par un contrat d'État si

---

[1059] Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 aux pp. 57-58.
[1060] *TCE*, *supra* note 993, art. 26 (3) b), annexe ID. Il est intéressant de relever que plusieurs des États ayant refusé de permettre à un investisseur de soumettre de nouveau un différend à l'arbitrage international à un stade ultérieur sont des pays occidentaux, dont l'Australie, le Canada (*sic*), le Japon, les Communautés européennes et les États-Unis (*sic*).
[1061] Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *supra* note 736 à la p. 460; Wälde, « International Investment under the ECT », *supra* note 996 à la p. 59.

l'investisseur devait choisir ce canal; cette difficulté serait particulièrement aiguë si le mécanisme prévu par le contrat était le CIRDI, le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* ou celui de la Chambre de commerce de Stockholm et qu'un « super appel » était logé en vertu d'un de ces règlements d'arbitrage. Dans ce cas, le *TCE* semble clair et la même plainte pourrait vraisemblablement être portée à nouveau devant un tribunal arbitral fondé cette fois sur le *Traité*; la même interprétation semble devoir l'emporter dans l'hypothèse où une décision a d'abord été obtenue devant les tribunaux nationaux. Cette interprétation s'impose puisque certains pays contractants ont été autorisés à ne pas donner leur consentement inconditionnel dans un tel cas, il faut donc en déduire que la règle générale est qu'il est possible de porter plainte auprès d'un tribunal arbitral fondé sur le *TCE* après avoir d'abord porté plainte devant les tribunaux nationaux ou le tribunal arbitral prévu par le contrat d'État[1062]. En définitive, le texte actuel permet en fait à l'investisseur de jauger quel mécanisme est le meilleur en l'espèce, entre celui fondé sur le contrat ou sur le *Traité*; l'arbitrage fondé sur le *Traité* pourrait lui permettre de corriger les lacunes de celui prévu par le contrat, par exemple dans l'hypothèse où seuls certains aspects du différend tomberaient sous la juridiction du tribunal arbitral prévu par le contrat[1063]. En somme, cette nouveauté du « super appel » semble comporter de sérieuses difficultés d'application et l'absence de précédent empêche pour l'instant d'en mesurer toute l'étendue.

L'objet de la sentence arbitrale est à tout le moins, dans l'hypothèse ou l'allégation de manquement au *TCE* est fondée, l'attribution de dommages-intérêts à l'investisseur. Le tribunal arbitral ne peut annuler la mesure incompatible, ni ordonner la

---

[1062] *TCE*, *supra* note 993, art. 26(3)b). Voir *supra* la note 1060 et le texte correspondant; Paulsson, *supra* note 736 à la p. 436; Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *ibid.* à la p. 460. Thomas Wälde a d'abord estimé que le recours au « super appel » ne devrait pas être possible si l'investisseur a choisi le canal de l'arbitrage international fondé sur le contrat d'État. Wälde, « International Investment Under the ECT », *ibid.* à la p. 59. Il est même allé encore plus loin en soutenant que l'existence d'un renvoi à l'arbitrage international dans un contrat d'État primait sur le droit à l'arbitrage international fondé sur le *Traité* et lui fermait la porte complètement, car la finalité de l'article 26 serait en définitive d'assurer à l'investisseur étranger un accès à l'arbitrage international. Wälde, « International Investment under the ECT », *ibid.* aux pp. 59-60. Cette dernière interprétation s'écarte trop du texte du *TCE* pour être convaincante, le *TCE* offrant clairement le choix à l'investisseur d'opter à sa guise entre les tribunaux nationaux, l'arbitrage international fondé sur le contrat d'État, ou celui fondé sur le *Traité*. *TCE*, *ibid.* art. 26(2). Voir Paulsson, *ibid.* à la p. 436. Thomas Wälde semble d'ailleurs avoir abandonné cette interprétation dans ses écrits postérieurs. Voir Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *ibid.* à la p. 460.

[1063] Paulsson, *ibid.* à la p. 436.

prise d'une mesure particulière par l'État responsable si la mesure incompatible émane d'une entité fédérée[1064]. Le *Traité* n'est toutefois pas explicite sur la question de savoir si un tribunal arbitral peut le faire si la mesure émane de la partie contractante elle-même; s'il faut déduire de l'exception particulière la règle générale opposée, il semble qu'il faille répondre positivement[1065]. Cependant, la pratique des tribunaux arbitraux institués pour connaître de différends entre investisseur étranger et État hôte révèle que ceux-ci sont traditionnellement peu enclins à ordonner autre chose que le paiement de dommages-intérêts[1066]. Pour répondre à cette question avec plus de certitude, il faudrait examiner dans quelle mesure le régime spécial de responsabilité créé par le *TCE* déroge du droit international général concernant la responsabilité de l'État.

Enfin il faut noter que la sentence arbitrale rendue suite à un arbitrage international fondé sur le *Traité* est finale et sans appel et les parties contractantes doivent l'exécuter sans retard de manière effective[1067]. L'exécution de la sentence est par ailleurs régie par la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (*Convention de New-York*), qui fait en sorte que les sentences arbitrales sont exécutoires dans ses pays contractants comme s'il s'agissait d'un jugement de leurs juridictions internes[1068].

On constate donc qu'aucun renvoi explicite au mécanisme de règlement des différends interétatique de l'article 27 n'est prévu en cas d'inexécution de la sentence arbitrale, contrairement au chapitre 11 de l'*ALÉNA*[1069]. Faut-il en conclure que l'article 26 exclut le recours au mécanisme interétatique dans un tel cas? L'investisseur lésé devrait-il alors uniquement s'en remettre aux règles de la protection diplomatique du droit international coutumier? Rien ne semble interdire de penser que l'inexécution d'une

---

[1064] *TCE*, *ibid.* art. 26(8).
[1065] Voir Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *ibid.* à la p. 459.
[1066] Paulsson, *ibid.* à la p. 439, n. 30.
[1067] *TCE*, *ibid.* art. 26(8).
[1068] *Convention de New-York*, *supra* note 823; *TCE*, *ibid.* art. 26(5) a) ii). Le *TCE* fait en sorte que la *Convention* soit applicable dans le plus de cas possibles, en prévoyant que l'arbitrage se déroule dans un État partie à la *Convention* à la demande d'une partie au litige et que les réclamations sont considérées comme découlant d'une relation ou transaction commerciale, puisque plusieurs États ont posé comme condition à l'exécution des sentences arbitrales l'exigence que celle-ci ait été rendue dans un État partie ou encore que les réclamations découlent d'une telle relation ou transaction. *TCE*, *ibid.*, art. 25(5) b); Vandevelde, « Arbitration Provisions », *supra* note 1047 à la p. 418.
[1069] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1136(5).

sentence arbitrale puisse permettre à l'État de nationalité de l'investisseur de porter plainte à ce titre suivant le mécanisme interétatique, puisqu'il s'agirait d'un manquement à une obligation du *TCE*[1070]. En revanche, il faut souligner que le mécanisme interétatique ne prévoit pas la suspension des obligations du *Traité* comme moyen ultime pour faire pression sur l'État récalcitrant afin qu'il mette en œuvre la sentence; cela laisse voir que le mécanisme interétatique pourrait de toute façon manquer de poigne pour forcer la mise en œuvre d'une sentence arbitrale.

Il faut remarquer que le chapitre 11 de l'*ALÉNA* se distingue ici encore une fois du *TCE*, puisqu'il permet la suspension d'obligations dans le cadre du mécanisme interétatique de règlement des différends; il faut en outre relever avec force que le même chapitre 11 permet même de recourir aux contre-mesures croisées, permettant de suspendre des obligations en matière commerciale pour forcer l'exécution d'une sentence arbitrale rendue en matière d'investissement[1071]. Cela illustre les limites de l'intégration des dispositions sur le commerce et l'investissement dans le *TCE*, limites cependant compréhensibles vu le caractère transitoire de la plupart des obligations en matière de libéralisation du commerce qui sont destinées en bout de ligne à s'effacer au profit des accords de l'OMC à la faveur de l'adhésion des PECO et des pays d'ex-URSS à cette organisation. On peut aussi penser que l'idée de sanctions économiques s'accorderait mal avec l'esprit de coopération qui anime le *TCE*. Il faut également prendre en considération le caractère particulier que revêtirait des sanctions économiques dans un secteur hautement stratégique comme l'énergie : il n'est pas certain qu'il serait productif de systématiser, par exemple, l'interruption de l'approvisionnement énergétique en autorisant la suspension des obligations en matière de transit, afin de forcer l'exécution d'une sentence arbitrale. Il serait en effet plutôt ironique qu'un traité destiné à sécuriser l'approvisionnement énergétique utilise la suspension des approvisionnements comme moyen d'exécution d'une sentence arbitrale.

Il faut souligner que l'article 26 n'avait jamais été utilisé jusqu'à tout récemment, bien que le *TCE* soit en vigueur depuis le 17 décembre 1994 en vertu de son régime d'application provisoire. Il n'est donc pas possible pour l'instant d'en analyser la mise en

---

[1070] Voir Wälde, « From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *supra* note 736 à la p. 459.
[1071] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1136(5) et 2019.

œuvre. En avril 2001 cependant, un investisseur européen a porté la toute première plainte en vertu de l'article 26 du *TCE* auprès du CIRDI[1072]; le différend, qui impliquait la violation présumée par la Hongrie de ses obligations en matière d'expropriation, a finalement fait l'objet d'un règlement amiable en décembre 2001 et les procédures ont ainsi été abandonnées[1073]. Bien qu'un tribunal arbitral ait été constitué dans cette affaire, aucune sentence n'a été rendue sur le fond et les détails n'ont pas été rendus publics à ce jour. Il n'est donc pas possible de savoir ce qui a poussé l'État hôte à régler le différend à ce stade, ni la teneur du règlement. Le même problème de transparence que l'on a constaté à l'étude du chapitre 11 de l'*ALÉNA* semble donc devoir se répéter avec le *TCE*.

Il semble donc qu'il ne faudrait pas conclure trop rapidement à l'obsolescence du *TCE* ou au risque qu'il devienne parfaitement inutile; il demeure une illustration vive de l'état actuel de l'évolution du nouveau droit international de l'investissement étranger direct et ce, particulièrement en ce qui concerne la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte[1074]. Le principe de cette reconnaissance semble de plus en plus faire consensus sur le plan international et c'est précisément ce qui donne toute son importance au *TCE* pour les fins de la présente thèse. De plus, la première plainte portée en 2001 pourrait être le signal qu'attendaient d'autres investisseurs étrangers pour recourir à son mécanisme de règlement des différends.

Enfin, il sera éminemment intéressant de suivre les négociations du traité complémentaire sur le régime de promotion des investissement, ainsi que celle se déroulant à l'OMC dans le cadre du cycle de Doha, afin de voir s'il reconnaîtra également ce droit aux investisseurs étrangers en cas de manquement allégué de l'État hôte à ses engagements internationaux à ce stade du processus d'investissement. Déjà, certaines

---

[1072] *AES Summit Generation* c. *Hongrie*, « Plainte soumise à l'arbitrage par AES Summit Generation » (25 avril 2001) (CIRDI), (Arbitres : A. Philip, F. Orrego Vicuna, P. Weil), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm> (date d'accès : 27 octobre 2004). La plainte a été enregistrée le 25 avril 2001 et le tribunal arbitral constitué le 6 septembre 2001; un règlement amiable est intervenu entre les parties et les procédures d'arbitrage ont été arrêtées par ordonnance du tribunal le 3 janvier 2002.

[1073] Secrétariat de la Charte de l'énergie, *The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide,* Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l'énergie, 2002 à la p. 52.

[1074] Voir Paasivirta, *supra* note 1003 aux pp. 203, 214; Wälde, « International Investment Under the ECT », *supra* note 996 à la p. 72; Poirat, *supra* note 742 aux pp. 47, 63-64.

résistances de la part non pas de pays en transition, mais bien de pays membres de l'OCDE, ont été exprimées dans le cadre des négociations actuelles dudit traité complémentaire. Il semble en effet que l'Australie, l'Islande et la Norvège soient particulièrement opposées à l'idée d'élargir cette reconnaissance aux manquements au futur régime de promotion des investissements; il se pourrait par conséquent que le traité complémentaire prévoie une exception à cet égard pour ces pays[1075]. Toutefois, il ressort du projet de texte du traité complémentaire rendu public que la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État hôte sera élargie au stade pré-investissement; aucune exception n'est prévue pour l'instant[1076]. Ces développements seront déterminants pour la suite de l'évolution de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques.

### *(iv) L'impact du TCE sur l'évolution de la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques*

En somme, le *TCE* consacre au plan multilatéral l'évolution du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte. Il semble en effet désormais incontournable que les investisseurs se voient octroyer un tel droit si un traité multilatéral général sur l'investissement devait être adopté, du moins en ce qui concerne la phase post-investissement. Le *TCE* démontre qu'un tel dispositif fait consensus parmi plus d'une cinquantaine d'États, dont tous les membres de l'OCDE, la Russie et les pays en transition d'Europe centrale et orientale et d'ex-URSS. L'absence de controverse à ce sujet lors des négociations du *TCE* est éloquente à cet égard; les États-Unis et le Canada, qui ont finalement refusé de signer le *Traité*, ne se sont pas opposés à cet élargissement, bien au contraire. L'ensemble des pays exportateurs de capitaux considère ainsi la reconnaissance de ce droit des investisseurs étrangers comme la norme.

---

[1075] Bamberger, Linehan et Wälde, *supra* note 995 à la p. 346.

[1076] *Draft Supplementary Treaty to the Energy Charter Treaty*, *supra* note 1032. Le projet de traité complémentaire élimine en fait simplement les formulations d'engagements de principe dans l'article 10, ce qui a pour effet de les transformer en engagements juridiquement contraignant; puisque cet article figure à la partie III du *TCE*, le mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État de l'article 26 y est donc applicable en principe. Aucunes des exceptions enregistrées jusqu'à maintenant dans les négociations ne portent sur la soumission au mécanisme de l'article 26.

C'est pourquoi il est permis de dire que le *TCE* pave la voie à la multilatéralisation générale du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité de l'État hôte. En outre, le *TCE* traite, pour la première fois sur le plan multilatéral, à la fois d'investissement et de commerce, ce qui peut laisser présager la pertinence de l'OMC comme forum pour la négociation d'un éventuel traité multilatéral général sur l'investissement.

Certaines nuances doivent cependant être apportées. D'abord, le *TCE* est certes un traité multilatéral sur l'investissement, mais il demeure un traité sectoriel limité au domaine de l'énergie. On a vu cependant que l'importance stratégique du secteur de l'énergie et le fait qu'il se situe traditionnellement au cœur des sensibilité de souveraineté des États faisaient en sorte que l'on pouvait penser que si des résistances des États avaient dû être exprimées face à cette reconnaissance, elles l'auraient été dans le contexte du *TCE*. En outre, il faut garder à l'esprit que l'intégration économique européenne a débuté dans le secteur de l'énergie pour ensuite s'étendre à l'ensemble de la sphère économique, sur le modèle de la première.

Ensuite, bien que le *Traité* lie ses signataires depuis le 17 décembre 1994 en raison de son régime d'application provisoire, aucun différend n'avait été porté en arbitrage par un investisseur jusqu'à tout récemment. Il ne semble pas qu'il faille en conclure trop rapidement à l'obsolescence du *TCE* et ce, malgré le scepticisme américain à son égard. En effet, une première plainte a été portée au CIRDI en 2001, en vertu de l'article 26 du *TCE*; bien que ce différend ait fait l'objet d'un règlement amiable et qu'aucune sentence n'ait été rendue dans cette affaire, il est permis de penser que ce mécanisme de règlement des différends va gagner en popularité auprès des investisseurs étrangers. Cela ne serait pas surprenant au regard de l'expérience du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. La première affaire impliquant ce dernier, l'affaire *Ethyl Corporation* c. *Canada*, s'était aussi soldée par un règlement amiable, puis les plaintes se sont multipliées de façon exponentielle depuis, à mesure que le chapitre 11 gagnait en visibilité et en efficacité aux yeux des investisseurs de la zone de libre-échange nord-américaine[1077]. Par ailleurs, il faut rappeler à nouveau que le champ d'application matériel

[1077] Voir la partie 2.3.2 c), ci-dessus, pour l'analyse de la mise en œuvre du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

du *TCE* se limite au secteur de l'énergie, ce qui restreint forcément le nombre de différends susceptibles de survenir.

Le *TCE* demeure un précédent de premier ordre pour tout développement à venir en ce qui concerne un éventuel traité multilatéral général sur l'investissement; il illustre l'évolution du nouveau droit international de l'investissement étranger direct, particulièrement en ce qui concerne le règlement des différends entre investisseurs et État. On peut s'interroger à cet égard sur la valeur de la clause interprétative jointe au *TCE* qui stipule que ses dispositions « ne peuvent par conséquent être interprétées comme constituant un précédent dans le cadre d'autres négociations internationales »[1078] en raison de la nature spécifique du *Traité* et de son objectif, qui est de promouvoir une coopération à long terme dans un secteur particulier. Il semble qu'une telle clause ne suffise pas à faire disparaître le fait que plus de cinquante États se sont entendus sur le principe du droit de personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État dans un secteur hautement stratégique.

En définitive, peu importe le sort qui attend le *TCE* dans le futur, il appartient de toute façon au « *contextual regime* »[1079] dans lequel se forgera un éventuel traité multilatéral général sur l'investissement[1080]. En effet, l'effondrement du Bloc de l'Est et la fin apparente du Nouvel Ordre économique international font en sorte que l'on peut supposer qu'un certain consensus se dégage progressivement sur le plan international en ce qui a trait aux normes applicables à l'investissement étranger. C'est précisément vu sous cet éclairage que le *TCE* prend toute son importance.

Enfin, la nuance la plus significative à apporter réside probablement dans le fait que de nombreux pays en développement, importateurs de capitaux, ne sont pas parties au *TCE*. Il faut donc se garder de conclure trop rapidement que le principe de l'élargissement

---

[1078] *Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'énergie, supra* note 1050, art. IV 1. a).
[1079] Sur le concept de « *contextual regime* » dans la formation du droit international, voir *infra* la note 1627 et le texte correspondant.
[1080] Voir P. Muchlinski, « The Energy Charter Treaty : Towards a New International Order for Trade and Investment or a Case of History Repeating Itself? » dans *East-West Gateway for Investsment and Trade, supra* note 736, 205 aux pp. 212-213, 215, 217, 225. Cet auteur est cependant mitigé sur l'impact potentiel du *TCE* sur le développement du droit international de l'investissement, soulignant la possibilité qu'en raison de sa nature trop spécifique, il risque de ne pas être plus significatif qu'un accord bilatéral d'investissement. Pour les raisons évoquées ci-dessus, cette vue ne semble pas devoir l'emporter, particulièrement en ce qui concerne le droit de porter plainte de l'investisseur étranger contre l'État hôte.

du droit de porter plainte aux investisseurs va de soi pour ces pays. Encore faut-il rappeler le statut d'observateur auprès de la Conférence de la Charte de l'énergie de certains d'entre eux, dont particulièrement la Chine et l'Arabie saoudite. De plus, en l'absence de toute idéologie rivale sérieuse au libéralisme économique, on peut présager que ces pays partagent dans une certaine mesure ce consensus émergeant en matière d'investissement étranger sur le plan international. Au demeurant, il faut souligner que c'est plutôt du côté de certains pays industrialisés, disposant d'importantes ressources énergétiques, que l'élargissement du droit de porter plainte aux investisseurs étrangers semble poser des difficultés en ce qui concerne le futur traité complémentaire devant prévoir des obligations contraignantes au stade du pré-investissement.

Au chapitre des modalités d'un tel élargissement, le *TCE* vient confirmer le dispositif mis de l'avant sur le plan régional par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Il faut souligner la prégnance du droit octroyé aux investisseurs qui peuvent porter plainte pendant vingt ans suivant la réalisation de l'investissement et ce, peu importe si le *Traité* a cessé de lier l'État hôte. Le *TCE* met aussi en lumière certaines difficultés potentielles que pourrait poser un éventuel élargissement du droit de porter plainte dans un traité multilatéral général sur l'investissement conclu au sein de l'OMC. D'une part, l'articulation entre le mécanisme interétatique de règlement des différends et le mécanisme entre investisseur et État hôte devrait être clairement définie. D'autre part, celle entre les divers canaux offerts à l'investisseur pour régler le différend devrait faire l'objet d'une attention particulière; la possibilité que la décision des tribunaux nationaux ou encore du tribunal arbitral prévu par un contrat d'État fasse l'objet d'un appel auprès du tribunal arbitral institué sur la base du *Traité* soulève de nombreuses difficultés. Il est à prévoir que plusieurs États s'y opposeront dans un éventuel traité multilatéral général, vu les hésitations exprimées par les États-Unis à cet égard lors des négociations et la présence de près de la moitié des pays signataires du *TCE* — dont de nombreux pays occidentaux — sur la liste des parties ne permettant pas aux investisseurs de faire un tel appel.

### d) Application ratée du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* au plan multilatéral : le projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement* (*AMI*)

L'idée de promouvoir l'adoption d'un accord multilatéral sur l'investissement de portée générale est née dans l'enceinte de l'OCDE, organisation internationale regroupant les pays industrialisés d'où provient la plupart des investissements privés, en vue de favoriser davantage la libéralisation du commerce et de renforcer le système commercial multilatéral[1081]. L'opposition des pays en voie de développement au cours du cycle de l'Uruguay n'ayant pas permis l'adoption de telles règles dans le cadre des accords de l'OMC, les États membres de l'OCDE se sont donc résolus à aller de l'avant en négociant seuls un tel accord, qui devait cependant être accessible aux États non membres de cette organisation[1082].

En 1995, les négociations en vue de l'adoption de l'*Accord multilatéral sur l'investissement*[1083] (*AMI*) débutèrent officiellement sur la base des travaux préparatoires qui avaient été effectués préalablement au sein de l'OCDE; il est intéressant de noter à cet égard que les accords internationaux existants — et particulièrement l'*ALÉNA* — avaient été pris en considération aux cours de ces travaux, notamment en ce qui a trait au règlement des différends relatifs aux investissements[1084]. Les négociations furent cependant abandonnées en 1998 et la dernière mouture du projet d'accord est datée du 24 avril 1998. Les raisons pour lesquelles l'*AMI* ne vit jamais le jour sont nombreuses, mais il faut retenir qu'elles étaient particulièrement liées au mécanisme de règlement des différends projeté, qui entendait appliquer le modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA*[1085]. On a

---

[1081] Voir généralement OCDE, *Towards Multilateral Investment Rules*, Paris, OCDE, 1996. Les raisons pour lesquelles un tel accord devrait être adopté dépassent le propos de la présente thèse, mais pour une analyse plus détaillée, voir M. Hart, *A Multilateral Agreement on Foreign Investment : Why Now?* Ottawa, Centre de droit et de politique commerciale, 1996.

[1082] Trebilcock et Howse, *supra* note 35 aux pp. 357-358. Voir C. Vadcar, « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud » (1998) 125 J.D.I. 9.

[1083] OCDE, *Accord multilatéral sur l'investissement*, projet daté du 24 avril 1998 [ci-après *AMI*], en ligne : OCDE <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf> (date d'accès : 3 novembre 2004).

[1084] OCDE, Committee on International Investment and Multinational Enterprises et Committee on Capital Movements and Invisible Transactions, « A Multilateral Agreement on Investment », dans *Towards Multilateral Investment Rules*, *supra* note 1081, 9 à la p. 13.

[1085] Voir généralement Y. Kodama, « Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment : the Quest for an Effective Investment Dispute Settlement Mechanism an dits Failure » (1999) 16 J. Int'l Arb. 45 aux pp. 46-52. Outre son mécanisme de règlement des différends, les principales raisons de l'échec de l'*AMI* sont : son application aux relations entre des pays industrialisés; l'influence du

notamment invoqué le caractère secret de la procédure, ainsi que le fait que l'absence d'exception pour la protection de la santé, des travailleurs et de l'environnement aurait eu pour effet d'ouvrir la porte, via les règles de protection de l'investissement, à la compensation des entreprises multinationales en cas de modification à la réglementation pour la poursuite légitime de ces objectifs, alors que ces dernières ne se voyaient pas imposer d'obligations en matière de respect des droits économiques, sociaux et culturels[1086]. Avec la décision d'abandonner les négociations, on s'est résolu de retourner dans l'enceinte de l'OMC pour recommencer les négociations sur un accord multilatéral sur l'investissement de portée générale au cours d'un futur cycle de négociations multilatérales.

Sur le fond, l'*AMI* aurait d'abord comporté des dispositions libéralisant les règles relatives aux investissements, les faisant notamment bénéficier d'une clause de traitement national, puis une seconde série de dispositions aurait traité de la protection des investissements, en règlementant par exemple l'expropriation et les transferts de fonds. De plus, comme on vient de le voir, le projet d'accord prévoyait un mécanisme de règlement des différends entre investisseur étranger et État, ainsi que pour les différends interétatiques. La question du règlement des différends semble d'ailleurs avoir été au cœur des travaux préparatoires menés par l'OCDE et a beaucoup retenu l'attention des commentateurs comme étant l'élément central de tout accord international sur les investissements[1087].

Un nouveau mécanisme de règlement des différends était prévu pour connaître des plaintes d'un État contre un autre en ce qui aurait concerné l'interprétation et l'application

---

différend entre les États-Unis et l'Union européenne sur la question de l'application extraterritoriale des lois relatives à l'investissement étranger direct; la forte opposition de la société civile et particulièrement du réseau mondial d'ONG environnementaliste, qui ont exercé avec succès des pressions sur les gouvernements quant aux dangers potentiels de l'accord projeté; l'application des règles de fond de l'*AMI* à la phase pré-investissement.

[1086] Trebilcock et Howse, *supra* note 35 aux pp. 362-365; D.H. Small, « Règlement des différends entre investisseurs étrangers et État d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement » dans Société française pour le droit international, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre?* Paris, Pédone, 1998, 79 à la p. 83. L'affaire *Ethyl Corporation* c. *Canada*, examinée précédemment avec les problèmes systémiques soulevés par le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, aurait alimenté ces craintes. Voir *supra* la note 845 et le texte correspondant.

[1087] T.L. Brewer, « International Investment Dispute Settlement Mechanisms : Agreements, Institutions and Issues », dans *Towards Multilateral Investment Rules*, *supra* note 1081, 85 aux pp. 91-92.

de l'*AMI*[1088]. Avant de pouvoir porter sa plainte devant un tribunal arbitral, l'État plaignant aurait dû d'abord engager des consultations avec l'État visé par sa plainte; des consultations multilatérales et le recours à la conciliation et à la médiation étaient aussi envisagés mais sur une base facultative[1089]. La plainte alléguant une violation de l'*AMI* aurait alors pu être portée devant un tribunal arbitral, à moins que le différend n'eut fait l'objet d'une plainte directement par l'investisseur[1090]; ce sont donc ces derniers qui auraient eu le choix d'invoquer directement la responsabilité de l'État hôte ou de demander à leur État de nationalité de le faire pour leur compte. Les États tiers auraient eu le droit d'intervenir sur des questions d'ordre juridique mais l'information confidentielle et exclusive aurait été gardée secrète, tandis que la jonction de plaintes était envisagée[1091]. La sentence du tribunal aurait notamment pu contenir une déclaration quant à la compatibilité avec l'*AMI* de la mesure en question, recommander la mise en conformité de la mesure, ainsi que prévoir l'indemnisation pécuniaire de la perte ou du préjudice subi par un investisseur de l'État plaignant; elle aurait par ailleurs pu être annulée dans certaines circonstances[1092]. Les règles de procédures par défaut auraient été celles de la Cour permanente d'arbitrage et des contre-mesures auraient pu être imposées en cas d'inexécution de la sentence arbitrale, mais leur objet n'avait cependant pas été défini[1093].

Quant aux investisseurs, l'*AMI* leur reconnaissait également le droit d'invoquer la responsabilité de l'État hôte pour violation de ses règles de fond, mais seulement si cela leur occasionnait une perte ou un préjudice; ils auraient par ailleurs pu porter plainte concernant un contrat d'État[1094]. Le différend aurait pu être soumis directement à

---

[1088] Voir généralement P. Malanczuk, « State-to-State and Investor-to-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement » dans E.C. Nieuwenhuys et M.M.T.A. Brus, dir., *Multilateral Regulation of Investment*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 137 aux pp. 141-148; Kodama, *supra* note 1085 aux pp. 63-70.

[1089] *AMI*, supra note 1083, Partie V, art. B (1)-(3).

[1090] *Ibid.* art. C (1). Les États auraient cependant pu porter plainte dans le cadre d'un différend déjà soumis à l'arbitrage par un investisseur si l'État visé par la plainte avait omis d'exécuter la sentence arbitrale, ce qui rappelle le mécanisme analogue du chapitre 11 de l'*ALÉNA* et interpelle la notion de protection diplomatique, marquant une fois encore l'inégalité fondamentale entre investisseurs et États au regard du droit international.

[1091] *Ibid.* art. A (2), C (3), (4).

[1092] *Ibid.* art. C (6), (7).

[1093] *Ibid.* art. C (9).

[1094] *Ibid.* art. D (1). Voir généralement Malanczuc, *supra* note 1088 aux pp. 148-156; Kodama, *supra* note 1085 aux pp. 70-82.

l'arbitrage, sans passer obligatoirement par une phase de négociations ou de consultations, encore qu'un délai de soixante jours après la notification de l'intention de recourir à l'arbitrage devait être écoulé[1095]. L'*AMI* ne créait pas de toute pièce un nouveau mécanisme de règlement des différends mais renvoyait plutôt à des règlement d'arbitrage préexistants à l'instar du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, soit celui de la *Convention CIRDI* si utilisable, celui du mécanisme supplémentaire du CIRDI si utilisable, le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* ou encore au *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*[1096].

L'investisseur se voyait en outre reconnaître le choix de recourir, plutôt qu'à l'arbitrage, aux juridictions judiciaires ou administratives compétentes de l'État visé par la plainte, ou encore aux procédures convenues préalablement au différend; il semble donc qu'en dernier ressort, le choix serait toujours revenu à l'investisseur et les quatre règlements d'arbitrage lui auraient toujours été ouverts. L'*AMI* aurait valu consentement préalable et inconditionnel des parties contractantes de soumettre le différend à l'arbitrage selon ces règlements, quoiqu'elles auraient pu émettre une réserve et subordonner ce consentement au renoncement par l'investisseur à son droit d'engager toute autre procédure[1097]. Le consentement des parties à l'arbitrage aurait été irrévocable, sauf pour l'investisseur en cas de jonction de différends; en effet la jonction de différends soulevant un même point de droit ou de faits aurait pu être demandée par l'État visé par les plaintes à un tribunal arbitral distinct[1098].

Fait intéressant, les objections préliminaires de l'État visé par la plainte quant à la compétence du tribunal arbitral ou encore la recevabilité de la plainte auraient été entendues par le tribunal arbitral du fond; l'accès des investisseurs au mécanisme de règlement des différends aurait donc été inconditionnel, bien que cette disposition visait en principe à filtrer les plaintes frivoles ou vexatoires, et participait de la nécessité de

---

[1095] *AMI*, *ibid.* art. D (2), (4). Une prescription de recours de cinq ans était également prévue entre le moment où l'investisseur avait eu ou aurait dû avoir connaissance des faits donnant naissance au différend et la soumission de ce dernier à l'arbitrage.
[1096] *Ibid.* art. D (2).
[1097] *Ibid.* art. D (3).
[1098] *Ibid.* art. D (5), (9).

prévoir un contrôle *a priori* des plaintes privées[1099]. Le tribunal arbitral aurait pu permettre aux États tiers d'intervenir dans les procédures afin de donner leur avis sur les questions de droit en litige, si cela n'avait pas retardé indûment la procédure[1100]. Il faut souligner aussi que la question de la subrogation de l'assureur dans les droits de l'investisseur — sur laquelle les travaux préparatoires se sont penchés — était légèrement abordée, puisque l'État partie au litige n'aurait pu invoquer l'indemnisation de ce dernier comme moyen de défense; la portée réelle de cette disposition n'était pas claire cependant mais il ne semble pas qu'elle prévoyait la subrogation de l'assureur dans les procédures[1101].

La sentence arbitrale aurait pu contenir une déclaration de non conformité à l'*AMI*, prévoir une indemnisation pécuniaire, la restitution en nature avec l'accord de l'État visé par la plainte, ou toute autre mesure correctrice avec l'accord des parties[1102]. Aucun mécanisme particulier n'était prévu en cas d'inexécution de la sentence arbitrale par l'État responsable, aussi l'investisseur aurait-il dû dans un pareil cas demander l'intervention de son État de nationalité, qui aurait pu à son tour porter plainte contre l'État récalcitrant en vertu du mécanisme interétatique examiné précédemment. Il faut noter en terminant que les procédures auraient été secrètes en principe, à moins que les parties n'eussent autorisé la divulgation de l'information confidentielle et exclusive qu'elles auraient fournie[1103].

Bien que l'*AMI* ne fut jamais adopté, il apparaît néanmoins fort pertinent pour l'analyse de l'évolution de la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques, dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct, puisqu'il démontre d'une part que le chapitre 11 de l'*ALÉNA* semble vouloir s'imposer comme modèle au plan multilatéral et, d'autre part, que la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État semble devenir la règle dans ce nouveau droit. À cet égard, certaines leçons particulières peuvent être dégagées de l'expérience de l'*AMI*. Un accord

---

[1099] *Ibid.* art. D (10); Kodama, *supra* note 1085 aux pp. 74-75. Yoshi Kodama a souligné que le contrôle *a priori* des plaintes devait être amélioré au moment où les négociations ont été interrompues; l'introduction d'une pénalité financière à l'intention des investisseurs qui abuseraient de leur recours était notamment évoquée.
[1100] *AMI*, *ibid.* art. D (12).
[1101] *Ibid.* art. D (11).
[1102] *Ibid.* art. D (16).
[1103] *Ibid.* art. D (17).

multilatéral sur l'investissement comportant une telle reconnaissance devrait prévoir un mécanisme de prévention des abus de la part des investisseurs étrangers; le champ d'application de l'accord et du recours privé devrait être défini clairement; à l'instar du *TCE*, le recours privé devrait être limité à la phase post-investissement; un mécanisme général de règlement des différends serait préférable à une série de mécanismes sectoriels[1104]. En outre, la controverse ayant entouré la négociation de l'*AMI* — notamment en ce qui concerne la reconnaissance de ce droit au profit des investisseurs — est un indicateur sérieux de la controverse à venir si d'aventure le même débat devait se transporter à l'OMC[1105].

## 2.4 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL DE LA MER

Le nouveau droit international de la mer mis en place par la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*[1106] (*Convention de Montego Bay*) doit être pris en compte dans le cadre du présent examen de la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques, bien qu'il ne relève pas du droit international économique tel que nous l'entendons, parce qu'il leur offre des recours originaux auprès du Tribunal international du droit de la mer, la juridiction internationale qu'il a instituée. Certes, la compétence *ratione personae* du Tribunal va plus loin que celle de la Cour internationale de justice, puisque les personnes privées peuvent y ester en justice dans certaines circonstances[1107], mais il apparaît que les recours qui leurs ont été ouverts n'ont pas véritablement altéré la théorie de la protection diplomatique et leur incapacité de principe pour invoquer la responsabilité de l'État au plan international.

---

[1104] Kodama, *supra* note 1085 aux pp. 82-86.
[1105] Voir la partie 3.3.5, ci-dessous, pour une discussion sur les questions discutées dans le cadre du cycle de négociations commerciales multilatérales de Doha.
[1106] *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, reproduite dans Tribunal international du droit de la mer, *Textes de base 1998*, La Haye, Kluwer, 1999, 97 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994) [ci-après *Convention de Montego Bay*]. Voir aussi l'*Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, 28 juillet 1994, reproduit dans *Textes de base 1998*, *ibid.*, 333 (entrée en vigueur : 28 juillet 1994). Voir généralement R.-J. Dupuy et D. Vignes, dir., *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Economica, 1985.
[1107] *Convention de Montego Bay*, *ibid.* art. 187, 291(2) et Annexe VI, art. 20(2).

Les travaux préparatoires de la *Convention de Montego Bay* montrent qu'on a jonglé un certain temps avec l'idée de donner aux personnes privées un accès généralisé au Tribunal international du droit de la mer, de telle sorte qu'elles auraient pu invoquer la responsabilité d'un État pour violation de la *Convention*[1108]. Cette idée fut abandonnée, au motif surtout qu'elle aurait été contraire au principe de la souveraineté étatique, mais le souci d'accroître le rôle des personnes privées a fait en sorte qu'on a retenu trois hypothèses différentes dans lesquelles celles-ci pouvaient exercer un recours auprès du Tribunal. Il s'agit d'abord du recours en prompte mainlevée (**2.4.1**), puis des recours concernant les activités dans la Zone administrée par l'Autorité internationale des fonds marins (**2.4.2**), et enfin, dans les cas pouvant être prévus par une clause compromissoire (**2.4.3**).

### 2.4.1 Le recours en prompte mainlevée

Le recours en prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire et en libération de son équipage répond à la problématique de l'arraisonnement d'un navire et de l'arrestation de son équipage par un État côtier, dans les eaux tombant sous sa juridiction, pour violation de son droit national, concernant par exemple la pêche ou la pollution marine[1109]. Il vise à fournir une garantie de procédure additionnelle aux règles de fond posées par la *Convention*, qui enjoignent les États côtiers à procéder promptement à la libération du navire sur paiement d'une caution ou d'une autre garantie financière. Il offre une voie de recours alternative aux tribunaux nationaux de l'État côtier, ce qui comporte des avantages certains d'indépendance, d'impartialité et de célérité en faveur de l'État du pavillon du navire. Les aspects économiques de ce type de différend sont importants : les coûts financiers de l'immobilisation prolongée d'un navire de pêche ou d'un pétrolier peuvent être énormes, d'où l'intérêt d'une procédure accélérée pour leur règlement. Une multitude de nationalité peut aussi être impliquée : celle du navire, celle de son

---

[1108] M.H. Nordquist, S. Rosenne et L.B. Sohn, dir., *United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary*, vol. 5, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989 aux pp. 60-65; R. Ranjeva, « Le règlement des différends » dans Dupuis et Vignes, *ibid.* 1105, 1133-1135.

[1109] Nordquist, Rosenne et Sohn, *ibid.* à la p. 67.

propriétaire, celle de son affréteur, celle de son équipage. L'objet du recours est donc d'obtenir rapidement la mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son équipage, moyennant le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie financière, sans que cela n'affecte le fond du litige opposant les parties et à l'origine de la détention[1110].

Ce ne sont pas toutes les immobilisations de navire qui peuvent faire l'objet du recours, mais uniquement celles qui sont contraires aux dispositions de la *Convention* qui prévoient la cessation de la détention dès le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie financière[1111]. Un délai de dix jours à compter de l'immobilisation est accordé aux parties pour convenir d'une cour ou d'un tribunal pour connaître du litige, après quoi la compétence du Tribunal international du droit de la mer devient obligatoire pour l'État côtier responsable de la détention du navire[1112].

Ce recours aurait été prévu à l'instigation des grandes sociétés privées oeuvrant dans le transport maritime[1113]. Les travaux préparatoires indiquent qu'on a d'abord songé à ouvrir le recours, au Tribunal international du droit de la mer, uniquement en faveur des personnes privées affectées par la détention, sans que l'intervention de l'État du pavillon n'eût été nécessaire[1114]. Un tel recours aurait évacué la théorie de la protection diplomatique et aurait réellement accru la capacité juridique des personnes privées au plan international, mais il n'en fut rien, puisque le recours leur fut finalement fermé pour être réservé exclusivement à l'État du pavillon. Un certain assouplissement du schéma interétatique classique a par contre été envisagé : l'État du pavillon peut autoriser une personne privée à agir en son nom[1115].

Le *Règlement du Tribunal international du droit de la mer* encourage la mise en place de mécanismes internes, afin de faciliter l'exercice du recours par les personnes

---

[1110] *Convention de Montego Bay*, *supra* note 1106, art. 292(1), (3) et (4). Le dépôt préalable d'une caution ou d'une autre garantie financière n'est pas considéré comme une condition d'admissibilité du recours dans la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer. G. Eiriksson, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000 à la p. 120.

[1111] *Convention de Montego Bay*, *ibid.* art. 292(1). Une controverse subsiste cependant à cet égard; une interprétation non restrictive de l'article 292, soutenue dans la doctrine, veut que toutes les détentions internationalement illicites puissent faire l'objet d'un recours. Eiriksson, *ibid.* à la p. 120.

[1112] *Convention de Montego Bay*, *ibid.* art. 292(1).

[1113] T. Treves, « Private Maritime Law Litigation and the International Tribunal for the Law of the Sea » (1999) 63 RabelsZ. 350 à la p. 356 [ci-après Treves, « Private Maritime Law Litigation »].

[1114] Nordquist, Rosenne et Sohn, *supra* note 1108 aux pp. 67-68; Ranjeva, *supra* note 1108 à la p. 1151.

[1115] *Convention de Montego Bay*, *supra* note 1106, art. 292(2).

privées, au nom de l'État du pavillon[1116]. Certains soutiennent d'ailleurs l'adoption d'une législation à ce sujet par les États Parties[1117], ce qui rappellerait les mécanismes mis en place par certains États pour faciliter l'exercice de la protection diplomatique[1118], et illustre à nouveau l'intérêt de tels mécanismes dans la recherche d'assouplissement aux rigueurs de la théorie.

Si dans la doctrine on avance que cette disposition vise à permettre aux propriétaires ou aux affréteurs de navires d'exercer en pratique le recours en prompte mainlevée, à défaut de pouvoir l'exercer en principe[1119], il semble que l'utilisation du recours n'atteste pas entièrement cette interprétation pour le moment. Dans les six premiers recours en prompte mainlevée intentés auprès du Tribunal, sur un total de sept jusqu'à présent, aucun n'a été exercé au nom de l'État du pavillon par un propriétaire ou un affréteur de navire, ou encore par une association représentant leurs intérêts, c'est-à-dire par les personnes privées affectées au premier titre par le différend. Dans une affaire, le recours a été exercé par l'État du pavillon lui-même[1120], tandis que dans les autres cas, l'État du pavillon a autorisé non pas le propriétaire ou l'affréteur du navire, mais plutôt un avocat étranger[1121]. Certes, il est tout à fait possible que les avocats externes autorisés à

---

[1116] *Règlement du Tribunal international du droit de la mer*, reproduit dans *Textes de base 1998*, *supra* note 1106, 15, art. 110(2). Cet article prévoit notamment qu'un État Partie peut à tout moment notifier au Tribunal les autorités nationales compétentes pour autoriser des personnes à agir en son nom et l'identité des personnes préautorisées à agir de la sorte.

[1117] Treves, « Private Maritime Law Litigation », *supra* note 1113 à la p. 358.

[1118] Voir *supra* les notes 490 et 498 et le texte correspondant.

[1119] Voir par ex. Treves, « Private Maritime Law Litigation », *supra* note 1113 à la p. 357; T.A. Mensah, « International Tribunal for the Law of the Sea and the Private Maritime Sector » (1999) 27 Int'l Bus. Lawyer 319 à la p. 320; T. Treves, « The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea » (1997) 37 Indian J. Int'l L. 396 à la p. 401 [ci-après Treves, « Jurisdiction »]. Voir toutefois Eiriksson, *supra* note 1110 aux pp. 207-208.

[1120] *Affaire du « Volga » (Russie c. Australie)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2002) 6 T.I.D.M. Rec. 10. Dans cette affaire, la Russie a désigné un de ses fonctionnaires comme agent pour la représenter devant le Tribunal. Il faut noter que tous les acteurs du litige étaient russes : le navire battait le pavillon russe, était la propriété d'une société russe et son capitaine était russe.

[1121] *Affaire du navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, Prompte mainlevée, arrêt, (1997) 1 T.I.D.M. Rec. 4 (autorisation d'agir en son nom accordée à un cabinet d'avocats anglais); *Affaire du « Camouco » (Panama c. France)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2000) 4 T.I.D.M. Rec. 10 (autorisation d'agir en son nom accordée à un avocat belgo-espagnol et à un avocat français); *Affaire du « Monte Confurco » (Seychelles c. France)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2000) 4 T.I.D.M. Rec. 86 (autorisation d'agir en son nom accordée à un avocat belgo-espagnol et à un avocat français); *Affaire du « Grand Prince » (Belize c. France)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2001) 5 T.I.D.M. Rec. 17 (autorisation d'agir en son nom accordée à un avocat espagnol); *Affaire du « Chaisiri Reefer 2 » (Panama c. Yémen)*, Prompte mainlevée, ordonnance du 13 juillet 2001, (2001) 5 T.I.D.M. Rec. 82 (les parties se sont désistées en raison du règlement amiable auquel elles sont parvenues).

agir au nom de l'État du pavillon agissent en réalité pour le compte du propriétaire ou de l'affréteur du navire[1122], mais il est étrange que ce ne soit pas ceux-ci qui soient nommément autorisés; ils pourraient par la suite choisir de se faire représenter devant le Tribunal par l'avocat de leur choix. Le recours ne gagne certainement pas en transparence en étant utilisé de la sorte, et il faudrait à tous le moins que l'avocat déclare clairement tous les intérêts qu'il défend dans la procédure.

Le septième et dernier recours en prompte mainlevée intenté auprès du Tribunal semble indiquer que la pratique des États pourrait s'infléchir dans une direction qui épouserait davantage l'idée originale à la base du recours. Dans cette affaire, l'État du pavillon du navire a été représenté cette fois directement par les personnes privées affectées par l'immobilisation du navire, avec le directeur général de la compagnie d'assurance du navire à titre d'agent et les compagnies maritimes impliquées comme conseillers de ce dernier[1123]. La personne privée agissant au nom de l'État a composé sa délégation comme elle le voulait, tout comme l'État aurait pu le faire s'il avait décidé d'agir lui-même dans les procédures.

La pratique actuelle des États Parties à la *Convention de Montego Bay* indique donc que ceux-ci ont d'abord interprété de manière particulièrement restrictive la possibilité offerte aux personnes privées d'agir en leur nom : ils se sont surtout limités à autoriser un avocat externe à leur administration pour défendre leurs intérêts. On peut se demander si, pris dans ce sens restreint, il était nécessaire de prévoir explicitement dans la *Convention* le droit pour un État Partie de se faire représenter par un avocat; la pratique suivie devant la plupart des juridictions internationales ne le permettait-elle pas déjà, y compris à l'OMC?[1124] Il est trop tôt pour dire s'il s'agit là d'une tendance lourde, mais il ne semble pas qu'il s'agisse d'un recul permanent pour les personne privées affectées par la

---

[1122] Par exemple, les avocats externes autorisés par le Panama dans l'*Affaire du « Camouco »* auraient effectivement agit pour le compte des propriétaire du navire. Eiriksson, *supra* note 1110 à la p. 208.

[1123] *Affaire du « Juno Trader » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines* c. *Guinée-Bissau)*, Prompte mainlevée, arrêt du 18 décembre 2004, en ligne : Tribunal international du droit de la mer <http://www.itlos.org/case_documents/2004/document_fr_249.pdf> (date d'accès : 28 mai 2005). L'État du pavillon, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, a nommé le directeur général de la compagnie d'assurance du navire comme agent, et celui-ci s'est adjoint un juriste français, de même qu'un professeur de droit comme conseil, ainsi que des représentants des compagnies maritimes impliquées comme conseillers.

[1124] Voir la partie 3.2.3, ci-dessous, pour une discussion sur la problématique du recours à des cabinets d'avocats privés par les membres de l'OMC, pour les représenter dans son mécanisme de règlement des différends.

détention d'un navire, comme le dernier recours intenté le démontre; cela illustre à tout le moins les hésitations proverbiales des États face à tout accroissement de leur capacité au plan international. Cela illustre également la ligne parfois ténue — mais fondamentale au plan juridique — qui sépare la problématique de la capacité des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État au plan international, de celle du droit d'un État de confier la défense de ses intérêts devant une juridiction internationale à un cabinet d'avocat.

En somme, le recours en prompte mainlevée n'affecte pas le cadre d'application de la théorie de la protection diplomatique. L'incapacité de principe des personnes privées d'agir au plan international n'est pas palliée juridiquement; par contre, l'idée de permission d'agir en son nom qu'il contient pourrait être une avenue porteuse dans la recherche d'assouplissement pratique dans l'application de la théorie en matière économique, sans pour autant chambouler tous les principes du droit international. En outre, cette idée de délégation de ses droits procéduraux par un État plaignant — droits qui appartiennent aux règles secondaires dans la théorie de la responsabilité de l'État — va dans le sens de l'idée défendue dans la présente thèse, voulant que même dans le domaine de l'investissement étranger direct, les personnes privées ne sont jamais que les bénéficiaires d'une délégation conventionnelle du droit d'un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État. Enfin, le recours en prompte mainlevée suggère une inversion totale de la proposition du premier rapporteur de la CDI sur la protection diplomatique, Mohammed Bennouna, qui soutient que la fiction vattélienne est dépassée et que l'État qui épouse la réclamation d'une personne privée n'exerce pas son propre droit, mais n'est que l'agent de celle-ci[1125] : c'est plutôt la personne privée qui agit au nom de l'État du pavillon qui est l'agent de ce dernier.

Les différences fondamentales entre ce mode de participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques et celui apparu dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct, avec la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, sont que l'agrément d'agir au nom de l'État est postérieur à la survenance du présumé fait

[1125] Voir *supra* la note 519 et le texte correspondant.

internationalement illicite, et que le litige demeure interétatique au plan juridique. Si l'autorisation d'agir au nom de l'État devait être préalable à la survenance des faits, comme l'envisage le *Règlement* du Tribunal, la différence entre ces deux modes serait grandement atténuée et la seule distinction juridique qui demeurerait serait la nature interétatique du litige.

### 2.4.2 Les recours concernant les activités dans la Zone internationale des fonds marins

Une innovation majeure apportée par la *Convention de Montego Bay* est la création d'un espace, placé sous la juridiction d'une organisation internationale chargée de le préserver et d'en gérer l'exploitation pour le compte de l'humanité. Cet espace, constitué par les fonds marins situés au-delà des juridictions nationales des États côtiers, est désigné comme étant la « Zone », et c'est l'Autorité internationale des fonds marins qui a été créée pour en assumer la gestion. L'Autorité est censée accorder des contrats d'exploration et d'exploitation des ressources minières de ces fonds marins aux États Parties, à leurs entreprises d'État ainsi qu'aux sociétés privées patronnées à cette fin par leur État de nationalité.

L'originalité de ce régime international, où se côtoient les intérêts de l'humanité, d'une organisation internationale, des États Parties et de personnes privées, ne pouvait manquer de se répercuter sur le mécanisme mis en place pour régler les différends entre ses acteurs. On est rapidement convenu, lors des négociations de la *Convention*, de la nécessité d'offrir des recours aux personnes privées poursuivant des activités dans la Zone, et cette reconnaissance se trouve en toute lettre dans la *Convention* et dans les *Statuts du Tribunal international du droit de la mer*[1126]. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a été spécialement créée au sein du Tribunal pour connaître des litiges mettant en cause les activités dans la Zone, et sa juridiction est obligatoire et exclusive, sauf une exception pour les litiges contractuels, où une partie

[1126] *Convention de Montego Bay*, *supra* note 1106, art. 291(2) et Annexe VI, art. 20(2); Nordquist, Rosenne et Sohn, *supra* note 1108 aux pp. 60-61. Le *Statut du Tribunal international du droit de la mer* figure à l'Annexe VI de la *Convention*.

peut préférer s'en remettre à l'arbitrage commercial international[1127]. Une série de recours sont prévus, largement inspirés des recours existants au sein de la Communauté européenne[1128].

Un premier groupe de recours sont prévus pour permettre à la Chambre spéciale de connaître des litiges mettant en cause l'interprétation ou l'application de la *Convention*; ces différends peuvent opposer les États Parties ou un État Partie et l'Autorité[1129]. Ils sont fermés aux personnes privées, qui ne peuvent donc pas invoquer la responsabilité d'un État Partie pour violation de la *Convention*.

Un second groupe de recours vise cette fois les relations contractuelles et précontractuelles pouvant se nouer au sein de la Zone. Ces recours sont cette fois ouverts aux personnes privées, patronnées par leur État Partie de nationalité, non pas pour exercer le recours mais plutôt pour agir dans la Zone, puisqu'elles peuvent y devenir partie à des contrats d'exploration et d'exploitation[1130]. Sont visés les différends entre parties à un contrat, pouvant être des États Parties, l'Autorité, des entreprises d'État ou des personnes privées patronnées, ayant trait à l'interprétation ou l'exécution du contrat ou d'un plan de travail, ou encore des actes ou omissions concernant des activités menées dans la Zone et affectant l'autre partie ou portant directement atteinte à ses intérêts légitimes[1131]. Il n'est pas clair si ce dernier recours concernant les actes ou omission d'une partie pourrait permettre à une personne privée partie à un contrat d'invoquer la responsabilité d'un État partie au contrat, pour violation de la *Convention*; la doctrine ne semble pas avoir relevé cette possibilité, et le recours appartient à un paragraphe concernant les recours des

---

[1127] *Convention de Montego* Bay, *ibid.* art. 187, 188(2) et 287(2). Même dans l'hypothèse où une partie choisirait l'arbitrage commercial international, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins conserverait sa juridiction exclusive sur l'interprétation de la *Convention* en ce qui concerne les activités dans la Zone, au moyen d'un mécanisme de renvoi préjudiciel inspiré de la Communauté européenne.

[1128] Treves, « Jurisdiction », *supra* note 1119 à la p. 409. On notera pour mémoire qu'un autre groupe de recours est prévu par la *Convention*, visant « tout autre différend pour lequel la compétence de la Chambre est expressément prévue par la Convention ». Seraient ici visés les différends portant sur les accords de l'OMC, rendus applicables aux activités menées dans la Zone internationale des fonds marins, lorsqu'au moins un État Partie concerné n'est pas membre de l'OMC. Ces différends sont évidemment purement interétatiques. *Convention de Montego Bay*, *ibid.* art. 187f); *Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, *supra* note 1106, Annexe, section 6(1)b) et f); Eiriksson, *supra* note 1110 à la p. 132.

[1129] *Convention de Montego Bay*, *ibid.* art. 187a) et b).

[1130] *Ibid.* art. 153(2)b).

[1131] *Ibid.* art. 187c).

parties à un contrat et semble bien circonscrit à leurs relations contractuelles, ce qui tendrait à répondre à la question par la négative.

Le dernier recours appartenant à ce groupe concerne les relations précontractuelles entre l'Autorité et une personne privée patronnée par son État Partie de nationalité et cherchant à obtenir un contrat. Le litige peut porter sur le refus de contracter par l'Autorité, ou sur toute question juridique surgissant lors des négociations[1132].

Un troisième et dernier groupe de recours vise cette fois les différends mettant en cause la responsabilité de l'Autorité. Ce recours peut être exercé par une personne privée patronnée par son État Partie de nationalité, une entreprise d'État, ou encore par un État Partie[1133]. Il semble que ce recours vise la responsabilité de l'organisation internationale au sens large, et non pas seulement pour violation d'un contrat ou de la *Convention*, ce qui expliquerait pourquoi les États Parties peuvent aussi l'exercer[1134]. Il apparaît donc que les personnes privées peuvent — à l'instar de leur recours dans la Communauté européenne — invoquer la responsabilité d'une organisation internationale auprès d'une juridiction internationale, ce qui constitue une réelle altération de leur incapacité de principe en droit international, et altère donc la théorie de la protection diplomatique.

Malgré la série de recours dont les personnes privées jouissent auprès de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal internationale du droit de la mer, il apparaît que — à l'instar de la situation prévalant dans la Communauté européenne — celles-ci ne se voient pas reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité d'un État auprès d'une juridiction internationale, pour violation de la *Convention de Montego Bay*, ce qui signifie en définitive que le cadre d'application de la théorie de la protection diplomatique n'est à nouveau pas affecté, sauf l'exception déjà mentionnée concernant l'Autorité internationale des fonds marins. Leurs recours ne visent que leurs relations contractuelles, qui ne relèvent pas en soi de la sphère internationale tout comme les contrats d'État, comme le démontre la possibilité de recourir à l'arbitrage commercial international, et leurs relations avec l'organisation internationale responsable de la Zone internationale des fonds marins.

---

[1132] *Ibid.* art. 187d).
[1133] *Ibid.* art. 187e) et Annexe III, art. 22.
[1134] Treves, « Jurisdiction », *supra* note 1119 à la p. 412.

En outre, il faut mentionner qu'une importante limite est posée à l'exercice par les personnes privées de leurs recours de nature contractuelle. D'une part, l'État qui patronne la personne privée doit en être notifié et a le droit de participer aux procédures en présentant des observations écrites ou orales; d'autre part, l'État défendeur peut demander à l'État qui patronne la personne privée de comparaître au nom de celle-ci, à défaut de quoi, l'État défendeur peut se faire représenter par une personne morale possédant sa nationalité[1135]. Les conséquences du choix de l'État qui patronne de comparaître au nom de la personne privée ou de l'État défendeur de se faire représenter par une personne morale ne sont pas claires; il semble que ces choix n'affecteraient pas la position juridique des parties au litige, mais relèveraient plutôt de la stratégie de plaidoirie[1136]. Ces dispositions témoignent à nouveau de la résistance des États face à l'élargissement de l'accès des personnes privées aux juridictions internationales[1137].

### 2.4.3 Les clauses compromissoires

Une clause compromissoire prévue dans un accord international « se rapportant aux buts de la Convention » pourrait conférer au Tribunal international du droit de la mer la compétence pour connaître des litiges le mettant en cause[1138]. Cette option ne semble pas avoir été exercée à ce jour, mais on pourrait imaginer qu'un tel accord puisse accorder le droit de porter plainte aux personnes privées, ce qui leur permettrait d'invoquer la responsabilité d'un État auprès du Tribunal[1139]. Il n'est cependant pas clair si un tel système serait autorisé par l'article 292(2) de la *Convention*, qui prescrit que les procédures de règlement des différends qu'elle prévoit ne sont ouvertes aux entités autres que les États Parties que dans la mesure ou elle le prévoit expressément.

---

[1135] *Convention de Montego Bay*, *supra* note 1106, art. 190(2).
[1136] Eiriksson, *supra* note 1110 aux pp. 200-201.
[1137] Voir L. Dolliver M. Nelson, « The International Tribunal for the Law of the Sea : Some Issues », dans P. Chandrasekhara Rao et R. Khan, dir., *The International Tribunal for the Law of the Sea : Law and Practice*, La Haye, Kluwer, 2001, 49 à la p. 57.
[1138] *Convention de Montego Bay*, *supra* note 1106, art. 288(2).
[1139] Voir Mensah, note 1119 aux pp. 320-321. Trois accords internationaux contiennent une telle clause compromissoire à l'heure actuelle; tous visent exclusivement les différends interétatiques et aucun ne prévoit de droits en faveur des personnes privées. Eiriksson, *supra* note 1110 aux pp. 125-128.

Il serait en outre possible que les contrats maritimes privés puissent également stipuler une telle clause compromissoire, mais cette possibilité fait l'objet d'une controverse doctrinale. On a vu que la *Convention* envisageait la stipulation d'une clause compromissoire dans un « accord international » se rapportant à ses buts; le *Statut* du Tribunal est moins strict et envisage la stipulation d'une telle clause dans « tout autre accord »[1140]. Les contrats maritimes privés seraient exclus de la première catégorie d'accords, mais inclus dans la seconde, ce qui a fait dire à certains auteurs que cette possibilité était prometteuse pour les opérateurs maritimes privés[1141]. Mais de toute façon, même si de tels litiges contractuels pouvaient être entendus par le Tribunal, ils ne nous intéresseraient pas, puisqu'ils ne mettraient pas en question la responsabilité internationale de l'État.

## 2.5 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LE PROTO-DROIT INTERNATIONAL DE LA CONCURRENCE : DUMPING, SUBVENTIONS ET AU-DELÀ

La réglementation visant à assurer une certaine loyauté dans les relations commerciales internationales est encore à un stade très primitif (**2.5.1**). Toutefois, les tentatives de juridisation au chapitre des pratiques commerciales restrictives, de même que le mécanisme spécial de règlement des différends de l'*ALÉNA* en matière de dumping et de subventions (**2.5.2**), tendent à démontrer que ce domaine est particulièrement sensible au problème de l'incapacité des personnes privées pour invoquer la responsabilité de l'État au plan international.

---

[1140] *Convention de Montego Bay*, *supra* note 1106, Annexe 6, art. 20(2), 21.
[1141] Mensah, *supra* note 1119 aux pp. 320-321. Voir toutefois Treves, « Private Maritime Law Litigation », *supra* note 1113 aux pp. 353-355; Eiriksson, *supra* note 1110 à la p. 115.

### 2.5.1 Le proto-droit international de la concurrence

a) Les pratiques commerciales restrictives

L'absence d'un droit international de la concurrence demeure un problème important à l'heure actuelle dans le système commercial multilatéral[1142]. On sait que les obligations conventionnelles prévues par le droit international économique ne lient que les États, ce qui signifie que même si un État respecte scrupuleusement ses obligations, les pratiques des personnes privées opérant sur son territoire pourraient avoir pour effet de recréer des obstacles au commerce international, sans qu'il soit possible de les en empêcher en vertu du droit international économique. On a vu que cette problématique interpellait la question de l'imputabilité de l'État, dans la théorie de la responsabilité, et qu'à moins de lui être attribuables, les pratiques commerciales restrictives de ses ressortissants ne sauraient engager la responsabilité internationale de l'État[1143]. C'est pourquoi la question de l'adoption de règles internationales en matière de pratiques commerciales restrictives se pose avec tant d'acuité. De telles règles pourraient, par exemple, obliger les États à empêcher leurs ressortissants de poser de tels gestes, ou encore prévoir une obligation d'adopter une législation nationale sur la concurrence et de l'appliquer adéquatement.

La *Charte de La Havane* prévoyait un chapitre entier consacré aux pratiques commerciales restrictives. Celui-ci comportaient un mécanisme spécial de règlement des différends, moins entre États membres qu'entre États membres et entreprises privées ou

---

[1142] Voir E. Fox, « Competition Law » dans Lowenfeld, *supra* note 142, 340 aux pp. 379-383; W. Abdelgawad, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* » (2001) 15 Rev. I.D.E. 161 aux pp. 164-165; Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 238-240. Voir généralement K.C. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation : The Limits of Multilateralism*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001; B. Merkt, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence*, Berne, Lang, 2000; M.-C. Malaguti, « Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization » (1998) 32:3 J. World T. 117; J.-C. Bellis, « Anti-competitive Practices and the WTO : The Elusive Search for New World Trade Rules » dans *New Directions in International Economic Law*, *supra* note 20, 361.

[1143] Voir la partie 1.3.1 b), ci-dessus, pour une discussion sur l'engagement de la responsabilité internationale du membre de l'OMC. C'était précisément la problématique en cause dans l'affaire *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, *supra* note 343.

publiques. À l'instar de son mécanisme général, ce mécanisme spécial n'était ouvert qu'aux États membres, qui auraient ainsi pu porter plainte à l'OIC contre des pratiques commerciales restrictives interdites par la *Charte* et exercées par des entreprises commerciales publiques ou privées[1144]. Il est fort à-propos de souligner ici que le projet initial de traité proposé par les Américains ne prévoyait rien de moins que d'accorder directement aux parties privées le droit de porter plainte à l'OIC[1145]. Cette proposition fut cependant abandonnée durant les négociations et la *Charte* prévoyait finalement que seuls les États membres pouvaient porter plainte, pour leur propre compte ou pour le compte de toute personne, entreprise ou organisation relevant de leur juridiction; par ailleurs les États membres avaient l'obligation de prévoir un mécanisme interne permettant à ces parties privées de présenter leur réclamation à leur État membre[1146]. Ces dernières auraient en outre eu le droit de se faire entendre pendant l'enquête de l'OIC, si une telle enquête s'était avérée nécessaire, ainsi que les entreprises commerciales visées par la plainte[1147]. Si elle avait constaté des pratiques interdites, l'OIC aurait pu demander à chaque États membre intéressé de prendre toutes les mesures en son pouvoir pour remédier à la situation et aurait publier un rapport sur l'ensemble de l'affaire[1148].

La question de l'adoption de règles multilatérales sur les pratiques commerciales restrictives est maintenant à l'agenda du cycle de négociations de Doha[1149]. Il est trop tôt pour savoir si la conclusion d'un accord sera possible et quelle place il aménagera aux personnes privées dans le règlement des différends. Certains auteurs suggèrent que l'adoption de règles semblables devrait également comporter un recours direct à

---

[1144] *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 48(1). Ce mécanisme ne remplaçait cependant pas le mécanisme général pour régler les différends entre États ayant trait à la privation d'avantages résultant du chapitre sur les pratiques commerciales restrictives. Les pratiques commerciales restrictives interdites étaient celles qui avaient des effets nuisibles sur le commerce international. Voir Wilcox, *supra* note 49 à la p. 109.

[1145] Wilcox, *ibid.* aux pp. 106-109; Brown, *supra* note 49 à la p. 125. William Brown a qualifié cette question de « *subsidiary* », ce qui semble bien indiquer le peu d'intérêt qu'elle revêtait dans l'esprit des commentateurs de l'époque.

[1146] *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 48(1), 50(2). Cependant si la pratique reprochée était le fait d'une entreprise commerciale publique, les États membres n'auraient pu agir que pour leur propre compte, après avoir tenté de régler le différend en entrant en consultations avec l'État membre duquel relevait l'entreprise publique.

[1147] *Ibid.* art. 48(4).

[1148] *Ibid.* art. 48(7), (8).

[1149] *Déclaration de Doha*, *supra* note 79 aux paragr. 23-25.

l'arbitrage international, afin de permettre aux personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État, en s'inspirant du modèle de l'investissement étranger direct[1150].

On a aussi vu que dans la zone de libre-échange nord-américaine, les investisseurs étrangers jouissaient en outre d'un recours concernant certaines activités des monopoles et des entreprises d'État, qui leur permettait d'invoquer la responsabilité de l'État hôte auprès d'un tribunal arbitral[1151]. Il faut noter que les négociations actuellement en cours en vue de la création de la ZLÉA portent également sur la question de la concurrence, et qu'une avancée intéressante en matière de recours des personnes privées avait été envisagée dans le premier avant-projet d'accord. On évoquait la possibilité que les différends ayant trait aux monopoles et aux entreprises d'État se règlent suivant le mécanisme général et le mécanisme spécial proposé pour les différends entre investisseurs et États[1152]. La proposition d'élargir le droit de porter plainte en matière de concurrence a donc récemment refait surface, inspirée par l'*ALÉNA*, bien que ses modalités d'opération n'étaient pas précisées. Il semble toutefois qu'elle ait été abandonnée au cours des négociations, puisqu'elle n'apparaît plus aussi clairement dans les avant-projets d'accord subséquents[1153].

b) Le dumping et les subventions

En l'absence de règles internationales, les États tentent de discipliner la conduite des entreprises privées au moyen de l'application extraterritoriales de leur législation nationale sur la concurrence. Ils imposent également des droits antidumping et compensateurs pour répondre aux pratiques du dumping et des subventions. On peut en effet rattacher conceptuellement la problématique du dumping et des subventions à une certaine idée de loyauté dans les relations internationales.

---

[1150] A. Giardina et A. Beviglia Zampetti, « Settling Competition-Related Disputes : The Arbitration Alternative in the WTO Framework » (1997) 31:6 J. World T. 5.
[1151] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1116(1), 1502(3)a) et 1503(2). Voir la partie 2.3.2 a), ci-dessus, pour un examen des modalités d'opération du mécanismes de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.
[1152] *Premier Avant-projet d'Accord sur la Zone de libre-échange des Amériques*, *supra* note 668, chapitre sur la politique de concurrence, art. 5.2, disposition B.
[1153] Voir le *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *supra* note 668, chapitre XIX, art. 15.1.

Le dumping consiste en la vente d'un produit sur un marché d'exportation, à un prix inférieur à sa valeur marchande dans le marché d'origine, ce qui peut être considéré comme une pratique commerciale déloyale, d'origine privée, faussant la concurrence internationale[1154]. Cette pratique n'est pas interdite par le droit international économique, mais son caractère déloyal fait en sorte qu'elle permet à l'État importateur qui en est victime d'imposer des droits antidumping sur le produit importé, dans la mesure où son importation cause ou menace de causer des dommages importants à une branche de production nationale fabriquant des produits similaires.

La subvention consiste en une aide économique accordée par un État à ses producteurs nationaux, ce qui peut également être considéré comme une pratique commerciale déloyale, cette fois d'origine publique, lorsque ces produits sont destinés à l'exportation, faussant aussi la concurrence internationale[1155]. Un premier type de subvention est interdit par le droit international économique, s'agissant essentiellement des subventions à l'exportation[1156] ; un second type est licite, mais il permet à l'État importateur d'imposer des droits compensateurs au produit importé, quand la subvention cause ou menace de causer un dommage important à la branche de production nationale fabriquant un produit similaire[1157] ; un troisième type de subvention est licite et ne permet pas l'imposition de droits compensateurs[1158].

L'imposition de droits antidumping et compensateurs va maintenant en grandissant[1159]. Les États les utilisent de plus en plus comme des mesures de sauvegardes, pour protéger leur marché national contre les effets de l'élimination des obstacles tarifaires au commerce international. Cela signifie que ces mesures commerciales s'écarteraient de leur rôle premier, qui est de répondre à des pratiques jugées déloyales, pour répondre maintenant à des pratiques loyales, soit l'exercice des opportunités commerciales légitimement ouvertes par la libéralisation du commerce mondial. La problématique des droits antidumping et compensateurs s'éloignerait ainsi de l'idée de

---

[1154] Voir le *GATT de 1994*, *supra* note 70, art. VI(1).
[1155] Voir l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, *supra* note 73, art. 1.
[1156] *Ibid.* art. 3.
[1157] *Ibid.* art. 5.
[1158] *Ibid.* art. 8.
[1159] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 258.

loyauté dans les relations commerciales internationales, et partant de l'ébauche d'un proto-droit international de la concurrence[1160].

Les droits antidumping et compensateurs ne se présentent pas comme des contre-mesures, au sens du droit international de la responsabilité de l'État, puisqu'ils ne sont pas pris suite à la violation d'une obligation internationale par un État, et au refus de ce dernier d'exécuter ses obligations secondaires. C'est plutôt la violation des règles qui encadrent leur imposition qui est susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État importateur. Puisque les destinataires des droits antidumping ou compensateurs sont généralement les personnes privées exportatrices, on comprend facilement que ce domaine revêt un caractère particulier dans l'étude de leurs recours au plan international. Si pour le moment, le paradigme interétatique n'a pas été altéré en cette matière, le mécanisme original prévu par l'*ALÉNA* mérite d'être examiné plus en détails.

### 2.5.2 Le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 19 de l'*ALÉNA* en matière de droits antidumping et compensateurs

Le mécanisme spécial de règlement des différends de l'*ALÉNA* en matière de droits antidumping et compensateurs revêt beaucoup plus d'intérêt, pour les fins qui nous intéressent, que son mécanisme général[1161]. Il ne reconnaît pas la capacité des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État pour violation de l'*ALÉNA*, mais il leur réserve tout de même un certain rôle qui dépasse celui qu'elles jouent dans les mécanismes classiques de règlement des différends généralement prévus par les traités d'intégration économique régionale[1162]. Cela tient à la nature très novatrice de ce mécanisme spécial — répondant à des circonstances particulières ayant trait à l'évolution

---

[1160] *Ibid.* à la p. 274.

[1161] Voir généralement de Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 aux pp. 336-360; Graham, *supra* note 576 aux pp. 563-572; J.-G. Castel, « The Settlement of Disputes under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement » (1989) 83 A.J.I.L. 118 aux pp. 123-127; E. Saucier, « Les aspects procéduraux du mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventionnement » (1991) 25 R.J.T. 523.

[1162] Il faut noter que le chapitre 19 de l'*ALÉNA* sur le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs prévoit en outre un autre mécanisme, interétatique celui-là, qu'il suffira seulement d'évoquer. Il permet à une Partie de faire examiner par un groupe spécial la compatibilité avec l'*ALÉNA* et les accords de l'OMC de toute modification par l'autre Partie de sa législation sur les droits antidumping et compensateurs. *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1903.

des négociations de l'*ALÉ*, l'ancêtre de l'*ALÉNA*, duquel le mécanisme a été repris[1163] — qui entend régler les différends émanant non pas de l'application de dispositions substantives de l'*ALÉNA*, mais plutôt de celles de la législation des Parties permettant l'imposition de droits antidumping et compensateurs.

Cette dernière caractéristique essentielle du mécanisme du chapitre 19 diminue son intérêt, puisqu'il ne s'agit pas d'impliquer des personnes privées dans la mise en œuvre des obligations internationales conventionnelles d'un État; il ne s'agit pas de l'invocation de la responsabilité internationale de l'État. On pourrait lire dans le mécanisme une obligation internationale sous-jacente d'appliquer son droit national, à charge des Parties contractantes. Toutefois, le processus, bien que formellement international, apparaît toujours s'inscrire dans l'orbite juridique nationale au plan substantif, notamment en raison du caractère optionnel du mécanisme et du pouvoir du groupe spécial binational de renvoyer l'affaire à l'autorité nationale compétente de l'État importateur. Son examen demeure toutefois pertinent vu le rôle-clé que les personnes privées y jouent, son éventuel maintien dans l'hypothèse d'une internationalisation des normes en matière de concurrence entre les Parties de l'*ALÉNA*, ainsi que son impact sur l'évolution du droit de porter plainte dans les traités d'intégration économique régionale.

Le mécanisme spécial du chapitre 19 remplace l'examen par les tribunaux judiciaires des Parties des déterminations finales de leurs tribunaux administratifs sur l'imposition de droits antidumping et compensateurs, par un examen par des groupes spéciaux binationaux[1164]. Le mécanisme est optionnel et le choix d'y recourir appartient normalement aux personnes privées affectées par la détermination[1165]. Une Partie doit en

---

[1163] Le Canada souhaitait être exempté de l'application de la législation américaine sur le dumping et les subventions, ou encore voir incorporer dans l'*ALÉ* des règles internationales communes en la matière, qui auraient pu être mises en œuvre par le mécanisme général de règlement des différends. Devant le refus des américains de renoncer à leur législation nationale, par souci de préserver cet outil de protectionnisme et cet important attribut de leur souveraineté, un compromis a finalement été convenu par les Parties et le mécanisme spécial du chapitre 19 est né. Voir de Mestral, *supra* note 574 aux pp. 336-360.

[1164] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1904(1). Le groupe spécial doit non pas faire un examen *de novo* de l'affaire, mais bien vérifier si l'instance administrative de la Partie visée par la plainte a appliqué la législation nationale pertinente correctement, suivant les règles du contrôle judiciaire applicables dans cet État (*ibid.* art. 1904(2)).

[1165] *Ibid.* art. 1904(1) et (5). Le mécanisme spécial est optionnel puisqu'il ajoute un recours international aux recours judiciaires internes, mais n'élimine pas ces derniers. Il se substitue plutôt à ceux-ci « selon qu'il est prévu au présent article », c'est-à-dire si une personne privée ou une Partie choisit de l'utiliser. Voir de

effet obligatoirement demander l'examen d'une telle détermination finale par un groupe spécial binational, sur requête d'une personne qui aurait autrement été habilitée par la législation de l'État importateur à engager des procédures visant l'examen de la décision par les tribunaux judiciaires de cet État; la Partie peut aussi le faire de son propre chef[1166]. La décision d'enclencher le mécanisme de règlement des différends ne relève donc pas de la seule discrétion des Parties, et c'est là son plus grand intérêt. En outre, les personnes qui auraient autrement qualité pour comparaître et être représentées par un avocat dans une procédure judiciaire interne, suivant la législation de l'État importateur, bénéficient des mêmes droits devant le groupe spécial binational[1167].

Le groupe spécial binational peut soit maintenir la détermination finale, soit la renvoyer à l'autorité compétente de l'État importateur pour qu'il prenne une mesure compatible avec sa législation; sa décision a force obligatoire pour les États[1168]. Bien qu'aucun appel de la décision du groupe spécial binational ne soit prévu, il faut noter qu'une procédure de contestation extraordinaire est envisagée afin de faire réexaminer la décision par un comité pour contestation extraordinaire. Ce recours est ouvert, pour l'essentiel, si le groupe spécial s'est écarté considérablement des règles fondamentales de procédures ou a manifestement outrepassé ses compétences et que cela a eu, d'une part, une influence sensible sur la décision et d'autre part, constitue une menace pour l'intégrité du processus[1169]. La décision d'intenter ce recours appartient cette fois-ci exclusivement aux États, ce qui signifie que seuls ceux-ci sont garants en dernière ligne de l'intégrité du processus[1170].

Une certaine place est ainsi aménagée aux personnes privées, dans un mécanisme de règlement des différends qui est censé, formellement, opposer « une des Parties en cause » au tribunal administratif de la Partie importatrice[1171]. On y transpose le droit

---

Mestral, *supra* note 574 à la p. 338; Saucier, *supra* note 1161 à la p. 548; Graham, *supra* note 576 aux pp. 564-565.

[1166] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1904(5).

[1167] *Ibid.* art. 1904(7).

[1168] *Ibid.* art. 1904(8), (9). Il faut mentionner que la question de la force obligatoire de ces décisions est controversée. Antoniou, *supra* note 580 aux pp. 101-102.

[1169] *ALÉNA*, *ibid.* art. 1904(13), Annexe 1904.13. Ce recours a été créé pour tenter de répondre aux préoccupations des États-Unis quant à la constitutionnalité du mécanisme spécial. Graham, *supra* note 576 à la p. 567.

[1170] De Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 à la p. 338.

[1171] *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 1904(2).

fondamental d'être entendu, caractéristique de toute procédure judiciaire de type contradictoire, ainsi que celui de forcer l'enclenchement du processus d'arbitrage international. Puisque les droits antidumping et compensateurs affectent essentiellement des personnes privées, il allait de soi que ces dernières puissent contester une telle détermination finale devant les tribunaux judiciaire de l'État importateur. Or cet examen judiciaire ayant été remplacé optionnellement par le mécanisme du chapitre 19, il était naturel que ces personnes aient toujours voix au chapitre dans ce nouveau mécanisme.

Les conséquences du mécanisme sont importantes. La voie normale du recours aux juridictions nationales de l'État importateur s'avère en pratique être extrêmement longue et coûteuse[1172]. Or le texte de l'*ALÉNA* semble faire en sorte que les Parties se sont engagées à l'avance à supporter les frais du recours, puisqu'elles sont liées par la demande de la personne privée voulant qu'elles portent plainte[1173]. De plus, la faculté d'exercer ou non un recours au plan international — attribut classique de la souveraineté — a été abandonnée par les Parties, puisque cela peut dépendre de la seule volonté des personnes privées. On le voit, ce système aurait dû impliquer une certaine renonciation à leur souveraineté par les Parties, avec à la clé des implications politiques et financières non négligeables.

La mise en œuvre du mécanisme spécial s'est curieusement écartée du cadre posé par l'*ALÉNA*, élargissant davantage la participation des personnes privées dans la pratique. Les législations de mise en œuvre et les règles de procédures adoptées par les Parties ont fait en sorte que la soumission du différend à l'arbitrage international auprès d'un groupe spécial binational, censée être formellement demandée par « une des Parties en cause » aux termes même de l'*Accord*, apparaît en réalité être demandée directement par les personnes privées. Les règles de procédures pour le mécanisme spécial prévoient que la demande de révision par un groupe spécial doit être présentée conformément aux législations nationales de mise en œuvre du chapitre 19 de l'*ALÉNA*[1174]. La législation

---

[1172] On a estimé en 1993 que les délais pouvaient aller jusqu'à quatre ans et les honoraires d'avocats atteindre parfois quatre millions de dollars. Antoniou, *supra* note 580 aux pp. 96-98, notes 75 et 81.
[1173] Voir *ibid.* à la p. 98; Saucier, *supra* note 1161 à la p. 570.
[1174] *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'Article 1904* (Parties à l'*ALÉNA*), en ligne : secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?CategoryID=69> (date d'accès : 16 juillet 2004), art. 34(1). Les

canadienne dispose par exemple que la demande d'arbitrage présentée par une personne privée disposant autrement d'un recours interne devant les tribunaux canadiens, à l'encontre d'une détermination finale canadienne, est réputée avoir été présentée par le gouvernement de l'État de nationalité du plaignant privé, se conformant ainsi au libellé du chapitre 19, qui exige formellement que la plainte soit déposée par une Partie; le gouvernement canadien doit par ailleurs obligatoirement présenter une demande d'arbitrage à l'encontre d'une détermination finale d'une autre Partie, si une personne privée canadienne disposant d'un recours interne devant les tribunaux de cette autre Partie le lui demande[1175]. Le résultat pratique est que l'ensemble du litige est piloté par la personne privée plaignante, et celle-ci en supporte les frais[1176]; les décisions des groupes spéciaux binationaux désignent en effet toujours les personnes privées comme parties au litige, contre le tribunal administratif, et les procédures semblent se dérouler dans les faits entre ces dernières, la Partie dont les personnes privées plaignantes sont les ressortissantes apparaissant à l'occasion comme intervenant, à moins bien sûr qu'elle n'ait elle-même porté plainte.

Par conséquent, la participation des personnes privées dans le mécanisme spécial du chapitre 19 s'est accrue de manière significative en pratique, allant vers un véritable droit de porter plainte contre la décision d'un organe administratif étatique, au lieu du simple rôle de déclencheur d'une procédure interétatique. Dans la mesure où la participation directe des personnes privées implique qu'elles doivent supporter les frais du recours, un des avantages du mécanisme a donc été perdu pour celles-ci. Restent tout de même ceux de la célérité et de la délocalisation partielle du forum.

Les personnes privées se sont prévalues fréquemment de leur droit d'enclencher le processus, et d'y participer en pratique à titre principal de plaignant. L'état des plaintes portées en vertu du mécanisme spécial du chapitre 19 de l'*ALÉNA* démontre que 94 plaintes y ont été déposées au cours de ses dix premières années d'opération, et ce par des personnes privées dans la grande majorité des cas, contre seulement trois plaintes en vertu

---

règles disposent que les personnes pouvant faire une demande d'examen judiciaire en vertu du droit interne d'une Partie peuvent porter plainte suivant le mécanisme spécial du chapitre 19 (*ibid.* art. 39(1), (3)).

[1175] *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, *supra* note 40, art. 77.011(2), (3), 96.21(2), (3).

[1176] *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'Article 1904*, *supra* note 1174, art. 32.

du mécanisme général interétatique[1177]. Trois plaintes ont été portées suivant le processus de contestation extraordinaire, qui n'est ouvert qu'aux Parties. On constate que le mécanisme pouvant être enclenché par des personnes privées est par conséquent beaucoup plus souvent utilisé que celui ne pouvant l'être que par des États.

Le pouvoir d'attraction de ce modèle original de recours international en faveur des personnes privées semble assez limité. Il n'a été repris dans aucun des accords de libre-échange bilatéraux conclus subséquemment par le Canada[1178], ce qui semble démontrer qu'il a été conçu pour répondre à une problématique canado-américaine particulière. Par contre la création d'un tel mécanisme binational ou sous-régional destiné à remplacer l'examen judiciaire des décisions finales, en matière d'imposition de droits antidumping ou compensateurs, avait été envisagée dans le cadre des négociations sur la ZLÉA, mais il semble que cette proposition ait été abandonnée[1179]. La plus grande influence de ce modèle se trouve peut-être du côté des accords parallèles à l'*ALÉNA*, qui s'intéressent aux impacts de la libéralisation du commerce sur la protection des travailleurs et de l'environnement, et qui sont examinés dans la section suivante.

Malgré son intérêt certain, le mécanisme spécial du chapitre 19 de l'*ALÉNA* ne comble pas l'incapacité de principe des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État au plan international. Il n'altère donc pas véritablement le cadre d'application de la théorie de la protection diplomatique. En réalité, ce recours ne met pas en cause la responsabilité internationale de l'État, puisque c'est de la violation de son propre droit national par un État qu'il est question. Les personnes privées se voient offrir le droit d'invoquer une certaine responsabilité interne de l'État, mais auprès d'une

---

[1177] Voir Secrétariat de l'*ALÉNA*, *Historique des révisions entreprises par les groupes spéciaux en vertu de l'ALÉNA et de l'ALÉ*, en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=435> (date d'accès : 16 juillet 2004). De ces 94 plaintes, 68 affaires sont classées et 26 sont toujours en instance. En ce qui concerne le mécanisme analogue qui était prévu par l'*ALÉ*, les chiffres se ressemblent : 49 plaintes avaient été portées entre le 1er janvier 1989 et le 31 décembre 1993, en vertu du mécanisme spécial, contre seulement cinq en vertu du mécanisme général interétatique, soit presque dix fois plus. Trois plaintes avaient été portées par les Parties suivant le mécanisme de contestation extraordinaire.

[1178] Voir l'*ALECC*, *supra* note 960; *ALECI*, *supra* note 961; *ALECCR*, *supra* note 962. On notera toutefois que l'imposition de droits antidumping a été abolie dans les relations commerciales bilatérales entre le Canada et le Chili (*ALECC*, *ibid.* art. M-01 à M-03).

[1179] *Premier Avant-projet d'Accord sur la Zone de libre-échange des Amériques*, *supra* note 668, chapitre sur les subventions, les droits antidumping et compensateurs, art. 17; *Troisième Avant-projet d'Accord sur la ZLÉA*, *supra* note 668, chapitre XV.

instance internationale; c'est précisément ce qui constitue toute l'originalité de la procédure.

## 2.6 LES RECOURS DES PERSONNES PRIVÉES DANS LES DOMAINES LIÉS À LA LIBÉRALISATION DU COMMERCE INTERNATIONAL : TRAVAIL ET ENVIRONNEMENT

L'évolution des négociations ayant entouré l'extension de la zone de libre-échange nord-américaine au Mexique a conduit à la conclusion, parallèlement à l'*ALÉNA*, de deux autres accords portant sur la protection des droits des travailleurs et de l'environnement dans cet espace économique nouvellement élargi : il s'agit de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail* (*ANACDT*) et de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement* (*ANACDE*)[1180]. On craignait surtout que le Mexique n'applique pas ses normes de travail et environnementales, de façon à en tirer un avantage concurrentiel face à ses partenaires commerciaux. Ces accords parallèles visent essentiellement à faire en sorte que les Parties puissent veiller à ce que chacune d'entre elles applique son propre droit du travail et de l'environnement de manière juste et impartiale. Le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 19 de l'*ALÉ*, visant l'imposition de droits antidumping et compensateurs, a d'ailleurs servi de modèle pour l'élaboration de ces accords parallèles[1181].

L'*ANACDT* ne vise pas à établir de nouvelles normes de travail, mais bien à promouvoir l'observation et l'application efficace par chacune des Parties de son droit du travail, ainsi qu'à favoriser la transparence dans cette application, cela dans le but ultime d'améliorer les conditions de travail et le niveau de vie de la population. L'idée sous-

---

[1180] *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, 14 septembre 1993, Canada—États-Unis—Mexique, 32 I.L.M. 1499 [ci-après *ANACDT*]; *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, Canada—États-Unis—Mexique, 32 I.L.M. 1480 [ci-après *ANACDE*]. De fortes pressions émanant de certains segments de la société civile américaine, exercées surtout par des ONG, puis relayées par l'administration démocrate nouvellement élue à la Maison blanche, avaient fait en sorte qu'il était devenu impératif de traiter de ces questions dans l'*ALÉNA*. Les partenaires des États-Unis s'étant refusés à rouvrir le projet final d'accord, il a été convenu de les aborder parallèllement à l'*ALÉNA*, dans deux nouveaux accords. De Mestral, « Comparative Analysis », *supra* note 574 aux pp. 252-255. Voir P.-M. Johnson et A. Beaulieu, *The Environment and NAFTA : Understanding and Implementing the New Continental Law*, Washington, Island Press, 1996 aux pp. 24-34.

[1181] De Mestral, « Comparative Analysis », *ibid.* à la p. 359.

jacente est de faire en sorte que l'amélioration de la productivité dans une Partie ne se fasse pas au profit d'une diminution du niveau de vie de sa population[1182]. L'*ANACDE* vise quant à lui l'amélioration du niveau de protection de l'environnement dans la zone de libre-échange nord-américaine, au moyen essentiellement de la coopération entre les Parties et de l'application de leurs lois et règlements environnementaux[1183].

Afin d'atteindre ces objectifs, chaque accord met sur pied un mécanisme de règlement des différends auquel seules les Parties ont accès, ainsi qu'une Commission de coopération dans le domaine du travail et une Commission de coopération environnementale (CCE)[1184]. Il est intéressant de noter que parmi les objectifs de l'*ANACDE* figure l'importance de la participation du public, mais comme on l'a vu, cela ne s'est pas traduit par l'attribution du droit de porter plainte aux personnes privées auprès de ce mécanisme international, mais plutôt par l'obligation pour les Parties de prévoir au plan national des recours pour les personnes privées en matière de protection de l'environnement[1185]; cela s'est aussi traduit par la possibilité pour les personnes privées de faire des communications au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale, chose qui n'est pas prévue dans le domaine du travail[1186].

Ces mécanismes, qui n'ont encore jamais été utilisés, visent à obtenir le rapport d'un groupe spécial d'arbitrage sur l'existence d'une omission systématique d'appliquer son droit du travail ou de l'environnement par une Partie[1187]. Leur accès est précédé par

---

[1182] *ANACDT*, *supra* note 1180, art. 1a), f) et g). La *Charte de La Havane* consacrait un chapitre entier à l'emploi et aux effets de la libéralisation du commerce mondial sur les conditions de travail dans les États membres de l'OIC, cependant qu'une telle prise en considération n'existe pas dans les accords de l'OMC. Une disposition reconnaissait que les normes de travail non équitables créaient des difficultés dans le commerce international et que les normes prévues dans les conventions internationales desquelles les États membres de l'OIC étaient parties devaient être mises en œuvre. Voir la *Charte de La Havane*, *supra* note 49, art. 2-7.

[1183] *ANACDE*, *ibid.* art. 1a), c) et g).

[1184] La Commission de coopération dans le domaine du travail est composée d'un Conseil ministériel, regroupant les ministres du Travail des Parties, assisté d'un Secrétariat, ainsi que d'un Bureau administratif national (BAN) dans chaque Partie. La Commission de coopération environnementale (CCE) est également composée d'un Conseil regroupant les ministres de l'Environnement des Parties, assisté d'un Secrétariat, ainsi que d'un Comité consultatif public mixte. *ANACDT*, *ibid.* art. 8; *ANACDE*, *ibid.* art. 8.

[1185] *ANACDE*, *ibid.* préambule, 10ème paragr., art. 6.

[1186] *ANACDE*, *ibid.* art. 14-15. Le BAN de chacune des Parties peut certes recevoir des communications du public sur les questions relatives au droit du travail dans une autre Partie, mais cette procédure est entièrement contrôlée par la Partie qui la reçoit et elle n'est pas arrimée au mécanisme international de règlement des différends. *ANACDT*, *ibid.* art. 16(3).

[1187] Contrairement au mécanisme général de règlement des différends de l'*ALÉNA*, le droit à l'arbitrage n'est pas automatique pour les deux accords parallèles puisque la demande de constitution d'un groupe

une phase de prévention du différend, plus contraignante dans le domaine du travail[1188]. Lorsqu'une omission systématique est constatée par le groupe spécial, celui-ci doit recommander que la Partie visée par la plainte adopte un plan d'action pour corriger sa pratique de non application de sa législation[1189]. Si un différend survient entre les Parties au sujet de l'établissement ou de l'adoption de ce plan, le groupe spécial peut être réuni de nouveau et imposer à la Partie visée par la plainte qu'elle paie à l'autre Partie une compensation monétaire pour non application de ses normes du travail ou de ses normes environnementales[1190]. En cas de refus de verser cette compensation, l'autre Partie peut suspendre l'application d'avantages résultant de l'*ALÉNA*, sauf en ce qui concerne le Canada, pour qui l'ordonnance de payer une compensation monétaire est exécutoire devant ses tribunaux nationaux[1191].

L'objet de la plainte dans les deux accords est l'omission systématique d'une Partie d'assurer l'application de sa législation nationale, ce qui correspond à une pratique généralisée entraînant une certaine forme de concurrence déloyale entre les Parties, et qui explique que le droit de porter plainte soit uniquement accordé aux Parties. L'application irrégulière de la loi dans un cas particulier, qui affecterait les intérêts d'un concurrent, n'est pas du tout visée par le mécanisme et les personnes privées ne se voient reconnaître aucun droit dans le mécanisme de règlement des différends mis en place par les accords

---

spécial doit être votée par les deux tiers des Conseils respectifs, c'est-à-dire par deux des trois Parties. *ANACDT*, *ibid.* art. 29(1); *ANACDE*, *ibid.* art. 24(1).

[1188] Dans le domaine du travail, une Partie peut demander des consultations ministérielles avec une autre Partie au sujet de toute question relevant de l'*ANACDT*. En cas d'échec de ces consultations, une Partie consultante peut demander qu'une évaluation des pratiques systématiques de chacune des Parties concernant l'application de ses normes techniques du travail s'appliquant à la question en examen soit effectuée, de manière non antagoniste, par un Comité évaluatif d'experts. C'est uniquement après ce processus d'évaluation qu'une Partie peut porter plainte contre l'omission systématique d'une autre Partie d'assurer l'application efficace de ses normes techniques du travail concernant la question examinée. Dans le domaine de l'environnement, une Partie peut directement porter plainte contre l'omission systématique d'une autre Partie d'assurer l'application efficace de sa législation sur l'environnement. *ANACDT*, *ibid* art. 22-23, 29; *ANACDE*, *ibid.* art. 24. La plainte peut être soumise à l'arbitrage par un groupe spécial à la demande d'une Partie, après avoir fait l'objet de consultations entre les Parties et été soumise, pour tenter à nouveau de prévenir le différend, au Conseil ministériel de la Commission de coopération dans le domaine du travail ou de la CCE, selon le cas (*ANACDT*, *ibid.* art. 27-28; *ANACDE*, *ibid.* art. 22-23).

[1189] *ANACDT*, *ibid.* art. 36-37; *ANACDE*, *ibid.* art. 31-32.

[1190] *ANACDT*, *ibid.* art. 38-39, annexe 39; *ANACDE*, *ibid.* art. 33-34, annexe 34. Le montant maximum de la compensation était fixé à 20 millions de dollars américains pour la première année des accords parallèles, il ne peut depuis dépasser 0,007% du total des échanges commerciaux entre les parties au litige. La compensation monétaire doit être versée à un fonds établi par les Commissions respectives afin de soutenir la protection des travailleurs ou de l'environnement dans la Partie visée par la plainte.

[1191] *ANACDT*, *ibid.* art. 41, annexe 41A; *ANACDE*, *ibid.* art. 36, annexe 36A. Voir aussi la *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, *supra* note 588, art. 2 al. 1.

parallèles. Au surplus il est interdit explicitement aux Parties de prévoir dans leur législation intérieure un droit d'action contre une autre Partie pour violation des dispositions des accords[1192]. On a vu qu'une telle disposition n'empêchait pas une Partie d'autoriser les recours contre elle-même dans son ordre juridique interne, pour violation du traité, mais contrairement à l'*ALÉNA*, un tel recours serait globalement sans objet pour les personnes privées, puisque les accords parallèles renvoient essentiellement au droit national du travail et de l'environnement des Parties, qui peut donc déjà faire l'objet de recours devant leurs tribunaux nationaux; les personnes privées pourraient cependant avoir un intérêt à y invoquer les obligations de transparence et de procédure spécifiquement posées par les accords parallèles.

Bien que leur mécanisme de règlement des différends soit inspiré du mécanisme spécial de règlement des différends prévu par le chapitre 19 de l'*ALÉ* en matière de droits antidumping et compensateurs, les accords parallèles de l'*ALÉNA* n'y réservent aucune place aux acteurs autres que les Parties. Le mécanisme de chaque accord ne peut en effet être enclenché que par les Parties : ni les concurrents de producteurs d'une Partie qui souffriraient de l'application laxiste ou irrégulière de certaines normes de travail ou environnementales dans cette autre Partie, ni les ONG s'intéressant à ces questions ne peuvent porter plainte directement auprès d'un groupe spécial, exiger que leur Partie porte plainte ou encore simplement être entendue. Il est donc intéressant de constater qu'en matière d'investissement étranger direct et, dans une moindre mesure, en matière de concurrence internationale en ce qui concerne le dumping et les subventions, les Parties ont fait preuve de plus d'ouverture en consentant une plus grande participation aux personnes privées dans le règlement des différends émanant de l'*ALÉNA*. En matière de protection des travailleurs et de l'environnement, les Parties n'ont pas crû bon d'élargir, sinon le droit de porter plainte, à tout le moins celui de participer au processus, alors que le mécanisme qui a servi de modèle aux accords parallèles le prévoyait. Il faut dire cependant que le mécanisme des accords parallèles ne vise cependant pas à remplacer l'examen judiciaire de décisions particulières, mais plutôt l'omission systématique d'appliquer sa propre législation.

---

[1192] *ANACDT*, *ibid.* art. 43; *ANACDE*, *ibid.* art. 38. Cette clause est identique à celle contenue dans l'*ALÉNA*. Voir *ALÉNA*, *supra* note 574, art. 2021.

Il faut toutefois souligner la possibilité déjà mentionnée qu'ont les personnes privées de faire des communications au Secrétariat de la CCE afin de signaler l'omission par une Partie d'assurer l'application efficace de son droit de l'environnement[1193]. Cette communication vise à obtenir la constitution d'un dossier factuel documentant cette omission et ne participe donc pas du mécanisme de règlement des différends proprement dit; il aménage néanmoins une place pour les personnes privées dans la mise en œuvre de l'*ANACDE*. Avant d'examiner la communication, le Secrétariat doit s'assurer qu'elle remplit une série de critères, dont celui voulant que la question ait été préalablement communiquée aux autorités compétentes de la Partie et que son objectif vise à promouvoir l'application du droit de l'environnement plutôt que chercher à harceler une branche de production[1194]. Lorsque le Secrétariat décide d'examiner la communication, il détermine si celle-ci justifie la demande d'une réponse à la Partie visée, en vue de savoir si son auteur a subi un préjudice, si des questions dont une étude approfondie serait propice à la réalisation des objectifs de l'*ANACDE* sont soulevées, si les recours privés offert par la Partie ont été exercés, ou encore si les faits allégués sont tirés exclusivement des médias[1195]. La Partie doit alors indiquer au Secrétariat si la question est pendante devant ses tribunaux ou une autorité administrative, auquel cas le Secrétariat ne peut aller plus loin, ainsi que toutes autres informations qu'elle souhaite présenter[1196]. Quand le Secrétariat estime que la communication justifie la constitution d'un dossier factuel, il en informe le Conseil de la CCE, qui peut alors l'autoriser à le faire par un vote des deux tiers — ce qui signifie que le consentement de la Partie visée n'est pas nécessaire —; ce dossier est présenté au Conseil qui peut alors en autoriser la diffusion publique également par un vote des deux tiers[1197].

Ce dossier factuel — créé à l'instigation d'une personne privée — peut ainsi éventuellement permettre la mise au jour de l'omission systématique d'une Partie de

---

[1193] *ANACDE*, *ibid.* art. 14(1). Voir CCE, *Lignes directrices relatives aux communications sur les questions d'application*, 13 octobre 1995 (modifiées le 29 juin 1999 et le 29 juin 2001), en ligne : CCE <http://www.cec.org/citizen/guide_submit/index.cfm?varlan=francais> (date d'accès : 3 juin 2004).
[1194] *ANACDE*, *ibid.* art. 14(1). Les autres critères veulent que la communication soit présentée par écrit dans une langue désignée par la Partie, identifie clairement son auteur, ce dernier devant résider ou être établi sur le territoire d'une Partie, et enfin offre suffisamment d'information pour en permettre l'examen.
[1195] *Ibid.* art. 14(2).
[1196] *Ibid.* art. 14(3).
[1197] *Ibid.* art. 15.

mettre en œuvre sa législation environnementale et partant, fonder le dépôt d'une plainte à cet effet par une autre Partie[1198]. Il ne faut cependant pas voir la contribution des personnes privées uniquement dans l'optique de la soumission d'une plainte formelle par une Partie, suivant le mécanisme de règlement des différends de l'*ANACDE*. Les États se refusent généralement à judiciariser le règlement des différends environnementaux — ce qui est illustré par le fait que le mécanisme interétatique de l'*ANACDE* n'a encore jamais été utilisé —, aussi l'apport des personnes privées devrait-il surtout être compris dans l'optique de la coopération intergouvernementale et du règlement diplomatique des différends environnementaux internationaux[1199]. En définitive, le rôle confié aux personnes privées par l'*ANACDE* en est donc un de dénonciateur afin de porter à la connaissance des Parties les omission d'une d'entre elles, reconnaissant ainsi leur intérêt légitime en matière de protection de l'environnement dans le cadre d'un traité d'intégration économique régionale.

Si les Parties ne semblent pas intéressées à recourir au mécanisme de règlement des différends plutôt juridictionnalisé qui est prévu par l'*ANACDE*, les personnes privées, au premier rang desquelles se situent les ONG, utilisent régulièrement leur droit de faire des communications auprès du Secrétariat de la CCE[1200]. Cette popularité et la mise au jour de leur défaut d'appliquer leur propre droit de l'environnement, ajouté au véritable rôle supranational joué par le Secrétariat dans l'exécution de ses fonctions, ont même amené

---

[1198] Voir Trebilcock et Howse, *supra* note 35 à la p. 437.

[1199] Voir J.H. Knox, « A New Approach to Compliance with International Environmental Law : The Submission Procedure of the NAFTA Environmental Commission » (2001) 28 Ecology L.Q. 1 aux pp. 5, 11 et 59; A.L.C. de Mestral, « The Significance of the NAFTA Side Agreements on Environmental and Labour Cooperation » (1998) 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 169 à la p. 177 [ci-après De Mestral, « Side Agreements »].

[1200] Le Secrétariat de la CCE a reçu à ce jour 43 communications émanant de personnes privées, dont neuf ont conduit à la constitution d'un dossier factuel, tous rendus publics par les Parties, et dont dix sont toujours à l'étude. Toutes les communications sont répertoriées et publiées sur le site Web de la Commission, ce qui est exemplaire en matière de transparence et d'accès à l'information. CCE, *État d'avancement des communications des citoyens*, en ligne : CCE <http://www.cec.org/citizen/status/index.cfm?varlan=francais> (date d'accès : 3 juin 2004). Toujours dans le même esprit de transparence et d'accessibilité, la Commission a aussi publié un guide à l'intention des personnes privées, en vue de faciliter l'exercice de leur droit de faire des communications. Voir CCE, *La mise en évidence des faits : un guide sur les articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, Montréal, CCE, 2000.

les Parties à tenter de resserrer leur contrôle sur la procédure et à accueillir moins favorablement les recommandations du Secrétariat[1201].

Comme on l'a déjà vu, une telle procédure de communications à l'intention d'un organe supranational n'est pas prévue dans le domaine du travail, mais les personnes privées peuvent néanmoins y jouer un rôle de dénonciateur dans une moindre mesure. Elles ne peuvent pas adresser des communications au Secrétariat de la Commission de coopération dans le domaine du travail, sur l'application de leur droit du travail par les Parties, mais elles peuvent le faire auprès du Bureau administratif national (BAN) mis sur pied dans chacune d'elles pour assurer la liaison entre leur gouvernement et la Commission[1202]. La marche à suivre dans le traitement de ces communications est laissée aux soins de chacune des Parties; le gouvernement américain a pour sa part confié de vastes pouvoirs d'enquête à son Bureau, ce qui fait en sorte qu'on assiste à un cas rare où un organe administratif d'un État est autorisé à examiner la manière dont un autre État applique son propre droit national[1203]. Cette procédure plus modeste que celle prévue dans le domaine de l'environnement est aussi utilisée régulièrement par les personnes privées, surtout par les syndicats, leurs communications visant d'abord le Mexique[1204]. Bien qu'elle n'ait pas conduit à des changements significatifs dans la pratique du gouvernement mexicain, elle contribue à accroître la transparence et le développement d'une société démocratique dans ce pays, par la pression externe qu'elle peut exercer sur son gouvernement[1205].

On constate donc que même un droit restreint de participation des personnes privées dans le règlement de différends internationaux, autrement qu'à titre de plaignant, peut s'avérer relativement efficace en créant des pressions additionnelles sur les États. Ces procédures font d'ailleurs école : elle sont aussi prévues dans les accords de coopération

---

[1201] Knox, *supra* note 1199 aux pp. 69-73; De Mestral, « Side Agreements », *supra* note 1199 à la p. 178; D.L. Markell, « The Commission for Environmental Cooperation's Citizen Submission Process » (2000) 12 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 545 à la p. 568.
[1202] *ANACDT*, *supra* note 1180, art. 16(1), (3).
[1203] *Ibid.* art. 16(3); De Mestral, « Side Agreements », *supra* note 1199 aux pp. 180-181.
[1204] Un total de 28 communications ont à ce jour été adressées aux trois BAN, dont quatre au Canada, 7 au Mexique et 17 aux États-Unis. Commission de coopération dans le domaine du travail, *Sommaire des activités relatives aux communications du public*, en ligne : Commission de coopération dans le domaine du travail <http://www.naalc.org/french/summary.shtml> (date d'accès: 4 juin 2004).
[1205] De Mestral, « Side Agreements », *supra* note 1199 à la p. 182.

dans les domaines du travail et de l'environnement conclus par le Canada avec le Chili et avec le Costa Rica[1206], parallèlement à leurs traités de libre-échange bilatéraux, et l'idée de créer de telles procédures au plan interaméricain est également présente dans les négociations sur la ZLÉA[1207]. Le fait que le Chili ait été réfractaire[1208] à la conclusion de tels accords parallèles témoigne de l'impact réel de la participation des personnes privées sur la gouvernance des États dans les domaines du travail et de l'environnement.

L'objet de ces accords parallèles est essentiellement de soumettre les Parties à l'*ALÉNA* à une obligation internationale de respecter de manière générale leur propre droit national du travail et de l'environnement, obligation dont la violation peut faire l'objet d'une plainte suivant un mécanisme de règlement des différends sophistiqué, et donner naissance à ce qui semble une obligation secondaire de réparation[1209], voire même d'exposer les Parties à des contre-mesures économiques croisées en cas d'inexécution de cette dernière obligation, à l'exception notable du Canada, pour qui cette obligation de réparation est exécutoire dans son ordre juridique interne. L'incapacité des personnes

---

[1206] Voir l'*Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 6 février 1997, 36 I.L.M. 1213, art. 14(3); *Accord de coopération environnementale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 6 février 1997, 36 I.L.M. 1193, art. 14-15; *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, 23 avril 2001, en ligne : ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences <http://www.rhdcc.gc.ca/fr/pt/psait/acdt/08accord_canada_costaricain.shtml> (date d'accès : 4 juin 2004), art. 11; *Accord de coopération environnementale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, 23 avril 2001, en ligne : Environnement Canada <http://www.ec.gc.ca/international/costarica/agreement_f.htm> (date d'accès : 4 juin 2004), art. 9. La procédure connaît un certain recul dans l'accord parallèle de coopération environnementale entre le Canada et le Costa Rica, puisque les communications des personnes privées doivent être adressées directement à une Partie et ne peuvent concerner que l'application de son droit de l'environnement par celle-ci; toute dimension internationale est donc écartée. Les négociations du traité de libre-échange bilatéral entre le Canada et Singapour, actuellement en cours, visent aussi la conclusion d'accords parallèles de coopération dans les domaines du travail et de l'environnement. Voir *Le Canada et Singapour—Négociations en vue d'Accord de libre-échange*, *supra* note 965.

[1207] G. Block, « Trade and Environment in the Western Hemisphere : Expanding the North American Agreement on Cooperation into the Americas » (2003) 33 Envtl. L. 501 aux pp. 503-504.

[1208] De Mestral, « Side Agreements », *supra* note 1199 à la p. 182.

[1209] Plusieurs auteurs parlent de la compensation monétaire comme d'une « pénalité » ou d'une « amende », ce qui fait davantage référence à un système pénal ou répressif. Il semble plus exact de parler de réparation, même si le préjudice en question n'est pas matériel mais plutôt moral, puisque le régime de responsabilité internationale de l'État ne connaît toujours pas de différenciation entre responsabilité civile et pénale. De plus, on a souligné le caractère symbolique du montant maximum de 20 millions de dollars américains, pour la compensation à verser, comparativement au produit national brut des Parties, ce qui conforte l'existence d'une obligation de réparer un préjudice moral, réparation qui ne peut relever que du symbole. Voir F.M. Abbott, « The NAFTA Environmental Dispute Settlement System as Prototype for Regional Integration Arrangements » (1993) 4 Y.B. Int'L Envtl. L. 1 aux pp. 15-16.

privées au plan international n'est donc pas altérée dans ces domaines liés à la libéralisation du commerce international que sont le travail et l'environnement : la théorie de la protection diplomatique n'est pas affectée puisque celles-ci ne jouissent pas du droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, mais plutôt d'un droit de contribuer au signalement des situations de violation d'un traité.

# III. LES PROBLÈMES DU MÉCANISME ACTUEL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE ET L'OPPORTUNITÉ D'EN ÉLARGIR L'ACCÈS AUX PERSONNES PRIVÉES

La pratique conventionnelle des États démontre que les personnes privées participent à des degrés divers au règlement des différends internationaux économiques. Dans cette troisième partie, nous allons analyser dans quelle mesure ces développements existent ou pourraient être transposés dans le système commercial multilatéral.

Nous nous attacherons dans un premier temps à identifier les problèmes que pose actuellement le mécanisme de règlement des différends de l'OMC en ce qui concerne les personnes privées (**3.1**). Dans un deuxième temps, nous examinerons successivement les principales voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, afin d'évaluer dans quelle mesure elles pourraient répondre à ces problèmes (**3.2**). Faisant fond sur l'étude comparative effectuée dans la deuxième partie, nous observerons que plusieurs autres options s'offrent aux membres de l'OMC, et que celles-ci pourraient avantageusement répondre aux problèmes vécus actuellement par les personnes privées, sans pour autant modifier radicalement leur place dans le mécanisme de règlement des différends. Dans un troisième temps, nous examinerons finalement l'opportunité d'élargir le droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées, en faisant le tour des principaux aspects juridiques de la question, à la lumière du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC et des précédents observés dans la pratique conventionnelle des États en droit international économique (**3.3**).

Nous conclurons qu'un tel élargissement n'est pas souhaitable, et que l'amélioration des mécanismes internes de traitement des plaintes privées s'avèrerait plus adéquate, au vu de ce régime spécial de responsabilité et de la finalité transcendante du système commercial multilatéral, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

## 3.1 LES PROBLÈMES POSÉS PAR LE MÉCANISME ACTUEL DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE CONCERNANT LES PERSONNES PRIVÉES

On a vu dans la deuxième partie que la théorie de la protection diplomatique ne trouve pas application dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC[1210]. Les membres de l'OMC ont toujours un intérêt juridique suffisant pour agir en leur nom propre et porter une plainte suivant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation. Cependant, si la théorie est inapplicable au plan juridique, on a aussi constaté que les personnes privées se trouvent dans une situation analogue, au plan politique, à celle des personnes privées qui demandent à leur État de nationalité d'épouser leur réclamation et de la faire valoir au plan international. Puisque les entreprises privées sont en réalités les bénéficiaires de la libéralisation du commerce mondial opérée par les accords de l'OMC, elles sont donc les premières affectées par l'annulation ou la réduction des avantages découlant de ceux-ci en situation de violation ou de non-violation. Ce sont souvent elles qui demanderont à leur État de nationalité de porter plainte à l'OMC pour que ces avantages soient rétablis; c'est alors qu'elles se retrouveront dans une position analogue à celle de la personne privée demandant à son État d'exercer sa protection diplomatique.

Cette position des personnes privées est problématique à plusieurs égards. Puisqu'on parle d'élargir le droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées, on touche au cœur de ce régime analogue politiquement à celui de la protection diplomatique. C'est donc que celui-ci ne serait pas adéquat pour le système commercial multilatéral et qu'il connaîtrait soit des dysfonctionnements, soit des lacunes[1211]. De

---

[1210] Voir la partie 2.1.4, ci-dessus, pour une discussion sur l'inapplicabilité de la théorie de la protection diplomatique dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC.

[1211] Nous nous limitons à l'examen des problèmes posés par le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC en ce qui concerne spécifiquement les personnes privées. Pour un examen plus général des problèmes que connaît le mécanisme, voir p. ex. Schoenbaum, *supra* note 6; V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place: la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC » (2000) 104 Rev. D.I.P. 615 [ci-après Pace, « La nécessaire réforme »]. Voir aussi W.J. Davey, « The WTO Dispute Settlement System : The First Ten Years » (2005) 8 J. Int'l Econ. L. 17; McRae, « Future of WTO Dispute Settlement », *supra* note 9.

nombreux auteurs se sont attachés à identifier ces problèmes dans la doctrine[1212], mais ces critiques n'ont pas été relayées par les membres de l'OMC jusqu'à présent[1213]. Il semble en effet assez clair que le mécanisme actuel dessert les intérêts des personnes privées, dont au premier titre les entreprises bénéficiant de la libéralisation du commerce mondial, ainsi que, dans une moindre mesure, ceux des consommateurs. Ces problèmes ont trait au caractère discrétionnaire du recours étatique à l'OMC (**3.1.1**), au manque de ressources étatiques (**3.1.2**), à l'impossibilité de porter plainte contre son État de nationalité (**3.1.3**), aux atteintes aux principes de la justice fondamentale et à l'efficacité processuelle (**3.1.4**), à la malprotection des intérêts collectifs (**3.1.5**), à l'omission de tenir compte de l'affaiblissement du rôle de l'État dans la médiation des intérêts divergents (**3.1.6**) ainsi que dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales (**3.1.7**), et enfin au manque de transparence du processus (**3.1.8**).

### 3.1.1 Le caractère discrétionnaire de la décision du membre de porter plainte à l'OMC

Comme on l'a vu, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC — tout comme la théorie de la protection diplomatique — veut que le membre de l'OMC conserve la discrétion de porter plainte ou non auprès de l'Organisation. Ainsi, une plainte tout à fait fondée de la part d'une entreprise privée, concernant une violation des accords de l'OMC par un de ses membres, lui encourant des pertes financières importantes et dont la cessation est vitale pour la poursuite de ses activités, peut-elle ne jamais être portée à l'OMC[1214]. De là découlent deux conséquences négatives pour la bonne marche du système commercial multilatéral. D'une part, cela pourrait avoir pour effet de faire tomber en désuétude certaines règles des accords de l'OMC suite à leur

---

[1212] Voir par ex. Mavroidis *et al.*, *supra* note 6; Lukas, *supra* note 6; Ragosta, *supra* note 6 aux pp. 746-749; Schoenbaum, *ibid.* aux pp. 653-658; J.P. Trachtman et P.M. Moremen, « Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement : Whose Right Is It Anyways? » (2003) 44 Harv. Int'l L.J. 221; E. Kessie, *supra* note 6; Killmann, *supra* note 6.

[1213] Lukas, *ibid.* à la p. 205. Voir la partie 3.3.5, ci-dessous, pour une discussion sur les perspectives de réalisation de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC dans le cadre du cycle de Doha.

[1214] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 151 (commentaire de Gary Horlick).

inapplication répétée[1215]. D'autre part, le fait que l'application des règles du système commercial multilatéral soit contingente nuit grandement à la prévisibilité nécessaire au bon fonctionnement du commerce international[1216], allant à l'encontre de la finalité première du système qui est de favoriser les échanges internationaux en vue d'accroître la richesse mondiale. La prévisibilité de l'application des règles internationales conventionnelles prend toute son importance dans le champ particulier du droit international économique, lorsqu'on considère que leurs premiers bénéficiaires sont les entreprises privées et que ces dernières sont les acteurs les plus importants des relations internationales économiques.

La discrétion du membre de l'OMC pose le risque que seuls les secteurs de l'industrie les plus puissants et disposant du plus d'influence aient une oreille attentive du gouvernement; les secteurs moins importants ou les entreprises de moindre taille risquent de passer au second rang après les poids lourds de l'économie d'un État, ou les entreprises les plus près du pouvoir en place. C'est donc un risque réel de favoritisme qui se pose dans l'exercice de sa discrétion par un membre de l'OMC[1217]. Dans cette hypothèse, la décision de ne pas porter plainte ne sera pas fondée sur la validité de la plainte ou sur son importance relative face à d'autres intérêts nationaux, mais plutôt sur le manque de visibilité ou d'influence de l'entreprise plaignante. Cela soulève toute la question du manque de transparence de l'actuel système dans l'évaluation de l'opportunité de porter plainte à l'OMC, en l'absence d'une certaine formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées[1218].

Ce problème du favoritisme potentiel des membres de l'OMC peut à première vue sembler ne relever que de la sphère nationale et ne pas revêtir d'intérêt dans une perspective internationale. Cependant, cette apparence est trompeuse puisque ce problème intéresse le bon fonctionnement du système commercial multilatéral dans son ensemble,

---

[1215] *Ibid.*
[1216] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 135; J.H. Jackson, *Restructuring the GATT System*, New-York, Council on Foreign Relations Press, 1990 à la p. 77 [ci-après Jackson, *Restructuring the GATT System*].
[1217] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 148 (commentaire de Peter Mavroidis).
[1218] Seuls deux membres de l'OMC ont formalisé leur mécanisme interne de traitement des plaintes des personnes privées, soit les États-Unis et la Communauté européenne. Voir la partie 3.2.2, ci-dessous, pour une discussion sur ces mécanismes et leur formalisation comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

parce que le membre de l'OMC, en refusant de porter plainte pour le compte d'une branche de son industrie, pourrait avoir à cœur de protéger certaines industries nationales qui bénéficient elles-mêmes d'une violation analogue des accords de l'OMC de sa part. Une certaine forme de collusion tacite pourrait prendre forme entre l'industrie dominante d'un membre et celui-ci, pour ne pas dénoncer les pratiques analogues d'autres membres de l'OMC, ce qui résulte en bout de piste en une mésapplication des règles du droit international économique. On verra d'ailleurs plus loin que les membres de l'OMC intègrent justement l'étude de leurs propres pratiques dans le cadre de l'examen interne des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC par un autre membre. La déconnexion entre la lutte contre le protectionnisme interne versus celle contre le protectionnisme externe est par ailleurs une des principales critiques opposées au mécanisme interne américain.

### 3.1.2 Le manque de ressources étatiques

Tout État ayant des moyens limités, tant sur le plan des ressources humaines que financières, il est possible qu'il ne puisse porter plainte dans toutes les causes valables pour cette raison. Il est alors forcé de choisir entre des plaintes au détriment encore une fois de l'entreprise ou du secteur de l'industrie sacrifié et partant, au détriment de la bonne marche du système commercial multilatéral.

### 3.1.3 L'impossibilité de porter plainte contre son État de nationalité

Un autre problème réside dans le fait qu'une personne privée ne peut pas porter plainte à l'OMC contre son propre État de nationalité suivant l'actuel mécanisme de règlement des différends[1219]. En effet, le membre de l'OMC peut porter plainte contre un autre membre pour violation de ses obligations internationales, ou dans une situation de

[1219] Voir Lukas, *supra* note 6 à la p. 202. Cet auteur souligne la nécessité que les personnes privées puissent porter plainte contre leur propre État de nationalité pour la bonne marche du système commercial multilatéral.

non-violation, mais il ne portera bien évidemment pas plainte contre lui-même. Cette hypothèse relève plutôt de l'ordre juridique interne du membre de l'OMC concerné; si ce dernier devait manquer à ses obligations internationales, les personnes privées pourront invoquer ce manquement devant ses tribunaux internes, dans la mesure où les règles constitutionnelles de cet État prévoient l'invocabilité des traités internationaux[1220].

Ce problème rappelle celui évoqué dans notre discussion sur la théorie de la protection diplomatique, où on a vu qu'un État ne pouvait pas engager sa responsabilité internationale en raison du préjudice qu'il aurait causé à ses ressortissants[1221]. Cette construction classique a toutefois été remise en question par le droit international de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, puis par l'élimination du préjudice dans la définition de la responsabilité internationale de l'État par la codification de la CDI.

Une association de fabricants utilisant des produits frappés de droits antidumping ou compensateurs pourrait avoir un intérêt différent de celui de la branche de l'industrie nationale protégée par l'imposition de ces mesures commerciales, la conduisant à vouloir contester l'action de son propre État. On peut imaginer par exemple une situation où l'imposition de droits antidumping sur des produits importés dans un État ne serait pas à l'avantage des utilisateurs du produit et des consommateurs dans cet État, puisqu'elle aurait pour effet de maintenir des prix élevés. Dans la mesure où la compatibilité de ces droits avec les accords de l'OMC serait douteuse et que l'État dont relèverait l'entreprise visée par ceux-ci décidait de ne pas porter plainte, une association d'utilisateurs ou de consommateurs de l'État importateur pourrait avoir un intérêt à porter plainte contre son propre État de nationalité pour contester ces droits antidumping; même si l'autre État portait plainte, l'association pourrait vouloir y joindre sa plainte. De telles associations pourraient avoir un intérêt similaire dans l'hypothèse où leur État de nationalité imposait

---

[1220] On a vu que ce système était une des carctéristiques fondamentales de la Communauté européenne. Voir la partie 2.2.1, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans la Communauté européenne. Voir aussi la partie 3.2.4, ci-dessous, pour une discussion sur la question de l'invocabilité des accords de l'OMC comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'Organisation en faveur des personnes privées.

[1221] Voir *supra* la note 480 et le texte correspondant.

des quotas à l'importation d'un produit donné[1222]. On peut aussi imaginer la situation où un secteur de l'industrie d'un État pourrait vouloir porter plainte contre celui-ci pour contester la licéité de mesures restreignant ses exportations.

Il est vrai que le large intérêt juridique reconnu aux membres de l'OMC pour porter plainte contre un autre membre compense théoriquement cette lacune du mécanisme. Les personnes privées affectées par la mesure de leur État de nationalité pourraient demander à un autre membre de l'OMC de porter plainte contre celui-ci. Un membre pourrait en théorie porter plainte contre une mesure d'un autre membre même si les principaux effets de cette mesure se faisaient sentir au sein du membre ayant adopté la mesure contestée. Mais en pratique, il est très peu probable qu'un État allouera des ressources pour faire valoir une plainte qui ne comporte aucun intérêt économique significatif à son égard. À cette préoccupation s'ajoute des considérations juridiques au stade de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC, qui feraient en sorte que le membre plaignant ne pourrait pas imposer de contre-mesures économiques puisque celles-ci ne sont possibles que dans la mesure du niveau de l'annulation ou de la réduction de ses avantages commerciaux[1223].

### 3.1.4 Les atteintes aux principes de la justice fondamentale et à l'efficacité processuelle

Des considérations de justice fondamentale et d'efficacité processuelle peuvent également être avancées pour illustrer les problèmes vécus par les personnes privées. D'abord, on a avancé l'idée qu'il n'était que normal que les personnes affectées substantiellement par une règle de droit international posée par les accords de l'OMC puissent participer à sa mise en œuvre[1224]. Dans l'optique de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC, on doit rappeler que Lon Fuller a également souligné l'importance du mode de participation des parties

---

[1222] S. Charnovitz, « Participation of Nongovernmental Organization in the World Trade Organization » (1996) 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 331 aux pp. 349-350 [ci-après Charnovitz, « Participation »].
[1223] Voir la partie 1.2.2 b) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur le régime juridique de l'OMC concernant l'imposition de contre-mesures économiques.
[1224] Lukas, *supra* note 6 à la p. 183.

affectées par cette forme de régulation sociale qu'est le processus judiciaire[1225]. Ce mode de participation étant caractérisé par la présentation de preuves et d'arguments rationnels, il participe de l'essence même du processus judiciaire que toutes les parties affectées par la décision puissent participer au processus[1226]. Un processus « juridictionnalisé » comme celui du mécanisme de règlement des différends de l'OMC devrait donc tendre vers cet objectif; certains auteurs ont d'ailleurs affirmé pour cette raison que l'aboutissement inévitable de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux devait être l'élargissement du droit de porter plainte en faveur des personnes privées[1227].

La validité de cet argument est toutefois doublement limitée. D'une part, on pourrait imaginer un autre mode de participation pour les personnes privées que celui de plaignant; d'autre part, Lon Fuller pose lui-même les limites du processus judiciaire lorsque le trop grand nombre de personnes affectées par la décision rend illusoire toute possibilité de participation au processus, hypothèse qu'il a qualifiée de différend trop « polycentrique »[1228]. En outre, cela implique que les personnes privées affectées autres que celles qui porteraient plainte puissent également participer au processus, en soutenant la mesure de l'État visé par la plainte par exemple[1229].

### 3.1.5 La malprotection des intérêts collectifs par opposition à l'intérêt général

Dans l'étude des problèmes posés par le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, il est intéressant de se référer brièvement à l'action d'intérêt collectif du droit français de la consommation[1230]; il faut noter que ces développements

---

[1225] Fuller, *supra* note 279 aux pp. 357 et 363.
[1226] *Ibid.* à la p. 364.
[1227] Ragosta, *supra* note 6 aux pp. 746-749. Voir la partie 1.1.1, ci-dessus, pour une discussion sur les deux dimensions de la juridisation des relations commerciales internationales.
[1228] Fuller, *supra* note 279 aux pp. 355 et 393.
[1229] Cela soulève toute la question de la participation des personnes privées dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC autrement qu'à titre de plaignant. Voir la partie 3.2, ci-dessous, pour une analyse des voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, et particulièrement la partie 3.2.1 sur la participation à titre d'*amicus curiae*.
[1230] Art. L. 422-1 C. cons. Voir généralement A. Morin, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 » dans Th. Bourgoignie, dir.,

ont une envergure européenne car ils ont été harmonisés sur le plan communautaire[1231]. Bien qu'il soit malaisé de transposer sur le plan international les motifs ayant conduit à la création d'une action visant l'application du droit national, cela peut néanmoins ajouter de la profondeur à notre réflexion. L'action d'intérêt collectif fut mise sur pied afin de ne pas laisser l'application du droit de la consommation uniquement entre les mains du ministère public, en permettant à d'autres entités — les associations de consommateurs — d'intenter une action devant les tribunaux en cas de violation de ses règles. L'action vise essentiellement à obtenir la cessation de la violation et peut également chercher à obtenir la compensation du dommage collectif causé aux consommateurs[1232]. Le droit français reconnaît ainsi la légitimité des associations de consommateurs dans la protection de l'intérêt collectif de ces derniers[1233]. Cette construction juridique est en quelque sorte la réponse du droit français à la *class action* du droit nord-américain ou au recours collectif du droit québécois[1234].

La raison principale invoquée pour la création d'une telle action rappelle les problèmes évoqués plus haut au sujet du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le ministère public devant choisir ses priorités entre plusieurs dossiers, il peut être tenté de préférer la défense d'autres intérêts que l'intérêt collectif des consommateurs, soit parce qu'il entre en conflit avec l'intérêt général, soit parce que la défense d'autres intérêts collectifs est jugée préférable pour diverses raisons, notamment pour des raisons de manque de ressources. Le fait de confier un droit d'action aux

---

*L'action collective et la défense des consommateurs*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, 57. D'autres pays européens ont aussi développé de telles actions, comme la Belgique, où la législation donne également le droit d'action aux associations d'entreprises. Voir la *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs*, M.B., 29 août 1991, art. 95 et 97.

[1231] Voir CE, *Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, [1998] J.O.C.E. L. 166/51; Ch.-E. Côté, « Injunction Actions for the Protection of Collective Interests of Consumers », dans Ch.-E. Côté *et al.*, *Access to Justice and Alternative Dispute Resolution Systems in Central and Eastern Europe*, Louvain-la-Neuve, CDC Publications, 2000, 11.

[1232] Le dommage collectif s'entend comme celui qu'a souffert l'ensemble des consommateurs en raison du risque que faisait peser sur leurs intérêts individuels la violation du droit de la consommation. Morin, *supra* note 1230 à la p. 80.

[1233] Cet intérêt est celui de l'ensemble des consommateurs en tant que collectivité qui a intérêt à ce que le droit de la consommation soit appliqué correctement; il est ainsi distinct de l'intérêt de l'association elle-même en tant que personne morale, tout comme il est distinct de l'intérêt public, de l'intérêt privé des consommateurs ou de la somme de ces intérêts.

[1234] Art. 999-1052 C.p.c. Voir Y. Lauzon, *Le recours collectif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001; P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996.

associations de consommateurs sert donc en bout de ligne la primauté du droit de la consommation. C'est donc le rôle de médiateur des intérêts divergents joué par le ministère public qui a été remis en question par l'action d'intérêt collectif, cela, il faut le répéter, sur le plan national.

Si on transpose ce raisonnement sur le plan de l'application du droit international et plus particulièrement des accords de l'OMC, on voit que l'élargissement du droit de porter plainte constituerait une remise en question du rôle de l'État comme médiateur des intérêts divergents au profit de la primauté du droit international économique. On voit aussi qu'on a reconnu la légitimité de certains groupements à agir comme défenseur des intérêts collectifs qu'ils représentent.

### 3.1.6 L'omission de tenir compte de l'affaiblissement du rôle de l'État dans la médiation des intérêts divergents

On constate que le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC dessert les personnes privées bénéficiaires du système commercial multilatéral et diminue par le fait même son efficacité dans son entreprise de libéralisation du commerce international. L'État considère en définitive l'intérêt général et non les intérêts particuliers des personnes privées[1235].

Si on admet que le mécanisme actuel dessert les intérêts des entreprises bénéficiaires de la libéralisation du commerce international ainsi que ceux des consommateurs, peut-être sert-il l'intérêt général adéquatement comme il en a, après tout, la fonction? C'est ici que les arguments des tenants de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC sont moins convaincants, car ils ne se sont peut-être pas assez attardés à ses conséquences sur la protection des intérêts non-commerciaux dont l'État est garant. C'est ici également que la finalité transcendante du système commercial multilatéral prend toute son importance : on a vu que le système visait en définitive à contribuer à la création de conditions favorables au maintien de la paix et de la sécurité internationales. C'est ici également que la discussion sur l'élargissement du droit de porter plainte rejoint

[1235] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 148 (commentaire de Peter Mavroidis).

celle, plus large, sur la participation des personnes privées dans le règlement des différends à l'OMC autrement qu'à titre de plaignant.

La question est donc celle de savoir dans quelle mesure l'État est toujours le médiateur adéquat des intérêts divergents coexistant dans la société. Il semble bien que le mécanisme actuel, qui est précisément fondé sur le rôle de l'État comme médiateur des intérêts sur le plan national, n'est pas tout à fait adapté aux réalités du système commercial multilatéral et du phénomène de la mondialisation.

Certains ont en effet avancé que la fragmentation des acteurs et des intérêts provoquée par le phénomène de la mondialisation ne cadrait plus avec ce rôle traditionnel de l'État, et commandait la reconnaissance du rôle de ces acteurs comme représentant des intérêts qu'ils défendaient[1236]. La capacité de l'État à représenter une diversité de points de vue et d'intérêts fait de plus en plus l'objet de doutes sérieux[1237]. L'État — médiateur des intérêts sur le plan national — ne peut fatalement que tenir compte des intérêts nationaux et seuls ces intérêts sont donc représentés à l'OMC[1238]. Or les intérêts transnationaux échappent par définition à tout raisonnement en termes nationaux; une décision de porter ou non plainte à l'OMC risque d'affecter une entreprise transnationale bien au-delà des frontières d'un État déterminé. Il semble donc y avoir une asymétrie entre les intérêts que peut prendre en compte l'État et ceux des entreprises transnationales, principaux moteurs du système commercial multilatéral. C'est pourquoi on soutient que le droit de porter plainte devrait être élargi pour briser le carcan national dans lequel on enferme actuellement les intérêts transnationaux[1239]. Cette asymétrie, loin d'être une nouveauté, prend cependant de plus en plus d'importance avec l'impulsion de la mondialisation et de la libéralisation du commerce international; il faut se rappeler que le commerce recoupe par essence des espaces différents de celui des États, son terrain d'opération étant le marché[1240].

---

[1236] J. Mertus, « Considering Nonstate Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application » (2000) 32 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol'y. 537 aux pp. 549-550.
[1237] C. Carmody, « Beyond the Proposals: Public Participation in International Economic Law » (2000) 15 Am. U. Int'l L. Rev. 1321 à la p. 1322.
[1238] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 aux pp. 158-159 (commentaire d'Eleonor Fox).
[1239] Voir Mertus, *supra* note 1236 aux pp. 553-554.
[1240] B. Stern, « How to Regulate Globalization? » dans M. Byers, dir., *The Role of Law in International Politics : Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000,

Cela est sans compter les intérêts non-commerciaux transnationaux ou même mondiaux, tels que la protection de l'environnement et des droits des travailleurs, ou encore la diversité culturelle. Il est loin d'être certain que l'État puisse tenir compte adéquatement de ces intérêts dans un cadre strictement national[1241]. Le mécanisme actuel de règlement des différends ne permet donc pas de tenir compte adéquatement des intérêts transnationaux à l'OMC, intérêts pourtant caractéristiques de la mondialisation que l'OMC contribue à accélérer en libéralisant le commerce international.

### 3.1.7 L'omission de tenir compte de l'affaiblissement du rôle de l'État comme gardien de la paix et de la sécurité internationales

Au surplus, il semble bien qu'il faille maintenant relativiser un peu le rôle de l'État comme gardien de la paix et de la sécurité internationales, rôle qui est à la base de la théorie de la protection diplomatique, elle qui confie aux États le contrôle sur le règlement des différends impliquant la violation du droit international. En effet, on considère généralement qu'un des principaux impact du droit international économique est de favoriser l'interdépendance des États[1242]. Cette interdépendance des États, favorisée au premier titre par le système commercial multilatéral et l'établissement de relations commerciales stables et durables, entraînerait une certaine pacification des relations internationales, réduisant ainsi les risques de guerre[1243]; l'imposition de contre-mesures économiques est de plus étroitement encadrée par les accords de l'OMC[1244]. Par conséquent, les États auraient moins besoin de se préoccuper du maintien de la paix et

---

247 aux pp. 247-248 (citant Maurice Hauriou dans un passage écrit en 1910) [ci-après Stern, « How to Regulate Globalization? »].

[1241] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 aux pp. 158-159 (commentaire d'Eleonor Fox); Charnovitz, « Participation », *supra* note 1222 à la p. 334. Voir la partie 3.2, ci-dessous, pour une analyse des voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, et particulièrement la partie 3.2.1 sur la participation à titre d'*amicus curiae*.

[1242] Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 9-10; McRae, « Contribution », *supra* note 41 aux pp. 116-117. On a d'ailleurs vu que la création de conditions favorables au maintien de la paix et de la sécurité internationales constituait en réalité la finalité transcendante du système commercial multilatéral à ses origines. Voir la partie 1.1.2 a), ci-dessus, pour une discussion sur l'objet du droit international économique.

[1243] Jackson, *Restructuring the GATT System*, *supra* note 1216 aux pp. 69-70.

[1244] Voir la partie 1.2.2 b) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur le régime juridique de l'OMC concernant l'imposition de contre-mesures économiques.

leur rôle se réorienterait — ou devrait se réorienter — graduellement vers celui de redistributeur de la richesse créée par la libéralisation du commerce international[1245]. Ainsi le rôle essentiel des considérations de paix et de sécurité au cœur de la théorie de la protection diplomatique aurait-il tendance à s'estomper quelque peu. La situation analogue à celle de la théorie s'avérerait donc aujourd'hui moins nécessaire dans le règlement des différends commerciaux internationaux à l'OMC, et il serait probablement possible de l'atténuer dans une certaine mesure sans risquer de compromettre la paix mondiale.

### 3.1.8 Le manque de transparence

Finalement, un souci de transparence milite en faveur d'une réévaluation de la pertinence de conserver tel quel le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Cette situation est moins un problème vécu par les personnes privées qu'un problème les mettant en cause. Un certain risque d'instrumentalisation de la procédure par les personnes privées existe présentement puisque de puissantes entreprises transnationales, ou des organisations représentant un secteur de l'industrie, se retrouvent régulièrement derrière l'écran étatique[1246]. On peut par exemple penser à l'affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, ou encore à l'affaire *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers*

---

[1245] Jackson, *Restructuring the GATT System*, *supra* note 1216 aux pp. 69-70; McRae, « Contribution », *supra* note 41 aux pp. 230-232. L'économiste français François Bourguignon, maintenant premier vice-président et économiste en chef de la Banque mondiale, a affirmé que la libéralisation du commerce international n'a pas réellement contribué à appauvrir les plus démunis. Au contraire, la mondialisation aurait globalement eu pour effet d'enrichir à la fois les pauvres et encore plus les riches; les iniquités qui subsisteraient dans le rythme et la répartition de cet enrichissement seraient davantage le fait de l'échec des États dans leur rôle de redistributeur de la richesse que celui de la mondialisation. G. Bérubé, « La mondialisation n'est pas la mère de tous les maux » *Le Devoir* [Montréal] (16 octobre 2001) B3.

[1246] H Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C. : trois ans après, quinze rapports plus tard » (1999) 103 Rev. D.I.P. 47 aux pp. 52 et 73. *Contra* P.M. Nichols, « Two Snowflakes Are Alike : Assumptions Made in the Debate Over Standing Before World Trade Organization Dispute Settlement Boards » (2000) 24 Fordham Int'l L.J. 427 à la p. 441 [ci-après Nichols, « Assumptions »] (mais cet auteur rejette cette proposition sans motivation convaincante).

*photographiques destinés aux consommateurs*, où les États plaignants auraient carrément répété les arguments développés par les sociétés privées à l'origine des plaintes[1247].

Pourquoi alors ne pas prendre acte de cet état de fait, en effaçant l'État plaignant pour que les réelles parties impliquées puissent régler leur différend? Le nombre grandissant de différends portés à l'OMC risque de rendre la fiction de la plainte étatique de moins en moins crédible. La participation directe des personnes privées au règlement des différends de l'OMC contribuerait par le fait même à accroître la transparence de l'Organisation, dont le manque lui est d'ailleurs régulièrement reproché, et constitue une des principales critiques qui lui sont adressées[1248].

## 3.2 LES VOIES ALTERNATIVES À L'ÉLARGISSEMENT DU DROIT DE PORTER PLAINTE À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE EN FAVEUR DES PERSONNES PRIVÉES

Les problèmes qui ont été identifiés appellent différentes réponses. L'octroi aux personnes privées du droit de porter plainte directement à l'OMC contre un de ses membres est l'une d'entre elles, mais elle n'est pas la seule. L'étude comparative menée dans la deuxième partie a démontré que la reconnaissance d'un droit semblable en faveur des personnes privées demeurait très rare dans la pratique conventionnelle des États en matière économique, à l'exception notable du nouveau droit international de l'investissement étranger direct. Cette même étude nous a permis d'identifier une panoplie de voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, qui permettent d'accroître le rôle des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques. Elles peuvent être regroupées en quatre voies possibles, selon un classement croissant établi en vertu de l'intensité de la participation de la personne privée dans le règlement du différend commercial international : la participation à titre d'*amicus curiae* (**3.2.1**); la formalisation des mécanismes internes de traitement des

---

[1247] Affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, *supra* note 277; *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, *supra* note 343.
[1248] Shell, « Trade Stakeholders Model », *supra* note 6 à la p. 380.

plaintes privées (**3.2.2**); la représentation du membre de l'OMC par une personne privée (**3.2.3**); l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne (**3.2.4**). Il faut noter que ces voies alternatives ne s'opposent pas mutuellement, et qu'elles pourraient être combinées de différentes manières.

### 3.2.1 La participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC

a) Les origines, la nature et l'évolution de la participation à titre d'*amicus curiae* devant les juridictions internes et internationales

La participation à titre d'*amicus curiae* consiste en l'admission d'une personne par une juridiction à y faire valoir un intérêt général ou collectif, dans le but d'éclaircir le tribunal sur une question de droit ou de fait, et de garantir une meilleure décision judiciaire[1249]. L'expérience américaine a cependant démontré, on le verra, que cette finalité de l'*amicus curiae* et son caractère désintéressé n'en sont pas des caractéristiques absolues[1250]. Cette participation se fait normalement par la soumission d'un mémoire écrit au tribunal. Quoique la frontière entre les différents modes de participation des personnes privées devant une juridiction ne soit pas toujours facile à tracer, l'*amicus curiae* se distingue de la tierce intervention, de l'expertise et du témoignage[1251]. Bien qu'il se soit développé dans le cadre du règlement judiciaire des différends, il faut noter que ce mode de participation au règlement des différends apparaît maintenant dans l'arbitrage

---

[1249] Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* définit l'*amicus curiae* comme « [l]'expression latine signifiant "ami de la cour" et désignant une personne qui est admise à faire valoir dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit l'intérêt public ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal. » Le *Lexique des termes juridiques* parle d'une « [p]ersonnalité faisant autorité dans un domaine d'activité et qu'une juridiction prend l'initiative, (exceptionnellement car non prévue par les textes en vigueur), d'entendre comme "ami de la cour" (et non comme témoin ou expert), pour connaître son opinion sur le problème débattu devant elle, en vue de garantir, grâce à ses lumières, un procès équitable, au sens européen du terme ». H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3ème éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2004 à la p. 39; R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 14ème éd. par S. Guinchard et G. Montagnier, Paris, Dalloz, 2003 à la p. 39.

[1250] Le *Black's Law Dictionary* définit l'*amicus curiae* sans mettre d'emphase sur sa finalité altruiste : « *A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter* ». B.A. Garner, dir., *Black's Law Dictionary*, 8ème éd., St-Paul (Minnesota), West, 2004 à la p. 93.

[1251] D. Shelton, « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings » (1994) 88 A.J.I.L. 611 à la p. 611.

international et dans le règlement quasi-judiciaire des différends commerciaux internationaux[1252].

L'institution de l'*amicus curiae* vient du droit romain, où elle permettait à des personnes non intéressées dans le litige devant un tribunal à lui venir en aide, de façon à ce qu'il puisse rendre justice de la meilleure manière possible[1253]. L'« ami de la cour » compensait alors le caractère épars des sources du droit et leur nature surtout orale[1254]. L'*amicus curiae* a été repris par la *common law* anglaise, pour y remplir un rôle essentiel, en raison de la quasi-impossibilité pour les tiers d'intervenir dans les procédures instituées entre deux parties. L'institution a poursuivi son évolution dans les pays appartenant à cette tradition juridique, particulièrement aux États-Unis, où l'*amicus curiae* est désormais incontournable dans les litiges constitutionnels devant la Cour suprême des États-Unis. Le large droit d'intervention qui est généralement reconnu aux tiers dans le droit judiciaire des pays appartenant à la tradition civiliste explique que l'*amicus curiae* y soit moins connu, encore que la pratique récente atteste de son avènement, en France par exemple, sous l'impulsion des pays anglo-saxons et de la Cour européenne des droits de l'homme[1255].

En droit interne, un lien direct existe donc entre l'intérêt juridique à agir dans un procès et la participation à titre d'*amicus curiae*. Ce n'est qu'en l'absence d'un intérêt juridique suffisant pour intervenir qu'une personne sera amenée à demander au tribunal de participer comme *amicus curiae*. Plus la tierce intervention sera facile, moins l'*amicus curiae* ne sera nécessaire. Suivant une progression du type d'intérêt du tiers, allant de l'intérêt spécial à l'intérêt totalement objectif, plus celui-ci sera objectivé, plus la participation à titre d'*amicus curiae* sera justifiée[1256].

---

[1252] Voir la partie 2.3.2 c) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les pressions subies par le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, en matière d'investissement étranger direct, de la part de la société civile. Voir la partie 3.2.1 b), ci-dessous, pour une discussion sur les développements récents à l'OMC concernant les *amici curiae*.

[1253] Shelton, *supra* note 1251 aux pp. 616-619; P. Ala'I, « Judicial Lobbying at the WTO : The Debate Over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S. Experience » (2000-2001) 24 Fordham Int'l L.J. 62 aux pp. 84-86.

[1254] G.C. Umbricht, « An "Amicus Curiae Brief" on Amicus Curiae Briefs at the WTO » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 773 à la p. 778.

[1255] H. Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales » (2001) 105 Rev. D.I.P. 897 aux pp. 897-898; Shelton, *supra* note 1251 aux pp. 616-619 ; Umbricht, *ibid.* à la p. 780. Voir par ex. art. 208-222 C.p.c.

[1256] Ascensio, *ibid.* aux pp. 911-913.

En droit international public, une autre équation se superpose à la précédente, établissant cette fois un lien direct entre la capacité à agir et la participation à titre d'*amicus curiae*. Puisque les personnes privées sont en principe incapables d'agir au plan international[1257], la seule voie qui leur est ouverte devant les juridictions internationales est généralement celle de l'*amicus curiae*[1258]. Hervé Ascensio en parle comme d'une « brèche procédurale » par laquelle peuvent s'engouffrer individus, sociétés et associations lorsque la qualité de partie est réservée aux États[1259]. Par ailleurs, puisque les États sont incapables d'agir devant les juridictions pénales internationales — chose exceptionnelle et hautement significative dans cette nouvelle branche du droit international qui vise à soulever le voile étatique pour atteindre la conduite des individus —, la seule voie qui leur est ouverte est également celle de l'*amicus curiae*. Elle répond donc en partie à la problématique de l'incapacité des personnes privées dans le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de l'OMC, et c'est pourquoi elle est apparue dans la pratique récente de l'Organisation.

Toute juridiction aurait le pouvoir inhérent de demander ou de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*[1260]. Il ne faudrait donc pas se perdre dans des analyses exégétiques des textes fondant la compétence d'un tribunal pour y déceler ou non une base juridique valide pour agir de la sorte. Ce serait plutôt les deux équations discutées précédemment qui devraient circonscrire le débat sur la participation d'un tiers à titre d'*amicus curiae* : la première concernant l'intérêt à agir du tiers dans le différend; la seconde concernant sa capacité à agir devant la juridiction. Le caractère inhérent du pouvoir et l'absence de base textuelle expliquent pourquoi l'encadrement juridique de l'*amicus curiae* est généralement très faible, traduisant l'aspect souple et informel de ce mode de participation au règlement judiciaire des différends[1261].

Le tribunal jouit d'une totale discrétion dans l'exercice de son pouvoir, ce qui signifie que la participation à titre d'*amicus curiae* demeure un privilège du tiers, et non un droit. Cette large discrétion du tribunal agirait comme un garde-fou contre l'afflux de

---

[1257] Voir la partie 2.1, ci-dessus, pour une discussion sur l'incapacité de principe des personnes privées au plan international.
[1258] Ascensio, *supra* note 1255 aux pp. 900 et 913; Shelton, *supra* note 1255 à la p. 612.
[1259] Ascensio, *ibid.* à la p. 900.
[1260] Shelton, *supra* note 1251 à la p. 617.
[1261] Ascensio, *supra* note 1255 à la p. 911.

demandes de la part de tiers, en permettant au tribunal de garder le contrôle sur le déroulement du procès[1262]. Le caractère discrétionnaire du pouvoir a amené les tribunaux à développer certains critères entourant son exercice, afin d'en gérer l'utilisation et, plus particulièrement, de s'assurer que l'*amicus curiae* était uniquement utilisé par les tiers et n'était pas instrumentalisé par les parties au litige[1263]. L'évolution de la pratique de la Cour suprême des États-Unis est particulièrement instructive à cet égard, puisque cette dernière connaît l'*amicus curiae* depuis près de deux siècles.

La principale leçon à tirer de l'expérience américaine concernant l'*amicus curiae* est que l'institution a connu une transformation profonde au fil de son utilisation : on est passé d'un mode de participation au règlement judiciaire des différends pour observateurs désintéressés à un mode de participation pour « lobbyistes judiciaires », visant à influencer la décision du tribunal dans le sens des intérêts qu'ils défendent[1264]. Ce changement paradigmatique a été reconnu explicitement par la Cour suprême des États-Unis en 1946, lorsqu'elle a affirmé que l'*amicus curiae* « *serves two masters, the court and the client* »[1265]; l'*amicus curiae* n'était désormais plus un observateur désintéressé, mais bien un avocat défendant les intérêts d'un client. La Cour suprême a pris acte du changement survenu dans la finalité de l'*amicus curiae*, en rendant obligatoire la divulgation des intérêts derrière le demandeur pour assurer la transparence de l'institution. Cette modification des règles de pratique de la Cour a eu pour effet de légitimer la nouvelle finalité de l'*amicus curiae* aux yeux de la société américaine.

On a souligné que la pratique d'accepter des mémoires d'*amicus curiae* s'est développée plus récemment devant les juridictions internationales, mais on pourrait nuancer cette observation en rappelant que l'essor des juridictions internationales reste lui-même un phénomène relativement récent[1266]. Les études faites sur les principales juridictions internationales démontrent que — paradoxalement — ce sont celles qui reconnaissent déjà certains droits aux personnes privées qui sont le plus souvent ouvertes

---

[1262] *Ibid.* aux pp. 916-917.
[1263] *Ibid.* aux pp. 918-919; Shelton, *supra* note 1251 à la p. 617.
[1264] Ala'I, *supra* note 1253 aux pp. 86-93.
[1265] *Universal Oil Products* c. *Roots Refrigerating Co.*, 328 U.S. 575, 581 (1946).
[1266] Voir Ascensio, *supra* note 1255 à la p. 898.

à l'acceptation de mémoires d'*amicus curiae* de leur part[1267]. Ce résultat semble paradoxal puisqu'on a vu que l'un des attraits de ce mode de participation au règlement judiciaire des différends était qu'il permettait de pallier l'incapacité de principe des personnes privées au plan international. En revanche, il témoigne du fait que les juridictions internationales les plus habituées à fréquenter les personnes privées sont davantage conscientes de la contribution que celles-ci peuvent apporter à la solution du litige devant elles. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que les tribunaux administratifs internationaux, acceptent-ils tous des mémoires d'*amicus curiae* provenant de personnes privées, voire même de la part d'États en ce qui concerne les juridictions pénales internationales.

Illustrant bien cette observation, la Cour internationale de justice est très réfractaire aux mémoires d'*amicus curiae* soumis par des personnes privées. Une interprétation légaliste fait en sorte que l'on fait généralement la distinction entre sa juridiction consultative et sa juridiction contentieuse pour déterminer si elle a le pouvoir d'accepter de tels mémoires[1268]. Un argument de texte fait valoir que la juridiction consultative de la Cour est ouverte aux *amici curiae* : l'article 66(2) du *Statut* de la Cour prévoit que celle-ci peut accepter de recevoir des exposés écrits ou d'entendre des exposés oraux de la part d'une « organisation internationale » susceptible de fournir des renseignements sur la question qui lui est posée[1269]. Un seul cas d'acceptation d'un mémoire d'*amicus curiae* existe à ce jour dans le cadre de la juridiction consultative de la Cour et celui-ci date de 1950; la Ligue internationale des droits de l'Homme, une ONG transnationale faisant la promotion des droits fondamentaux de la personne humaine, avait été autorisée à soumettre un mémoire dans le cadre de l'affaire du *Statut*

---

[1267] *Ibid.* aux pp. 900 et 905; Shelton, *supra* note 1251 aux pp. 628-640; G. Marceau et M. Stilwell, « Practical Suggestions for *Amicus Curiae* Briefs before the WTO Adjudication Bodies » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 155 à la p. 175.

[1268] Voir Ascensio, *ibid.* à la p. 906; Shelton, *ibid.* aux pp. 619-628.

[1269] *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexé à la *Charte des Nations Unies*, *supra* note 59, art. 66(2). Il faut noter que les États admis à ester devant la Cour peuvent également demander de participer aux procédures à titre d'*amicus curiae*, ce qui confirme l'équation mentionnée précédemment entre incapacité d'agir devant une juridiction et *amicus curiae*, puisque les États ne peuvent pas être parties dans une affaire consultative entendue par la Cour internationale du justice.

*international du Sud-Ouest africain*[1270]. Aucune autre demande de la part d'*amici curiae* n'a été acceptée depuis par la Cour internationale de justice dans une affaire consultative.

Un argument de texte ferme la porte aux mémoires d'*amicus curiae* soumis par des personnes privées en ce qui concerne la juridiction contentieuse de la Cour. L'article 34(2) de son *Statut* lui donne le pouvoir de demander ou de recevoir de tels mémoires, mais uniquement de la part des « organisations internationales publiques », ce qui est mis en contraste avec la disposition examinée précédemment qui ne se limite par aux organisations internationales « publiques ». Aucun précédent n'existe quant à l'acceptation par la Cour d'un mémoire d'*amicus curiae* provenant d'une personne privée dans une affaire contentieuse, mais on mentionne dans la doctrine que de tels mémoires seraient parfois parvenus informellement à la Cour[1271]. Certains auteurs contestent cette interprétation légaliste du *Statut* de la Cour, en remettant en question le fait que les ONG soient exclues de l'expression « organisation internationale publique »[1272]; plus globalement, ces interprétations légalistes ne tiennent pas compte du fait que le pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae* serait inhérent à la fonction juridictionnelle, tant au plan interne qu'international[1273]. C'est plutôt à l'aune de l'intérêt juridique et de la capacité à agir de la personne privée qu'il faudrait juger le pouvoir d'accepter ces mémoires.

Le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de l'OMC, interétatique et donc en principe réfractaire aux personnes privées, s'éloigne actuellement du schème de la Cour international de justice et fait preuve d'une ouverture nouvelle aux mémoires d'*amicus curiae*.

---

[1270] *Statut international du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. Rec. 128; Shelton, *supra* note 1251 aux pp. 623-624; Ascensio, *supra* note 1255 à la p. 906. Les quelques demandes adressées à la Cour internationale de justice par des individus, en l'occurrence un professeur de droit, ont cependant toujours été refusées, puisqu'il ne s'agissait pas d'organisations internationales. Dinah Shelton a rappelé que la Cour permanente de justice internationale avait par contre abondamment accepté de recevoir des mémoires d'*amicus curiae* de la part de personnes privées, surtout des associations internationales de syndicats.
[1271] Ascensio, *ibid.* à la p. 906.
[1272] Shelton, *supra* note 1251 aux pp. 622-623.
[1273] Voir Ascensio, *supra* note 1255 à la p. 908.

b) Développements récents à l'OMC

Sous le régime du *GATT de 1947*, puis dans les premières affaires portées à l'OMC, la pratique des groupes spéciaux avait toujours été de s'en tenir rigoureusement au caractère interétatique du mécanisme de règlement des différends, et ainsi de refuser toute demande de participation à titre d'*amicus curiae* de la part de personnes privées[1274]. Les pressions de la société civile, le caractère de plus en plus controversé de l'OMC et plus largement du processus de la mondialisation économique chapeauté par celle-ci, conjugués à la plus grande sensibilité du nouvel Organe d'appel pour les aspects non-commerciaux de la mise en œuvre des accords de l'OMC, ont finalement eu raison de cette résistance proverbiale des groupes spéciaux et ont conduit à l'acceptation pour la première fois de telles demandes, présentées par des ONG environnementalistes, dans une affaire hautement médiatisée qui mettait en cause l'interface entre la libéralisation du commerce international et la protection des espèces marines menacées.

Dans l'affaire *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*[1275], des pays producteurs de crevettes ont contesté avec succès la réglementation américaine qui interdisait les importations de ce produit sur le marché des États-Unis, lorsque les techniques de pêche utilisées ne permettaient pas de préserver la vie de certaines espèces de tortues marines. Cette affaire rappelait à plusieurs égards celle qui avait opposé les États-Unis au Mexique à l'époque du *GATT de 1947*, concernant la préservation des dauphins dans la pêche au thon, qui avait choqué les groupes environnementalistes et avait stigmatisé dans l'opinion publique internationale l'incapacité du droit international économique à tenir compte des aspects non-commerciaux mis en cause par l'opération du système commercial multilatéral[1276]. Les ONG environnementalistes n'entendaient pas être en reste cette fois, aussi ont-elles transmis au groupe spécial des mémoires d'*amicus curiae*, que celui-ci refusa de prendre

---

[1274] B. Stern, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC » (2003) 107 Rev. D.I.P. 257 à la p. 260 [ci-après Stern, « L'intervention des tiers »]; Marceau et Stilwell, *supra* note 1267 à la p. 158.

[1275] *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/R (Rapport du groupe spécial).

[1276] Voir *États-Unis—Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1991), GATT Doc. DS21/R, Supp. n° 39 I.B.D.D. (1993) 174 (rapport non adopté); *États-Unis—Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1994), GATT Doc. DS29/R (rapport non adopté).

en considération au motif qu'il n'avait pas le pouvoir d'accepter des renseignements qu'il n'avait pas demandés[1277]. L'Organe d'appel renversa cette interprétation du groupe spécial et reconnu leur pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*, en se fondant d'abord sur leur pouvoir de demander des renseignements, qui ne doit pas être lu comme une interdiction d'accepter des renseignements qui lui auraient été présentés sans avoir été demandés[1278]. Mais c'est en se fondant plus globalement sur l'économie générale du *Mémorandum d'accord* que l'Organe d'appel a conclu que les groupes spéciaux avaient « le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés », conformément à l'idée voulant que ce pouvoir soit inhérent à toute juridiction[1279]. La doctrine s'est beaucoup attardée à des analyses légalistes des textes pour remettre en question le raisonnement de l'Organe d'appel et l'existence d'une assise juridique précise pour la reconnaissance de ce pouvoir, en faisant l'erreur d'omettre de s'intéresser à son caractère inhérent[1280].

La question de savoir si l'Organe d'appel avait également le pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae* demeurait sans réponse, puisque les États-Unis les avaient annexés à leur propre communication au cours des procédures d'appel[1281]. L'Organe

---

[1277] *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *supra* note 1275, au paragr. 7.8 (Rapport du groupe spécial). Le groupe spécial avait reçu un mémoire conjoint du *Center for Marine Conservation* (CMC) et du *Center for International Environmental Law* (CIEL), ainsi qu'un mémoire du Fonds mondial pour la nature (WWF).

[1278] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 13; *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *supra* note 1275 au paragr. 108 (Rapport de l'Organe d'appel).

[1279] *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *ibid.* On pourrait peut-être contester ce caractère inhérent puisque le groupe spécial n'est pas une véritable juridiction, mais plutôt une quasi-juridiction *ad hoc*.

[1280] Voir p. ex. Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 à la p. 290; J. Robbins, « False Friends : Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals under the Hot-Rolled Lead/Asbestos Doctrine » (2003) 44 Harv. Int'l L.J. 317 à la p. 318. Seul Robert Howse a soutenu le raisonnement de l'Organe d'appel et a insisté sur la nature inhérente du pouvoir des groupes spéciaux. R. Howse, « Membership and its Privileges : the WTO, Civil Society, and the *Amicus* Brief Controversy » (2003) 9 Eur. L.J. 496 à la p. 498.

[1281] *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *supra* note 1275 aux paragr. 79, 83 et 91 (Rapport de l'Organe d'appel). Les États-Unis ont joint à leur communication trois mémoires émanant de douze ONG environnementalistes; par contre, un de ces regroupements d'ONG a par la suite fait parvenir directement à l'Organe d'appel une version légèrement modifiée de son mémoire. L'Organe d'appel a accepté ces mémoires dans une décision préliminaire, en promettant de motiver sa décision dans son rapport, ce qu'il a finalement omis de faire, laissant planer des doutes sur l'existence ou non de son pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*, ou semant

d'appel a finalement répondu directement à la question en affirmant sans ambages qu'il jouissait de ce pouvoir dans l'affaire *États-Unis—Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*[1282]. Il avait reçu deux mémoires de la part de personnes privées, cette fois des ONG représentant les intérêts des producteurs d'acier américains, bénéficiaires directs de la protection offerte par les mesures commerciales à l'origine de la plainte de la Communauté européenne dans cette affaire[1283]. Celle-ci contestait l'existence du pouvoir de l'Organe d'appel d'accepter des mémoires d'*amicus curiae* au motif que la disposition permettant aux groupes spéciaux de demander des renseignements n'avait pas d'équivalent en ce qui le concernait, et que de telles « interventions désintéressées » ne pouvaient pas porter sur des questions juridiques mais uniquement sur des faits. L'Organe d'appel a rejeté ces arguments et a reconnu son pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*, en se référant à son pouvoir d'adopter des procédures de travail, ainsi qu'à la disposition des *Procédures de travail pour l'examen en appel* qu'il a ainsi adoptées lui permettant d'« élaborer une procédure appropriée dans certaines circonstances particulières, dans les cas où se pose une question de procédure qui n'est pas visée par les Procédures de travail »[1284]. La référence à ces dispositions ne visait pas tant à trouver une assise juridique précise à ce pouvoir qu'à illustrer l'étendue des pouvoirs inhérents de l'Organe d'appel pour mener à bien sa mission quasi-juridictionnelle. De manière conforme à l'institution de l'*amicus curiae*, l'Organe d'appel a donc estimé que son pouvoir d'accepter de tels mémoires découlait de l'économie générale du *Mémorandum d'accord* et était inhérent à ses fonctions[1285]. À nouveau, la

---

sciemment les germes de la reconnaissance ultérieure de son pouvoir. Voir Stern, « L'intervention des tiers », *ibid.* aux pp. 264-265.

[1282] *États-Unis—Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, *supra* note 372 (Rapport de l'Organe d'appel).

[1283] Il s'agissait de l'*American Iron & Steel Institute* et du *Specialty Steel Industry of North America*.

[1284] *États-Unis—Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, *supra* note 372 aux paragr. 39 et 42 (Rapport de l'Organe d'appel); *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 17(9); OMC, Organe d'appel, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, OMC Doc. WT/AB/WP/5 (2005), art. 16(1), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/AB/WP5.doc> (date d'accès : 13 janvier 2005).

[1285] À nouveau, on pourrait contester ce caractère inhérent puisque l'Organe d'appel n'est pas une véritable juridiction mais plutôt une quasi-juridiction. Par contre, son caractère permanent et le rôle important qu'il rempli dans le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux, particulièrement au vu de son indépendance, du caractère pratiquement final de ses décisions, ainsi que des aspects non-

doctrine s'est attardée à des analyses légalistes pour remettre en question le raisonnement de l'Organe d'appel et l'assise juridique de ce pouvoir, en omettant de s'intéresser à son caractère inhérent[1286].

La question du statut des mémoires d'*amicus curiae* annexés à la communication d'un membre de l'OMC restait cependant équivoque. Dans l'affaire *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, l'Organe d'appel lui avait certes apporté une réponse, mais celle-ci n'était pas satisfaisante : il avait accepté de recevoir les mémoires annexés à la communication des États-Unis, mais uniquement dans la mesure où ces mémoires avaient été acceptés par ceux-ci[1287]. Or les États-Unis avaient acceptés les mémoires uniquement dans la mesure où ils étaient conformes à leurs propres arguments, ce qui signifiait que les mémoires n'avaient aucune utilité pratique, si ce n'est que de donner plus de résonance aux arguments du gouvernement américain. Au minimum, l'Organe d'appel aurait dû faire en sorte que les États-Unis expurgeassent eux-mêmes les parties des mémoires qu'ils n'endossaient pas, en les acceptant ou les refusant en bloc, ayant autrement à vivre avec les incohérences contenues dans leur communication. C'est heureusement la solution à laquelle semble être parvenu le groupe spécial d'examen de la conformité de l'exécution du rapport de l'Organe d'appel dans la même affaire. Celui-ci a estimé que si un mémoire était annexé à la communication d'un membre de l'OMC, il en devenait une partie intégrante et qu'il ne s'agissait donc plus d'un mémoire d'*amicus curiae*[1288]. Cette constatation, contraire à la position défendue par les États-Unis dans cette affaire, est la plus compatible avec l'institution de l'*amicus curiae*, puisqu'elle est fondée sur la séparation fondamentale entre les *amici curiae* et les parties au litige, et en empêche l'instrumentalisation par les parties. Elle illustre par contre le rôle premier de l'État

---

commerciaux dont il tient compte en assumant ses fonctions, font en sorte qu'il est pleinement justifié qu'il jouisse du pouvoir inhérent d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*.

[1286] Voir par ex. Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 à la p. 290; Robbins, *supra* note 1280 à la p. 318; A.E. Appleton, « *Amicus Curiae* Submissions in the *Carbon Steel* Case : Another Rabbit From the Appellate Body's Hat? » (2000) 3 J. Int'l Econ. L. 691 aux pp. 695-698. À nouveau, seul Robert Howse soutient le raisonnement de l'Organe d'appel en insistant sur la nature inhérente de son pouvoir. Howse, *supra* note 1280 à la p. 499.

[1287] *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *supra* note 1275, au paragr. 91 (Rapport de l'Organe d'appel).

[1288] Voir *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (*Recours de la Malaisie à l'art. 21(5)*) (2001), OMC Doc. WT/DS58/RW aux paragr. 4.91 et 5.16 (Rapport du groupe spécial).

comme porteur des intérêts des personnes privées dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Malgré cette très forte affirmation de son indépendance judiciaire de la part de l'Organe d'appel, son pouvoir et celui des groupes spéciaux d'accepter des mémoires d'*amicus curiae* demeurent très controversés et sont loin de faire consensus au sein des membres de l'OMC. Ce débat constitue une illustration poignante de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux et de la redéfinition de l'équilibre entre les institutions politiques et les institutions quasi-judiciaires au sein du système commercial multilatéral. Un auteur a même souligné l'aspect « constitutionnel » du débat[1289].

Dans une autre affaire très médiatisée, *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*[1290], l'Organe d'appel a tenté de consolider davantage son pouvoir en adoptant une procédure additionnelle qui visait à gérer l'afflux de mémoires d'*amicus curiae* d'ONG soutenant le bannissement européen de l'amiante pour des motifs de santé publique et de protection des travailleurs[1291]. Une telle démarche avait été souhaitée dans la doctrine et rappelait l'adoption de règles semblables par la Cour suprême des États-Unis[1292]; elle a été adoptée par l'Organe d'appel sur la base de son pouvoir spécial prévu par les *Procédures de travail pour l'examen en appel* et s'appliquaient exclusivement à cette affaire pour cette raison. Malgré cette ouverture

---

[1289] Umbricht, *supra* note 1254 aux pp. 774-775.

[1290] *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, *supra* note 317 (Rapport de l'Organe d'appel); *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc. WT/DS135/R (Rapport du groupe spécial).

[1291] *Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (*Plainte du Canada*), « Communication de l'Organe d'appel » (8 novembre 2000), OMC Doc. WT/DS135/9, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DS/135-9.doc> (date d'accès : 17 janvier 2005). La procédure additionnelle divisait le processus de soumission des mémoires d'*amicus curiae* en deux étapes, la première visant la demande d'autorisation de déposer un mémoire, et la seconde la soumission du mémoire proprement dit. Sur la forme, la demande d'autorisation devait être présentée à l'Organe d'appel dans un délai de huit jours, par écrit, et ne pas dépasser trois pages dactylographiées; sur le fond, elle devait exposer les intérêts défendus par le demandeur, de même que ses sources de financement et son intérêt particulier dans le litige en cours, ses liens avec les parties, ainsi que la contribution originale qu'il apporterait à sa résolution. L'acceptation de cette demande par l'Organe d'appel ne signifiait pas que ce dernier devait obligatoirement en traiter dans son rapport. Une fois la demande acceptée, le demandeur disposait d'un délai de 11 jours pour déposer son mémoire auprès de l'Organe d'appel et des parties au litige. Sur la forme, le mémoire devait être concis et ne pas dépasser vingt pages dactylographiées; sur le fond, il devait être précis et s'en tenir aux questions juridiques précises pour lesquelles le demandeur avait obtenu une autorisation.

[1292] Voir p. ex. Marceau et Stilwell, *supra* note 1267 aux pp. 178-183.

apparente aux *amici curiae*, l'Organe d'appel a rejeté toutes les demandes qu'il a ainsi reçues, ce qui a fait dire à certains qu'il s'est agit d'une ouverture en « trompe-l'œil »[1293]. Ce retournement de la part de l'Organe d'appel s'expliquerait par son désir de ne pas envenimer la situation suite aux critiques exprimées par la majorité des membres de l'OMC à l'encontre de cette initiative[1294]. Cette tentative d'encadrement procédural a poussé à son extrême limite la juridictionnalisation actuelle du règlement des différends commerciaux internationaux, l'Organe d'appel ne jouissant pas de la même légitimité institutionnelle que la Cour suprême des États-Unis dans l'ordre juridique interne américain[1295], provoquant même la plus grande crise dans la courte histoire de l'OMC[1296].

Cette initiative téméraire a provoqué une réunion spéciale du Conseil général de l'OMC, où la plupart des membres de l'Organisation ont exprimés avec force leur rejet non seulement de la procédure additionnelle, mais aussi du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*, ainsi que l'usurpation de fonction qu'ils y voyaient, à l'exception notable des États-Unis et dans une moindre mesure de la Communauté européenne[1297]. Ces protestations avaient commencé à l'ORD dès l'annonce par les ONG du dépôt de leur mémoire auprès du groupe spécial dans l'affaire *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains*

---

[1293] Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 à la p. 271.

[1294] G.A. Zonnekeyn, « The Appellate Body's Communication on *Amicus Curiae* Briefs in the *Asbestos* Case : An Echternach Procession? » (2001) 35:3 J. World T. 553 à la p. 563.

[1295] Ala'I, *supra* note 1253 à la p. 94. Il apparaît préférable que les membres de l'OMC soient associés à cette entreprises, à l'image de ce qui s'est produit dans le cadre du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, en matière d'investissement étranger, où les Parties contractantes ont adopté une décision concernant la soumission de demandes de participation à titre d'*amicus curiae*, après que des tribunaux arbitraux eurent reconnu leur pouvoir inhérent de les accepter. Voir *supra* note 951 et le texte correspondant; Robbins, *supra* note 1280 à la p. 317; Marceau et Stilwell, *supra* note 1267 à la p. 176.

[1296] Howse, *supra* note 1280 à la p. 505.

[1297] Voir OMC, Conseil général, *Compte-rendu de la réunion* (tenue le 22 novembre 2000), OMC Doc. WT/GC/M/60, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/GC/M60.doc> (date d'accès 3 juin 2005). Cette réunion spéciale avait été convoquée par l'Égypte au nom du Groupe informel des pays en développement. Les membres de l'OMC ont essentiellement reproché à l'Organe d'appel d'avoir accordé plus de droits aux non membres de l'OMC qu'à ses membres, mais aussi d'avoir traiter de questions systémiques qui relevaient du Conseil général. Ils ont aussi reproché au secrétariat de l'OMC d'avoir distribué la procédure additionnelle aux ONG qui figuraient sur sa liste de diffusion électronique, accroissant du coup la fracture numérique entre les pays du Nord et ceux du Sud, où les ONG n'ont pas facilement accès à l'internet. Le Groupe informel a déclaré que « cette décision de l'Organe d'appel était désobligeante et devait être retirée » (*ibid.* à la p. 6). Le Président de l'ORD a conclu la réunion en déclarant qu'il « faudrait faire savoir à l'Organe d'appel qu'il devait faire preuve de la plus grande prudence » et que les membres de l'OMC devaient élaborer des règles au sujet des mémoires d'*amicus curiae* (*ibid.* aux pp. 31-32). Voir aussi OMC, Conseil général, *Déclaration de l'Uruguay à la réunion du Conseil général du 22 novembre 2000*, OMC Doc. WT/GC/38, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/GC/38.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

*produits à base de crevettes*, puis s'étaient poursuivies lors du débat entourant l'adoption du rapport de l'Organe d'appel dans la même affaire et dans l'affaire *États-Unis—Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*[1298]. Le débat a donc pris une certaine tournure Nord-Sud, les pays en développement voyant dans cette participation des personnes privées au règlement des différends commerciaux internationaux une nouvelle forme de protectionnisme de la part des pays industrialisés, puisque les ONG interviendraient essentiellement pour soutenir des mesures restreignant le commerce international[1299].

Les personnes privées continuent néanmoins de présenter des mémoires aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, mais certains membres de l'OMC contestent toujours leur pouvoir de les accepter dans le cadre des procédures[1300]. Certains groupes spéciaux ont eux-mêmes émis des doutes quant à leur pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*, malgré les affirmations très nettes de l'Organe d'appel, se montrant plus sensibles que ce dernier aux doléances des membres de l'OMC[1301].

---

[1298] Voir OMC, Organe de règlement des différends, *Compte-rendu de la réunion* (tenue le 25 septembre 1997), OMC Doc. WT/DSB/M/37 aux pp. 29-31, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DSB/M37.WPF> (date d'accès : 3 juin 2005). Le Brésil, soutenu par la Thaïlande (au nom des pays de l'ANASE), l'Argentine, le Japon, l'Inde, le Venezuela, le Mexique, et dans une certaine mesure par la Communauté européenne, a contesté le pouvoir des groupes spéciaux d'accepter des mémoires non demandés, évoquant que le contraire contreviendrait au texte du *Mémorandum d'accord* et à l'historique des négociations lors du Cycle de l'Uruguay. Les États-Unis ont pour leur part fait savoir qu'ils reconnaissaient aux groupes spéciaux le pouvoir d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*. Voir aussi Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 aux pp. 284-289.

[1299] Voir M. Tanaka, « Bridging the Gap Between Northern NGOs and Southern Sovereigns in the Trade Environment Debate : The Pursuit of Democratic Dispute Settlements in the WTO Under the Rio Principles » (2003) 30 Ecology L.Q. 113 aux pp. 116-119. Cette affirmation est toutefois démantie par Robert Howse, qui constate entre autres que de plus en plus d'ONG du Sud sont actives. Howse, *supra* note 1280 à la p. 509.

[1300] Voir l'affaire *États-Unis—Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *supra* note 936 au paragr. 42 (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis—Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *supra* note 372, aux paragr. 5.53 à 5.56 (Rapport du groupe spécial). Dans sa tierce intervention dans cette affaire, l'Inde a directement contesté le pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*. Voir aussi l'affaire *États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Recours de la Malaisie à l'art. 21(5))*, *supra* note 1288, au paragr. 3.15 (Rapport du groupe spécial). Dans cette affaire, la Malaisie a plaidé que le groupe spécial devait être très circonspect en prenant la décision d'accueillir des mémoires d'*amicus curiae*, à la suite de la réunion spéciale du Conseil général du 22 novembre 2000 sur la question. *Contra* Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 à la p. 263.

[1301] Voir les affaires *États-Unis—Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *supra* note 936 au paragr. 7.10, n. 75 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Détermination finale en matière de droits compensateurs*

La pratique dominante actuelle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC atteste toutefois que ce pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est là pour rester. On assiste même à un élargissement surprenant du type d'*amicus curiae*, s'éloignant de l'observateur désintéressé et se rapprochant du « lobbyiste judiciaire », à l'instar du phénomène survenu à la Cour suprême des États-Unis, voire même à l'apparition de demandes de la part de membres de l'OMC. Dans une affaire récente, l'Organe d'appel a non seulement reconnu son pouvoir d'accepter les interventions provenant de particuliers, mais également celles provenant de membres de l'OMC n'ayant pas réservé leur droit de tierce partie au cours des procédures[1302]. Cette décision étonnante de l'Organe d'appel s'explique surtout par un désir de calmer le jeu après la réunion spéciale du Conseil général et la controverse entourant les mémoires d'*amicus curiae*, en éliminant une des critiques qui lui étaient adressées, voulant que la reconnaissance du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter de tels mémoires avait pour effet d'accorder plus de droits aux non membres qu'aux membres de l'OMC. L'hypothèse du dépôt d'un mémoire par un État non membre de l'OMC, voire par une entité fédérée d'un membre de l'OMC, ne s'est certes pas encore réalisée, mais il semble probable qu'elle finira par se produire dans un avenir rapproché.

Des mémoires d'*amicus curiae* sont désormais déposés tant au soutien des plaintes portées à l'OMC, par des personnes privées représentant une branche de l'industrie affectée négativement par la mesure commerciale à l'origine de la plainte d'un

---

*concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *ibid.* au paragr. 5.55 (Rapport du groupe spécial).

[1302] *Communautés européennes—Désignation commerciale des sardines* (*Plainte du Pérou*) (2002), OMC Doc. WT/DS231/AB/R aux paragr. 160, 162-163, 167 et 170 (Rapport de l'Organe d'appel). Le Pérou et l'Équateur, une des tierces parties dans cette affaire, s'étaient objectés au dépôt de mémoires par un particulier — un professeur de droit — et un membre de l'OMC non partie au litige — le Maroc — mais l'Organe d'appel a quand même reconnu son pouvoir de les accepter. Il a cependant jugé qu'ils n'étaient pas utiles pour les fins de l'appel en question, à l'exception d'un élément factuel amené par le Maroc. Dans deux affaires précédentes, des particuliers avaient déjà soumis des lettres au groupe spécial chargé d'entendre le différend interétatique qui les affectait. Dans une première affaire, des pêcheurs australiens affectés par le différend avaient soumis une lettre au groupe spécial au stade de l'examen de l'exécution du rapport de l'Organe d'appel par l'État responsable. Dans une seconde affaire, c'est un cabinet d'avocat représentant les intérêts de personnes privées américaines affectées par le différend qui avait soumis une lettre au groupe spécial, qui l'avait acceptée mais pas utilisée. Voir *Australie—Mesures visant les importations de saumon* (*Recours du Canada à l'art. 21(5)*) (2000), OMC Doc. WT/DS18/RW (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (*Plainte des Communautés européennes*) (2000), OMC Doc. WT/DS160/R (Rapport du groupe spécial); Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 aux pp. 275-277.

membre de l'OMC[1303], qu'en défense, par des personnes privées représentant la branche de l'industrie nationale bénéficiant de la protection de la mesure commerciale du membre visé par une plainte[1304]. La pratique s'éloigne donc du schéma initial où des ONG intéressées par les aspects non-commerciaux des affaires portées à l'OMC voulaient avoir voix au chapitre pour élargir le débat. On peut à ce titre s'interroger sur la justesse de l'expression « intervention désintéressée » utilisée en français dans les documents officiels émanant de l'OMC; le caractère désintéressé de ces interventions est contestable, aussi serait-il préférable de parler d'intervention ou de mémoire *d'amicus curiae*, expression plus neutre et moins trompeuse, qui ne préjuge pas du caractère intéressé ou non de l'intervention.

Le débat concernant les mémoires d'*amicus curiae* s'est maintenant déplacé dans l'enceinte des négociations sur le réexamen du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, où les membres de l'OMC tentent d'en arriver à une position commune sur la question. Les lignes de fractures observées précédemment se retrouvent dans ces

---

[1303] Voir les affaires *États-Unis—Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *supra* note 372 au paragr. 7.2 (Rapport du groupe spécial); *Thaïlande—Droits antidumping sur les profilés en fer ou en acier non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, *supra* note 372 au paragr. 62-63 et 78 (Rapport de l'Organe d'appel); *Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde*, *supra* note 303 au paragr. 6.1, n. 10 (Rapport du groupe spécial). Dans la première affaire concernant le conflit du bois d'œuvre entre le Canada et les États-Unis, l'ONG canadienne *Interior Alliance* a vu son mémoire être accepté par le groupe spécial. Dans la seconde affaire, où les États-Unis avaient réservés leurs droits de tierce partie, un groupement de sociétés et d'associations professionnelles américaines, le *Consuming Industries Trade Action Coalition* (CITAC), a déposé un mémoire auprès du groupe spécial, mais celui-ci l'a refusé au motif qu'il n'était pas pertinent. Dans la troisième affaire, l'Association de commerce extérieur, qui semble être une ONG européenne défendant les intérêts des importateurs européens des produits visés par les droits antidumping imposés par la Communauté européenne, a déposé un mémoire auprès du groupe spécial mais celui-ci l'a refusé au motif qu'il n'était pas nécessaire. Cette dernière affaire est intéressante puisqu'elle mettrait en scène une personne privée qui veut se désolidariser de son État de nationalité pour soutenir la plainte d'un État étranger.

[1304] Voir les affaires *Communautés européennes—Subventions à l'exportation de sucre* (*Plaintes de l'Australie, du Brésil et de la Thaïlande*) (2004), OMC Doc. WT/DS265/R, WT/DS266/R et WT/DS283/R aux paragr. 7.76-7.85 et 7.86-7.100 (Rapport du groupe spécial); *États-Unis—Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier* (*Plaintes des Communautés européennes et al.*) (2003), OMC Doc. WT/DS248, 249, 250, 252, 253, 254, 258, 259/AB/R aux paragr. 9 et 268 (Rapports de l'Organe d'appel); *États-Unis—Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des États-Unis*, *supra* note 372 aux paragr. 9-10 et 76 (Rapport de l'Organe d'appel). Dans la première affaire, une association de producteurs de sucre et de planteurs de betterave allemands (*Wirtschftliche Vereinigung Zucker*) a déposé un mémoire auprès du groupe spécial mais a vu sa demande être refusée. Dans la seconde affaire, une ONG représentant l'industrie américaine de l'acier, l'*American Institute for International Steel*, a déposé un mémoire auprès de l'Organe d'appel mais celui-ci n'a pas jugé utile de le prendre en considération. Dans la troisième affaire, une autre ONG représentant les intérêts de l'industrie américaine de l'acier, l'*American Iron and Steel Institute*, a déposé un mémoire auprès de l'Organe d'appel, qui n'a à nouveau pas jugé nécessaire de le prendre en considération.

discussions, où les pays industrialisés sont généralement favorables au pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter ces mémoires[1305], tout en soutenant à des degrés divers la nécessité d'en encadrer l'exercice, tandis que plusieurs pays en développement rejettent toujours l'existence même de ce pouvoir[1306]. Le Conseil consultatif mandaté par le Directeur général de l'OMC pour réfléchir sur les perspectives d'avenir de l'Organisation a récemment remis son rapport, dans lequel il reconnaît la légitimité et le caractère souhaitable des développements concernant la participation des *amici curiae* dans le mécanisme de règlement des différends, tout en recommandant l'adoption de critères de procédure généraux pour en assurer l'encadrement[1307]. Le même Conseil a toutefois rappelé — avec raison — que la société civile devait également, voire prioritairement, exercer ses pressions et nouer le dialogue avec les gouvernements des membres de l'OMC[1308].

c) Évaluation

La reconnaissance du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*, comme mode de participation des

---

[1305] Dans leurs communications présentées dans le cadre des négociations actuelles, les États-Unis ainsi que la Communauté européenne et ses États membres ont tous pris acte de l'existence du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, pour concentrer leurs efforts sur la nécessité de prévoir une procédure d'application générale pour encadrer la présentation des mémoires d'*amicus curiae*. OMC, ORD, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends* (13 mars 2002), OMC Doc. TN/DS/W/1 à la p. 8, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W1.doc> (date d'accès : 3 juin 2005); OMC, ORD, *Contribution des États-Unis à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence* (22 août 2002), OMC Doc. TN/DS/W/13 à la p. 3, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W13.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

[1306] Voir OMC, ORD, *Négociations concernant le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Propositions concernant le Mémorandum d'accord présentées par Cuba, le Honduras, l'Inde, la Malaisie, le Pakistan, le Sri Lanka, la Tanzanie et le Zimbabwe* (7 octobre 2002), OMC Doc. TN/DS/W/18 aux pp. 2-5, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W18.doc> (date d'accès : 3 juin 2005). Voir aussi OMC, ORD, *Négociations concernant le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Groupe africain* (25 septembre 2002), OMC Doc. TN/DS/W/15 à la p. 7, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W15.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

[1307] OMC, Conseil consultatif, *L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004 à la p. 69, paragr. 260.

[1308] *Ibid.* à la p. 96, paragr. 11.

personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux, peut être évaluée sous l'angle théorique et sous l'angle pratique[1309].

Au plan théorique, ce mode de participation des personnes privées répond partiellement à certains problèmes que leur pose actuellement le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et que l'on a identifiés précédemment[1310]. Il améliore l'efficacité du processus et la protection de la justice fondamentale puisqu'il permet — conformément à l'argument de Lon Fuller sur l'essence du règlement judiciaire — aux personnes affectées par le litige de présenter des arguments rationnels à la quasi-juridiction chargée de le résoudre. Mais cette réponse est partielle puisqu'il ne s'agit pas d'un droit appartenant aux personnes privées, mais plutôt d'un pouvoir de la quasi-juridiction. La participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* améliore aussi la protection des intérêts collectifs, puisqu'elle peut permettre que l'on fasse valoir des arguments au soutien de la position de certains segments de la société civile dont les intérêts sont différents de ceux de la branche de l'industrie défendue par l'État dans le cadre des procédures entamées à l'OMC. Dans la même veine, elle permet également la promotion d'intérêts transnationaux, comme la protection de l'environnement par exemple, qui ne cadrent pas toujours bien dans la structure interétatique rigide de l'OMC, prenant acte de l'affaiblissement du rôle de l'État comme médiateur des intérêts

---

[1309] Les problèmes juridiques spécifiques posés par cette reconnaissance ont été examinés par la doctrine, outre ceux concernant son assise juridique dont il a été fait mention précédemment. En particulier, il faut mentionner celui de la violation de la confidentialité des communications des parties dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, qui serait surtout susceptible de survenir lorsque les personnes privées qui agissent sont à l'origine de la plainte étatique, ou lorsqu'elles sont les bénéficiaires directes de la mesure commerciale visée par la plainte étatique. La pratique des membres de l'OMC laisse voir que dans ces circonstances, la partie étatique et la partie privée participant à titre d'*amicus curiae* risquent fort d'agir en collusion et de partager leurs informations et documents, ce qui confirme leur détournement de l'institution de l'*amicus curiae* et le caractère non « désintéressé » de ces personnes privées par rapport au litige commercial. Georg Umbricht a proposé que l'on rende publique les communications des parties afin de solutionner ce problème de confidentialité, suggestion intéressante qui irait dans le sens de l'ouverture et de la transparence à l'origine de la reconnaissance du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter des mémoires d'*amicus curiae*. Parmi les problèmes juridiques soulevés, la doctrine a aussi identifié d'autres atteintes aux droits et garanties procédurales des membres de l'OMC, de même que le risque de conflit d'intérêts entre les membres des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel et les personnes privées. Voir les affaires *Communautés européennes—Subventions à l'exportation de sucre*, *supra* note 1304 aux paragr. 7.86-7.100 (Rapport du groupe spécial); *Thaïlande—Droits antidumping sur les profilés en fer ou en acier non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne*, *supra* note 1303 au paragr. 64 (Rapport de l'Organe d'appel); Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 aux pp. 280-281 et 290-293; Umbricht, *supra* note 1254 aux pp. 779 et 793; Ascensio, *supra* note 1255 aux pp. 919-920. *Contra* Howse, *supra* note 1279 aux pp. 499-504.

[1310] Voir la partie 3.1, ci-dessus, pour une discussion sur les problèmes concernant les personnes privées dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

divergents. Enfin, la plus grande contribution de ce mode de participation est probablement l'amélioration de la transparence du processus dans son ensemble, par cette ouverture du mécanisme interétatique à la société civile transnationale, qui participerait de ce que des sociologues ont appelé le « retournement du monde »[1311].

La participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* répond en outre à deux autres problèmes dans une moindre mesure. D'une part, elle pourrait contribuer à combler le manque de ressources étatique, en permettant la présentation d'arguments que les membres de l'OMC n'ont pas eu la possibilité de mettre de l'avant. Cette aspect pourrait être particulièrement bénéfique pour les pays en voie de développement, encore que pour le moment, les *amici curiae* interviennent la plupart du temps au soutien du maintien d'un obstacle au commerce par un pays industrialisé. D'autre part, ce mode de participation permet en partie de contourner l'impossibilité de porter plainte contre son propre État de nationalité pour les personnes privées, par la soumission d'un mémoire au soutien d'un État opposé à celui-ci dans un différend porté à l'OMC.

Certains problèmes demeurent cependant entiers. Le caractère totalement discrétionnaire de la décision du membre de l'OMC de porter une plainte auprès de son mécanisme de règlement des différends reste inchangé, tandis que ce mode de participation maintien le paradigme interétatique et ne prend pas en considération l'affaiblissement du rôle de l'État dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

La participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* comporte donc des avantages certains pour le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, aussi faut-il évaluer plus spécifiquement l'utilisation qui en a été faite jusqu'à maintenant, au regard des deux équations qui ont été identifiées précédemment concernant l'intérêt juridique à agir et la capacité internationale des demandeurs.

L'institution de l'*amicus curiae* vise à offrir à des personnes ou entités la possibilité de participer au règlement judiciaire d'un différend malgré l'insuffisance de leur intérêt à agir à titre de partie au litige. Aussi apparaît-il incongru que l'on ait reconnu le pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de recevoir des mémoires

---

[1311] Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 à la p. 293. Voir B. Badie et M.-C. Smouts, *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1995.

d'*amicus curiae* émanant de membres de l'OMC qui ne se sont pas prévalus de leur droit de tierce intervention; il semble que cette possibilité devrait être limitée à l'hypothèse où le membre de l'OMC n'aurait pas l'intérêt substantiel requis pour intervenir dans l'affaire[1312]. Vu le très large droit d'action qui est reconnu à toute les parties dans le régime spécial de responsabilité de l'OMC[1313], permettant en pratique à tout membre d'invoquer la responsabilité d'un autre membre dès lors qu'une violation des accords de l'OMC est alléguée, il semble difficile d'imaginer une situation où un membre de l'OMC n'aurait pas l'intérêt à agir à titre de partie. Cette équation entre intérêt à agir et *amicus curiae* permet toutefois de trouver une assise théorique solide à la participation des États non membres de l'OMC, voire des entités fédérées des membres de l'OMC, mais surtout des personnes privées. En revanche, elle permet de contester la validité des demandes présentées par des membres de l'OMC et des personnes privées dont les intérêts sont défendus par leur État de nationalité dans le cadre des procédures entreprises à l'OMC, phénomène de plus en plus répandu et qui risque de provoquer un détournement de l'institution de l'*amicus curiae* au profit des parties au litige.

On a aussi vu qu'au plan international, l'institution de l'*amicus curiae* visait à offrir un palliatif à l'incapacité d'agir des personnes privées ou d'autres entités. Cette considération offre une solide assise théorique à la reconnaissance du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'accepter des mémoires de la part de personnes privées, qui sont en principe incapables d'agir au plan international et le sont réellement dans le système commercial multilatéral.

En définitive, la participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC devrait surtout leur permettre d'y défendre des intérêts transnationaux non-commerciaux, au soutien des mesures de membres de l'OMC qui feraient l'objet d'une plainte. Leur utilité se ferait particulièrement sentir dans les différends mettant en cause les exceptions aux règles des accords de l'OMC, qui permettent de justifier des mesures autrement incompatibles avec

---

[1312] Un auteur a suggéré que l'amélioration des droits des tierces parties était une meilleure solution pour les pays en voie de développement, proposant par exemple un traitement préférentiel pour soutenir les pays qui n'auraient pas les ressources suffisantes pour agir à titre de partie principale. Cette suggestion est plus respectueuse à la fois de la qualité étatique des membres de l'OMC et de l'institution de l'*amicus curiae*. Voir Tanaka, *supra* note 1299 aux pp. 173-179.

[1313] Voir la partie 1.3.2 a) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les conditions de fond du droit des membres de l'OMC d'invoquer la responsabilité internationale d'un autre membre.

ceux-ci, au motif qu'elles poursuivent des objectifs politiques non-commerciaux légitimes. Elle n'est cependant pas une solution aux difficultés auxquelles font face les personnes privées, bénéficiaires des avantages résultant des accords de l'OMC présumés annulés ou compromis par un membre, désireuses de voir leur plainte portée à son mécanisme de règlement des différends.

Au plan pratique, l'Organe d'appel et plusieurs groupes spéciaux ont certes déjà exercé leur pouvoir et accepté de recevoir certains mémoires d'*amicus curiae*, mais ces mémoires n'ont jamais été pris en considération dans leur décision. L'unique exception à cette règle réside dans une affaire où un élément factuel amené par un mémoire d'*amicus curiae* a été pris en considération, mais il s'agit du mémoire qui a été présenté par un membre de l'OMC[1314]. On constate donc que l'impact concret de ce mode de participation des personnes privées sur le règlement quasi-judiciaire des différends commerciaux internationaux est très limité pour le moment[1315]. Il est permis de penser toutefois qu'il contribuera à l'élargissement des perspectives et au décloisonnement du droit international économique, par la prise en considération des aspects non-commerciaux de son application et celle des autres branches du droit international[1316].

Son impact se fait moins sentir sur le résultat du processus que sur sa transparence. Cette percée spectaculaire de la société civile transnationale dans un mécanisme interétatique de règlement des différends a certainement contribué à faire descendre la pression et à légitimer un peu plus l'OMC comme organisation internationale chargée de chapeauter la libéralisation du commerce mondial. Elle a par ailleurs contribué à favoriser une ouverture semblable dans le cadre du règlement des

---

[1314] Voir *supra* note 1302 et le texte correspondant.

[1315] Ce caractère limité des *amici curiae* sur le règlement judiciaire des différends a aussi été souligné dans les études sur l'institution en droit américain et en droit international. Aux États-Unis, ce n'est que lorsque le gouvernement fédéral agit comme *amicus curiae* que ce mode de participation a une influence réelle sur le résultat des procédures. En droit international humanitaire, on a souligné que les mémoires avaient surtout une influence auprès des juridictions pénales internationales s'ils émanaient d'un État. Mais les *amici curiae* y contribueraient toutefois de manière utile à l'exactitude des renseignements pris en compte par la juridiction et à la prise de décisions mieux motivées. Cette influence quant aux questions factuelles serait surtout perceptible lorsque l'*amicus curiae* a été invité à participer par la juridiction. Voir Shelton, *supra* note 1251 aux pp. 619 et 640; Ala'I, *supra* note 1253 à la p. 93; Marceau et Stilwell, *supra* note 1267 à la p. 164; Ascensio, *supra* note 1255 aux pp. 922-924 et 927-928.

[1316] Ascensio, *ibid.* aux pp. 922-924.

différends relatifs à l'investissement étranger direct en Amérique du Nord[1317], ce qui ne fait qu'isoler davantage la Cour internationale de justice dans son orthodoxie interétatique. Cette reconnaissance de la participation des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux fut avant tout une opération de relation publique à bon compte pour l'OMC[1318]. L'entêtement des pays en voie de développement à s'y opposer n'en apparaît que plus surprenant. On peut conclure avec Brigitte Stern que le véritable pouvoir de la société civile devrait avant tout s'exercer dans l'espace public plutôt que dans le prétoire[1319], au risque de draper de vertu ce qui pourrait ne devenir que du lobbyisme judiciaire. Cet espace public ne serait-il pas au premier titre la sphère interne de chacun des membres de l'OMC, où la société civile devrait normalement avoir le plus de pouvoir?

Il apparaît donc primordial de s'intéresser davantage à l'interaction entre les personnes privées et le système commercial multilatéral au sein même de leur État de nationalité, pour examiner dans quelle mesure la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées ne pourrait pas être une voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte.

### 3.2.2 La formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des personnes privées

Il ressort de l'étude comparative sur la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques, conduite dans la deuxième partie, que plusieurs développements soutiennent la pertinence de la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées comme possible voie alternative à la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC.

On a d'abord vu que certains États avaient formalisé le processus entourant la demande de l'exercice de la protection diplomatique par leurs ressortissants, de même

---

[1317] Voir la partie 2.3.2 c) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les pressions subies par le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, en matière d'investissement étranger direct, de la part de la société civile.
[1318] Stern, « L'intervention des tiers », *supra* note 1274 à la p. 299.
[1319] *Ibid.*

que celui concernant la redistribution aux personnes privées des sommes obtenues en réparation des dommages causés par l'État responsable[1320]. On a aussi vu le rôle important que jouaient les personnes privées dans le signalement des violations de l'*ACI*, puisque les États provinciaux canadiens ont surtout exercé leurs recours suite à des plaintes privées, même s'ils pouvaient agir de leur propre chef[1321]. Les personnes privées jouent également un rôle important dans le signalement des violations du droit du MERCOSUR, puisqu'elles peuvent porter plainte auprès de la section nationale du Groupe du marché commun de leur État de nationalité[1322]. Le même rôle était confié aux personnes privées par la *Charte de La Havane*, en matière de pratiques commerciales restrictives, où les États membres auraient été obligés de prévoir un mécanisme interne pour permettre aux personnes privées de leur acheminer leurs réclamations concernant les agissements de personnes privées étrangères[1323]. Le mécanisme spécial de règlement des différends de l'*ALÉNA*, en matière de droits antidumping et compensateurs, indique même que ce type de formalisation des mécanismes internes pourrait évoluer vers la privatisation du droit d'action étatique, puisque la mise en œuvre du texte du traité est allée dans ce sens[1324]. Enfin les personnes privées sont aussi mises à contribution dans la mise au jour des violations de leurs obligations par les États dans le cadre des accords parallèles à l'*ALÉNA* en matière de protection des travailleurs et de l'environnement[1325].

Ces développements ont montré que ce mode de participation pouvait constituer un atténuement utile aux rigueurs de la théorie de la protection diplomatique et de son caractère discrétionnaire. Ils ont également démontré la contribution positive des personnes privées dans le signalement des entorses faites par les États à leurs obligations internationales. Deux membres de l'OMC ont appliqué cette solution dans la conduite de

---

[1320] Voir la partie 2.1.1, ci-dessus, pour une discussion sur la théorie classique de la protection diplomatique.
[1321] Voir la partie 2.2.3, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le cadre de l'accord canadien sur le commerce intérieur.
[1322] Voir la partie 2.2.4, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le cadre du MERCOSUR.
[1323] Voir la partie 2.5.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le proto-droit international de la concurrence relatif aux pratiques commerciales restrictives.
[1324] Voir la partie 2.5.2, ci-dessus, pour une discussion sur le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 19 de l'*ALÉNA* en matière de droits antidumping et compensateurs.
[1325] Voir la partie 2.6, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans ces domaines liés à la libéralisation du commerce international.

leurs relations commerciales internationales, avec les États-Unis qui en ont été les pionniers, suivis plus récemment par la Communauté européenne.

a) Le mécanisme interne des États-Unis : les articles 301 à 310 du *Trade Act of 1974*

L'insatisfaction du Congrès américain face à la passivité de l'administration dans la conduite des relations commerciales internationales des États-Unis l'a amené à juridiser graduellement l'exercice des fonctions du Président dans l'opération du système commercial multilatéral[1326]. Ce sentiment était particulièrement aiguisé par le déficit commercial croissant des États-Unis face à leurs partenaires commerciaux, dont le Japon au premier chef. Les blocages du système commercial multilatéral et de son mécanisme de règlement des différends à l'époque du *GATT de 1947*, ainsi que l'inexistence de règles internationales applicables au commerce des produits agricoles, des services, ainsi qu'aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, irritaient tout autant le Congrès. Celui-ci déplorait que l'administration assujettisse les questions commerciales à des considérations d'ordre politique ou diplomatique étrangères aux différends économiques.

La réponse du Congrès fut l'adoption d'une loi en 1974 visant à réduire la discrétion de l'administration dans la conduite des relations commerciales internationales des États-Unis, par la création du poste de Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (*United States Trade Representative*), ainsi que la mise sur pied d'un processus permettant l'identification des pratiques commerciales étrangères déloyales et l'initiation d'enquêtes en vue d'obtenir leur élimination, sous la menace de sanctions commerciales[1327]. La discrétion de l'administration a été resserrée encore

---

[1326] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 128-129; G. Mastel, *American Trade Laws after the Uruguay Round*, Armonk (New-York), Sharpe, 1996 aux pp. 16-18; J. Bhagwati, « Aggressive Unilateralism : An Overview » dans J. Bhagwati et H.T. Patrick, dir., *Aggressive Unilateralism : America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor (Michigan), University of Michigan Press, 1990, 1 aux pp. 4-15 [ci-après Bhagwati, « Aggressive Unilateralism »]. Une première étape dans cette juridisation fut d'octroyer expressément au Président le pouvoir d'imposer des sanctions économiques lorsqu'un gouvernement étranger lésait les intérêts commerciaux de personnes privées américaines. Voir le *Trade Expansion Act of 1962*, Pub. L. No. 87-794, § 252, 76 Stat. 872 à la p. 879.

[1327] *Trade Act of 1974*, Pub. L. No. 93-618, § 301, 88 Stat. 1978 à la p. 2041 (1975) (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 2411-2420 (2000)). Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a rang ministériel et relève directement du Président. Bien que les modifications successives apportées à la loi y aient ajouté plusieurs nouvelles dispositions, l'usage consacré dans la doctrine

davantage depuis, particulièrement en 1988, avec l'obligation d'imposer des sanctions commerciales dans certaines circonstances et la création des procédures dites du « *Super 301* » et du « *Special 301* »[1328].

Cette juridisation, au plan national, de la conduite des relations commerciales internationales des États-Unis comporte deux aspects, dont un seul intéresse directement notre thèse[1329]. D'une part, elle vise à assurer l'exécution des droits des États-Unis découlant des accords commerciaux internationaux dont ils sont une partie, au premier rang desquels se situent les accords de l'OMC. D'autre part, elle vise à ouvrir des marchés extérieurs pour les exportateurs américains de produits et de services, hors du cadre du système commercial multilatéral, en forçant unilatéralement la juridisation des relations internationales économiques dans des domaines échappant à son emprise, sous la menace de sanctions commerciales[1330]. Seul le premier aspect nous intéresse, puisqu'il s'est traduit par la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes des personnes privées américaines concernant la violation des accords de l'OMC[1331].

Le premier aspect de cette législation américaine arrime en quelque sorte les personnes privées avec la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC; on pourrait même dire qu'il constitue le chaînon manquant

---

américaine veut que l'expression « *Section 301* » renvoie globalement aux articles 301 à 310 et au mécanisme interne qu'ils mettent en place.

[1328] *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Pub. L. No. 100-418, §§ 1301-1303, 102 Stat. 1107 à la p. 1164. Voir généralement J.H. Bello et A.F. Holmer, « The Heart of the 1988 Trade Act : A Legislative History of the Amendments to Section 301 » (1988) 25 Stan. J. Int'l L 1, réédité dans Bhagwati et Patrick, *supra* note 1326, 49. Ces procédures ont mis sur pied un processus obligatoire d'inventaire et d'élimination des obstacles au commerce maintenus par les pays étrangers, celle du « *Special 301* » visant le domaine des droits de propriété intellectuelle et celle du « *Super 301* » visant les autres domaines des relations commerciales internationales.

[1329] Voir Bhagwati, « Aggressive Unilateralism », *supra* note 1326 aux pp. 3-4.

[1330] Mastel, *ibid.* à la p. 11. Voir généralement l'ouvrage collectif dirigé par Bhagwati et Patrick, *ibid.* Ce deuxième aspect de la législation américaine est très controversé, même aux États-Unis, où il a été affublé de qualificatifs peu flatteurs, allant de « *aggressive unilateralism* » à « *trade crowbar* ». Il pose la question fascinante — qui ne peut être approfondie dans le cadre de notre thèse — de la relation entre la juridisation de la conduite des relations internationales au plan national et la juridisation des mêmes relations au plan international, puisque plusieurs éléments enchâssés dans les accords de l'OMC lors de la conclusion du cycle de l'Uruguay figuraient dans la législation américaine. Cette dernière faisait partie du « *contextual regime* » dans lequel s'est consolidée la juridisation des relations internationales économiques. Sur le concept de « *contextual regime* » dans la formation du droit international, voir *infra* la note 1627 et le texte correspondant.

[1331] Ce premier aspect de la législation américaine est également controversé, quoique dans une moindre mesure, en ce qui concerne son articulation et sa compatibilité avec le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Cette question, qui a fait l'objet d'une plainte à l'OMC, est examinée ci-dessous.

entre les personnes privées et le système commercial multilatéral[1332]. Il fait en sorte que les personnes privées américaines sont impliquées à tous les stades du différend, du signalement des faits à sa base au retrait des contre-mesures économiques. L'administration est soumise à des exigences de transparences et les personnes privées se voient octroyer de véritables droits processuels dans la conduite de ses relations commerciales internationales par les États-Unis. L'administration doit non seulement rendre des comptes aux personnes privées indirectement lésées par les agissements des autres membres de l'OMC, mais elle doit aussi offrir à toutes les autres personnes privées intéressées la chance d'être entendues à tous les stades du processus. Avec ce mécanisme interne, le gouvernement fédéral américain se voit offrir les moyens de procéder à la médiation des intérêts divergents, mis en cause dans les différends commerciaux internationaux, d'une manière ouverte et sophistiquée, institutionnalisant le dialogue avec la société civile et établissant une véritable démocratie participative concernant la libéralisation du commerce mondial.

Toute personne privée intéressée peut déposer une requête auprès du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, lui demandant d'assurer la protection des droits des États-Unis et dénonçant l'annulation ou la réduction d'avantages découlant des accords de l'OMC, en raison de leur violation par un autre membre de l'OMC ou dans une situation de non-violation[1333]. En cas de refus d'ouvrir une enquête sur la plainte, le Représentant doit en informer le requérant privé et publier un avis motivé dans le *Federal Register*, le journal officiel du gouvernement fédéral

---

[1332] Ce mécanisme interne de traitement des plaintes de personnes privées, bénéficiaires indirectes des avantages des États-Unis résultant des accords de l'OMC, est tourné vers les exportations et participe d'une dynamique libre-échangiste. Il ne doit pas être confondu avec les mécanismes internes de traitement des plaintes privées dénonçant le dumping ou le subventionnement de produits par des personnes privées ou des gouvernements étrangers, dans le cadre desquels peuvent être imposés des droits antidumping et compensateurs, qui eux sont tournés vers les importations et participent d'une dynamique protectionniste. Il est particulièrement important de faire la distinction entre le mécanisme interne américain dont il est question ici et le controversé « *Byrd Amendment* », qui prévoit la redistribution des droits antidumping et compensateurs perçus par le gouvernement américain au profit des producteurs américains affectés par le dumping ou la subvention à l'origine de leur imposition. L'incompatibilité de cette législation américaine avec les accords de l'OMC a récemment été confirmée par l'Organe d'appel. Voir l'affaire *États-Unis—Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, *supra* note 372 au paragr. 318 (Rapport de l'Organe d'appel).

[1333] *Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. §§ 2411(a)(1) et 2412(a) (2000). Le requérant privé doit alléguer les motifs soutenant sa demande et le Représentant doit obligatoirement lui fournir une réponse dans les 45 jours de la réception de la requête, après examen, sur la question de savoir s'il estime justifié de poursuivre l'affaire et d'ouvrir une enquête.

américain. S'il décide de poursuivre l'affaire et d'ouvrir une enquête sur les faits allégués dans la requête privée, le Représentant doit publier un résumé de cette requête dans le *Federal Register*. Il doit par ailleurs tenir des audiences publiques sur les questions soulevées par la requête privée, afin de permettre à toutes les personnes intéressées de faire connaître leurs vues sur l'affaire, si le requérant privé ou les autres personnes privées intéressées le lui demandent[1334]. Le Représentant conserve le pouvoir d'initier des enquêtes de son propre chef, mais il demeure soumis aux mêmes obligations de transparence et de consultations publiques avec les personnes privées intéressées[1335].

Le mécanisme interne est arrimé au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, puisque le Représentant doit obligatoirement entrer en consultations avec l'autre membre de l'OMC le premier jour de l'ouverture de son enquête, dans l'hypothèse où il a décidé que la requête privée le justifiait[1336]. En cas d'échec des consultations, le Représentant doit formellement porter plainte auprès de l'OMC, au nom des États-Unis, ce qui se fera normalement par la demande d'établissement d'un groupe spécial pour connaître du litige[1337]. La loi exige en outre que le Représentant collabore avec le requérant privé dans la préparation de la cause portée à l'organisation internationale. La juridisation au plan national du règlement des différends commerciaux internationaux fait en sorte que, à partir du moment où le Représentant décide que la requête privée justifie

---

[1334] La loi fournit une liste indicative des personnes privées qui peuvent être intéressées à participer à cet exercice : il peut s'agir d'entreprises américaines oeuvrant sur le marché national; de travailleurs américains; de représentants des intérêts des consommateurs; d'exportateurs américains; d'utilisateurs industriels de produits ou services susceptibles d'être frappés par les contre-mesures économiques à l'issue du processus. On pourrait y ajouter les ONG transnationales environnementalistes ou s'intéressant à la protection de la santé publique, qui pourraient vouloir intervenir au soutien du maintien d'un obstacle au commerce par un pays étranger pour des motifs non-commerciaux. Cette définition illustrative ne vise pas les personnes privées requérantes, qui seront normalement des exportateurs américains contestant le traitement dont ils font l'objet de la part d'un autre membre de l'OMC que les États-Unis. *Ibid.* § 2411(d)(9).

[1335] *Ibid.* § 2412(b)(1). Le Représentant peut en outre être obligé d'initier une enquête en vertu des procédures dites du « *Super 301* » et du « *Special 301* », s'il a identifié une pratique commerciale déloyale dans son inventaire annuel obligatoire. *Ibid.* §§ 2412(b)(2) et 2420(b).

[1336] *Ibid.* § 2413. Le Représentant peut certes retarder la demande de consultations, afin de parfaire les informations contenues dans la requête privée, mais seulement après avoir consulté le requérant privé; cette décision doit même être publiée dans le *Federal Register* et faire l'objet d'un rapport au Congrès.

[1337] *Ibid.* § 2413(a)(2). La formulation de la loi est plus vague, ce qui semble pouvoir laisser assez de latitude au Représentant pour qu'il puisse choisir les autres canaux que lui offre le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, outre la procédure d'examen par un groupe spécial, soit les modes diplomatiques de règlement des différends et l'arbitrage international : « *the Trade Representative shall promptly request proceedings on the matter under the formal dispute settlement procedures provided under [a trade agreement]* ».

l'ouverture d'une enquête, les États-Unis sont obligés d'aller au bout du processus de l'OMC, voire même obligés d'imposer des contre-mesures économiques.

Le point de contact le plus délicat entre cette juridisation nationale et la juridictionnalisation internationale apparaît justement au chapitre de l'imposition de contre-mesures économiques. C'est d'ailleurs cet aspect du mécanisme interne américain qui a fait l'objet d'une contestation à l'OMC de la part de la Communauté européenne. Le problème vient d'abord du fait que la législation américaine enjoint le Représentant à déterminer si des avantages des États-Unis découlant des accords de l'OMC sont annulés ou compromis dans des délais pouvant précéder la fin du processus international[1338]. Des consultations publiques doivent à nouveau être tenues avant que le Représentant ne fasse sa détermination, permettant encore une fois aux personnes privées intéressées d'exprimer leurs vues, et celle-ci doit être publiée dans le *Federal Register* avec un avis motivé[1339]. La juridisation nationale des relations commerciales internationales atteint son apogée à ce stade, puisque l'imposition de contre-mesure est impérative dans l'hypothèse d'une détermination positive de la part du Représentant quant à l'annulation ou la réduction des avantages des États-Unis; ce caractère impératif est toutefois atténué dans certaines circonstances[1340]. L'imposition unilatérale de contre-mesures économiques est donc envisagée par le mécanisme interne américain, ce qui contreviendrait au principe de l'autorisation multilatérale des représailles commerciales, au cœur du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

La législation américaine enjoint par ailleurs le Représentant à surveiller la mise en œuvre des décisions de l'ORD par le membre de l'OMC responsable. La question de l'articulation entre ce processus de surveillance unilatérale et le processus de surveillance

---

[1338] *Ibid.* § 2414(a). Au plus tard 30 jours après la conclusion des procédures entreprises à l'OMC ou 18 mois après le début de son enquête, à la première de ses échéances.

[1339] *Ibid.* § 2414(b), (c).

[1340] *Ibid.* § 2411(a). La première de ces circonstances atténuantes étant les éventuelles directives que le Président pourrait adresser au Représentant, les autres étant la décision de l'ORD selon laquelle les avantages des États-Unis ne sont pas annulés ou compromis, l'exécution par le membre de l'OMC de la décision de l'ORD lui enjoignant de mettre sa mesure en conformité avec les accords de l'OMC, le fait que le différend soit en voie d'être réglé, la compensation par de nouveaux avantages de la part du membre de l'OMC des avantages qu'il a niés ou compromis, les effets négatifs sur l'économie des États-Unis, ou encore des considérations liées à sa sécurité nationale. Le Représentant doit imposer les contre-mesures au plus tard 30 jours après sa détermination, sous réserve des directives particulières que pourrait lui adresser le Président. Il peut également retarder cette imposition d'au plus 180 jours, si le requérant privé le lui demande, ou s'il considère que des progrès substantiels sont réalisés vers le règlement du différend, ou encore qu'un délai raisonnable est nécessaire (*ibid.* § 2415(a)).

multilatéral de l'OMC est aussi au cœur du débat sur la compatibilité du mécanisme interne américain avec les accords de l'OMC. Son articulation avec la détermination du Représentant menant à l'imposition de contre-mesures économiques est également équivoque. Le Représentant doit en effet déterminer quelles contre-mesures doivent être imposées s'il considère que la mise en œuvre de la décision de l'ORD est inadéquate, après avoir consulté le requérant privé et les autres personnes privées intéressées[1341]. Traduisant une certaine intention du législateur américain de moduler l'application du mécanisme interne lorsqu'il s'agit de l'application des accords de l'OMC, cette détermination doit être faite au plus tard après l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre de la décision de l'ORD prévu par le *Mémorandum d'accord*, mais elle pourrait être faite avant l'expiration de ce délai[1342]. Un processus de révision des contre-mesures est en outre prévu afin de viser périodiquement de nouveaux produits, processus auquel le requérant privé est à nouveau mis à contribution.

Les contre-mesures économiques doivent cesser quatre ans après leur imposition, à moins que le requérant privé, ou des personnes privées représentant les intérêts de l'industrie bénéficiant de la fermeture du marché américain aux produits ou services visés par les sanctions commerciales, ne demandent leur maintien[1343]. Si des personnes privées demandent le maintien des contre-mesures, le Représentant doit alors procéder au réexamen de la nécessité de leur imposition.

Tout le problème de la compatibilité entre le mécanisme interne américain et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC résidait dans la question de savoir si la loi américaine obligeait, ou permettait, au Représentant à procéder unilatéralement dans sa détermination d'incompatibilité avec les accords de l'OMC, ainsi que dans l'imposition de contre-mesures économiques. Même si elle ne l'obligeait pas, restait la question de savoir si le seul fait qu'elle lui permette d'agir unilatéralement, et ainsi de poser un acte incompatible avec les accords de l'OMC, était en soi incompatible avec ceux-ci. Autrement dit, un membre de l'OMC pouvait-il être tenu internationalement

---

[1341] *Ibid.* § 2416.
[1342] *Ibid.* § 2416(b)(2). La détermination doit être faite au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu par le *Mémorandum d'accord.*
[1343] *Ibid.* § 2417. Cette demande doit être faite dans les 60 jours précédant l'expiration des contre-mesures. Pour ce faire, le Représentant doit notifier ces personnes privées de l'imminence de l'expiration des contre-mesures au moins 60 jours avant celle-ci.

responsable du fait qu'il envisageait la commission d'un fait internationalement illicite dans sa législation, ou fallait-il plutôt que l'acte illicite permis soit concrètement posé pour que le membre soit tenu responsable au plan international?

C'est la question que la Communauté européenne a posée directement à un groupe spécial en contestant le mécanisme interne américain à l'OMC, avec le soutien de 16 autres membres ayant réservé leurs droits de tierce partie, dont plusieurs gros joueurs, comme le Japon, l'Inde, le Brésil et la Corée du Sud, qui avaient aussi fait les frais du mécanisme par le passé. La plainte européenne ne visait pas des contre-mesures particulières qui auraient été imposées unilatéralement (elle ne visait également pas les déterminations et sanctions commerciales qui auraient répondu à des questions commerciales internationales non couvertes par les accords de l'OMC), mais bien la législation américaine proprement dite[1344]. Le groupe spécial a d'abord conclu que celle-ci n'obligeait certes pas le Représentant à faire une détermination unilatérale d'incompatibilité avec les accords de l'OMC, ou à imposer unilatéralement des contre-mesures, mais il a par contre estimé que la législation lui donnait suffisamment de latitude pour qu'il puisse le faire[1345]. Sur cette base, le groupe spécial a analysé la compatibilité de la législation américaine, non pas sous l'angle de l'opposition binaire entre obligation législative de poser un acte incompatible ou permission législative de poser un tel acte, mais plutôt sous celui de savoir si les obligations internationales des États-Unis visaient à

---

[1344] Dans l'étude célèbre qu'il a effectuée sur la législation américaine à l'époque du *GATT de 1947*, Robert Hudec concluait que la législation elle-même n'était pas illicite, mais que les contre-mesures dont elle permettait l'imposition, que ce fût dans le cadre de différends tombant sous l'empire du *GATT de 1947* ou non, étaient illicites au regard du *GATT de 1947*. Il avait pour ce faire développé le concept de « *justified disobedience* », qui aurait pu permettre de justifier l'illicéité des contre-mesures dans certaines circonstances de crise juridique, où elles auraient pu être moins dommageable pour le système commercial multilatéral que l'application légaliste du *GATT de 1947*. Il avait conclu que ces circonstances n'étaient pas réunies, en raison surtout de l'automacité de l'imposition des contre-mesures et du caractère totalement unilatéral du mécanisme interne américain. Cette argumentation de Robert Hudec semble avoir perdu de sa pertinence aujourd'hui, compte tenu de la conclusion du cycle de l'Uruguay et des accords de l'OMC, qui ont grandement contribué à débloquer le système commercial multilatéral, particulièrement au chapitre de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux, réduisant la probabilité que les circonstances rendant possible la « *justified disobedience* » soient réunies. Voir R.E. Hudec, « Thinking about the New Section 301 : Beyond the Good and Evil » dans Bhagwati et Patrick, *supra* note 1326, 113 aux pp. 125-127, 140 et 147-148 [ci-après Hudec, « Beyond the Good and Evil »].

[1345] *États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, *supra* note 389 au paragr. 7.33 (Rapport du groupe spécial). Voir généralement A. Klebes-Pelissier, « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine » (2002) 38 R.T.D. eur. 183; S. Wha Chang, « Taming Unilateralism Under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Section 301-310 of the Trade Act of 1974 » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 1151.

interdire ou non la simple permission législative de poser un acte incompatible. En analysant l'économie générale du *Mémorandum d'accord* et ses dispositions pertinentes, le groupe spécial a conclu que le mécanisme interne était à première vue incompatible avec les accords de l'OMC, parce que ceux-ci interdisaient aux États-Unis de permettre la commission d'un acte incompatible dans leur législation, au motif que cette mesure faisait peser un risque d'unilatéralisme sur les autres membres de l'OMC qui était contraire à la finalité du mécanisme de règlement des différends, soit d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, et que cela créait un « effet de refroidissement » sur l'opération de ce système, particulièrement à l'égard des personnes privées[1346].

Malgré cette apparente incompatibilité entre les « aspects législatifs » du mécanisme interne américain et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, le groupe spécial a approfondi son analyse pour traiter également de ses aspects « institutionnels et administratifs »[1347]. C'est cet approfondissement qui lui a permis de conclure à la compatibilité du mécanisme interne avec les accords de l'OMC, mettant fin pour un temps à l'un des conflits les plus aigus qui entachait les relations internationales économiques depuis plusieurs années, puisque la Communauté européenne a décidé de ne pas porter l'affaire en appel[1348]. Le groupe spécial a fait grand cas de l'Énoncé des

---

[1346] *États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, *ibid.* aux paragr. 7.53, 7.57 et 7.91. Cette constatation préliminaire valait pour la détermination par les États-Unis de l'incompatibilité d'une mesure avec les accords de l'OMC. Dans le cas de la licéité des dispositions de la législation américaine relatives à la surveillance de la mise en œuvre de la décision de l'ORD et à l'imposition de contre-mesures, le groupe spécial a estimé que la réponse dépendait de la position que l'on adoptait dans la controverse concernant l'obligation ou non d'épuiser le processus multilatéral d'examen de la conformité de la mise en œuvre de la décision de l'ORD, prévu à l'article 21(5) du *Mémorandum d'accord*, avant de pouvoir demander l'autorisation d'imposer des contre-mesures. Dans l'hypothèse où il n'est pas nécessaire d'épuiser ce processus, comme le prétendaient les États-Unis, la législation américaine serait compatible avec les accords de l'OMC. Dans celle où cela est nécessaire, comme le prétendait la Communauté européenne, la législation américaine serait à première vue incompatible avec les accords de l'OMC. Le groupe spécial n'a toutefois pas jugé nécessaire de régler cette controverse interprétative, puisque l'apparence d'incompatibilité de la législation américaine serait de toute façon éliminée par la prise en compte de ses aspects institutionnels et administatifs, comme on le verra plus bas (*ibid.* aux paragr. 7.163, 7.165, 7.167, 7.177, 7.178 et 7.184).

[1347] *Ibid.* aux paragr. 7.26-7.28 et 7.98.

[1348] Voir *Adoption du rapport du groupe spéciat intitulé « États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur »*, OMC ORD Déc. WT/DS152/14 (2000), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DS/152-14.DOC> (date d'accès : 6 juin 2005). Plusieurs auteurs ont exprimé des réserves face à la solution adoptée par le groupe spécial, au motif que le différend n'avait pas été résolu puique la législation américaine était toujours en vigueur, et que le raisonnement juridique du groupe spécial n'était pas sans failles. Voir Klebes-Pelissier, *supra* note 1345 aux pp. 202-203;

mesures administratives, par lequel le Président s'est engagé à moduler l'application du mécanisme interne de manière compatible avec les accords de l'OMC, au moment de la conclusion du cycle de l'Uruguay. Les États-Unis ont réitéré ces engagements devant le groupe spécial au cours des procédures et celui-ci a considéré que ceux-ci avaient la normativité suffisante pour lui permettre de conclure que le mécanisme interne américain, pris dans la totalité de ses aspects législatifs, administratifs et institutionnels, était compatible avec les accords de l'OMC[1349]. Mais le groupe spécial, conscient de la fragilité de sa conclusion et du caractère hautement controversé du litige, a bien pris soin de souligner à grands traits que si ces engagements devaient être rompus ou reniés par les États-Unis, ses constatations de conformités ne seraient plus justifiées[1350].

Si l'on ne retient que les aspects positifs de ce mécanisme interne américain de traitement des plaintes des personnes privées concernant l'application des accords de l'OMC, en excluant ses aspects unilatéralistes, on obtient une voie alternative très porteuse pour les personnes privées. Dans une affirmation particulièrement significative pour les fins de notre thèse, le groupe spécial a déclaré que si le système commercial multilatéral n'intéressait pas directement les personnes privées, ces dernières étaient en revanche indirectement intéressées par son opération, puisqu'elles étaient les acteurs premiers des relations commerciales internationales et que c'était par leur concours que se nouaient les transactions favorisées par la libéralisation du commerce mondial[1351]. C'est en situant de la sorte les personnes privées à leur juste place dans le système commercial multilatéral que le groupe spécial a pu constater la légitimité et l'intérêt d'un tel mécanisme interne compatible avec le droit international économique :

> « Il peut exister de très bonnes raisons liées aux normes de transparence, à la démocratie et à la primauté du droit qui expliquent pourquoi les Membres peuvent souhaiter se doter de telles loi »[1352].

---

Wha Chang, *supra* note 1345 aux pp. 1156, 1185-1192 et 1224; A. Chen, « The Three Big Rounds of U.S. Unilateralism Versus WTO Multilateralism During the Last Decade : A Combined Analysis of *The Great 1994 Sovereignty Debate*, Section 301 Disputes (1998-2000), and Section 201 Disputes (2002-Present) » (2003) 17 Temple Int'l & Comp. L.J. 409 aux pp. 450-459;

[1349] *États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, *supra* note 389 aux paragr. 7.126, 7.167, 7.178 et 7.184 (Rapport du groupe spécial).

[1350] *Ibid.* au paragr. 8.1 (Rapport du groupe spécial).

[1351] *Ibid.* au parapr. 7.71 (Rapport du groupe spécial). Voir *supra* la note 389 et le texte correspondant.

[1352] *États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, *ibid.* au paragr. 7.63 (Rapport du groupe spécial).

L'étude détaillée de la mise en œuvre du mécanisme interne américain ne peut être effectuée dans le cadre de la présente thèse, mais certaines remarques générales peuvent néanmoins être faites, permettant d'esquisser l'utilisation qui en est faite par les personnes privées depuis la création de l'OMC. À ce jour, 121 enquêtes ont été initiées par le Représentant en vertu du mécanisme interne, dont 39 ont l'ont été de son propre chef et 82 faisaient suite à une requête privée[1353]. Ces chiffres ne rendent cependant pas compte du nombre de requêtes privées auxquelles le Représentant a décidé de ne pas donner suite[1354]. De ce nombre, 26 enquêtes ont été ouvertes depuis la création de l'OMC, le 1er janvier 1995 (17 d'entre elles mettaient en cause l'application des accords de l'OMC par un partenaire commercial des États-Unis.), dont 16 ont été initiée par le Représentant de son propre chef (12 concernant les accords de l'OMC), et 10 faisaient suite à une requête privée (5 concernant les accords de l'OMC). Parmi les enquêtes qui ont été initiées *ex officio* par le Représentant, certaines visaient cependant des problèmes qui avaient été mis au jour par des requêtes privées à l'époque du *GATT de 1947*[1355].

On constate que le nombre d'enquêtes initiées suite à une requête privée diminue graduellement depuis la création du mécanisme interne, alors que celui des enquêtes initiées *ex officio* augmente, peut-être à la faveur des procédures dites du *Super 301* et du *Special 301*, mais l'on ne peut exclure aussi la possibilité que la simple existence du

---

[1353] États-Unis, Office of the USTR, *Section 301 Table of Cases* [enquêtes n° 301-1 à 301-116], en ligne : Office of the USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Monitoring_Enforcement/asset_upload_file985_6885.pdf> (dernière modification : 31 octobre 1997); États-Unis, Office of the USTR, *2004 Trade Policy Agenda and 2003 Annual Report*, Washington, 2004 aux pp. 212-214, en ligne : Office of the USTR <http://www.ustr.gov/Document_Library/Reports_Publications/2004/2004_Trade_Policy_Agenda/Section_Index.html> (date d'accès : 7 mars 2005); États-Unis, Office of the USTR, *Intellectual Property Laws and Practices of the Government of Ukraine*, 66 (2001) F.R. 18346 [enquête n° 301-121]; États-Unis, Office of the USTR, *Wheat Trading Practices of the Canadian Wheat Board*, 65 (2000) F.R. 69362 [enquête n° 301-120]; États-Unis, Office of the USTR, *Practices of the Government of Canada and the Province of Ontario Regarding Measures Affecting Tourism and Sport Fishing*, 64 (1999) F.R. 28545 [enquête n° 301-119]; États-Unis, Office of the USTR, *Mexican Practices Affecting High Fructose Corn Syrup (HFCS)*, 63 (1998) F.R. 28544 [enquête n° 301-118]; États-Unis, Office of the USTR, *Intellectual Property Laws and Practices of the Government of Paraguay*, 63 (1998) F.R. 9292 [enquête n° 301-117]. Voir aussi Mastel, *supra* note 1326 aux pp. 155-173 [enquêtes n°301-1 à 301-101].

[1354] Puisque ces refus doivent faire l'objet d'un avis publié dans le *Federal Register*, il serait toutefois matériellement possible de computer ces résultats. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne rend pas compte de ces statistiques sur son site Web ou dans ses documents officiels, aussi serait-il nécessaire de dépouiller tous les numéros du *Federal Register* depuis l'entrée en vigueur de la législation américaine.

[1355] Voir par ex. États-Unis, Office of the USTR, *European Union Banana Regime*, 60 (1995) F.R. 52026 [enquête n° 301-100]; États-Unis, Office of the USTR, *European Community Banana Import Regime*, 59 (1994) F.R. 53495 [enquête n° 301-94].

recours interne des personnes privées exerce une certaine pression sur le Représentant pour qu'il soit proactif[1356]. Les enquêtes mettant en cause l'application des accords de l'OMC sont donc majoritairement initiée *ex officio* par le Représentant, mais est-ce à dire que le mécanisme interne est moins pertinent depuis la création de l'OMC? La conclusion du cycle de l'Uruguay et la juridisation accrue des relations commerciales internationales auraient-elles eu pour effet de diminuer les récriminations des exportateurs américains dans les domaines qui échappaient auparavant au *GATT de 1947*, comme l'agriculture, les textiles ou les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce?[1357] Qu'importe, en définitive, l'utilisation actuelle par les personnes privées de leur droit de requérir l'initiation d'une enquête du Représentant concernant l'application des accords de l'OMC, il n'en demeure pas moins que le Représentant invite toujours les personnes privées intéressées à lui communiquer leurs vues tout au long du processus — du début de l'enquête à la levée des contre-mesures économiques — qu'il ait été initié *ex officio* ou par une requête privée. Il ne faut pas non plus perdre de vue que les États-Unis ne demandent pas des consultations avec les autres membres de l'OMC exclusivement suite au déclenchement d'une enquête en vertu du mécanisme interne : au contraire, la majorité des demandes de consultations présentées par les États-Unis l'ont été hors du cadre du mécanisme interne[1358]. Il faut donc relativiser l'importance, depuis la création de l'OMC, du mécanisme interne de traitement des plaintes privées dans la conduite de leurs relations commerciales internationales par les États-Unis.

Malgré ces quelques constatations, la formalisation de leur mécanisme interne de traitement des plaintes privées par les membres de l'OMC reste une voie intéressante

---

[1356] Greg Mastel a souligné que les personnes privées étaient généralement réticentes à déposer des requêtes auprès du Représentant, par peur que cela conduise en bout de piste à l'imposition de contre-mesures par des gouvernements étrangers. Au fond, les personnes privées pourraient craindre l'unilatéralisme du mécanisme interne américain et son illicéité potentielle, ce qui militerait *a fortiori* pour que la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant la mise en œuvre des accords de l'OMC soit effectuée de manière compatible avec le droit international économique. Voir Mastel, *supra* note 1326 à la p. 50.

[1357] Cette hypothèse avait été avancée par certains auteurs avant la conclusion du cycle de l'Uruguay. Voir par ex. Bello et Holmer, *supra* note 1328 à la p. 89; Hudec, « Beyond Good and Evil », *supra* note 1344 à la p. 153.

[1358] Les données publiées par l'OMC font état de 78 demandes de consultations déposées par les États-Unis depuis la création de l'organisation internationale le 1er janvier 1995. Or on a vu que seules 17 enquêtes initiées en vertu du mécanisme interne (5 suite à une requête privée et 12 *ex officio*) concernaient l'application des accords de l'OMC par un partenaire commercial des États-Unis. *État des différends soumis à l'OMC*, *supra* note 278; OMC, *Différends classés par ordre chronologique*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm> (date d'accès : 6 juin 2005).

pour améliorer la participation des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Dans son article célèbre sur le mécanisme interne américain, Robert Hudec concluait que la mise en place de mécanismes semblables par les autres Parties contractantes du *GATT de 1947* était souhaitable et aurait même pu contribuer à justifier son illicéité au regard des imperfections du système commercial multilatéral de l'époque, en en diminuant le caractère unilatéral et en soumettant les États-Unis à leur propre médecine[1359]. La Communauté européenne n'a pas tardé à passer à l'action en adoptant son propre mécanisme interne.

b) Le mécanisme interne de la Communauté européenne : le règlement n° 3286/94 sur les obstacles au commerce

À l'instigation de la France, la Communauté européenne s'est finalement dotée d'un premier mécanisme interne de traitement des plaintes privées en 1984, en réaction au mécanisme interne américain adopté en 1974. Le *Règlement 2641/84*[1360], aussi appelé *Nouvel instrument de politique commerciale* (NIPC), traduisait cependant un désir beaucoup plus grand de respecter le droit international économique[1361], aussi ne répondait-il en réalité qu'au premier aspect du mécanisme interne américain — celui qui nous intéresse —, c'est-à-dire qu'il visait à assurer l'arrimage entre les personnes privées et le mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*[1362]. Cet arrimage était

---

[1359] Hudec, « Beyond Good and Evil », *supra* note 1344 aux pp. 151-153

[1360] CE, *Règlement 2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984 relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites*, [1984] J.O.C.E. L. 252/1 [ci-après *Règlement 2641/84*]. Voir généralement M.C.E.J. Bronkers, « Private Response to Foreign Unfair Trade Practices—United States and EEC Complaint Procedures » (1984) 6 Nw. J. Int'l L. & Bus. 651. Déjà dans les années soixante, la Communauté européenne avait envisagé l'adoption d'un tel mécanisme interne de traitement des plaintes privées, concernant l'application du *GATT de 1947* par ses parties contractantes, en réaction au premier mécanisme qui avait été adopté par les États-Unis en 1962. M.C.E.J. Bronckers et N. McNelis, « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age » (2001) 35:4 J. World T. 427 à la p. 428. Voir *supra* la note 1326 et le texte correspondant.

[1361] Par exemple, les objectifs du mécanisme interne sont décrits comme étant « de répondre aux pratiques commerciales illicites dans le but d'éliminer le préjudice en résultant » et « d'assurer le plein exercice des droits de la Communauté eu égard aux pratiques commerciales des pays tiers » et ce, « dans le respect des obligations et procédures internationales ». *Règlement 2641/84*, *ibid.* art. 1.

[1362] Il faut toutefois nuancer cette affirmation quelque peu, car on aurait pu voir une certaine réponse au deuxième aspect du mécanisme interne américain, soit celui visant la juridisation unilatérale des relations commerciales internationales, dans le fait que les plaintes privées pouvaient aussi alléguer un manquement aux « règles généralement admises » en matière de commerce international. Ce renvoi était beaucoup plus vague que celui au droit international conventionnel ou coutumier, ce qui aurait pu, selon certains, renvoyer entre autres à la *soft law*, et a permis la soumission de plaintes qui n'auraient pu être fondées sur le texte du

réalisé par la possibilité qui était offerte aux personnes privées européennes de porter plainte auprès de la Commission européenne, afin de porter à son attention les « pratiques commerciales illicites » maintenues par des pays étrangers, ce qui visait tant les pratiques « incompatibles avec le droit international » qu'avec « les règles généralement admises » en matière de commerce international[1363]. Si les articles mêmes du NIPC ne parlaient pas du *GATT de 1947*, son préambule s'y référait explicitement.

Cette ouverture aux personnes privées était cependant grandement restreinte par la nécessité que leur plainte dépasse leurs intérêts individuels, pour défendre plutôt les intérêts d'une « production de la Communauté »[1364]. Il s'agissait donc d'un recours interne collectif qui visait la défense des intérêts de l'ensemble d'une industrie communautaire affectée. La preuve d'un préjudice ou de la menace d'un préjudice à une production de la Communauté devait être apportée par la personne privée. La Commission européenne devait dans un premier temps décider si la plainte comportait des éléments de preuves suffisants et s'il était dans l'intérêt de la Communauté européenne d'ouvrir une enquête formelle sur le problème soulevé[1365]. En cas de refus, le plaignant devait être informé, mais cette décision n'avait pas à être publiée[1366]. L'avis d'ouverture d'enquête devait, lui, être publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, et des consultations publiques pouvaient être tenues avec toutes les personnes privées intéressées au cours de la procédure communautaire d'enquête, au terme de laquelle un rapport devait être soumis à un Comité consultatif réunissant la Commission et les États membres[1367]. Contrairement au mécanisme interne américain, le recours au mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* devait avoir lieu

---

*GATT de 1947* ou de tout autre traité. À tout événement, ce second aspect du mécanisme interne européen a été totalement éliminé à l'occasion de l'adoption du second mécanisme en 1994. *Règlement 2641/84*, *ibid.*, art. 2(1); Bronckers et McNelis, *ibid.* à la p. 433.

[1363] *Règlement 2641/84*, *ibid.*, art. 2(1), 3(1) et 4. Il est important de souligner que le mécanisme interne permettait également aux États membres de la Communauté européenne de soumettre des plaintes à la Commission, mais ceux-ci ne l'ont jamais fait et ont préféré recourir à la voie diplomatique informelle prévue par l'article 133 du *Traité CE* (ex-article 113). Bronckers et McNelis, *ibid.* à la p.429.

[1364] *Règlement 2641/84*, *ibid.*, art. 3(1). Une « production de la Communauté » était définie comme étant l'ensemble des producteurs communautaires d'un produit identique ou similaire à celui frappé par les pratiques commerciales illicites ou de produits entrant directement en concurrence avec celui-ci, ou l'ensemble des producteurs communautaires consommateurs ou transformateurs du produit identique ou similaire, ou encore l'ensemble de ceux dont la production additionnée équivalait à une proportion majeure de la production communautaire totale des produits correspondants (*ibid.* art. 2(4)).

[1365] *Règlement 2641/84*, *ibid.*, art. 6(1).

[1366] *Ibid.* art. 3(5).

[1367] *Ibid.* art. 6.

après la procédure interne d'enquête, et il était clairement prévu que les éventuelles contre-mesures économiques ne pouvaient être imposées que conformément à ce mécanisme, c'est-à-dire avec l'autorisation du Conseil du *GATT de 1947*[1368].

Dans l'ensemble, le premier mécanisme interne européen n'a pas livré les résultats escomptés et les personnes privées y ont très peu recouru, mais il semble que cet échec relatif tenait beaucoup aux lacunes du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*, qui rendait bien imprévisible le résultat d'une plainte privée[1369]. Le caractère collectif que devait revêtir la plainte privée aurait également limité son intérêt pour les personnes privées, puisqu'il ne permettait pas le dépôt de plaintes individualisées[1370]. La conclusion du cycle de l'Uruguay et la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC a fourni l'occasion à la Communauté européenne de réformer en profondeur son mécanisme interne, afin de le rendre plus attrayant pour les personnes privées.

Le nouveau mécanisme interne européen, prévu par le *Règlement 3286/94*[1371], ou *Règlement sur les obstacles au commerce* (ROC), a abrogé le NIPC et parfait l'arrimage au système commercial multilatéral, en prévoyant explicitement qu'il devait fonctionner conformément aux accords de l'OMC et à son mécanisme de règlement des différends[1372]. L'objet des plaintes pouvant être portées a été clarifié par l'élimination de

---

[1368] *Ibid.* art. 10(2) et (3). Voir la partie 1.2.1, ci-dessus, pour une analyse du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*.

[1369] De 1984 à 1994, sept plaintes privées ont été portées auprès de la Commission européenne, qui en a rejetées deux et retenues cinq pour enquête. Cependant, certaines affaires ont pu être réglées du simple fait de la menace d'une plainte privée formelle, comme dans l'affaire de la désignation du Scotch Whisky en Bulgarie, ce qui indique qu'un des plus grands avantages de tels mécanismes internes de traitement des plaintes privées, concernant l'application du droit international économique, pourrait être d'exploiter davantage la négociation « *in the shadow of law* », selon l'expression de John Jackson, que permet la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux. Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 aux pp. 429 et 451; H. Lesguillons, « Origines et développements du règlement sur les obstacles au commerce (ROC) » [2000] R.D.A.I. 959 à la p. 964. Voir *supra* la note 257 et le texte correspondant. Voir aussi la partie 1.2.1, ci-dessus, pour une analyse du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*.

[1370] Bronckers et McNelis, *ibid.* aux pp. 441-442.

[1371] CE, *Règlement 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, [1994] J.O.C.E. L. 349/71, art. 1 et 12(2) [ci-après *Règlement 3286/94*]. Voir généralement R.M. MacLean et B. Volpi, *EU Trade Barrier Regulation*, Bembridge (Royaume-Uni), Palladian Law, 2000.

[1372] « Le présent règlement établit les procédures communautaires dans le domaine de la politique commerciale commune qui doivent permettre à la Communauté d'exercer les droits que lui reconnaissent

toute référence au concept ambiguë de « règles généralement admises » et l'autorisation de déposer des plaintes en situation de non-violation, dans le cadre du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC pour le fait licite[1373]. Le mécanisme interne européen est donc intrinsèquement multilatéraliste et peut à bon droit servir de modèle pour tous les membres de l'OMC qui souhaitent accroître la participation des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux.

Mais le ROC accroît aussi les droits des personnes privées, en ajoutant un nouveau recours leur permettant de défendre leurs intérêts individuels concernant l'application des accords de l'OMC, en opérant une distinction selon la localisation des effets des obstacles au commerce attaqués. Le recours privé d'intérêt collectif du NIPC est maintenu, mais uniquement lorsque l'obstacle au commerce visé par la plainte a un effet sur le marché de la Communauté européenne, auquel cas la personne privée doit toujours démontrer le préjudice causé à une industrie communautaire dans son ensemble[1374]. Là où le ROC innove, c'est qu'il permet à une « entreprise de la Communauté », ou à « une association agissant au nom d'une entreprise ou de plusieurs entreprises de la Communauté », de déposer une plainte contre un obstacle au commerce lorsque celui-ci a un effet sur le marché d'un pays tiers, auquel cas la personne privée doit démontrer qu'elle a subi des « effets commerciaux défavorables » du fait de l'obstacle au commerce[1375]. Le concept d'effets commerciaux défavorables serait beaucoup moins

---

les règles commerciales internationales, en particulier celles édictées par l'Organisation mondiale du commerce et, sous réserve du respect des obligations et procédures internationales existantes » de réagir aux obstacles au commerce. *Règlement 3286/94*, *ibid.* art. 1.

[1373] *Ibid.* art. 2(1) et (2). Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 à la p. 433; Lesguillons, *supra* note 1369 à la p. 970. Un « obstacle au commerce » est défini comme « toute pratique commerciale adoptée ou maintenue par un pays tiers au regard de laquelle le droit d'intenter une action est consacré par les règles commerciales internationales. Un tel droit existe lorsque les règles commerciales interdisent expressément une pratique ou reconnaissent à la partie lésée par la pratique le droit de chercher à éliminer l'effet de la pratique en question. » Les « règles commerciales internationales » sont « essentiellement celles qui sont établies par l'OMC et qui figurent dans les annexes à l'*Accord sur l'OMC*, mais il peut aussi s'agir des règles d'un autre accord auquel la Communauté est partie et qui régit les échanges commerciaux entre la Communauté et des pays tiers ». Sous le régime du NIPC, une controverse entourait la possibilité de soumettre une plainte en situation de non-violation, notamment en raison de la décision de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Fediol*. Voir *infra* la note 1386 et le texte correspondant.

[1374] *Règlement 3286/94*, *ibid.* art. 3. Le concept de « industrie communautaire » est similaire à celui de « production communautaire » qui était utilisé par le NIPC (*ibid.* art. 2(5)). Voir *supra* la note 1364 et le texte correspondant.

[1375] *Règlement 3286/94*, *ibid.* art. 4. Une « entreprise communautaire » est une « société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou

difficile à prouver que celui de préjudice à une industrie communautaire, dès lors qu'il y aurait violation des accords de l'OMC, aussi cela signifie-t-il que le recours privé individualisé est plus facile à exercer que le recours qui existait sous l'empire du NIPC, bien que ces effets doivent avoir un impact dépassant la partie plaignante[1376]. La seule restriction du recours privé individuel, par rapport au recours privé collectif, est qu'il ne peut pas viser les obstacles au commerce posés en contravention à un accord commercial bilatéral, en raison du caractère plus délicat des relations diplomatiques bilatérales dans l'esprit du législateur communautaire, ce qui les rendrait moins enclines à la juridisation[1377].

La logique sous-jacente à l'établissement de cette distinction en fonction de la localisation des effets des obstacles au commerce est que, dans le cas d'effets sur le marché de la Communauté, les intérêts privés individuels doivent être mis en balance avec les intérêts collectifs de l'industrie communautaire, tandis que dans le cas d'effets sur le marché d'un État tiers, aucun problème collectif potentiel ne se pose et la levée de l'obstacle ne peut qu'être bénéfique pour la Communauté européenne dans son ensemble[1378]. Cette assise théorique certes convaincante ne semble pas résister à l'épreuve de la pratique, comme on le verra plus bas, aussi peut-on penser que la

---

son principal établissement dans la Communauté [et qui est] directement concernée par la production de biens ou la fourniture de services faisant l'objet de l'obstacle au commerce » (*ibid.* art. 2(6)).

[1376] Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 aux pp. 441-442. Les effets commerciaux défavorables ne peuvent cependant pas uniquement se faire sentir sur la personne privée plaignante, puisqu'ils sont les effets « qu'un obstacle au commerce entraîne ou ou risque d'entraîner, en relation avec un produit ou un service, pour les entreprises communautaires sur le marché d'un pays tiers et qui ont un impact important sur l'économie de la Communauté ou d'une région ou d'un secteur d'activité économique de la Communauté », et que le « fait que le plaignant soit victime d'effets défavorables n'est pas considéré comme suffisant en soi pour justifier l'engagement d'une action par les institutions de la Communauté ». *Règlement 3286/94*, *ibid.* art. 2(4).

[1377] *Règlement 3286/94*, *ibid.* art. 4(1) *in fine*. Cette limitation du recours privé individuel aux accords commerciaux multilatéraux et plurilatéraux aurait été le prix à payer pour sa création, lors des tractations politiques inhérentes au processus décisionnel communautaire. Marco Bronckers et Natalie McNelis plaident pour l'abolition de cette restriction, en raison du grand nombre d'accords bilatéraux conclus par la Communauté européenne et de l'insuffisance de leurs mécanismes de règlement des différends, particulièrement dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne. Bronckers et McNelis, *ibid.* aux pp. 434-436 et 440.

[1378] Bronckers et McNelis, *ibid.* à la p. 441. La réglementation antidumping et antibubvention de la Communauté européenne réserve également le droit de demander l'imposition de droits antidumping ou compensateurs à l'industrie collectivement lésée par le dumping ou le subventionnement. Voir CE, *Règlement 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne*, [1996] J.O.C.E. L 56/1, art. 5(1); CE, *Règlement 2026/97, du Conseil du 6 octobre 1997 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne*, [1997] J.O.C.E. L. 288/1, art. 10(1).

distinction ne serait pas indispensable[1379]. Il faut en outre souligner que le mécanisme interne des États-Unis ne connaît pas cette distinction et qu'une plainte peut toujours être déposée par une personne privée américaine pour la défense de ses intérêts individuels.

Autrement, le processus du ROC suit les lignes tracées par le NIPC. La Commission européenne doit dans un premier temps statuer sur l'admissibilité de la plainte, selon la suffisance des preuves et à l'aune de l'intérêt de la Communauté[1380]. Le refus d'ouvrir une enquête est communiqué au plaignant privé, mais il n'a pas à être publié, alors que l'avis d'ouverture d'une enquête doit être publié au *Journal officiel des Communautés européennes*. Tout au long de la procédure d'enquête communautaire, les personnes privées intéressées jouissent de droits processuels leur permettant de prendre connaissance des renseignements colligés par la Commission et d'être entendus par celle-ci[1381]. Au terme de l'enquête, la Commission fait rapport au Comité consultatif composé de représentants des États membres et de la Commission; ce rapport n'a pas à être publié, mais la pratique de la Commission veut que ceux-ci soient mis en ligne sur son site Web, ce qui est exemplaire en terme de transparence[1382]. Cette enquête interne se déroule toujours avant le recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC — alors que dans le mécanisme interne des États-Unis, l'enquête interne se déroule en parallèle avec l'enquête internationale — et celui-ci doit obligatoirement être utilisé jusqu'au bout pour que puissent être imposées, en dernier recours, des contre-mesures économiques[1383].

---

[1379] Voir Lesguillons, *supra* note 1369 aux pp. 970 et 981-982. Henri Lesguillons note que les subventions à l'exportation seraient un des principaux obstacles au commerce susceptibles d'avoir des effets sur le marché communautaire, mais il souligne du même coup que cet aspect « défensif » du mécanisme interne pourrait faire double-emploi avec la réglementation antisubvention, qui permettrait de toute façon aux personnes privées de demander à la Commission européenne l'imposition de droits compensateurs. Cette affirmation semble omettre de prendre en considération que le ROC met en cause des plaintes privées en situation de violation ou de non-violation des accords de l'OMC, c'est-à-dire qu'il implique l'invocation de la responsabilité internationale du membre de l'OMC. Or les subventions à l'exportation sont des pratiques commerciales interdites par les accords de l'OMC, dont l'application doit cesser purement et simplement. Elles interpellent donc directement le mécanisme de règlement des différends et ce serait à ce titre qu'elles pourraient tomber sous l'empire du ROC. Voir l'*Accord sur les suvbentions et les mesures compensatoires*, *supra* note 73, art. 3 et 4.

[1380] *Règlement 3286/94*, *supra* note 1371, art. 5(3) et (4) et 8(1).

[1381] *Ibid.* art. 8(4), (5) et (6).

[1382] *Ibid.* art. 8(8). Voir CE, Commission européenne, Direction générale du commerce, *Trade Barriers Regulation : List of Cases*, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/trade/issues/respectrules/tbr/cases/index_en.htm> (dernière mise à jour : octobre 2004).

[1383] *Règlement 3286/94*, *ibid.* art. 12(2). Un aspect significatif de la juridisation interne de la conduite des relations commerciales internationales de la Communauté européenne opérée par le ROC est le pouvoir décisionnel accru qu'il confie à la Commission européenne, par rapport au processus diplomatique ordinaire

En raison de cette scission entre l'enquête interne et l'enquête internationale, les personnes privées ne jouissent cependant d'aucun droit processuel lors de la phase internationale, ce qui signifie notamment qu'elles ne peuvent exiger ou demander formellement l'imposition de contre-mesures[1384].

Les décisions prises par la Commission européenne dans le cadre du ROC sont soumises au contrôle judiciaire de la Cour de justice des Communautés européennes, conformément au droit communautaire, ce qui ouvre une perspective nouvelle sur les mécanismes internes de traitement des plaintes privées. Un seul précédent existe, datant du NIPC, mais il semble qu'il ferait toujours autorité, même si la solution à laquelle la Cour est arrivée demeure controversée[1385].

Dans l'affaire *Fediol*[1386], une association de producteurs de la Communauté européenne avait exercé un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission européenne de refuser d'ouvrir une enquête au titre du NIPC, après que celle-ci eut estimé que les allégations de la plainte privée concernant l'incompatibilité des mesures du pays étranger avec le *GATT de 1947* étaient infondées. La Commission avait d'abord contesté la soumission de ses décisions concernant la détermination de l'intérêt de la Communauté au contrôle judiciaire de la Cour de justice. Celle-ci a rejeté ce moyen d'irrecevabilité au motif que la décision en question n'avait pas porté sur l'intérêt de la

---

de l'article 133 du *Traité CE*. Dans le cadre du ROC, la décision de porter plainte ou non à l'OMC et celles relatives à la conduite de la procédure sont prises par la Commission, mais elles peuvent être renversées par le Conseil des ministres à la majorité qualifiée, sur demande d'un État membre; la décision d'imposer des contre-mesures est cependant prise par le Conseil des ministres à la majorité qualifiée (*ibid.* art. 13 et 14). Dans le cadre du processus diplomatique ordinaire, la Commission ne jouit pas du pouvoir de porter plainte à l'OMC, puisque celui-ci appartient au Conseil des ministres, ce qui signifie que le ROC procède à un rééquilibrage des institutions communautaires et à un renforcement du rôle de la Commission européenne. *Traité CE*, *supra* note 538, art. 133; Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 aux pp. 443-444.

[1384] On a souligné que la reconnaissance du droit des personnes privées de participer dans les procédures entreprises à l'OMC à titre d'*amicus curiae* pourrait remédier à cette lacune du mécanisme interne européen, si le plaignant privé devait être insatisfait du traitement de sa plainte par la Commission européenne, ce qui montre encore une fois la multiplicité des liens entre les divers modes de participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques. Nous avons toutefois souligné précédemment qu'une telle utilisation de l'institution de l'*amicus curiae* risquait d'en être un détournement indésirable. J.C. Van Eeckhaute, « Private Complaints against Foreign Unfair Trade Practices : The EC Trade Barriers Regulation » (1999) 33:6 J. World T. 199 à la p. 212. Voir la partie 3.2.1 c), ci-dessus, pour une évaluation de l'utilisation de l'*amicus curiae* dans le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC.

[1385] Voir Van Eeckhaute, *ibid.* à la p. 207; Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 aux pp. 448-451; Lesguillons, *supra* note 1369 aux pp. 964-965.

[1386] *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)* c. *Commission*, C-70/87, [1989] Rec. C.J.C.E. 1825 [ci-après *Fediol*].

Communauté, mais plutôt sur la licéité des mesures étrangères au regard du *GATT de 1947*[1387]. La Cour de justice n'a donc pas répondu à la question de savoir si l'appréciation faite par la Commission de l'intérêt de la Communauté échappait au contrôle judiciaire. La Commission a ensuite contesté l'application du *GATT de 1947* par la Cour de justice, en interpellant sa jurisprudence refusant son effet direct dans l'ordre juridique communautaire. Dans une interprétation importante, puisqu'elle opère une différenciation entre l'effet direct du *GATT de 1947* et son invocabilité, la Cour de justice a jugé que « on ne saurait cependant déduire de cette jurisprudence que les justiciables ne peuvent pas invoquer devant la Cour les dispositions [du *GATT de 1947*], afin de faire vérifier si un comportement dénoncé dans une plainte introduite en vertu [du NIPC] constitue une pratique commerciale illicite au sens de ce règlement »[1388].

La Cour a donc pu procéder à l'examen de la compatibilité des mesures étrangères visées par la plainte privée avec le *GATT de 1947*, pour finalement conclure qu'elles y étaient conformes[1389]. L'analyse de la Cour apparaît cependant un peu courte puisqu'elle ne se réfère nulle part à la pratique des parties contractantes du *GATT de 1947* dans son arrêt, et qu'elle a sommairement refusé d'examiner la plainte pour non-violation, ce qui a contribué à alimenter les doutes concernant l'inclusion de ce type de plainte dans le NIPC.

Au vu de cette affaire, on constate d'abord que la Commission européenne a concédé avec raison l'existence du contrôle judiciaire concernant le respect des droits et garanties processuels des personnes privées. Il semble aussi que la solution aurait pu être différente si la Commission avait motivé sa décision non pas sur la compatibilité avec le *GATT de 1947*, mais plutôt sur l'intérêt de la Communauté, auquel cas il est permis de penser que la Cour de justice aurait été plus prudente face à cette décision politique[1390]. L'affaire *Fediol* montre donc que la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées pourrait ouvrir la porte à l'invocabilité des accords de l'OMC, même

---

[1387] *Ibid.* aux paragr. 15 et 16.
[1388] *Ibid.* au paragr. 22.
[1389] *Ibid.* aux paragr. 29, 33, 37 et 42.
[1390] Voir Van Eeckhaute, *supra* note 1384 à la p. 207; Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 à la p. 450. Jean Charles Van Eeckhaute suggère par exemple que, sous l'éclairage de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière commerciale, le contrôle judiciaire pourrait se limiter à l'examen du respect des règles procédurales applicables et de l'établissement correct des faits à la base de la décision, ainsi qu'aux erreurs d'appréciation manifestes et aux abus de pouvoir.

si ceux-ci n'ont pas d'effet direct dans l'ordre juridique du membre de l'OMC. Par ailleurs, elle pose le problème de la trop grande juridisation de la conduite de ses relations commerciales internationales par un État; il ne semble en effet pas souhaitable que la décision politique de porter plainte ou non à l'OMC soit susceptible d'être revue par un tribunal, particulièrement au regard de la finalité transcendante du système commercial multilatéral, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

La mise en œuvre du ROC, sans pouvoir être examinée en détails dans le cadre de la présente thèse, ressemble un peu à celle du mécanisme interne des États-Unis. La grande majorité des plaintes portées par la Communauté européenne à l'OMC n'émane pas de son mécanisme interne de traitement des plaintes privées, ce qui confirme la tendance observée aux États-Unis pour la prégnance du canal diplomatique pour relayer les plaintes privées concernant l'application des accords de l'OMC, malgré la présence d'un mécanisme interne formel[1391]. Cette préférence est même absolue en ce qui concerne les États membres de la Communauté, qui n'ont jamais utilisé le ROC jusqu'à maintenant, tout comme ils n'avaient jamais utilisées le NIPC auparavant[1392]. Encore plus intéressant, il ressort de l'opération du mécanisme que seul le nouveau recours concernant les obstacles au commerce ayant des effets sur le marché d'un pays tiers est utilisé par les personnes privées, ce qui tendrait à démontrer que cette distinction selon la localisation des effets de l'obstacle au commerce est peu utile en réalité[1393]. Mais là où la pratique

---

[1391] Depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 1995, 24 enquêtes ont été ouvertes au titre du ROC suites à une plainte privée, dont 23 mettaient en cause les accords de l'OMC. La Communauté européenne a déposé 68 plaintes à l'OMC depuis la même date, sous la forme de demandes de consultations. On observe par contre une réduction graduelle du nombre de plaintes déposées annuellement par la Communauté à l'OMC, ce qui pourrait tenir à la liquidation de l'arriéré de différends accumulés à l'époque du *GATT de 1947*, et qui annonce peut-être un arrimage plus serré entre les plaintes privées déposées suivant le mécanisme interne et les plaintes déposées par la Communauté à l'OMC. Il est cependant matériellement impossible de vérifier le nombre de plaintes privées pour lesquelles la Commission européenne a refusé d'ouvrir une enquête interne, puisque cette décision n'a pas à être publiée, contrairement au mécanisme interne des États-Unis; Jean Charles Van Eeckhaute affirmait cependant en 1999 que la Commission n'avait jamais refusé d'ouvrir une enquête, mais qu'il lui était arrivé de déconseiller à des plaignants potentiels de poursuivre leurs démarches lors de contacts informels préliminaires. Van Eeckhaute, *ibid.* à la p. 205. Voir *Trade Barriers Regulation : List of Cases*, *supra* note 1382; *État des différends soumis à l'OMC*, *supra* note 278; *Différends classés par ordre chronologique*, *supra* note 1358.

[1392] Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 à la p. 429; Lesguillons, *supra* note 1369 à la p. 967. Voir *Trade Barriers Regulation : List of Cases*, *ibid.*

[1393] Lesguillons, *ibid.* à la p. 971. Les deux seules plaintes qui ont fait l'objet d'une enquête et alléguaient des effets sur le marché communautaire alléguaient également des effets sur le marché d'un pays tiers. Voir CE, Commission européenne, *Programme brésilien de financement des exportations « PROEX »*, avis d'ouverture, [1999] J.O.C.E. C 108/33; CE, Commission européenne, *Interdiction maintenue par le Chili de décharger les captures d'espadons dans les ports chiliens*, décision, [2000] J.O.C.E. C 96/67.

peut surprendre, c'est que la grande majorité de ces recours ont été exercés par des associations professionnelles représentant les intérêts collectifs d'une industrie communautaire, alors que la principale innovation de ce recours était son caractère individualisé[1394]. Il apparaît donc que lorsqu'il est question du système commercial multilatéral et de la défense des intérêts individuels des personnes privées, celles-ci préfèrent avoir recours à leur associations professionnelles pour porter leur réclamation auprès de la Commission européenne, se sentant probablement un peu petites dans le grand jeu des relations commerciales internationales, à moins qu'il ne s'agisse de grandes sociétés multinationales, qui, elles, disposent des ressources suffisantes pour poursuivre la défense de leurs intérêts dans le mécanisme interne de traitement des plaintes privées.

Malgré sa relative faible utilisation par les personnes privées, la pertinence du ROC n'est pas remise en question. On s'attend à ce qu'il gagne tranquillement en popularité à mesure que les entreprises et industries de la Communauté vont se familiariser avec ses modalités d'opération et prendront conscience de ses avantages par rapport au canal diplomatique ordinaire, notamment en ce qui concerne la possibilité de contourner les résistances des États membres que représente le pouvoir accru de la Commission européenne dans le mécanisme interne européen[1395]. Mais pour qu'une personne privée utilise un tel mécanisme, encore faut-il que son État de nationalité ait formalisé le traitement des plaintes privées concernant l'opération du système commercial multilatéral, ce qui demeure l'exception. L'absence de formalisation, elle, est la règle.

### c) L'absence de formalisation par les autres membres de l'OMC : l'exemple de la pratique gouvernementale canadienne

Tout comme la totalité des membres de l'OMC, à l'exception des États-Unis et de la Communauté européenne, le Canada n'a pas mis en place de mécanisme interne formel

---

[1394] Voir Lesguillons, *ibid.* à la p. 969. Seules deux plaintes ont été déposées par des entreprises communautaires elles-mêmes. Voir *Programme brésilien de financement des exportations « PROEX »*, *ibid.* [Plainte de Volkswagen AG]; CE, Commission européenne, *Pratiques maintenues par la Colombie dans le cadre de l'importation de véhicules automobiles*, avis d'ouverture, [2000] J.O.C.E. C 236/4 [Plainte de Dornier Luftfarhrt Gmbh].

[1395] Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 à la p. 461; Lesguillons, *ibid.* 993-994; Van Eeckaute, *supra* note 1384 aux pp. 210-211; G. Depayre, « The Impact of WTO Law on Domestic Law and Policy. EC Trade Law and Policy : Trade Barriers Regulation » dans Ph. Ruttley, I. Macvay et C. George, dir., *The WTO and International Trade Regulation*, Londres, Cameron May, 1998, 116 aux pp.120 et 122.

qui viserait à traiter les plaintes de personnes privées canadiennes concernant la violation éventuelle des accords de l'OMC[1396]. Le traitement de ces plaintes se fait donc de manière informelle, suivant une certaine pratique administrative qui s'est développée empiriquement au sein du gouvernement fédéral. Cette pratique n'a aucune assise juridique et participe de l'entière discrétion de ce gouvernement; il n'est astreint à aucune obligation de résultat ou de transparence.

Le ministère fédéral responsable des questions relatives à l'OMC est le nouveau ministère du Commerce international, qui a récemment été créé par la séparation des questions de politique commerciale internationale du défunt ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, apparemment en vue de leur donner plus de visibilité et d'importance politique[1397]. Cette modification administrative n'est pas censée changer quoi que ce soit à la pratique gouvernementale concernant le traitement des plaintes privées, puisque le nouveau ministère héritera intégralement des directions chargées de la politique commerciale internationale.

La première phase du processus administratif menant au dépôt par le Canada d'une demande formelle de consultations auprès d'un autre membre de l'OMC en est une d'investigation[1398]. Les personnes privées feront parvenir leur plainte au gouvernement fédéral par une multitude de canaux, allant de la communication avec une ambassade canadienne à l'étranger jusqu'au contact direct avec les fonctionnaires du ministère du Commerce international, en passant par les représentations auprès de leur député fédéral. Le Ministère entreprendra alors une vaste enquête pour établir avec suffisamment de précision les faits entourant l'atteinte potentielle aux intérêts commerciaux du Canada, de

---

[1396] Voir Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 à la p. 129.

[1397] Voir le P.L. C-31, *Loi constituant le ministère du Commerce international et apportant des modifications connexes à certaines lois*, 1ère sess., 38ème Parl., 2004 (1ère lecture le 7 décembre 2004; motion portant 2ème lecture rejetée le 10 février 2005). Selon l'article 6(1) du projet de loi, les attributions du ministre du Commerce international s'étendront de façon générale à « tous les domaines de compétence fédérale liés à la conduite du commerce et des investissements internationaux et non attribués de droit à d'autres ministères ». Il est intéressant de souligner que le Parlement fédéral donnera au Ministre le mandat législatif de poursuivre la juridisation des relations internationales économiques du Canada, puisque l'article 6(2) e) du projet de loi prévoit que dans le cadre de ses attributions, celui-ci favorisera « le développement du droit international et son application, en ce qui concerne le Canada, au commerce et aux investissements internationaux ».

[1398] Cette description de la pratique gouvernementale canadienne est tirée d'un entretien que nous avons eu avec MM. John Hannaford, directeur adjoint à la Direction générale du droit commercial international, et David Devine, directeur à la Direction des consultations et de la liaison—Politique commerciale, au ministère du Commerce international, 21 janvier 2005.

concert avec les personnes privées impliquées, les ministères fédéraux sectoriels pertinents, les gouvernements provinciaux, de même que les autorités gouvernementales du membre de l'OMC visé par les allégations privées. Un avis juridique sur la compatibilité des agissements reprochés avec les accords de l'OMC sera habituellement obtenu à cette étape, constituant un élément parmi d'autres menant à la décision d'épouser la plainte privée ou non[1399]. Le gouvernement fédéral tâchera également de vérifier si la conduite reprochée n'a pas également cours au Canada. À ce stade, le gouvernement fédéral vise à amasser une masse critique d'informations afin de bien cerner le problème. Il n'y a aucun automatisme dans cette phase du processus et le gouvernement fédéral ne rend pas publiques les plaintes privées reçues de même que les résultats de son enquête.

Une fois suffisamment de données amassées concernant le problème en question, une phase de consultations plus actives aura lieu au plan interne, visant à déterminer l'opportunité d'endosser la réclamation privée et la manière de régler le différend. Le gouvernement fédéral examinera alors toutes les options qui s'offrent à lui, allant du refus de poursuivre davantage l'affaire au dépôt d'une plainte formelle auprès de l'OMC. À ce stade, le ministère du Commerce international consultera normalement les personnes privées impliquées, les gouvernements provinciaux ainsi que les ministères fédéraux pertinents. En définitive, et malgré ces consultations, la décision d'épouser la plainte privée revient entièrement au gouvernement fédéral, qui jouit à cet égard d'une totale discrétion. Ce dernier n'a pas à rendre publics les motifs entourant sa décision.

La troisième phase du processus est celle du dépôt formel de la plainte au plan international par le Canada. À ce stade, la direction de l'affaire est plus étroitement menée par la Direction générale du droit commercial international du ministère du Commerce international, et la participation des personnes privées à son origine est beaucoup plus limitée. Le gouvernement fédéral dispose des ressources humaines et de l'expertise suffisantes pour défendre seul sa cause dans le mécanisme de règlement des différends de

---

[1399] On a vu précédemment qu'au plan juridique, le membre de l'OMC n'épousait pas les plaintes privées de ses ressortissants, puisqu'il subit un préjudice immédiat en cas de violation des accords de l'OMC, ce qui rend la théorie de la protection diplomatique inapplicable. On peut toutefois utiliser le langage de la théorie de la protection diplomatique (p. ex. épouser la plainte privée), puisqu'au plan politique les personnes privées se retrouvent dans une situation analogue à la leur lorsque la théorie de la protection diplomatique est applicable. Voir la partie 2.1.4, ci-dessus, pour une discussion sur l'inapplicabilité de la théorie de la protection diplomatique dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

l'OMC. Il ne recourt donc généralement pas à des cabinets d'avocats privés, contrairement à la pratique en cours devant la Cour internationale de justice, mais il peut arriver qu'il fasse appel au concours d'un avocat-conseil dans un cas particulier. Quant aux avocats des personnes privées à l'origine de la plainte, ceux-ci peuvent être consultés, sous réserve de la protection obligatoire des renseignements confidentiels exigée par le mécanisme, mais ils ne font jamais partie de la délégation officielle du Canada.

Malgré l'inexistence d'un mécanisme interne formel au Canada, on a souligné dans la doctrine qu'une disposition de la loi fédérale concernant les tarifs douaniers pouvait ressembler à la « *Section 301* », c'est-à-dire au mécanisme interne américain[1400]. Cette disposition donne au gouvernement fédéral le pouvoir d'imposer des contre-mesures économiques en vue d'exercer les « droits qu'un accord commercial reconnaît au Canada à l'égard d'un pays » ou de « réagir aux actes, politiques ou pratiques du gouvernement d'un pays qui soit nuisent au commerce des marchandises ou services du Canada, soit provoquent directement ou indirectement des effets nocifs à cet égard ». Aucune allusion explicite aux mécanismes de règlement des différends prévus par ces accords commerciaux et à l'encadrement juridique international du droit d'imposer des contre-mesures n'est faite, quoiqu'une allusion implicite pourrait résider dans la référence aux droits que ceux-ci reconnaissent au Canada, aussi la disposition semble-t-elle autoriser en droit interne canadien l'imposition de contre-mesures unilatérales. On ne saurait cependant y trouver une quelconque formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées au Canada, puisque les personnes privées ne s'y voient reconnaître aucun rôle ou droits procéduraux, tandis que le gouvernement fédéral n'est assujetti à aucune obligation d'enquête ou de transparence à l'égard des plaintes privées. Cette disposition n'aurait jamais été appliquée par le gouvernement fédéral, malgré une tentative de la part de personnes privées de l'amener à imposer des contre-mesures économiques sur sa base[1401].

---

[1400] *Tarif des douanes*, *supra* note 40, art. 53(2), remplaçant L.R.C. 1985 (3ème supp.), c. 41, art. 59(2). Voir C. Carmody, « Customs Tariff S. 59(2) : A "Canadian 301"? » (1998) 1 J. Int'l Econ. L. 690 [ci-après Carmody, « Canadian 301 »].

[1401] Un regroupement de producteurs de vin canadiens aurait préparé une pétition en 1988 invitant le gouvernement fédéral à imposer des contre-mesures économiques à l'encontre de la Communauté européenne en raison des subvention qu'elle aurait octroyées aux producteurs de vin européens, mais cette initiative a été sans lendemain. Carmody, « Canadian 301 », *ibid.* à la p. 692.

Le gouvernement fédéral semble satisfait de la pratique actuelle. Le fait qu'il soit nécessaire pour lui de collaborer avec les personnes privées impliquées dans l'affaire en cause à tous les stades du dossier, notamment pour bien en maîtriser les données factuelles, explique partiellement son attitude. On invoque aussi l'incapacité pour les personnes privées, particulièrement les petites et moyennes entreprises, de déterminer elles-mêmes l'existence de violations potentielles aux accords de l'OMC. On avance aussi que les ONG défendant des intérêts non-commerciaux ont l'occasion de faire entendre leur voix auprès du gouvernement fédéral dans la pratique actuelle, mais il est impossible de le vérifier vu l'absence totale de publicité du processus. Différents réseaux de contacts sont mis sur pied par le gouvernement fédéral avec les représentants des principales branches de l'industrie canadienne, ainsi qu'avec les gouvernements provinciaux, ce qui créerait à ses yeux un environnement propice au dialogue et à l'échange continu d'informations, rendant inutile toute formalisation accrue de la pratique gouvernementale.

Malgré ces arguments, il semble qu'il soit légitime de s'interroger sur le caractère adéquat de la pratique gouvernementale canadienne actuelle. Un processus plus ouvert et plus transparent ne serait-il pas bénéfique pour le Canada, notamment au vu de la prise en considération des intérêts non-commerciaux dans la décision d'endosser une réclamation privée? Certains segments de la société civile semblent vouloir aller dans cette direction, particulièrement au vu des modèles américain et européen : un comité national de l'Association du barreau canadien a été mis sur pied spécialement pour faire la promotion de la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées concernant la mise en œuvre des accords de l'OMC[1402]. Cette initiative ne semble pas avoir donné de résultats concrets à ce jour[1403].

d) Évaluation

La formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées répond à plusieurs problèmes posés aux personnes privées par le mécanisme actuel de règlement

---

[1402] *Ibid.* à la p. 693.

[1403] Nous avons vainement tenté d'obtenir plus d'informations à ce sujet de la part de l'Association du barreau canadien et du ministère fédéral du Commerce international du Canada.

des différends de l'OMC, aussi cette voie alternative à l'élargissement du droit d'y porter plainte apparaît-elle fort prometteuse. L'approche européenne, visant réellement à soutenir le système commercial multilatéral, doit toutefois prévaloir sur l'approche américaine, qui laisse planer la menace du retour à l'unilatéralisme sur le système, en dépit du rapport du groupe spécial qui a conclu que les engagements de l'administration américaine suffisaient à l'effacer. Un mécanisme interne formalisé compatible avec le mécanisme de règlement des différends de l'OMC pourrait grandement accroître la participation des personnes privées au règlement des différends commerciaux internationaux.

Le caractère discrétionnaire de la décision du membre de l'OMC de porter plainte au plan international n'est certes pas modifié juridiquement parlant. Au plan politique cependant, les exigences processuelles entourant la formulation de cette décision a pour effet de contraindre le membre de l'OMC a plus de célérité, de publicité et de rationalité. Cet encadrement processuel peut donc affecter l'étendue de la discrétion du membre, d'autant plus qu'il pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, comme l'affaire *Fediol* de la Cour de justice des Communautés européennes l'a bien montré concernant le mécanisme interne européen. Un tel mécanisme enjoint donc les membres de l'OMC à justifier leurs décisions et cela apporte une réponse partielle au problème de la discrétion des membres de l'OMC dans l'opération de son mécanisme de règlement des différends.

Au lieu de répondre au problème du manque de ressources étatiques, la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées semble au contraire aggraver ce problème. Puisqu'il a permet la mise au jour de différends qui n'auraient pas nécessairement été priorisés par le membre de l'OMC, il peut donc avoir pour effet d'alourdir la charge de travail du gouvernement, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation de fournir une réponse motivée au refus d'ouvrir une enquête. Mais cet alourdissement peut être compensé par la nécessité pour les personnes privées de fournir les éléments de preuve au soutien de leur plainte; la participation des personnes privées pourrait contribuer à réduire la charge de travail du membre de l'OMC dans l'identification des entorses à ses droits internationalement reconnus. De plus, il s'agit d'une « formalisation » du mécanisme interne de traitement des plaintes privées, c'est-à-dire que la charge de travail reliée au traitement informel des plaintes privées existe déjà; la

création d'un mécanisme interne formel peut contribuer à une meilleure allocation des ressources gouvernementales en mettant de l'ordre dans ce traitement. Enfin, la mise en œuvre des mécanismes américain et européen indique que leur utilisation par les personnes privées demeure limitée, ce qui permet de relativiser la surcharge de travail qu'une telle formalisation pourrait incomber aux membres de l'OMC.

Le mécanisme interne formel ne répond pas du tout au problème de l'impossibilité de porter plainte contre son propre État de nationalité. Il est par essence tourné vers les autres membres de l'OMC, encore qu'il pourrait contribuer indirectement à la mise au jour de pratiques incompatibles avec les accords de l'OMC de la part de l'État de nationalité. Dans le cadre de l'examen de son admissibilité ou de l'enquête formelle ouverte sur sa base, la plainte privée amène normalement le membre de l'OMC à examiner s'il agit également de la manière reprochée à un autre membre. L'obligation de motiver ses décisions pourrait placer l'État de nationalité dans une position inconfortable et créer une certaine pression pour qu'il révise ses propres pratiques.

La formalisation de la participation, au plan interne, des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux répond partiellement aux atteintes aux principes de justice fondamentale. Puisque non seulement les personnes privées plaignantes, mais aussi toute autre personne privée intéressée peuvent jouir des droits processuels reconnus (consultations publiques, publicité du processus, etc.) dans le cadre d'un mécanisme interne, cela signifie que toutes les personnes affectées par un différend commercial international peuvent y présenter des arguments rationnels, suivant l'argument de Lon Fuller concernant le règlement judiciaire des différends. Cette participation n'a certes pas lieu dans l'enceinte de l'OMC, mais elle peut néanmoins nourrir le processus interétatique.

La question de l'assujettissement des intérêts collectifs au profit de l'intérêt général ou d'intérêts collectifs prédominant reçoit aussi une réponse partielle. La plainte privée permet la mise au jour de pratiques étrangère qui ne sont pas priorisées par le gouvernement du membre de l'OMC, et c'est même là une de ses principales fonctions. Cette contribution se limite cependant au stade de l'identification des pratiques problématiques, mais le membre de l'OMC conserve, comme on l'a vu, son pouvoir

discrétionnaire de porter plainte à l'OMC, ce qui explique que la réponse à ce problème ne soit que partielle.

Le problème de l'omission de reconnaître l'affaiblissement du rôle de l'État comme médiateur des intérêts divergents reçoit également une réponse partielle. La formalisation du traitement interne des plaintes privées est précisément organisée autour du rôle de médiateur de l'État, en lui permettant d'améliorer la manière dont il s'acquitte de sa tâche. Elle crée un espace de dialogue avec la société civile nationale, mais *a priori*, rien n'empêcherait des acteurs civils d'y faire valoir des intérêts transnationaux, comme par exemple la protection de l'environnement. Il faut cependant reconnaître qu'en cas de divergence entre un intérêt national et un intérêt transnational, l'État par essence aura tendance à privilégier ses intérêts nationaux, ce qui illustre la pertinence de la participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le règlement des différends à l'OMC, pour la défense de tels intérêts transnationaux.

L'affaiblissement du rôle de l'État dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales est aussi pris en considération dans une certaine mesure par la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées. Puisque l'État est forcé de justifier ses décisions, il ne peut simplement s'en remettre vaguement au maintien de bonnes relations diplomatiques pour expliquer par exemple son refus d'ouvrir une enquête sur la base d'une plainte privée. Il doit motiver rationnellement ses décisions et les publier, ce qui l'amène à manier de façon plus circonspecte l'argument du maintien de bonnes relations diplomatiques avec un autre membre de l'OMC.

Enfin, un des plus grands atouts de la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées est certainement d'accroître la transparence dans le règlement des différends commerciaux internationaux. La publicité du processus qu'elle implique et la création d'un espace permanent de dialogue entre la société civile et l'État concernant la libéralisation du commerce mondial en est probablement le plus grand mérite.

Cette voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC apparaît donc comme une excellente réponse aux problèmes posés par son mécanisme actuel de règlement des différends concernant les personnes privées. Elle table sur leur capacité au plan interne, et apporte une série de réponses nuancées et équilibrées à leurs

récriminations, tout en ménageant aux États la marge de manœuvre nécessaire à l'opération du système commercial multilatéral dans la réalité des relations internationales actuelles, où l'État reste l'acteur premier, malgré le phénomène de la mondialisation de l'économie. La formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées apparaît comme une manière réaliste d'humaniser la mondialisation et d'y donner prise à la société civile, tout en évitant de sombrer dans un discours nihiliste sur le rôle de l'État, prônant l'abandon de l'espace national. Elle propose au contraire un réinvestissement de cet espace au profit de l'ensemble des intérêts de la société civile, et pas uniquement de ses intérêts marchands. Une telle formalisation irait d'ailleurs dans le sens des orientations stratégiques adressées récemment au Directeur général de l'OMC par son Conseil consultatif, voulant que le dialogue avec la société civile se noue d'abord dans l'espace national[1404].

La création d'un tel mécanisme interne formel au Canada devrait plus spécialement être envisagée. L'adoption d'un mécanisme exemplaire en termes de compatibilité avec les accords de l'OMC tablerait sur la tradition multilatéraliste du Canada dans la conduite de ses relations internationales. Elle cadrerait également avec les valeurs d'ouverture et de transparence dont le Canada veut empreindre sa gouvernance. Le fait que l'économie canadienne soit essentiellement axée sur les exportations milite aussi dans ce sens, puisqu'un tel mécanisme viserait à faire en sorte que le Canada puisse bénéficier le plus possible des opportunités que lui ouvre le système commercial multilatéral.

La coexistence entre la voie formelle et la voie informelle de traitement des plaintes privées apparaît essentielle. Les expériences américaines et européennes indiquent que la voie diplomatique ordinaire conserve son utilité et sa pertinente, et qu'elle recèle même certains avantages aux plans de la célérité, de la protection de l'anonymat des plaignant privés, ainsi que pour les différends polycentriques dont les dimensions politiques sont particulièrement complexes[1405].

---

[1404] Voir *L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, *supra* note 1307 à la p. 96, paragr. 11. Déjà en 1990, John Jackson s'interrogeait sur la question de savoir si la création de ces mécanismes internes formalisés était la voie de l'avenir. Jackson, *Restructuring the GATT System*, *supra* note 1216 à la p. 74.

[1405] Depayre, *supra* note 1395 à la p. 120; Bronckers et McNelis, *supra* note 1360 aux pp. 454 et ss.

En terminant, il est important de souligner que les mécanismes internes américain et européens parlent tous deux de la défense des droits des États-Unis et de la Communauté européenne, et non de ceux des personnes privées plaignantes, ce qui conforte notre analyse du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, concernant l'inapplicabilité de la théorie de la protection diplomatique[1406]. Ces mécanismes internes permettent aux personnes privées de contribuer au signalement des atteintes aux droits des membres de l'OMC. La prochaine étape dans l'intensification de la participation des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux serait celle de la représentation du membre de l'OMC par les personnes privées affectées dans le cadre de son mécanisme de règlement des différends.

### 3.2.3 La représentation du membre de l'OMC par les personnes privées affectées par le différend commercial international

L'idée de voir une personne privée affectée par un différend international représenter un État intéressé juridiquement, devant la juridiction internationale chargée d'en connaître, est une réalité dans le nouveau droit international de la mer. On a vu que le recours en prompte mainlevée permettait à l'État du pavillon d'un navire immobilisé de se faire représenter par la personne privée de son choix, pour agir en son nom auprès du Tribunal international du droit de la mer[1407]. On a aussi vu, dans le mécanisme spécial de règlement des différends de l'*ALÉNA* en matière de droits antidumping et compensateurs, que le texte formel du traité fait en sorte qu'une Partie contractante doit obligatoirement déposer une plainte en son nom à la demande d'une personne privée affectée par l'imposition de droits antidumping et compensateurs, mais que sa mise en œuvre a opéré une « privatisation » complète du processus de présentation de la plainte par l'État[1408]. Ce mode original de participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques constitue une autre voie alternative potentielle à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées.

---

[1406] Voir la partie 2.1.4, ci-dessus, pour une discussion sur l'inapplicabilité de la théorie de la protection diplomatique dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC.
[1407] Voir la partie 2.4.1, ci-dessus, pour une discussion sur le recours en prompte mainlevée auprès du Tribunal international du droit de la mer.
[1408] Voir la partie 2.5.2, ci-dessus, pour une discussion sur le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 19 de l'*ALÉNA* en matière de droits antidumping et compensateurs.

a) La présentation de la réclamation internationale de l'État par une personne privée

Une distinction conceptuelle s'impose lorsque l'on considère la manière par laquelle un État peut se faire représenter dans le cadre d'un mécanisme de règlement des différends internationaux : la délégation d'un État sera normalement composée d'une part d'un agent, et d'autre part d'avocats et de conseillers juridiques[1409]. L'agent est le seul qui a la capacité d'engager formellement l'État qu'il représente dans les procédures, il est en quelque sorte l'incarnation physique de la personne morale de droit public qu'est l'État, aussi doit-il être dûment accrédité par celui-ci pour exercer valablement son rôle de direction. Les avocats et conseillers juridiques de l'État qui font partie de la délégation oeuvrent tant devant l'organe de règlement des différends, en fournissant des services de représentation, qu'à l'extérieur de l'organe proprement dit, en fournissant des services de consultation juridique. Les avocats et conseillers juridiques de l'État font certes partie de la délégation de l'État et oeuvrent pour son compte, mais ils ne le représentent pas formellement au même titre que son agent.

La coutume internationale veut que l'État soit totalement libre de choisir l'agent qui le représentera dans le cadre d'un mécanisme de règlement des différends internationaux, à moins que le traité, le règlement de l'organe ou le compromis d'arbitrage n'y dérogent et prévoient autre chose[1410]. À titre d'exemple, la pratique à la Cour internationale de justice indique que l'agent d'un État est normalement son ambassadeur à La Haye ou un haut fonctionnaire de son service diplomatique, ou encore le directeur du service juridique de son ministère des affaires étrangères[1411]. Mais, occasionnellement, il arrive qu'un État nomme un avocat d'un cabinet privé pour le représenter à titre d'agent, voire même un professeur de droit. Dans l'hypothèse où l'agent n'est pas un diplomate accrédité à La Haye, il doit faire confirmer son accréditation auprès des autorités diplomatiques de cet État auprès des Pays-Bas.

---

[1409] S. Rosenne, *The World Court : What it is and How it Works*, 5ème éd., Dordrecht (Pays-Bas), Martinus Nijhoff, 1995 aux pp. 119-120; R.S.J. Martha, « Representation of Parties in World Trade Disputes » (1997) 31:2 J. World. T. 83 à la p. 90.

[1410] Martha, *ibid.* aux pp. 88-89.

[1411] Rosenne, *ibid.* aux pp. 119-120.

Parfois, des États fédéraux peuvent choisir de se faire représenter par une de leurs entités fédérées, lorsque le différend international met en cause leur mesure. Cette hypothèse est envisagée par la *Convention CIRDI*, où une entité fédérée peut se faire autoriser à agir tant à titre de plaignante que de défenderesse[1412]; il ne semble pas que cette disposition ait conduit à un arbitrage entre un investisseur étranger et une entité fédérée jusqu'à présent, mais elle pourrait revenir à l'avant-plan à la faveur de l'expansion des traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux de protection et de promotion des investissements étrangers directs, qui pourrait inciter les États fédéraux à vouloir voir leurs entités fédérées faire face aux recours en dommages des investisseurs étrangers intentés contre leurs mesures. La mise en œuvre des accords parallèles à l'*ALÉNA*, en matière de protection des droits des travailleurs et de l'environnement, indique aussi que le Canada est représenté conjointement par le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial lorsque la mesure visée par une communication relève de la province[1413]. La pratique des États montre effectivement que les États fédéraux sont beaucoup plus enclins à laisser leurs entités fédérées les représenter dans des mécanismes de règlement des différends internationaux en défense, devant le Comité des droits de

---

[1412] *Convention CIRDI*, *supra* note 700, art. 25(1) et (3). La *Convention CIRDI* reconnaît la possibilité pour un État de désigner une « collectivité publique ou un organisme dépendant » de lui comme pouvant être partie à un litige contre un investisseur étranger porté au CIRDI. Le consentement de la collectivité publique ou de l'organisme à l'arbitrage ne peut être donné qu'après l'approbation de l'État, à moins que ce dernier n'indique au CIRDI que son approbation n'est pas nécessaire. L'Australie est le seul État fédéral à avoir désigné toutes ses entités fédérées et à avoir renoncé à approuver leur consentement, tandis que le Royaume-Uni l'a également fait concernant ses possessions outre-mer, l'Île de Man et les îles anglo-normandes de Jersey et Guernesey. CIRDI, *Designation by Contracting States regarding Constituent Subdivisions or Agencies*, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm> (dernière modification : octobre 2003).

[1413] Voir la partie 2.6, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le cadre de l'*ANACDT* et de l'*ANACDE*. Officiellement, seules les Parties contractantes sont visées par les communications émanant de la société civile, ou encore par les plaintes qui pourraient être portées suivant les mécanismes interétatiques de règlement des différends, même si l'omission systématique reprochée viserait la réglementation d'une entité fédérée. Deux ententes intergouvernementales ont été conclues au Canada entre le gouvernement fédéral et les gouvernements de quelques provinces, y compris le Québec, afin d'aménager la coopération intergouvernementale dans ces circonstances. Ces ententes ont mis sur pied des comités gouvernementaux et prévoient notamment que la réponse canadienne aux communications sera préparée conjointement par le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial en question. Voir l'*Accord intergouvernemental canadien concernant l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, Gouvernement fédéral—Alberta—Manitoba—Québec—Île-du-Prince-Édouard, en ligne : Développement des ressources humaines et des compétences Canada <http://www.rhdcc.gc.ca/fr/pt/psait/acdt/nao/02accord_intergouvernemental_canadien.shtml> (date d'accès : 17 février 2005); *Accord intergouvernemental canadien concernant l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, Gouvernement fédéral—Alberta—Québec—Manitoba, en ligne : Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement—Bureau canadien <http://www.naaec.gc.ca/fra/implementation/cia_f.htm> (date d'accès : 17 février 2005).

l'homme de l'ONU par exemple, lorsqu'ils n'approuvent pas politiquement la mesure en question, ce qui signifie que cette représentation a une connotation négative[1414].

On a vu que la *Convention de Montego Bay* prévoit que l'État du pavillon d'un navire immobilisé par un État côtier peut autoriser une personne privée à agir en son nom, auprès du Tribunal international du droit de la mer, pour obtenir sa prompte mainlevée et la libération de son équipage[1415]. Cela signifie que l'accréditation de personnes privées à titre d'agent de l'État, chose qui est possible en droit international général sans qu'on ait à le prévoir, est explicitement prévue par la *Convention*. On aurait voulu que cela permette aux personnes privées affectées par la détention du navire et de son équipage, comme son propriétaire ou son affréteur, d'agir au nom de l'État, mais l'utilisation du recours veut que ce soit surtout des avocats de cabinets privés qui soient nommés comme agent, ce qui soulève la question de la pertinence de cette disposition puisque le droit international général aurait de toute façon permis à l'État de se faire représenter par la personne de son choix. Il se peut certes que l'avocat agisse aussi — voire exclusivement — pour le compte des personnes privées affectées, mais la volonté d'assouplir les rigueurs de la théorie de la protection diplomatique n'y a pas gagné en transparence. Il semble que pour que cet assouplissement à l'origine de la disposition se réalise pleinement, il faudrait plutôt que les personnes privées affectées soient autorisées à agir au nom de l'État du pavillon, gagnant ainsi la direction de l'affaire à titre d'agent. Rien n'empêcherait l'agent de recourir ensuite aux services d'avocats de cabinets privés pour défendre ses intérêts dans les procédures. Le dernier recours en prompte mainlevée intenté en date indique toutefois que la pratique pourrait s'infléchir dans ce sens.

---

[1414] Le gouvernement fédéral canadien a refusé de défendre les lois linguistiques québécoises devant le Comité des droits de l'homme du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de l'ONU, laissant le Québec le représenter formellement. Cette désolidarisation de l'État fédéral avec une des entités fédérées canadiennes, concernant une législation constitutionnellement valide au regard du droit canadien, apparaît difficilement réconciliable avec les prétentions du gouvernement fédéral voulant que lui seul puisse parler au nom du Canada sur la scène internationale. Une situation semblable s'est produite avec le refus du gouvernement fédéral australien de défendre les lois anti-homosexualité de la Tasmanie. Voir *Ballantyne, Davidson* et *McIntyre* c. *Canada*, Doc off. Comité des droits de l'homme NU, 47ème sess., Doc. NU CCPR/C/50/D/359/1989 et CCPR/C/47/D/385/1989 (1993); *Toonen* c. *Australie*, Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 50ème sess., Doc. NU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994). Voir aussi Canada, *Fédéralisme et relations internationales* par P. Martin, Ottawa, Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papetrie, 1968.

[1415] Voir la partie 2.4.1, ci-dessus, pour une discussion sur le recours en prompte mainlevée dans le nouveau droit international de la mer.

La pratique des membres de l'OMC, poursuivant celle des parties contractantes du *GATT de 1947*, veut que leur agent dans le cadre des procédures entreprises dans son mécanisme de règlement des différends soit normalement leur représentant permanent près l'Organisation à Genève[1416]. Si l'on voulait appliquer l'esprit du recours en prompte mainlevée dans le contexte de l'OMC, comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte en faveur des personnes privées affectées par un différend commercial international, il s'agirait de leur permettre de représenter politiquement le membre de l'OMC dans son mécanisme de règlement des différends, c'est-à-dire de devenir son agent au lieu du représentant permanent. À l'instar du recours en prompte mainlevée, aucune exigence de nationalité ne devrait venir restreindre ce droit du membre de l'OMC de se faire représenter par la personne privée de son choix. La personne privée se verrait ainsi confier la direction des procédures et pourrait s'adjoindre les services d'avocats et de conseillers juridiques pour l'assister.

La question du moment de l'accréditation de la personne privée serait primordiale. Si la personne privée était accréditée postérieurement au dépôt de la plainte par le membre de l'OMC, c'est-à-dire après l'invocation de la responsabilité d'un autre membre, il s'agirait d'une délégation du droit de l'État de se représenter dans les mécanismes de règlement des différends internationaux, sans que l'incapacité de principe de la personne privée au plan international ne soit altérée, puisque le membre serait toujours formellement la partie plaignante au litige, qui demeurerait interétatique au plan juridique. Si l'accréditation avait lieu avant l'invocation de la responsabilité du membre de l'OMC, comme on l'envisage en ce qui concerne le recours en prompte mainlevée auprès du Tribunal international du droit de la mer, cette invocation serait en pratique faite par la personne privée, même si, à nouveau, l'incapacité de principe des personnes privées au plan international ne serait toujours pas altérée, puisque le membre de l'OMC serait toujours formellement la partie plaignante au litige. En revanche, la frontière deviendrait très ténue entre ce mode de participation des personnes privées au règlement des différends commerciaux internationaux et la reconnaissance de leur droit propre d'invoquer la responsabilité de l'État, comme dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct, ou comme le ferait l'élargissement du droit de porter

[1416] Martha, *supra* note 1409 à la p. 90.

plainte à l'OMC en leur faveur. Au fond, la seule différence juridique entre ces deux modes de participation serait l'identité formelle de la partie plaignante.

On a vu que le deuxième aspect de la représentation de l'État dans les mécanismes de règlement des différends internationaux consistait en la délégation d'avocats et de conseillers juridiques pour assister son agent. La coutume internationale prévoit également le droit souverain de l'État de décider de la composition de sa délégation auprès de l'organe de règlement des différends; la pratique des États à la Cour internationale de justice veut qu'ils délèguent des avocats ou conseillers expérimentés à leur emploi, ou encore qu'ils fassent appel aux services de cabinets privés spécialisés ou à des professeurs de droit[1417]. Les parties contractantes du *GATT de 1947* n'avaient jamais inclus d'avocats de cabinets privés dans leur délégation auprès d'un groupe spécial, mais la question de savoir si les membres de l'OMC pouvaient ainsi recourir à des cabinets d'avocats privés s'est posée et a finalement reçu une réponse affirmative, malgré l'opposition notable des États-Unis[1418], concernant tant le processus d'examen des plaintes par un groupe spécial que par l'Organe d'appel.

Dans l'affaire *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes*, les États-Unis et le Mexique se sont opposés au droit de Sainte-Lucie de joindre des avocats étrangers à sa délégation auprès du groupe spécial, en alléguant la pratique antérieure des parties contractantes du *GATT de 1947*. Le groupe spécial leur a donné raison au motif surtout que la participation d'avocats de cabinets privés dans les procédures altérerait le caractère intergouvernemental et la confidentialité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC[1419]. Cette constatation du groupe spécial a été renversée en partie par l'Organe d'appel, qui a reconnu que rien dans les accords de l'OMC ne restreint le droit souverain des membres de l'OMC de composer leur délégation comme bon leur semble[1420]. Il a cependant limité

---

[1417] Rosenne, *ibid.* aux pp. 119-120.

[1418] On ne peut manquer de trouver pour le moins curieux — voire odieux — ce refus des États-Unis, lorsqu'on le met en regard de leur grande ouverture face aux *amici curiae*. Voir *supra* la note 1305 et le texte correspondant.

[1419] *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes* (*Plaintes de l'Équateur et al.*) (1997), Doc. OMC WT/DS27/R aux paragr. 7.10 à 7.12 (Rapport du groupe spécial). Le groupe spécial n'a cependant pas remis en question le droit des membres de l'OMC de consulter des avocats de cabinets privés hors des audiences des groupes spéciaux.

[1420] *Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes*, *supra* note 277 aux paragr. 10-12 (Rapport de l'Organe d'appel).

sa réponse au cadre spécifique des procédures d'appel dans cette affaire, aussi a-t-il fallu attendre l'affaire *Indonésie—Certaines mesures affectant l'industrie automobile*[1421] pour que le droit du membre de l'OMC de se faire assister par des avocats de cabinets privés soit reconnu également au stade du groupe spécial, au motif que rien dans les accords de l'OMC n'empêche l'exercice de ce droit souverain des États, que les avocats de cabinets privés représentent le gouvernement et qu'à ce titre, ils sont tenus aux mêmes exigences de confidentialité. Le droit des membres de l'OMC de recourir à des avocats de cabinets privés pour assister leur agent dans les procédures entreprises à l'OMC est maintenant bien établi et n'est plus contesté[1422], mais il continue de préoccuper la doctrine américaine en ce qui concerne le caractère adéquat de l'encadrement normatif de la profession d'avocat au plan international[1423].

Cette reconnaissance du droit des membres de l'OMC d'être assistés par des avocats de cabinets privés ne doit pas être confondue avec un mode de participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques; elle participe plutôt de la problématique de l'accès à la justice pour les membres de l'OMC et de l'égalité souveraine des États[1424]. Les petits pays et les pays en voie de développement n'ont en effet pas les ressources suffisantes pour se doter de contentieux spécialisés en droit international économique, et les priver du recours au cabinets privés reviendrait à favoriser injustement les grands pays et les pays développés. Les avocats représentent les

---

[1421] *Indonésie—Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (*Plainte des Communautés européennes, du Japon et des États-Unis*) (1998), Doc. OMC WT/DS54, 55, 59 et 64/R aux paragr. 14.1 et 14.2 (Rapport du groupe spécial).

[1422] Voir E. Hernández-López, « Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes » (2001) 35:3 J. World T. 469 à la p. 481. Cette participation d'avocats de cabinets privés n'est cependant pas une panacée pour les membres de l'OMC, parce qu'elle comporte le risque de voir des avocats hyperspécialisés en droit de l'OMC perdre de vue les aspects de droit international public impliqués dans les différends commerciaux internationaux. On peut toutefois penser que ce risque est aussi présent chez les membres de l'OMC qui se sont dotés de services juridiques spécialisés en droit international économique. Martha, *supra* note 1409 à la p. 96.

[1423] Voir P. McCalley, « The Dangers of Unregulated Counsel in the WTO » (2005) 18 Geo. J. Legal Ethics 975. L'opposition première des États-Unis à l'adjonction, par les membres de l'OMC, d'avocats de cabinets privés dans leur délégation trouve un certain écho dans ces préoccupations. Il ne semble toutefois pas que cette problématique soit très nouvelle, ou spécifique à l'OMC, au vu de la pratique des États devant les autres juridictions internationales. La question qui est soulevée plus globalement est celle de la suffisance du droit professionnel national ou de la nécessité d'un droit professionnel international pour encadrer la pratique de la profession d'avocat au plan mondial, en ce qui a trait particulièrement aux conflits d'intérêts et à la protection de la confidentialité.

[1424] Voir J.C. Pearlman, « Participation by Private Counsel in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings » (1999) 30 L. & Pol'y Int'l Bus. 399 à la p. 401; Hernández-López, *supra* note 1422 à la p. 483.

intérêts du membre de l'OMC qui les engage et non pas leurs propres intérêts privés; par ailleurs, ils ne sont pas formellement chargés de la direction de l'affaire, qui incombe à l'agent, mais assistent plutôt ce dernier.

En terminant, il faut aussi souligner que les avocats des personnes privées affectées par un différend commercial international participent déjà dans la conduite de l'affaire par le membre de l'OMC, à des degrés divers, comme on l'a vu en étudiant la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées[1425]. De tels mécanismes formalisés encouragent et structurent cette participation, mais même dans les membres qui n'ont pas formalisé leur mécanisme interne, les avocats des personnes privés affectées sont interpellés à diverses étapes du processus, ce qui a permis à Jeffrey Dunoff de dire que les personnes privées participent déjà au règlement des différends commerciaux internationaux à l'OMC, hors des audiences des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel[1426]. C'est pourquoi ce mode de participation ne justifie pas la conceptualisation d'une autre voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées; il doit plutôt être rattaché à la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées.

b) Évaluation

La reconnaissance de la possibilité pour un membre de l'OMC de se faire représenter par une personne privée affectée par un différend commercial international, dans le cadre de son règlement par l'OMC, répond à quelques problèmes rencontrés par les personnes privées dans le cadre du mécanisme actuel de règlement des différends. Le problème du pouvoir discrétionnaire du membre de porter plainte à l'OMC reçoit une réponse conditionnelle, selon que l'accréditation de la personne privée soit accordée par le membre avant ou après le dépôt de la plainte. L'octroi de la direction de l'affaire à la

---

[1425] Voir la partie 3.2.2, ci-dessus, pour une discussion sur les mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC, aux États-Unis, dans la Communauté européenne et au Canada. Voir aussi Pearlman, *ibid.* à la p. 411; Hernández-López *ibid.* aux pp. 483-485; Nichols, « Assumptions », *supra* note 1246 à la p. 441.

[1426] J.L. Dunoff, « The Misguided Debate over NGO Participation at the WTO » (1998) 1 J. Int'l Econ. L. 433. Jeffrey Dunoff a particulièrement démontré, avec force détails, l'ampleur de la participation des sociétés privées Kodak Eastman et Fuji dans le cadre de l'affaire *Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, *supra* note 343, qui a opposé les États-Unis au Japon (*ibid.* aux pp. 441-448).

personne privée nommée agent du membre de l'OMC et agissant en son nom permet à ce dernier d'épargner ses ressources en transférant à la personne privée la charge de la défense de ses intérêts à l'OMC, répondant au problème de la limitation des ressources étatiques. Rien ne semble pouvoir empêcher une personne privée de représenter un membre de l'OMC dans un litige contre son propre État de nationalité, alors que les problèmes relatifs à la justice fondamentale sont partiellement solutionnés dans la mesure où la personne privée agissant au nom du membre de l'OMC peut présenter ses arguments rationnels à l'organe quasi-judiciaire.

Les problèmes relatifs à la malprotection des intérêts collectifs d'une branche de l'industrie de l'État et à l'affaiblissement du rôle de l'État comme médiateur des intérêts divergents ne sont pas vraiment résolus, dans la mesure où le membre de l'OMC demeure maître de la décision de se faire représenter ou pas. Par contre, la représentation de l'État par une personne privée répond à la question de l'affaiblissement du rôle de l'État dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, puisque le membre de l'OMC reconnaît que le différend commercial international est suffisamment circonscrit pour pouvoir être confié à la personne privée affectée, sans qu'il doive en contrôler tous les détails au nom de la bonne conduite de ses relations internationales. Finalement, ce mode de participation accroîtrait la transparence du processus en mettant au jour les intérêts privés derrière la plainte du membre de l'OMC.

La représentation du membre de l'OMC apparaît comme une solution nuancée et porteuse aux problèmes rencontrés par les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, qui préserve raisonnablement le contrôle étatique nécessaire au vu de la finalité transcendante du système commercial multilatéral. Ce mode de participation des personnes privées serait surtout adapté pour les différends bien circonscrits, où les intérêts de l'État et ceux de la personne privée affectée épousent globalement les mêmes lignes. Il apparaît comme une étape intermédiaire entre la participation dans le mécanisme interne de traitement des plaintes privées et l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées. Mais avant d'examiner cette dernière hypothèse, il convient de s'attarder à une autre voie alternative, laissant de côté le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, au

profit des juridictions internes de ses membres, devant lesquelles les personnes privées jouissent de la pleine capacité juridique.

### 3.2.4 L'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne

On a vu que la supranationalité et l'interpénétration des sphères juridiques communautaire et nationale étaient les principales caractéristiques de la Communauté européenne, du point de vue des personnes privées. L'instrument juridique par lequel procède cette interpénétration est le principe de l'effet direct du *Traité CE* dans l'ordre juridique interne de ses États membres, qui fait en sorte que ses dispositions y sont directement applicables et peuvent être invoquées par les personnes privées devant leurs juridictions internes, pour mettre en échec les dispositions nationales incompatibles, avec le concours du principe de la primauté du droit communautaire[1427]. L'effet direct est un des principaux leviers de l'intégration économique européenne, puisqu'il table sur la capacité des personnes privées dans leur ordre juridique interne pour assurer le respect de leurs obligations communautaires par les États membres. De manière encore plus significative, il permet aux personnes privées de porter plainte contre leur propre État de nationalité, ce qui montre que l'on ne se situe plus exactement dans le cadre de différends internationaux, mais plutôt en amont, dans celui de différends internes mettant en cause la responsabilité interne de la puissance publique.

On a aussi vu que l'on recourait à un ersatz de l'effet direct dans le cadre de l'*ANZCERTA*, où les personnes privées peuvent invoquer le droit international conventionnel dans le cadre du contrôle judiciaire de certaines décisions administratives, pour autant que la législation nationale le permette dans un secteur d'activité donné[1428]. Ce même procédé est également prévu au Canada dans le cadre de l'*ALÉNA* — mais aussi de l'OMC, on le verra — dans le domaine très limité de l'octroi des marchés publics par le gouvernement fédéral[1429].

---

[1427] Voir la partie 2.2.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur la supranationalité et l'interpénétration des sphères communautaire et nationale dans la Communauté européenne.
[1428] Voir la partie 2.2.5, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le cadre de l'*ANZCERTA*.
[1429] Voir *supra* la note 593 et le texte correspondant.

Vu l'importance de ce concept juridique, particulièrement dans la Communauté européenne, l'invocabilité des accords de l'OMC apparaît donc comme une importante voie alternative à l'élargissement du droit d'y porter plainte en faveur des personnes privées.

a) L'invocabilité des traités en droit interne

L'invocabilité, l'effet direct, ou encore l'applicabilité directe des traités en droit interne signifie que les personnes privées peuvent invoquer leurs dispositions comme source de droit positif devant les juridictions internes d'un État, sans qu'un acte de transformation ne soit nécessaire[1430]. Avec le concours du principe de la primauté du droit international dans l'ordre juridique interne, il signifie que les mesures nationales incompatibles avec les dispositions du traité jouissant de l'effet direct peuvent être invalidées ou annulées par les tribunaux nationaux de l'État qui les a adoptées, voire même faire naître à sa charge une obligation de réparation des dommages qui en ont résulté, selon ses règles internes sur la responsabilité de la puissance publique.

Le concept de l'effet direct des traités en droits interne et le rôle qu'il donne aux personnes privées dans la mise en œuvre du droit international conventionnel participe en réalité d'une sublimation du différend international proprement dit. Même s'il permet à une personne privée étrangère de contester la compatibilité de la mesure d'un État avec un traité, on se situe en amont du différend international, puisque le débat s'engage devant les juridictions de l'État visé par le recours privé. Une internalisation totale du différend s'opère, et on ne parle plus de l'invocation de la responsabilité internationale de l'État, mais plutôt de la responsabilité interne de la puissance publique. Puisqu'il s'agit d'attraire un État devant ses propres tribunaux, ses ressortissants peuvent également

---

[1430] A. Nollkaemper, « The Direct Effect of Public International Law » dans J.M. Prinssen et A. Schrawen, dir., *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningue (Pays-Bas), Europa Law, 2002, 155 à la p. 159; Rideau, *supra* note 536 à la p. 819. John Jackson propose certaines distinctions conceptuelles entre invocabilité, applicabilité directe, effet direct et « *self-executiveness* », mais celles-ci n'apparaissent pas toujours convaincantes. Au-delà de la terminologie, ce qui importe est la substance du concept auquel on se réfère, aussi utiliserons-nous ces différentes expressions de manière interchangeable à moins que le contexte n'indique une acception particulière. Voir J.H. Jackson, « Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis » (1992) 86 A.J.I.L. 310. Pour une utilisation interchangeable de ces termes semblable à la nôtre, voir p. ex. T. Cottier et K.N. Schefer, « The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law » (1998) 1 J. Int'l Econ. L. 83 à la p. 91, n. 27.

invoquer le traité d'application directe à l'encontre de la mesure de leur État de nationalité, ce qui, *a fortiori*, échappe à l'acception classique du différend international.

Il semble qu'on puisse opérer une distinction entre les concepts d'effet direct ou d'applicabilité directe, d'une part, et celui d'invocabilité d'autre part. Le concept d'invocabilité serait plus englobant que les deux premiers, puisqu'il permettrait de viser les traités qui ne sont certes pas directement applicables dans l'ordre juridique interne d'un État à titre de source de droit positif, mais qui sont néanmoins invocables dans le cadre du contrôle judicaire des actes de l'administration[1431]. En outre, les traités peuvent dans certaines circonstances être invoqués comme source interprétative du droit interne, même s'ils ne sont pas directement applicables à titre de source de droit positif, voire même s'il ne sont pas incorporés dans l'ordre juridique interne de l'État. Comme on le verra plus bas, ces raffinements dans l'analyse des rapports entre les traités et l'ordre juridique interne de l'État ont également fait leur apparition en ce qui concerne l'invocabilité des accords de l'OMC dans l'ordre juridique interne de ses membres.

L'invocabilité des traités en droit interne est un concept juridique pluriel qui interpelle à la fois le droit international général et le droit interne d'un État donné, ce qui signifie qu'il est difficilement rattachable à l'un ou l'autre ordre juridique[1432]. Selon Pierre-Marie Dupuy, on a tendance à surestimer le caractère novateur du concept d'effet direct en droit communautaire, puisque le droit international classique reconnaît depuis longtemps qu'un traité puisse s'appliquer directement dans l'ordre juridique interne d'un État et qu'il est tout à fait possible qu'il fasse naître des droits au profit des personnes privées[1433]. La Cour permanente de justice internationale avait en effet eu à se pencher sur ces questions dans l'affaire de la *Compétence des tribunaux de Dantzig*, qui mettait en cause les réclamations pécuniaires de fonctionnaires ferroviaires dantzikois fondées directement sur un traité, conclu entre la Ville libre de Dantzig et la Pologne, afin d'organiser leur transfert et leur intégration à l'Administration polonaise des chemins de fer :

---

[1431] Voir la partie 3.2.4 b) *(iii)*, ci-dessous, pour une discussion sur les assouplissement au refus de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC.
[1432] Nollkaemper, *supra* note 1430 à la p. 158; C.D. Espósito, « International Trade and National Legal Orders : The Problem of Direct Applicability of WTO Law » dans P. Mengozzi, dir., *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan, Giuffrè, 1999, 429 à la p. 431.
[1433] Dupuy, *supra* note 318 aux pp. 398 et 432.

> « Le [Traité], tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui régissent les rapports juridiques entre l'Administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantzikois passés à son service (contrat de service)? La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le [Traité], accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux.
> [...]
> « Le texte et la teneur générale du [Traité] montrent que les dispositions de cet acte sont directement applicables entre les fonctionnaires et l'Administration. »[1434]

Ces observations font apparaître les conditions juridiques de l'invocabilité des traités. Le concept comporte d'abord une condition juridique internationale subjective, voulant que le traité prévoie ou non, de manière explicite ou implicite, s'il exige que ses dispositions soient appliquées directement dans l'ordre juridique interne de ses parties contractantes[1435]. Mais un traité pourrait *a contrario* interdire son invocabilité de manière explicite ou implicite.

L'invocabilité des traités comporte aussi une condition juridique internationale objective, voulant qu'un traité puisse être rédigé de telle manière qu'il est manifestement destiné à créer des droits susceptibles d'être exercés par les personnes privées. La question de l'invocabilité d'un traité exige que l'on interroge celui-ci de manière à déterminer si ses dispositions ou certaines d'entre elles sont susceptibles d'entrer dans le patrimoine juridique des personnes privées et ainsi d'être appliquées directement par une juridiction interne. Cette détermination sera normalement faite par les juridictions internes de l'État, ce qui signifie que les critères devant être appliqués ne sont pas prédéterminés par le droit international, mais la tendance qui se dégage des différentes juridictions veut que la norme internationale soit « juridiquement et matériellement

---

[1434] Affaire de la *Compétence des tribunaux de Dantzig*, (1928), Avis consultatif, C.P.J.I. (Sér. B) n° 15 aux pp. 17-18.

[1435] Nollkaemper, *supra* note 1430 à la p. 171; Dupuy, *supra* note 318 à la p. 398; P. Eeckhout, « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems » (1997) 34 C.M.L. Rev. 11 à la p. 27. La Cour de justice des Communautées européennes a par exemple jugé que le *Traité CE* exigeait implicitement que tous ses États membres reconnaissent son effet direct dans leur ordre juridique interne. Voir l'affaire *Van Gend en Loos*, *supra* note 550 et le texte correspondant.

achevée »[1436]. En droit communautaire, par exemple, l'existence d'une juridiction supranationale a permis le développement de critères s'appliquant à l'ensemble des États membres de la Communauté européenne; quoiqu'ils n'aient jamais été articulés de manière claire et définitive, ceux-ci exigent globalement que la disposition du *Traité CE* impose aux États membres une obligation précise et inconditionnelle[1437]. Aux États-Unis, le concept analogue de « *self-executing treaty* » a été développé par les tribunaux en référence aux traités pouvant être invoqués devant eux par les personnes privées, atténuant l'incorporation des traités prévue en principe par la Constitution américaine; un traité sera « *non self-executing* » s'il manifeste l'intention de ne pas produire des effets directement dans l'ordre juridique interne des parties contractantes sans le concours d'une législation de mise en œuvre, si le Sénat ou le Congrès américain ont exigé une législation de mise en œuvre lors de la conclusion du traité, ou encore si une législation de mise en œuvre est constitutionnellement requise[1438]. Les conditions juridiques internationales de l'invocabilité du traité doivent donc être remplies dans un premier temps.

La réalisation de l'invocabilité d'un traité dans l'ordre juridique interne d'un État donné exige dans un second temps que l'on interroge son droit interne, et plus particulièrement la manière dont il règle les rapports entre les sphères juridiques internationale et nationale. La condition primordiale de l'effet direct du traité est que celui-ci soit dûment incorporé dans l'ordre juridique interne de l'État[1439]; cette incorporation dépendra de l'approche moniste ou dualiste suivie par l'État[1440]. Selon

---

[1436] Dupuy, *ibid.* aux pp. 398-399; Eeckhout, *ibid.*

[1437] Voir *supra* la note 553 et le texte correspondant.

[1438] U.S. Const. art. VI, § 2; *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* §111(4) (1987). Voir généralement D. Sloss, « Non-Self Executing Treaties : Exposing a Constitutional Fallacy » (2002) 36 U.C. Davis L. Rev. 1; R.A. Brand, « Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union » (1996-97) 17 Nw. J. Int'l L. & Bus. 556; C.M. Vazquez, « The Four Doctrine of Self-Executing Treaties » (1995) 89 A.J.I.L. 695; J.J. Paust, « Self-Executing Treaties » (1988) 82 A.J.I.L. 760.

[1439] Nollkaemper, *supra* note 1430 à la p. 164. André Nollkaemper parle de la « *validity* » du traité au regard du droit interne, mais il nous semble plus exact de parler de leur incorporation au droit interne, puisqu'un traité non incorporé pourrait néanmoins avoir été validement conclu au regard du droit interne d'un État dualiste.

[1440] Voir Dupuy, *supra* note 318 aux pp. 399-401; Verhoeven, *supra* note 325 aux pp. 450-453. La pertinence de cette opposition classique entre monisme et dualisme est souvent remise en question dans la doctrine, en raison notamment de la tendance des juridictions des États monistes à vouloir en atténuer les conséquences juridiques, particulièrement lorsque le traité automatiquement incorpré y prime sur le droit interne. Elle demeure néanmoins conceptuellement utile pour expliquer l'approche général d'un ordre juridique interne face à l'ordre juridique international. Voir Espósito, *supra* note 1432 à la p. 431, n. 3; H. Schermers, « Some Recent Cases Delaying the Direct Effect of International Treaties in Dutch Law »

l'approche moniste, le traité est automatiquement incorporé au droit interne dès qu'il entre en vigueur après avoir été dûment conclu par les organes étatiques compétents, opérant donc une simultanéité entre l'entrée en vigueur du traité au plan international et son incorporation en droit interne. Selon l'approche dualiste, le traité validement conclu et entré en vigueur au plan international n'a aucun effet en droit interne, puisque les sphères internationale et nationale sont indépendantes l'une de l'autre, ce qui signifie que l'intervention du législateur est nécessaire pour que le traité soit incorporé au droit interne.

Le traité dûment incorporé peut être appliqué directement en droit interne et invoqué devant les juridictions nationales de l'État. Mais pour que le concept d'effet direct puisse se réaliser pleinement, il est également nécessaire que les normes prévues par le traité priment sur les dispositions nationales incompatibles, ce qui interpelle à nouveau le droit interne[1441]. Dans les États monistes, les constitutions nationales varient sur la question de savoir si les traités priment ou non sur le droit interne, tandis que dans les États dualistes, les traités incorporés ont généralement la valeur de la loi qui les a incorporés, ce qui signifie que les règles normales d'interprétation législatives s'appliquent et que, par exemple, la loi incompatible postérieure prime sur la loi d'incorporation, que la loi d'incorporation est inférieure à la constitution écrite, ou encore que la loi fédérale antérieure ou postérieure prime sur la loi d'incorporation d'une entité fédérée. C'est pourquoi l'État soumis à l'obligation internationale de prévoir l'effet direct d'un traité doit modifier son droit interne, voire sa constitution, afin de remplir cette obligation, comme ce fut le cas dans de nombreux États membres de la Communauté européennes[1442].

---

(1989) 10 Mich. J. Int'l L. 266. On peut penser que l'approche moniste ou dualiste dépendra souvent de la question de savoir si le mode interne de conclusion des traités exige ou non l'intervention d'un nombre suffisant d'organes étatiques, susceptibles d'asseoir la légitimité interne du traité ainsi conclu. Par exemple, dans les États dont le droit public est d'inspiration britannique, comme le Canada, le pouvoir exécutif est le seul organe étatique interpellé pour conclure validement un traité au plan international, mais l'incorporation des traités en droit interne exige l'intervention du pouvoir législatif. L'application de ce raisonnement juridique au cadre fédéral canadien a eu pour effet de voir la compétence pour incorporer un traité en droit interne répartie entre la branche législative fédérale et les branches législatives provinciales, selon la matière visée par le traité, suivant le partage des compétences législatives. Voir *Canada (P.G.)* c. *Ontario (P.G.)*, [1937] A.C. 326; Jackson, « Status of Treaties », *supra* note 1430 à la p. 315.

[1441] Nollkaemper, *supra* note 1430 à la p. 165.

[1442] Par exemple, certains États membres monistes comme l'Espagne et la Grèce ont modifié leur constitution pour assurer la primauté du droit communautaire. Dans d'autres États membres monistes

En somme, pour qu'un traité soit invocable ou directement applicable dans l'ordre juridique interne d'un État, pour qu'il y devienne une source de droit positif, il est nécessaire qu'il soit incorporé dans l'ordre juridique interne de l'État et qu'il y prime sur les autres normes internes. Il faut aussi interroger le traité lui-même pour déterminer s'il exige ou permet son invocabilité, ainsi que pour identifier lesquelles de ses dispositions sont susceptibles d'être appliquées directement; les critères utilisés pour procéder à cette détermination seront normalement élaborés par la juridiction interne chargée de l'appliquer.

b) L'état du droit concernant l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne

Les principaux membres de l'OMC ont été jusqu'à présent très réticents à voir ces accords jouir de l'effet direct dans leur ordre juridique interne[1443]. Les ressortissants des membres de l'OMC ont certes tenté d'invoquer les accords de l'OMC devant leurs juridictions nationales, mais celles-ci ont généralement refusé de les appliquer directement.

---

comme la Belgique et le Luxembourg, ce sont les tribunaux qui ont interprété le droit constitutionnel comme assurant la primauté du droit communautaire, rendant inutiles de procéder à de telles modifications. L'Irlande, un État membre dualiste, a modifié sa constitution afin de permettre la primauté du droit communautaire. D'autres États membres dualistes comme la Finlande, le Royaume-Uni et la Suède ont pour leur part adopté une loi générale d'incorporation ouverte du *Traité CE* et des règlements communautaires adoptés sous son empire, assortie d'une disposition de primauté législative sur les lois postérieures. Rideau, *supra* note 536 aux pp. 943, 953-954, 968, 1012, 1022, 1043 et 1068. Voir par ex. *European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68, art. 2(1).

[1443] M. Hilf, « The Role of National Courts in International Trade Relations » (1996-97) 18 Mich. J. Int'l L. 321 à la p. 323; V. Pace, *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2000 aux pp. 389 et 392 [ci-après Pace, *L'OMC*]; Espósito, *supra* note 1432 à la p. 467. Les petits et moyens États seraient cependant plus ouverts à l'idée de reconnaître éventuellement l'invocabilité des accords de l'OMC que les grandes puissances commerciales que sont les États-Unis et la Communauté européenne, en raison de leur rôle moindre dans la gestion globale des relations internationales et de l'avantage comparatif qu'ils pourraient tirer de cette reconnaissance. Une telle ouverture a été notée en Suisse par exemple. Cottier et Schefer, *supra* note 1430 à la p. 108. Un auteur a par contre souligné que l'accord sectoriel sur l'imposition de droits antidumping, *l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, aurait force de loi dans 26 membres de l'OMC. P. Ruttley, « The Effect of WTO Agreements in EC Law » dans *The WTO and International Trade Regulation*, *supra* note 1395, 130 n. 3. On verra plus bas que l'Argentine estime que les accords de l'OMC jouissent de l'effet direct dans son ordre juridique interne. Voir la note 1448 et le texte correspondant. En réalité, il semble que la question de l'invocabilité des accords de l'OMC dans chacun de ses 148 membres n'ait jamais fait l'objet d'une étude exhaustive, ce qui explique le caractère parcellaire de l'information à ce sujet.

*(i) Conditions juridiques internationales de l'invocabilité des accords de l'OMC*

Si l'on interroge d'abord les accords de l'OMC eux-mêmes, on constate que ses membres n'ont pas manifesté explicitement le désir qu'ils jouissent de l'effet direct. Au contraire, se pourrait-il que le principe de l'exclusivité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC vaille refus manifeste de voir tout litige mettant en cause ces accords être entendu ailleurs que dans le cadre de ce mécanisme interétatique[1444]? Il semble que non, puisque ce principe ne s'applique qu'au règlement des différends commerciaux internationaux. Or, le concept d'invocabilité des traités en droit interne procède d'une sublimation du différend international, où la question de l'inexécution du droit international conventionnel est internalisée pour en faire un différend mettant en cause non pas la responsabilité internationale de l'État, mais plutôt la responsabilité interne de la puissance publique. Il n'y a donc pas d'intention explicite positive ou négative quant à l'invocabilité des accords de l'OMC.

Quant à l'existence d'une éventuelle intention implicite concernant leur invocabilité, un groupe spécial a examiné cette question dans l'affaire qui mettait en cause le mécanisme interne de traitement des plaintes privées des États-Unis, pour constater que les accords de l'OMC n'avaient pas été interprétés comme devant jouir de l'effet direct, tout en ne préjugeant pas de l'interprétation à laquelle les tribunaux internes des membres de l'OMC pourraient arriver en vertu de leur droit interne :

> « Ni le GATT ni l'Accord de l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC *n'*ont *pas* créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants[1445]. »

Cela signifie que les accords de l'OMC ne contiennent aucune obligation explicite ou implicite de prévoir leur effet direct à la charge de ses membres, contrairement au *Traité CE*. La cohérence dans la reconnaissance de leur effet direct par les membres de l'OMC n'est donc pas envisagée, ce qui pourrait poser des problèmes au plan de la

---

[1444] Voir la partie 1.2.2 b) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur le principe de l'exclusivité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC comme élément de renforcement de l'approche légaliste dans le règlement des différends commerciaux internationaux.

[1445] *États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, *supra* note 389 au paragr. 7.72.

réciprocité et de l'équilibre des obligations entre ceux-ci, puisque les membres qui reconnaîtraient l'effet direct seraient davantage contraints par leurs obligations internationales conventionnelles. Cela n'est cependant pas suffisant pour dégager avec certitude une intention implicite[1446] de refus de l'effet direct dans les accords de l'OMC, même si un tel refus implicite serait conforté par la finalité transcendante du système commercial multilatéral, qui est de contribuer à la création de conditions favorables au maintien de la paix et de la sécurité internationales, en laissant les États maîtres de la médiation des intérêts divergents mis en cause par le processus de libéralisation du commerce mondial[1447].

Dans une autre affaire, l'Organe d'appel a rappelé la constatation du groupe spécial, qui n'avait pas retenu l'argument mis de l'avant par l'Argentine, voulant que le fait que les accords de l'OMC jouissaient de l'effet direct et de la primauté dans son ordre juridique interne signifiait que sa mesure ne pouvait pas être interprétée comme étant incompatible avec ceux-ci[1448]. Une telle argumentation aurait signifié que les mesures des membres reconnaissant l'invocabilité des accords de l'OMC auraient toujours pu être sauvées par l'illicéité interne de l'incompatibilité avec ses obligations internationales conventionnelles, ce qui inversait la prescription du droit international des traités voulant qu'un État ne puisse « invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité », puisque l'État invoquerait ici son droit interne pour établir l'exécution d'un traité[1449]. Ni l'Organe d'appel, ni le groupe spécial ne se sont interrogés sur la question de savoir si les accords de l'OMC obligeaient, permettaient, ou

---

[1446] Au moins un auteur a estimé que l'intention des parties contractantes pourrait poser un obstacle important à la reconnaissance de l'effet direct des accords de l'OMC. Voir Espósito, *supra* note 1432 à la p. 466.

[1447] Ernst-Ulrich Petersmann croit au contraire que cette finalité transcendante commande précisément que l'on reconnaisse l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne, afin de constitutionnaliser leurs normes et d'en assurer une meilleure application en contraignant davantage les États, pour permettre la réalisation de cette finalité. Cette position semble postuler que cette finalité se réalisera d'elle même par la simple application des règles des accords de l'OMC, tandis que notre position postule que l'intervention de l'État comme opérateur de la libéralisation du commerce mondial est essentielle pour assurer une mondialisation intelligente et humaine de l'économie. Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 247.

[1448] *Argentine—Mesures affectant les importations de chaussures, de textiles, vêtements et autres articles (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS56/AB/R au paragr. 54 (Rapport de l'Organe d'appel); *Argentine—Mesures affectant les importations de chaussures, de textiles, vêtements et autres articles (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS56/R au paragr. 6.69 (Rapport du groupe spécial).

[1449] Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 82, art. 27.

interdisaient que les membres reconnaissent leur invocabilité, laissant penser qu'ils ont pris pour acquis que cela était permis.

Dans la doctrine, plusieurs auteurs prennent aussi pour acquis que rien au plan international n'empêche les accords de l'OMC d'être invocables en droit interne[1450]. Ils ont noté que plusieurs dispositions de ces accords étaient suffisamment précises et rédigées de telle manière qu'elles pourraient se voir reconnaître l'effet direct par les tribunaux des membres de l'OMC. Par exemple, on fait grand état du caractère achevé des dispositions contenues dans l'*AGCS* et l'*Accord sur les ADPIC*, mais plus largement de la juridicité certaine des accords de l'OMC, comparé au *GATT de 1947*, pour affirmer que la plupart de leurs dispositions pourraient désormais jouir de l'effet direct[1451].

### *(ii) Conditions juridiques internes de l'invocabilité des accords de l'OMC*

Puisque les accords de l'OMC n'interdisent pas clairement leur invocabilité, il est nécessaire d'examiner la réponse du droit interne à cette question. On constate d'abord que la juridicité douteuse du *GATT de 1947*, ainsi que le caractère relatif et conditionnel de ses dispositions, ont conduit la grande majorité de ses parties contractantes à refuser son effet direct dans leur ordre juridique interne. Dans son célèbre arrêt *International*

---

[1450] Voir Petersmann, *GATT/WTO Dispute Settlement System*, *supra* note 128 à la p. 247; Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 63-64; Cottier et Schefer, *supra* note 1430 aux pp. 92-93; Eeckhout, *supra* note 1435 à la p. 32; Ruttley, *supra* note 1443 à la p. 130; F. Berrod, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation » (2000) 36 R.T.D. eur. 419 à la p. 421; M. Miller, « The TRIPS Agreement and Direct Effect in European Community Law : You Can Look... But Can You Touch? » (1999) 74 Notre Dame L. Rev. 597 aux pp. 619-620; K.J. Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma : Public Interest versus Individual Rights?*, Beuningen (Pays-Bas), Nexed, 1996; Hilf, *supra* note 1443 à la p. 356; Pace, *L'OMC*, *supra* note 1443 à la p. 388. *Contra* Jackson, « Status of Treaties », *supra* note 1430 aux pp. 329 et 340; J.P. Trachtman, « Bananas, Direct Effect and Compliance » (1999) 10 Eur. J. Int'l L. 655 à la p. 678; J. Osterhoudt Berkey, « The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT : A Question Worth Revisiting » (1998) 9 Eur. J. Int'l L. 626 aux pp. 656-657.

[1451] Par exemple, Dominique Carreau et Patrick Juillard estiment que les articles I et III du *GATT de 1994* ne remplissent toujours pas les critères de l'effet direct du droit communautaire, parce qu'ils visent des produits plutôt que des personnes. Mais ils estiment cependant que l'*AGCS* et l'*Accord sur les ADPIC* devraient jouir de l'effet direct parce que leurs dispositions visent explicitement les personnes privées. Cette argumentation basée sur le destinataire des obligations des accords de l'OMC n'est pas totalement convaincante, puisque la Cour de justice des Communautés européennes elle-même a souligné que le fait que les États soient soumis à une obligation de ne pas faire ne signifiait pas que les personnes privées ne pouvaient pas en bénéficier. Carreau et Juillard, *ibid.* aux pp. 161-162, 231, 237 et 323-324; affaire *Van Gend en Loos*, *supra* note 550 à la p. 13. Voir la partie 1.1.3, ci-dessus, pour une discussion sur le renforcement de la juridicité du droit international économique.

*Fruit Company* c. *Produktschap voor Groenten en Fruit*[1452], la Cour de justice des Communautés européennes, la juridiction la plus familière avec le concept d'effet direct, s'est fondée sur l'esprit, l'économie et les termes du *GATT de 1947* pour conclure que « la grande souplesse de ses dispositions » — illustrée par le fait qu'elles étaient sujettes à des dérogations, des mesures pouvant être prise en présence de difficultés exceptionnelles, des mesures de sauvegarde, ainsi qu'à un mécanisme de règlement des différends[1453] — faisait en sorte que son article XI, interdisant les restrictions quantitatives, ne pouvait jouir de l'effet direct dans l'ordre juridique communautaire. Cette jurisprudence a été étendue aux États membres eux-mêmes, qui se sont également vus refuser le droit d'invoquer le *GATT de 1947* dans l'ordre juridique communautaire, malgré leur statut de requérant privilégié à titre d'opérateur institutionnel[1454]. La jurisprudence communautaire a eu une influence considérable sur les autres parties contractantes du *GATT de 1947*, où son invocabilité a partout été refusée par les

---

[1452] *International Fruit Company* c. *Produktschap voor Groenten en Fruit*, C-21 à 24/72, [1972] Rec. C.J.C.E. 1219 aux paragr. 20-21, 26 et 27. Voir aussi les affaires *Schlüter* c. *Hauptzollamt* Lörracht, C-9/73, [1973] Rec. C.J.C.E. 1135 au paragr. 29; *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT)* c. *Ministerio dello Finanze et al.*, C-266/81, [1983] Rec. C.J.C.E. 731 au paragr. 28; *Administration des finances de l'État* c. *Società petrolifera ilaliana SpA (SPI) et SpA Michelin italiana (SAMI)*, C-267 à 269/81, [1983] Rec. C.J.C.E. 801 au paragr. 23; *Amministrazione delle finanze dello Stato* c. *Chiquita Italia SpA*, C-469/93, [1995] Rec. C.J.C.E. I-4533 aux paragr. 26-29. Il faut noter que l'ordre juridique communautaire est moniste et incorpore donc automatiquement les traités validement conclus par la Communauté européenne, ou par ses États membres dans des domaines ressortissant à la Communauté, ce qui a permis à la Cour de justice d'examiner le *GATT de 1947* afin de déterminer si ses dispositions pouvaient jouir de l'effet direct. Voir les affaires *Haegeman* c. *Belgique*, C-181/73, [1974] Rec. C.J.C.E. 449 au paragr. 3; *Demirel* c. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, [1987] Rec. C.J.C.E. 3719 au paragr. 7.

[1453] Cette prise en considération de l'existence d'un mécanisme de règlement des différends internationaux est problématique, à moins qu'elle n'ait servi à établir la juridicité douteuse du *GATT de 1947*. Il ne semble pas que cela doive être un critère de refus de l'effet direct, puisque celui-ci opère une sublimation du différend international en un différend interne, comme on l'a vu plus haut concernant le principe de l'exclusivité du mécanisme de règlement des différends. De plus, tout traité, même s'il ne prévoie pas de mécanisme spécial de règlement des différends, peut faire l'objet d'une réclamation internationale suivant le droit international général, réclamation qui peut être soumise à tout mode pacifique de règlement des différends. Voir *Hauptzollamt Mainz* c. *C.A. Kupferberg & Cie*, C-104/81, [1982] Rec. C.J.C.E. 3645 au paragr. 20; Cottier et Schefer, *supra* note 1430 à la p. 119. Pour une utilisation problématique semblable de ce critère, dans un tout autre contexte, mettant en cause l'existence d'un mécanisme de règlement des différends dans une entente intergouvernementale canadienne, voir *Hypertec Systèmes inc.* c. *Commission scolaire de la Capitale* (31 mai 2001), Québec 200-05-012028-994 (C.S. Qué.) [non rapporté]; Côté, « L'invocabilité », *supra* note 593 aux pp. 398-399.

[1454] *Allemagne* c. *Conseil*, C-280/93, [1994] Rec. C.J.C.E. I-5039 au paragr. 110. Voir M.J. Hahn et G. Schuster, « Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté : l'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne » [1995] 99 Rev. D.I.P. 367.

tribunaux, à l'exception notable de l'Italie et, dans une moindre mesure, des États-Unis, jusqu'à la conclusion des accords du cycle de Tokyo en 1979[1455].

Cette interprétation concernant l'effet direct du *GATT de 1947* fait toujours jurisprudence dans la Communauté européenne, puisque la Cour de justice l'a maintenue à l'égard des accords de l'OMC, malgré le renforcement de leur juridicité. Dans l'arrêt *Portugal* c. *Conseil*[1456], elle a estimé que la nature et l'économie des accords de l'OMC n'exigeaient pas des membres de l'OMC qu'il leur reconnaissent l'effet direct, en insistant particulièrement sur l'importance de ménager à la Communauté européenne une marge de manœuvre diplomatique pour procéder au règlement des différends commerciaux internationaux, afin de lui permettre de négocier une compensation temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible. La Cour de justice a aussi tenu compte du déséquilibre dans l'application des règles de l'OMC qu'entraînerait la reconnaissance de leur effet direct dans la Communauté européenne, alors que ses partenaires commerciaux les plus importants ne leur reconnaissaient pas cet effet, intégrant un souci de préserver la réciprocité des avantages mutuels des membres de l'OMC dans son analyse[1457]. L'examen de la Cour de justice s'est donc limité au plan du principe de l'effet direct des accords de l'OMC, sans porter sur la question de savoir si leurs dispositions particulières satisfaisaient aux critères d'attribution de l'effet direct.

Ce jugement n'est pas entièrement satisfaisant. D'une part, si la Cour de justice constate que rien dans les accords de l'OMC n'oblige en principe un membre à reconnaître leur effet direct, elle ne dit pas que cela est interdit. Cet aspect de sa décision est moins fouillé et elle ne précise pas très clairement pourquoi la Communauté européenne ne doit pas leur reconnaître cet effet direct, hormis sa discussion sur la réciprocité et la nécessité de préserver un espace pour la diplomatie dans le règlement des différends. Cette référence au mécanisme de règlement des différends internationaux est doublement problématique : d'une part, on a déjà vu que l'invocabilité des traités en droit

---

[1455] Cottier et Schefer, *supra* note 1430 aux pp. 101-102; Brand, *supra* note 1438 à la p. 568. Le caractère « *self-executing* » du *GATT de 1947* a toujours été pris pour acquis par les juridictions des États fédérés américains, qui ont constaté sa violation par des mesures étatiques à quelques reprises, et certains de leurs procureurs généraux ont exprimé le même avis. Les juridictions fédérales américaines ont toujours évité de se prononcer sur la question, mais elles semblent avoir postulé le caractère « *self-executing* » du *GATT de 1947* dans leurs jugements.

[1456] *Portugal* c. *Conseil*, C-149/96, [1999] Rec. C.J.C.E. I-8425 aux paragr. 40-41 et 47. Voir généralement Berrod, *supra* note 1450.

[1457] *Portugal* c. *Conseil*, *ibid.* au paragr. 43.

interne impliquait une sublimation du différend international, ce qui signifie qu'il ne faut pas trop accorder d'importance à ces mécanismes[1458]; d'autre part, le souci de la Cour de justice de préserver un espace pour la diplomatie en ce qui concerne la négociation d'une compensation temporaire, au stade de l'exécution de l'obligation de cessation du membre de l'OMC responsable, apparaît paradoxal, puisque ce moyen consensuel d'exécution coercitive n'est pratiquement jamais utilisé[1459]. Au fond, la Cour de justice semble avoir refusé d'examiner vraiment ce qu'impliquait, pour l'invocabilité des accords de l'OMC, le renforcement de leur juridicité par rapport au *GATT de 1947*, ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'elle aurait dû reconnaître leur effet direct.

Dans l'affaire *Portugal* c. *Conseil*, la Cour de justice des Communautés européenne a été confortée dans son analyse par l'expression par le législateur communautaire, dans la décision par laquelle la Communauté européenne a accepté les accords de l'OMC, de son intention explicite voulant que « par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridiction communautaires et des États membres »[1460]. Chez plusieurs autres membres de l'OMC, le législateur a bien pris soin d'exclure l'invocabilité des accords de l'OMC dans sa loi de mise en œuvre. Ces interventions législatives visent à empêcher les tribunaux internes à se pencher sur la question de l'éventuel effet direct des accords de l'OMC, en s'adaptant aux spécificités de leur droit constitutionnel à l'égard des rapports entre l'ordre juridique international et leur ordre juridique interne.

Au Canada, par exemple, les rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne suivent l'approche dualiste, ce qui signifie qu'une intervention législative est nécessaire pour qu'un traité soit incorporé au droit interne et devienne ainsi

---

[1458] Voir *supra* la note 1453 et le texte correspondant.
[1459] Voir *supra* la note 443 et le texte correspondant.
[1460] *Portugal* c. *Conseil*, *supra* note 1456 au paragr. 48. Voir CE, *Décision 94/800 du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay(1986-1994)*, [1994] J.O.C.E. L 336/1, dernier considérant du préambule. La Communauté européenne et ses États membres ont également exprimé explicitement, dans leurs engagements de libéralisation du commerce des services annexés au GATS, leur refus qu'ils aient l'effet direct. Eeckhout, *supra* note 1435 à la p. 34.

une source de droit positif[1461]. Le législateur canadien a certes adopté une *Loi portant mise en œuvre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*[1462], par laquelle il approuvait les accords de l'OMC et entendait apporter les modifications législatives internes nécessaires afin de se conformer à ses obligations internationales, mais la jurisprudence constante des tribunaux veut que cette loi n'a pas eu pour effet d'incorporer les accords de l'OMC au droit canadien, malgré plusieurs tentatives de les invoquer de la part de personnes privées, au motif qu'une intention « claire et non ambiguë » était nécessaire pour qu'une incorporation législative ait eu lieu[1463]. Puisque les accords de l'OMC ne sont pas incorporés dans l'ordre juridique interne canadien, les personnes privées ne peuvent pas les invoquer à titre de source de droit positif et les tribunaux canadiens ne peuvent pas procéder à l'examen de leurs dispositions afin de déterminer si elles peuvent jouir de l'effet direct. Pour fermer la porte à double tour, la loi prévoit en outre que le « droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur [les accords de l'OMC], ne peut être exercé qu'avec le consentement du procureur général du Canada »[1464]; cette disposition est étonnante compte tenu du fait que les tribunaux ont interprété la loi comme n'incorporant pas les accords de l'OMC au droit canadien, mais on peut penser qu'il s'agit d'une mesure de sûreté additionnelle visant à empêcher toute tentative judiciaire de reconnaître leur effet direct sans le consentement du gouvernement fédéral.

---

[1461] *Canada (P.G.)* c. *Ontario (P.G.)*, *supra* note 1440 à la p. 347. Cette question a fait l'objet d'une attention soutenue dans la doctrine canadienne au cours des dernières années. Voir par ex. G. Van Ert, « Using Treaties in Canadian Courts » (2000) 38 A.C.D.I. 3; J. Brunnée et S.J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 A.C.D.I. 3 [ci-après Brunnée et Toope, « Application of International Law »]; S. Beaulac, « National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 A.C.D.I. 225.

[1462] *Loi portant mise en œuvre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, c. 47, art. 3 et 8.

[1463] *U.L. Canada inc.* c. *Québec (P.G.)*, [1999] R.J.Q. 1720 au paragr. 87 (C.S. Qué.), conf. par [2003] R.J.Q. 2729 (C.A. Qué.), conf. par (17 mars 2005) 30065 (C.S.C.); *Baker Petrolite Corp.* c. *Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 C.F. 49 (C.A.F.); *Pellikaan* c. *Canada*, [2002] 4 C.F. 169; *Industries Hillenbrand Canada Ltée* c. *Québec (Bureau de normalisation)* (15 août 2002), Montréal 500-05-071484-024, J.E. 2002-1805 au paragr. 191 (C.S. Qué.), conf. par (10 mai 2004) Montréal 500-09-0912689-022 (C.A. Qué.); *Apotex Inc.* c. *Wellcome Foundation Ltd.*, [2001] 1 C.F. 495 (C.A.F.); *Pfizer Inc.* c. *Canada*, [1999] 4 C.F. 441 au paragr. 45, conf. par (14 octobre 1999) Ottawa A-469-99 (C.A.F.); *Entreprises de rebuts Sanipan* c. *Québec (P.G.)*, [1995] R.J.Q. 821 (C.S. Qué.); *Antonsen* c. *Canada (P.G.)*, [1995] 2 C.F. 272.

[1464] *Loi portant mise en œuvre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, *supra* note 1464, art. 6. Une autre disposition prévoit en outre une restriction similaire du droit de poursuite invoquant cette fois les dispositions de la loi de mise en œuvre elle-même (*ibid.* art. 5).

Même si les accords de l'OMC avaient été incorporés au droit interne canadien et que les tribunaux reconnaissaient l'invocabilité de certaines de leurs dispositions, la question de leur primauté sur le droit canadien serait problématique, empêchant la pleine réalisation du concept. Les accords de l'OMC auraient simplement la valeur normative de leur loi d'incorporation, ce qui signifierait qu'ils seraient inférieurs aux lois fédérales postérieures ainsi qu'à la Constitution du Canada. Il serait nécessaire pour ce faire de prévoir la primauté des accords de l'OMC sur les lois fédérales postérieures[1465], voire même de modifier la Constitution du Canada, chose pratiquement impossible dans le contexte politique actuel, qui illustre les écueils potentiels de cette voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées.

La structure fédérale du Canada et ses règles constitutionnelles compliquent encore davantage la question de leur invocabilité en droit interne. Le législateur fédéral ne peut incorporer au droit interne canadien que les aspects des accords de l'OMC qui relèvent des compétences législatives fédérales, ce qui signifie que le concours des législateurs provinciaux serait indispensable pour les y incorporer totalement[1466]. Le législateur québécois a adopté une loi de mise en œuvre semblable à la loi fédérale, qui a également été interprétée par les tribunaux comme n'ayant pas incorporé les accords de l'OMC au droit québécois[1467]. Par contre, aucune restriction du droit de poursuite invoquant les dispositions des accords de l'OMC n'est prévue, contrairement à la loi fédérale, ce qui ne modifie toutefois pas la situation juridique puisque les tribunaux ont jugé que les accords n'avaient pas été incorporés au droit québécois, empêchant du coup les personnes privées de les invoquer à titre de source de droit positif[1468].

---

[1465] Il s'agit précisément de la solution appliquée au Royaume-Uni pour intégrer l'acquis communautaire et permettre l'effet direct du *Traité CE*, mais la solution n'est pas totalement transposable au Canada, en raison de l'existence d'une constitution écrite supralégislative dans ce pays, contrairement au Royaume-Uni. Voir *European Communities Act 1972*, *supra* note 1442 et le texte correspondant.

[1466] *Pfizer Inc.* c. *Canada*, *supra* note 1463 au paragr. 48 (C.F.). Voir *Canada (P.G.)* c. *Ontario (P.G.)*, *supra* la note 1440.

[1467] *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, *supra* note 587, art. 2. Voir les affaires *U.L. Canada inc.* c. *Québec (P.G.)*, *supra* note note 1463; *Entreprises de rebuts Sanipan* c. *Québec (P.G.)*, *supra* note 1463.

[1468] Le droit de poursuite invoquant les dispositions de la loi de mise en œuvre est cependant interdit, à l'instar de la loi fédérale de mise en œuvre, qui ne l'a toutefois pas interdit mais plutôt assujeti au consentement du Procureur général du Canada. *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, *ibid.* art. 6.

Aux États-Unis, comme on l'a vu, le cadre constitutionnel permet aux « *self-executing treaties* » d'être invoqués devant les tribunaux américains, ce qui y avait traditionnellement permis l'invocabilité des accords commerciaux internationaux[1469]. Mais, la loi américaine de mise en œuvre des accords de l'OMC, le *Uruguay Round Agreements Act*[1470], a fermé la porte à tout droit d'action privé fondé sur ceux-ci, rendant impossible leur invocation par les personnes privées, même si les tribunaux devaient conclure qu'ils sont « *self-executing* ». Seul le gouvernement fédéral s'est vu préserver le droit d'invoquer les accords de l'OMC devant les tribunaux américains, ce qui semble supposer que le législateur considère qu'ils pourraient avoir été incorporés au droit américain lors de leur conclusion. La loi de mise en œuvre spécifie toutefois que les accords de l'OMC ne priment pas sur le droit fédéral incompatible, alors que les règles constitutionnelles normales auraient voulu qu'ils priment sur les lois fédérales incompatibles antérieures[1471]. Quant au droit des États fédérés américains, les règles constitutionnelles américaines diffèrent de celles du Canada, et les accords de l'OMC primeraient sur celui-ci, mais la loi de mise en œuvre a réservé exclusivement au gouvernement fédéral le droit d'invoquer les accords de l'OMC à l'encontre des mesures des États fédérés, ce qui laisse encore une fois à penser que le législateur américain estime qu'ils pourraient avoir été incorporés au droit américain lors de leur conclusion[1472].

Ce bref examen de l'état du droit de certains membres concernant l'invocabilité des accords de l'OMC illustre les grandes différences qui existent et les difficultés politiques et juridiques que comporterait pour ceux-ci l'exigence de permettre leur effet direct. La communauté des membres de l'OMC est beaucoup plus hétéroclite et disparate que celle des États membres de la Communauté européenne, où la cohésion et la volonté de réaliser une intégration économique, mais aussi politique, ont permis au concept d'effet direct de se développer. Malgré l'absence d'effet direct des accords de l'OMC

---

[1469] Cottier et Schefer, *supra* note 1430 à la p. 107.
[1470] *Uruguay Round Agreements Act*, 19 U.S.C. § 3521(c)(1) (2000).
[1471] *Ibid.* § 3512(a)(1). Voir *Head Money Cases*, 112 U.S. 580 (1884); *Whitney* c. *Robertson*, 124 U.S. 190 (1888).
[1472] *Uruguay Round Agreements Act*, *ibid.* § 3512(b)(2)(A). Voir *Hauenstein* c. *Lyndham*, 100 U.S. (10 Otto) 483 (1879). Même s'il est juridiquement outillé pour faire appliquer directement les accords de l'OMC à l'encontre des mesures des États fédérés, le gouvernement fédéral des États-Unis s'abstient d'utiliser ce pouvoir pour des raisons politiques. Voir *De Boer*, *supra* note 588 aux pp. 9-12.

chez les principaux acteurs du système commercial multilatéral, certains développements permettent d'entrevoir qu'ils pourraient être invocables, à d'autres égards, dans une moindre mesure.

### *(iii) Assouplissements du refus de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC*

Premièrement, un certain assouplissement au refus de reconnaître l'effet direct des accords de l'OMC existe au plan des règles d'interprétation législative dans plusieurs de ses membres. Le principe de « l'interprétation conforme » a ainsi été développé par la Cour de justice des Communautés européennes, faisant en sorte que tout particulier peut demander que l'on interprète les actes communautaires de manière conforme aux traités conclus par la Communauté européenne, si plusieurs interprétations sont possibles[1473]. Cette règle a été appliquée aux accords de l'OMC et elle a permis ce que certains ont appelé leur « invocabilité minimale », parce qu'elle permet la coexistence harmonieuse des accords de l'OMC et du droit communautaire, en l'absence d'incompatibilités patentes[1474]. Elle participe d'une conception plus holistique de l'État, où ses organes judiciaires contribuent également au respect de la règle *pacta sunt servanda*[1475].

Un tel principe d'interprétation conforme au droit international conventionnel existe aussi chez d'autres membres de l'OMC. Au Canada, les tribunaux ont dégagé le principe d'interprétation des lois voulant que, en présence d'une ambiguïté quant au sens à donner à une disposition législative, le juge devait choisir celle qui était la moins incompatible avec les traités conclus par le Canada et non incorporés dans son droit interne[1476]. Cette règle interprétative repose sur la présomption que le législateur fédéral

---

[1473] Cottier et Schefer, *supra* note 1430 à la p. 89; Berrod, *supra* note 1443 à la p. 446; Pace, *L'OMC*, *supra* note 1443 à la p. 389, n. 695. Voir les affaires *Hermès International (société en commandite par actions)* c. *FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, [1998] Rec. C.J.C.E. I-3603; *Commission* c. *Allemagne*, C-61/94, [1996] Rec. C.J.C.E. I-3989 au paragr 52; *Goldstar Co. Ltd.* c. *Conseil*, C-105/90, [1992] Rec. C.J.C.E. I-715.

[1474] Berrod, *ibid.*

[1475] Cottier et Schefer, *supra* note 1430 à la p. 89.

[1476] Brun et Tremblay, *supra* note 40 à la p. 648. Voir *National Corn Grower Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1371-1372; *Succession Ordon* c. *Grail*, [1990] 2 R.C.S. 438, 526; *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 860-861 et 865-866. Ce principe d'interprétation conforme vaut tant à l'égard des traités conclus par le Canada, mais non incorporés, qui ont fait l'objet d'une loi de mise en œuvre, concernant l'interprétation de cette loi, qu'à l'égard des traités conclus par le Canada, toujours non incorporés, mais n'ayant pas fait l'objet d'une telle loi de mise en oeuvre. Jutta Brunnée et Stephen Toope ont critiqué les incohérences de la jurisprudence

ou provincial n'entend pas contrer les engagements internationaux du Canada, à moins qu'il ne le fasse explicitement. Aux États-Unis, la jurisprudence a dégagé un principe d'interprétation législative semblable à l'égard du droit international, mais l'effet de la loi de mise en œuvre des accords de l'OMC sur celui-ci soulève des questions, concernant son possible écartement en raison de l'interdiction de les invoquer devant les tribunaux américains[1477].

Deuxièmement, si les accords de l'OMC ne sont pas directement applicables dans un litige à titre de source de droit positif, on a vu dans l'affaire *Fediol* que la Cour de justice des Communautés européennes a introduit une distinction entre effet direct et invocabilité des traités. Les accords de l'OMC peuvent être invoqués dans le cadre du contrôle judiciaire des actes posés par les institutions communautaires, dans l'hypothèse où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises de ces accords[1478]. La Cour de justice a poursuivi cet assouplissement du refus de reconnaître l'effet direct des accords de l'OMC, dans l'affaire *Nakajima All Precision Co.* c. *Conseil*, qui mettait en cause le *Code antidumping* du *GATT de 1947*, en arrêtant qu'il était également possible de les invoquer dans le cadre du contrôle judiciaire des actes communautaires, dans l'hypothèse où la Communauté avait entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de ces accords[1479]. Certains auteurs ont parlé de ces assouplissements comme de la reconnaissance de « l'effet indirect » des accords de l'OMC[1480].

---

dans l'application récente de ce principe. Une version édulcorée du principe d'interprétation est apparue en ce qui concerne particulièrement l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la foulée de l'arrêt *Baker*, où les traités conclus par le Canada, mais non incorporés, sont considérés comme des sources interprétatives facultatives et contextuelles. En interpellant la distinction conceptuelle entre « *persuasive authority* » et « *mandatory authority* », ces auteurs suggèrent que l'élément déterminant pour l'application du principe d'interprétation conforme par les tribunaux canadiens devrait être le caractère internationalement obligatoire ou non du traité pour le Canada. Les traités liant le Canada, mais non incorporés, rendrait obligatoire l'application du principe de l'interprétation conforme, tandis que ceux ne le liant pas permettrait l'application de la version édulcorée du principe dégagée dans l'arrêt *Baker*. Brunnée et Toope, « Application of International Law », *supra* note 1461 aux pp. 32-42.

[1477] Cottier et Schafer, *supra* note 1430 aux pp. 88 et 108. Voir l'affaire *Charming Betsy*, 2 Cranch 64 (1804).

[1478] Voir la note 1386 et le texte correspondant. Voir aussi *Allemagne* c. *Conseil*, *supra* note 1454 au paragr. 111; *Portugal* c. *Conseil*, *supra* note 1456 au paragr. 49.

[1479] *Nakajima All Precision Co.* c. *Conseil*, C-69/89, [1991] Rec. C.J.C.E. I-2169 aux paragr. 28-32. Voir aussi *Allemagne* c. *Conseil*, *ibid.* au paragr. 111; *Portugal* c. *Conseil*, *ibid.* au paragr. 49.

[1480] Eeckhout, *supra* note 1435 à la p. 47; Ruttley, *supra* note 1443 à la p. 147. Dans un autre contexte, un groupe spécial a également parlé de l'effet indirect que déployaient les accords de l'OMC par rapport aux personnes privées, mais en référence au fait que celles-ci en étaient des bénéficiaires plutôt que des sujets.

Les jurisprudences *Fediol* et *Nakajima* trouvent écho chez d'autres membres de l'OMC, qui ont également opéré une sophistication du concept d'invocabilité des accords de l'OMC. Au Canada, cet assouplissement de la règle du refus de l'effet direct des accords de l'OMC a été introduit par le gouvernement fédéral dans une disposition réglementaire, qui enjoint le Tribunal canadien du commerce extérieur à vérifier la conformité des décisions de l'administration fédérale, concernant la passation des marchés publics, avec l'*Accord sur les marchés publics*[1481]. Cette disposition permet aux personnes privées d'invoquer cet accord commercial plurilatéral devant le Tribunal, mais aussi en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale[1482]. Ce procédé, qui suppose une incorporation sectorielle de l'accord de l'OMC visé, pour les fins spécifiques précisées dans la législation, a aussi été utilisé en Irlande, où l'organisme chargé de l'émission des brevets est enjoint par la loi à agir de manière conforme aux traités conclus par l'Irlande, ce qui a permis à des personnes privées d'invoquer avec succès l'*Accord sur les ADPIC* en contrôle judiciaire devant ses tribunaux internes[1483].

Troisièmement, un autre assouplissement au refus de reconnaître l'effet direct des accords de l'OMC est suggéré par la doctrine, et consisterait à reconnaître plutôt l'effet direct ou l'invocabilité des décisions de son Organe de règlement des différends (ORD)[1484]. Ces décisions, adoptées à l'issue du processus interétatique de règlement des

---

*États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, *supra* note 389 au paragr. 7.78.

[1481] *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, *supra* note 593, art. 11. Ce procédé réglementaire rappelle celui utilisé par le législateur australien en ce qui concerne l'*ANZCERTA*, qui a fait l'objet de l'arrêt *Project Blue Sky* c. *Australian Broadcasting Authority* de la Haute Cour d'Australie. Côté, « L'invocabilité », *supra* note 593. Voir *supra* la note 649 et le texte correspondant.

[1482] Voir par ex. les affaires *Canada (P.G.)* c. *McNally Constructions Inc.*, [2002] 4 C.F. 633; *Siemens Westinghouse Inc.* c. *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 2 C.F. 292; *Canada (P.G.)* c. *Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514; *Wang Canada Ltd.* c. *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 C.F. 3. Il ne faut pas confondre cette invocabilité aux fins du contrôle judiciaire des actes du gouvernement fédéral avec le principe voulant que la loi de mise en œuvre d'un traité non incorporé puisse être interprétée à l'aide de celui-ci, en cas de doute sur le sens à donner à ses dispositions. Dans cette hypothèse, les tribunaux canadiens ne peuvent pas invalider la loi de mise en œuvre incompatible avec le traité non incorporé. Voir par ex. les affaires *Harvard College* c. *Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45; *Canada (Sous-ministre du Revenu national)*, c. *Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, *supra* note 1476.

[1483] Ruttley, *supra* note 1443 aux pp. 153-154. Voir l'affaire *Allen and Hanburys Ltd.* c. *Controller of Patents, Designs and Trademarks*, [1996] I.E.H.C. 59 (Haute Cour d'Irlande).

[1484] Eeckhout, *supra* note 1435 aux pp. 51-52; Osterhoudt Berkey, *supra* note 1450 aux pp. 656-657. On pourrait voir un cas d'application de cette solution dans les accords parallèles à l'*ALÉNA*, où le Canada a

différends commerciaux internationaux, établissent de manière juridiquement contraignante l'obligation internationale de cessation du membre de l'OMC responsable en situation de violation de ces accords. Reconnaître l'invocabilité de ces décisions signifierait rendre exécutoire en droit interne l'obligation de cessation du membre internationalement responsable, ce qui éviterait le recours aux contre-mesures économiques, dont l'inefficacité et le caractère dommageable pour le système commercial multilatéral ont été maintes fois soulignés[1485]. Reconnaître l'effet direct à ce stade du différend commercial international serait aussi moins problématique en ce qui concerne le caractère relatif des obligations des membres de l'OMC, ainsi que le rôle important des États au regard de la finalité transcendante du système visant à contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. La responsabilité internationale du membre de l'OMC aurait été établie au terme du mécanisme interétatique de règlement des différends, livrant une obligation précise et inconditionnelle de cessation de la violation.

Cette hypothèse a récemment été testée devant la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires *Biret*[1486], où des sociétés privées françaises spécialisées dans le négoce de produits agroalimentaires ont exercé un recours en indemnité à l'encontre de la Communauté européenne, lui réclamant des dommages en raison du refus de lever son bannissement de la viande aux hormones, malgré la décision de l'ORD lui enjoignant de mettre sa mesure en conformité avec les accords de l'OMC[1487]. La Cour de justice a refusé de reconnaître la responsabilité interne (dans l'ordre juridique communautaire) de la Communauté dans les circonstances, mais son

---

reconnu le caractère exécutoire, dans son ordre juridique interne, de l'ordonnance du groupe spécial de payer une compensation monétaire en cas d'omission de sa part de dresser un plan d'action pour corriger sa pratique d'inapplication de sa législation en matière de protection des droits des travailleurs ou de l'environnement. Voir *supra* la note 1191 et le texte correspondant.

[1485] Voir *supra* la note 255 et le texte correspondant.

[1486] *Biret International SA* c. *Conseil*, C-93/02, [2003] Rec. C.J.C.E. I-10535; *Établissements Biret et Cie SA* c. *Conseil*, C-94/02, [2003] Rec. C.J.C.E. I-10603. Voir A. Alemanno, « Judicial Enforcement of the WTO Hormones Ruling in the European Community : Toward EC Liability for Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions? » (2004) 45 Harv. Int'l L.J. 547.

[1487] Voir *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (*Plainte des États-Unis*) (1997), OMC Doc. WT/DS26/R/USA (Rapport du groupe spécial); *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (*Plainte du Canada*) (1997), OMC Doc. WT/DS48/R/CAN (Rapport du groupe spécial); *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, *supra* note 322 (Rapport de l'Organe d'appel). Sur ce différend, voir généralement D. McNeil, « The First Case under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement : The European Union's Hormone Ban » (1998) 39 Vir. J. Int'l L. 89; Ch.-E. Côté, « L'OMC et la santé des consommateurs : l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* après l'affaire du *Bœuf aux hormones* » [2002] R.E.D.C. 87.

jugement n'a pas écarté la reconnaissance future de l'invocabilité des décisions de l'ORD dans l'ordre juridique communautaire et des conséquences indemnitaires qui pourraient en découler. La Cour s'est permis de ne pas trancher la question, parce qu'elle a considéré qu'une des sociétés requérantes, détenue à près de 66% par l'autre, ne pouvait avoir subi de préjudice, puisqu'elle faisait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire au moment où expirait le délai raisonnable d'exécution de son obligation de cessation par la Communauté[1488]. Elle a d'ailleurs précisé que, « en tout état de cause », c'est-à-dire si elle devait venir à reconnaître l'invocabilité des décisions de l'ORD, celles-ci ne sauraient être invocables et donner ouverture à des dommages tant que ce délai raisonnable ne serait pas expiré[1489], ce qui tombe sous le sens et témoigne d'un souci de respecter le régime spécial de responsabilité internationale des membres de l'OMC. La distinction conceptuelle entre l'effet direct des accords de l'OMC, d'une part, et l'invocabilité des décisions de l'ORD, d'autre part, a donc été reconnue par la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires *Biret*, sans égard à la question de la réciprocité entre les membres de l'OMC[1490].

À l'inverse, aux États-Unis, la porte semble définitivement fermée à une telle reconnaissance. La loi américaine de mise en œuvre des accords de l'OMC précise en effet que les décisions de l'ORD ne peuvent pas être prises en considération dans l'exercice par le gouvernement fédéral américain de son pouvoir d'invoquer les accords de l'OMC à l'encontre du droit des États fédérés[1491]. La question ne se pose pas à l'égard du droit fédéral américain, puisqu'on a vu qu'il primait sur les accords de l'OMC, contrairement au droit des États fédérés.

Une telle reconnaissance soulèverait plusieurs questions juridiques, comme par exemple celle, centrale, de la réciprocité entre les membres de l'OMC. La naissance, en cas de refus de cesser la violation, d'une obligation interne de réparation des dommages matériels en résultant, comme les personnes privées le réclamaient dans les affaires *Biret*, serait en rupture radicale avec le régime spécial de responsabilité internationale du

---

[1488] *Biret International SA* c. *Conseil*, *supra* note 1486 aux paragr. 63-64; *Établissements Biret et Cie SA* c. *Conseil*, *ibid.* aux paragr. 66-67.
[1489] *Biret International SA* c. *Conseil*, *ibid.* au paragr. 62; *Établissements Biret et Cie SA* c. *Conseil*, *ibid.* au paragr. 65.
[1490] Alemmano, *ibid.* à la p. 559.
[1491] *Uruguay Round Agreements Act*, 19 U.S.C. § 3512(b)(2)(B)(A)(i) (2000).

membre de l'OMC, où l'obligation secondaire de réparation du droit international général a été abolie. Les membres de l'OMC jouissent aussi d'un délai raisonnable pour mettre leurs mesures en conformité avec les accords de l'OMC, ce qui temporise au plan international le caractère exécutoire de l'obligation secondaire de cessation, comme l'a reconnu la Cour de justice des Communautés européennes, délai qui peut être prolongé par la négociation d'une compensation temporaire. En outre, l'invocation de la décision de l'ORD amènerait les tribunaux internes à examiner la conformité des mesures éventuellement prises par le membre responsable pour se conformer avec son obligation de cessation. Par exemple, dans le cas du bannissement communautaire de la viande aux hormones, la Communauté estime qu'elle a cessé de violer les accords de l'OMC en procédant à une évaluation des risques posés par ce produit et en basant sa mesure sur celle-ci. Les États-Unis et le Canada refusent d'y voir une mise en conformité et maintiennent leurs contre-mesures économiques, ce qui a conduit la Communauté européenne à déposer une nouvelle plainte contre ces contre-mesures[1492].

On le voit, malgré la simplicité apparente de l'obligation internationale de cessation, son exécution peut s'avérer très compliquée et le différend commercial international est souvent loin d'être terminé à ce stade, ce qui signifie que son invocation devant les tribunaux internes du membre responsable pourrait télescoper le mécanisme interétatique de règlement des différends, voire y contrevenir. On a d'ailleurs vu que, paradoxalement, la diplomatie reprenait ses droits à ce stade du règlement des différends commerciaux internationaux malgré sa juridictionnalisation[1493]. L'invocabilité des décisions de l'ORD s'éloignerait de l'idée de sublimation du différend international, pour intervenir à un stade où ce différend est consommé, ce qui explique les complications évoquées précédemment.

---

[1492] *Canada—Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE—Hormones*, « Demande de consultations présentée par les Communautés européennes » (10 novembre 2004), OMC Doc. WT/DS321/1, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/g/l/714.doc> (date d'accès : 8 juin 2005); *États-Unis—Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE—Hormones*, « Demande de consultations présentée par les Communautés européennes » (10 novembre 2004), OMC Doc. WT/DS320/1, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/g/l/713.doc> (date d'accès : 8 juin 2005).

[1493] Voir *supra* la note 278 et le texte correspondant.

c) Évaluation

La reconnaissance de l'invocabilité des accords de l'OMC dans le droit interne de ses membres est une question hautement complexe qui n'a pu être traitée que sommairement. Elle répondrait toutefois à la plupart des problèmes vécus par les personnes privées dans le cadre du mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC.

Le problème du pouvoir discrétionnaire du membre de l'OMC de porter plainte auprès de l'Organisation serait entièrement réglé, puisque les personnes privées pourraient saisir les tribunaux interne d'un membre de leur propre chef. La seule limite matérielle à leur recours serait la détermination judiciaire du caractère invocable ou non d'une disposition spécifique des accords.

Le problème de la limitation des ressources étatiques serait également entièrement réglé, puisque le coût des recours à titre de plaignant serait transféré entièrement aux personnes privées. En revanche, on peut penser que la reconnaissance de l'invocabilité des accords de l'OMC entraînerait une multiplication des recours privés ce qui pourrait alourdir les coûts supportés par le membre défendeur.

L'innovation la plus caractéristique de l'invocabilité des accords de l'OMC, du point de vue des personnes privées, est qu'elle leur permettrait d'attraire leur propre État de nationalité pour manquement à ses obligations internationales conventionnelles. Cela découle de l'internalisation des normes internationales duquel découle l'invocabilité et illustre la sublimation du différend international.

Les considérations de justice fondamentale, voulant que toutes les personnes affectées par le règlement judiciaire d'un différend puissent y présenter leurs arguments rationnels, empruntées à Lon Fuller, semblent à première vue satisfaites par l'invocabilité des accords de l'OMC. Puisque toute personne privée jouit de la capacité juridique au plan interne, toute personne intéressée peut théoriquement porter plainte ou intervenir dans les procédures entreprises au plan national. Cela n'est cependant pas nécessairement toujours vrai dans le cadre des différends mettant en cause les accords de l'OMC, puisqu'ils sont par essence complexes et polycentriques et qu'ils ne sont donc pas toujours bien adaptés au règlement judiciaire. Toutes les personnes privées impliquées par

un différend interne mettant en cause les accords de l'OMC n'en seront pas nécessairement informées, surtout si elles ne vivent pas dans l'État où les procédures sont entreprises. Le règlement interétatique de ce type de différend pourrait être plus efficace dans ces circonstances.

Le problème de la domination de certains intérêts collectifs ou de l'intérêt général sur d'autres intérêts collectifs est entièrement réglé par la reconnaissance de l'invocabilité des accords de l'OMC. Toute personne ou groupe de personnes pourrait attraire un membre de l'OMC devant ses tribunaux internes pour manquement à ses obligations internationales conventionnelles.

Cette reconnaissance semble également tenir compte de l'affaiblissement de l'État dans la médiation des intérêts divergents mis en cause dans les différends concernant les accords de l'OMC, puisque celui-ci n'agirait plus comme filtre des réclamations privées. En réalité, cette réponse est plus apparente que réelle, puisque ce rôle de médiation serait en fait transféré de la branche exécutive de l'État à sa branche judiciaire, qui serait chargée de connaître des plaintes privées. De plus, les tribunaux internes relèvent toujours de l'espace étatique et ne sont donc pas affranchis du paradigme de l'analyse nationale des différends mettant en cause les accords de l'OMC; il est loin d'être certain qu'ils sont plus aptes à tenir compte des intérêts transnationaux que la branche exécutive de l'État.

L'invocabilité des accords de l'OMC répond cependant mieux au problème posé par l'affaiblissement du rôle de l'État dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, puisqu'elle lui retire le droit de moduler l'application des règles de l'OMC en fonction de ces considérations. Cette position, défendue par Ernst-Ulrich Petersmann, postule que l'application des accords de l'OMC est en soi un facteur contributif du maintien de la sécurité et de la paix internationales. Or, selon nous, il s'agit plutôt de leur finalité, aussi l'État apparaît-il toujours comme le mieux outillé pour assurer que la mise en œuvre des accords serve réellement cette fin.

Enfin, il est certain que le processus judiciaire interne des membres de l'OMC comporte généralement d'excellentes garanties de publicité, et que le caractère occulte de la décision de l'État de porter plainte ou non est éliminé par la reconnaissance du droit d'action privé au plan interne, répondant ainsi au problème de la transparence du règlement des différends mettant en cause les accords de l'OMC.

Malgré les réponses qu'elle apporte à certains problèmes vécus par les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends interétatique, la reconnaissance de l'invocabilité des accords de l'OMC semble problématique en raison du caractère non facilement individualisable des droits et obligations présidant à l'opération du système commercial multilatéral, mais aussi de sa finalité transcendante qui est de contribuer au maintien de la sécurité et de la paix internationales entre des partenaires très hétéroclites. Le refus de la plupart des membres de l'OMC de reconnaître cette invocabilité n'est certainement pas étranger à ces préoccupations et témoigne des obstacles réels à sa mise en pratique.

Cette analyse critique des voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées nous permet finalement de procéder à l'examen de cette dernière hypothèse.

## 3.3 L'ÉLARGISSEMENT DU DROIT DE PORTER PLAINTE À L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE EN FAVEUR DES PERSONNES PRIVÉES

L'examen des voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées nous a permis de constater que certains modes de participation, ou une combinaison de ceux-ci, répondaient adéquatement à la plupart des problèmes concernant les personnes privées dans son mécanisme actuel de règlement des différends. Il faut en particulier souligner la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées, ainsi que l'*amicus curiae* limité à la défense d'intérêts transnationaux non-commerciaux, mais aussi la représentation du membre de l'OMC par la personne privée affectée dans certains litiges commerciaux bien circonscrits. Ces constatations tempèrent déjà la nécessité d'ouvrir aux personnes privées l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Mais l'étude comparative conduite dans la deuxième partie démontre qu'un tel accès direct à une instance internationale est bien établi dans la pratique des États, dans le domaine économique, en ce qui concerne les différends relatifs à l'exécution du droit

international conventionnel relatif à l'investissement étranger direct[1494]. Elle démontre également que le domaine du proto-droit international de la concurrence est particulièrement sensible au problème de l'incapacité de principe des personnes privées au plan international, ce qui permet de penser que la juridisation éventuelle des relations internationales économiques, en ce qui concerne les pratiques commerciales restrictives, pourrait prévoir l'accès direct des personnes privées à une juridiction internationale, comme le projet initial américain pour la *Charte de La Havane* l'avait envisagé[1495].

Notre étude comparative indique aussi que les personnes privées jouissent d'un accès direct à l'instance chargée de connaître des différends concernant la mise en œuvre de l'*ACI* par les États provinciaux canadiens, mais l'intérêt de ce précédent tient surtout aux modalités d'opération de cet accès, puisqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une entente intergouvernementale canadienne et non pas du droit international conventionnel[1496].

Dans ce dernier chapitre, nous utiliserons d'abord la typologie du régime spécial de responsabilité internationale des membres de l'OMC, développée dans la première partie, afin d'examiner les modalités juridiques d'un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC (**3.3.1**). Nous verrons qu'un tel élargissement consisterait à reconnaître le droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale des membres de l'OMC. Nous nous intéresserons aussi à la procédure de modification du *Mémorandum d'accord*, ainsi qu'aux modalités d'opération possibles de l'élargissement. Les problèmes systémiques soulevés par la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, identifiés dans notre étude comparative, contribueront grandement à l'évaluation des effets juridiques potentiels d'un tel élargissement à l'OMC, tant sur le système commercial multilatéral que sur le droit international général (**3.3.2**). Nous serons alors en mesure d'examiner l'opportunité juridique et politique de procéder à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, en passant en revue les arguments avancés dans la doctrine, essentiellement américaine, sous l'éclairage des observations tirées des première et deuxième parties (**3.3.3** et **3.3.4**). Nous

---

[1494] Voir la partie 2.3, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct.

[1495] Voir la partie 2.5, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le proto-droit international de la concurrence.

[1496] Voir la partie 2.2.3, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans l'accord canadien sur le commerce intérieur.

conclurons, à l'aune du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC et de la finalité transcendante du système commercial multilatéral, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, qu'un tel élargissement ne nous apparaît pas opportun et que l'attention de la doctrine et des membres de l'OMC devrait se recentrer sur les voies alternatives que nous avons identifiées comme étant les plus porteuses pour les personnes privées et le système commercial multilatéral. Finalement, le déroulement du cycle actuel de négociations commerciales multilatérales de Doha nous permettra de mieux cerner les perspectives de réalisation prochaine de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC (**3.3.5**).

### 3.3.1 Les modalités juridiques de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC

a) La nature juridique d'un recours privé à l'OMC : la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC

La juridicité douteuse du *GATT de 1947* a longtemps affaibli sa normativité et permis son isolement pratiquement total par rapport au droit international général, ce qui expliquerait pourquoi on omettait de se référer à la théorie de la responsabilité de l'État dans l'étude de son mécanisme de règlement des différends[1497]. Le caractère certain de la juridicité des accords de l'OMC de même que l'achèvement des travaux de la CDI, sur la codification et le développement progressif du droit international de la responsabilité de l'État, permettent désormais de clarifier les aspects juridiques du règlement des différends commerciaux internationaux. Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC offre un « pont normatif » entre la juridisation des relations commerciales internationales et la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux[1498]. Les règles de l'OMC émanant d'un traité, l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC impliquerait davantage les personnes privées dans la mise en œuvre de ce droit international conventionnel. Reconnaître aux personnes privées le droit de porter plainte à

[1497] Voir la partie 1.1.3, ci-dessus, pour une discussion sur le renforcement de la juridicité du droit international économique.
[1498] Voir la partie 1.3, ci-dessus, pour une discussion sur le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC.

l'OMC consisterait à leur reconnaître celui d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC.

Cette invocation viserait d'abord à établir si la responsabilité du membre est bel et bien engagée, par l'obtention de la part d'une instance internationale d'un jugement déclaratoire concernant la violation des accords de l'OMC ou, en situation de non-violation, l'annulation ou la réduction des avantages en résultant. Cette instance internationale est normalement l'ORD, qui adopte pratiquement automatiquement le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le rendant ainsi obligatoire. On sait que l'accès au processus d'examen des plaintes par un groupe spécial est aussi pratiquement automatique, pouvant être lancé à la demande de la partie plaignante. On a vu que le règlement diplomatique des différends commerciaux internationaux est également encouragé par le *Mémorandum d'accord*, notamment au stade des consultations préalables, mais c'est davantage ce processus juridictionnalisé d'examen des plaintes par un groupe spécial qui est susceptible d'accueillir les plaintes déposées directement par des personnes privées[1499]. L'option diplomatique aura été écartée si la personne privée devait agir directement en vue d'obtenir un jugement déclaratoire de la part de l'ORD[1500].

Les membres de l'OMC peuvent aussi choisir d'un commun accord de renvoyer leur différend à l'arbitrage international[1501]. Cette voie facultative n'a jamais été utilisée, mais elle pourrait aussi fournir l'instance internationale auprès de laquelle la personne privée pourrait obtenir le jugement déclaratoire établissant l'engagement de la responsabilité internationale du membre de l'OMC. Cette voie arbitrale inexplorée pourrait même être mieux adaptée à l'accès direct des personnes privées, puisque les développements similaires qui se sont produits dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct indiquent que l'arbitrage international est réceptif à l'accroissement de la capacité internationale des personnes privées et aux différends internationaux mixtes.

---

[1499] Voir la partie 1.2.2 c), ci-dessus, pour une discussion sur la place de la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC.

[1500] Le chapitre 11 de l'*ALÉNA* ne prévoit aucune phase de consultations préalables obligatoires et les personnes privées peuvent directement invoquer la responsabilité de l'État. Voir *supra* la note 796 et le texte correspondant.

[1501] Voir la partie 1.2.2 b) *(v)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'introduction de l'arbitrage international dans le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC.

En droit international général, le préjudice a été écarté de la définition de la responsabilité de l'État, pour intervenir désormais au stade de sa mise en œuvre, en permettant l'identification du titulaire du droit de l'invoquer au plan international. Le préjudice est spécial dans le régime de responsabilité de l'OMC, il s'agit de l'annulation ou de la réduction des avantages résultant des accords de l'OMC. On a vu qu'une véritable *actio popularis* existe, puisqu'une présomption fait en sorte que tout membre de l'OMC est lésé par la violation des accords de l'OMC, lui donnant le droit d'invoquer la responsabilité du membre offenseur. Dans une situation de non-violation, le droit d'action est plus restreint; seul le membre de l'OMC concrètement affecté et voyant ses avantages annulés ou réduits jouit du droit d'invoquer la responsabilité.

La théorie de la protection diplomatique est inapplicable et n'est pas nécessaire pour permettre conceptuellement l'invocation de la responsabilité internationale d'un membre de l'OMC par un autre membre, même si le différend affecte des personnes privées de nationalité du membre plaignant[1502]. Cela s'explique par le caractère immédiat du préjudice subit par les membres de l'OMC en cas de violation des accords de l'OMC ou en situation de non-violation : seuls ceux-ci peuvent subir l'annulation ou la réduction des avantages résultant des accords. Le régime spécial de responsabilité de l'OMC ne s'intéresse pas au préjudice matériel qui pourrait être causé par la violation des accords de l'OMC. L'objet du droit des personnes privées de porter plainte à l'OMC ne pourrait donc pas être d'obtenir la réparation des dommages matériels qu'ils ont subis en liaison avec la violation des accords de l'OMC par un de ses membres. Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC interdit un tel recours, qui serait en rupture radicale avec le droit du système commercial multilatéral et un demi-siècle de pratique étatique.

Dans ce contexte normatif, quel pourrait être l'intérêt juridique à agir des personnes privées? Si les personnes privées ne peuvent prétendre être lésées en situation de violation ou de non-violation des accords de l'OMC, elles pourraient justifier d'un intérêt à agir en tant qu'entité autre que lésée, à titre de bénéficiaires des accords de l'OMC et membre de la communauté plus large opérant au sein du système commercial

---

[1502] Voir la partie 2.1.4, ci-dessus, pour une discussion sur l'inapplicabilité de la théorie de la protection diplomatique dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC.

multilatéral. La jurisprudence de l'OMC a reconnu le statut de bénéficiaires des accords de l'OMC des personnes privées, en évoquant l'idée de l'effet indirect de ces accords. Le droit international de la responsabilité de l'État reconnaît maintenant une catégorie d'États autres que lésés qui peuvent invoquer la responsabilité de l'État, ce qui témoigne d'un environnement juridique réceptif à la reconnaissance d'un tel droit en faveur des personnes privés à l'OMC. Cette assise conceptuelle du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC est renforcée par le fait que l'objet de la plainte privée serait d'obtenir un jugement déclaratoire et de demander l'exécution de l'obligation secondaire de cessation à charge du membre responsable, mais pas la réparation de préjudices matériels ou moraux, en raison de l'abolition de l'obligation de réparation dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC. Les droits des États autres que lésés en droit international général sont en effet limités essentiellement à l'invocation de la responsabilité de l'État et à la demande de l'exécution de l'obligation secondaire de cessation.

La reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État en situation de non-violation poserait plusieurs difficultés qui semblent devoir en compliquer la réalisation. L'objet de cette plainte serait d'obtenir un jugement déclaratoire et la réparation du préjudice spécial subi non pas par la personne privée, mais par le membre de l'OMC, par la négociation d'un ajustement mutuellement satisfaisant. Des négociations interétatiques sont donc toujours nécessaires. Les personnes privées pourraient certes vouloir obtenir un jugement déclaratoire pour mettre de la pression sur les membres de l'OMC affectés pour qu'ils négocient une réparation, mais un tel recours privé ne semble pas réaliste vu la rareté des plaintes en situation de non-violation, ainsi que le caractère controversé de ce régime de responsabilité pour le fait licite[1503]. La reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité du membre de l'OMC en situation de violation serait de toute façon déjà un grand pas à franchir. La responsabilité internationale de l'État pour le fait licite ne semble pas bien adaptée à la reconnaissance de droits d'action privés, dans le domaine économique à tout le moins.

---

[1503] Les plaintes privées concernant les dommages causés en situation de non-violation sont d'ailleurs interdites dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* (ainsi que les plaintes étatiques). Voir *supra* la note 797 et le texte correspondant.

Puisque la théorie de la protection diplomatique est inapplicable, les personnes privées ne devraient pas se faire imposer la règle de l'épuisement des recours internes. La responsabilité internationale du membre de l'OMC serait immédiatement invocable, particulièrement si l'on adopte la position voyant dans cette règle une condition de fond de la responsabilité de l'État, puisque la commission du fait internationalement illicite serait déjà consommée en raison du caractère immédiat du préjudice du membre de l'OMC. Ce rejet de la règle s'expliquerait par le fait que les personnes privées n'agiraient pas à titre d'entité lésée, mais plutôt à titre d'entité autre que lésée.

Cela semble aussi signifier que les règles de nationalité des réclamations ne devraient pas restreindre le droit d'action privé. *A priori*, rien n'empêcherait les personnes privées d'invoquer la responsabilité de leur propre État de nationalité, puisqu'elles agiraient à titre d'entité autre que lésée et non pas sur la base du préjudice que leur aurait causé leur État, chose qui est en principe impossible en droit international général, à l'exception du domaine des droits fondamentaux de la personne humaine[1504]. Cependant, une importante limite conceptuelle à cette possibilité réside dans la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC, c'est-à-dire dans l'imposition des contre-mesures économiques. Les développements survenus dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct nous enseigne qu'il ne faut pas voir un effacement de l'État de nationalité dans l'accroissement de la capacité internationale des personnes privées dans ce domaine; la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État est étroitement liée à la théorie de la protection diplomatique, ou plutôt à sa suspension, le temps pour la personne privée d'agir au stade de la mise en œuvre volontaire de la responsabilité de l'État. L'investisseur étranger ne se retrouve pas dans une situation de vulnérabilité au plan international, qui pourrait lui permettre de prétendre au statut de sujet de cet ordre juridique : son État de nationalité peut en bout de piste intervenir au stade de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité de l'État hôte[1505]. La même situation existe au plan

---

[1504] Voir *supra* la note 480 et le texte correspondant.

[1505] Voir *supra* la note 823 et le texte correspondant. Voir aussi la partie 2.3.2 b), ci-dessus, pour une discussion sur la typologie du recours des personnes privées dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

intergouvernemental canadien, dans l'*ACI*, où les personnes privées ne peuvent pas porter plainte contre leur province de résidence[1506].

La situation est certes différente à l'OMC, puisque la théorie de la protection diplomatique est inapplicable, mais en pratique, l'aboutissement ultime du processus de règlement des différends est également la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC. Or les contre-mesures économiques ne peuvent être imposées par un membre que dans la mesure où ses avantages ont été réellement annulés ou réduits, ce qui signifie que seul le membre où ce préjudice se fera sentir pourra agir[1507]; ce préjudice risque de se faire sentir là où réside la personne privée plaignante, c'est-à-dire dans son État de nationalité, aussi est-il impossible que celui-ci s'impose lui-même des contre-mesures. À la limite, un autre membre de l'OMC où le préjudice se ferait également sentir pourrait imposer des contre-mesures économiques, qui pourraient jouer du même coup le rôle de contre-mesures « humanitaires » au soutien du plaignant privé, mais ce membre devrait préalablement porter plainte lui-même pour être autorisé à imposer des contre-mesures. Cette conclusion est renforcée par le fait que si un contrôle étatique préalable devait être exercé quant aux plaintes privées à l'OMC, celui-ci pourrait devoir être fait par l'État de nationalité de la personne privée, comme c'est le cas avec l'*ACI* et comme il serait préférable que ce le soit dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*[1508]. Elle l'est également par l'esprit animant les mécanismes internes de traitement des plaintes privés formalisés par les États-Unis et la Communauté européenne, où les plaintes privées visent à dénoncer les atteintes par d'autres membres de l'OMC aux droits de ces membres découlant des accords de l'OMC[1509]. Il est permis de penser qu'un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC pourrait vraisemblablement se construire sur la base de l'expérience acquise par ces mécanismes internes formalisés, faisant en sorte que les requérants privés pourraient porter leur plainte directement auprès de l'Organisation, sans le concours de leur État de nationalité. En plus, le rattachement de la personne privée à un

---

[1506] Voir *supra* la note 617 et le texte correspondant.
[1507] Voir *supra* la note 225 et le texte correspondant.
[1508] Voir *supra* la note 617 et le texte correspondant; voir la partie 2.3.2 c) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur la nécessité de prévoir des soupapes pour maintenir la souveraineté étatique, au vu des problèmes systémiques posés par la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État opérée par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.
[1509] Voir la partie 3.2.2 a) et b), ci-dessus, pour une discussion sur le mécanisme interne de traitement des plaintes privées des États-Unis et de la Communauté européenne.

membre de l'OMC serait indispensable parce qu'autrement, une personne privée d'un État tiers pourrait tenter de bénéficier de certains avantages du système commercial multilatéral sans que son propre État de nationalité ne soit astreint aux mêmes obligations, ce qui pourrait être injuste pour les sociétés privées concurrentes de nationalité d'un membre de l'OMC.

En somme, il apparaît que dans le domaine économique — contrairement à celui de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine — la personne privée bénéficiaire d'un traité demeure sous la protection ultime de son État de nationalité, ce qui signifie qu'il lui serait impossible de porter plainte contre celui-ci. La voie naturelle pour que les personnes privées puissent attaquer leur propre État de nationalité serait plutôt celle que leur offre ses tribunaux internes, au moyen de l'invocabilité des traités, comme l'illustre éloquemment le concept de l'effet direct dans la Communauté européenne.

Une fois établi l'engagement de la responsabilité internationale du membre de l'OMC, celle-ci fait naître à sa charge une obligation secondaire de cessation de la violation ou, en situation de non-violation, une obligation secondaire spéciale de réparation. À partir de ce moment, l'ensemble du mécanisme de règlement des différends de l'OMC se réoriente vers l'exécution par le membre responsable de ses obligations secondaires. Ce mécanisme de règlement des différends incarne, en réalité, les conditions de forme de la mise en œuvre volontaire (l'invocation) et coercitive (compensation temporaire et contre-mesures économiques) de la responsabilité internationale du membre de l'OMC. La réalité des relations commerciales internationales fait en sorte que la personne privée pourrait très bien agir au stade de l'invocation de la responsabilité, mais que sa capacité deviendrait problématique au stade de la mise en œuvre coercitive. Si le concept d'entité autre que lésée permet d'asseoir conceptuellement l'intérêt juridique des personnes privées à porter plainte à l'OMC, des considérations plus globales, que nous verrons plus loin, s'opposent à un tel élargissement.

b) La procédure de modification du mécanisme de règlement des différends de l'OMC

La reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale des membres de l'OMC nécessiterait que l'on modifie le *Mémorandum d'accord*. L'*Accord sur l'OMC* prévoit déjà que celui-ci peut être modifié par consensus au sein de la Conférence ministérielle, ce qui signifie qu'il serait possible d'éviter les écueils du processus formel de ratification des traités par chacun des membres de l'OMC[1510]. Tout membre pourrait présenter une proposition de modification à la Conférence et celle-ci pourrait prendre sa décision sans que les parlements nationaux ne soient interpellés.

Malgré la faisabilité technique d'une telle modification au traité, il semble que sa faisabilité politique pourrait être compromise par le grand désir de la société civile pour plus de transparence et de participation citoyenne dans la gouvernance de la mondialisation de l'économie. La réalisation par simple décision consensuelle au sein de la Conférence ministérielle de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, qui accorderait des droits processuels importants aux grandes sociétés multinationales, aux sociétés de taille plus réduite et à leurs associations, n'améliorerait certainement pas la relation entre l'OMC et la société civile transnationale. Il semble de toute façon qu'il serait très difficile pour les membres de l'OMC de s'entendre sur une telle modification, rendant l'atteinte d'un consensus bien improbable. La controverse entourant l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae* et la fracture Nord-Sud qui s'est dessinée est annonciatrice des difficultés à cet égard[1511]. Les sensibilités étatiques semblent être assez variées quant au rôle des personnes privées dans le système commercial multilatéral.

Une autre solution pourrait être l'inclusion d'un nouvel accord commercial plurilatéral, qui prévoirait l'élargissement du droit de porter plainte uniquement pour les différends entre ses parties. Cet accord plurilatéral permettrait à un groupe pionnier de membres de l'OMC partageant une communauté de vue sur la question d'aller de l'avant

---

[1510] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. X(8); J.H. Jackson, « Dispute Settlement and the WTO : Emerging Problems » dans Secrétariat de l'OMC, dir., *From GATT to the WTO : The Multilateral Trading System in the New Millenium*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 67 à la p. 77 [ci-après Jackson, « Emerging Problems »].

[1511] Voir la partie 3.2.1 b), ci-dessus, pour une discussion sur les derniers développements à l'OMC concernant l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae*.

avec l'élargissement, sans lier les autres membres[1512]. Cette solution supposerait que les membres parties au nouvel accord l'aient préalablement conclu, conformément à leurs règles constitutionnelles internes. Cela pourrait permettre une plus grande participation de la société civile, selon la place que lui réservent ces règles internes dans le processus de conclusion des traités.

L'intégration d'un accord commercial plurilatéral ne peut se faire que par voie de consensus au sein de la Conférence ministérielle, aussi le soutien des membres qui n'y seraient pas parties devrait-il être également assuré[1513]. On a suggéré une série de critères auxquels un tel accord plurilatéral devrait satisfaire afin de favoriser l'émergence d'un consensus sur son intégration aux accords de l'OMC : celui-ci devrait comprendre un nombre substantiel de membres, il devrait être ouvert aux autres membres; ses coûts financiers devraient être supportés uniquement par ses membres parties; l'accord plurilatéral ne devrait pas être incompatible avec les autres accords de l'OMC[1514]. Ce dernier critère ne pourrait vraisemblablement pas être rempli, puisque la création d'un nouveau mécanisme de règlement des différends élargi violerait probablement les importants principes de l'exclusivité et de l'unicité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC[1515]. Le *Mémorandum d'accord* devrait donc être également modifié pour permettre la réalisation de l'élargissement plurilatéral du droit de porter plainte à l'OMC, chose qui pourrait éventuellement être faite par la même décision consensuelle au sein de la Conférence ministérielle.

c) Les modalités d'opération possibles d'un recours privé à l'OMC

*(i) La portée personnelle du recours privé à l'OMC*

Qui pourrait être titulaire du droit privé d'invoquer la responsabilité internationale des membres de l'OMC? On a vu précédemment que ce droit ne saurait être exercé par une personne privée à l'encontre de son propre État de nationalité. Dans ce cadre, il

---

[1512] Voir Jackson, « Crumbling Institutions », *supra* note 20 aux pp. 104-105.
[1513] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. X(9).
[1514] Jackson, « Emerging Problems », *supra* note 1510 aux pp. 79-80.
[1515] Voir la partie 1.2.2 b) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'unification et l'exclusivité du champ d'application du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

apparaît que deux choix s'offriraient aux membres de l'OMC concernant la détermination de la portée personnelle du recours privé : le recours pourrait être de portée multilatérale ou universelle, ouvert à toute personne privée de nationalité d'un membre de l'OMC, ou encore de portée plurilatérale, ouvert seulement aux nationaux d'un groupe pionnier de membres sur une base de réciprocité.

La solution multilatérale serait plus conforme à l'esprit du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et aux principes de l'unicité et de l'exclusivité de son champ d'application, qui furent comme on l'a vu des éléments importants de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux lors de la création de l'OMC. En revanche elle pourrait être beaucoup plus difficile à réaliser vu la sensibilité différente des membres de l'OMC à l'égard de la place des personnes privées dans le système commercial multilatéral. La solution plurilatérale aurait l'avantage d'être plus réaliste quant à ses chances de voir le jour, entre les pays développés par exemple, mais elle serait en rupture avec les principes précités. Elle pourrait introduire une intégration économique mondiale différenciée selon que les relations entre les membres de l'OMC soient soumises au recours privé ou non.

Les personnes privées qui recourent actuellement au mécanisme interne de traitement des plaintes des États-Unis et de la Communauté européenne donnent une image vivante de celles qui seraient susceptibles de se prévaloir d'un recours direct à l'OMC. Puisque l'objet d'une plainte serait d'obtenir la constatation de la violation des accords de l'OMC, afin d'en obtenir la cessation, il ne pourrait logiquement s'agir que de personnes privées bénéficiaires de la libéralisation du commerce mondial, voulant accéder au marché d'un membre de l'OMC conformément à ses engagements internationaux. Il s'agirait donc essentiellement d'exportateurs de produits ou de services, ou d'associations représentant leurs intérêts. Le mécanisme interne des États-Unis permet à « toute personne intéressée » de porter sa plainte à l'attention du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales[1516]. Le mécanisme interne de la

---

[1516] Voir *supra* la note 1333 et le texte correspondant. L'identité de tous les requérants privés dont la plainte a fait l'objet d'une enquête de la part du Représentant, depuis la création du mécanisme en 1974, peut être consultée dans les documents publiés par ce dernier : North Dakota Wheat Commission; Corn Refiners Association, Inc.; National Milk Producers Federation; U.S. Dairy Export Council; International Dairy Foods Association; U.S. Weath Gluten Industry Council; Coalition Against Australian Leather Subsidies; Eastman Kodak Company (société sise aux États-Unis); Chiquita Brands International, Inc. (société sise

Communauté européenne prévoit deux types de plaintes privées pouvant être portées à l'attention de la Commission européenne, selon la localisation des effets de l'obstacle au commerce attaqué[1517]. Il permet à une « industrie communautaire » d'exercer un recours privé d'intérêt collectif concernant les obstacles au commerce ayant un effet sur le marché de la Communauté. Il permet également à une « entreprise de la Communauté » ou à une « association agissant au nom d'une entreprise ou de plusieurs entreprises de la Communauté » d'exercer un recours privé individuel. Cette distinction traduit des préoccupations relatives à la médiation des intérêts divergents de la part de la Communauté européenne, puisque les différends qui ont une incidence commerciale sur le marché communautaire doivent faire l'objet d'une plainte collective de la part de l'ensemble des opérateurs économiques affectés, les enjoignant à se concerter. On a vu que cette distinction conceptuelle ne semble pas livrer les résultats escomptés par le législateur communautaire, puisque les personnes privées exercent essentiellement le recours individuel, mais son application dans les modalités d'opération d'un recours privé direct à l'OMC pourrait néanmoins être envisagée, même si elle ne concernerait que les intérêts commerciaux divergents, sans égards aux intérêts non-commerciaux.

Puisque les personnes privées ne pourraient pas porter plainte contre leur propre État de nationalité, les utilisateurs industriels du produit ou du service importé dont le commerce est entravé, résidant dans le pays importateur, ou encore les associations de consommateurs, qui bénéficieraient de la concurrence entre les produits nationaux et les produits importés, résidant aussi dans le pays importateur, ne pourraient pas être titulaire du droit d'action.

---

aux États-Unis); Hawaii Banana Industry Association; etc. Voir *supra* la note 1353 et le texte correspondant.

[1517] Voir *supra* les notes 1374 et 1375 et le texte correspondant. L'identité des requérants privés peut également être consultée dans les documents publiés par la Commission européenne : COTANCE (Confederation of EC Tanners and Dressers); Euratex (European Apparel and Textile Organisation); BIPAVER (Bureau international permanent des associations de vendeurs et de rechapeur de pneumatiques); BNIC (Bureau national interprofessionnel du Cognac); FEBELTEX (Belgian Textile Federation); Cerestar (société sise en Belgique); EUROFER (European Confederation of Iron and Steel Industries); Dornier Luftfahrt GMBH (société sise en Allemagne); CIVB (Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux); Consorzio del Prosciuto di Parma; ANAPA (Spanish National Association of Owners of Deep-Sea Longliners); Volkswagen AG (société sise en Allemagne); CESA (Committee of European Union Shipbuilders Associations); COLIPA (European Cosmetic, Toiletry and Perfumery Associations); EFPIA (European Federation of Pharmaceutical Industries Associations); IFPI (International Federation of Phonographic Industry); Scotch Whisky Association; EOA (European Oilseed Alliance); FICF (Fédération des industries condimentaires de France); IMRO (Irish Music Rights Organisation); FEDERTESSILE (Italian Textile Federation). Voir *Trade Barriers Regulation : List of Cases*, *supra* note 1382.

Les personnes privées poursuivant la défense d'intérêts non-commerciaux, comme par exemple les syndicats ou les ONG nationales ou transnationales s'intéressant à la protection de la santé publique ou de l'environnement, ne seraient normalement pas intéressées à agir directement à l'OMC à titre de plaignant[1518]. Elles seraient toutefois certainement intéressées à participer également dans le règlement des différends commerciaux internationaux, et l'ouverture du mécanisme aux personnes privées à titre de plaignant devrait probablement s'accompagner d'une ouverture parallèle aux personnes privées désirant intervenir dans les procédures à d'autres titres, au soutien du membre de l'OMC visé par la plainte privée par exemple. La participation privée à titre d'*amicus curiae*, qui est une des voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC que nous avons examinées, apparaît être particulièrement bien adaptée à la défense de ces intérêts non-commerciaux à l'OMC; elle devrait même être réservée exclusivement à cette fin[1519]. La reconnaissance et l'encadrement de ce mode de participation privé seraient le complément indispensable à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC[1520]. D'autres ajustements pourraient aussi être envisagés, comme la publicité du processus et des communications des parties au litige, sous réserve de la protection des renseignements commerciaux sensibles.

Les personnes privées qui seraient laissées en plan sont celles qui ont également des intérêts commerciaux dans le litige, de nature protectionniste ou non, au soutien de la mesure étatique attaquée par la plainte privée, ou contre l'escalade conflictuelle qui pourrait s'en suivre par l'imposition de contre-mesures économiques[1521]. Leurs intérêts seraient défendus à l'OMC dans une certaine mesure par le membre défendeur, mais ne pourraient pas être pris en considération dans la décision de porter plainte ou non, comme c'est actuellement le cas, quoiqu'ils pourraient l'être dans la décision de l'État de nationalité du requérant privé d'imposer des contre-mesures. Ils pourraient cependant

---

[1518] Voir *supra* la note 1334 et le texte correspondant.

[1519] Voir la partie 3.2.1 c), ci-dessus, pour une évaluation de la participation des personnes privées à titre d'*amicus curiae* dans le règlement des différends à l'OMC.

[1520] Voir la partie 2.3.2 c) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les pressions subies par le mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* de la part de la société civile.

[1521] Il pourrait s'agir par exemple des entreprises bénéficiant de la protection offerte par la mesure étatique contestée ou encore d'utilisateurs industriels de produits ou services susceptibles d'être frappés par les contre-mesures économiques de l'État de nationalité du requérant privé. Voir *supra* la note 1334 et le texte correspondant.

l'être si une autorisation préalable de la part de l'État de nationalité du plaignant privé devait conditionner l'exercice de son recours.

*(ii) La portée matérielle du recours privé à l'OMC*

Deux possibilités s'offriraient aux membres de l'OMC s'ils désiraient créer un recours privé à l'OMC : le recours privé pourrait être général ou sectoriel. Un droit de portée générale permettrait aux personnes privées de porter plainte contre un membre pour violation de tout accord de l'OMC. Notre étude comparative a démontré qu'il n'existe aucun précédent dans la pratique conventionnelle des États concernant l'octroi aux personnes privées d'un droit général d'invoquer la responsabilité internationale de l'État, pour violation d'un traité d'intégration économique[1522]. Le seul précédent que nous avons relevé existe au plan intergouvernemental canadien, avec l'*ACI*, qui reconnaît le droit général des personnes privées de porter plainte pour violation de l'*Accord* suivant son mécanisme de règlement des différends[1523].

En revanche, nous avons également relevé que deux domaines économiques sont plus favorables à voir les personnes privées agir directement dans le règlement des différends concernant la mise en œuvre d'obligations internationales conventionnelles d'un État. La chose est maintenant acquise dans le domaine de l'investissement étranger direct, où la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État existe aux plans bilatéral, régional et même multilatéral, dans le secteur énergétique[1524]. Le domaine du proto-droit international de la concurrence, et plus particulièrement celui des pratiques commerciales restrictives apparaît aussi être potentiellement plus ouvert à l'accroissement de la capacité internationale des personnes privées[1525]. La conclusion éventuelle de nouveaux accords dans ces domaines dans l'enceinte de l'OMC, qui est à l'agenda du cycle de Doha, avec les thèmes de Singapour,

---

[1522] Voir la partie 2.2, ci-dessus, pour une étude comparative sur les recours des personnes privées dans les traités d'intégration économique régionale.
[1523] Voir la partie 2.2.4, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans l'accord canadien sur le commerce intérieur.
[1524] Voir la partie 2.3.3, ci-dessus, pour une discussion sur l'extension du modèle du chapitre 11 de l'*ALÉNA* dans la pratique conventionnelle des États.
[1525] Voir la partie 2.5, ci-dessus, pour une discussion sur les recours des personnes privées dans le proto-droit international de la concurrence.

pourrait permettre l'introduction de mécanismes sectoriels de règlement des différends où le droit de porter plainte serait reconnu aux personnes privées[1526]. Dans le cas de l'investissement étranger direct, le recours privé serait vraisemblablement entendu par des tribunaux arbitraux *ad hoc* institués sous l'égide de la *Convention CIRDI*, du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* ou d'autres règlements d'arbitrage, plutôt que par des groupes spéciaux.

Certains autres domaines économiques pourraient apparaître être aussi particulièrement ouverts à la reconnaissance d'un rôle plus important des personnes privées dans le règlement des différends, mais ils participent en réalité d'une problématique différente. Les accords de l'OMC concernant l'imposition de droits antidumping et compensateurs, les marchés publics ainsi que les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, prescrivent tous des obligations internationales concernant la création de recours internes adéquats dans ces domaines, notamment pour mettre en œuvre les normes substantives qu'ils prévoient[1527]. Cette prescription rend plutôt ces domaines davantage favorables à l'invocabilité de ces accords en droit interne, comme la pratique de certains membres de l'OMC l'illustre déjà, puisque les recours internes visent l'application des règles de fond prévues par le traité[1528]. Cela ne signifie toutefois pas qu'ils ne pourraient pas faire l'objet d'un recours privé à l'OMC, que ce soit sur une base sectorielle ou générale.

### *(iii) L'encadrement procédural du recours privé à l'OMC*

Les droits de la personne privée dans la mise en œuvre volontaire de la responsabilité internationale du membre de l'OMC pourraient soit être exercés sans

---

[1526] Voir la partie 3.3.5, ci-dessous, pour une discussion sur le déroulement du cycle de Doha et les perspectives de réalisation de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

[1527] Voir *supra* la note 247 et le texte correspondant.

[1528] Au Canada, l'*Accord sur les marchés publics* est par exemple invocable devant le Tribunal canadien du commerce extérieur et la Cour fédérale afin de vérifier la conformité des décisions de l'administration fédérale concernant la passation de marchés publics. Plusieurs membres de l'OMC auraient par ailleurs reconnu l'invocabilité de l'accord sur l'imposition de droits antidumping, l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, tandis que l'arrêt *Nakajima* de la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu l'invocabilité du même *Accord* en contrôle judiciaire de l'acte adopté pour le transposer dans l'ordre juridique communautaire. Voir *supra* les notes 1443, 1479 et 1481 et le texte correspondant.

restriction, soit être soumis à des conditions visant à préserver un certain contrôle étatique sur le règlement des différends commerciaux internationaux[1529]. Un recours privé à l'OMC pourrait donc être absolu ou conditionnel. Notre étude comparative offre une illustration de chacun de ces modèles processuels.

Le droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct est absolu : il n'est soumis à aucun contrôle étatique préalable. Dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, le recours est immédiatement disponible, moyennant une période de gel de six mois entre la commission du présumé fait internationalement illicite et la soumission de la plainte à l'arbitrage[1530]. Son exercice doit cependant être précédé d'une notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage[1531]. La combinaison de cette période de gel et de la notification d'intention favorise le règlement amiable du différend international. Le requérant privé doit également renoncer à son droit d'engager des poursuites judiciaires dans l'ordre juridique interne de l'État défendeur, concernant la réclamation de dommages-intérêts, ce qui s'explique aisément par la finalité identique du recours international qui est justement d'obtenir réparation de son préjudice matériel[1532]. Le double dédommagement de la personne privée produirait un enrichissement injustifié qui serait contraire aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Les problèmes systémiques posés par la mise en œuvre du chapitre 11 que nous avons identifiés indiquent cependant la nécessité d'introduire un contrôle politique *a priori*, ainsi qu'un meilleur contrôle juridique *a posteriori*, sous la forme d'une juridiction arbitrale d'appel, au lieu du contrôle judiciaire des sentences arbitrales par les tribunaux du lieu du for, mal adapté aux litiges de droit international public[1533]. Nous avons souligné les dangers posés par un recours immodéré à ces soupapes, particulièrement aux soupapes de nature plus politique, en ce qui concerne la crédibilité du recours privé et du mécanisme de règlement des différends.

---

[1529] Voir Jackson, Louis et Matsushita, *supra* note 7 aux pp. 207-209; Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 160 (commentaire de William Davey). Glen Schleyer a proposé que ce filtrage des plaintes privées soit plutôt faite par le Secrétariat de l'OMC. Schleyer, *supra* note 6 aux pp. 2309-2311.

[1530] Voir *supra* la note 807 et le texte correspondant.

[1531] Voir *supra* la note 803 et le texte correspondant.

[1532] Voir *supra* la note 805 et le texte correspondant.

[1533] Voir la partie 2.3.2 c) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur la nécessité de prévoir des soupapes pour maintenir la souveraineté étatique au vu des problèmes systémiques posés par la mise en œuvre du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

Au plan intergouvernemental canadien, l'*ACI* conditionne le recours privé qu'il prévoit par deux contrôles *a priori*, qui apparaissent particulièrement intéressant pour un recours privé à l'OMC, puisqu'il s'agit également d'un recours de portée générale ne visant que la constations de la violation de l'*Accord* et sa cessation. Dans un premier temps, le gouvernement provincial jouit d'un droit de préemption, puisque la personne privée doit d'abord lui demander d'engager les procédures de règlement des différends pour son compte[1534]. Si le gouvernement accepte d'agir, la fonction du recours privé en aura été une de signalement des entorses à l'*ACI*, rappelant la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées. S'il refuse d'agir, la plainte privée doit dans un deuxième temps être autorisée par un examinateur indépendant, nommé à cette fin par ce gouvernement, afin d'éliminer les plaintes frivoles ou vexatoires, déposées uniquement pour harceler le gouvernement visé par la plainte, ou encore celles n'ayant pas de fondement raisonnable[1535]. Il faut rappeler que l'absence de toute garantie processuelle ou de contrôle judiciaire à ce stade avait été dénoncée lors de l'adoption de l'*Accord*, mais sa mise en œuvre semble indiquer que les problèmes anticipés ne se sont pas produits pour le moment.

Il semble qu'il serait aussi préférable qu'un recours privé à l'OMC soit aussi soumis à un contrôle étatique préalable, ce qui refléterait la résilience de la diplomatie dans le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux par l'Organisation[1536]. La personne privée pourrait par exemple devoir d'abord porter formellement sa plainte à l'attention de son État de nationalité, ce qui serait facilité par l'existence d'un mécanisme interne formalisé de traitement des plaintes privées, afin de permettre à celui-ci de porter lui-même la plainte à l'OMC, d'y mettre un terme, ou encore d'autoriser la personne privée à la porter directement auprès de l'Organisation. Cet exercice permettrait à l'État de préserver dans une certaine mesure son rôle de médiateur des intérêts divergents. La question des garanties processuelles et du contrôle judiciaire à ce stade devrait être envisagée, comme l'a démontré la jurisprudence *Fediol* de la Cour de

---

[1534] Voir *supra* la note 617 et le texte correspondant.
[1535] Voir *supra* la note 618 et le texte correspondant.
[1536] Voir la partie 1.2.2 c), ci-dessus, pour une discussion sur la place de la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC.

justice des Communautés européennes[1537], mais il semble qu'il serait préférable que la décision politique de l'État et son interprétation des accords de l'OMC ne puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, sauf peut-être en ce qui concerne le respect des règles de forme entourant le processus décisionnel. Ce contrôle étatique préalable comporterait cependant le risque de rendre la création du recours privé contre-productive puisque l'État potentiellement visé par la plainte privée pourrait chercher à faire pression sur l'État de nationalité de la personne privée pour qu'elle refuse d'autoriser le recours, ce qui reviendrait à réétatiser le différend au plan politique.

Une fois l'exercice du recours privé autorisé par l'État de nationalité du plaignant, il pourrait être utile de remplacer la période actuellement réservée aux consultations préalables obligatoires par la nécessité que la personne privée adresse, au membre de l'OMC visé par sa plainte, une notification de son intention de demander l'établissement d'un groupe spécial. L'introduction d'une période de gel avant que la plainte puisse être formellement déposée à l'OMC pourrait aussi être envisagée, afin de favoriser le règlement amiable du différend.

Une autre avenue permettant l'exercice d'un contrôle politique préalable serait de se fier au caractère pratiquement automatique du processus actuel d'examen des plaintes par un groupe spécial, tablant ainsi sur les limites de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC. La règle décisionnelle du consensus négatif pourrait permettre de bloquer la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par une personne privée, dans l'hypothèse où son État de nationalité et tous les autres membres de l'OMC en convenaient lors de la réunion de l'ORD chargée de se prononcer sur cette demande[1538]. Si cette solution a l'avantage de tirer profit des règles actuelles de l'OMC, elle a le désavantage de ne pas être susceptible de se produire souvent, et d'empêcher l'État de nationalité du plaignant privé de se prononcer seul sur l'opportunité du recours.

La création d'un mécanisme de jonction des plaintes privées pourrait être envisagée, comme nous l'enseigne le chapitre 11 de l'*ALÉNA*[1539], afin d'encadrer le

---

[1537] Voir *supra* la note 1386 et le texte correspondant.
[1538] Voir la partie 1.2.2 c), ci-dessus, pour une discussion sur la place de la diplomatie dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.
[1539] Voir *supra* la note 808 et le texte correspondant.

processus une fois que la personne privée a exercé son recours. Le contrôle étatique préalable permettrait certes au membre de l'OMC d'agir dans l'hypothèse où plusieurs de ses ressortissants auraient une plainte semblable, mais un tel mécanisme serait utile dans l'hypothèse ou plusieurs plaintes privées semblables en provenance de différents membres de l'OMC auraient été portées.

Quant à la nécessité d'un contrôle juridique *a posteriori*, en raison notamment de la multiplication des affaires que ne manquerait pas d'entraîner l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, l'existence d'une quasi-juridiction d'appel dans le processus d'examen des plaintes par un groupe spécial signifie que le mécanisme serait déjà bien préparé à accueillir un recours privé à cet égard, et ne souffrirait pas des tares actuelles du contrôle judiciaire des sentence arbitrales dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct. Cela signifie toutefois que la voie de l'arbitrage international, que nous avons évoquée précédemment, serait moins bien adaptée pour recevoir un recours privé.

Une autre forme de contrôle étatique *a posteriori*, d'ordre politique cette fois, pourrait à nouveau être exercée en raison des limites actuelles de la juridictionnalisation du règlement des différends par l'OMC. L'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est actuellement pratiquement automatique en raison de la règle décisionnelle du consensus négatif, au sein de l'ORD, parce qu'il apparaît quasiment impossible que tous les membres de l'OMC, y compris les parties au litige, refusent d'adopter le rapport[1540]. En revanche, cette éventualité apparaîtrait moins improbable dans un différend entre une personne privée et un membre de l'OMC, dans l'hypothèse où l'État de nationalité de la partie privée qui aurait eu gain de cause ne serait pas d'accord avec le rapport, en raison par exemple de ses implications pour sa propre politique commerciale. Le recours à cette soupape pourrait cependant être dommageable pour le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, aussi devrait-il être utilisé sur une base exceptionnelle et non régulière, contrairement à l'exercice du droit d'appel des rapports des groupes spéciaux.

---

[1540] Voir la partie 1.2.2 c), ci-dessus, pour une discussion sur la place de la diplomatie dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Au stade de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC, la personne privée ne devrait plus jouir d'aucun droit processuel, si ce n'est de celui de demander l'intervention de son État de nationalité. L'arrivée d'un différend commercial international à ce stade marquerait le retour à l'interétatisme, comme c'est le cas dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*[1541], et les limites de la capacité internationale des personnes privées seraient atteintes. Une solution alternative intéressante existe au plan intergouvernemental canadien, puisque l'*ACI* prévoit que, dans l'hypothèse où un gouvernement provincial devait refuser de mettre en œuvre le rapport du groupe spécial, dans un différend ayant fait l'objet d'une plainte privée, l'imposition de « mesures de rétorsions » n'est pas envisagée ni aucun autre moyen de mise en œuvre coercitive[1542]. La transposition de cette solution à l'OMC signifierait que l'imposition de contre-mesures économiques serait interdite dans l'hypothèse où la responsabilité d'un Membre aurait été invoquée par une personne privée. Cela ne nous apparaît pas souhaitable, puisque cela risquerait d'introduire une certaine érosion de la primauté du droit à l'OMC, laissant l'impression d'une obligation secondaire de cessation du Membre responsable plus ou moins intense selon que la plainte ait été étatique ou privée, même si les obligations primaires violées avaient été les mêmes. Aussi, la création d'un contrôle étatique préalable nous apparaît-elle un meilleur moyen de préserver la primauté du droit dans les relations commerciales internationales.

Les modalités juridiques possibles de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ayant été explorée, bien sommairement, nous pouvons maintenant nous attarder à ses effets juridiques potentiels.

### 3.3.2 Les effets juridiques potentiels de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC

L'examen des effets juridiques potentiels de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC est un exercice prospectif qui ne peut qu'être esquissé dans le cadre de la présente thèse. Nous nous contenterons d'identifier les principales questions juridiques qui risqueraient d'être soulevées, tant à l'égard du système commercial multilatéral que

---

[1541] Voir *supra* la note 822 et le texte correspondant.
[1542] Voir *supra* la note 621 et le texte correspondant.

du droit international public, en nous inspirant particulièrement de nos observations tirées de la mise en œuvre du recours international des investisseurs étrangers dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

a) Les effets juridiques potentiels sur le système commercial multilatéral

On peut identifier trois axes autour desquels l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC pourrait affecter juridiquement le système commercial multilatéral : l'accroissement de la juridisation des relations commerciales internationales; l'amélioration de la mise en œuvre des accords de l'OMC; l'influence du recours privé sur le recours étatique à l'OMC.

*(i) Juridisation accrue des relations commerciales internationales*

Nous avons débuté notre thèse en soulignant l'importance de faire la distinction entre les deux dimensions de la juridisation des relations commerciales internationales, soit la juridisation substantive et la juridictionnalisation, afin de mieux comprendre le rôle du droit dans la conduite de ces relations au plan multilatéral[1543]. Nous avons insisté sur le fait que la juridictionnalisation est en réalité l'épiphénomène de la juridisation substantive, hypothèse qui s'est vérifiée dans notre étude des recours privés dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct[1544]. Ce même domaine nous amène toutefois à constater que cette relation n'est pas unidirectionnelle, et que la juridictionnalisation peut, à son tour, renforcer la juridisation substantive. La création d'un recours privé à l'OMC, dans le cadre de son mécanisme de règlement des différends, nourrirait vraisemblablement cet accroissement de la juridisation substantive des relations commerciales internationales[1545].

---

[1543] Voir la partie 1.1.1, ci-dessus, pour une discussion sur les deux dimensions de la juridisation des relations commerciales internationales.
[1544] Voir *supra* la note 682 et le texte correspondant.
[1545] Cet effet de la juridictionnalisation a déjà été souligné dans le contexte interétatique actuel. L'Organe d'appel aurait particulièrement poursuivi la juridisation substantive dans le domaine des mesures de sauvegarde. McRae, « Future of WTO Dispute Settlement », *supra* note 9 à la p. 6.

Si cette distinction est utile pour comprendre la dynamique qui anime le phénomène de la juridisation des relations commerciales internationales, en réalité, il est donc impossible de distinguer totalement la juridisation substantive de la juridictionnalisation. L'accès direct des personnes privées à l'OMC intensifierait la juridictionnalisation, ce qui contribuerait à développer et raffiner davantage les règles de fond prévues par les accords de l'OMC. L'expérience du chapitre 11 de l'*ALÉNA* indique que les personnes privées sont capables de beaucoup d'imagination quand vient le temps d'exercer un recours international à l'encontre d'un État, surtout lorsque l'enjeu est financier[1546]. Elles tenteront d'infléchir l'interprétation de leur recours de la manière la plus large possible, afin d'y faire entrer la situation qui les affecte. Elles tenteront également d'infléchir l'interprétation des règles de fond du traité de manière à augmenter l'étendue des obligations dont elles sont les bénéficiaires et ainsi de maximiser leurs avantages. Cette inventivité des personnes privées pourrait faire s'écarter la juridisation substantive de l'intention originale des parties contractantes, c'est-à-dire des États.

La chose s'explique aisément par le statut et les intérêts distincts des personnes privées par rapport aux États dans le système commercial multilatéral. Les personnes privées étant uniquement les bénéficiaires des accords de l'OMC, elles auront avantage à promouvoir l'interprétation la plus favorable à leurs intérêts privés immédiats, c'est-à-dire à la libéralisation maximale du commerce international, sans se soucier de voir cette interprétation être appliquée plus tard en leur défaveur. Les membres de l'OMC sont, eux, dans la double position du plaignant et du défendeur potentiels, aussi seront-ils généralement plus modérés quant à l'interprétation des accords de l'OMC. Cette problématique du non assujettissement des personnes privées à des obligations, dans le système commercial multilatéral, ne peut manquer d'avoir un impact important sur leur subjectivité en droit international, comme on le verra plus bas.

L'épisode de l'interprétation extensive adoptée par les tribunaux arbitraux en ce qui concerne le contenu de la norme minimale de traitement des investisseurs étrangers, prévue par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, de même que la réponse que lui ont apportée les Parties contractantes, par l'adoption des *Notes d'interprétations de certaines dispositions*

---

[1546] Voir la partie 2.3.2 c) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur les problèmes posés par l'action des investisseurs étrangers dans l'exercice de leur recours prévu par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.

*du chapitre 11*, est exemplaire à cet égard[1547]. L'interprétation très extensive du champ d'application du même chapitre, promue par les personnes privées plaignantes, l'est également; nous pensons surtout à celle du concept de « mesure concernant un investissement » et à celle de « mesure », dans laquelle les tribunaux arbitraux ont finalement accepté d'inclure des décisions judiciaires, malgré l'interprétation contraire défendue par les Parties contractantes.

Ces précédents pointent dans la direction de la nécessité que certains instruments de contrôle demeurent à la disposition des États, afin que la juridisation substantive reste conforme à leurs aspirations, dans les cas où la juridictionnalisation est mise au service des personnes privées bénéficiaires de la juridisation. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC n'y ferait pas exception. Outre le caractère salvateur d'une juridiction d'appel à cet égard, déjà mentionné, la possibilité pour les membres de l'OMC d'adopter des interprétations obligatoires pourrait aussi remplir cette fonction dans son mécanisme de règlement des différends. On a vu dans notre étude des limites de la juridictionnalisation à l'OMC que celui-ci prévoyait déjà cet instrument, mais qu'il n'avait encore jamais été utilisé[1548]. Son utilisation par la Commission du libre-échange de l'*ALÉNA* offre certaines leçons qui permettent de baliser son éventuel recours par les membres de l'OMC.

Il faut rappeler que les membres de l'OMC peuvent adopter une telle interprétation obligatoire des accords de l'OMC, à la majorité des trois quarts de ses membres réunis en Conférence ministérielle ou en Conseil général, et que celle-ci prime sur le *Mémorandum d'accord*, ce qui signifie qu'elle lie les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. De façon générale, l'épisode précité de l'adoption des *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* démontre la nécessité que ce pouvoir soit utilisé avec circonspection par les membres de l'OMC, puisque la légalité de son exercice a pris un certain temps avant d'être reconnue, après avoir été remise en question par le tribunal arbitral dans l'affaire *Pope & Talbot*, qui s'en est montré très vexé. Plus particulièrement, l'adoption d'une interprétation obligatoire soulèverait trois questions concernant ses effets juridiques. Quant aux plaintes postérieures à son adoption, la situation ne serait pas

---

[1547] Voir la partie 2.3.2 c) *(ii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les problèmes posés par l'adoption d'une interprétation obligatoire par la Commission du libre-échange de l'*ALÉNA*.
[1548] Voir *supra* la note 239 et le texte correspondant.

problématique et les groupes spéciaux et l'Organe d'appel seraient clairement liés par l'interprétation obligatoire des accords de l'OMC, aussi devraient-ils l'appliquer. Quant aux plaintes antérieures ayant fait l'objet d'une décision de l'ORD faisant naître une obligation de cessation à la charge du membre responsable, se poserait la question de savoir si celui-ci peut s'autoriser de l'interprétation obligatoire pour refuser d'exécuter son obligation de cessation. Quant aux affaires toujours pendantes lors de l'adoption de l'interprétation obligatoire, l'Organe d'appel devrait-il réviser le rapport du groupe spécial pour le mettre en conformité avec l'interprétation? Le groupe spécial ou l'Organe d'appel devraient-il de leur propre chef modifier leur rapport pour le rendre conforme à l'interprétation? La pratique des tribunaux arbitraux institués en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* n'est pas uniforme à cet égard. Il semble à première vue que les organes quasi-judiciaires de l'OMC devraient prendre acte de l'interprétation obligatoire, peu importe le stade où serait rendu l'affaire, puisque celle-ci expliciterait le contenu des accords de l'OMC tel qu'il aurait toujours dû être interprété.

Ces questions illustrent éloquemment la ligne ténue entre l'interprétation et la modification des accords de l'OMC, près de laquelle opèrerait une interprétation obligatoire. Il faut rappeler que l'adoption d'une telle interprétation par les membres de l'OMC ne peut servir à « éroder » les mécanismes de modification formelle des accords[1549]. Par ailleurs, il faut aussi rappeler le principe de la primauté du droit de l'OMC voulant que les règlements amiables, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ou les décisions arbitrales, ne peuvent augmenter ou diminuer les droits des membres de l'OMC, ce qui semble devoir poser une limite importante à l'accroissement de la juridisation substantive par la juridictionnalisation[1550]. L'espace dans lequel pourrait survenir cette juridisation accrue en serait donc un de nuance, de finesse et de subtilité, à la frontière de l'interprétation et de la modification.

---

[1549] *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. IX(2) *in fine*.
[1550] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(5).

*(ii) Amélioration de la mise en œuvre du droit international économique*

La mise de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux à la disposition des personnes privées, par l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, aurait pour effet d'améliorer la mise en œuvre des accords de l'OMC. C'est ce que l'expérience du chapitre 11 de l'*ALÉNA* démontre par analogie[1551]. En exerçant plus fréquemment leur recours que ne le font les États, puisqu'ils ne l'assujettiraient pas à des considérations d'ordre politique externes, les personnes privés contribueraient à l'exécution des accords de l'OMC par ses membres, renforçant du coup la primauté du droit dans les relations commerciales internationales. L'expérience du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* indique que l'État responsable exécute toujours son obligation secondaire de réparation, tandis que celle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC veut que dans la grande majorité des cas, le membre de l'OMC responsable exécute son obligation secondaire de cessation[1552]. Ces tendances confirment que l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC contribuerait globalement à la mise en œuvre du droit international économique.

Cette contribution des personnes privées se limiterait cependant à la primauté du droit de l'OMC dans les relations commerciales internationales, ce qui est différent de la question plus globale de la primauté du droit dans les relations internationales. Les problèmes réels que cela pourrait poser se situent plutôt au plan de la juridisation substantive des relations commerciales internationales. Les membres de l'OMC ne peuvent être opposés à l'application des règles auxquelles ils ont librement consenti, il en va du respect de la règle *pacta sunt servanda*. Le problème se situe peut-être davantage au plan du processus interne de conclusion des traités, si les membres de l'OMC ne sont pas satisfaits du résultat obtenu dans les règles de fond prescrites par les accords de l'OMC. Il se situe peut-être également dans l'articulation entre cette juridisation substantive et les autres règles de fond qui encadrent la conduite globale des relations internationales, ou l'exercice de leur souveraineté par les États, concernant la protection de l'environnement, des travailleurs, des droits fondamentaux de la personne humaine, voire de la diversité

---

[1551] Voir la partie 2.3.2 c) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur la contribution réelle des personnes privées à la mise en œuvre du droit international économique dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*.
[1552] McRae, « Future of WTO Dispute Settlement », *supra* note 9 à la p. 5.

culturelle. L'existence ou non d'un recours privé ne saurait affecter fondamentalement cette problématique liée à la juridisation substantive elle-même, à laquelle la doctrine répond désormais en s'interrogeant sur la nécessité de formuler des règles internationales « tertiaires », pour reprendre l'assise conceptuelle avec laquelle la CDI a réalisé sa codification du droit international de la responsabilité de l'État[1553]. Cette question, d'une grande actualité et d'un grand intérêt, dépasse cependant le domaine de la juridictionnalisation où opérerait essentiellement l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

### *(iii) Coexistence des recours internationaux privés et étatiques à l'OMC*

Dans le contexte de ses travaux de codification et de développement progressif du droit international concernant la théorie de la protection diplomatique, la CDI s'est penchée sur la question de savoir si la création de recours internationaux privés, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, avait eu pour effet de réduire le domaine de la théorie de la protection diplomatique[1554]. Les opinions étaient partagées à cet égard, mais le rapporteur spécial John Dugard a conclu que le recours international étatique, loin de s'opposer au recours privé, se présentait en réalité comme un instrument de protection additionnelle pour les individus. Ce débat peut être transposé dans le domaine économique, où la question de la relation entre les recours internationaux étatiques et privés se pose également.

Afin de savoir si le recours étatique agirait comme un instrument de protection additionnelle pour les personnes privées si elles jouissaient d'un recours à l'OMC, il serait nécessaire que leur articulation juridique soit clairement établie. Dans la mesure où l'existence du recours privé restreindrait le champ d'application du recours étatique, il y

---

[1553] Voir J.P. Trachtman, « *The WTO Constitution : Toward Tertiary Rules for Intertwined Elephants* », Séminaire sur le droit de l'OMC : Towards a Global Constitution for a Globalized Legal System?, Centre d'études sur le droit international et la mondialisation, Université du Québec à Montréal, Montréal, 13 mai 2005 [non publié]. Joost Pauwelyn a toutefois consacré un ouvrage complet à l'étude de cette question, pour conclure que la création d'une nouvelle théorie n'était pas nécessaire pour résoudre ces conflits de normes, et que les éléments de solution de ces problèmes existaient déjà dans les règles actuelles du droit international public. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 à la p. 490.

[1554] Voir *supra* la note 509 et le texte correspondant.

aurait réduction de la protection étatique des personnes privées, au plan de l'invocation de la responsabilité du membre de l'OMC. Mais la création d'un recours privé à l'OMC n'aurait probablement pas cet effet, puisque les personnes privées agiraient à titre d'entité autre que lésée, ce qui signifie que les membres de l'OMC, titulaires des droits et des obligations dans le système commercial multilatéral, conserveraient leur intérêt à agir en toutes circonstances. Les modalités d'opération possibles du recours privé que nous avons explorées préserveraient aussi un espace pour cette protection étatique additionnelle, avec le droit de préemption qui pourrait être réservé aux membres de l'OMC pour qu'ils puissent porter la plainte eux-mêmes.

La protection étatique demeurerait entière au stade de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC, par la négociation d'une compensation volontaire ou l'imposition de contre-mesures économiques. Le recours étatique comporterait donc réellement un aspect de protection additionnelle des personnes privées à ce stade, dans la mesure où les membres de l'OMC devaient conserver le droit d'imposer des contre-mesures lorsque la responsabilité du membre a été invoquée par une personne privée, contrairement à ce qui est prévu au plan intergouvernemental canadien avec l'*ACI*.

Le recours international étatique pourrait également être un instrument de protection complémentaire pour les personnes privées. Cet aspect apparaît lorsqu'on considère la coexistence de différents régimes de responsabilité de l'État, particulièrement si l'introduction d'un recours privé se limite à un secteur donné des relations internationales économiques. Cette hypothèse existe déjà dans l'*ALÉNA*, où le régime général de responsabilité des Parties contractantes, où les personnes privées sont absentes, coexiste avec le régime spécial de responsabilité du chapitre 11, concernant l'investissement étranger direct, où les personnes privées jouissent du droit d'invoquer la responsabilité de l'État. La même situation pourrait se présenter à l'OMC avec l'introduction d'un recours privé limité à l'investissement étranger direct. Le contenu du régime général de responsabilité du membre de l'OMC prescrit uniquement une obligation secondaire de cessation à charge du membre responsable, tandis que le régime spécial prescrirait probablement uniquement une obligation secondaire de réparation. Le recours étatique remplirait ainsi un rôle complémentaire, puisqu'il permettrait d'obtenir la

cessation de la mesure visée par le recours privé, qui lui permettrait aux personnes privées d'obtenir réparation de leur préjudice matériel. La situation est cependant confuse dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, puisque il n'est pas clair si l'exercice du recours privé empêche l'exercice d'un recours par l'État de nationalité du plaignant[1555].

Mais les deux recours ne seraient pas que complémentaires. S'il est vrai qu'ils se singulariseraient au plan du contenu de la responsabilité du membre de l'OMC dont ils permettraient l'invocation, ils se chevaucheraient au stade préalable de la détermination de l'illicéité de la mesure visée par les plaintes. Il serait donc nécessaire de prévoir des règles pour savoir si la détermination effectuée suite à un recours devrait s'imposer à l'autre recours, de même que prévoir l'éventuelle suspension d'un recours avant que l'autre recours puisse procéder. On pourrait par exemple prévoir que la détermination faite dans le cadre du premier recours intenté s'impose aux recours postérieurs concernant les mêmes faits; on pourrait aussi préférer faire prévaloir la détermination faite dans le cadre du recours étatique, et suspendre le recours privé dans l'intervalle. Le nouveau droit international de l'investissement étranger direct témoigne de la complexité de ces questions[1556].

Deux autres aspects de cette relation entre un recours privé sectoriel et le recours étatique général doivent être soulignés. D'abord, certains problèmes pourraient résulter de l'application concurrente du régime de responsabilité général, applicable aux échanges commerciaux, et du régime spécial de responsabilité, applicable aux investissements étrangers, avec les exceptions générales prévues dans les accords de l'OMC[1557]. On a vu que ce problème se pose dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, avec la possibilité qu'un État trouvé non responsable parce que sa mesure serait justifiée par une exception, concernant la protection de la santé humaine par exemple, puisse néanmoins être trouvé responsable pour la même mesure suite à l'exercice d'un recours par un investisseur étranger[1558]. Cette solution peut étonner, et il y aurait lieu de s'interroger si elle est réellement conforme à l'intention des parties contractantes, qui ont inséré un traité de promotion et

---

[1555] Voir *supra* la note 824 et le texte correspondant.
[1556] Voir *supra* la note 828 et le texte correspondant.
[1557] Voir *supra* la note 389 et le texte correspondant pour une discussion sur la nature macroéconomique du système commercial multilatéral et son impact sur le contenu spécial de la responsabilité du membre de l'OMC.
[1558] Voir *supra* la note 871 et le texte correspondant.

de protection des investissements étrangers dans un traité de libre-échange; ceux-ci ne sont pas totalement isolés puisque l'imposition de contre-mesures croisées est permise et constitue l'un des principaux avantages de cette intégration. Ensuite, l'expérience du chapitre 11 de l'*ALÉNA* indique également que les personnes privées tentent d'utiliser leur recours sectoriel pour compenser leur incapacité dans le régime général de responsabilité de l'*Accord*, mais aussi pour compenser leur incapacité dans des régimes prévus par d'autres traités, dont surtout celui de l'OMC[1559]. Un recours international, même sectoriel, est un important levier politique pour les personnes privées, aussi faut-il prévoir que ceux-ci en optimisent les possibilités, même au-delà du secteur où il serait supposé se cantonner.

Il serait donc indispensable de prévoir clairement l'articulation juridique entre le recours privé et le recours étatique à l'OMC. Notre étude du recours des personnes privées dans le domaine de l'investissement étranger direct a fait ressortir que cette question est généralement négligée par les parties contractantes. Le *TCE* ne fait pas exception, et on a remarqué que non seulement l'articulation entre le recours privé et le recours étatique soulevait de nombreuses questions juridiques, mais aussi celle entre les différents canaux offerts aux personnes privées pour déposer leur plainte[1560]. Un effort de cohérence a toutefois été fait dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, où l'on a écarté le domaine de l'investissement étranger direct du régime général de responsabilité pour le fait licite, limitant l'objet du recours étatique à demander la cessation de la mesure illicite[1561].

Nous avons également pu souligner les dangers que comportait l'élimination de la règle de l'épuisement des recours internes dans le nouveau droit de l'investissement étranger direct. Celle-ci permet aux personnes privées de mettre beaucoup de pression sur les États par la menace d'une plainte internationale, ainsi que de jouer sur tous les tableaux en faisant de la surenchère entre l'exercice d'un recours interne ou

---

[1559] Voir la partie 2.3.2 c) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les pressions exercées par le recours privé du chapitre 11 de l'*ALÉNA* sur les mécanismes interétatiques de règlement des différends relatifs à d'autres domaines du droit international économique.

[1560] Voir *supra* les notes 1061 et 1069 et le texte correspondant. Voir aussi la partie 2.3.3 c) *(iv)*, pour une discussion sur l'impact du *TCE* sur l'évolution de la participation des personnes privées dans le règlement des différends internationaux économiques.

[1561] Voir *supra* la note 821 et le texte correspondant.

international[1562]. Elle a aussi permis aux personnes privées d'enclencher de manière prématurée le mécanisme international de règlement des différends, avant que la mesure attaquée n'ait le caractère fini requis pour fonder une plainte internationale. Puisque la règle est inapplicable dans le régime de responsabilité des membres de l'OMC, ces effets seraient à prévoir si le droit de porter plainte était élargi aux personnes privées. Il faut toutefois convenir que le régime de responsabilité de l'OMC permet l'invocation de la responsabilité d'un membre pour les mesures adoptées ou envisagées[1563], ce qui signifie que la question de l'enclenchement prématuré de son mécanisme de règlement des différends se limiterait probablement au secteur de l'investissement étranger direct si un élargissement devait avoir lieu dans ce secteur.

À défaut de pouvoir tout prévoir par anticipation dans des règles générales, la soumission du recours privé à l'autorisation préalable du membre de l'OMC offrirait un moyen pragmatique de gérer cette articulation, et pourrait en définitive faciliter la coexistence du recours privé avec le recours étatique.

b) Les effets juridiques potentiels sur le droit international public

Deux questions importantes seraient soulevées par l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, concernant le droit international public, soit celle de son impact sur le statut juridique des personnes privées en droit international, et celle de son impact sur la multiplication des juridictions internationales et la fragmentation du droit international.

*(i) Statut juridique des personnes privées en droit international*

Bien que nous nous intéressons à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées globalement, la réalité des relations commerciales internationales fait en sorte que les opérations économiques transnationales sont

---

[1562] Voir *supra* la note 861 et le texte correspondant. Voir généralement la partie 2.3.2 c) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'enclenchement prématuré du mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA* par les personnes privées.

[1563] Voir *supra* la note 126 et le texte correspondant.

essentiellement effectuées par des personnes morales, c'est-à-dire des compagnies, sociétés par actions ou corporations[1564]. La problématique de l'accroissement de la capacité internationale des personnes privées dans le domaine économique est donc différente de celle de l'accroissement de leur capacité dans le domaine de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, où il est plutôt question des individus, à l'exclusion des sociétés privées. Wolfgang Friedmann soulignait il y a plus de quarante ans la différence fondamentale, au plan international, entre les individus et les sociétés privées, lorsqu'il rendait compte des changements structurels que connaissait alors le droit international public[1565] :

> « *The legal position of the corporation in international affairs implies interests and activities often of huge dimensions but in any case of an impersonal and generally economic character. By contrast, the problem of the position of the individual in international law is the problem of the isolated and helpless human being, of the individual person robbed or imprisoned without due process, deprived of his nationality or used as a slave labourer* »[1566].

Bénéficiaires premiers des accords de l'OMC, les acteurs privés opérant au sein du système commercial multilatéral sont donc essentiellement des personnes morales, des sociétés multinationales ou de moindre taille. La question qui se pose est donc celle de savoir dans quelle mesure la création d'un recours privé à l'OMC contribuerait à la reconnaissance de la personnalité internationale des sociétés privées et en ferait des sujets du droit international.

Pour tenter de répondre à cette question, nous proposons d'utiliser les deux critères théoriques que nous avons développés dans l'étude du recours des personnes privées dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* en matière d'investissement étranger direct[1567]. D'une part, l'entité prétendant à la personnalité internationale devrait être sujette à la fois de l'ordre primaire et de l'ordre secondaire du droit international. D'autre part, elle

---

[1564] Il est éloquent à cet égard que les utilisateurs des mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant les accords de l'OMC, aux États-Unis et dans la Communauté européenne, soient exclusivement des sociétés privées ou des associations de sociétés privées. Voir *supra* les notes 1516 et 1517 et le texte correspondant.

[1565] W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New-York, Columbia University Press, 1964 aux pp. 232-233.

[1566] *Ibid.* à la p. 233.

[1567] Voir la partie 2.3.2 b), ci-dessus, pour une discussion sur la typologie du recours des investisseurs étrangers en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* et sa contribution à la subjectivité internationale des investisseurs étrangers.

devrait apparaître au plan international dans toute sa vulnérabilité, « dénationalisée », c'est-à-dire ne pas agir en raison de son lien de nationalité avec un État et ne pas pouvoir jouir de sa protection. La réunion de ces conditions confirmerait la plénitude de la sujétion de l'entité au droit international.

Le pont normatif que nous offre le droit international de la responsabilité de l'État prend toute son importance dans l'étude de cette question du statut juridique des sociétés privées en droit international. Plus particulièrement, le rattachement de ce droit à l'ordre des règles secondaires est déterminant[1568]. Les droits qui seraient octroyés aux personnes privées par l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC seraient strictement limités à cet ordre des règles secondaires : il s'agirait de leur reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC. On a vu que les personnes privées ne sont que les bénéficiaires des accords de l'OMC, pas leurs sujets, ce qui signifie qu'elles ne jouissent d'aucun droit et ne sont soumises à aucune obligation dans l'ordre des règles primaires[1569]. Même dans l'ordre des règles secondaires, les personnes privées ne jouiraient pas de la plénitude des droits, puisqu'il leur serait impossible d'agir dans la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre, que ce soit par la négociation d'une compensation volontaire ou l'imposition de contre-mesures économiques. Cette incapacité d'agir au stade de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité est déterminante dans le refus de reconnaître la personnalité internationale des sociétés privées[1570].

Comme dans le domaine économique en général, à l'OMC, les sociétés privées compteraient en bout de ligne sur la puissance de leur État de nationalité, sur sa capacité à imposer des contre-mesures économiques. C'est une des raisons pourquoi nous avons estimé qu'il serait impossible pour les personnes privées de porter plainte à l'OMC contre leur propre État de nationalité[1571]. Cette impossibilité signifie que la capacité internationale de la personne privée serait relative et non pas absolue : il serait nécessaire qu'elle soit dans une relation d'étranger à État tiers pour jouir de ses droits secondaires.

---

[1568] Voir la partie 1.3.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur le domaine du droit international de la responsabilité de l'État.
[1569] Voir la partie 3.3.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur la nature juridique d'un éventuel recours privé à l'OMC.
[1570] Voir Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 aux pp. 251-252, 261-262 et 385-400.
[1571] Voir la partie 3.3.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur la nature juridique d'un éventuel recours privé à l'OMC.

Ce ne sont donc pas les sociétés privées prises dans leur totalité qui se verraient reconnaître une capacité internationale, mais uniquement les sociétés privées étrangères par rapport à un État tiers. Loin d'être affranchies de leur État de nationalité, elles seraient au contraire les délégataires de son droit d'invoquer la responsabilité du membre de l'OMC. Les sociétés privées ne seraient donc pas du tout exposées dans toute leur vulnérabilité au plan international.

Ce concept de vulnérabilité devrait déterminer la subjectivité à l'ordre juridique international, et il s'agit de l'argument le plus fort contre la subjectivité internationale des sociétés privées. C'est là où la distinction fondamentale entre les individus et les personnes morales apparaît le plus clairement. Les développements concernant la reconnaissance de la capacité internationale des individus dans le domaine de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, à l'inverse, sont édifiés sur la vulnérabilité de la personne humaine, qui se voit même reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité internationale de son propre État de nationalité, ce qui traduit son affranchissement du lien de nationalité et l'expose dans sa totalité au droit international, sans protection étatique.

L'interdiction de suspendre des obligations internationales humanitaires à titre de contre-mesures renforce l'unicité, voire la suprématie, de ce droit par rapport au droit international économique[1572]. La personne humaine peut davantage prétendre être le sujet de ces règles primaires que la société privée pourrait le faire avec un recours privé à l'OMC, puisqu'un État ne peut licitement priver la première de l'application de ces règles, indiquant qu'il s'agit réellement des droits de l'individu, alors qu'il peut le faire à l'égard de la société privée dans le domaine économique, parce qu'il s'agit des droits de l'État et non de la société privée. Confirmant la pertinence du critère de la vulnérabilité et la sujétion de la personne humaine à des règles primaires du droit international, l'émergence du droit pénal international fait en sorte qu'elle est aussi soumise à des obligations internationales, puisqu'elle peut même engager sa responsabilité pénale internationale dans certaines circonstances. Le lien entre subjectivité internationale, jouissance de droits et soumission à des obligations est fondamental et mettrait en échec

---

[1572] Voir *supra* la note 431 et le texte correspondant.

les prétentions des sociétés privées à la personnalité internationale[1573]. Dans l'état actuel du droit international économique, les personnes privées ne sont que des bénéficiaires de ses dispositions, elles ne peuvent pas engager leur responsabilité au plan international pour la violation de ses règles.

En somme, la création d'un recours privé à l'OMC ne contribuerait pas à la reconnaissance de la personnalité internationale des sociétés privées pour quatre raisons : elles agiraient uniquement au plan des règles secondaires du droit international; elles ne seraient pas assujetties aux règles primaires prescrites par les accords de l'OMC, elles n'en seraient que les bénéficiaires; elles devraient nécessairement être rattachées à un membre de l'OMC pour pouvoir exercer leur recours et elles ne pourraient le faire que contre un État étranger; la capacité internationale des sociétés privées serait limitée à la mise en œuvre volontaire de la responsabilité du membre de l'OMC, mais l'intervention de son État de nationalité serait nécessaire au stade de la mise en œuvre coercitive. La jouissance par les sociétés privées d'une certaine capacité internationale bien limitée, en raison de leur recours à l'OMC, pourrait à la limite faire en sorte que l'on reconnaisse leur subjectivité internationale partielle, si une telle chose devait être possible[1574]. Cette personnalité internationale partielle serait par contre beaucoup plus limitée que celle des individus.

### *(ii) Multiplication des juridictions internationales et fragmentation du droit international*

La création d'un recours privé à l'OMC contribuerait finalement au phénomène contemporain de la multiplication des juridictions internationales et alimenterait les inquiétudes concernant la fragmentation possible du droit international[1575]. La normativité du droit international tenant avant tout à sa légitimité aux yeux de ses sujets, plutôt qu'à sa sanction, la question qui se pose est celle de savoir si la multiplication des mécanismes

---

[1573] Voir Friedmann, *supra* note 1565 aux pp. 234, 245-249. « *The counterpart of the limited responsibility of the individual in international law is increasing emphasis on individual rights* » (*ibid.* à la p. 376).
[1574] Voir *ibid.* à la p. 223.
[1575] Sur cette problématique, voir généralement J.I. Charney, « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? » (1998) 271 Rec. cours 101. Voir aussi les contributions dans le numéro spécial sur la prolifération des juridictions internationales dans (1998-1999) 31:4 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol'y.

de règlement des différends internationaux, en l'absence d'une autorité judiciaire suprême, est nocive pour la cohérence de l'interprétation du droit international et par conséquent, si elle met en danger sa légitimité[1576]. Jonathan Charney a conclu son étude comparative de la question en affirmant que, jusqu'à maintenant, l'accroissement des juridictions internationales ne constitue pas une menace pour l'intégrité du droit international[1577]. Elle favoriserait au contraire son enrichissement et son amélioration par l'expérimentation et l'exploration de ses règles qu'elle permet, ainsi que le dialogue interjuridictionnel qu'elle encourage[1578].

Aucune divergence significative concernant l'interprétation du droit international des traités n'a par exemple été relevée; l'application fréquente de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* par les divers mécanismes de règlement des différends, en raison de la nature conventionnelle des règles qu'ils sont généralement chargés de connaître, aurait même contribué à sa sophistication, sa cohérence et sa légitimité[1579]. On a vu que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne faisait pas exception et que la *Convention de Vienne* y était régulièrement appliquée[1580]. Charney a également noté l'absence de divergence concernant l'interprétation du droit international de la responsabilité de l'État, quoique sa discussion ne porte que sur un aspect de ce droit, soit

---

[1576] Charney, *ibid.* à la p. 117.

[1577] *Ibid.* à la p. 347. Voir aussi G. Guillaume, « The Future of International Judicial Institutions » (1995) 44 I.C.L.Q. 848 aux pp. 861-862; S.M. Schwebel, « The Proliferation of International Tribunals : Threat or Promise? » dans M. Andenas, dir., *Judicial Review in International Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 3.

[1578] Charney, *ibid.* à la p. 130. Cette observation de Jonathan Charney va dans le sens de notre propre observation voulant que la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux accroisse la juridisation substantive des relations commerciales internationales. Voir la partie 3.3.2 a) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur cette question. Voir aussi A.-M. Slaughter, « A Global Community of Courts » (2003) 44 Harv, Int'l L.J. 191. Anne-Marie Slaughter propose une conception encore plus ambitieuse de ce dialogue interjuridictionnel, auquel les juridictions internes prendraient également part, notamment sous l'impulsion des litiges transnationaux résultant du phénomène de la mondialisation de l'économie. Elle soutient également que l'émergence de cette « communauté globale de juridictions » est bénéfique pour le droit, mais semble limiter son attention à l'enrichissement des droits nationaux. Son article se conclut par une remarque surprenante voulant que le droit international public — ou d'autres domaines spécialisés de ce droit, auxquels on pourrait vraisemblement ajouter le droit de l'OMC — serait imperméable au dialogue interjuridictionnel, en raison de l'existence d'une juridiction de compétence générale comme la Cour internationale de justice (*ibid.* à la p. 219). Cette affirmation nous semble exagérée, puisque même le mécanisme de règlement des différends de l'OMC contribue, de manière certes limitée, on le verra plus loin, au dialogue interjuridictionnel.

[1579] Charney, *supra* note 1575 aux pp. 186-188.

[1580] Voir *supra* la note 322 et le texte correspondant.

l'attribution du fait internationalement illicite à l'État[1581]. L'OMC semble cette fois faire davantage exception, puisque sa jurisprudence n'a pas porté beaucoup d'attention à ce droit et à la manière dont le régime de responsabilité des membres de l'OMC y déroge; l'étude de cette question constitue en fait l'une des principales contributions de notre thèse à l'avancement de la connaissance.

L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC entraînerait vraisemblablement la multiplication de l'établissement de groupes spéciaux, ou encore de tribunaux arbitraux si cette voie devait être préférée au plan général ou sectoriel, parce que les personnes privées sont davantage susceptibles d'utiliser leur recours que les membres de l'OMC, tel que notre étude comparative l'a démontré, en raison de leur souci moindre pour les questions externes au différend commercial international proprement dit. Les risques posés par cette multiplication, ou encore sa contribution au dialogue interjuridictionnel, seraient limités par le fait que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC n'applique que les accords de l'OMC, ce qui signifie qu'il n'aura pas à interpréter d'autres branches du droit international, à l'exception, mentionnée plus haut, du droit international des traités ou, dans une moindre mesure, celui de la responsabilité de l'État. L'existence d'une quasi-juridiction d'appel limite également les risques de fragmentation du droit international que pourrait poser la multiplication des groupes spéciaux provoquée par la création d'un recours privé à l'OMC; comme nous l'avons déjà souligné, la juridiction d'appel apparaît même comme un garde-fou indispensable lorsque la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux est mise à la disposition des personnes privées.

Mais cette limite concernant le caractère spécialisé de la compétence du mécanisme de règlement des différends de l'OMC pourrait être porteuse du plus grand risque posé par la multiplication des quasi-juridictions entraînée par la création d'un recours privé à l'OMC. Malgré sa conclusion globalement positive, Jonathan Charney a tout de même anticipé le danger potentiel de l'hyperspécialisation des juridictions internationales[1582]. Ce risque est présent à l'OMC et ne serait qu'aggravé par la création d'un recours privé, étant donné la contribution limitée du mécanisme de règlement des

---

[1581] Charney, *supra* note 1575 à la p. 264.
[1582] *Ibid.* à la p. 371.

différends de l'OMC au dialogue interjuridictionnel, en raison de sa compétence limitée à l'application des accords de l'OMC, sans égards aux autres branches du droit international public. Ce problème important interpelle la problématique de la possible nécessité de prévoir des règles tertiaires afin de gérer l'articulation entre ces diverses branches du droit international public[1583].

Un premier élément de réponse à ce danger potentiel pourrait être la résurrection d'une disposition du mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de la *Charte de La Havane*, qui prévoyait la faculté pour l'OIC de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice[1584]. La juridiction consultative de la Cour pourrait permettre à l'OMC de résoudre les problèmes de chevauchement de régimes juridiques, entre les accords de l'OMC et d'autres conventions internationales, en l'absence de règles tertiaires ou encore en application de telles règles[1585]. Ce mécanisme pourrait être le complément indispensable de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. Un deuxième élément de réponse au danger potentiel posé par la multiplication des groupes spéciaux pourrait être la remise en question de leur caractère *ad hoc* et leur remplacement par une instance plus permanente, qui favoriserait davantage le développement d'une jurisprudence cohérente, encore que l'existence de l'Organe d'appel offre déjà des garanties importantes à cet égard[1586]. La création d'un mécanisme de jonction des plaintes privées analogue à celui du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, ainsi que la faculté des membres de l'OMC d'adopter des interprétations obligatoires, offriraient également des moyens efficaces pour contrôler la multiplication des groupes spéciaux ou ses conséquences[1587]. La jonction des plaintes privées réduirait le nombre de groupes spéciaux établis, tandis que les interprétations obligatoires permettraient de diminuer la

---

[1583] Voir *supra* la note 1553 et le texte correspondant.
[1584] Voir *supra* la note 123 et le texte correspondant.
[1585] Voir Guillaume, *supra* note 1577 aux pp. 861-862; Schwebel, *supra* note 1577 à la p. 8; H.G. Schermers, « The International Court of Justice in Relation to Other Courts » dans A.S. Muller *et al.*, dir., *The International Court of Justice*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 261 à la p. 266.
[1586] On a vu que l'adéquation des tribunaux arbitraux *ad hoc* est également discutable dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct. Voir la partie 2.3.2 c) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur les pressions exercées par la société civile sur le mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 11 de l'*ALÉNA*.
[1587] Voir *supra* 1539 la note et le texte correspondant. Voir la partie 3.3.2 a) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'adoption d'interprétations obligatoires par l'OMC.

fragmentation du droit international, en corrigeant certaines incohérences qui pourraient se développer avec la multiplication des groupes spéciaux.

Certains effets juridiques potentiels importants de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ayant été examinés, nous pouvons finalement nous pencher sur l'opportunité d'y procéder par la création d'un recours privé auprès de l'Organisation dans le cadre de son mécanisme de règlement des différends.

### 3.3.3 Les arguments favorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC

En plus de répondre à la plupart des problèmes concernant les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, la création d'un recours privé lui offrirait certains apports qui amélioreraient son fonctionnement. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC tablerait aussi sur le caractère non indispensable de la qualité étatique du plaignant. L'ensemble de ces arguments plaide en faveur d'un tel élargissement.

a) Le caractère non indispensable de la qualité étatique du plaignant

Les différends concernant les accords de l'OMC impliquent invariablement un de ses membres contestant l'annulation ou la réduction de ses avantages en résultant, c'est-à-dire le manquement par un autre membre à ses engagements de libéralisation par le maintien d'entraves au commerce international[1588]. L'objectif poursuivi par la plainte consiste donc en la levée des obstacles au commerce international. Ces entraves consistant soit en des lois, règlements, décisions ou encore pratiques administratives du membre visé par la plainte, seul ce dernier peut logiquement faire l'objet d'une plainte puisqu'il est responsable de la violation (ou de la non-violation suivant son régime de responsabilité pour le fait internationalement licite) des accords de l'OMC. Sur le plan conceptuel, il ne semble pas absolument nécessaire que ce soit un membre de l'OMC qui invoque la responsabilité internationale d'un autre membre. On peut en effet imaginer

[1588] Voir la partie 1.2.2 a), ci-dessus, pour une discussion sur l'objet des plaintes portées à l'OMC.

qu'une personne privée réclame la levée des obstacles au commerce incompatibles avec les accords de l'OMC, sans pour autant que la logique du système commercial multilatéral de façon générale et la finalité des différends en particulier ne soient détournées. En outre, l'objet de la plainte se réfère au concept d'annulation ou de réduction d'avantages; au-delà de la fiction voulant que les avantages soient mutuellement consentis par les membres à leur propre profit, les véritables bénéficiaires de la libéralisation du commerce mondial sont en première ligne les opérateurs économiques — entreprises privées ou publiques — puis en bout de ligne les consommateurs qui sont censés en toute logique bénéficier de la concurrence internationale sur leur marché national[1589].

*A priori*, il n'y a pas d'obstacle théorique majeur à accorder le droit de porter plainte à l'OMC aux personnes privées, à leur reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC[1590]. Le rôle de l'État se réduit à celui de libéraliser son commerce conformément à ses engagements internationaux librement consentis. On peut même penser que cette finalité première du système commercial multilatéral serait favorable à un tel élargissement, car les États pourraient être soumis à des tentations protectionnistes, alors que les personnes privées bénéficiant de la libéralisation du commerce ne le seront pas, faisant ainsi la promotion du système[1591]. Cet argument, valide sur le plan strict du système commercial multilatéral, perd cependant de sa force lorsqu'on élargit le débat à la promotion d'intérêts non-commerciaux et à la finalité transcendante du système, qui est de contribuer à la paix et la sécurité internationales[1592].

Le système commercial multilatéral — contrairement au droit international public de façon générale — n'est pas intéressé par l'État en soi. En fait, ce n'est pas tant la qualité d'État reconnu par l'ONU qui est déterminante pour être membre de l'OMC, mais

---

[1589] Donald McRae note avec raison que ce sont en fait les entreprises qui détiennent l'avantage comparatif dont jouit en apparence l'État où elles sont établies. Voir McRae, « Contribution », *supra* note 41 à la p. 155.

[1590] Voir Lukas, *supra* note 6 à la p. 206.

[1591] Voir S. Charnovitz, « Opening the WTO to Nongovernmental Interests » (2000) 24 Fordham Int'l L. J. 173 à la p. 212 [ci-après Charnovitz, « Opening the WTO »]; Lukas, *ibid.* à la p. 197; Shell, « Trade Stakeholders Model », *supra* note 6 à la p. 367.

[1592] Voir la partie 3.3.4, ci-dessous, pour une discussion sur les arguments défavorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des personnes privées.

plutôt la compétence sur l'économie et le commerce extérieur dans un territoire donné[1593]. Cela explique pourquoi la Communauté européenne est un membre de l'OMC, tout comme Hong-Kong, Macao ou encore Taïwan le sont[1594]. L'État ne semble donc pas avoir de valeur sacramentelle à l'OMC : bien qu'il y soit un acteur de premier ordre, il n'est pas l'acteur unique tant sur le plan théorique que pratique.

Enfin, il est évident que les États ne sont pas les seuls acteurs de la société internationale économique; bien qu'ils y jouent un rôle essentiel, notamment par la création des sources du droit international économique, les organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales, ainsi que les entreprises transnationales y jouent toutes un rôle important[1595]. Ces dernières jouent même un rôle de premier plan dans les relations internationales économiques[1596], c'est pourquoi on a pu affirmer que la théorie réaliste des relations internationales — voyant dans l'État l'acteur-clé des relations internationales — était dépassée par la réalité de la société internationale économique[1597]. Par conséquent, on constate que dans le cadre plus large de cette société, les acteurs non-étatiques jouent déjà un rôle assez important; accorder le droit de porter plainte à l'OMC aux personnes privées ne serait donc pas en rupture avec la réalité des relations internationales économiques.

b) Réponses aux problèmes concernant les personnes privées bénéficiaires du système commercial multilatéral

L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC répondrait à la plupart des problèmes qu'éprouvent les personnes privées dans son mécanisme actuel de règlement des différends. La création d'un recours privé à l'OMC serait le seul mode de

---

[1593] Peut en effet devenir membre de l'OMC « tout État ou territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures et pour les autres questions traitées dans [les accords de l'OMC] ». *Accord sur l'OMC*, *supra* note 43, art. XII:1; McRae, « Contribution », *supra* note 41 aux pp. 164-165.

[1594] Voir la *Liste des Membres et observateurs*, *supra* note 80. Hong-Kong, Macao et Taïwan sont membres à part entière de l'OMC, indépendamment de la Chine, qui en est également membre depuis le 11 décembre 2001.

[1595] Carreau et Juillard, *supra* note 6 aux pp. 19-40.

[1596] Stern, « How to Regulate Globalization? », *supra* note 1240 à la p. 248.

[1597] Shell, « Trade Stakeholders Model », *supra* note 6 à la p. 372.

participation des personnes privées, avec l'invocabilité des accords de l'OMC, à répondre au problème du caractère actuellement discrétionnaire de la décision d'un membre de l'OMC d'invoquer la responsabilité d'un autre membre. Ce caractère discrétionnaire est la conséquence de l'absence juridique des personnes privées affectées par la violation des accords de l'OMC du différend commercial international, qui rappelle l'absence juridique des personnes privées dans les différends internationaux de façon générale, qui fonde la théorie de la protection diplomatique en droit international général[1598]. Cette situation explique les pressions de la part des personnes privées bénéficiaires des accords de l'OMC — analogues aux pressions qui ont été exercées dans le domaine de l'investissement étranger direct — pour atténuer ce caractère discrétionnaire, voire l'éliminer par la création d'un recours privé. Cependant, si les modalités d'opération du recours privé devaient prévoir l'autorisation préalable de l'État de nationalité de la personne privée plaignante, la discrétion étatique ne serait pas entièrement éliminée, mais l'existence même du recours privé conditionnel ainsi que son exercice par une personne privée encadreraient davantage ce pouvoir discrétionnaire du membre de l'OMC et le forceraient à motiver adéquatement son éventuel refus.

Si la mise en œuvre des accords de l'OMC ne devait plus relever de la discrétion de ses membres, cela aurait pour effet de mieux assurer leur application intégrale et partant, d'éviter que certaines règles tombent en désuétude. La meilleure prévisibilité ainsi gagnée dans la mise en œuvre des règles du commerce international serait bénéfique pour les entreprises privées et le fonctionnement du système commercial multilatéral. L'influence d'une entreprise ou d'un secteur de l'industrie sur le gouvernement d'un membre de l'OMC, ses relations ou encore son poids économique ou politique, n'entreraient plus en ligne de compte dans la décision de porter plainte à l'OMC. Les risques de favoritisme — réels ou appréhendés — seraient dissipés.

Le fait qu'un État ne dispose pas des ressources humaines ou financières nécessaires pour épouser la cause d'une entreprise ne ferait plus échec à l'invocation de la responsabilité internationale du membre de l'OMC si l'entreprise pouvait porter plainte

---

[1598] Voir la partie 2.1.1, ci-dessus, pour une discussion sur la théorie classique de la protection diplomatique et sur l'absence juridique des personnes privées dans les différends internationaux; voir la partie 2.1.4, ci-dessus, pour une discussion sur l'inapplicabilité de la théorie de la protection diplomatique dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC.

elle-même. Les ressources disponibles de l'État se verraient augmentées puisqu'il serait soulagé du fardeau financier que représente la poursuite d'une affaire à l'OMC, tout comme ses fonctionnaires seraient libérés et pourraient se concentrer sur d'autres affaires. La création d'un recours privé à l'OMC corrigerait donc une lacune actuelle de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux, qui nécessite plus de ressources étatiques[1599].

La possibilité pour une personne privée de porter plainte contre son propre État de nationalité à l'OMC pourrait certes être également bénéfique, alors que cela est par essence impossible à l'heure actuelle. On a cependant vu que, tant le rôle de l'État au stade de l'exécution coercitive de l'obligation secondaire de cessation du membre de l'OMC responsable, que la nécessité d'un contrôle étatique *a priori* des plaintes privées, font en sorte que l'élargissement du droit de porter plainte ne pourrait probablement pas permettre à une personne privée d'invoquer la responsabilité internationale de son État de nationalité[1600]. Ce problème demeurerait donc entier et seule l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne permettrait de le résoudre. Cet aspect du débat marque la différence importante entre la capacité internationale des personnes physiques en droit international de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine et celle des personnes morales en droit international économique.

Le droit des personnes privées affectées par une mesure étatique d'invoquer la responsabilité internationale de son auteur répondrait en partie aux questions de justice fondamentale et d'efficacité processuelle soulevées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC. Le règlement judiciaire des différends étant selon Lon Fuller caractérisé par la possibilité pour les personnes affectées par celui-ci de faire valoir leurs arguments rationnels auprès de l'instance connaissant du litige[1601], l'ouverture d'un recours privé à l'OMC permettrait aux personnes privées de lui présenter directement leurs arguments. L'État de nationalité de la partie plaignante serait en retrait du processus, ce qui pourrait paradoxalement annuler le gain de cette participation privée; en outre, l'accès de toutes autres personnes privées affectées ne serait pas nécessairement

---

[1599] Voir *supra* la note 290 et le texte correspondant.
[1600] Voir la partie 3.3.1, ci-dessus, pour une discussion sur la nature juridique d'un éventuel droit privé de porter plainte à l'OMC.
[1601] Voir *supra* la note 1225 et le texte correspondant.

garanti, puisque seul l'État visé par la plainte et les éventuels *amici curiae* autorisés à agir pourraient présenter leurs arguments.

Au plan de l'efficacité processuelle, Lon Fuller a posé les limites du processus judiciaire lorsque le différend est polycentrique, c'est-à-dire que le trop grand nombre de personnes affectées par la décision rendrait illusoire la possibilité qu'elles puissent toutes y participer. Mais l'inutilisation des modes diplomatiques de règlement des différends à l'OMC, que nous avons constatée précédemment[1602], tendrait à démontrer que cette limite n'a pas encore été atteinte à l'OMC et que le mécanisme juridictionnalisé serait apte à connaître de toutes les plaintes concernant la violation des accords de l'OMC. Cette aptitude du mécanisme serait favorable à la création d'un recours privé poursuivant la juridictionnalisation du règlement des différends. Toujours au plan de l'efficacité processuelle, le nécessaire atténuement de la diplomatie dans l'acquittement de ses tâches décisionnelles par l'organe politique qu'est l'ORD, en raison de l'accroissement de sa charge de travail, traduit le caractère fonctionnel de la juridictionnalisation et cette fonctionnalité pourrait être accrue si elle était rendue accessible aux personnes privées[1603]. On a aussi constaté que la juridictionnalisation apparaissait nécessaire à l'OMC étant donné la complexité des règles du système commercial multilatéral, aussi l'élargissement du droit d'y porter plainte irait-il dans le sens de cette efficacité processuelle de la juridictionnalisation[1604].

La reconnaissance de la légitimité de certains groupements à défendre les intérêts collectifs de leurs membres — associations de manufacturiers d'un secteur de l'industrie, associations d'exportateurs ou d'importateurs, associations de consommateurs — à l'OMC serait bénéfique pour ces derniers, qui pourraient ainsi réaliser des économies d'échelle et unir leurs forces. Le recours privé à l'OMC affranchirait les intérêts collectifs de leur assujettissement à d'autres intérêts collectifs concurrents ou à l'intérêt général par le membre de l'OMC. Cet affranchissement pourrait cependant n'être que partiel si un contrôle étatique préalable devait être prévu dans les modalités d'opération du recours.

---

[1602] Voir la partie 1.2.3 d), ci-dessus, pour une discussion sur l'utilisation des modes diplomatiques de règlement des différends à l'OMC.

[1603] Voir la partie 1.2.3 e), ci-dessus, pour une discussion sur la juridictionnalisation du pouvoir décisionnel du souverain britannique et la création du Comité judiciaire du Conseil privé.

[1604] Voir la partie 1.2.3 c), ci-dessus, pour une discussion sur l'opportunité de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux.

L'élargissement du droit de porter plainte aurait aussi pour effet important de corriger les imperfections de l'État comme représentant d'intérêts transnationaux et ainsi de mieux coller à la réalité des forces en présence dans un différend porté à l'OMC. On reconnaîtrait ainsi l'affaiblissement du rôle de l'État dans la médiation des intérêts divergents.

La création d'un recours privé à l'OMC refléterait aussi davantage les gains du système commercial multilatéral concernant la pacification des relations internationales, permettant à l'État de nationalité du plaignant de s'effacer des différends strictement commerciaux. Cela ferait fond sur le rééquilibrage des rapports de force opéré par la juridictionnalisation du règlement des différends par l'OMC, qui contribue à éliminer le recours à la force dans le règlement des différends internationaux. On reconnaîtrait ainsi l'affaiblissement du rôle de l'État comme gardien de la paix et de la sécurité internationales.

Finalement, les problèmes de transparence dans le choix des causes épousées par l'État seraient diminués du fait que plusieurs plaintes pourraient être portées directement par les personnes privées intéressées. En fin de compte, c'est tout le système commercial multilatéral qui y gagnerait en transparence et en légitimité, évitant que, derrière la façade interétatique, il soit instrumentalisé secrètement par de puissantes entreprises ou groupements d'entreprises[1605]. La création d'un recours privé à l'OMC accroîtrait donc la transparence que favorise déjà la juridictionnalisation, mais elle pourrait être contre-productive en ce qui concerne l'exclusion de l'État de nationalité du plaignant privé, puisque son comportement, ses intentions et sa réputation ne seraient plus exposés à l'avant-scène[1606].

---

[1605] Voir Schleyer, *supra* note 6 à la p. 2294; Kupfer Schneider, « Individual Rights », *supra* note 6 à la p. 589.

[1606] Voir la partie 1.2.3 a) *(ii)*, ci-dessus, pour une discussion sur la promotion de la transparence par la juridictionnalisation.

c) La dépolitisation des différends commerciaux internationaux

En plus de répondre à plusieurs des problèmes vécus par les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, l'élargissement du droit d'y porter plainte comporte certains avantages additionnels, une valeur ajouté, que nous avons pu entrevoir dans l'étude de ses effets juridiques potentiels. Sa première valeur ajoutée est certainement sa contribution à la dépolitisation des différends commerciaux portés à l'OMC, qui participerait de l'atténuement du rôle de l'État comme gardien de la paix et de la sécurité internationales opéré par le système commercial multilatéral[1607]. Il s'agit probablement de l'apport le plus important de l'éventuelle reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale du membre de l'OMC; c'est l'argument qui est avancé dans la doctrine pour soutenir l'élargissement qui a eu lieu dans le nouveau droit international de l'investissement étranger direct[1608]. L'État de nationalité de la partie privée plaignante pourrait en effet s'effacer des différends commerciaux internationaux relativement mineurs qui, en définitive, n'affectent que la personne privée plaignante, afin d'éviter qu'il ne se transforme immédiatement en un différend interétatique, ou pire, que les relations diplomatiques entre ces États ne se détériorent. On a souligné avec raison que les affaires portées au plan diplomatique impliquent automatiquement un engagement à un haut niveau de la hiérarchie gouvernementale et mobilisent beaucoup d'attention médiatique[1609]. Les différends

---

[1607] Voir Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 135-137; Jackson, *Restructuring the GATT System*, *supra* note 1216 à la p. 77; Lukas, *supra* note 6 à la p. 203; Schleyer, *supra* note 6 aux pp. 2293-2296.

[1608] On a vu que la dépolitisation des différends internationaux économiques est un des principaux arguments avancés au soutien de la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte. Voir *supra* la note 835 et le texte correspondant. On a même soutenu qu'il s'agit du but ultime de l'arbitrage mixte envisagé par la *Convention CIRDI*. Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 aux pp. 220-222 et 395. Dans un autre contexte, Ian Brownlie estime justement que l'utilité et la limite de la validité des clauses Calvo (par lesquelles un investisseur s'engage dans un contrat d'État à ne pas demander la protection diplomatique de son État de nationalité et à se soumettre à la juridiction de l'État hôte) réside probablement dans la réaffirmation du principe de l'épuisement des recours internes dans l'application de la protection diplomatique en cas de déni de justice; appliqué à l'arbitrage mixte, leur effet serait d'exclure la protection diplomatique du différend portant sur le contrat lui-même, pour la circonscrire à l'éventuel déni de justice. On peut en déduire que les clauses Calvo auraient pour effet de dépolitiser ces différends en limitant le différend interétatique au déni de justice, tout comme le différend interétatique à l'OMC pourrait être limité à la mise en œuvre de sa décision. Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 548-549.

[1609] Jackson, *World Trading System*, *supra* note 23 aux pp. 135-137.

internationaux pourraient ainsi être circonscrits à la sphère commerciale et à leurs acteurs principaux; la politisation du différend suivrait dès lors son interétatisation, c'est-à-dire l'intervention de l'État de nationalité de la partie plaignante[1610].

Comme on le verra, cette intervention pourra s'avérer nécessaire notamment au stade de la mise en œuvre de la décision de l'OMC, c'est-à-dire de l'exécution coercitive de l'obligation secondaire de cessation du membre responsable[1611]. De plus, il est difficile de tracer une ligne de démarcation précise entre les différends commerciaux mineurs et ceux ayant des ramifications ou des implications plus complexes; c'est pourquoi l'État apparaît demeurer nécessaire pour assurer cette détermination et que cela devrait se refléter dans les modalités de l'élargissement du droit de porter plainte, en lui accordant par exemple un droit de veto ou de préemption.[1612]

Cette dépolitisation du différend commercial international complèterait celle déjà entreprise par la juridictionnalisation de leur règlement par l'OMC, qui fait en sorte d'affranchir les gouvernements de ses membres des pressions politiques internes concernant la résolution de ces litiges[1613]. L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC interviendrait à un stade qui échappe pour le moment à la dépolitisation, soit celui de la décision d'invoquer la responsabilité internationale d'un autre membre. Cette dépolitisation accrue irait de pair avec l'affranchissement du commerce international des interférences gouvernementales que promeut la juridictionnalisation, en permettant aux entreprises privées bénéficiaires du système commercial multilatéral, acteurs premiers des relations commerciales internationales, d'agir directement dans le règlement des différends à l'OMC. L'ouverture d'un recours privé à l'OMC ferait tomber un des

---

[1610] Il est important de nuancer l'explication qui était avancée par Stephen Toope, concernant la dépolitisation et l'arbitrage international mixte, avant la reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. On pouvait alors soutenir avec raison que cet arbitrage précédait l'internationalisation du différend, et que politisation et internationalisation allaient de pair, mais cela n'est plus possible depuis que l'on parle de l'invocation de la responsabilité de l'État pour violation d'un traité. Le différend est maintenant international dès le départ et sa politisation survient désormais au stade de l'intervention de l'État de nationalité du plaignant privé, c'est-à-dire lors de l'interétatisation du différend international. Voir *supra* la note 702 et le texte correspondant.

[1611] Voir la partie 3.3.4 f), ci-dessous, pour une discussion sur le nécessaire retour à l'interétatisme au stade de l'exécution coercitive de l'obligation secondaire de cessation du membre de l'OMC responsable.

[1612] Voir la partie 3.3.1 c), ci-dessus, pour une discussion sur les modalités d'opération possibles d'un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

[1613] Voir la partie 1.2.3 a) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'affranchissement de l'État des pressions politiques internes que permet la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux.

derniers remparts du politique dans le règlement des différends commerciaux internationaux; même son autre rempart, celui de l'exécution des décisions de l'OMC, serait aussi ébranlé par le recours privé.

### d) L'amélioration de la mise en œuvre volontaire de la responsabilité du membre de l'OMC

Une seconde valeur ajoutée de l'élargissement du droit de porter plainte serait qu'il pourrait favoriser la mise en œuvre de la décision de l'OMC par l'État trouvé responsable. Le concept de « *transnational legal process* », proposé par Harold Koh pour expliquer pourquoi les États se conforment au droit international, illustre bien cet apport que fournirait la création d'un recours privé à l'OMC[1614]. Le « processus juridique transnational » est caractérisé par les interactions entre divers acteurs publics et privés dans divers forums publics et privés, nationaux ou internationaux, entre divers réseaux de groupes d'intérêts — Pierre de Senarclens parle de « nébuleuse de réseaux » en se référant au modèle de la « gouvernance »[1615] — qui auraient pour effet de favoriser l'internalisation des normes par les États et partant la mise en œuvre du droit international[1616]. En somme, les interactions entre les États et d'autres acteurs non-étatiques favoriseraient l'application du droit international[1617]; favoriser ces interactions dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC aurait donc pour effet de faciliter l'internalisation du droit international et la mise en œuvre des décisions de l'OMC.

Si divers acteurs non-étatiques, reliés entre eux de différentes manières, devaient porter plainte contre un État — joints pourquoi pas par un autre État —, les pressions sur l'État visé par la plainte pour mettre en œuvre la décision de l'OMC opéreraient à différents niveaux, sur différents registres, et pourraient être relayées à l'interne par divers canaux participant tous de la « nébuleuse de réseaux » caractéristique de la société

---

[1614] Voir H.H. Koh, « Transnational Legal Process » (1996) 75 Neb. L. Rev. 181.
[1615] P. de Senarclens, *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*, Paris, Armand Colin, 1998 aux pp. 199-200.
[1616] Koh, *supra* note 1614 aux pp. 183-186.
[1617] *Ibid.* à la p. 203.

transnationale. Ainsi, le fait que les personnes privées affectées par une mesure puissent porter plainte directement à l'OMC — et surtout si elle pouvaient le faire contre leur propre gouvernement — aurait-il pour effet d'exercer davantage de pressions sur l'État trouvé responsable afin qu'il exécute son obligation secondaire de cessation, en l'intégrant ou l'encastrant davantage dans l'arène juridique et politique interne[1618]. On a vu précédemment qu'il était illusoire et impraticable dans le domaine économique d'envisager que les personnes privées puissent invoquer la responsabilité de leur propre État de nationalité[1619]. Mais on pourrait imaginer que les personnes privées affectées négativement par la mesure de leur État de nationalité soutiennent le recours privé intenté par une personne privée étrangère, agissant dans la nébuleuse de réseaux nourrissant le processus juridique transnational.

En outre, le fait que différents intérêts aient pu être défendus par tous les acteurs affectés, puis pris en compte par l'OMC, ne pourrait que contribuer à la force de persuasion de la décision. Le lien étroit entre l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC et la participation à d'autres titres des personnes privées dans le règlement des différends apparaît ici encore plus clairement[1620]. L'argument de la facilitation de la mise en œuvre des décisions prend en effet encore plus de valeur si on combine au droit de porter plainte la possibilité pour les personnes privées de participer à d'autres titres au règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC, par exemple comme intervenant à titre d'*amicus curiae* au soutien de l'État visé par une plainte. D'autres types d'acteurs non-étatiques pourraient participer au processus afin de faire valoir des intérêts comme par exemple la protection de la santé, de l'environnement ou encore des droits des travailleurs et ainsi refléter l'ensemble des intérêts en cause dans un différend. Les pressions pour mettre en œuvre une décision ne seraient que plus fortes si l'ensemble de la société civile transnationale pouvait faire valoir son point de vue à l'OMC.

---

[1618] Keohane *et al.*, *supra* note 20 aux pp. 458 et 476-477. Ces auteurs parlent de « *legal embeddedness* ». L'idée développée ici tient davantage de pressions normatives d'ordre politique émanant du processus juridique transnational, contrairement à celle de l'invocabilité des décisions de l'OMC, qui elle prévoierait une obligation juridique interne d'exécution de l'obligation de cessation du membre de l'OMC responsable. Voir la partie 3.2.4 b) *(iii)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'invocabilité des décisions de l'ORD comme assoupplissement au refus de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC.

[1619] Voir la partie 3.3.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur la nature juridique d'un éventuel droit privé de porter plainte à l'OMC.

[1620] Voir la partie 3.2, ci-dessus, pour une analyse sur les voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC. Voir aussi *supra* la note 1520 et le texte correspondant.

On peut prendre pour exemple la querelle du bois d'œuvre entre le Canada et les États-Unis, où ces derniers ont notamment imposé des droits compensateurs sur les importations de bois canadien, en raison de présumées subventions cachées par les normes de certaines provinces en matière de droit de coupe[1621]. Si la plainte des entreprises canadiennes visées par ces droits — ou du Canada — pouvait être relayée par des associations de consommateurs américaines, ainsi que par des associations représentant l'industrie de la construction américaine — dont les membres ont intérêt à bénéficier du coût plus avantageux des matériaux canadiens —, on peut penser que la pression conjuguée et différenciée de ces divers acteurs pourrait être plus efficace pour convaincre le gouvernement américain de mettre en œuvre les décisions de l'OMC ayant reconnu la responsabilité internationale des États-Unis.

e) Le renforcement de la primauté du droit dans les relations commerciales internationales

Une troisième valeur ajoutée serait que l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC contribuerait à la primauté du droit dans les relations commerciales internationales[1622]. On sait que les personnes privées auraient tendance à porter plus souvent plainte que les membres de l'OMC ne le font à l'heure actuelle, si elle devait disposer d'un accès direct à son mécanisme de règlement des différends[1623]. La mise en œuvre des accords OMC ne serait plus freinée par des considérations étrangères au cas particulier et ses règles se verraient mieux appliquées, encadrant ainsi davantage le commerce international. On a aussi observé que l'Organe d'appel de l'OMC contribuait avantageusement à la primauté du droit dans les relations internationales, notamment en raison du fait qu'il ancre ses décisions dans le droit international public en interprétant les accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités, de la mise en œuvre des décisions par les parties, ainsi que de la cohésion qu'il assure dans l'interprétation des accords[1624]. Le plus grand nombre d'affaires portées à l'OMC par les parties privées contribuerait à accroître le volume de décisions rendues par l'Organe

[1621] Voir *supra* la note 935 et le texte correspondant.

d'appel et partant, accroîtrait la primauté du droit dans les relations commerciales internationales.

On peut aussi penser que cela pourrait avoir pour effet de créer une dynamique du précédent, où le développement accéléré de la jurisprudence de l'OMC encadrerait encore plus la pratique des États dans la mise en œuvre de ses règles[1625]. Le fait qu'un plus grand nombre d'affaires et d'acteurs puissent être entendus contribuerait également à améliorer l'interprétation des règles de l'OMC, puisque différents points de vue pourraient être exprimés, permettant plus de nuances et de mises en contexte[1626]. En outre, cela pourrait fournir le « *contextual regime* » qui favoriserait l'émergence de nouvelles règles de droit international, dans la mesure où on considère que le droit international peut se former ou se façonner à l'aide des « nébuleuses de réseaux », selon une approche gradualiste de la normativité[1627]. Les arguments avancés par les personnes privées, bien que rejetés dans une affaire, pourraient soit infléchir d'autres arguments, soit faire leur chemin graduellement et trouver écho dans d'autres forums, chez d'autres acteurs ou encore dans de futures plaintes portées à l'OMC. Cela sera d'autant plus vrai si les personnes privées peuvent participer au processus autrement qu'à titre de plaignant, augmentant leur nombre et la variété d'intérêts qu'ils défendent.

Enfin, l'élargissement du droit de porter plainte pourrait contribuer à décourager le recours aux lois extraterritoriales unilatérales — probablement contraires au droit international — en favorisant plutôt l'utilisation du mécanisme de règlement des

---

[1622] Voir Lukas, *supra* note 6 à la p. 197. Nous avons cependant déjà souligné qu'il ne pouvait s'agir que de la primauté du droit de l'OMC et non pas du droit international public de façon générale, ce qui soulève de nombreuses difficultés au plan de l'articulation entre les différents régimes de juridisation substantive des relations internationales et interpelle la possible nécessité de créer des règles internationales tertiaires pour gérer ces rapports. Voir la partie 3.3.2 a) *(ii)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'amélioration de la mise en œuvre des accords de l'OMC qui résulterait de l'élargissement du droit d'y porter plainte.

[1623] Voir Keohane *et al.*, *supra* note 1212 aux pp. 458 et 472.

[1624] Petersmann, « WTO Appellate Review System », *supra* note 21 aux pp. 83, 90 et 96-97 (il faut noter toutefois que seulement six décisions avaient été rendues par l'Organe d'appel au moment où ce texte a été écrit). Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 76, art. 3(2).

[1625] Voir Keohane *et al.*, *supra* note 1212 à la p. 479.

[1626] Voir Mertus, *supra* note 1236 aux pp. 539-544; Schleyer, *supra* note 6 aux pp. 2291-2293.

[1627] Voir S.J. Toope, « Emerging Patterns of Governance and International Law », dans Byers, *supra* note 1240, 91 aux pp. 96-98. [ci-après Toope, « Emerging Patterns of Governance »]; Koh, *supra* note 1614 aux pp. 183-186. Voir aussi J. Brunnée et S.J. Toope, « Environmental Security and Freshwater Resources : Ecosystem Regime Building » (1997) 91 A.J.I.L. 26. Voir la partie 3.3.2 a) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'accroissement de la juridisation substantive des relations commerciales internationales qui peut résulter de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux.

différends de l'OMC par les personnes privées[1628]. Le recours à ce type de loi par les personnes privées est considéré par certains comme une voie alternative à celle de leur donner le droit de porter plainte à l'OMC, afin de pallier à leur incapacité internationale actuelle, en tablant sur leur capacité interne. Or ces lois seraient contraires au droit international parce qu'elles outrepasseraient la compétence territoriale et nationale des États[1629]; il apparaîtrait donc préférable pour garantir la primauté du droit dans les relations commerciales internationales que les personnes privées aient le droit de porter directement plainte à l'OMC.

En somme, il apparaît que l'élargissement du droit de porter plainte favoriserait le libre-échange et la logique de libéralisation du commerce international, améliorant ainsi le fonctionnement du système commercial multilatéral et la régulation des échanges internationaux. Cette conclusion semble valable sur le strict plan du commerce international et dans une perspective purement économique. On a vu à plusieurs reprise que des arguments soutenant cet élargissement prenaient encore plus de force s'ils étaient accompagnés du droit des personnes privées de participer autrement qu'à titre de plaignant dans le processus de règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC. Il est cependant nécessaire d'élargir la discussion afin de voir si des considérations non économiques n'appellent pas quelques nuances comme on l'a déjà entrevu en parlant du rôle de l'État comme médiateur des intérêts divergents.

### 3.3.4 Les arguments défavorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC

Malgré l'existence d'arguments favorables à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, ceux qui y sont défavorables doivent prévaloir et incitent à chercher ailleurs des réponses aux problèmes vécus par les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends. Ces arguments défavorables s'articulent surtout autour du caractère non « privatisable » des différends commerciaux internationaux, en raison de

---

[1628] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 164 (commentaires de Douglas Rosenthal); Stern, « How to Regulate Globalization », *supra* note 1240 aux pp. 255-266.
[1629] Stern, « How to Regulate Globalization? », *ibid.* aux pp. 255-261.

la finalité première macroéconomique du système commercial multilatéral, ainsi que de sa finalité transcendante visant la contribution au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Les voies alternatives que nous avons identifiées, et particulièrement la formalisation du mécanisme interne des plaintes privées, offrent des pistes de solutions porteuses, tablant sur l'interface nécessaire de l'État entre les personnes privées et l'OMC.

a) La supériorité de l'État comme médiateur des intérêts divergents

En passant en revue les problèmes du mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, on a vu que les inconvénients que l'on peut lui attribuer du point de vue des personnes privées avaient trait au rôle de l'État comme médiateur des intérêts divergents sur le plan national[1630]. C'est bien là qu'un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC pose le plus de problèmes. En effet, l'État doit tenir compte à la fois des intérêts des personnes privées plaignantes, de l'intérêt général mais aussi des intérêts non-commerciaux liés à une plainte. Plusieurs auteurs estiment avec force que l'État n'est toujours pas dépassé pour remplir adéquatement son rôle de médiateur des intérêts divergents; il demeure sans doute le meilleur instrument pour y procéder à l'heure actuelle, malgré l'impression d'obsolescence que peut laisser planer sur lui le phénomène de la mondialisation de l'économie[1631]. C'est aussi l'opinion défendue par l'OMC elle-même face aux réclamations de la société civile transnationale[1632]. Il est vrai, comme on

---

[1630] Voir la partie 3.1, ci-dessus, pour une discussion sur les problèmes du mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC concernant les personnes privées.

[1631] Voir O. Schachter, « The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law » (1997) 36 Colum. J. Transnat'l L. 7 aux pp. 14, 22-23; Stern, « How to Regulate Globalization? », *supra* note 1240 à la p. 267; P.H. Nichols, « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization » (1996) 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 295 à la p. 327 [ci-après Nichols, « Nongovernmental Parties in the WTO »]; Trachtman et Moremen, *supra* note 1212 à la p. 249.

[1632] Les *Lignes directrices pour les arrangements avec les ONG* affirment par exemple que c'est au niveau national « [que] réside la responsabilité première de tenir compte des différents éléments d'intérêt public qui influent sur l'élaboration de la politique commerciale ». C'est également la conclusion du Conseil consultatif mandaté par le Directeur général de l'OMC, qui a rappelé dans son rapport que la société civile devait prioritairement exercer ses pressions et nouer le dialogue avec les gouvernements des membres de l'OMC. On a aussi vu que la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées prenait acte de ce rôle de l'État et enjoignait la société civile à ne pas abandonner l'espace national aux seuls intérêts marchands. *Lignes directrices pour les arrangements avec les ONG*, *supra* note 113 au parag. 6.

l'a observé précédemment, que l'État n'est peut-être pas à même de tenir compte parfaitement des intérêts transnationaux et des intérêts mondiaux, puisqu'ils ne cadrent pas bien dans l'espace national, mais rien n'indique que l'OMC soit mieux outillée pour agir comme médiateur des intérêts divergents sur le plan mondial, étant une institution spécialisée composée d'experts en droit international économique des échanges commerciaux[1633]. Si les États devaient perdre tout contrôle sur l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, il serait probablement nécessaire de prévoir dans certaines circonstances un appel de ses décisions auprès d'une instance non spécialisée en matière économique, qui pourrait tenir compte de tous les aspects impliqués par une affaire[1634].

Si l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC était accompagné par le droit des personnes privées de participer au règlement des différends autrement qu'à titre de plaignant, laissant la possibilité à des ONG transnationales d'intervenir au soutien du membre visé par une plainte afin de défendre des intérêts non-commerciaux comme la protection de l'environnement, de la santé ou des droits des travailleurs, il est vrai que l'OMC serait peut-être mieux outillée pour remplir cette tâche cruciale. Mais il lui manquerait toujours la légitimité démocratique pour le faire, contrairement aux États dont le gouvernement doit répondre de ses actes devant la population (encore que cet argument pourrait ne pas tenir pour tous les membres de l'OMC, puisque l'adhésion aux principes démocratiques n'y est pas une condition officielle d'accession). Cette délégation vers le haut de la médiation des intérêts divergents s'inscrirait en faux contre le mouvement de démocratie citoyenne, insistant sur l'autorité locale, plus accessible à la population[1635]. Les accords de l'OMC, sur la base desquels les décisions de l'Organisation sont prises, ne sont pas adéquats pour qu'elle puisse remplacer l'État comme médiateur des intérêts

---

Voir *supra* la note 1308 et le texte correspondant. Voir la partie 3.2.2 d), ci-dessus, pour une évaluation de la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

[1633] Nichols, « Assumptions », *supra* note 1246 aux pp. 442-443; Nichols, « Nongovernmental Parties in the WTO », *supra* note 1631 aux pp. 310-314.

[1634] On a vu que la *Charte de La Havane* prévoyait un appel des décisions de l'OIC à la Cour internationale de justice. La création d'un tel appel pourrait aussi diminuer les risques posés par la multiplication des juridictions internationales que provoquerait la création d'un recours privé à l'OMC. Voir *supra* la note 123 et le texte correspondant. Voir la partie 3.3.2 b) *(ii)*, ci-dessus, pour une discussion sur la multiplication des juridictions internationales qu'entraînerait la création d'un recours privé à l'OMC.

[1635] Nichols, « Nongovernmental Parties in the WTO », *supra* note 1631 à la p. 312.

divergents, puisqu'ils poursuivent une fin économique et que l'OMC prend toutes ses décisions à travers ce prisme. L'État, lui, a plus de marge de manœuvre et peut réellement tenir compte d'aspects non-commerciaux.

Aussi la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées apparaît-elle comme une solution attrayante pour réconcilier, d'une part, les problèmes réels vécus par les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, et d'autre part, le caractère incontournable de la médiation étatique des intérêts divergents. Cette formalisation permettrait de raffiner le processus au plan étatique et accroîtrait la démocratie participative dans la gouvernance de la mondialisation de l'économie, par tous les acteurs intéressés, et pas uniquement par les bénéficiaires immédiats de la libéralisation des échanges internationaux[1636]. Elle postule également un refus d'abandonner l'espace national et son gouvernement aux seuls intérêts marchands et appelle plutôt la société civile à investir pleinement les structures étatiques.

La supériorité de l'État comme médiateur des intérêts divergents intervient surtout au stade de l'invocation de la responsabilité internationale du membre de l'OMC, et se matérialise juridiquement par le caractère discrétionnaire de son pouvoir. Cette discrétion étatique pourrait même pallier au problème de l'articulation entre les différents régimes juridiques internationaux, encadrant le commerce international, la protection de l'environnement, de la santé, des droits des travailleurs ou encore la diversité culturelle. Malgré la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux, l'État exerce son jugement souverain dans la décision de porter plainte à l'OMC et doit à ce titre décider de la « justiciabilité » d'un différend sous l'angle commercial. La nature étatique de l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC est un important garde-fou politique dans le contexte de la juridictionnalisation, c'est d'abord là que s'expriment les aspects économiques et politiques des obligations juridiques des membres de l'OMC[1637]. Cette situation n'est certainement pas parfaite, et ne devrait pas empêcher que l'on s'interroge sur la nécessité de prévoir des règles tertiaires pour gérer cette internormativité internationale, mais l'État est certainement plus apte à tenir compte des

[1636] Voir la partie 3.2.2 d), ci-dessus, pour une évaluation de la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées comme voie alternative à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.
[1637] Voir la partie 1.1.3 b), ci-dessus, pour une discussion sur la juridicité certaine des accords de l'OMC et ses conséquences sur la nature juridique des différends commerciaux internationaux.

aspects non-commerciaux d'un différend que les entreprises privées bénéficiaires des accords de l'OMC qui sont affectées par la mesure d'un autre État. Cette aptitude de l'État est d'ailleurs à la source de la théorie de la protection diplomatique, qui est construite sur la capacité et la nécessité que l'État replace le problème vécu par une personne privée dans le contexte plus large de la conduite de ses relations internationales, afin que le différend ne porte pas atteinte indûment à la paix et la sécurité internationales. Cet argument est renforcé à l'OMC, puisque la finalité transcendante du système commercial multilatéral est justement de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, ce qui démontre la nature fondamentalement polycentrique des différends commerciaux internationaux.

b) La nature polycentrique des différends commerciaux internationaux et la finalité transcendante du système commercial multilatéral : la contribution au maintien de la paix et de la sécurité internationales

Lon Fuller a observé que certains différends ne pouvaient être réglés adéquatement suivant un processus judiciaire — ou juridictionnalisé — en raison de leur nature trop « polycentrique »[1638]. Ce qualificatif vise les différends qui ont des implications et des ramifications complexes, plusieurs nœuds ou centres, faisant en sorte que toutes les parties affectées par la décision judiciaire ne peuvent en pratique pas participer au processus. Or l'essence du processus judiciaire — ou juridictionnalisé — résiderait précisément dans l'opportunité pour toutes les parties affectées par la décision de présenter des preuves et des arguments rationnels.

Ainsi les différends polycentriques ne pourraient-ils pas être réglés adéquatement de manière judiciaire et cela constitue une des limites de la juridictionnalisation du règlement des différends à l'OMC. La soumission de différends trop complexes à un groupe spécial de l'OMC pourrait être problématique; soit la décision risque d'être faussée et le différend ne pas être réglé adéquatement, soit le différend risque d'être reformulé de façon à ce que le groupe spécial puisse en connaître. Dans les deux cas, le

[1638] Voir la partie 1.2.3 b) *(i)*, ci-dessus, pour une discussion sur l'inadéquation de la juridictionnalisation avec les différends polycentriques.

résultat sera bancal. C'est pourquoi la négociation ou d'autres modes diplomatiques de résolution des litiges apparaissent parfois mieux adaptés pour régler ce type de différends, et l'État est le seul qui puisse représenter l'ensemble des parties de manière adéquate. Si une personne privée devait porter plainte pour régler un différend qui, en fait, participe d'une situation beaucoup plus complexe, la décision de l'OMC risquerait de ne pas être efficace et le différend non réglé.

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC prévoit la possibilité de résoudre les différends autrement que par la soumission de la plainte à un groupe spécial et éventuellement à l'Organe d'appel, en obligeant les parties à entrer en consultation et en les encourageant à négocier tout au long du processus, ou encore à avoir recours à la conciliation et à la médiation[1639]. Les différends polycentriques peuvent donc être résolus de cette manière dans le cadre de l'OMC. On peut penser que les personnes privées seront moins enclines à recourir à ces modes de règlement des différends, compte tenu du fait qu'elles ne souhaitent probablement qu'un règlement du différend précis qui les intéresse à court terme, et que son contexte plus global ne les intéresse pas, mais aussi parce qu'il apparaît incongru qu'un membre de l'OMC négocie sur la mise en œuvre d'un traité directement avec une personne privée, qui n'y est pas partie. De plus, une personne privée et un État n'étant pas sur un pied d'égalité, les personnes privées préféreront s'en remettre à la décision impartiale d'un groupe spécial plutôt qu'au rapport de force qui les oppose à l'État. Les personnes privées risquent donc d'entraîner davantage de différends dans le mécanisme juridictionnalisé de règlement des différends de l'OMC, alors que l'État est mieux placé pour faire la part des choses. Il faut noter cependant que même sur le plan interétatique, il semble illusoire de penser qu'une puissance économique comme les États-Unis soit sur un pied d'égalité avec un pays en développement, ou même avec une puissance moyenne comme le Canada. La nature polycentrique des différends commerciaux internationaux s'oppose donc à la création d'un recours privé à l'OMC.

Selon Robert Hudec, les différends commerciaux internationaux ne seraient pas de nature purement juridique; ils comporteraient tous un aspect politique dépassant le cadre

---

[1639] Voir la partie 1.2.2 c), ci-dessus, pour une discussion sur la place de la diplomatie dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

de la compatibilité d'une mesure avec les accords de l'OMC dans un cas précis[1640]. Ce serait précisément pourquoi l'État s'est vu confier le monopole de l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Il peut ainsi placer le différend dans le cadre plus large des négociations commerciales qu'il poursuit avec d'autres États dans le système commercial multilatéral, ainsi que dans la perspective de la poursuite de relations commerciales durables avec l'État potentiellement visé par une plainte. Ce monopole permet à l'État de temporiser, et ce serait là sa plus grande utilité, au détriment, il est vrai, de la plainte pourtant bien fondée d'une personne privée[1641]. En décidant de l'opportunité de porter plainte, l'État peut effectivement tenir compte de considérations tactiques dans la poursuite de négociations commerciales avec un autre État. L'exercice de son droit de ne pas porter plainte à l'OMC peut lui être utile pour obtenir en retour des concessions de la part de l'État qui serait autrement visé par la plainte. Ce jeu risquerait d'être faussé si les personnes privées pouvaient porter plainte directement à l'OMC sans contrôle étatique. En outre, le gouvernement peut ne pas vouloir que l'OMC éclaircisse un point de droit sur une éventuelle violation des accords de l'OMC, parce qu'il désire lui-même conserver la possibilité d'adopter une telle mesure à son tour; il serait nécessaire que l'État puisse conserver cette marge de manoeuvre[1642].

L'interférence que les personnes privées plaignantes pourraient faire dans le cours des négociations commerciales entre les États à l'OMC est l'un des arguments invoqués à l'encontre de l'élargissement du droit de porter plainte[1643]. L'OMC, organisation interétatique et forum de négociation de la politique commerciale internationale, s'accommoderait mal de la présence de personnes privées à titre de plaignant. La limite de cet argument est que le mécanisme de règlement des différends ne vise que l'application de la politique commerciale et non son élaboration, mais on a vu que la décision de porter plainte ou non peut être utilisée dans le cadre des négociations pour

---

[1640] R.E. Hudec, « "Transcending the Ostensible" : Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments » (1987) 72 Minnesota L. Rev. 211, reproduit dans R.E. Hudec, *Essays on the Nature of International Trade Law*, Londres, Cameron May, 1999, 117 aux pp. 123 et 130 [ci-après Hudec, « Nature of Litigation »]. Virgile Pace a également souligné encore récemment l'importance de la nature politique des différends commerciaux internationaux. Pace, « La nécessaire réforme » *supra* note 1211 aux pp. 652-655.

[1641] Hudec, « Nature of Litigation », *ibid.* à la p. 123.

[1642] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 148 (commentaire de Peter Mavroidis).

[1643] Nichols, « Nongovernmental Parties in the WTO », *supra* note 1631 aux pp. 303-310.

obtenir une concession en retour. Il semble donc souhaitable que l'État conserve un certain contrôle sur l'accès au mécanisme de règlement des différends. Par contre, l'argument suivant lequel la position défendue par une personne privée dans une affaire pourrait nuire à celle de son État de nationalité dans ses négociations, si elles étaient divergentes, semble moins convaincant[1644]. Il semble assez facile de faire la distinction entre la position défendue par une personne privée devant une instance et celle défendue par son État de nationalité devant une autre[1645]; par ailleurs de telles divergences sont monnaie courante sur le plan national et ne provoquent pas de confusion[1646]. La seule difficulté pourrait résider dans la question de savoir si le fait qu'un État ait autorisé une personne privée à porter plainte à l'OMC — si les État devaient avoir un tel contrôle — signifierait qu'il cautionne les arguments avancés par cette dernière.

Robert Hudec a également souligné qu'il ne fallait pas tomber dans le jeu des comparaisons entre les modes de résolution des litiges nationaux et internationaux, puisqu'en bout de ligne, ils ne serviraient pas les mêmes fins[1647]. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC servirait davantage une fin politique qu'une fin d'application légaliste des accords de l'OMC. Il a même affirmé — en se référant au mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947* — qu'une certaine défectuosité était nécessaire dans les mécanismes de règlement des différends internationaux pour que les considérations politiques puissent justement entrer en ligne de compte[1648]. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne viserait pas à appliquer strictement les accords de l'OMC de manière légaliste pour sanctionner les violations, mais plutôt à rétablir l'équilibre des avantages et concessions entre les membres de l'OMC pour préserver les opportunités commerciales créées par le système commercial multilatéral. Incidemment, il faut mentionner que l'Organe d'appel de l'OMC s'est lui-même montré peu ouvert à l'idée de modifier le mécanisme de règlement des différends en vue de le rendre mieux adapté à l'application légaliste des accords de l'OMC : « [L]es règles de procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux mais

---

[1644] Voir *ibid.* aux pp. 316-318.
[1645] Shell, « Trade Stakeholders Model », *supra* note 6 aux pp. 374-375.
[1646] Charnovitz, « Opening the WTO », *supra* note 1591 à la p. 354.
[1647] Hudec, « Nature of Litigation », *supra* note 1640 à la p. 118.
[1648] *Ibid.* à la p. 130. Voir aussi *supra* la note 1344 et le texte correspondant.

simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux »[1649]. La souplesse du processus demeurerait essentielle compte tenu de la nature non strictement juridique des différends commerciaux internationaux[1650].

Ces affirmations sur le caractère non juridique des différends commerciaux internationaux doivent être nuancées, au regard du phénomène de la juridisation substantive des relations commerciales internationales que nous avons étudié précédemment[1651]. Nous avons vu que les défectuosités juridiques du *GATT de 1947* ont longtemps fait douter de sa juridicité, mais que la conclusion des accords de l'OMC confirmait avec certitude la nature juridique des obligations du droit international économique. Il est donc désormais inexact de dire que les différends commerciaux internationaux portés à l'OMC ne sont pas des différends juridiques, puisqu'ils mettent toujours en cause l'exécution de ses obligations internationales conventionnelles par un membre de l'OMC, ce qui nous a permis d'interpeller le droit international de la responsabilité de l'État pour expliquer conceptuellement la relation entre la juridisation substantive et la juridictionnalisation des relations commerciales internationales. Le caractère politique et économique des différends commerciaux internationaux ne s'oppose pas à leur caractère juridique : il s'inscrit plutôt dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC, qui traduit la finalité macroéconomique du système commercial multilatéral qui est de libéraliser le commerce mondial afin d'accroître la richesse mondiale, ainsi que sa finalité transcendante qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales[1652]. Aussi le droit d'invoquer la responsabilité du membre de l'OMC est-il réservé exclusivement à ses membres, et le contenu de la responsabilité est-il limité pour l'essentiel à une obligation de cessation. Les aspects économiques et politiques des différends commerciaux internationaux s'expriment surtout au stade de l'exécution de l'obligation de cessation du membre responsable. Nier la nature juridique des accords de l'OMC et des différends qui lui sont

---

[1649] *États-Unis—Traitement fiscal des « société de ventes à l'étranger »* (*Plainte de la Communauté européenne*) (2000), OMC Doc. WT/DS108/AB/R au paragr 175 (Rapport de l'Organe d'appel).
[1650] Pace, « La nécessaire réforme », *supra* note 1211 aux pp. 652-653.
[1651] Voir la partie 1.1.3, ci-dessus, pour une discussion sur le renforcement de la juridicité du droit international économique des échanges commerciaux.
[1652] Voir *supra* la note 389 et le texte correspondant pour une discussion sur la nature macroéconomique du système commercial multilatéral et son impact sur le contenu spécial de la responsabilité du membre de l'OMC.

portés nous apparaît être dangereux pour la normativité du droit international économique en particulier et le respect du caractère obligatoire des traités en général.

Tout différend international apparaît être en principe polycentrique, ce qui se manifeste par exemple dans la théorie de la protection diplomatique, qui est construite sur l'idée que l'État doit replacer le différend mettant en cause son ressortissant dans le contexte plus large de la conduite de ses relations internationales. Les différends relatifs à l'investissement étranger direct seraient l'exception et la création d'un recours international privé dans ce domaine serait moins problématique vu le caractère plus spécifiques de ces différends, encore que les problèmes systémiques que nous avons identifiés indiquent que ce recours privé se complique lorsque le différend est davantage polycentrique, concernant par exemple des mesures environnementales. En réalité, ce n'est pas tant la prétendue nature non juridique des différends commerciaux internationaux qui s'oppose à l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, mais plutôt leur nature polycentrique, qui rend pratiquement impossible leur « privatisation ».

En définitive, il semble qu'il soit essentiel que les États conservent le contrôle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC[1653]. Les États devraient demeurer les maîtres du mécanisme et le risque est que des débats essentiels leur échappent si les personnes privées pouvaient aller directement porter plainte à l'OMC, sans que ceux-ci puissent en évaluer les conséquences économiques et politiques[1654]. La question peut être réduite à celle de savoir si la finalité du système commercial multilatéral est de promouvoir les intérêts individuels de personnes privées ou l'intérêt général de l'ensemble des populations des membres de l'OMC. Il est clair que l'intérêt général doit primer puisque la finalité première du système est macroéconomique, et que sa finalité transcendante est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. La mise en œuvre des accords de l'OMC doit être au service de l'accroissement de la richesse mondiale et ne doit pas mener à une réduction du niveau de vie des populations; les conséquences de la libéralisation du commerce mondial doivent être gérées étroitement par les États, afin de s'assurer que la mondialisation de l'économie demeure

---

[1653] Voir Pace, « La nécessaire réforme », *supra* note 1211 à la p. 656; Trachtman et Moremen, *supra* note 1212.
[1654] Voir Ruiz Fabri, *supra* note 1246 à la p. 51.

au service de l'humanité et que les relations internationales ne se détériorent pas sous son emprise.

La formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées, de manière compatible avec les accords de l'OMC, apparaît être une solution plus porteuse, qui permet de réconcilier la nature polycentrique des différends commerciaux internationaux et les intérêts légitimes des personnes privées bénéficiaires des accords de l'OMC dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Si un différend devait exceptionnellement être suffisamment bien circonscrit pour ne pas sembler être polycentrique, un recours privé pourrait être envisagé, mais même dans ces conditions, les autres arguments défavorables s'y opposeraient; il serait préférable d'explorer la voie de la représentation de l'État par la personne privée affectée dans ces circonstances.

c) La non transférabilité du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État du nouveau droit international de l'investissement étranger direct

Le droit international de la responsabilité de l'État apparaît comme un important instrument comparatif entre les différents régimes et organisations internationaux. Le recours à ce droit nous a permis de préciser la relation entre la juridisation substantive des relations commerciales internationales et la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC, en proposant une typologie du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC comme pont normatif entre ces deux phénomènes. Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC permet d'exprimer et d'articuler l'ensemble des principes, normes et concepts sous-jacents au règlement des différends commerciaux internationaux. Cette typologie nous enjoint à contester la transférabilité du recours privé du nouveau droit international de l'investissement étranger direct dans le contexte du mécanisme de règlement des différends de l'OMC[1655].

---

[1655] Voir J. Byrne, « NAFTA Dispute Resolution : Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access » (2000) 35 Texas Int'l L.J. 415 aux pp. 430-431. *Contra* Schleyer, *supra* note 6 aux pp. 2308-2309; Roberts, *supra* note 6 à la p. 538. Joel Trachtman et Philip Moremen contestent l'existence d'une théorie globale qui justifierait la création d'un recours privé en droit international. Ils insistent plutôt

Le régime de responsabilité internationale de l'État dans le domaine de l'investissement étranger direct est entièrement construit sur la théorie de la protection diplomatique, ou plutôt sur sa suspension. Le préjudice et la réclamation privés en sont les fondements et le régime vise en définitive à en assurer la réparation par l'État responsable. Il poursuit une finalité microéconomique, visant à assurer la protection des transactions privées conformément aux normes substantives que le droit conventionnel de l'investissement étranger direct prévoit. La personne privée est au cœur de ce droit et la création d'un recours privé pour qu'elles fassent valoir directement leur réclamation au plan international s'inscrit dans la logique du régime de responsabilité de l'État en ce domaine.

Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC obéit à une logique macroéconomique tout à fait différente, axée sur la protection des opportunités commerciales créées par les accords de l'OMC, se traduisant par l'abolition de l'obligation de réparation du droit international général et la consécration de l'obligation de cessation[1656]. Dans ce contexte normatif, la position de la personne privée est toute autre et la théorie de la protection diplomatique est inapplicable, puisque le préjudice spécial qu'est l'annulation ou la réduction des avantages découlant des accords de l'OMC est subi immédiatement par le membre de l'OMC. La fonction et la finalité du régime de responsabilité du membre de l'OMC sont entièrement différentes de celui de l'État hôte dans le nouveau droit de l'investissement étranger direct, aussi le recours privé de l'investisseur étranger ne peut-il pas y être transposé. Les personnes privées ne sauraient prétendre vouloir réclamer des dommages-intérêts dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

---

sur la nécessité de procéder à une analyse spécifique de l'utilité de créer des droits privés dans le contexte juridique particulier où ils s'inscriraient. Trachtman et Moremen, *supra* note 1631 aux pp. 222-231.

[1656] Voir *supra* la note 389 et le texte correspondant pour une discussion sur la nature macroéconomique du système commercial multilatéral et son impact sur le contenu spécial de la responsabilité du membre de l'OMC.

d) Le manque de ressources de l'OMC et de certaines personnes privées

L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC soulèverait par ailleurs des difficultés sur le plan pratique. L'OMC ne serait pas prête à absorber le flot de nouvelles affaires qui résulterait des plaintes portées par des personnes privées[1657]. Tant sur le plan des ressources humaines que financières, des ajustements importants seraient nécessaires, dont une augmentation de son budget de fonctionnement. Le nombre d'experts figurant sur les listes devrait probablement être revu à la hausse et ceux-ci auraient peut-être à se consacrer à leur tâche à plein temps, contrairement à la situation actuelle.

Toujours sur le plan des ressources, il semble qu'un élargissement entraînerait également des iniquités entre les personnes privées susceptibles de porter plainte[1658]. Les grandes entreprises et associations représentant des secteurs importants de l'industrie disposeraient certainement des ressources nécessaires pour supporter le coût que représente la poursuite d'une affaire à l'OMC, alors qu'il est moins certain que des entreprises de moindre envergure auraient les reins assez solides pour le faire. Au demeurant, il faut souligner qu'une certaine iniquité semble déjà exister dans le mécanisme interétatique de règlement des différends entre pays industrialisés et pays en développement. Il serait essentiel que le recours interétatique actuel subsiste en conjonction avec un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, pour pallier à cette iniquité potentielle entre personnes privées[1659].

e) La question de la légitimité des personnes privées plaignantes

Un autre problème potentiel concerne la légitimité des personnes privées susceptibles de porter plainte à l'OMC advenant un élargissement de ce droit[1660]. La

---

[1657] Mavroidis *et al.*, *supra* note 6 à la p. 161 (commentaire de William Davey).
[1658] Nichols, « Nongovernmental Parties in the WTO », *supra* note 1631 aux pp. 318-319.
[1659] Lukas, *supra* note 6 à la p. 203.
[1660] Voir Nichols, « Assumptions », *supra* note 1246 à la p. 438; Mertus, *supra* note 1236 à la p. 561. Ces deux auteurs soulèvent ce point dans le cadre plus large de la participation générale des ONG dans le

détermination de l'intérêt juridique d'une entreprise directement touchée par une mesure prétendument incompatible avec les accords OMC ne semble pas devoir poser de grandes difficultés. En revanche, les associations représentant des secteurs de l'industrie posent plus de difficultés puisqu'elles représentent un intérêt collectif; des critères devraient probablement être élaborés pour déterminer lesquelles de ces associations sont qualifiées pour porter plainte contre un État, autrement il y aurait un risque que des associations de complaisance soient mise sur pied uniquement pour utiliser le mécanisme de règlement des différends de l'OMC à mauvais escient. Les questions de la transparence et de la responsabilité de ces organisations devant leurs membres devraient particulièrement être abordées. Il est vrai que l'intérêt à agir des membres de l'OMC est très large, mais il ne semble pas souhaitable que les personnes privées puissent porter plainte contre des mesures ne les affectant pas directement.

On a avancé que la question de la représentativité des ONG était posée en de mauvais termes car ces organisations ne représenteraient pas des intérêts, mais défendraient plutôt des idées[1661]. Cet argument est valable dans le contexte plus large de la participation générale des ONG dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, mais semble moins convaincant en ce qui concerne les ONG qui agiraient à titre de plaignant. Il faut rappeler que les ONG faisant la promotion de la protection de l'environnement ou d'autres intérêts non-commerciaux n'auraient pas d'intérêt à agir à ce titre, puisque les plaintes visent à faire tomber les obstacles au commerce international incompatibles avec les accords de l'OMC[1662].

f) L'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD

En plus des problèmes pratiques que soulèverait un éventuel élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, il comporterait d'importantes limites inhérentes qui en atténueraient les apports de manière significative. La première tient au fait que les

---

mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Voir aussi Trachtman et Moremen, *supra* note 1631 aux pp. 227-228.

[1661] Charnovitz, « Opening the WTO », *supra* note 1591 aux pp. 209-210.

[1662] Voir la partie 3.3.1 a), ci-dessus, pour une discussion sur la nature juridique de l'éventuel droit des personnes privées de porter plainte à l'OMC.

membres de l'OMC conservent toujours un contrôle politique sur les décisions des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Il est en effet nécessaire que ces dernières soient adoptées par l'ORD, marquant l'une des limites de la juridictionnalisation du règlement des différends par l'OMC[1663]. Il est vrai que cette adoption est quasi-automatique en raison de la règle du consensus négatif, voulant que la décision soit adoptée à défaut d'être rejetée à l'unanimité par les membres de l'OMC, rendant illusoire le rejet d'une décision portant sur un différend entre États, puisque tant l'État ayant eu gain de cause que celui ayant perdu doivent en effet consentir à rejeter la décision. Toute illusoire qu'elle soit dans le cadre d'un différend interétatique, cette éventualité le serait moins dans le cas d'un différend opposant une personne privée à un État. En effet, on peut imaginer que l'État de nationalité de la partie privée pourrait consentir à rejeter une décision favorable à cette dernière, pour des motifs d'intérêt général par exemple.

g) Le retour à l'interétatisme au stade de l'exécution coercitive de l'obligation secondaire de cessation du membre de l'OMC responsable

Dans la mesure où la décision portant sur une affaire initiée par une personne privée serait adoptée par l'ORD, une limite capitale demeure néanmoins et a trait au fait que la mise en œuvre des décisions de l'OMC relève exclusivement de ses membres[1664]. Les personnes privées sont incapables de jouir de la plénitude des droits dans l'ordre des règles secondaires du droit international de la responsabilité de l'État, puisque la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC nécessite l'intervention de l'État. L'objectif de la décision rendue suivant le mécanisme de règlement des différends est d'en arriver au retrait des mesures incompatibles avec les accords de l'OMC. L'exécution de l'obligation de cessation du membre de l'OMC responsable apparaît être plus compliquée que celle de l'obligation de réparer le préjudice matériel du droit international général. Il est beaucoup plus facile de déterminer si un montant d'argent,

[1663] Voir la partie 1.2.2 c), ci-dessus, pour une discussion sur la place de la diplomatie dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC; Pace, « La nécessaire réforme » *supra* note 1211 aux pp. 654-655.
[1664] Nichols, « Nongovernmental Parties in the WTO », *supra* note 1631 à la p. 300. Voir la partie 1.2.2 b) *(iv)*, ci-dessus, pour une discussion sur le renforcement de l'approche légaliste au stade de l'exécution des décisions et recommandations de l'ORD; la partie 1.3.3, ci-dessus, pour une discussion sur l'exécution coercitive des obligations secondaires du membre de l'OMC responsable.

déterminé suite à une entente ou une décision judiciaire ou arbitrale, a été payé que si une mesure incompatible a été retirée. Des négociations interétatiques pourront être nécessaires même après la constatation de la violation des accords de l'OMC, afin que les parties s'entendent sur l'exécution de l'obligation secondaire de cessation; la processus juridictionnalisé de l'examen par un groupe spécial pourra à nouveau être mis à contribution mais il semble qu'à ce stade, le meilleur gage de règlement du différend sera l'accord mutuel des parties sur la qualité de la cessation. Aussi apparaît-il paradoxalement que la diplomatie reprend ses droits dans le règlement des différends commerciaux internationaux au stade de l'exécution de l'obligation de cessation, malgré la juridictionnalisation permettant d'établir la responsabilité du membre de l'OMC. Or ces négociations pourraient difficilement être conduites avec une personne privée plaignante, en raison de son statut de tiers bénéficiaire des accords de l'OMC et non de membre de l'OMC soumis aux mêmes droits et obligations que le membre responsable.

Ces considérations sont renforcées si le retrait consensuel immédiat de la mesure est impossible. Une compensation volontaire doit être octroyée à la partie plaignante à titre temporaire en attendant le retrait, si le membre responsable ne retire pas sa mesure à la satisfaction du membre plaignant, à défaut de quoi ce dernier peut être autorisé par l'OMC à suspendre des concessions ou l'exécution d'autres obligations prévues par les accords de l'OMC. La mise en œuvre des décisions de l'OMC repose donc en dernière analyse sur la pression exercée par les contre-mesures économiques imposées par le membre plaignant. La personne privée qui obtiendrait une décision favorable de l'OMC se trouverait dépourvue de tels moyens de pression si le membre responsable refusait de retirer sa mesure; il faut cependant rappeler à cet égard que la participation des personnes privées au processus de règlement des différends serait susceptible de favoriser la mise en œuvre volontaire des décisions de l'OMC[1665]. Le plaignant privé n'aurait d'autre choix que de se tourner vers son État de nationalité pour lui demander d'imposer des contre-mesures, ou de porter lui-même plainte contre le membre responsable pour ne pas avoir mis en œuvre une décision de l'OMC. L'effacement total de l'État est impossible et ce dernier demeurerait nécessaire au stade de la mise en œuvre coercitive des décisions de

[1665] Voir la partie 3.3.3 d), ci-dessus, pour une discussion sur l'argument voulant que l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC favoriserait la mise en œuvre volontaire de la responsabilité du membre de l'OMC.

l'OMC[1666]. Cela n'est guère surprenant puisque la mise en œuvre du droit international repose en bout de ligne toujours sur les États[1667]; cela démontre bien le « noyau inaliénable » de la souveraineté des États, seuls détenteurs du monopole de la violence[1668]. L'État de nationalité de la partie privée plaignante demeurerait évidemment libre d'accepter ou de refuser d'imposer des contre-mesures ou de porter plainte pour soutenir cette dernière, afin d'assurer la mise en œuvre de la décision. Même après l'imposition de contre-mesures, on peut penser que leur retrait définitif pourra nécessiter à nouveau des négociations avec le membre responsable, illustrant la résilience de la diplomatie dans le règlement des différends commerciaux internationaux, malgré sa juridictionnalisation.

h) La promotion exclusive de la finalité première du système commercial multilatéral : la libéralisation du commerce mondial

L'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC favoriserait la libéralisation du commerce mondial, en améliorant le fonctionnement du système commercial multilatéral, mais cela n'aurait pas pour effet d'assurer une meilleure régulation de la mondialisation de l'économie et de ses impacts. La lettre des accords de l'OMC participe d'une approche exclusivement économique d'inspiration néolibérale; que des personnes privées puissent porter plainte directement à l'OMC sur la base de ces accords ne servirait que cette finalité libre-échangiste[1669]. Pour assurer que le système ne s'écarte pas de sa finalité transcendante, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, et que l'on puisse tenir compte adéquatement des aspects non-

---

[1666] Voir Toope, *Mixed International Arbitration*, *supra* note 27 aux pp. 251-252, 261-262 et 385-400, soulignant l'impossibilité d'éliminer complètement la protection diplomatique en ce qui concerne la *Convention CIRDI*, où l'exécution des sentences arbitrales nécessite l'intervention de l'État de nationalité de l'investisseur. Voir aussi Brownlie, *supra* note 318 aux pp. 548-549, notant que l'effet de l'arbitrage mixte est d'exclure la protection diplomatique du différend entourant l'application du contrat liant les parties, mais pas en ce qui concerne un éventuel déni de justice.

[1667] Stern, « How to Regulate Globalization? », *supra* note 1240 aux pp. 266-267.

[1668] De Senarclens, *supra* note 1615 aux pp. 68-69. L'idée du monopole étatique sur la violence physique légitime est empruntée à Max Weber par Pierre de Senarclens. Voir M. Weber, *Le savant et le politique*, trad. par J. Freund, Paris, Union générale d'édition, 1971 à la p. 125.

[1669] Voir de Senarclens, *ibid.* aux pp. 196-198. Cet auteur estime que la régulation de la mondialisation opérée par l'OMC est défaillante.

commerciaux soulevés par la mondialisation de l'économie menée par cette libéralisation, il faut imaginer d'autres solutions. Au plan de la juridictionnalisation, la participation des personnes privées au règlement des différends autrement qu'à titre de plaignant, pour faire valoir des intérêts non-commerciaux, peut être envisagée. Au plan de la juridisation substantive, on évoque souvent l'inclusion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC, afin de justifier les mesures incompatibles au nom par exemple de la protection des droits des travailleurs; on a également avancé l'idée que l'Organisation internationale du travail pourrait jouer un rôle-clé hors l'OMC pour mieux réguler la mondialisation, en garantissant notamment le respect d'un corpus universel de droits fondamentaux des travailleurs[1670]. Le fait demeure que l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ne serait pas garant d'une meilleure régulation de la mondialisation, tenant mieux compte des aspects non-commerciaux soulevés par l'application des accords de l'OMC, bien au contraire. Pour cela, des modifications substantives — et non seulement procédurales — semblent nécessaires, en lien avec le débat sur la possible nécessité de prévoir des règles tertiaires pour gérer l'internormativité des régimes de droit international.

En l'absence de telles modifications, la prérogative de l'État dans l'invocation de la responsabilité internationale du membre de l'OMC et l'accès à son mécanisme de règlement des différends reste un des seuls instruments permettant la prise en considération de sa finalité transcendante. Les personnes privées pourraient favoriser la création de la richesse en améliorant la libéralisation du commerce international, suivant la logique soutenant le système commercial multilatéral. Cependant, l'État conserve toute sa pertinence dans la redistribution de cette richesse sur le plan national, au moyen notamment de sa politique fiscale et de ses programmes sociaux[1671]. C'est aussi lui qui doit s'assurer de minimiser les impacts sociaux et économiques de la libéralisation du commerce mondial, sur l'emploi, l'environnement, la politique monétaire, etc. L'objectif du système commercial multilatéral n'est pas la libéralisation du commerce mondial en soi, mais plutôt la stabilisation et la pacification des relations internationales, d'où l'importance de la prise en considération du contexte global des différends commerciaux

[1670] Voir M. Hansenne, *Un garde-fou pour la mondialisation : le BIT dans l'après-guerre froide*, Gerpinnes (Belgique), Quorum, 1999 aux pp. 145-149. Voir *contra* de Senarclens, *ibid.* aux pp. 197-198 (doutant de la capacité de l'OIT de faire contrepoids à l'OMC et à la primauté des valeurs économiques dans la régulation de la mondialisation).

[1671] Voir McRae, « Contribution », *supra* note 41 à la p. 143.

internationaux par l'État, ainsi que d'assurer que les coûts de la transition vers la libéralisation ne soit pas exorbitants pour certaines populations du monde ou certains segments de la population chez des membres de l'OMC.

### 3.3.5 Le cycle de négociations de Doha et les perspectives de réalisation de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC

Les négociations actuellement en cours concernant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC sont formellement distinctes et séparées des négociations commerciales multilatérales lancées lors de la Conférence ministérielle de Doha en 2001, bien qu'elles aient été relancées par cette dernière[1672]. Au moment de l'adoption des accords de l'OMC, les futurs membres de l'Organisation envisageaient déjà la nécessité de réexaminer le *Mémorandum d'accord* au bout de quatre ans après son entrée en vigueur, en raison de l'incertitude qui régnait alors quant au succès de la juridictionnalisation à laquelle ils avaient soumis le règlement des différends commerciaux internationaux[1673]. Trois options étaient alors envisagées, soit le maintien du nouveau mécanisme, sa modification, ou encore son abrogation et le retour au mécanisme déjuridictionnalisé du *GATT de 1947*. Une décision de l'OMC aurait dû être adoptée le 1er janvier 1999 au plus tard, mais il lui a été impossible de le faire à ce jour, malgré des efforts sincères et plusieurs prolongations des délais[1674]. L'avancement des travaux des membres permet néanmoins d'affirmer avec certitude que la question de l'élargissement du droit de porter plainte auprès de son mécanisme de règlement des différends n'est pas du tout à l'ordre du jour. Cette idée, défendue par plusieurs auteurs, particulièrement dans la doctrine anglo-saxonne, n'est donc relayée par aucun membre de l'OMC, aussi apparaît-il hautement improbable qu'un recours privé de portée générale y voit le jour à court ou moyen terme. Ce refus d'envisager cette idée est entièrement justifié par la nature spéciale du régime de responsabilité des membres de l'OMC,

---

[1672] B. Mercurio, « Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization : The Dispute Settlement Understanding Review—Making it Work? » (2004) 38:5 J. World T. 795 à la p. 797.
[1673] *Décision sur l'application et le réexamen du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, dans *Acte final reprenant les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, *supra* note 101.
[1674] Voir généralement Mercurio, *supra* note 1672.

traduisant le caractère macroéconomique et la finalité transcendante du système commercial international, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Parmi les questions qui sont actuellement débattues dans le cadre de ces négociations, les seules qui intéressent directement les personnes privées sont celles de la publicité des communications des parties et des audiences des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ainsi que leur droit d'accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*[1675]. Même cette participation à un degré beaucoup plus faible des personnes privées dans le règlement des différends commerciaux internationaux soulève la controverse parmi les membres de l'OMC, comme on l'a vu, laissant particulièrement apparaître une fracture Nord-Sud sur ces questions. Il revient donc aux membres de répondre individuellement aux problèmes vécus par les personnes privées dans le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC, tout en restant dans le paradigme interétatique. Le meilleur atténuement des rigueurs de ce paradigme passerait par la formalisation accrue du mécanisme interne de traitement des plaintes privées, par les membres qui le souhaiteraient, d'une manière compatible avec les accords de l'OMC. Cette solution aurait l'avantage de concilier la nature interétatique et macroéconomique des différends commerciaux internationaux avec la capacité interne et les intérêts légitimes des personnes privées affectées, bénéficiaires des accords de l'OMC et opérant au sein du système commercial multilatéral.

Le cycle de négociations de Doha est censé être celui du développement[1676]. Son déroulement s'avère très difficile et la fracture Nord-Sud semble devoir devenir un

---

[1675] *Ibid.* aux pp. 800-810. Voir la partie 3.2.1 b), ci-dessus, pour une discussion sur le déroulement des négociations concernant la participation des *amici curiae* dans le règlement des différends par l'OMC. Parmi les autres questions qui sont sur la table des négociations, signalons : la création d'une liste permanente de membre des groupes spéciaux; la déjuridictionnalisation partielle du mécanisme; l'adaption du mécanisme aux réalités des pays en voie de développement, dont la possibilité pour eux d'imposer des contre-mesures collectives; le remplacement des contre-mesures par la compensation monétaire du membre lésé; la clarification de l'articulation entre le contrôle quasi-juridictionnel de l'exécution de son obligation de cessation par le membre responsable et le droit de demander l'autorisation d'imposer des contre-mesures; l'amélioration des moyens de surveillance de l'exécution de ses obligations secondaires par le membre responsable.

[1676] *Déclaration de Doha*, *supra* note 79. Voir généralement P. Defraigne, « Entre Cancún 2003 et Hong Kong 2005, les perspectives du Doha Round » (2004) 40 C. de D. eur. 7; S. Cho, « A Bridge Too Far : The Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancún and the Future of Trade Constitution » (2004) 7 J.

élément déterminant de la poursuite de la libéralisation du commerce mondial, particulièrement sous l'impulsion des pays émergents que sont le Brésil, l'Inde et la Chine. Le lancement du cycle du millénaire avait capoté lors du fiasco de la Conférence ministérielle de Seattle en 1999, puis les négociations se sont à nouveau enlisées lors de la Conférence de Cancún en 2003, où l'adoption d'une déclaration ministérielle a été impossible, aussi le succès de la Conférence de Doha en 2001 est-il apparu comme un résultat net du consensus international momentané ayant suivi les attaques terroristes du 11 septembre 2001. Le premier enjeu de ces négociations est la libéralisation du commerce des produits agricoles, chasse gardée des pays industrialisés, et moteur essentiel du développement économique de plusieurs pays du Sud, ainsi que l'accès au marché pour les produits non agricoles et la libéralisation du commerce des services. De leur côté, les pays du Nord et particulièrement la Communauté européenne plaident pour l'accroissement de la juridisation substantive des relations internationales économiques dans les nouveaux secteurs de l'investissement étranger direct et de la politique de la concurrence[1677], thèmes dits de Singapour, avec la facilitation du commerce et la transparence des marchés publics, en raison de leur inclusion à l'agenda des négociations lors de la Conférence ministérielle qui s'est tenue dans cette ville en 1996. L'avancement des négociations apparaît toujours incertain et un déblocage dans le secteur de l'agriculture d'ici la prochaine Conférence ministérielle de Hong-Kong, à l'automne 2005, semble être déterminant pour assurer leur succès.

Nous avons identifié les domaines de l'investissement étranger direct et de la concurrence comme étant les plus sensibles au problème de l'incapacité des personnes privées au plan international, et les plus susceptibles de voir naître un droit privé d'invoquer la responsabilité de l'État pour violation de ses éventuelles obligations

---

Int'l Econ. L. 219. Voir aussi OMC, *Négociations en cours et mise en œuvre : le Programme de Doha*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm/> (date d'accès : 2 juillet 2005).

[1677] Sur la poursuite de la juridisation des relations internationales économiques à l'OMC dans les domaines de l'investissement étranger direct et de la politique de la concurrence, voir généralement K.C. Kennedy, « Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization » (2001) 33 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 585; P. Sauvé, « Qs and As on Trade, Investment and the WTO » (1997) 31:4 J. World T. 55; P.S. Watson, J.E. Flynn et C.C. Conwell, *Completing the World Trading System : Proposals for A Millenium Round*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 aux pp. 237-257 et 295-346; P. Grady et K. Macmillan, *Seattle and Beyond : The WTO Millenium Round*, Ottawa, Global Economics, 1999 aux pp. 85-95; B. McDonald, *The World Trading System : The Uruguay Round and Beyond*, New-York, St. Martin's Press, 1998 aux pp. 269-278 et 285-295.

internationales conventionnelles dans ces domaines[1678]. Aussi l'agenda actuel des négociations indique-t-il que la plus grande possibilité de voir le droit de porter plainte à l'OMC être élargi serait sur le plan sectoriel. Une des questions juridiques les plus importantes qui se poseraient alors serait celle de l'articulation entre le recours privé sectoriel et le recours étatique sectoriel et général. Concernant plus particulièrement l'investissement étranger direct, les leçons qui peuvent être tirées de l'évolution des négociations du *TCE*, de la mise en œuvre du chapitre 11 de l'*ALÉNA* et de l'échec de l'*AMI* sont que la juridisation de la phase pré-investissement pourrait être problématique, que l'applicabilité des exceptions du régime des échanges commerciaux devrait être clarifiée, qu'un contrôle politique préalable au recours privé pourrait être nécessaire, que le champ d'application de la juridisation substantive devrait être très clair, et que le recours privé pourrait être limité à la phase post-investissement. La juridisation multilatérale de l'investissement étranger direct ne semble devoir se faire que dans l'enceinte de l'OMC, si elle doit se réaliser à court ou moyen terme, puisque les négociations sur la juridisation de la phase pré-investissement dans le secteur énergétique ont été suspendues dans le cadre du *TCE*.

Les derniers développements dans les négociations indiquent toutefois que l'adoption de nouveaux accords de l'OMC sur l'investissement étranger direct et la politique de la concurrence est improbable à court terme. L'opposition des pays en voie de développement, soutenus par de nombreuses ONG du Nord, dans une alliance qui n'est pas sans rappeler la lutte victorieuse contre l'*AMI* à la fin des années 1990, semble avoir mené à l'abandon par les européens de leur volonté de voir se poursuivre la juridisation substantive dans ces domaines, sans compter la tiédeur des États-Unis qui préfèrent vraisemblablement procéder à cette juridisation au plan bilatéral, en ce qui concerne l'investissement étranger direct, et unilatéral en ce qui concerne la politique de la concurrence[1679]. Ces thèmes apparaissent cependant trop importants et reliés à la libéralisation du commerce mondial pour que l'OMC néglige de s'y intéresser tôt ou tard, aussi pensons-nous que si les personnes privées devaient un jour se voir reconnaître un

---

[1678] Voir la partie 3.3.1 b) *(ii)*, ci-dessus, pour une discussion sur la portée matérielle d'un éventuel droit privé de porter plainte à l'OMC.

[1679] Defraigne, *supra* note 1676 à la p. 9; Cho *supra* note 1676 à la p. 232; *Programme de travail de Doha*, OMC Conseil général Déc. du 1er août 2004, OMC Doc. WT/L/579 au paragr. 1g), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/ddadraft_31jul04_f.doc> (date d'accès : 2 juillet 2005).

recours à l'OMC, ce serait dans ces domaines de l'investissement étranger direct et de la politique de la concurrence. Les inquiétudes que soulèvent le capotage possible du cycle de Doha, et plus globalement l'effondrement du système commercial multilatéral, le retour à l'unilatéralisme et la détérioration des relations internationales[1680], illustrent magnifiquement la nécessité de retourner aux sources du système, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales pour le bien de l'humanité. C'est dans cette seule perspective que doit s'inscrire le débat sur l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC.

[1680] Voir Cho, *ibid.* aux pp. 242-243.

# CONCLUSION

Les principales conclusions de notre thèse s'articulent autour de trois idées-forces. La première est que les différends commerciaux internationaux portés à l'OMC sont des différends juridiques spéciaux, ce qui permet de corriger la méprise voulant que leur nature politique ou économique s'oppose à leur nature juridique. La deuxième est que la création d'un recours privé à l'OMC ne serait pas opportune. La troisième idée-force de notre thèse est que la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC devrait être sérieusement envisagée par les membres de l'OMC en général et le Canada en particulier.

La conclusion récente des travaux de la CDI sur la codification et le développement progressif du droit international de la responsabilité de l'État, par la nouvelle approche horizontale qu'elle propose, nous a permis de faire une typologie du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC et de réconcilier les particularités des différends commerciaux internationaux avec le droit international public. Ce régime spécial de responsabilité traduit les finalités du système commercial multilatéral, la première, macroéconomique, étant de créer des conditions de concurrence mondiale en libéralisant le commerce international en application des théories économiques libérales du XIX$^{ème}$ siècle, la seconde, transcendant le domaine économique, étant de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette seconde finalité du système commercial multilatéral est généralement occultée par la première, mais elle est portée par le souffle fondateur du système et est consubstantielle à l'organisation de l'ordre mondial au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Elle imprime dans le système la nécessité de relativiser l'application intégrale de la théorie économique, de manière à ne pas déstabiliser l'ordre mondial. Elle confère à l'État un rôle capital dans la gestion du système et la régulation des effets de la libéralisation commerciale afin que celui-ci demeure au service de l'humanité.

Puisque le système commercial multilatéral vise à créer des conditions de concurrence mondiale afin de favoriser la conclusion de transactions commerciales internationales privées, en vue plus largement de contribuer à pacifier les relations

internationales, il ne s'intéresse pas à la protection de ces transactions d'ordre microéconomique, mais vise plutôt à protéger ces conditions macroéconomiques globales. Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC aboli donc l'obligation secondaire de réparation de l'État responsable du droit international général, en situation de violation des accords de l'OMC. Cette caractéristique fondamentale du régime signifie que ce n'est pas parce que la conséquence de la violation du traité n'est pas la réparation des dommages qu'elle cause qu'il ne s'agit pas d'un différend juridique. Les travaux de la CDI invitent à une conception plus englobante du droit qui permet d'embrasser ces différends commerciaux internationaux, sans pour autant nier leurs aspects politiques et économiques. Le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC le fait en consacrant l'obligation secondaire de cessation de l'État responsable du droit international général. À partir du moment où l'illicéité du fait du membre de l'OMC est constatée, l'ensemble du mécanisme de règlement des différends se réoriente vers l'obtention du retrait de la mesure incompatible. Les différends en situation de non-violation peuvent également être réconciliés avec le droit international public, interpellant un régime spécial de responsabilité de l'État pour le fait licite, où la restauration des conditions de concurrence globale doit se faire par un ajustement mutuellement satisfaisant qui traduit cette fois une obligation secondaire de réparation plutôt que de cessation.

L'importance de ce rattachement des différends commerciaux internationaux au droit international public n'est pas que théorique. On ne saurait trop insister sur leur nature juridique, malgré les conséquences spéciales qu'entraînent leur violation ou leur non-violation, puisqu'il s'agit toujours de différends concernant l'exécution d'obligations internationales d'origine conventionnelle. Le discours niant la juridicité des accords de l'OMC et le caractère juridique des différends commerciaux internationaux risque autrement d'affaiblir la règle *pacta sunt servanda* et plus largement la normativité du droit international public. Les fondateurs du système commercial multilatéral avaient toujours en mémoire le funeste souvenir de la « *Sportpalast Diplomatie* » pratiquée par l'Allemagne nazie au cours des années 1930, par laquelle le régime hitlérien organisait de gigantesques rassemblements dans des stades, où les traités étaient déchirés dans une fureur collective. Il serait triste que la négation de la nature juridique des différends

commerciaux internationaux portés à l'OMC en arrive à marginaliser à nouveau la normativité des traités et du droit international public.

La deuxième idée-force de notre thèse est que l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC, en faveur des personnes privées, ne serait pas opportun. D'abord, l'accès au mécanisme général de règlement des différends prévu par les traités d'intégration économique régionale demeure l'attribut exclusif des États lorsqu'il est question d'invoquer la responsabilité de l'État. La Communauté européenne constitue un modèle à part des autres intégrations économiques régionales, par son caractère supranational et l'effet direct du droit communautaire qui en découle, par l'existence d'institutions communautaires autonomes disposant d'un vaste pouvoir de réglementation, ainsi que d'un véritable tribunal judiciaire supranational qui s'éloigne considérablement des groupes spéciaux habituels. Les différends entre personnes privées et États concernant l'application du droit communautaire doivent être portés devant les tribunaux nationaux qui, à leur tour, par le jeu du renvoi préjudiciel, doivent s'adresser à la Cour de justice des Communautés européennes pour toute question d'interprétation de ce droit ou de validité d'actes communautaires. Les personnes privées n'ont donc pas un accès direct à la Cour de justice dans leurs différends avec un État, alors qu'elles bénéficient en revanche d'un tel accès pour leurs différends avec les institutions communautaires.

La reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité internationale de l'État dans le nouveau droit de l'investissement étranger direct n'est pas transférable dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC. La théorie de la protection diplomatique n'y est pas applicable en raison de l'immédiateté du préjudice subi par les membres dans une situation de violation ou de non-violation. Seuls les membres de l'OMC peuvent subir un tel préjudice, qui consiste en l'annulation ou la réduction des avantages résultant des accords de l'OMC dont ils bénéficient. L'existence d'un préjudice matériel subi par une personne privée n'a aucune pertinence en raison de l'abolition de l'obligation secondaire de réparation du membre de l'OMC responsable. Les personnes privées ne sauraient prétendre agir à l'OMC à titre de personne lésée, contrairement au domaine de l'investissement étranger direct, où le préjudice matériel qu'elles ont subi donne naissance à leur droit d'invoquer la responsabilité internationale

de l'État. Le système commercial multilatéral ne s'intéresse pas directement aux personnes privées et aux transactions commerciales qu'elles y nouent, aussi ne pourraient-elles pas y agir pour obtenir la réparation de leur préjudice matériel.

On pourrait néanmoins imaginer que les personnes privées se voient reconnaître le droit de porter plainte à l'OMC à un autre titre que celui de personne lésée. Les développements récents du droit international général concernant l'intérêt juridique pour invoquer la responsabilité de l'État témoignent d'une ouverture vers une conception plus large de cet intérêt, reflétant une idée de communauté dépassant la notion classique des strictes relations bilatérales entre États. Les personnes privées faisant partie de la communauté transnationale plus large opérant au sein du système commercial multilatéral, en constituant même les bénéficiaires indirectes, en référence au « principe de l'effet indirect du droit de l'OMC » dégagé par le groupe spécial dans l'affaire *États-Unis—Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, il serait concevable qu'elles puissent avoir un intérêt à demander une détermination de l'illicéité d'une mesure d'un membre de l'OMC, puis l'exécution de son obligation secondaire de cessation. On pourrait imaginer la même chose quant à la détermination du préjudice et l'exécution de l'obligation secondaire de réparation au profit du membre de l'OMC lésé, dans le cas d'une mesure licite.

Même si un tel intérêt juridique privé à agir à l'OMC est conceptuellement envisageable, il n'apparaît pas opportun pour plusieurs raisons impératives. Ce n'est pas tant la prétendue nature non juridique des différends commerciaux internationaux qui y fait obstacle, que leur nature polycentrique. Celle-ci signifie que l'ensemble des intérêts qu'ils mettent en jeu ne peut être adéquatement pris en compte que par le rôle médiateur de l'État. Cette caractéristique des différends commerciaux internationaux portés à l'OMC est renforcée par la finalité transcendante du système commerciale multilatérale, qui est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales et qui interdit toute privatisation de ces différends. Malgré la juridictionnalisation profonde qu'a connu le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, son opération indique que la diplomatie et les négociations interétatiques peuvent redevenir nécessaires au stade de l'exécution de l'obligation secondaire de cessation du membre de l'OMC responsable. Les contours de cette exécution s'avèrent beaucoup plus difficiles à saisir que ceux de

l'obligation secondaire de réparation du préjudice matériel, qui est au coeur du règlement des différends dans le domaine de l'investissement étranger direct, puisque le paiement d'un montant d'argent est plus facile à établir que la mise en conformité d'une mesure avec les accords de l'OMC. Finalement, l'intervention de l'État est indispensable au stade de l'exécution coercitive de cette obligation secondaire de cessation, par l'imposition de contre-mesures économiques.

Évidemment, le droit international économique des échanges commerciaux internationaux est un droit conventionnel, ce qui signifie que les membres de l'OMC pourraient théoriquement altérer le contenu de leur responsabilité, de manière à réintroduire l'obligation de réparation du droit international général, en ce qui concerne les dommages matériels causés par la violation des accords de l'OMC. Cependant, un tel changement paradigmatique affecterait les fondements même du système commercial multilatéral et déstabiliserait l'édifice normatif et institutionnel patiemment construit depuis plus d'un demi-siècle par la pratique des parties contractantes du *GATT de 1947* et des membres de l'OMC. Nous estimons que cette hypothèse est ni réaliste, ni viable, ni souhaitable sur le plan multilatéral.

Cette conclusion sur le caractère inopportun de l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC nous pousse à porter notre regard plus loin et à interroger la pratique conventionnelle des États dans le domaine économique, afin de voir dans quelle mesure les personnes privées pourraient néanmoins participer au règlement des différends commerciaux internationaux à l'OMC. La troisième idée-force de notre thèse est que la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC devrait être sérieusement envisagée par les membres de l'OMC. La pratique des États indique que les personnes privées jouent un rôle moteur très important au stade du signalement des entorses au droit international, tandis que cette formalisation permettrait de concilier leurs intérêts légitimes avec le nécessaire monopole étatique sur l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le maintien du filtre étatique dans les rapports entre les personnes privées et l'OMC invite à formaliser davantage la manière dont l'État s'acquitte de sa tâche de médiation des intérêts divergents. Cette formalisation accompagnerait au plan interne la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux qui s'est produite au plan

international. Elle aurait l'avantage de tabler sur la capacité interne des personnes privées et de maximiser l'efficacité de la médiation des intérêts divergents effectuée par l'État dans le règlement des différends commerciaux internationaux, tout en permettant à l'ensemble de la société civile de participer au processus et pas uniquement aux personnes privées bénéficiaires indirects des accords de l'OMC.

Deux modèles existent actuellement chez les membres de l'OMC. Celui des États-Unis est fort d'une longue pratique, mais il comporte des aspects unilatéralistes trop opposés à l'esprit du système commercial multilatéral pour être imité; celui de la Communauté européenne est plus jeune, moins connu et moins fréquemment utilisé, mais il embrasse pleinement le multilatéralisme et pourrait avantageusement servir d'inspiration à d'autres membres de l'OMC. Le Canada devrait plus particulièrement réfléchir à l'implantation d'un tel mécanisme formalisé au profit des personnes privées, étant donnée l'importance des exportations pour son économie, son attachement traditionnel au multilatéralisme et la qualité du dialogue que le gouvernement fédéral veut entretenir avec la société civile dans la gouvernance de la mondialisation. La mise en oeuvre de cette recommandation, qui a déjà été envisagée par l'Association du barreau canadien, nécessite un examen qui dépasse le cadre de notre thèse, mais le mécanisme formalisé devrait s'intégrer dans l'ensemble réglementaire complexe existant à l'heure actuelle concernant la conduite de ses relations commerciales internationales par le Canada, notamment en ce qui concerne l'imposition des droits antidumping et compensateurs, sans parler des impératifs du fédéralisme.

Le thème de la responsabilité de l'État est vaste et notre thèse nous a seulement permis de tenter d'en éclaircir certains aspects, dans le contexte de la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques. Les implications du fédéralisme et de la capacité internationale des entités fédérées sur le droit international de la responsabilité de l'État nous apparaissent devoir être approfondies, notamment dans le domaine économique, à la faveur de l'achèvement des travaux de la CDI et de la recrudescence de l'activité internationale des entités fédérées, ainsi que de la libéralisation du commerce et de l'augmentation des investissements étrangers directs dans les États fédéraux engendrées par la mondialisation de l'économie. Bien que les entités fédérées ne puissent être assimilées aux personnes privées, notre

thèse offre des éléments de départ pour une étude plus approfondie de ces questions. Une autre problématique liée à la responsabilité de l'État que nous avons abordée dans notre thèse mériterait d'être approfondie. Il s'agit des rapports entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité interne de la puissance publique. Cette question se situe dans le cadre général des rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne de l'État, mais l'importance d'une étude spécifique sur les questions liées à la responsabilité tient aux développements significatifs qu'elles connaissent dans le domaine de l'investissement étranger direct, ainsi que dans celui de l'invocabilité des traités en droit interne, sous l'impulsion du modèle de la Communauté européenne. Plus globalement, la question qui se pose est celle de savoir si les travaux de codification et de développement progressif du droit international de la responsabilité de l'État de la CDI influenceront réellement l'évolution du droit international public.

Concernant plus spécialement le règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC, les principaux défis qui se posent font actuellement l'objet des négociations sur la révision du *Mémorandum d'accord* et ont notamment trait à l'amélioration de la mise en œuvre des décisions de l'OMC. Mais les problèmes juridiques critiques qui semblent devoir se poser dans le futur relèvent davantage de la juridisation substantive des relations commerciales internationales que de la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux. Le problème le plus aigu qui pointe à l'horizon de l'OMC est celui de l'interface entre les règles de fond du système commercial multilatéral et les autres régimes conventionnels internationaux dans des domaines non-commerciaux comme les droits fondamentaux de la personne humaine, la protection de l'environnement ou la préservation de la diversité culturelle. La question qui se pose est celle de savoir si les règles actuelles d'interprétation des traités sont suffisantes pour gérer ces rapports ou si la création de règles d'un ordre nouveau, que certains auteurs appellent « tertiaire », ne serait pas nécessaire. La controverse croissante qui entoure les règles de fond des accords de l'OMC dans la société civile transnationale soulève aussi la question de l'adéquation du mode actuel de conclusion des traités chez les membres de l'OMC. Il pourrait être nécessaire d'améliorer la participation des personnes privées dans l'élaboration des positions de négociations des membres de l'OMC et dans le processus de conclusion des traités. Le

défi consiste pour l'instant à améliorer la manière par laquelle l'État assume son rôle dans la gouvernance de la mondialisation, plutôt que de renoncer à le voir jouer ce rôle.

# BIBLIOGRAPHIE

## TRAITÉS

*Accord commercial entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 15 novembre 1935, R.T. Can. 1936 n° 9.

*Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 6 février 1997, 36 I.L.M. 1213.

*Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, 23 avril 2001, en ligne : ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences <http://www.rhdcc.gc.ca/fr/pt/psait/acdt/08accord_canada_costaricain.shtml> (date d'accès : 4 juin 2004).

*Accord de coopération environnementale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 6 février 1997, 36 I.L.M. 1193.

*Accord de coopération environnementale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, 23 avril 2001, en ligne : Environnement Canada <http://www.ec.gc.ca/international/costarica/agreement_f.htm> (date d'accès : 4 juin 2004).

*Accord de libre-échange Canada Costa Rica*, 23 avril 2001, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Costa_Rica_toc-fr.asp> (date d'accès : 25 octobre 2004).

*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, 5 décembre 1996, 36 I.L.M. 1067.

*Accord de libre-échange entre le Canada et l'État d'Israël*, 31 juillet 1996, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/cifta-fr.asp#5> (date d'accès : 25 octobre 2004).

*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 22 décembre 1987, R.T. Can 1989 n° 3, 27 I.L.M. 281, 7 D.J.I. 209.

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289.

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection des investissements*, 5 novembre 1991, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Hongrie sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 3 octobre 1991, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Pologne sur l'encouragement et la protection des investissements*, 26 octobre 1990, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République orientale de l'Uruguay sur l'encouragement et la protection des investissements*, 16 mai 1991, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République tchèque et slovaque sur l'encouragement et la protection des investissements*, 15 novembre 1990, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 20 novembre 1989, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1947 n° 27, 4 I.B.D.D. (1969) 1.

*Accord instituant l'Organisation de Coopération commerciale*, 10 mars 1955, 1(revisé) I.B.D.D. (1955) 82.

*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce,* 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 75, 33 I.L.M. 1144.

*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, Canada—États-Unis—Mexique, 32 I.L.M. 1480.

*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, 14 septembre 1993, Canada—États-Unis—Mexique, 32 I.L.M. 1499.

*Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement*, 27 décembre 1945, 2 R.T.N.U. 135.

*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 juin 1967, Supp. n° 15 I.B.D.D. (1968) 25.

*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 188.

*Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 127.

*Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, 28 juillet 1994.

*Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 63.

*Accord relatif au commerce des aéronefs civils*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 178.

*Accord relatif au Fonds monétaire international*, 27 décembre 1945, 2 R.T.N.U. 41.

*Accord relatif aux procédures en matière de licences d'importation*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 169.

*Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 9.

*Accord relatif aux marchés publics*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 37.

*Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'énergie*, 33 I.L.M. 373.

*Acte final reprenant les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 15, 33 I.L.M. 1143.

*Additional Protocole to the Treaty of Asuncion on the Institutional Structure of MERCOSUR*, 17 décembre 1994, 34 I.L.M. 1244.

*Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*, 15 décembre 1987, 27 I.L.M. 612.

*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern-Ireland and the Government of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments*, 13 février 1980, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area*, 24 octobre 2000, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Jordan/asset_upload_file250_5112.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004).

*Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area*, 28 janvier 1992, 31 I.L.M. 513.

*Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the Government of Israel and the Government of the United States of America*, 22 avril 1985, en ligne : Trade Compliance Center <http://www.mac.doc.gov/tcc/data/commerce_html/TCC_Documents/IsraelFreeTrade.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

*Andean Subregional Integration Agreement (Cartagena Agreement)*, 26 mai 1969, version codifiée officielle reproduite en ligne : Communauté andine <http://www.comunidadandina.org/ingles/treaties/trea/ande_trie1.htm> (date d'accès : 3 novembre 2004).

*Arrangement international relatif au secteur laitier*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 101.

*Arrangement relatif à la viande bovine*, 12 avril 1979, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 93.

*ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism*, 29 novembre 2004, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/16754.htm> (date d'accès: 17 mai 2005).

*Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*, 28 mars 1983, Austr. T.S. 1983 n° 2, 22 I.L.M. 948.

*Charte de La Havane instituant une organisation internationale du commerce*, 24 mars 1948, R.T. Can. 1948 n° 32.

*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

*Charte européenne de l'énergie*, 17 décembre 1991, document de clôture de la Conférence de La Haye sur la Charte européenne de l'énergie.

*Chile-United States Free Trade Agreement*, 6 juin 2003, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

*Colonia Protocol on Reciprocal Promotion and Protection of Investments within MERCOSUR*, 17 janvier 1994 (adopté par la décision 11/93 du Conseil du marché commun).

*Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San Jose de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 183.

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5.

*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982.

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, 8 I.L.M. 679, R.T. Can. 1980 n° 37.

*Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, 21 mars 1986, reproduite dans NU, *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations : Official Records*, New-York, NU, 1995, en ligne : Commission du droit international <www.un.org/law/ilc/texts/trbtstat.htm> (date d'accès : 27 juillet 2005).

*Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, 30 janvier 1975, 1438 R.T.N.U. 255.

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 39.

*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 160.

*Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux*, 29 mars 1972, 961 R.T.N.U. 187.

*Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, 5 août 2004, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/DR-CAFTA/DR-CAFTA_Final_Texts/Section_Index.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

Échange de notes diplomatiques du 6 mai 2003 entre le United States Trade Representative et le Minister for Trade and Industry de Singapour, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file159_4060.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004).

*Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation*, 28 janvier 1992, 31 I.L.M. 506.

*Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*, 7 octobre 1998, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/6466.htm> (date d'accès : 2 novembre 2004).

*General Treaty on Central American Economic Integration between Guatemala, El Salvador, Honduras, and Nicaragua*, 13 décembre 1960, en ligne : Système d'information sur le commerce extérieur <http://www.sice.oas.org/trade/camertoc.asp> (date d'accès : 3 novembre 2004).

*Olivos Protocol for the Settlement of Disputes in Mercosur*, 18 février 2002, 42 I.L.M. 2.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1976 n° 47.

*Protocole d'application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, I.B.D.D. vol. I (1952) 77.

*Protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes*, 17 décembre 1994, 33 I.L.M. 445.

*Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 306, R.T. Can. 1976 n° 47.

*Protocole no. 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration des mécanismes de contrôle établis par la Convention*, 11 mai 1994, S.T.E. n° 155.

*Protocole sur le statut de la Cour de justice*, [2002] J.O.C.E. n° C 325/167.

*Protocol of Brasilia for the Settlement of Disputes*, 17 décembre 1991, 36 I.L.M. 691.

*Protocol on Dispute Settlement Mechanism*, 20 novembre 1996, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/4924.htm> (date d'accès: 17 mai 2005).

*Protocol on Promotion and Protection of Investments coming from States not Parties to MERCOSUR*, 5 août 1994 (adopté par la décision 11/94 du Conseil du marché commun).

*Protocol on Trade in Services to the Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*, 18 août 1988, Austr. T.S. 1988 n° 20.

*Protocol to Amend the Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation*, 15 décembre 1995, 35 I.L.M. 1081.

*Protocol to the Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement on Acceleration of Free Trade in Goods*, 18 août 1988, Austr. T.S. 1988 n° 18.

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 159.

*Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 22 octobre 1997, [1997] J.O.C.E. n° C 340/1.

*Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 26 février 2001, [2001] J.O.C.E. n° C 80/1.

*Traité de Versailles*, 28 juin 1919, en ligne : Yale Law School <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/partx.htm> (date d'accès : 10 septembre 2004).

*Traité instituant la Communauté européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 16.

*Traité relatif à la création d'un marché commun entre la République argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay*, 26 mars 1991, 2140 R.T.N.U. 339, 30 I.L.M. 1041.

*Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, 33 I.L.M. 382.

*Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, [1992] J.O.C.E. n° C 191/1.

*Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 3 août 1984, 1994 BDIEL AD LEXIS 23.

*Treaty on Free Trade between the Republic of Colombia, the Republic of Venezuela and the United Mexican States*, 13 juin 1994, 32 I.L.M. 605.

*Treaty on Investment and Trade in Services between the Republics of Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua*, chapitre 3, en ligne : Système d'information sur le commerce extérieur <http://www.sice.oas.org/trade/cainv/indice.asp> (date d'accès : 3 novembre 2004).

*United States-Australia Free Trade Agreement*, 18 mai 2004, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/asset_upload_file148_5168.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004).

*United States-Morocco Free Trade Agreement*, 15 juin 2004, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Morocco_FTA/FInal_Text/Section_Index.html> (date d'accès : 1er novembre 2004).

*United States-Singapore Free Trade Agreement*, 6 mai 2003, en ligne : Office of the United States Trade Representative <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf> (date d'accès : 1er novembre 2004).

## LÉGISLATION

### *Canada*

*Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44.

*Loi portant mise en œuvre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, c. 47.

*Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. 1985, c. S-26.

*Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985 (2ème supp.), c. 17.

*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4e supp.), c. 47.

*Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, c. 11.

*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985 (2e supp.), c. 1.

*Loi sur les exportations*, L.R.C. 1985, c. E-18.

*Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. 1985, c. E-19.

*Loi sur les mesures économiques spéciales*, L.C. 1992, c. 17.

*Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. 1985, c. F-29.

*Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. 1985, c. S-25.

*Loi sur les Nations Unies*, L.R.C. 1985, c. U-2.

*Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36.

*Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, D.O.R.S./93-602.

Décret C.P. 1970-2077, non publié (*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1970, c. I-13).

P.L. C-31, *Loi constituant le ministère du Commerce international et apportant des modifications connexes à certaines lois*, 1ère sess., 38ème Parl., 2004 (1ère lecture le 7 décembre 2004; motion portant 2ème lecture rejetée le 10 février 2005).

***Communauté européenne***

CE, *Décision 88/591 instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, [1988] J.O.C.E. n° L 319/1.

CE, *Décision 93/350 du Conseil modifiant la Décision 88/591 instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, [1993] J.O.C.E. n° L 144/21.

CE, *Décision 94/149 du Conseil portant modification de la Décision 93/350 du Conseil modifiant la Décision 88/591 instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, [1994] J.O.C.E. n° L 66/29.

CE, *Décision 94/800 du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay(1986-1994)*, [1994] J.O.C.E. L 336/1.

CE, *Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, [1998] J.O.C.E. L. 166/51.

CE, *Règlement 17/62 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité*, [1962] J.O.C.E. n° L 13/204.

CE, *Règlement 2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984 relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites*, [1984] J.O.C.E. L. 252/1.

CE, *Règlement 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, [1994] J.O.C.E. L. 349/71.

CE, *Règlement 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne*, [1996] J.O.C.E. L 56/1.

CE, *Règlement 2026/97, du Conseil du 6 octobre 1997 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne*, [1997] J.O.C.E. L. 288/1.

***États-Unis d'Amérique***

*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Pub. L. No. 100-418, 102 Stat. 1107.

*North American Free Trade Agreement Implementation Act*, Pub. L. No. 103-182, 107 Stat. 2057 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 3301-3473 (2000)).

*Trade Act of 1974*, Pub. L. No. 93-618, 88 Stat. 1978 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 2411-2420 (2000)).

*Trade Agreements Act of 1979*, Pub. L. No. 96-39, 93 Stat. 144 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 2501-2582 (2000)).

*Trade Expansion Act of 1962*, Pub. L. No. 87-794, 76 Stat. 872.

*Uruguay Round Agreements Act*, Pub. L. No. 103-465, 108 Stat. 4813 (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 3501-3624 (2000)).

***Québec***

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

*Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25.

*Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, L.R.Q., c. M-35.2.

*Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q. c. R-23.

***Royaume-Uni***

*European Communities Act 1972* (R.-U.), 1972, c. 68.

*Judicial Committee of the Privy Council Act, 1833* (R.-U.), 3 & 4 Wil. IV, c. 42.

*Judicial Committee (Dissenting Opinion) Order 1966*, S.I. 1966/1100.

**JURISPRUDENCE**

***Cour internationale de justice***

*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Deuxième phase) (Belgique* c. *Espagne)*, [1970] C.I.J. Rec. 3.

*Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis* c. *Italie)*, [1989] C.I.J. Rec. 15.

*Affaire de l'Interhandel (Suisse* c. *États-Unis)*, [1959] C.I.J. Rec. 6.

*Affaire du Sud-Ouest africain (Deuxième phase) (Éthiopie* c. *Afrique du Sud; Libéria* c. *Afrique du Sud)*, [1966] C.I.J. Rec. 6.

*Affaire LaGrand (Allemagne* c. *États-Unis),* [2001] C.I.J. Rec. 466.

*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis* c. *Téhéran)*, [1980] C.I.J. Rec. 3.

*Affaire relative au Projet Gabcíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. Rec. 7.

*Statut international du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. Rec. 128.

***Cour permanente de justice internationale***

*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine* (*Grèce* c. *Grande-Bretagne*) (1924), C.P.J.I. (Sér. A), n° 2.

*Affaire des phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires) (Italie c. France)* (1938), C.P.J.I. (Sér. A/B) n° 74.

*Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* (1928), C.P.J.I. (Sér. A) n° 13.

*Compétence des tribunaux de Dantzig*, (1928), Avis consultatif, C.P.J.I. (Sér. B) n° 15.

***Comité des droits de l'Homme des Nations Unies***

*Ballantyne, Davidson* et *McIntyre* c. *Canada*, Doc off. Comité des droits de l'homme NU, 47ème sess., Doc. NU CCPR/C/50/D/359/1989 et CCPR/C/47/D/385/1989 (1993).

*Toonen* c. *Australie*, Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 50ème sess., Doc. NU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

***Conseil de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947)***

*Application du paragraphe premier de l'article premier dans le cas des remises de taxe intérieures*, GATT P.C. Déc. du 24 août 1948, 2 I.B.D.D. (1952) 12.

*Brésil—Imposition de droits compensateurs provisoires et définitifs sur la poudre de lait et certains types de lait en provenance de la Communauté économique européenne (Plainte de la CEE)* (1994), GATT Doc. SCM/179, Supp. n° 41 I.B.D.D. (1997) 537.

*Canada—Droits compensateurs sur les importations de maïs en grains en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (1992), GATT Doc. SCM/140, Supp. n° 39 I.B.D.D. (1993) 460.

*Communauté économique européenne—Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à*

*l'alimentation des animaux (Plainte de États-Unis)* (1989), GATT Doc. L/6627, Supp. n° 37 I.B.D.D. (1991) 91.

*Communauté économique européenne—Restrictions à l'importation de pommes de table (Plainte du Chili)* (1989), GATT Doc. L/6491, Supp. n° 36 (1990) 100 (Rapport du groupe spécial).

*Corée—Droits antidumping appliqués aux importations de polyacétals en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (1993), GATT Doc. ADP/92, Supp. n° 40 I.B.D.D. (1995) 236.

*États-Unis—Droits antidumping appliqués au ciment de Portland gris et au ciment clinker importé du Mexique (Plainte du Mexique)* (1992), GATT Doc. ADP/82 [non publié].

*États-Unis—Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigérée et congelée en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1990), GATT Doc. DS7/R, Supp. n° 38 I.B.D.D. (1992) 32.

*États-Unis—Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège (Plainte de la Norvège)* (1992), GATT Doc. ADP/87, Supp. n° 41 I.B.D.D. (1994) 229.

*États-Unis—Institution de droits antidumping à l'importation de produits creux en acier inoxydable sans soudure en provenance de Suède (Plainte de la Suède)* (1990), GATT Doc. ADP/47 [non publié].

*États-Unis—Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1981), GATT Doc. L/5198, Supp. n° 29 I.B.D.D. (1983) 96.

*États-Unis—Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1991), GATT Doc. DS21/R, Supp. n° 39 I.B.D.D. (1993) 174 (rapport non adopté).

*États-Unis—Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1994), GATT Doc. DS29/R (rapport non adopté).

*États-Unis—Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation (Plaintes du Canada, de la Communauté économique européenne et du Mexique)* (1987), Doc. GATT L/6175, Supp. n° 34 I.B.D.D. (1988) 154.

*Japon—Restrictions à l'importation de certains produits agricoles (Plainte des États-Unis)* (1987), GATT Doc. L/6253, Supp. n° 35 I.B.D.D. (1989) 180.

*Législation fiscale des États-Unis concernant les sociétés américaines de vente à l'étranger (DISC) (Plainte de la Communauté économique européenne)* (1976), GATT Doc. L/4422, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 107.

*Marché norvégien concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim (Plainte des États-Unis)* (1992), GATT Doc. GPR.DS2/R, Supp. n° 40 I.B.D.D. (1995) 372.

*Mesures affectant aux États-Unis les importations de bois de construction résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1993), GATT Doc. SCM/162, Supp. n° 40 I.B.D.D. (1995) 416.

*Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique* (1952), GATT Doc. L/61, Supp. n° 1 I.B.D.D. (1953) 66.

*Nouvelle-Zélande—Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande (Plainte de la Finlande)* (1985), GATT Doc. L/5814, Supp. n° 32 I.B.D.D. (1986) 57.

*Pratiques suivies par la Belgique en matière d'impôt sur le revenu (Plainte des États-Unis)* (1976), GATT Doc. L/4424, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 139.

*Pratiques suivies par la France en matière d'impôt sur le revenu (Plainte des États-Unis)* (1976), GATT Doc. L/4423, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 126.

*Pratiques suivies par les Pays-Bas en matière d'impôt sur le revenu (Plainte des États-Unis)* (1976), GATT Doc. L/4425, Supp. n° 23 I.B.D.D. (1977) 150.

*Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (Plainte de l'Uruguay)* (1962), GATT Doc. L/1923, Supp. n° 11 I.B.D.D. (1963) 98.

*Sens de l'expression « impositions de toute nature », qui figure à l'article premier, paragraphe premier, dans le cas des taxes consulaires*, GATT P.C. Déc. du 24 août 1948, 2 I.B.D.D. (1952) 12.

*Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium (Plainte du Chili)* (1950), GATT Doc. CP.4/39, 2 I.B.D.D. (1952) 204.

*Taxes intérieures brésiliennes (Plainte de la France)* (1949), GATT Doc. CP.3/42, 2 I.B.D.D. (1952) 196.

***Cour de justice des Communautés européennes***

*Administration des finances de l'État* c. *Società petrolifera ilaliana SpA (SPI) et SpA Michelin italiana (SAMI)*, C-267 à 269/81, [1983] Rec. C.J.C.E. 801.

*Allemagne* c. *Conseil*, C-280/93, [1994] Rec. C.J.C.E. I-5039.

*Amministrazione delle finanze dello Stato* c. *Chiquita Italia SpA*, C-469/93, [1995] Rec. C.J.C.E. I-4533.

*Amministrazione delle Finanze dello Stato* c. *Simmenthal SpA*, C-106/77, [1978] Rec. C.J.C.E. 629.

*Biret International SA* c. *Conseil*, C-93/02, [2003] Rec. C.J.C.E. I-10535.

*Brasserie du pêcheur SA* c. *Bundesrepublik Deutshland et The Queen/Secretary of state for Transport ex parte : Factortame Ltd.*, C-46/93 et C-48/93, [1996] Rec. C.J.C.E. I-1029.

*Commission* c. *Allemagne*, C-61/94, [1996] Rec. C.J.C.E. I-3989.

*Da Costa en Schaak NV, Jacob Meijer NV et Hoechst-Holland NV* c. *Nederlandse Belastingadministratie*, C-28-30/62, [1963] Rec. C.J.C.E. 31.

*Demirel* c. *Stadt Schwäbisch Gmünd*, C-12/86, [1987] Rec. C.J.C.E. 3719.

*Établissements Biret et Cie SA* c. *Conseil*, C-94/02, [2003] Rec. C.J.C.E. I-10603.

*Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)* c. *Commission*, C-70/87, [1989] Rec. C.J.C.E. 1825.

*Firma Foto-Frost* c. *Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, [1987] Rec. C.J.C.E. 4199.

*Firma gebrueder Lueck* c. *Hauptzollamt Koeln-Rheinau*, C-34/67, [1968] Rec. C.J.C.E. 359.

*Flaminio Costa* c. *E.N.E.L.*, C-6/64, [1964] Rec. C.J.C.E. 1141.

*Francovich et Bonifaci* c. *Italie*, C-6/90 et C-9/90, [1991] Rec. C.J.C.E. I-5357.

*Goldstar Co. Ltd.* c. *Conseil*, C-105/90, [1992] Rec. C.J.C.E. I-715.

*Granaria* c. *Hoofdproduktchap voor Akkerbouwprodukten*, C-101/78, [1979] Rec. C.J.C.E. 623.

*Haegeman* c. *Belgique*, C-181/73, [1974] Rec. C.J.C.E. 449.

*Hauptzollamt Mainz* c. *C.A. Kupferberg & Cie*, C-104/81, [1982] Rec. C.J.C.E. 3645.

*Hermès International (société en commandite par actions)* c. *FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, [1998] Rec. C.J.C.E. I-3603.

*International Fruit Company* c. *Produktschap voor Groenten en Fruit*, C-21 à 24/72, [1972] Rec. C.J.C.E. 1219.

*Nakajima All Precision Co.* c. *Conseil*, C-69/89, [1991] Rec. C.J.C.E. I-2169.

*NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos* c. *Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, [1963] Rec. C.J.C.E. 3.

*Portugal* c. *Conseil*, C-149/96, [1999] Rec. C.J.C.E. I-8425.

*Reyners* c. *Belgique*, C-2/74, [1974] Rec. C.J.C.E. 631.

*Simmenthal* c. *Commission*, C-92/78, [1979] Rec. C.J.C.E. I-777.

*Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT)* c. *Ministerio dello Finanze et al.*, C-266/81, [1983] Rec. C.J.C.E. 731.

*Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA* c. *Ministère de la Santé*, C-283/81, [1982] Rec. C.J.C.E. 3415.

*Unión de Pequeños Agricultores (UPA)* c. *Conseil*, C-50/00P [2002] Rec. C.J.C.E. I-6677.

*Von Colson et Kamann* c. *Land Nordrhein-Westfalen*, C-14-83, [1984] Rec. C.J.C.E. 1891.

***Groupes spéciaux du chapitre 19 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)***

*Re Certains produits de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada : décision définitive positive de menace de dommage important (Canada* c. *États-Unis)* (2003), USA-CDA-2002-1904-07 (Groupe spéc. c. 19), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/francais/Chapitre_19_ALENA/Etats_Unis/ua02070f.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Re Certains produits de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada : décision définitive positive de dumping (Canada* c. *États-Unis)* (2003), USA-CDA-2002-1904-02 (Groupe spéc. c. 19), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/Ua02020f.pdf > (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Re Certains produits de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada : décision définitive positive en matière de droits compensateurs (Canada* c. *États-Unis)* (2003), USA-CDA-2002-1904-03 (Groupe spéc. c. 19), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ua02030f.pdf > (date d'accès : 19 octobre 2004).

***Groupes spéciaux du chapitre 20 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)***

*Affaire des services transfrontières de camionnage (Mexique c. États-Unis)* (2001), USA-MEX-98-2008-01 (Groupe spéc. c. 20), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/francais/Chapitre_20_ALENA/Etats_Unis/ub98010f.pdf> (date d'accès : 23 septembre 2004).

***Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)***

*Argentine—Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc. WT/DS241/R (Rapport du groupe spécial).

*Argentine—Mesures affectant les importations de chaussures, de textiles, vêtements et autres articles (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS56/R (Rapport du groupe spécial).

*Argentine—Mesures affectant les importations de chaussures, de textiles, vêtements et autres articles (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS56/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Argentine—Mesures antidumping définitives à l'importation de carreaux de sol en céramique en provenance d'Italie (Plainte des Communautés européennes)* (2001), OMC Doc. WT/DS189/R (Rapport du groupe spécial).

*Australie—Mesures visant les importations de saumon (Recours du Canada à l'art. 21(5))* (2000), OMC Doc. WT/DS18/RW (Rapport du groupe spécial).

*Australie—Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc. WT/DS126/R (Rapport du groupe spécial).

*Australie—Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles (Plainte des États-Unis)* (2000), Doc. OMC WT/DS126/RW (Rapport du groupe spécial au titre de l'article 21(5)).

*Canada—Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE—Hormones*, « Demande de consultations présentée par les Communautés européennes » (10 novembre 2004), OMC Doc. WT/DS321/1, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/g/l/714.doc> (date d'accès : 8 juin 2005).

*Communautés européennes—Classement tarifaire de certains matériels informatiques (Plaintes des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS62, 67 et 68/AB/R aux paragr. 83-84, 86 et 92 (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Désignation commerciale des sardines (Plainte du Pérou)* (2002), OMC Doc. WT/DS231/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc. WT/DS219/R (Rapport du groupe spécial).

*Communautés européennes—Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc. WT/DS219/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)* (2000), OMC Doc. WT/DS141/R (Rapport du groupe spécial).

*Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)* (2001), OMC Doc. WT/DS141/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc. WT/DS135/R (Rapport du groupe spécial).

*Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)*, « Communication de l'Organe d'appel » (8 novembre 2000), OMC Doc. WT/DS135/9, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DS/135-9.doc> (date d'accès : 17 janvier 2005).

*Communautés européennes—Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles (Plainte du Brésil)* (1998), OMC Doc. WT/DS69/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes (Plaintes de l'Équateur et al.)* (1997), Doc. OMC WT/DS27/R (Rapport du groupe spécial).

*Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes (Plaintes de l'Équateur et al.)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Communautés européennes—Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Recours à l'arbitrage des Communautés européennes au titre de l'article 22:6)* (2000), OMC Doc. WT/DS27/ARB/ECU (Décision des arbitres).

*Communautés européennes—Subventions à l'exportation de sucre* (*Plaintes de l'Australie, du Brésil et de la Thaïlande*) (2004), OMC Doc. WT/DS265/R, WT/DS266/R et WT/DS283/R (Rapport du groupe spécial).

*Corée—Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communauté européennes)* (1999), OMC Doc. WT/DS98/R (Rapport du groupe spécial).

*Corée—Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes et des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS75, 84/R (Rapports du groupe spécial).

*Égypte—Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de Turquie (Plainte de la Turquie)* (2002), OMC Doc. WT/DS211/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* (*Plainte des Communautés européennes*) (1999), OMC Doc. WT/DS152/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (*Plainte des Communautés européennes*) (2000), OMC Doc. WT/DS160/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2003), OMC Doc. WT/DS257/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2002), OMC Doc. WT/DS236/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Déterminations finales en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS257/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Détermination finale en matière de dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS264/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Droits antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée (Plainte de la Corée)* (1999), OMC Doc. WT/DS99/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne (Plainte des Communautés européennes)* (2002) OMC Doc. WT/DS213/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Droits compensatoires sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc. WT/DS213/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS277/R (Rapport du Groupe spécial).

*États-Unis—Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte du Royaume-Uni)* (2000), OMC Doc. WT/DS138/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie et al.)* (2002), OMC Doc. WT/DS217, 234/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte de l'Australie et al.)* (2003), OMC Doc. WT/DS217, 234/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE—Hormones*, « Demande de consultations présentée par les Communautés européennes » (10 novembre 2004), OMC Doc. WT/DS320/1, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/g/l/713.doc> (date d'accès : 8 juin 2005).

*États-Unis—Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon (Plainte du Japon)* (2001), OMC Doc. WT/DS184/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon (Plainte du Japon)* (2001), OMC Doc. WT/DS184/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)* (2002), OMC Doc. WT/DS206/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée (Plainte de la Corée)* (2000), OMC Doc. WT/DS179/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc. WT/DS212/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier (Plaintes des Communautés européennes et al.)* (2003), OMC Doc. WT/DS248, 249, 250, 252, 253, 254, 258, 259/AB/R (Rapports de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS194/R (Rapport du Groupe spécial).

*États-Unis—Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plaintes du Brésil et du Vénézuela)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis—Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Recours de la Malaisie à l'art. 21(5))* (2001), OMC Doc. WT/DS58/RW (Rapport du groupe spécial).

*Guatemala—Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (1998), OMC Doc. WT/DS60/R (Rapport du groupe spécial).

*Guatemala—Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (1998), OMC Doc. WT/DS60/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Guatemala—Mesures antidumping définitives concernant le ciment de Portland gris en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (2000), OMC Doc. AT/DS156/R (Rapport du groupe spécial).

*Inde—Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS50/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Indonésie—Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plaintes des Communautés européennes et al.)* (1998), OMC Doc. WT/DS54, 55, 59 et 64/R (Rapport du groupe spécial).

*Japon—Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS44/R (Rapport du groupe spécial).

*Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS26/R/USA (Rapport du groupe spécial).

*Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte du Canada)* (1997), OMC Doc. WT/DS48/R/CAN (Rapport du groupe spécial).

*Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte des États-Unis et du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS26/R/AB, WT/DS48/R/AB (Rapport de l'Organe d'appel).

*Mexique—Enquête antidumping concernant le sirop de mais à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS132/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*Thaïlande—Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non aliés et les poutres en H en provenance de Pologne (Plainte de la Pologne)* (2001), OMC Doc. WT/DS122/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

***Tribunal international du droit de la mer***

*Affaire du « Camouco » (Panama c. France)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2000) 4 T.I.D.M. Rec. 10.

*Affaire du « Chaisiri Reefer 2 » (Panama c. Yémen)*, Prompte mainlevée, ordonnance du 13 juillet 2001, (2001) 5 T.I.D.M. Rec. 82.

*Affaire du « Grand Prince » (Belize c. France)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2001) 5 T.I.D.M. Rec. 17.

*Affaire du « Monte Confurco » (Seychelles c. France)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2000) 4 T.I.D.M. Rec. 86.

*Affaire du navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, Prompte mainlevée, arrêt, (1997) 1 T.I.D.M. Rec. 4.

*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)* (1999), 3 T.I.D.M. Rec. 10.

*Affaire du « Volga » (Russie c. Australie)*, Prompte mainlevée, arrêt, (2002) 6 T.I.D.M. Rec. 10.

***Tribunaux arbitraux***

Déc. n° A/18 (1984), 5 Iran-U.S. C.T.R. 251 (Tribunal des réclamations irano-américaines).

*Adams* c. *Mexique*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Billy Joe Adams *et al.* » (16 février 2001) (CNUDCI), en ligne : Naftalaw.org <http://www.international-economic-law.org/Mexicans/Adams%20et%20al%20and%20Mexico%20%20-%20Notice%20of%20Arbitration.PDF> (date d'accès : 4 octobre 2004).

*AES Summit Generation* c. *Hongrie*, « Plainte soumise à l'arbitrage par AES Summit Generation » (25 avril 2001) (CIRDI), (Arbitres : A. Philip, F. Orrego Vicuna, P. Weil), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm> (date d'accès : 27 octobre 2004).

*ADF Group Inc.* c. *États-Unis* (2003), 6 I.C.S.I.D. Rep. 470, 18 I.C.S.I.D. Rev. 195 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : F.P. Feliciano, C.B. Lamm, A. de Mestral), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf> (date d'accès : 18 octobre 2004).

*American Manufacturing & Trading Inc.* c. *République démocratique du Congo* (1997), 5 I.C.S.I.D. Rep. 14, 125 J.D.I. 243, 36 I.L.M. 1534 (CIRDI), (Arbitres : S. Sucharitkul, H. Golsong, K. Mbaye).

*Asian Agricultural Products Limited* c. *Sri Lanka* (1990), 4 I.C.S.I.D. Rep. 246, 119 J.D.I. 217 (CIRDI), (Arbitres : A.S. El-Kosheri, B. Goldman, S.K.B. Asante).

*Azinian* c. *Mexique* (1999), 5 I.C.S.I.D. Rep. 272, 14 I.C.S.I.D. Rev. 538, 39 I.L.M. 539 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : B.R. Civiletti, C. von Wobeser, J. Paulsson).

*Canfor Corporation* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Canfor Corporation » (9 juillet 2002) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/13203.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Canfor Corp.* c. *États-Unis*; *Terminal Forest Products Ltd.* c. *États-Unis*; *Tembec Inc.* c. *États-Unis*, « Requête en jonction de plaintes par le gouvernement des États-Unis » (7 mars 2005), en ligne : Naftaclaims.com <http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Softwood_Consolidation_Request.pdf> (dernière modification : 24 mars 2005).

*Crompton Corp.* c. *Canada*, « Notification d'intention par Crompton Corp » (6 novembre 2001), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/CROMPTON-CORP.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

*Doman Industries* c. *États-Unis*, « Notification d'intention par Doman Industries » (1er mai 2002), en ligne : Naftalaw.org <http://www.international-economic-law.org/US%20Notices/Doman%20Notice%20of%20Intent.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*États-Unis* c. *Canada* (1941), 3 R.S.A. 1905, 35 A.J.I.L. 716.

*Ethyl Corporation* c. *Canada (Sentence sur la compétence)* (1998), 38 I.L.M. 708, 16:3 J. Int'l Arb. 153 (CNUDCI), (Arbitres : C.N. Brower, M. Lalonde, K.H. Böckstiegel), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/ethyl6.pdf> (date d'accès : 28 septembre 2004).

*Feldman* c. *Mexique (Sentence sur la compétence)* (2000), 18 I.C.S.I.D. Rev. 469 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : J. Covarrubias Bravo, D.A. Gantz, K.D. Kerameus), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-en.PDF> (date d'accès : 4 octobre 2004).

*Feldman* c. *Mexique (Sentence sur le fond)* (2002), 18 I.C.S.I.D. Rev. 488, 42 I.L.M. 625 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : J. Covarrubias Bravo, D.A. Gantz, K.D. Kerameus), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.PDF> (date d'accès : 4 octobre 2004).

*Frank* c. *Mexique*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Robert J. Frank » (12 août 2002) (CNUDCI), en ligne : Naftalaw.org <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/NoticeofArbitration1.pdf> (date d'accès : 4 octobre 2004).

*Kenex Ltd.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Kenex Ltd. » (2 août 2002) (CNUDCI), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/13204.pdf> (date d'accès : 4 octobre 2004).

*Ketcham Investments* et *Tysa Investments* c. *Canada*, « Notification d'intention par Ketcham Investments et Tyca Investments » (22 novembre 2000), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/K%26T-e.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur la compétence)* (2001), 129 J.D.I. 217 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : A. Mason, L.Y. Fortier et A.J. Mikva), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/3921.pdf> (date d'accès : 6 octobre 2004).

*Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Sentence sur le fond)* (2003), 42 I.L.M. 811 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : A. Mason, M. Mustill et A.J. Mikva), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf> (date d'accès : 6 octobre 2004).

*Loewen Group Inc. et Loewen* c. *États-Unis (Décision sur la requête des États-Unis pour une décision supplémentaire)* (2004), au paragr. 21 (Mécanisme supplémentaire du

CIRDI), (Arbitres : A. Mason, M. Mustill et A.J. Mikva), en ligne : Naftalaw.org <http://www.naftalaw.org> (date d'accès : 6 octobre 2004).

*Metalclad Corporation* c. *Mexique* (2000), 5 I.C.S.I.D. Rep. 212, 16 I.C.S.I.D. Rev. 168, 40 I.L.M. 36, 129 J.D.I. 233 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : E. Lauterpacht, B.R. Civiletti, J.L. Siqueiros), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004).

*Methanex Corporation* c. *États-Unis*, Décision du 15 janvier 2001, en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf> (date d'accès : 20 octobre 2004).

*Methanex Corporation* c. *États-Unis*, « Plainte modifiée soumise par Methanex Corporation » (12 février 2001) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/3940.doc> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Methanex Corporation* c. *États-Unis (Sentence sur la compétence)* (2002), (CNUDCI), (Arbitres : V.V. Veeder, W. Rowley, W. Christopher), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

*Mondev International Ltd.* c. *États-Unis* (2002), 6 I.C.S.I.D. Rep. 192, 42 I.L.M. 85 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : N. Stephen, J. Crawford, S.M. Schwebel), en ligne : US Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf> (date d'accès : 6 octobre 2004).

*North American Dredging Company of Texas* c. *Mexique* (1926), 4 R.S.A. 26 (Commission mixte des réclamations États-Unis-Mexique).

*Pope & Talbot Inc.* c. *Canada (Deuxième sentence sur le fond)* (2001), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Award_Merits-e.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004) au paragr. 111 (CNUDCI), (Arbitres : Lord Devaird, B.J. Greenberg, M.J. Belman).

*Pope & Talbot Inc.* c. *Canada (Sentence sur les dommages)* (2002), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/damage_award.pdf> (date d'accès : 13 octobre 2004) aux paragr. 23-24 (CNUDCI), (Arbitres : Lord Devaird, B.J. Greenberg, M.J. Belman).

*S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Première sentence sur le fond)* (2000), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcanadapartialaward_final_13-11-00.pdf> (date d'accès : 13 octobre 2004) (CNUDCI), (Arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter).

*S.D. Myers Inc.* c. *Canada (Opinion séparée de l'arbitre Bryan Schwartz)* (2000), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Swartz.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004) aux paragr. 256-257 (CNUDCI).

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* c. *Égypte* (1988), 3 I.C.S.I.D. Rep. 131 aux pp. 161-162, 121 J.D.I. 220 (CIRDI), (Arbitres : E. Jiménez de Archéga, M.A.E. El Mahdi, R.F. Pietrovski, Jr.).

*Sun Belt Water* c. *Canada*, « Notification d'intention par Sun Belt Water » (27 novembre 1998), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Sunbelt.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

*Sun Belt Water* c. *Canada*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Sun Belt Water » (12 octobre 1999) (CNUDCI), en ligne : Naftalaw.org <http://www.naftalaw.org/> (date d'accès : 30 septembre 2004).

*Tembec Inc.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Tembec Inc. » (3 décembre 2003) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/27805.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Terminal Forest Products Ltd.* c. *États-Unis*, « Plainte soumise à l'arbitrage par Terminal Forest Products Ltd. » (31 mars 2004) (CNUDCI), en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/31360.pdf> (date d'accès : 19 octobre 2004).

*Tradex Hellas S.A.* c. *Albanie* (1996), 14 I.C.S.I.D. Rev. 161 à la p. 180 (CIRDI), (Arbitres : K.-H. Böckstiegel, F. Fielding, A. Giardina).

*Trammell Crow Company* c. *Canada*, « Notification d'intention soumise par Trammell Crow Company » (7 septembre 2001), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/TC_vs_GC.pdf> (date d'accès : 30 septembre 2004).

*United Parcel Service of America* c. *Canada*, Décision du 17 octobre 2001, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/IntVent_oct.pdf> (date d'accès : 20 octobre 2004).

*United Parcel Service of America* c. *Canada (Sentence sur la compétence)* (2002), en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Jurisdiction%20Award.22Nov02.pdf> (date d'accès : 13 octobre 2004) au paragr. 97 (CNUDCI), (Arbitres : R.A. Cass, L.Y. Fortier, K. Keith).

*Waste Management Inc.* c. *Mexique (Sentence sur la compétence)* (2000), 40 I.L.M. 56, 15 I.C.S.I.D. Rev. 211 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : K. Highet, E. Siqueiros T., B.M. Cremades), en ligne : CIRDI

<http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_award.pdf> (date d'accès : 29 septembre 2004).

*Waste Management Inc.* c. *Mexique (Nouvelle Affaire) (Sentence sur la compétence)* (2002), 6 I.C.S.I.D. Rep. 549, 41 I.L.M. 1315 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI), (Arbitres : J. Crawford, B.R. Civiletti, E. Mangallon Gomez), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_united_eng.PDF> (date d'accès : 30 septembre 2004).

*Yaung Chi Oo Trading Pte.* c. *Myanmar* (2003), 42 I.L.M. 540 (arbitrage *ad hoc* ANASE), (Arbitres : S. Sucharitkul, J. Crawford, F. Delon).

***Juridictions nationales***

*Allen and Hanburys Ltd.* c. *Controller of Patents, Designs and Trademarks*, [1996] I.E.H.C. 59 (Irlande, H.C.).

*Antonsen* c. *Canada (P.G.)*, [1995] 2 C.F. 272 (Canada, C.F.).

*Apotex Inc.* c. *Wellcome Foundation Ltd.*, [2001] 1 C.F. 495 (Canada, C.A.F.)

*Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (Canada, C.S.C.).

*Baker Petrolite Corp.* c. *Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 C.F. 49 (Canada, C.A.F.).

*British Coal Corp.* c. *The King*, [1935] A.C. 500 (Royaume-Uni, C.P.).

*Canada (P.G.)* c. *McNally Constructions Inc.*, [2002] 4 C.F. 633 (Canada, C.F.).

*Canada (P.G.)* c. *Ontario (P.G.)*, [1937] A.C. 326 (Royaume-Uni, C.P.).

*Canada (P.G.)* c. *S.D. Myers Inc.*, [2004] C.F. 38 (Canada, C.F.).

*Canada (P.G.) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514 (Canada, C.F.).

*Canada (Sous-ministre du Revenu national)*, c. *Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100 (Canada, C.S.C.).

*Charming Betsy*, 2 Cranch 64 (1804) (États-Unis, C.S. É.-U.).

*Citizens Insurance Co.* c. *Parsons*, (1881) 7 A.C. 96 (Royaume-Uni, C.P.).

*Entreprises de rebuts Sanipan* c. *Québec (P.G.)*, [1995] R.J.Q. 821 (Canada, C.S. Qué.).

*Harvard College* c. *Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45 (Canada, C.S.C).

*Hauenstein* c. *Lyndham*, 100 U.S. (10 Otto) 483 (1879) (États-Unis, C.S. É.-U.).

*Head Money Cases*, 112 U.S. 580 (1884) (États-Unis, C.S. É.-U.).

*Hypertec Systèmes inc.* c. *Commission scolaire de la Capitale* (31 mai 2001), Québec 200-05-012028-994 (Canada, C.S. Qué.).

*Ibralebbe* c. *R.*, [1964] A.C. 900 (Royaume-Uni, C.P.).

*Industries Hillenbrand Canada Ltée* c. *Québec (Bureau de normalisation)* (15 août 2002), Montréal 500-05-071484-024, J.E. 2002-1805 (Canada, C.S. Qué.).

*Industries Hillenbrand Canada Ltée* c. *Québec (Bureau de normalisation)* (10 mai 2004), Montréal 500-09-0912689-022 (Canada, C.A. Qué.).

*Mexique* c. *Feldman* (3 décembre 2003), 03-CV-23500, en ligne : Institut canadien d'information juridique <http://www.canlii.org/on/cas/onsc/2003/2003onsc11923.html> (date d'accès : 13 octobre 2004) (Canada, C.S. Ont.).

*Mexique* c. *Metalclad Corporation (Jugement supplémentaire)*, [2001] B.C.S.C. 1529, 6 I.C.S.I.D. Rep. 53, en ligne : CIRDI <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb%2Dtxt/sc/01/15/2001bcsc1529.htm> (date d'accès : 12 octobre 2004) (Canada, C.S. C.-B.).

*Mexique* c. *Metalclad Corporation*, [2001] B.C.S.C. 664, 5 I.C.S.I.D. Rep. 238, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad_reasons_for_judgment.pdf> (date d'accès : 12 octobre 2004) (Canada, C.S. C.-B.).

*National Corn Grower Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 (Canada, C.S.C.).

*Pellikaan* c. *Canada*, [2002] 4 C.F. 169 (Canada, C.F.).

*Pfizer Inc.* c. *Canada*, [1999] 4 C.F. 441 (Canada, C.F.).

*Pfizer Inc.* c. *Canada* (14 octobre 1999) Ottawa A-469-99 (Canada, C.A.F.).

*Projet Blue Sky* c. *Australian Broadcasting Authority*, [1998] H.C.A. 28; 194 C.L.R. 355; 153 A.L.R. 490 (Australie, H.C.).

*Siemens Westinghouse Inc.* c. *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 2 C.F. 292 (Canada, C.F.).

*Succession Ordon* c. *Grail*, [1990] 2 R.C.S. 438 (Canada, C.S.C.).

*U.L. Canada inc.* c. *Québec (P.G.)*, [1999] R.J.Q. 1720 (Canada, C.S. Qué.).

*U.L. Canada inc.* c. *Québec (P.G.)*, [2003] R.J.Q. 2729 (Canada, C.A. Qué.).

*U.L. Canada inc.* c. *Québec (P.G.)* (17 mars 2005), 30065 (Canada, C.S.C.).

*Universal Oil Products* c. *Roots Refrigerating Co.*, 328 U.S. 575, 581 (1946) (États-Unis, C.S.).

*Wang Canada Ltd.* c. *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 C.F. 3 (Canada, C.F.).

*Whitney* c. *Robertson*, 124 U.S. 190 (1888) (États-Unis, C.S. É.-U.).

## RAPPORTS ET DOCUMENTS INTERNATIONAUX

### ***Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili***

Commission du libre-échange Canada-Chili, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre G*, 31 octobre 2002, Quito, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ccftacommission-fr.asp> (date d'accès : 25 octobre 2004).

### ***Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT de 1947)***

*Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT*, GATT P.C. Déc. du 12 avril 1989, GATT Doc. L/6489 Supp. n° 36 I.B.D.D. (1990) 64.

*Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT*, GATT P.C. Déc. du 22 février 1994, GATT Doc. L/7416, Supp. n° 41 I.B.D.D. (1997) 143.

*Décision du 4 juin 1960 créant le Conseil des Représentants*, GATT P.C. Déc., Supp. n° 9 I.B.D.D. (1961) 8.

*Déclaration ministérielle*, GATT P.C. Déc. du 29 novembre 1982, GATT Doc. L/5424, Supp. n° 29 I.B.D.D. (1983) 9.

GATT, *Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice*, 6ème éd., Genève, GATT, 1994.

GATT, Comité des pratiques antidumping, *Rapport du Comité présenté aux PARTIES CONTRACTANTES à leur cinquante et unième session*, GATT Doc. L/7654, Supp. n° 42 I.B.D.D. (1995) 3.

GATT, *Rapport du groupe de travail des questions relatives à l'organisation et aux fonctions*, GATT Doc. L/327, Supp. n° 3 I.B.D.D. (1955) 259.

*Mémorandum d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance*, GATT P.C. Déc. du 28 novembre 1979, GATT Doc. L/4907, Supp. n° 26 I.B.D.D. (1980) 231.

*Procédure d'application de l'article XXIII*, GATT P.C. Déc. du 5 avril 1966, Supp. n° 14 I.B.D.D. (1966) 19.

*Procédures de règlement des différends*, GATT P.C. Déc. du 30 novembre 1984, GATT Doc. L/5752, Supp. n° 31 I.B.D.D. (1985) 9.

***Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)***

Commission du libre-échange de l'*ALÉNA*, *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, Montréal, 7 octobre 2003, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/Nondisputing-fr.pdf> (date d'accès : 20 octobre 2004).

Commission du libre-échange de l'*ALÉNA*, *Formulaire de notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage*, Montréal, 7 octobre 2003, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/NoticeIntent-fr.pdf> (date d'accès : 16 septembre 2004).

Commission du libre-échange de l'*ALÉNA*, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, Washington, 31 juillet 2001, art. A, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp> (date d'accès : 16 septembre 2004).

*Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'Article 1904* (Parties à l'*ALÉNA*), en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index_f.aspx?CategoryID=69> (date d'accès : 16 juillet 2004).

Secrétariat de l'ALÉNA, *Décisions et rapports*, en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=438> (date d'accès : 27 avril 2004).

Secrétariat de l'*ALÉNA*, *Historique des révisions entreprises par les groupes spéciaux en vertu de l'ALÉNA et de l'ALÉ*, en ligne : Secrétariat de l'*ALÉNA* <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_f.aspx?DetailID=435> (date d'accès : 16 juillet 2004).

***Association des Nations d'Asie du Sud-Est (ANASE)***

ANASE, *Member Countries*, en ligne : ANASE <http://www.aseansec.org/4736.htm> (date d'accès: 17 mai 2005).

*Declaration of Bangkok*, 8 août 1967, 6 I.L.M. 1233.

*Declaration of Singapour of 1992*, 28 janvier 1992, 31 I.L.M. 498.

***Banque mondiale***

Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment,* rapport n° 11415, vol. 2, Washington, Banque mondiale, 1992.

***Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)***

CIRDI, Communiqué, « Methanex Corporation v. United States of America NAFTA/UNICTRAL Arbitration Rules Proceedings » (8 juin 2004), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/methanex-form.htm> (date d'accès : 20 octobre 2004)

CIRDI, Communiqué, « United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada NAFTA/UNICTRAL Arbitration Rules Proceedings » (28 mai 2001), en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/ups.htm> (date d'accès : 20 octobre 2004).

CIRDI, *Cumulative Chronology of Disputes before the Centre 1972-1992*, 4 I.C.S.I.D. Rep. lii.

CIRDI, *Designation by Contracting States regarding Constituent Subdivisions or Agencies*, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm> (dernière modification : octobre 2003).

CIRDI, *ICSID Cases*, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (date d'accès : 18 mai 2005).

CIRDI, *Liste des États contractants et signataires de la Convention*, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-fr.htm> (dernière modification : 20 décembre 2004).

CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Washington, CIRDI, 2004, en ligne : CIRDI <http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf> (date d'accès : 27 octobre 2004)

CIRDI, *Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédure par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, 27 septembre 1978, 1 I.C.S.I.D. Rep. 217.

***Commission de coopération environnementale de l'Amérique du Nord (CCE)***

CCE, *État d'avancement des communications des citoyens*, en ligne : CCE <http://www.cec.org/citizen/status/index.cfm?varlan=francais> (date d'accès : 3 juin 2004).

CCE, *La mise en évidence des faits : un guide sur les articles 14 et 15 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, Montréal, CCE, 2000.

CCE, *Lignes directrices relatives aux communications sur les questions d'application*, 13 octobre 1995 (modifiées le 29 juin 1999 et le 29 juin 2001), en ligne : CCE <http://www.cec.org/citizen/guide_submit/index.cfm?varlan=francais> (date d'accès : 3 juin 2004).

***Commission de coopération dans le domaine du travail de l'Amérique du Nord***

Commission de coopération dans le domaine du travail, *Sommaire des activités relatives aux communications du public*, en ligne : Commission de coopération dans le domaine du travail <http://www.naalc.org/french/summary.shtml> (date d'accès: 4 juin 2004).

***Communauté européenne (CE)***

CE, Commission européenne, Direction générale du commerce, *Trade Barriers Regulation : List of Cases*, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/trade/issues/respectrules/tbr/cases/index_en.htm> (dernière mise à jour : octobre 2004).

CE, Commission européenne, *Interdiction maintenue par le Chili de décharger les captures d'espadons dans les ports chiliens*, décision, [2000] J.O.C.E. C 96/67.

CE, Commission européenne, *Pratiques maintenues par la Colombie dans le cadre de l'importation de véhicules automobiles*, avis d'ouverture, [2000] J.O.C.E. C 236/4.

CE, Commission européenne, *Programme brésilien de financement des exportations « PROEX »*, avis d'ouverture, [1999] J.O.C.E. C 108/33.

CE, Convention européenne, *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Luxembourg, CE, 2003.

***Mercado común del Sur (MERCOSUR)***

MERCOSUR, *Laudos Arbitrales*, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm> (date d'accès: 17 mai 2005).

***Organisation des Nations Unies (ONU)***

*Annuaire de la Commission du droit international 1956*, vol. 2, New-York, NU, 1957 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1956/Add.1).

*Annuaire de la Commission du droit international 1995*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 1998 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1995/Add.1).

*Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 1998 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1996/Add.1).

*Annuaire de la Commission du droit international 1997*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2000 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1997/Add.1).

*Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 2000 (Doc. NU A/CN.4/SER.A/1998/Add.1).

Bennouna, M., *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, Doc. off. Commission du droit international, 50ème sess., Doc. NU A/CN.4/484 (1998).

*Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés. AG 3281(XXIX), Doc. off. AG NU, 29ème sess., supp. n° 31, Doc. NU A/9631 (1975) 53.

CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium*, 3 vol., New-York, NU, 1996.

CNUCED, *Bilateral Investment Treaties : A Compilation*, en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx> (date d'accès : 8 septembre 2004).

*Création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés. AG 2205/(XXI), Doc. off. AG NU, 21ème sess., supp. n° 16, Doc. NU A/6316 (1966) 103.

Dugard, J.R., *Premier rapport sur la protection diplomatique*, Doc. off. Commission du droit international, 52ème sess., Doc. NU A/CN.4/506 (2000)

NU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, New-York, NU, 1992.

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session*, Doc. off. AG NU, 54ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/54/10 (1999).

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, Doc. off. AG NU, 55ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/55/10 (2000).

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session,* Doc. Off. AG NU, 56e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/56/10 (2001).

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, Doc. off. AG NU, 57ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/57/10 (2002).

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-cinquième session*, Doc. off. AG NU, 58ème sess., supp. no 10, Doc. NU A/58/10 (2003).

*Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés. AG 31/98, Doc. off. AG NU, 31ème sess., supp. n° 17, Doc. NU A/31/17 (1976) 35, reproduit dans 15 I.L.M. 702 et dans 2 Y.B. Com. Arb. 161.

*Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 56/83, Doc. Off. AG NU, 56ème sess., supp. n° 49, Doc. NU A/56/49 (2001).

*Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés. AG 1893(XVII), Doc. off. AG NU, 17ème sess., supp. n° 17, Doc. NU A/5217 (1963) 16.

United Nations Centre on Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Londres, Graham et Trotman, 1988.

***Organisation mondiale du commerce (OMC)***

*Adoption du rapport du groupe spéciat intitulé « États-Unis—Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur »*, OMC ORD Déc. WT/DS152/14 (2000), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DS/152-14.DOC> (date d'accès : 6 juin 2005).

*Expiration de l'Accord international sur la viande bovine*, OMC, Conseil international de la viande Déc. IMA/8 (1997).

*Expiration de l'Accord international sur le secteur laitier*, OMC, Conseil des produits laitiers Déc. IDA/8 (1997).

OMC, *128 pays étaient signataires du GATT en 1994*, en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/gattmem_f.htm> (date d'accès : 26 juillet 2005).

OMC, *ADPIC : Bref aperçu des plaintes en situation de non violation*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/nonviolation_background_f.htm> (dernière modification : 17 juillet 2003).

OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle de Singapour* (adoptée le 13 décembre 1996), OMC Doc. WT/MIN(96)/DEC.

OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle* (adoptée le 14 novembre 2001), OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1.

OMC, Conseil consultatif, *L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004.

OMC, Conseil général, *Compte-rendu de la réunion* (tenue le 22 novembre 2000), OMC Doc. WT/GC/M/60, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/GC/M60.doc> (date d'accès 3 juin 2005).

OMC, Conseil général, *Demande de médiation présentée par les Philippines, la Thaïlande et les Communautés européennes*, « Communication du Directeur général » (16 octobre 2002), OMC Doc. WT/GC/66, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org> (date d'accès : 2 juillet 2005).

OMC, Conseil général, *Demande de médiation présentée par les Philippines, la Thaïlande et les Communautés européennes*, « Communication du Directeur général » (23 décembre 2002), OMC Doc. WT/GC/66Add.1, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org> (date d'accès : 2 juillet 2005).

OMC, Conseil général, *Demande de médiation présentée par les Philippines, la Thaïlande et les Communautés européennes*, « Communication conjointe des Communautés européennes, de la Thaïlande et des Philippines » (1er août 2003), OMC Doc. WT/GC/71, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org> (date d'accès : 2 juillet 2005).

OMC, *Différends classés par ordre chronologique*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm> (date d'accès : 6 juin 2005).

OMC, *État des différends soumis à l'OMC*, OMC Doc. WT/DS/OV/23 (2005), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/OV23.doc> (dernière modification : 7 avril 2005).

OMC, *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales*, OMC Déc. WT/L/162 (1996), en ligne OMC : <http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=2> (date d'accès : 15 janvier 2004).

OMC, *Liste des Membres et observateurs*, en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm> (dernière mise à jour: 16 février 2005).

OMC, *Négociations en cours et mise en œuvre : le Programme de Doha*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm/> (date d'accès : 2 juillet 2005).

OMC, Nouvelle 2005, « Les États-Unis et le Canada bloquent les premières demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées par les CE dans le nouveau différend sur les "hormones" » (3 février 2005), en ligne : OMC

<http://www.wto.org/french/news_f/news05_f/dsb_25jan05_f.htm> (date d'accès : 4 mai 2005).

OMC, ORD, *Compte-rendu de la réunion* (tenue le 25 septembre 1997), OMC Doc. WT/DSB/M/37, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DSB/M37.WPF> (date d'accès : 3 juin 2005).

OMC, ORD, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends* (13 mars 2002), OMC Doc. TN/DS/W/1 à la p. 8, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W1.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

OMC, ORD, *Contribution des États-Unis à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence* (22 août 2002), OMC Doc. TN/DS/W/13 à la p. 3, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W13.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

OMC, ORD, *Négociations concernant le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Groupe africain* (25 septembre 2002), OMC Doc. TN/DS/W/15, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W15.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

OMC, ORD, *Négociations concernant le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Propositions concernant le Mémorandum d'accord présentées par Cuba, le Honduras, l'Inde, la Malaisie, le Pakistan, le Sri Lanka, la Tanzanie et le Zimbabwe* (7 octobre 2002), OMC Doc. TN/DS/W/18 aux pp. 2-5, en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/tn/ds/W18.doc> (date d'accès : 3 juin 2005).

OMC, Organe d'appel, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, OMC Doc. WT/AB/WP/5 (2005), art. 16(1), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/AB/WP5.doc> (date d'accès : 13 janvier 2005).

OMC, *Règlement des différends*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_f.htm#disputes> (date d'accès : 26 juillet 2005).

OMC, *WTO Analytical Index : Guide to WTO Law and Practice*, 1ère éd., Genève, OMC, 2003.

Panitchpakdi, S., Allocution, Symposium public de l'OMC, « L'OMC dix ans plus tard : problèmes mondiaux et solutions multilatérales », Genève, 20 avril 2005, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/spsp_f/spsp38_f.htm> (date d'accès : 2 mai 2005).

*Programme de travail de Doha*, OMC Conseil général Déc. du 1er août 2004, OMC Doc. WT/L/579 au paragr. 1g), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/ddadraft_31jul04_f.doc> (date d'accès : 2 juillet 2005).

***Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE)***

OCDE, *Accord multilatéral sur l'investissement*, projet daté du 24 avril 1998, en ligne : OCDE <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf> (date d'accès : 3 novembre 2004).

OCDE, *Towards Multilateral Investment Rules*, Paris, OCDE, 1996.

***Secrétariat de la Charte de l'énergie***

Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Draft Supplementary Treaty to the Energy Charter Treaty*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org/upload/1/ST%20-%20main%20text.pdf> (date d'accès : 26 mai 2005).

Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Energy Charter: Rules for an Open Market Energy,* Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l'énergie, 1998.

Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Interview with the Energy Charter Investment Group Chairman*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org/upload/1/fatouros%20interview.pdf> (date d'accès : 26 mai 2005).

Secrétariat de la Charte de l'énergie dans *Le Traité sur la Charte de l'énergie et documents connexes*, Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l'énergie, 1996.

Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Members and Observers*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org/index.jsp?psk=0101&ptp=tDetail.jsp&pci=37&pti=20> (date d'accès : 26 octobre 2004).

Secrétariat de la Charte de l'énergie, *Status of Ratification of the Energy Charter Treaty*, en ligne : Secrétariat de la Charte de l'énergie <http://www.encharter.org//index.jsp?psk=0106&ptp=tDetail.jsp&pci=24&pti=36> (dernière modification : 1er janvier 2005).

Secrétariat de la Charte de l'énergie, *The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide,* Bruxelles, Secrétariat de la Charte de l'énergie, 2002.

***Tribunal international du droit de la mer***

Tribunal international du droit de la mer, *Textes de base 1998*, La Haye, Kluwer, 1999.

***Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA)***

Huitième Réunion ministérielle de la ZLÉA, *Déclaration ministérielle*, Miami, 20 novembre 2003, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/Ministerials/Miami/miami_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005).

Premier Sommet des Amériques, *Déclaration de Miami*, 11-19 décembre 1994, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/Summits/Miami/declara_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005).

Sommet extraordinaire des Amériques, *Déclaration de Nuevo León*, Monterrey, 13 janvier 2004, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/Summits/Monterrey/NLeon_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005).

*Troisième Avant-projet d'Accord sur la Zone de libre-échange des Amériques*, 21 novembre 2003, en ligne : ZLÉA <http://www.ftaa-alca.org/ftaadrafts_f.asp> (date d'accès: 17 mai 2005).

**RAPPORTS ET DOCUMENTS NATIONAUX**

***Algérie***

Algérie, *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran*, 19 janvier 1981, 1 Iran-U.S. C.T.R. 9.

***Allemagne***

Allemagne, *1991 German Model Treaty on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, (1996) 11 I.C.S.I.D. Rev. 221.

***Australie***

Australie, Department of Foreign Affairs and Trade, *Closer Economic Relations : Background Guide to the Australia New Zealand Economic Relationship*, Canberra, Commonwealth of Australia, 1997.

***Canada***

*Accord intergouvernemental canadien concernant l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, Gouvernement fédéral—Alberta—Manitoba—

Québec—Île-du-Prince-Édouard, en ligne : Développement des ressources humaines et des compétences Canada <http://www.rhdcc.gc.ca/fr/pt/psait/acdt/nao/02accord_intergouvernemental_canadien.shtml> (date d'accès : 17 février 2005).

*Accord intergouvernemental canadien concernant l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, Gouvernement fédéral—Alberta—Québec—Manitoba, en ligne : Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement—Bureau canadien <http://www.naaec.gc.ca/fra/implementation/cia_f.htm> (date d'accès : 17 février 2005).

*Accord sur le commerce intérieur*, 18 juillet 1994, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/index_fr/ait.htm> (date d'accès: 17 mai 2005).

Canada, *Déclaration du Canada sur l'ouverture au public des audiences d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA*, 7 octobre 2003, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/open-hearing-fr.asp> (date d'accès : 16 septembre 2004).

Canada, *Fédéralisme et relations internationales* par P. Martin, Ottawa, Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papetrie, 1968.

*Canuk Sales Limited* c. *Ontario*, Décision de l'examinateur (1999), Doc. 99/00-9-CAN SAL (*ACI*) (Examinateur : J. Gerow), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/canuk_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

*Re Loi sur la comptabilité publique (L.R.O. 1990, ch. P-37) et ses règlements* (*Association des comptables généraux agréés du Manitoba* c. *Ontario*) (2001), Doc. 99/00-7-CGA MAN (*ACI*) (Rapport du groupe spécial), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/cga_on_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

Commerce international Canada, *Bois d'œuvre résineux*, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/eicb/softwood/menu-fr.asp> (dernière modification : 20 mai 2005).

Commerce international Canada, *Cadre de l'ARCI*, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/rb/tiea-fr.asp> (dernière modification : 18 mars 2004).

Commerce international Canada, *Le Canada et l'Union européenne—Accord sur le renforcement du commerce et de l'investissement*, en ligne : Commerce international Canada <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/EU-fr.asp> (dernière modification : 19 mai 2005).

Commerce international Canada, *Le Canada et Singapour—Négociations en vue d'Accord de libre-échange* [*sic*], en ligne : Commerce international Canada

<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/singapore-fr.asp> (dernière modification : 7 mars 2005).

*Re Mesures de permis de distribution du lait liquide* (*Farmers Co-operative Dairy Limited* c. *Nouveau-Brunswick*) (2002), Doc. 98/99-9-FCD NB (*ACI*) (Rapport du groupe spécial), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/Farmer-NB-NS_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

*Gimbel Eye Centre* c. *Saskatchewan*, Décision de l'examinateur (1996), Doc. 96/97-7-GIM (*ACI*) (Examinateur H. Johnson), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/gimbel_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

*Hewitt Rand Corporation* c. *Saskatchewan*, Décision de l'examinateur (1998), Doc. 96/97-5HEW RAN (*ACI*) (Examinateur : J. Gerow), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/pdf/hewitt_f.pdf> (date d'accès : 28 juillet 2005).

*Re Loi sur les additifs à base de manganèse* (*Alberta* c. *Canada*) (1998), Doc. 97/98-15-MMT-P058F (*ACI*) (Rapport du groupe spécial), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/fre/0798/mmt.pdf> (date d'accès : 28 septembre 2004).

Secrétariat du commerce intérieur, *État des plaintes déposées en vertu de l'ACI*, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.intrasec.mb.ca/fr/disputes/01_25_2005/Status%20of%20AIT%20Disputes.pdf> (dernière mise à jour : janvier 2005).

***États-Unis***

États-Unis, Office of the USTR, *2004 Trade Policy Agenda and 2003 Annual Report*, Washington, 2004 aux pp. 212-214, en ligne : Office of the USTR <http://www.ustr.gov/Document_Library/Reports_Publications/2004/2004_Trade_Policy_Agenda/Section_Index.html> (date d'accès : 7 mars 2005).

États-Unis, Office of the USTR, *European Community Banana Import Regime*, 59 (1994) F.R. 53495 [enquête n° 301-94].

États-Unis, Office of the USTR, *European Union Banana Regime*, 60 (1995) F.R. 52026 [enquête n° 301-100].

États-Unis, Office of the USTR, *Intellectual Property Laws and Practices of the Government of Paraguay*, 63 (1998) F.R. 9292 [enquête n° 301-117].

États-Unis, Office of the USTR, *Intellectual Property Laws and Practices of the Government of Ukraine*, 66 (2001) F.R. 18346 [enquête n° 301-121].

États-Unis, Office of the USTR, *Mexican Practices Affecting High Fructose Corn Syrup (HFCS)*, 63 (1998) F.R. 28544 [enquête n° 301-118].

États-Unis, Office of the USTR, *Practices of the Government of Canada and the Province of Ontario Regarding Measures Affecting Tourism and Sport* Fishing, 64 (1999) F.R. 28545 [enquête n° 301-119].

États-Unis, Office of the USTR, *Section 301 Table of Cases* [enquêtes n° 301-1 à 301-116], en ligne : Office of the USTR <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Monitoring_Enforcement/asset_upload_file985_6885.pdf> (dernière modification : 31 octobre 1997).

États-Unis, Office of the USTR, *Wheat Trading Practices of the Canadian Wheat Board*, 65 (2000) F.R. 69362 [enquête n° 301-120].

États-Unis, U.S. Department of States, *Free Trade Agreements*, en ligne : U.S. Department of State <http://www.state.gov/e/eb/tpp/c10332.htm> (date d'accès : 1er novembre 2004).

États-Unis, *U.S. Government Statement, European Energy Charter Meeting,* Lisbonne, Portugal, 15-16 décembre 1994, 34 I.L.M. 556.

## RAPPORTS ET DOCUMENTS NON GOUVERNEMENTAUX

American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, St-Paul (Minnesota), American Law Institute, 1987.

Chambre de commerce international, *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, 1er janvier 1998, en ligne : Chambre de commerce internationale <http://www.iccwbo.org/court/french/arbitrage/reglement.asp> (date d'accès : 8 septembre 2004).

Groupe d'étude conjoint de l'American Bar Association, l'Association du barreau canadien et le Barra Mexicana, *Dispute Settlement Under a North American Free Trade Agreement,* 1992, reproduit dans (1992) 26 Int'l Lawyer, 855.

Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm*, 1er avril 1999, en ligne : Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm <http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/web_A4_vanliga_2004_fr.pdf> (date d'accès : 8 septembre 2004).

International Law Association, *Report of the 69th Conference*, Londres, Clowes & Sons, 2000.

## DOCTRINE

### *Ouvrages collectifs*

Anonyme, dir., *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber : Paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Andenas, M., dir., *Judicial Review in International Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

Bhagwati J. et Patrick, H.T., dir., *Aggressive Unilateralism : America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor (Michigan), University of Michigan Press, 1990.

Bourgoignie, Th., dir., *L'action collective et la défense des consommateurs*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992.

Bronckers, M. et Quick, R., dir., *New Directions in International Economic Law : Essays in honour of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

Byers, M., dir., *The Role of Law in International Politics : Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Cafruny, A. et Peters, P., dir., *The Union and the World: The Political Economy of a Common European Foreign Policy,* La Haye, Kluwer Law International, 1998.

Cameron, J. et Campbell, K., dir., *Dispute Resolution in the World Trade Organiszation*, Londres, Cameron May, 1998.

Chandrasekhara Rao, P. et Khan, R., dir., *The International Tribunal for the Law of the Sea : Law and Practice*, La Haye, Kluwer, 2001.

Dugdale, A.M., dir., *Clerk & Lindsell on Torts*, 18ème éd., Londres, Sweet et Maxwell, 2000.

Dupuy, R.-J. et Vignes D., dir., *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Economica, 1985.

Garner, B.A., dir., *Black's Law Dictionary*, 8ème éd., St-Paul (Minnesota), West, 2004.

Hafner, G. *et al.*, dir., *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern—In Honour of His 80th Birthday*, La Haye, Kluwer Law International, 1998.

Klabbers, J. et Lefeber, R., dir., *Essays on the Law of Treaties*, La Haye, Kluwer Law International, 1998.

Koskenniemi, M., dir., *International Law Aspects of the European Union,* La Haye, Kluwer Law International, 1998.

Mengozzi, P., dir., *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan, Giuffrè, 1999.

Muller, A.S. *et al.*, dir., *The International Court of Justice*, La Haye, Kluwer Law International, 1997.

Nieuwenhuys, E.C. et Brus, M.M.T.A., dir., *Multilateral Regulation of Investment*, La Haye, Kluwer Law International, 2001.

Nordquist, M.H., Rosenne, S. et Sohn, L.B., dir., *United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989.

O'Connell, M.E., dir., *International Dispute Settlement*, Aldershot (R.-U.), Ashgate, 2003.

Petersmann, E.-U. et Hilf, M., dir., *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations : Legal and Economic Problems*, 2ème éd., Deventer (R.-U.), Kluwer Law and Taxation, 1991.

Petersmann, E.-U., dir., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, La Haye, Kluwer Law International, 1997.

Prinssen, J.M. et Schrawen, A., dir., *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningue (Pays-Bas), Europa Law, 2002.

Provost, R., dir., *State Responsibility in International Law*, Aldershot (R.-U.), Ashgate. 2002.

Ruttley, Ph., Macvay, I. et George, C., dir., *The WTO and International Trade Regulation*, Londres, Cameron May, 1998.

Salmon, J., dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Secrétariat de l'OMC, dir., *From GATT to the WTO : The Multilateral Trading System in the New Millenium*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

Sraffa, P., dir., *The Works and Correspondence of David Ricardo*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1966.

Société française pour le droit international, dir., *Aspects du droit international économique : élaboration, contrôle, sanction*, Paris, Pédone, 1972.

Société française pour le droit international, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre?* Paris, Pédone, 1998.

Trebilcock, M.J., et Schwanen, D., dir., *Getting There, An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1995.

Wälde, T.W., dir., *The Energy Charter Treaty : An East-West Gateway for Investment and Trade*, La Haye, Kluwer, 1996.

Weiler, T.J., dir., *NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice and Future Prospects*, Ardsley (New-York), Transnational, 2004.

Weiss, F., Denters, E. et de Waart, P., dir., *International Economic Law with a Human Face,* La Haye, Kluwer Law International, 1998.

Williamson, J., dir., *Latin American Adjustment : How Much As Happen?*, Washington (D.C.), Institute of International Economics, 1990.

Young, M.K. et Iwasawa, Y., dir., *Trilateral Perspectives on International Legal Issues : Relevance of Domestic Law and Policy*, Irvington (New-York), Transnational, 1995.

***Monographies et thèses***

Amerasinghe, C.F., *Local Remedies in International Law*, 2ème éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Arbour, J.-M., *Droit international public*, 2ème éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992.

Arbour, J.-M., *Droit international public*, 4ème éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.

Badie, B. et Smouts, M.-C., *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1995.

Boisson de Chazournes, L., *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pédone, 1992.

Borchard, E.M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New-York, Banks Law, 1916.

Boulanger, C., *L'Accord sur le commerce intérieur au Canada : un accord impossible?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

Bradley, A.W., et Ewing, K.D., *Constitutional and Administrative Law*, 12ème éd., Londres, Longman, 1997.

Broches, A., *Selected Essays : World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

Brower, C.N. et Brueschke, J.D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998.

Brown, W.A., *The United States and the Restauration of World Trade*, Washington, Brookings Institution, 1950.

Brownlie, I., *Public International Law,* 5ème éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.

Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, 4ème éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.

Carreau, D. et Juillard, P., *Droit international économique*, 4ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

Castel, J.G. *et al.*, *The Canadian Law and Practice of International Trade with Particular Emphasis on the Export and Import of Goods and Services*, 2ème éd., Toronto, Emond Montgomery, 1997.

Combacau, J. et Sur, S., *Droit international public*, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 2001.

Côté, Ch.-E. *et al.*, *Access to Justice and Alternative Dispute Resolution Systems in Central and Eastern Europe*, Louvain-la-Neuve (Belgique), CDC Publications, 2000.

Craig, P. et de Búrca, G., *EU Law : Text, Cases and Materials*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 1998.

Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Dam, K.W., *The GATT : Law and International Economic Organization*, Chicago, Chicago University Press, 1970.

David, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.

De Boer, S., *Canadian Provinces, US States and North American Integration : Bench Warmers or Key Players?*, Montréal, Institut de recherches en politiques publiques, 2002.

De Senarclens, P., *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*, Paris, Armand Colin, 1998.

De Senarclens, P., *La mondialisation : théories, enjeux et débats*, 3ème éd., Paris, Armand Colin, 2002.

De Vattel, E., *Le droit des gens*, nouvelle éd., vol. 1, Paris, Janet et Cotelle, 1820.

De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4ème éd., Paris, Pédone, 1970.

Diebold, W., *The End of the ITO*, Princeton, Princeton University, 1952.

Dolzer, R. et Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

Doré, J. et De Bauw, R., *The Energy Charter Treaty: Origins, Aims and Prospects*, Londres, Royal Institute of International Affairs, 1995.

Dupuy, P.-M., *Droit international public,* 6ème éd., Paris, Dalloz, 2002.

Eiriksson, G., *The International Tribunal for the Law of the Sea*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000.

Evans, G.E., *Lawmaking under Trade Constitution : A Study in Legislating by the World Trade Organization*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

Feller, A.H., *The Mexican Claims Commissions : 1923-1934*, New-York, Macmillan, 1935.

Fouchard, Ph., Gaillard, E. et Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

Frank, T.M., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Frankman, M.J., *World Democratic Federalism : Peace and Justice Indivisible*, Houndmills (R.-U.), Palgrave Macmillan, 2004.

Friedmann, W., *The Changing Structure of International Law*, New-York, Columbia University Press, 1964.

García Amador, F.V., Sohn, L.B. et Baxter, R.R., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Alien*, Dobbs Ferry (New-York), Oceana Publications, 1974.

Garcia-Rubio, M., *On the Application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs : A General International Law Perspective*, Genève, Institut universitaire des Hautes Études internationales, 2001.

Gardner, R.N., *Sterling-Dollar Diplomacy : Anglo-American Collaboration in the Reconstruction of Multilateral Trade*, Oxford, Clarendon Press, 1956.

Grady, P. et Macmillan, K., *Seattle and Beyond : The WTO Millenium Round*, Ottawa, Global Economics, 1999.

Gray, C.D., *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

Graz, J.-C., *Aux sources de l'OMC : la Charte de La Havane 1941-1950*, Genève, Droz, 1999.

Guillien, R. et Vincent, J., *Lexique des termes juridiques*, 14ème éd. par S. Guinchard et G. Montagnier, Paris, Dalloz, 2003.

Hart, H.L.A., *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961.

Hart, M., *A Multilateral Agreement on Foreign Investment : Why Now?* Ottawa, Centre de droit et de politique commerciale, 1996.

Heuston, R.F.V. et Buckley, R.A., *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21ème éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1996.

Hirsh, M., *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

Hogg, P.W., *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, Toronto, Thomson Canada, 1997.

Hood Phillips, O., Jackson, P. et Leopold, P., *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law*, 8ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

Hudec, R.E., *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2ème éd., Salem (New Hampshire), Butterworth, 1990.

Hull, C., *The Memoirs of Cordell Hull*, 2 vol., New-York, MacMillan, 1948.

Jackson, J.H., *Restructuring the GATT System*, New-York, Council on Foreign Relations Press, 1990.

Jackson, J.H., *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, 2ème éd., Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 1997.

Jackson, J.H., *The World Trade Organization : Constitution and Jurisprudence,* Londres, Royal Institute of International Affairs, 1998.

Jackson, J.H., J.-V. Louis et M. Matsushita, *Implementing the Tokyo Round : National Constitutions and International Economic Rules*, Ann Arbor (Michigan), University of Michigan Press, 1984.

Jessup, P.C., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

Johnson, P.-M. et Beaulieu, A., *The Environment and NAFTA : Understanding and Implementing the New Continental Law*, Washington, Island Press, 1996.

Kdhir, M., *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2000.

Kennedy, K.C., *Competition Law and the World Trade Organisation : The Limits of Multilateralism*, Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

Kermarec, B., *L'UE et l'ASEAN : mondialisation et intégrations régionales en Europe et en Asie*, Paris, L'Harmattan, 2003.

Keynes, J.M., *The Economic Consequences of the Peace*, Londres, Macmillan, 1924.

Khan, R., *The Iran-United States Claims Tribunal : Controversies, Cases and Contribution*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990.

Kindred, H.M. *et al.*, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 6ème éd., Toronto, Emond Montgomery, 2000.

Kuilwijk, K.J., *The European Court of Justice and the GATT Dilemma : Public Interest versus Individual Rights?*, Beuningen (Pays-Bas), Nexed, 1996.

Lafond, P.-C., *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996.

Lauzon, Y., *Le recours collectif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.

Laviec, J.-P., *Protection et Promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

Lowenfeld, A.F., *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

MacLean, R.M. et Volpi, B., *EU Trade Barrier Regulation*, Bembridge (Royaume-Uni), Palladian Law, 2000.

MacMillan, M., *Paris 1919 : Six Months that Changed the World*, New York, Random House, 2003.

Martin, W.F., Imai, R. et Steeg, H., *Maintaining Energy Security in a Global Context,* New-York, Trilateral Commission, 1996.

Mastel, G., *American Trade Laws after the Uruguay Round*, Armonk (New-York), Sharpe, 1996.

Masters, D.C., *The Reciprocity Treaty of 1854*, Toronto, McClelland and Stewart, 1963.

Matsushita, M., Schoenbaum, T.J. et Mavroidis, P.C., *The World Trade Organization : Law, Practice, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

McDonald, B., *The World Trading System : The Uruguay Round and Beyond*, New-York, St. Martin's Press, 1998.

McNair, A.D., *The Law of Treaties,* Oxford, Clarendon Press, 1961.

Menon, P.K., *The Law of Treaties between States and International Organization,* Lewiston (New-York), Edwin Mellen Press, 1992.

Merkt, B., *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence,* Berne, Lang, 2000.

Merrills, J.G., *International Dispute Settlement*, 2ème éd., Cambridge, Grotius, 1991.

Moreau Defarges, Ph., *Relations internationales : 2. Questions mondiales,* 4ème éd., Paris, Seuil, 2000.

Pace, V., *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan, Paris, 2000.

Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Petersmann, E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System : International Law, International Organization and Dispute Settlement*, La Haye, Kluwer Law International, 1997.

Poirier, J., *Keeping Promises in Federal Systems : the Legal Status of Intergovernmental Agreements, with Special Reference to Belgium and Canada,* thèse de doctorat en droit, Université de Cambridge, 2004 [non publiée].

Quoc Dinh, N., Dailler, P., Pellet, A., *Droit international public*, 7ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

Qureshi, A.H., *International Economic Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

Redfern, A. et Hunter, M., *Law and Practice of International Arbitration*, 4ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2004.

Reid, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3ème éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2004.

Rideau, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

Rosenne, S., *The World Court : What it is and How it Works*, 5ème éd., Dordrecht (Pays-Bas), Martinus Nijhoff, 1995.

Rousseau, Ch., *Droit international public*, 11ème éd., Paris, Dalloz, 1987.

Schreuer, C.H., *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Schulé, D., *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934.

Seidl-Hohenveldern, I., *International Economic Law*, La Haye, Kluwer International Law, 1999.

Shihata, I.F.I., *Legal Treatment of Foreign Investment : « The World Bank Guidelines »*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

Shklar, J.N., *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1964.

Sinclair, I.M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties,* Manchester, Manchester University Press, 1973.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

Steiner, H.J. et Alston, P., *International Human Rights in Context*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2000.

Stern, B., *Un nouvel ordre économique international?: recueil de textes et de documents*, Paris, Economica, 1983.

Street, H. et Brazier, R., *De Smith's Constitutional and Administrative Law*, 5ème éd., Harmondsworth (R.-U.), Pelican Books, 1985.

Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6ème éd., Paris, Presses universitaires de France, 2003.

Trebilcock, M.J. et Howse, R., *The Regulation of International Trade*, 2ème éd., Londres, Routledge, 1999.

Trudel, P., *Le traité de réciprocité 1854*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1968.

Toope, S.J., *Mixed International Arbitration : Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990.

Verhoeven, J., *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.

Watson, P.S., Flynn, J.E. et Conwell, C.C., *Completing the World Trading System : Proposals for A Millenium Round*, La Haye, Kluwer Law International, 1999.

Wilcox, C., *A Charter for World Trade*, New York, MacMillan Company, 1949.

***Articles de périodique***

Abbott, F.M., « The NAFTA Environmental Dispute Settlement System as Prototype for Regional Integration Arrangements » (1993) 4 Y.B. Int'L Envtl. L. 1.

Abbott, K.W. *et al.*, « The Concept of Legalization » (2000) 54 I.O. 401.

Abdelgawad, W., « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* » (2001) 15 Rev. I.D.E. 161.

Ala'I, P., « Judicial Lobbying at the WTO : The Debate Over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S. Experience » (2000-2001) 24 Fordham Int'l L.J. 62.

Albors-Llorens, A., « The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures : Has the European Court Missed the Boat? » (2003) 62 Cambridge L.J. 72, 92.

Alemanno, A., « Judicial Enforcement of the WTO Hormones Ruling in the European Community : Toward EC Liability for Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions? » (2004) 45 Harv. Int'l L.J. 547.

Antoniou, H., « Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l'*ALÉ* à l'*ALÉNA* » (1993) 24 R.D.U.S. 71.

Appleton, A.E., « *Amicus Curiae* Submissions in the *Carbon Steel* Case : Another Rabbit From the Appellate Body's Hat? » (2000) 3 J. Int'l Econ. L. 691.

Aramburu, E.J., « Historical Perspective : The Evolution of Mercosur in a South American Integration » (2001) 13 Pace Int'l L. Rev. 183.

Ascensio, H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales » (2001) 105 Rev. D.I.P. 897.

Babadji, R., « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie (17 décembre 1994) » (1996) 42 Ann. fran. dr. int. 872.

Bamberger, C.S., Linehan, J. et Wälde, T.W., « Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase » (2000) 18:3 J. Energy & Nat. Res. L. 331.

Beaulac, S., « National Application of International Law : The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 A.C.D.I. 225.

Bello, J.H., et Holmer, A.F., « The Heart of the 1988 Trade Act : A Legislative History of the Amendments to Section 301 » (1988) 25 Stan. J. Int'l L 1.

Bello, J.H., « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less is More » (1996) 90 A.J.I.L. 416.

Berrod, F., « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation » (2000) 36 Rev. T.D.E. 419.

Bilder, R.B., « An Overview of International Dispute Settlement » (1986) 1 J. Int'l Dispute Res. 1.

Birks, P., « Rights, Wrongs, and Remedies » (2000) 20 Oxford J. Leg. Stud. 1.

Block, G., « Trade and Environment in the Western Hemisphere : Expanding the North American Agreement on Cooperation into the Americas » (2003) 33 Envtl. L. 501.

Bodansky, D. et Crook, J.R., « The ILC's State Responsability Articles : Introduction and Overview » (2002) 96 A.J.I.L. 773.

Bradbrook, A., « Energy Efficiency and the Energy Charter Treaty » (1997) 14:5 Env. & Plan. L. J. 327.

Brand, R.A., « The Status of the General Agreement of Tariffs and Trade in United States Domestic Law » (1990) 26 Stan. J. Int'l L. 479.

Brand, R.A., « Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union » (1996-97) 17 Nw. J. Int'l L. & Bus. 556.

Broches, A., « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States » (1972) 136 Rec. cours 331.

Bronkers, M.C.E.J., « Private Response to Foreign Unfair Trade Practices—United States and EEC Complaint Procedures » (1984) 6 Nw. J. Int'l L. & Bus. 651.

Bronckers, M.C.E.J. et McNelis, N., « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age » (2001) 35:4 J. World T. 427.

Bronz, G., « An International Trade Organization : The Second Attempt » (1956) 69 Harv. L.R. 440.

Brower, C.N., « The Iran-United States Claims Tribunal » (1990) 224 Rec. cours 123.

Brown Weiss, E., « Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century », (2002) 96 A.J.I.L. 798,

Brunnée, J. et Toope, S.J., « Environmental Security and Freshwater Resources : Ecosystem Regime Building » (1997) 91 A.J.I.L. 26.

Brunnée, J. et Toope, S.J., « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law » (2000) 39 Colum. J. Transnat'l L. 19.

Brunnée, J. et Toope, S.J., « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 A.C.D.I. 3.

Burdeau, G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États » [1995] Rev. arb. 3.

Byrne, J., « NAFTA Dispute Resolution : Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access » (2000) 35 Texas Int'l L. J. 387.

Caflisch, L., « La pratique suisse en matière de droit international public 1977 » (1978) 34 Ann. suisse dr. int. 49.

Campbell, N. et Bennett, C., « The Contribution of the WTO Appellate Body Review to a Rule-based World Trading System » (2000) 4 Can. Int'l L. 42.

Cárdenas, E.J. et Tempesta, G., « Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 337.

Carmody, C., « Customs Tariff S. 59(2) : A "Canadian 301"? » (1998) 1 J. Int'l Econ. L. 690.

Carmody, C., « Beyond the Proposals: Public Participation in International Economic Law » (2000) 15 Am. U. Int'l L. Rev. 1321.

Castel, J.-G., « The Settlement of Disputes under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement » (1989) 83 A.J.I.L. 118.

Charney, J.I., « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? » (1998) 271 Rec. cours 101.

Charnovitz, S., « Participation of Nongovernmental Organization in the World Trade Organization » (1996) 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 331.

Charnovitz, S., « Opening the WTO to Nongovernmental Interests » (2000) 24 Fordham Int'l L. J. 173.

Chen, A., « The Three Big Rounds of U.S. Unilateralism Versus WTO Multilateralism During the Last Decade : A Combined Analysis of *The Great 1994 Sovereignty Debate*, Section 301 Disputes (1998-2000), and Section 201 Disputes (2002-Present) » (2003) 17 Temple Int'l & Comp. L.J. 409.

Cho, S., « A Bridge Too Far : The Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancún and the Future of Trade Constitution » (2004) 7 J. Int'l Econ. L. 219.

Côté, Ch.-E., « L'OMC et la santé des consommateurs : l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* après l'affaire du *Bœuf aux hormones* » [2002] R.E.D.C. 87.

Côté, Ch.-E., « L'invocabilité des traités de libre-échange en droit interne : nouveau regard sur l'arrêt *Project Blue Sky* v. *Australian Broadcasting Authority* de la Haute Cour d'Australie » (2003) 41 A.C.D.I. 387.

Cottier, T. et Schefer, K.N., « The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law » (1998) 1 J. Int'l Econ. L. 83.

Crawford, J., « Revising the Draft Articles on State Responsibility » (1999) 10 Eur. J. Int'l L. 435.

Crawford, J., Bodeau, P. et Peel, J., « The ILC's Draft Articles on State Responsibility : Toward Completion of a Second Reading » (2000) 94 A.J.I.L. 660.

Crawford, J., Peel, J. et Olleson, S., « The ILC's Articles on Responsibility of States for Wrongful Acts : Completion of the Second Reading » (2001) 12 Eur. J. Int'l L. 963.

Crawford, J., « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : A Retrospect » (2002) 96 A.J.I.L. 874.

Davey, W.J., « The WTO Dispute Settlement System : The First Ten Years » (2005) 8 J. Int'l Econ. L. 17.

Defraigne, P., « Entre Cancún 2003 et Hong Kong 2005, les perspectives du Doha Round » (2004) 40 C. de D. eur. 7.

Delaume, G.R., « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » (1982) 109 J.D.I. 775.

De Mestral, A.L.C., « The North American Free Trade Agreement: A Comparative Analysis » (1998) 275 Rec. cours 229.

De Mestral, A.L.C., « The Significance of the NAFTA Side Agreements on Environmental and Labour Cooperation » (1998) 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 169.

Dhooge, L.J., « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement » (2001) 38 Am. Bus. L.J. 475.

Dominicé, C., « Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées » (1999) 45 Ann. fr. dr. int. 623.

Dunne, M.S., « Redefining Power Orientation : A Reassessment of Jackson's Paradigm in Light of Asymetries of Power, Negotiation, and Compliance in the GATT/WTO Dispute Settlement System » (2002) 34 L. & Pol'y Int'l Bus. 277.

Dunoff, J.L., « The Misguided Debate Over NGO Participation at the WTO » (1998) 1 J. Int'l Econ. L. 433.

Dupuy, P.-M., « Droit des traités, codification et responsabilité internationale » (1997) 73 Ann. fran. dr. int. 7.

Dupuy, P.-M., « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan » (2003) 107 Rev. D.I.P. 305.

Eeckhout, P., « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems » (1997) 34 C.M.L. Rev. 11.

Eichmann, E.P., « Procedural Aspects of GATT Dispute Settlement : Moving Towards Legalism » (1990) 8 Int'l Tax & Bus. Lawyer 38.

Evans, S., « Defending Discretionary Remedialism » (2001) 23 Sydney L. Rev. 461.

Féral, P.-A., « Prochaine naissance d'une nouvelle juridiction communautaire : vers un système juridictionnel à trois degrés? » J.C.P. A. 2004.9.265.

Finnemore, M. et Toope, S.J., « Alternatives to "Legalization" : Richer View of Law and Politics » (2001) 55 I.O. 743.

Fitzmaurice, G., « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law » (1957) 92 Rec. cours 5.

Fuller, L.L., « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92 Harv. L. Rev. 353.

Gal-Or, N., « Private Party Direct Access : A Comparison of the NAFTA and the EU Discipline » (1998) 21 Boston Col. Int'l & Comp. L. Rev. 1.

Giardina A., et Beviglia Zampetti, A., « Settling Competition-Related Disputes : The Arbitration Alternative in the WTO Framework » (1997) 31:6 J. World T. 5.

Graham, W.C., « Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship » (1992) 37 R.D. McGill 544.

Grané, P., « Remedies under WTO Law » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 755.

Green, R.A., « Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments : A Comparison of the International Tax and Trade Regimes » (1998) 23 Yale J. Int'l L. 79.

Guillaume, G., « The Future of International Judicial Institutions » (1995) 44 I.C.L.Q. 848.

Haas, D.A., « Out of Other's Shadows : ASEAN Moves toward Greater Regional Co-operation in the Face of the EC and NAFTA » (1994) 9 Am. U.J. Int'l L. & Pol'y 809.

Hage, R., « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement » (1990) 28 A.C.D.I. 361.

Hahn, M.J. et Schuster, G., « Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté : l'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne » [1995] 99 Rev. D.I.P. 367.

Haines-Ferrari, M., « MERCOSUR : A New Model of Latin American Economic Integration? » (1993) 25 Case W. Res. J. Int'l L. 413.

Hancher, L. et Wolgram, S., « The ECT Transit Conciliation Rules and Procedures » (1999) 12 Oil & Gas L. & Tax. Rev. 364.

Hernández-López, E., « Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes » (2001) 35:3 J. World T. 469.

Horlick, G. et Marti, A., « NAFTA Chapter 11B : A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments » (1997) 14 J. Int'l Arb. 47.

Horlick, G.N. et Butterton, G.R., « A Problem of Process in WTO Jurisprudence : Identifying Disputed Issues in Panels and Consultation » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 573.

Howse, R., « Membership and its Privileges : the WTO, Civil Society, and the *Amicus* Brief Controversy » (2003) 9 Eur. L.J. 496.

Huntington, D.S., « Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement » (1993) 34 Harv. Int'l L.J. 407.

Jackson, J.H., « The General Agreement on Tariffs and Trade in United States Domestic Law » (1967) 66 Mich. L. Rev. 249.

Jackson, J.H., « The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System » (1978) 12 J. World T. 93.

Jackson, J.H., « Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis » (1992) 86 A.J.I.L. 310.

Jackson, J.H., « The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation » (1997) 91 A.J.I.L. 60.

Jackson, J.H., « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out"? », Commentaire éditorial (2004) 98 A.J.I.L. 109.

Johnston, A., « Judicial Reforms and the Treaty of Nice » (2001) 38 C.M.L. Rev. 499.

Juillard, P., « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994) 250 Rec. cours 9.

Kahler, M., « The Causes and Consequences of Legalization » (2000) 54 I.O. 661.

Kaplan, J.A., « ASEAN'S Rubicon : A Dispute Settlement Mechanism for AFTA » (1996) 14 U.C.L.A. Pac. Basin L.J. 147.

Kenevan, P. et Winden, A., « Flexible Free Trade : the ASEAN Free Trade Area » (1993) 34 Harvard Int'l L.J. 224.

Kennedy, K.C., « Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization » (2001) 33 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 585.

Keohane, R.O., Moravcsik, A. et Slaughter, A.-M., « Legalized Dispute Resolution : Interstate and Transnational » (2000) 54 I.O. 457.

Kessie, E., « Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO » (2000) 34:6 J. World T. 1.

Killmann, B.-R., « The Access of Individuals to International Trade Dispute Settlement » (1996) 3 J. Int'l Arb. 143.

Kirby, M.D., « CER, Trans-Tasman Courts and Australasia » [1983] N.Z.L.J. 304.

Klebes-Pelissier, A., « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine » (2002) 38 R.T.D. eur. 183.

Klein, P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité » (1988) 21 Rev. B.D.I. 184.

Knox, J.H., « A New Approach to Compliance with International Environmental Law : The Submission Procedure of the NAFTA Environmental Commission » (2001) 28 Ecology L.Q. 1.

Knull, W.H. et Rubins, N.D., « Betting the Farm on International Arbitration : Is it Time to Offer an Appeal Option? » (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 531.

Kodama, Y., « Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment : the Quest for an Effective Investment Dispute Settlement Mechanism an dits Failure » (1999) 16 J. Int'l Arb. 45.

Koh, H.H., « Transnational Legal Process » (1996) 75 Neb. L. Rev. 181.

Kolkey, D.M., « Attacking Arbitral Awards : Rights of Appeal and Review in International Arbitration » (1998) 22 Int'l Lawyer 693.

Komuro, N., « *Kodak-Fuji Film* Dispute and the WTO Panel Ruling » (1998) 32:5 J. World T. 161.

Koskenniemi, M., « Solidarity Measures : State Responsibility as a New International Order? » (2001) 72 Brit. Y.B. Int'l L. 337.

Kupfer Schneider, A., « Democracy and Dispute Resolution : Individual Rights in International Trade Organizations » (1998) 19 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 587.

Kupfer Schneider, A., « Getting Along : the Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations » (1999) 20 Mich. J. Int'l L. 697.

Kuyper, P.J., « The Law of GATT as a Special Field of International Law : Ignorance, further Refinement or Self-Contained System of International Law? » (1994) 25 Netherl. Y.B. Int'l L. 227.

Leckow, R.B. et Mallory, I.A., « The Relaxation of Foreign Investment Restrictions in Canada » (1991) 6 I.C.S.I.D. Rev. 1.

Lemaire, A., « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'*ALÉNA* » [2001] Rev. arb. 43.

Lesguillons, H., « Origines et développements du règlement sur les obstacles au commerce (ROC) » [2000] R.D.A.I. 959.

Lévesque, C., « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international » (2003) 33 R.G.D. 39.

Long, O., « La place du droit et ses limites dans le système commercial multilatéral du GATT » (1983) 182 Rec. cours 9.

Lukas, M., « The Role of Private Parties in the Enforcement of the Uruguay Round Agreements » (1995) 29:5 J. World T. 181.

Malaguti, M.-C., « Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization » (1998) 32:3 J. World T. 117.

Marceau, G. et Stilwell, M., « Practical Suggestions for *Amicus Curiae* Briefs before the WTO Adjudication Bodies » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 155.

Markell, D.L., « The Commission for Environmental Cooperation's Citizen Submission Process » (2000) 12 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 545.

Martha, R.S.J., « Representation of Parties in World Trade Disputes » (1997) 31:2 J. World T. 83.

Mavroidis, P.C. *et al.*, « Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results? » (1998) 32:2 J. World T. 147.

McCalley, P., « The Dangers of Unregulated Counsel in the WTO » (2005) 18 Geo. J. Legal Ethics 975.

McDonagh, A., « Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire : le cas de l'article 175 du *Traité CE* » (1994) 30 C. de D. eur. 606.

McLarty, T., « GATT 1994 Dispute Settlement : Sacrificing Diplomacy for Efficiency in the Multilateral Trading System? » (1994) 9 Flor. J. Int'l L. 241.

McNeil, D., « The First Case under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement : The European Union's Hormone Ban » (1998) 39 Vir. J. Int'l L. 89.

McRae, D.M., « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law » (1996) 260 Rec. cours 99.

McRae, D.M., « Trade and Environment : Competition, Cooperation or Confusion? » (2003) 41 Alta. L. Rev. 745.

McRae, D.M., « What is the Future of WTO Dispute Settlement? » (2004) 7 J. Int'l Econ. L. 3.

Mensah, T.A., « International Tribunal for the Law of the Sea and the Private Maritime Sector » (1999) 27 Int'l Bus. Lawyer 319.

Mertus, J., « Considering Nonstate Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application » (2000) 32 N.Y. Univ. J. Int'l L. & Pol'y. 537.

Hilf, M., « The Role of National Courts in International Trade Relations » (1996-97) 18 Mich. J. Int'l L. 321.

Mercurio, B., « Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization : The Dispute Settlement Understanding Review—Making it Work? » (2004) 38:5 J. World T. 795.

Miller, M., « The TRIPS Agreement and Direct Effect in European Community Law : You Can Look… But Can You Touch? » (1999) 74 Notre Dame L. Rev. 597.

Montana I Mora, M., « A GATT with Teeth : Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes » (1993) 31 Colum. J. Transnat'l L. 103.

Mortensen, M., « Judgements Extension under CER » [1999] N.Z.L. Rev. 237.

Nghee, L.Y., « Restauring Foreign Investor Confidence in ASEAN : Legal Framework for Dispute Settlement Processes » (1998) 19 Sing. L. Rev. 145.

Nichols, P.M., « Two Snowflakes are Alike : Assumptions Made in the Debate over Standing before World Trade Organization Dispute Settlement Boards » (2000) 24 Fordham Int'l L.J. 427.

Orrego Vicuña, F., « Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement » (2000) 15 I.C.S.I.D. Rev. 340.

Osterhoudt Berkey, J., « The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT : A Question Worth Revisiting » (1998) 9 Eur. J. Int'l L. 626.

Ostrihansky, R., « Settlement of Interstate Trade Disputes : The Role of Law and Legal Procedures » (1991) 12 Netherl. Y.B. Int'l L. 163.

Pace, V., « Cinq ans après sa mise en place: la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC » (2000) 104 Rev. D.I.P. 615.

Papaioannou, A., « Security of Energy Supply: the Approach in the European Union and the Contribution of the Energy Charter Treaty » (1995) 3:2 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 34.

Parlin, C.C, « Operation of Consultations, Deterrence, and Mediation » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 565.

Parra, A.R., « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Treaties and Multilateral Intruments on Investment » (1997) 12 I.C.S.I.D. Rev. 287.

Partori, A., « Marché commun du Sud, MERCOSUR », (1993) 372 Rev. M.C.U.E. 778.

Paust, J.J., « Self-Executing Treaties » (1988) 82 A.J.I.L. 760.

Pauwelyn, J., « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules—Toward a More Collective Approach » (2000) 94 A.J.I.L. 335.

Pearlman, J.C., « Participation by Private Counsel in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings » (1999) 30 L. & Pol'y Int'l Bus. 399.

Peters, P., « Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties » (1991) 22 Netherl. Y.B. Int'l L. 91.

Pinto, M., « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme » (2002) 106 Rev. D.I.P. 513.

Poirat, F., « L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées » (1998) 102 Rev. D.I.P. 45.

Porrata-Doria Jr., R.A., « MERCOSUR : The Common Market of the Twenty-First Century? » (2004) 32 Ga. J. Int'l & Comp. L. 1.

Price, D.M., « An Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement » (1993) 27 Int'l Lawyer 727.

Prove, P., « The Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement » (1995) 1 Int'l Trade & Bus. L.J. 113.

Ragosta, J.A., « Unmasking the WTO—Access to the DSB System : Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"? » (2000) 31 L & Pol'y Int'l Bus. 739.

Rambaud, P., « Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger (sentence *AAPL c. Sri Lanka*) » (1992) 38 Ann. fran. dr. int. 501.

Reich, A., « From Diplomacy to Law : The Juridicization of International Trade Relations » (1996-97) 17 Nw. J. Int'l L. & Bus. 775.

Rivas-Campo, J.A. et Juk Benke, R.T., « FTAA Negotiations : Short Overview » (2003) 6 J. Int'l Econ. L. 661.

Robbins, J., « False Friends : Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals under the Hot-Rolled Lead/Asbestos Doctrine » (2003) 44 Harv. Int'l L.J. 317.

Roberts, L.D., « Beyond Notions of Diplomacy and Legalism : Building a Just Mechanism for WTO Dispute Resolution » (2003) 40 Am. Bus. L.J. 511.

Rubino-Sammartano, M., « An International Arbitral Court of Appeal as an Alternative to Long Attacks and Recognition Proceedings » (1989) 6 J. Int'l Arb. 181.

Ruiz Fabri, H., « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C. : trois ans après, quinze rapports plus tard » (1999) 103 Rev. D.I.P. 47.

Ruiz Fabri, H., « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce » (2000) 127 J.D.I. 605.

Ryba, B.-C., « L'Union européenne et l'Europe de l'Est, l'évolution des relations de la Communauté (devenue Union européenne) avec l'Europe de l'Est et les perspectives d'avenir » [1994] Rev. M.C.U.E. 564.

Sacerdoti, G., « Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection » (1997) 269 Rec. cours 251.

Salacuse, J.W., « BIT by BIT : The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Direct Investment in Developing Countries » (1990) 24 Int'l Lawyer 655.

Santulli, C., « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? Des organes répressifs à l'O.R.D. » (2000) 46 Ann. fr. dr. int. 58.

Saucier, E., « Les aspects procéduraux du mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventionnement » (1991) 25 R.J.T. 523.

Sauvé, P., « Qs and As on Trade, Investment and the WTO » (1997) 31:4 J. World T. 55.

Schermers, H., « Some Recent Cases Delaying the Direct Effect of International Treaties in Dutch Law » (1989) 10 Mich. J. Int'l L. 266.

Schleyer, G.T., « Power to the People : Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Resolution System » (1997) 65 Fordham L. Rev. 2275.

Schoenbaum, T.J., « WTO Dispute Settlement : Praise and Suggestion for Reform » (1998) 47 I.C.L.Q. 647.

Schwarzenberger, G., « The Principles and Standards of International Economic Law » (1966) 117 Rec. cours 1.

Schwebel, S.M. et Wetter, J.G., « Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies » (1966) 60 A.J.I.L. 484.

Schwebel, S.M., « Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited » (1989) 23 Int'l Lawyer 951.

Seroin, I., « L'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités dans le cadre de l'*ALÉ*, de l'*ALÉNA*, du GATT et de l'OMC » (2000) 34 R.J.T. 647.

Shaw, M.N., « The International Court of Justice : A Practical Perspective » (1997) 46 I.C.L.Q. 831.

Shell, G.R., « Trade Legalism and International Relations Theory : An Analysis of the World Trade Organization » (1995) 44 Duke L.J. 829.

Shell, G.R., « The Trade Stakeholder Model and Participation by Nonstate Parties in the World Trade Organization » (1996) 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 359.

Shelton, D., « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings » (1994) 88 A.J.I.L. 611.

Shihata, I.F.I., « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Roles of ICSID and MIGA » (1986) 1 I.C.S.I.D. Rev. 1.

Shihata, I.F.I. et Parra, A.R., « Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties : The Case of Arbitration Under the ICSID Convention » (1994) 9 I.C.S.I.D. Rev. 47.

Shihata, I.F.I et Parra, A.R., « The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes » (1999) 14 I.C.S.I.D. Rev. 299.

Simma, B., « Self-contained Regimes » (1985) 16 Netherl. Y.B. Int'l L. 111.

Slaughter, A.-M., « A Global Community of Courts » (2003) 44 Harv. Int'l L.J. 191.

Sloss, D., « Non-Self Executing Treaties : Exposing a Constitutional Fallacy » (2002) 36 U.C. Davis L. Rev. 1.

Stern, B., « La protection diplomatique des investissements internationaux : de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse » (1990) 117 J.D.I. 897.

Stern, B., « Et si on utilisait le concept du préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États » (2001) 47 Ann. fran. dr. int. 3.

Stern, B., « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur » [2002] Rev. arb. 329.

Stern, B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC » (2003) 107 Rev. D.I.P. 257.

Swaak-Goldman, O.Q., « The Energy Charter Treaty and Trade: A Guide to the Labyrinth » (1996) 30:5 J. World T. 115.

Tanaka, M., « Bridging the Gap Between Northern NGOs and Southern Sovereigns in the Trade Environment Debate : The Pursuit of Democratic Dispute Settlements in the WTO Under the Rio Principles » (2003) 30 Ecology L.Q. 113.

Taylor, J.M., « Dispute Settlement Under the FTAA : An Apparent Melding of WTO, NAFTA and MERCOSUR Approaches » (2002) 19 J. Int'L Arb. 393.

Thomas, J.C., « Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11 » (1999) 37 A.C.D.I. 99.

Trachtman, J.P., « Bananas, Direct Effect and Compliance » (1999) 10 Eur. J. Int'l L. 655.

Trachtman, J.P. et Moremen, P.M., « Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement : Whose Right Is It Anyways? » (2003) 44 Harv. Int'l L.J. 221.

Treves, T., « The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea » (1997) 37 Indian J. Int'l L. 396.

Treves, T., « Private Maritime Law Litigation and the International Tribunal for the Law of the Sea » (1999) 63 RabelsZ. 350.

Turp, D., « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends » (1992) 38 Ann. fran. dr. int. 808.

Umbricht, G.C., « An "Amicus Curiae Brief" on Amicus Curiae Briefs at the WTO » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 773.

Vadcar, C., « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud » (1998) 125 J.D.I. 9.

Vagts, D.F., Recension de *East-West Gateway for Investment and Trade* de T.W. Wälde (1997) 91 A.J.I.L. 403.

Vandevelde, K.J., « The Bilateral Investment Treaty Programme of the United States » (1988) 21 Cornell Int'l L.J. 201.

VanDuzer, J.A., « Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11 : The Shape of Things to Come? » (1997) 35 A.C.D.I. 263.

Van Eeckhaute, J.C., « Private Complaints against Foreign Unfair Trade Practices : The EC Trade Barriers Regulation » (1999) 33:6 J. World T. 199.

Van Ert, G., « Using Treaties in Canadian Courts » (2000) 38 A.C.D.I. 3.

Vazquez, C.M., « The Four Doctrine of Self-Executing Treaties » (1995) 89 A.J.I.L. 695.

Verhoosel, G., « The Use of Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law » (2003) 6 J. Int'l Econ. L. 493.

Villalpando, S.M., « Attribution of Conduct to the State : How the Rules of State Responsibility May be Applied within the WTO Dispute Settlement System » (2002) 5 J. Int'l Econ. L. 393.

Waeterloos, C., « Une charte européenne de l'énergie : pour quoi faire ? » [1991] Rev. M.C.U.E. 439.

Wälde, T.W., « International Investment Under the Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors Within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries » (1995) 29:5 J.World T. 5.

Wälde, T.W., « Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty—From Dispute Settlement to Treaty Implementation » (1996) 12 Arb. Int'l 429.

Ward, A., « Judicial Architecture at the Cross-Roads : Private Parties and Challenge to EC Measures Post-Jégo Quéré » (2001) 4 Cambridge Y.B. Eur. Leg. Stud. 413.

Waters, D.W.M., « Liability and Remedy : An Adjustable Relationship » (2001) 64 Sask. L. Rev. 429.

Weil, P., « The State, the Foreign Investor, and International Law : The No Longer Stormy Relationship of a *Ménage À Trois* » (2000) 15 I.C.S.I.D. Rev. 401.

Wethington, O.L., « Commentary on Consultation Mechanism Under the WTO Dispute Settlement Understanding During its First Five Years » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 583.

Wha Chang, S. « Taming Unilateralism Under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Section 301-310 of the Trade Act of 1974 » (2000) 31 L. & Pol'y Int'l Bus. 1151.

White, G.M., « Legal Consequences of Wrongful Acts in International Economic Law » (1985) 16 Netherl. Y.B. Int'l L. 137.

Williamson, J., « What Should the World Bank Think About the Washington Consensus? » (2000) 15 *World Bank Research Observer* 251.

Wiltse, J.S., « An Investor-State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas : Lessons from NAFTA Chapter Eleven » (2003) 51 Buffalo L. Rev. 1145.

Young, M.K., « Dispute Resolution in the Uruguay Round : Lawyers Triumph over Diplomats » (1995) 29 Int'l Lawyer 389.

Yrarrazavale C., J., « Foreign Investment under NAFTA : Implications for Chile » (1994) 25 R.G.D. 455.

Zonnekeyn, G.A., « The Appellate Body's Communication on *Amicus Curiae* Briefs in the *Asbestos* Case : An Echternach Procession? » (2001) 35:3 J. World T. 553.