



DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE ET DROIT À LA SANTÉ : QUESTIONS SUR LE RÔLE DES RÈGLES EXTERNES DANS LE MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC

Silvio DA SILVA

Doctorant et assistant de recherche à l'Université de Lausanne

et

Andreas R. ZIEGLER

Professeur à l'Université de Lausanne

I. FONDEMENT INTERNATIONAL DU DROIT À LA SANTÉ : LES DISPOSITIONS PROTÉGEANT LA SANTÉ EN TANT QUE DROIT DE L'HOMME	328
II. APPLICABILITÉ DIRECTE DE NORMES DE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL	331
III. CONCLUSION	344

Nombreux sont les détracteurs de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'OMC symbolise la globalisation, ses avantages comme ses inconvénients. L'envergure des protestations ayant eu lieu durant la Conférence ministérielle de Seattle de 1999 est un souvenir du fort sentiment que l'opinion publique attache à l'impact du commerce¹. Loin d'être un événement isolé, il s'agissait là de la critique récurrente adressée au marché mondial, celle de viser le profit, au détriment d'autres intérêts communs légitimes. Cette critique n'est pas récente, puisqu'auparavant il était également reproché aux parties signataires de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 de ne pas protéger des considérations autres qu'économiques².

Aujourd'hui, nous assistons à une remise en question de la politique de la mondialisation³ dont le futur présente des incertitudes. L'un des chevaux de bataille de ce débat fut la discussion sur la légitimité du mécanisme d'arbitrage d'investissements dans les négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, communément appelé « TTIP », entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne⁴. Ce sujet a suscité de vives critiques⁵ amenant ainsi la Commission européenne à mener des consultations publiques, qui ont récolté près de 150.000 contributions du public. La crainte d'une perte de pouvoir de légiférer des États afin de protéger les intérêts légitimes des citoyens était au cœur du débat.

Le 2 octobre 2017, Roberto Azevêdo, directeur général de l'OMC, prononça une allocution au Forum social du Conseil des droits de l'homme appelant la communauté internationale à « agir de concert pour le droit à la santé »⁶ et expliquant comment l'OMC contribue à la réalisation de ce droit. Il soulignait les avancées réalisées pour protéger la santé, surtout celles liées au récent et premier amendement

1. 35.000 personnes ont protesté dans les rues de Seattle aux États-Unis pendant la Conférence ministérielle de l'OMC qui se tenait en 1999. Voy. à ce sujet E.E. MURPHY, « The Lessons of Seattle: Learning from the Failed Third WTO Ministerial Conference », *Transnational Lawyer*, vol. 13, n° 2, 2000, p. 273.

2. G. MARCEAU et J. GORDON WYATT, « Trade and the environment: The WTO's Efforts to Balance Economic and Sustainable Development », in *Économie, environnement, éthique : de la responsabilité sociale et sociétale : Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain* (R. TRIGO TRINDADE, H. PETER, Chr. BOVEZ dir.), Genève, Schulthess, 2009, p. 225.

3. En anglais, le terme de « *globalization backlash* » est utilisé. Voy. à ce sujet, « Globalisation: The Rise and Fall of an Idea that Swept the World », *The Guardian*, 14 juillet 2017, <https://www.theguardian.com/world/2017/jul/14/globalisation-the-rise-and-fall-of-an-idea-that-swept-the-world>.

4. S. LESTER, « The ISDS Controversy: How We Got Here and Where Next », *International Centre for Trade and Sustainable Development*, 1^{er} juin 2016, <https://www.ictsd.org/opinion/the-isds-controversy-how-we-got-here-and-where-next>.

5. Voy., par exemple, The Greens (European Free Alliance) in the European Parliament, « EU-US Trade Negotiations (TTIP) Investor Dispute Mechanism Trojan Horse Must Be Excluded from TTIP », 21 janvier 2014, <https://www.greens-efa.eu/en/article/eu-us-trade-negotiations-ttip/>.

6. R. AZEVÊDO, « La communauté internationale doit agir de concert pour garantir le droit à la santé », 2 octobre 2017, discours consultable sur https://www.wto.org/french/news_f/spra_f/spra190_f.htm.

apporté aux Accords de l'OMC⁷. En effet, les États membres de l'OMC ont modifié l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁸ (ADPIC) afin de faciliter l'accès à des médicaments génériques dans le cadre des licences obligatoires. Cette avancée est une victoire à saluer.

Néanmoins, malgré l'apparition croissante de problèmes d'ampleur mondiale à l'intersection de plusieurs domaines du droit international, le cadre juridique de leur relation demeure incertain. Ceci est d'autant plus alarmant que le nombre d'organisations internationales et de traités continuent de proliférer, augmentant ainsi considérablement le risque de droits et obligations contradictoires devant être respectés par les États. En outre, la contradiction apparente entre ces normes, qui protègent des valeurs divergentes, contribue à enflammer l'opposition envers l'un ou l'autre des domaines spécialisés du droit international. De surcroît, l'égalité prolifération des tribunaux internationaux et l'absence de hiérarchie formelle entre ceux-ci donne lieu à une incertitude juridique croissante. Il s'agit là du phénomène de fragmentation du droit international, apporté au-devant de la scène en 2001 par l'ancien président de la Cour internationale de justice lors d'une allocution devant l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies (ONU)⁹.

Depuis 2001, il existe un débat sur les réelles répercussions d'une fragmentation de l'ordre international. Certains estiment que les efforts de coopération entre les entités qui élaborent des normes et le phénomène de références entre les tribunaux internationaux ont suffi à éviter les effets les plus néfastes. Par exemple, l'OMC prévoit aux Articles III, § 5, et V de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « Accord de Marrakech ») les bases légales pour une coopération avec d'autres organisations intergouvernementales afin de permettre plus de cohérence dans l'élaboration de leurs politiques. Ainsi, il est question de s'assurer lors de l'élaboration des normes que celles-ci ne soient pas en conflit. Cette coopération peut parfois faire défaut et donner lieu à des conflits manifestes, comme ce fut le cas pour certains accords environnementaux multilatéraux. Néanmoins, ce n'est que lorsqu'un tribunal est amené à trancher un cas particulier que des éventuels conflits font surface et que celui-ci devrait être emmené à se pencher sur la relation entre les normes.

La présente contribution cherche à clarifier la manière dont les groupes spéciaux et l'Organe d'appel au sein de l'OMC appréhendent les normes de droit international qui ne sont pas contenues dans les accords de l'OMC. Nous nous aiderons du litige survenu à la suite de l'adoption par l'Australie d'une loi réglementant les modalités de vente des produits du tabac, et plus particulièrement la

7. Amendement adopté selon la procédure de l'article X de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

8. Plus connu sous l'abréviation provenant de l'anglais « TRIPS ».

9. G. GUILLAUME, « Discours de S. Exc. M. Gilbert Guillaume, Président de la Cour Internationale de Justice, à l'Assemblée Générale des Nations unies », 30 octobre 2011, <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/4/2994.pdf>.

vente de cigarettes, le *Tobacco Plain Packaging Act 2011*¹⁰ (ci-après la « loi » ou la « mesure »). En effet, cette loi adoptée en décembre 2011 a surtout eu pour objectif d'améliorer la santé publique en décourageant la consommation de produits du tabac auprès du grand public. Pour atteindre cet objectif, la mesure requiert que des emballages uniformisés soient utilisés pour tous les produits vendus en Australie. La surface des emballages est principalement recouverte d'images d'avertissements¹¹ et d'une couleur utilisés pour décourager la consommation des produits. Ainsi, il est uniquement possible de distinguer les différentes marchandises concurrentes par le nom de leur marque et la description de leurs produits respectifs, affichés en caractères et couleurs également standardisés. En outre, la loi précise avoir également comme but de respecter les obligations de l'Australie vis-à-vis de la Convention-Cadre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour la lutte antitabac (ci-après « FCTC », en version anglaise *Framework Convention on Tobacco Control*)¹².

Dans une première partie, les normes juridiques qui fonderaient un droit à la santé en potentiel conflit avec les normes de droit de l'OMC seront présentées. Néanmoins, puisque ces normes peuvent être examinées dans le cadre normatif du règlement des différends au sein de l'OMC, il est crucial d'examiner les barrières potentielles, la compétence juridictionnelle et le droit applicable, qui engendrent des réticences au sein de l'OMC à s'ouvrir à d'autres normes de droit international.

I. Fondement international du droit à la santé : les dispositions protégeant la santé en tant que droit de l'homme

En 1945, une mention de la santé est incluse à l'article 55 de la Charte des Nations unies. Il ne s'agissait à ce moment-là que d'une problématique parmi d'autres à la charge de la surveillance des Nations unies afin d'assurer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires à la paix entre les États. Puis, le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé déclara en 1948 que « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain ». La protection se renforça grâce à la naissance d'un nouveau *corpus* de droit international spécialisé : les droits de l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit à l'article 25 que tout un chacun a un droit à un « niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille [...] »¹³.

10. Consultable sur <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00892>.

11. Voy. art. 19 et 20 Tobacco Plain Packaging Act 2011.

12. Art. 3, § 1^{er}, (b), Tobacco Plain Packaging Act 2011.

13. B. SAUL, D. KINLEY et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, OUP, 2014, p. 978.

La disposition clé consacrant un droit à la santé contraignant étendu à tout individu est prévue dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après « Pacte ONU II »). En effet, son article 12 reconnaît le « droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ». Ce traité est l'un des principaux instruments des droits de l'homme, étant l'un des trois textes composant ladite « Charte internationale des droits de l'homme ». Plusieurs autres traités ont par la suite octroyé des droits dans des cas particuliers, notamment afin d'apporter une protection à des groupes vulnérables nécessitant une protection accrue¹⁴.

Ainsi, le droit à la santé forme partie intégrante des droits de l'homme. Bien que l'*existence* de ce droit soit avérée et incontestable, certaines précisions doivent être apportées sur son contenu. Le Pacte ONU II est doté d'un Comité chargé d'interpréter et surveiller la mise en application de ses dispositions. L'Observation générale n° 14 établie par ce Comité formule de manière plus précise le contenu de ce droit. Selon l'Observation générale, les États ont l'obligation d'assurer la protection de leurs citoyens contre des atteintes par des tierces parties, notamment dans les domaines d'activités commerciales qui concernent la vente de produits du tabac¹⁵.

Bien que le Pacte ONU II soit un traité contraignant pour les États qui l'ont ratifié, les Observations générales émises par le Comité sont uniquement des aides à l'interprétation. Ce qui laisserait aux États l'opportunité d'avoir des vues divergentes quant à l'interprétation de ces dispositions. Néanmoins, comme le relèvent certains auteurs¹⁶, dans le cadre des rapports périodiques soumis par les États¹⁷ concernant la mise en œuvre du traité, les États signataires sont évalués à l'aune de ces Observations. Celles-ci sont alors dotées d'une forte légitimité. En outre, un protocole additionnel au Pacte ONU II est en vigueur depuis 2013. Ce protocole ouvre la possibilité pour les individus d'adresser des communications au Comité afin de faire part des violations qu'ils auraient subies concernant les droits reconnus par le Pacte. Dans ce cas précis, le Comité émet des avis quant à l'étendue des droits du Pacte ONU II qui seront contraignants. Néanmoins, seuls 22 États sont liés par ce protocole à la date de la rédaction de la présente contribution.

14. Entre autres, les dispositions suivantes : art. 5, § e, (iv), Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (adoptée le 21 décembre 1956, entrée en vigueur le 4 janvier 1969) ; art. 12 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981) ; art. 24 Convention relative aux droits de l'enfant (adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

15. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14 : le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12), adopté à la 22^e session du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 11 août 2000, E/C.12/2000/4, § 51.

16. T. BAYTOR et O. CABRERA, « International Human Rights Law », in *Regulation Tobacco, Alcohol, and Unhealthy Foods* (T. VOON, A. MITCHELL et J. LIBERMAN dir.), Londres, Routledge, 2015, p. 74.

17. Selon l'art. 16 Pacte ONU II.

La nature même du Pacte ONU II entraîne pour conséquence de faire varier le contenu effectif des obligations d'un État à l'autre. Les parties au traité doivent respecter un certain nombre d'obligations immédiates : l'obligation d'agir (art. 2, § 1^{er}, Pacte ONU II), c'est-à-dire prendre des mesures en vue de la réalisation des droits, l'obligation d'assurer la réalisation progressive des droits du Pacte et l'obligation de non-discrimination dans la réalisation de ces droits (art. 2, § 2, Pacte ONU II). Ainsi, les États bénéficient d'une « souplesse nécessaire » dans la mise en œuvre du catalogue des droits du Pacte. Bien entendu, cela ne « saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif »¹⁸.

L'instrument clé dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac* est la FCTC. Il s'agit du premier traité contraignant signé sous l'égide de l'OMS, selon la procédure à l'article 19 de sa constitution. Ce qui est en fort contraste avec la pratique générale de l'Organisation et ses membres, qui ont le plus souvent recours à des instruments non contraignants pour permettre plus de consensus, gage d'un fort soutien de la communauté internationale concernant la lutte contre le tabac. De nombreux États sont parties au traité, dont l'Australie, où il est entré en vigueur le 27 février 2005. Ce traité réaffirme, en son Préambule, la volonté des parties de donner priorité au droit à la santé et prévoit l'obligation pour les États de mettre en place des législations afin de diminuer la consommation des produits du tabac.

Nombreux sont les auteurs à considérer que les mesures de contrôle concernant la commercialisation du tabac font partie du droit à la santé¹⁹ et qu'ainsi la FCTC serait une concrétisation de ce droit. En effet, plusieurs comités de l'ONU voient le respect de la FCTC comme faisant partie du droit à la santé. Ainsi, si un tel lien est établi, on appliquerait cumulativement l'article 12 du Pacte ONU et la FCTC.

Nonobstant le rapport entre le Pacte ONU II et la FCTC, cette dernière comporte en elle-même un certain nombre d'obligations qui pourraient être en conflit avec les accords de l'OMC. La convention prévoit, entre autres, l'adoption de taxes (art. 6 FCTC), la réglementation des composants de fabrication utilisables (art. 9 FCTC), des normes contenant des obligations relatives à l'aspect des emballages (art. 11 FCTC) et portant sur la publicité (art. 13 FCTC). Les articles 11 et 13 sont dotés d'un langage contraignant qui violerait des obligations de l'OMC. L'article 11 prévoit l'adoption dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de la FCTC de plusieurs contraintes quant à l'emballage. L'article 13, § 2, prévoit l'interdiction globale de toute publicité.

18. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 3 : la nature des obligations des États parties (art. 2, § 1, Pacte), adopté à la 5^e session du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 14 décembre 1990, E/1991/23, § 9.

19. V. SARA VADI, « Reconciling Public Health and Investor Rights: The Case of Tobacco », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (P.-M. DUPUY, Fr. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN dir.), Oxford, OUP, 2009, p. 453.

Certaines autres normes ont un langage purement exhortatif, ne créant pas d'obligation pour les États parties. L'interprétation que l'on fait de ces clauses peut aboutir à considérer l'existence d'une obligation contenue dans un autre accord international, qui serait alors en conflit direct avec les obligations de l'OMC. Comment une telle situation serait-elle réglée lors d'un différend ?

II. Applicabilité directe de normes de droit international général

A. Cadre théorique tendant à l'interaction de ses normes

Avant d'entamer le conflit de normes dans le cadre de l'OMC, quelques réflexions sur la problématique de la fragmentation dans le droit international sont nécessaires. Il n'existe pas de définition communément admise pour le terme « fragmentation ». Celui-ci englobe un nombre de phénomènes dont les principaux sont la « multiplication des instances juridictionnelles internationales » et le développement du droit dans des régimes juridiques autonomes (ou autosuffisants), c'est-à-dire isolés du reste du droit international général. Nous nous concentrerons sur cette deuxième notion.

La notion de régime juridique autosuffisant est née à la suite de l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Otages*²⁰. La Cour avait alors déclaré que « les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même »²¹. L'idée était ainsi posée que les différents régimes juridiques du droit international, tels que le droit du commerce international et les droits de l'homme, coexistent sans pour autant interagir. Bien que ce terme ne dispose également pas d'une définition communément reconnue, la doctrine en a fait ressortir les caractéristiques principales : des normes réglementant un domaine particulier ou des relations factuelles prévoyant des droits et obligations pour les acteurs à l'intérieur du régime (normes primaires), mais également des normes prévoyant des moyens et mécanismes tendant à assurer le respect de son application, le règlement des litiges, la modification ou l'amendement des engagements, ainsi que les mesures en cas de violations (normes secondaires), dont le dessein est de remplacer et exclure l'application du droit international général²².

La Commission du droit international s'est penchée sur la question en créant un groupe d'étude sur la fragmentation du droit international. Dans son rapport de 2006, celle-ci souligne la nature du droit international en tant que *système* juridique.

20. Cour internationale de justice, Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (*États-Unis d'Amérique c. Iran*), arrêt du 24 mai 1980, *CIJ Recueil*, 1980.

21. *Ibid.*, § 86.

22. E. KLEIN, « Self-Contained Regime », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, novembre 2006, § 1^{er} (nous traduisons).

C'est-à-dire que « le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de normes ». Il existe alors une relation entre les différentes normes de droit international qui doit être établie. La relation la plus répandue est celle de *lex specialis* entre les différents régimes. Ainsi, il est prôné d'abandonner la notion de « régime juridique autosuffisant » créée par la Cour internationale de justice, en faveur de régimes juridiques spécialisés. Deux corollaires découlent de ceci : le premier étant l'inexistence de régime juridique entièrement isolé du reste du droit international, et le deuxième, l'existence d'une relation entre les normes des différents régimes juridiques spécialisés.

La vision de la place de l'OMC comme partie intégrante au sein du *corpus* du droit international n'a pas toujours été claire. Pour beaucoup de praticiens, surtout sous l'égide de l'ancien Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), le système était clairement considéré comme isolé du reste du droit international. Cependant, lors du premier rapport émis par l'Organe d'appel, celui-ci a fameusement déclaré « la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public ». Ce fut une étape importante dans la relation entre le droit international et le droit du commerce international²³. Il est aujourd'hui communément admis que le droit de l'OMC est un régime juridique spécialisé, et ainsi n'est pas isolé du droit international²⁴.

Malgré cette relation et l'existence de normes susceptibles d'être simultanément applicables à un état de fait particulier, l'examen de cet état de fait ne se fait pas *in abstracto*. En effet, un juge international est encadré par les limites prévues par le traité constitutif ayant institué sa compétence. Dès lors, les membres de l'Organe d'appel sont continuellement amenés à s'interroger sur la relation entre le droit de l'OMC et le droit international général. Ainsi, il est préalablement nécessaire d'établir si une limitation de sa compétence *ratione materiae* n'érige pas une barrière à l'application d'autres normes internationales²⁵.

La notion de compétence vise à déterminer si un tribunal s'est vu attribuer le pouvoir de trancher le litige entre des parties, avec force obligatoire. Concernant l'Organe d'appel et les groupes spéciaux, ceux-ci sont pourvus du principe de la compétence-compétence et ont ainsi un droit à juger de leur propre pouvoir. Le traité est silencieux sur les conditions qui doivent être nécessairement satisfaites afin que la compétence soit reconnue. L'article 23.1 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après « DSU ») a été formulé de

23. P. VAN DEN BOSSCHE et W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4^e éd., Cambridge, CUP, 2017, p. 66.

24. *Ibid.* ; G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *Eur. J. Int'l L.*, vol. 13, n° 4, 2002, p. 766.

25. Pour une étude empirique à l'échelon national et régional où cet obstacle n'est pas présent, se référer à A. ZIEGLER et B. BOIE, « The Relationship between International Trade Law and International Human Rights Law », in *Hierarchy in International Law – The Place of Human Rights* (E. DE WET et J. VIDMAR dir.), Oxford, OUP, 2012, pp. 272-299.

sorte que les États parties n'aient pas la faculté de se soustraire à leur consentement d'être soumis à un litige. Ainsi, le règlement de différends de l'OMC a force obligatoire dès qu'une partie initie le litige. En outre, l'article 1.1 du DSU prévoit que :

« [L]es règles et procédures du présent mémorandum d'accord *s'appliqueront aux différends* soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends *des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord* (dénommés dans le présent mémorandum d'accord les "accords visés") ».

Bien que cela ne ressorte pas explicitement du texte, ceci a été interprété comme octroyant la compétence *ratione materiae* aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel sur les différends entre États membres portant sur les « accords visés », c'est-à-dire couvrant tous les accords de l'OMC tels que listés dans l'appendice 1^{er}. Enfin, ce sont les « mesures » prises par les États membres qui sont l'objet des litiges. Ce terme a été défini de manière très large :

« En principe, tout acte ou omission imputable à un Membre de l'OMC peut être une mesure de ce Membre aux fins d'une procédure de règlement des différends »²⁶.

De façon plus controversée et ayant une importance capitale pour l'application des traités ne faisant pas partie de l'OMC, certains auteurs considèrent que la compétence du règlement des différends est limitée au mandat qui leur a été attribué par les États membres. La notion de « mandat » apparaît à l'article 7 du DSU et désigne les instructions adressées aux groupes spéciaux les invitant à :

« Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'[des] accord[s] visé[s] cité[s] par les parties au différend), *la question portée devant l'ORD* par (nom de la partie) dans le document ... ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit [lesdits] accord[s] »²⁷.

Néanmoins, ce terme est apparu à plusieurs reprises dans la jurisprudence et la doctrine où il est employé comme synonyme de *compétence* ou afin de désigner les tâches attribuées à l'organe de règlement des différends. De façon plus pragmatique, si un groupe spécial ou l'Organe d'appel outrepassa ses fonctions, pourrait-on arguer de l'absence de compétence ? Enfin, dans le cas où la compétence serait restreinte aux « accords couverts », est-ce un frein pour que d'autres traités se voient appliqués ?

Dans l'affaire *Pérou – Produits agricoles*, le Guatemala a initié une procédure à l'encontre du Pérou estimant que celui-ci violait plusieurs de ses obligations en qualité d'État membre de l'OMC. En effet, le Pérou appliquait un « système de

26. Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon (DS244, 2003), § 81.

27. Art. 7 DSU, nous soulignons.

fourchette de prix » où des droits de douanes additionnels étaient imposés à certains produits en sus de ce qui était prévu dans leur liste de concessions tarifaires. Le Pérou a répliqué en soulevant que, dans un accord de libre-échange entre les deux parties, il existait une disposition prévoyant que cette loi serait admise entre les parties. Cela a permis au groupe spécial de se pencher sur sa compétence à examiner d'autres traités internationaux :

« [...] le présent Groupe spécial a uniquement le pouvoir de se prononcer au sujet de l'invocation de toute règle de droit international public applicable aux relations entre les parties, dans la mesure où l'invocation de cette règle de droit international est fondée sur une disposition pertinente des accords visés citée par une des parties au différend »²⁸.

La décision, qui a été soutenue par l'Organe d'appel, permet de répondre à certaines questions. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel disposent de la compétence pour examiner des règles de droit international public tant que cette règle est examinée en relation avec une norme des accords visés, ainsi l'examen de ces dispositions n'est pas hors de la compétence. L'exacte latitude accordée par le terme « est fondée sur une disposition pertinente des accords visés » doit cependant être encore explorée dans des affaires futures.

B. Droit applicable

Les accords de l'OMC ne prévoient pas de disposition spécifiant le droit applicable lors des règlements des litiges par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, de sorte qu'il est usuel de trouver dans la littérature sur ce sujet des références relevant plutôt des *sources* du droit de l'OMC. Ainsi, en se plaçant du point de vue d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ayant à statuer sur un différend, il n'existe pas de clause explicite spécifiant le droit applicable analogue à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice²⁹.

Dans une certaine mesure, l'article 7.1 du DSU, où le mandat des groupes spéciaux est identifié, encadre le litige puisqu'il exige que la ou les mesures litigieuses soient identifiées par le plaignant ainsi que les dispositions légales pertinentes, comme prévu à l'article 6.2 du DSU, ce qui ne pallie pas le problème du droit applicable³⁰. Il est cependant sans équivoque qu'un choix *implicite* a été opéré par les membres de l'OMC. Les références répétées aux articles 1.1, 3.2, 7, 11, 19.2 du DSU aux « accords visés » font que ceux-ci s'inscrivent indéniablement dans les sources

28. Rapport du groupe spécial, Pérou – Droit additionnel visant les importants de certains produits agricoles (DS457, 2014), § 7.69.

29. Commission du droit international, Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport de la Commission du Droit international, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, § 45.

30. Rapport du groupe spécial, Corée – Mesures affectant les marchés publics (DS163, 2000), § 7.101, note de bas de page 755.

applicables. Les accords visés sont ceux listés à l'appendice 1^{er} et comprennent l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, les accords commerciaux multilatéraux et, pour les États membres signataires concernés, les accords commerciaux plurilatéraux. Mais il faut encore ajouter d'autres instruments incorporés par référence dans les « accords visés ». Par exemple, la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques auxquelles il est fait référence dans l'ADPIC.

En ce qui concerne les normes internationales qui ne font pas partie des « accords visés », leur applicabilité demeure controversée et incertaine. Plusieurs auteurs ont argumenté en faveur d'une absence de restriction du droit applicable. Lorand Bartels affirmait, par exemple, que toute source de droit international est potentiellement applicable en tant que droit de l'OMC et que l'absence de mention explicite est alors un silence qualifié³¹. D'autres auteurs réfutent catégoriquement leur application³².

En pratique, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont, à de nombreuses reprises, appliqué d'autres sources de droit international. Pour ce qui est des principes généraux de droit international, nombreux sont les exemples où des principes ont été directement appliqués. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a reconnu l'applicabilité directe du principe de la bonne foi. D'autres principes ayant été directement appliqués comprennent le principe de proportionnalité, le principe de non-rétroactivité³³ ou encore le principe *in dubio mitius*. Quant aux normes faisant partie du droit international coutumier, un groupe spécial dans *Corée – Marché publics* a déclaré :

« Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application »³⁴.

Il s'agit d'une rare occasion où un groupe spécial se soit clairement prononcé sur le droit applicable, du moins en ce qui concerne le droit international coutumier. Ainsi, celui-ci s'appliquera à moins que les États membres n'aient prévu des normes qui y dérogent dans les accords de l'OMC. Il est à souligner que cette décision n'a

31. L. BARTELS, « Applicable law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *Journal of World Trade*, vol. 48, n° 1, 2015, p. 502.

32. G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *Eur. J. Int'l L.*, vol. 13, n° 4, 2002, p. 778.

33. Rapport de l'Organe d'appel, Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée (DS22, 1997), § 15 ; Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (DS27, 1997), § 235 ; Rapport de l'Organe d'appel, Canada – Durée de la protection conférée par un brevet (DS170, 2000).

34. Rapport du groupe spécial, Corée – Mesures affectant les marchés publics (DS163, 2000), § 7.96.

pas fait l'objet d'un appel et à ce jour, l'Organe d'appel n'a pas eu à se prononcer sur cette question.

Par conséquent, l'absence de jurisprudence sur le sujet et la tendance à admettre certaines immixtions de normes de droit international général laisse ouverte la possibilité d'appliquer d'autres normes de droit international, sous réserve des observations que nous aborderons dans la section suivante.

C. Application d'autres traités internationaux dans le règlement de différends de l'OMC

Une fois que les contraintes juridictionnelles de la compétence et du droit applicable sont respectées, il est envisageable que des normes de droit international général jouent un rôle dans deux types de situation. Premièrement, lorsque plusieurs normes de droit international sont potentiellement applicables et deuxièmement, lorsque des normes de droit international général s'opposent à l'application des normes ordinaires de droit de l'OMC.

Comme nous l'avons précédemment observé, l'incertitude concernant la compétence et le droit applicable laisse la possibilité qu'un groupe spécial ou l'Organe d'appel se prononce sur l'applicabilité simultanée de deux normes de droit. Il s'agirait d'un positionnement très controversé, puisqu'ainsi le règlement des différends n'aurait pas de limitation *ratione materiae* et toute source serait potentiellement applicable. Dans ce cas de figure, lors d'un litige, les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel devrait lors d'une étape préliminaire spontanément déterminer le droit applicable ou encore, lorsqu'un autre traité est soulevé par un défendeur comme justifiant une violation. Ainsi, dans un cas où des États auraient consenti à des obligations en claire contradiction avec des dispositions sur le commerce, il serait possible d'empêcher que ceux-ci les éludent en recourant au mécanisme de règlement des différends. Cet examen mènerait alternativement aux conséquences suivantes : en l'absence de conflit, les deux normes seraient simultanément applicables ; en cas de conflit en faveur de la disposition de l'OMC, celle-ci s'appliquerait comme à l'ordinaire ; puis, en cas de conflit en faveur de la norme internationale, il serait envisageable que la norme de l'OMC soit déclarée inapplicable, et ainsi les prétentions formulées seraient irrecevables. Cette approche aurait comme grand obstacle l'injonction faite à l'Organe de règlement des différends aux articles 3.2 et 19.1 du DSU de ne pas « accroître ou diminuer les droits et obligations énoncées dans les accords visés » mais dont il n'a pas été déterminé si la portée couvre ce cas de figure.

La deuxième situation est celle où les normes de droit international seraient soulevées en tant que défenses, afin de ne pas appliquer une norme du droit de l'OMC. La norme internationale est examinée de manière indirecte, en ce sens qu'une des parties au litige prétend qu'un principe juridique ayant son fondement hors du droit de l'OMC empêche l'application de la disposition interne en raison de l'existence d'une norme conflictuelle. Ainsi, l'existence même d'autres normes internationales démontrera la violation de principes, tels le principe de la bonne foi,

l'acquiescement ou l'estoppel³⁵. La question se pose notamment lorsqu'une partie prétend qu'il existe des raisons selon lesquelles le groupe spécial ou l'Organe d'appel ne devrait pas exercer sa compétence comme cela a été envisagé dans l'affaire *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*³⁶.

Par exemple, dans l'affaire *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*, le Brésil a dans un premier temps porté le litige devant un tribunal *ad hoc* en déclenchant la procédure de règlement des différends prévue dans l'accord régional du MERCOSUR. Le tribunal ayant tranché en sa défaveur, le Brésil décida ensuite de porter la même affaire devant un groupe spécial à l'OMC. L'Argentine s'est prévaluée du principe d'estoppel en demandant à ce que le groupe spécial s'abstienne d'exercer sa compétence en raison de l'existence d'une disposition comprise dans le Protocole d'Olivos prévoyant le choix d'un des forums à l'exclusion de l'autre ; ce qui serait contraire au droit d'avoir recours à la procédure de l'OMC prévu à l'article 23 du DSU. Néanmoins, l'argument de l'Argentine a été refusé dans ce cas particulier, car le Protocole d'Olivos n'était pas encore entré en vigueur. Dans d'autres affaires, la possibilité que le principe d'estoppel puisse également contraindre une partie au litige à ne pas contredire ses positions juridiques précédemment exprimées semble avoir été envisagée. Ainsi, l'article 13 de la FCTC qui prévoit que « les Parties reconnaissent que l'interdiction globale de la publicité, de la promotion et du parrainage réduira la consommation des produits du tabac » pourrait-il contraindre les États signataires à ne pas prétendre le contraire lors des litiges ? Ces questions doivent encore être tranchées, et notamment si les conséquences sur le droit à un procès équitable seraient acceptables.

Le principe d'estoppel, comme d'autres principes brièvement susmentionnés, sont accueillis avec une attitude ambivalente. Dans ce genre de situations, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont abstenus de se prononcer sur le principe en invoquant l'absence de conflit avec la norme internationale³⁷. Lorsqu'un juge se trouve face à deux normes potentiellement conflictuelles, il n'y a pas de méthodologie uniformément utilisée en droit international afin de traiter ce conflit potentiel de normes³⁸. La notion de « conflit » a été définie par le groupe spécial dans l'affaire *Indonésie – Automobiles* :

35. Voy. Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique* (DS156, 2000), § 8.23.

36. Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons* (DS308, 2006), § 54. Il s'agit là d'un cas où un tribunal décide si les violations alléguées sont inadmissibles.

37. Gr. COOK, *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge, CUP, 2015, § 1.2. Voy. par exemple le Rapport du groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil* (DS241, 2003), § 7.38.

38. La Commission du droit international prévoit, par exemple, que lorsque deux normes sont à la fois valables et applicables, la relation entre les deux règles doit être déterminée, menant à une relation d'interprétation ou une relation de conflit. Voy. Assemblée générale des Nations unies, Rapport

« En droit international, pour qu'il y ait un conflit entre deux traités, trois conditions doivent être remplies. *Premièrement*, les traités considérés doivent avoir les mêmes parties. *Deuxièmement*, ils doivent porter sur la même matière. S'il en était autrement, il ne pourrait pas y avoir de conflit. *Troisièmement*, les dispositions doivent être en conflit, en ce sens que les dispositions doivent imposer des obligations s'excluant mutuellement. "[...] Théoriquement, il y a conflit lorsque deux traités (ou plus) contiennent des obligations qui ne peuvent pas être respectées simultanément [...]. Toutes divergences de ce genre ne constituent cependant pas un conflit [...]. L'incompatibilité en ce qui concerne la teneur est une condition essentielle de l'existence d'un conflit". (*Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland, 1984, p. 468) »³⁹.

Cette définition pose des conditions très restrictives. Un conflit est avéré uniquement lorsque le respect d'une disposition mène nécessairement à la violation d'une autre disposition. Ainsi, la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel n'a pas aisément admis l'existence d'un conflit entre des normes⁴⁰.

En outre, lorsqu'une telle situation se présente, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel appliqueront le principe d'interprétation favorable à l'évitement d'un conflit. En effet, les dispositions doivent être interprétées selon la présomption que les États n'avaient pas l'intention de créer des normes contradictoires. Ainsi, lorsque plusieurs interprétations sont possibles, celle qui permettrait le respect de toutes les obligations sera privilégiée.

La définition de conflit fournie dans *Indonésie – Automobiles* pose des inconvénients majeurs lorsque celle-ci est appliquée à des normes émanant d'autres domaines spécialisés de droit international. En effet, la deuxième condition exige que les normes portent sur la même matière, ce qui serait alors rédhibitoire ; uniquement sur cette base, la FCTC ne serait alors pas en conflit, bien que des obligations s'excluant mutuellement puissent exister. Il n'est pas certain que l'Organe d'appel applique cette condition à l'avenir, dont les conséquences sont fortement critiquées par la Commission du droit international⁴¹.

Même lorsque l'existence d'un conflit est apparente, un certain nombre de méthodes de résolution de conflit sont à disposition afin de les résoudre. Le juge recourra à l'une ou l'autre de ces méthodes au cas par cas, selon ce qu'il estimera le plus opportun. Il n'existe pas de hiérarchie inhérente qui accorderait

de la Commission du droit international : 58^e session, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, A/61/10, § 251, conclusion 2.

39. Rapport du groupe spécial, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (DS59, 1998), § 14.28.

40. Gr. COOK, *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge, CUP, 2015, § 4.2.

41. Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport de la Commission du Droit international*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, §§ 21 et 22.

inconditionnellement la priorité aux normes économiques. Un certain nombre de méthodes est directement fourni par la CVDT. Parmi celles-là, le choix explicite des parties dans une clause réglant les conflits semble être la méthode la plus légitime, puisqu'une réponse a déjà été prévue par les États. En effet, l'article 30, § 2, de la CVDT prévoit que « [l]orsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent ». L'article 103 de la Charte des Nations unies est fourni, à l'article 30, § 1^{er}, de la CVDT, comme un exemple d'une telle clause explicite résolvant un tel conflit en faveur de la Charte. L'article 53 de la CVDT prévoyant la préséance des règles de *jus cogens* en est une deuxième. Les principes de *lex specialis derogat lex generali* et de *lex posterior derogat legi priori* (tel que reflété à l'article 30, § 3, de la CVDT) sont d'autres méthodes de résolution de conflits plus classiques puisqu'elles sont aussi utilisées dans des ordres juridiques nationaux. Néanmoins, l'article 30 de la CVDT et ces deux principes d'une manière générale ont le majeur inconvénient d'avoir comme condition l'exigence que les traités portent sur « la même matière ». De sorte que ces règles de résolution de conflit seraient inapplicables lorsqu'on se trouve face à un conflit entre une norme des droits de l'homme et des normes de l'OMC. Les dispositions de la Convention de Vienne ne seraient pas applicables et n'apporteraient pas de solution dans les conflits entre des domaines différents de droit international. Ainsi, la portée de cette condition est fortement controversée, de sorte qu'il n'est aucunement établi si la FCTC et des traités sur le commerce ont traité à la même matière. Ces conditions restrictives, les méthodes de résolutions de conflit et la présomption d'absence de conflit entraînent pour conséquence que les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel n'ont souvent le conflit de normes, en privilégiant une relation d'interprétation.

D. Rôle joué par l'interprétation

Dès sa création, l'Organe d'appel a fait le choix de se comporter en tant qu'institution judiciaire internationale, endossant ainsi le premier rôle de clarification du droit. Les États membres de l'OMC ont explicitement spécifié ce rôle de clarification à l'article 3.2 du DSU lors de l'adoption des résultats de la négociation du cycle de l'Uruguay :

« Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et *de clarifier les dispositions existantes de ces accords* conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »⁴².

Cette injonction est également la manifestation de la volonté des États d'abandonner l'ancienne pratique sous le GATT de 1947. Sous l'ancien régime,

42. Art. 3.2 DSU, nous soulignons.

l'interprétation, confiée aux diplomates et à des non-juristes, mettait démesurément l'accent sur l'utilisation de travaux préparatoires et une pratique homogène faisait défaut. L'Organe d'appel a accueilli cette responsabilité avec une très grande attention. Dès son premier rapport, celui-ci a clarifié la référence faite à l'article 3.2 du DSU comme étant un renvoi aux articles 31 et 32 de la CVDT. Dès lors, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont efforcés de mettre l'accent sur l'utilisation de ces articles, de manière plus systématique que toute autre juridiction internationale, ravivant ainsi l'intérêt de la doctrine pour la matière.

Les techniques d'interprétation revêtent un rôle clé dans l'interaction entre plusieurs normes de droit international. Tout d'abord, la doctrine majoritaire considère que c'est par son intermédiaire que les normes internationales jouent un rôle dans le cadre de l'OMC. Cette vision est portée par la déclaration faite par l'Organe d'appel que « l'instruction [comprise à l'article 3.2 du DSU] est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public »⁴³.

Parmi les différents paragraphes de l'article 31 de la CVDT, seul le paragraphe 3, alinéa c, contient une référence explicite à d'autres normes de droit international :

« 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. [...] 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

L'article 31, § 3, (c), de la CVDT est une expression du principe d'interprétation harmonieuse. Ce principe prévoit que « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu » et également qu'un traité doit être lu selon la présomption qu'il n'a pas l'intention de violer d'autres normes préalables de droit international. Ce principe était très présent dans le cadre du rapport de la Commission du droit international sur la fragmentation, et l'article 31, § 3, (c), de la CVDT s'est vu accordé une attention particulière par la doctrine, qui y décelait là un moyen permettant plus d'harmonisation entre les différents systèmes spécialisés de droit international.

Néanmoins, au sein de l'OMC, l'article 31, § 3, (c), de la CVDT ne s'est pas vu accorder une place prépondérante. À ce jour, il n'existe aucun cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel ait justifié son interprétation expressément et principalement sur la base de cet article⁴⁴.

43. Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule (DS2, 1996), p. 19.

44. Gr. COOK, *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge, CUP, 2015, § 4.9.

Dans *Communautés européennes – Matériels informatiques*, les États en litige se sont opposés sur la base légale pertinente afin de se référer à la Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (ci-après « Système harmonisé » ou « SH ») et ses Notes explicatives⁴⁵ lors de l'interprétation des obligations des Communautés européennes contenues dans sa liste de concessions tarifaires. Le Système harmonisé est une convention sous l'égide de l'Organisation mondiale des douanes et existant préalablement à la création de l'OMC. Elle est utilisée par la majorité des États pour classer les éléments de leurs concessions tarifaires afin de permettre une meilleure identification de chaque marchandise ou service. Les Communautés européennes affirmaient que la SH et ses Notes explicatives devaient être prises en compte sur la base de l'article 31, § 3, (c), de la CVDT. Au contraire, les États-Unis considéraient que celles-ci seraient couvertes par l'article 32 de la CVDT en tant que moyen complémentaire d'interprétation. La question n'a pas été abordée par l'Organe d'appel. Elle se posa à nouveau dans *Communautés européennes – Morceaux de poulet*. L'Organe d'appel a cependant adopté une alternative afin d'éviter la question : celui-ci a considéré que le consensus des membres à utiliser le SH était lui-même un « accord » qui pouvait être utilisé par le biais de l'article 31, § 2, (a), et déclina ainsi de se prononcer sur l'interprétation de l'article 31, § 3, (c), de la CVDT⁴⁶.

Seul un groupe spécial dans *Communautés européennes – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* se prononça sur les conditions de fond de l'article 31, § 3, (c), de la CVDT. La mention à « toute règle [...] de droit international » a été interprétée comme admettant l'utilisation de traités, du droit international coutumier et de principes généraux du droit. Le groupe spécial adopta néanmoins une interprétation restrictive du terme « les parties », estimant que celui-ci se réfère aux « États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels ce traité est en vigueur ». Ainsi, seules les règles applicables à tous les membres de l'OMC seraient admissibles donnant lieu à la situation incongrue où l'accroissement d'États membres au sein de l'OMC réduirait progressivement le nombre de règles respectant cette condition. L'Organe d'appel devra encore se prononcer sur l'interprétation faite par le groupe spécial.

Il est à souligner que le recours à l'article 31, § 3, (c), de la CVDT à d'autres fins s'apparentant à des moyens interprétatifs a été écarté. Dans l'affaire *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*, l'Argentine a tenté de persuader le groupe spécial de suivre le raisonnement adopté précédemment par un tribunal *ad hoc* ayant tranché un litige *quasi* identique. Le groupe spécial refusa :

« l'Argentine n'a pas cherché à invoquer une quelconque loi disposant qu'en ce qui concerne les relations entre l'Argentine et le Brésil, les accords de l'OMC

45. Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises, Conseil de coopération douanière, Bruxelles, 1986.

46. Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques (DS62, DS67, DS68, 1998), note de bas de page 384.

devraient être *interprétés* d'une façon particulière. En particulier, l'Argentine n'a pas invoqué la moindre déclaration ou constatation figurant dans la décision du Tribunal du MERCOSUR pour indiquer que nous devrions interpréter certaines dispositions des accords de l'OMC d'une façon particulière. Au lieu de s'intéresser à l'interprétation des accords de l'OMC, l'Argentine fait en réalité valoir que la décision antérieure du Tribunal du MERCOSUR nous oblige à *nous prononcer* d'une façon particulière. En d'autres termes, l'Argentine voudrait nous faire *appliquer* les dispositions pertinentes de l'OMC d'une façon particulière et non nous les faire *interpréter* d'une façon particulière. [...] Nous notons que nous ne sommes même pas tenus de suivre les décisions figurant dans les rapports de groupes spéciaux de l'OMC qui ont été adoptés, aussi nous ne voyons pas du tout pourquoi nous devrions être liés par les décisions rendues par des organes de règlement des différends qui ne relèvent pas de l'OMC »⁴⁷.

L'interprétation faite par le Pérou dans *Pérou – Produits Agricoles* s'est vue également écartée pour des motifs analogues. Dans cette affaire, les parties au litige avaient conclu un accord bilatéral de libre-échange où il était prévu que le Pérou puisse mettre en place un système de taxation en contradiction avec certaines obligations de l'OMC. Le défendeur argumenta que le terme « ne maintiendront pas » devrait être lu comme « pourra maintenir » tel qu'il apparaissait au § 9 de l'annexe 2.3 de cet autre accord. Le Pérou a défendu cette approche en argumentant que le terme « les parties » de l'article 31, § 3, (c), de la CVDT pouvait être lu comme désignant exclusivement les deux parties concernées par le litige, également parties à l'accord de libre-échange. L'Organe d'appel a écarté cette interprétation, précisant ainsi les limites de l'utilisation de cet article dans le but d'établir la volonté commune des États membres de l'OMC. Il a considéré que l'argument avancé par le Pérou serait une modification entre les parties, ce qui a été précédemment rejeté par le groupe spécial⁴⁸.

Plusieurs raisons expliquent pourquoi peu d'attention a été accordée à l'article 31, § 3, (c), de la CVDT lors des litiges. Nonobstant la pratique d'économie jurisprudentielle et les pressions exercées par les membres pour contenir le système, la plus importante raison découle de l'examen interprétatif des termes des accords. En effet, la pratique met souvent l'accent sur le sens ordinaire des termes utilisés dans le traité « dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». De sorte que, le terme lui-même sera déterminé comme étant suffisamment clair, ou la signification sera déterminée grâce au contexte immédiat de l'article interprété. En effet, la CVDT insiste sur la prépondérance du texte lorsque les principes d'interprétation sont appliqués, celui-ci étant le reflet de l'intention des parties. En outre, l'absence de hiérarchie entre les éléments de l'article 31 de la CVDT rend l'utilisation d'autres normes de

47. Rapport du groupe spécial, Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil (DS241, 2003), § 7.41, nous soulignons.

48. *Ibid.*, §§ 7.506 à 7.510.

droit international difficilement prévisible. Comme le précise l'Organe d'appel, alors que le contexte est un élément nécessaire à l'analyse interprétative sous l'article 31 de la Convention de Vienne, son rôle et son importance dans l'exercice interprétatif dépendent de la clarté de l'interprétation textuelle des termes du traité⁴⁹.

Il est à souligner que l'affaire *États-Unis – Crevettes*, où le terme « ressources naturelles épuisables » a été interprété afin d'y inclure la protection des ressources naturelles vivantes, présente quelques particularités qui ne correspondent pas à l'interprétation ordinaire des articles 31 et 32 de la CVDT. L'Organe d'appel n'a pas fait mention de l'article 31, § 3, (c), de la CVDT et pourtant, en se fondant sur une lecture effective du traité, celui-ci a considéré ce terme comme une *expression générique* qui devait être interprétée à la lumière du principe du développement durable et bénéficiant d'une interprétation évolutive. Faisant ainsi référence à d'autres traités dont le nombre d'États parties n'aurait pas respecté les conditions posées par l'article 31, § 3, (c), de la CVDT. Ainsi, l'Organe d'appel a ouvert la voie à ce que d'autres principes interprétatifs soient utilisés, sans pour autant les énumérer. En effet, comme exprimé par le groupe spécial dans *Communautés européennes – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* :

« Nous notons que l'Organe d'appel n'a pas laissé entendre qu'il se tournait vers d'autres règles de droit international parce qu'il était tenu de le faire conformément aux dispositions de l'article 31 3) c) de la *Convention de Vienne*. En fait, l'Organe d'appel n'a même pas mentionné l'article 31 3) c) »⁵⁰.

L'interprétation, en se fondant sur d'autres normes de droit international, ne semble pas prendre un rôle plus marqué dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*. En effet, un grand nombre des prétentions soulevées se rapportent aux articles de l'Accord ADPIC, notamment l'article 20. Contrairement au GATT et à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC), l'Accord ADPIC ne contient pas de disposition explicite permettant une justification en faveur de la santé. Bien que, dans son mémoire abrégé rendu public, l'Australie fasse état du fait que les États prenant part au litige semblent interpréter le terme « injustifiable » comme contenant un test autorisant les États membres à poursuivre des buts légitimes, tels que la santé, la FCTC ne semble pas avoir joué un rôle dans l'interprétation du terme. Il faudra attendre le rapport pour que cela soit confirmé.

49. Rapport de l'Organe d'appel, Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles (DS457, 2015), § 5.94. Nous traduisons, le rapport n'étant pas encore traduit en langue française à la date de la rédaction de la présente contribution.

50. Rapport du groupe spécial, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (DS291, DS292, DS293, 2006), note de bas de page 271.

III. Conclusion

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC n'a pas eu à s'occuper directement de normes des droits de l'homme en matière de conflit de normes. La nature générale et abstraite de nombreuses normes des droits de l'homme pourrait en être une raison. Ce n'est pas anodin, les droits de l'homme ont été délibérément construits afin de couvrir une large panoplie de situations. Néanmoins, un conflit direct entre les normes sera rare lorsque des droits ont été institués, mais plus fréquent lorsque des comportements précis sont proscrits aux États (tels les interdictions de commercialiser un certain produit nuisible à la santé).

Est-ce une bonne chose ? La conséquence étant que les normes se trouveront dans un rapport d'interprétation. Dans ce genre de situation, nous l'avons vu, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel privilégient l'interprétation claire du texte du traité de l'OMC. Ceci dans un souci de sécurité et de prévisibilité du système qui est l'un des objectifs de l'Organe de règlement des différends. Une interprétation intégrant des éléments des droits de l'homme sera écartée si les termes à interpréter sont clairs, ou si le contexte interprétatif aurait « moins d'importance ». Ceci ajoute un levier majeur supplémentaire à l'examen, quand bien même l'article 31, § 3, (c), de la CVDT ne s'appliquerait que lorsque la volonté commune de toutes les parties serait établie. Ainsi, l'importance du contexte sera remise entre les mains des parties au litige, dans le processus d'argumentation, et le soin reviendra aux juges de déterminer l'influence des droits de l'homme, et du droit international de manière plus générale. C'est à ce moment-là que les clauses de la FCTC auront un rôle à jouer. La résolution des parties « à donner la priorité à leur droit de protéger la santé publique » ne prouverait-elle pas inéluctablement l'importance du contexte ? L'Organe d'appel en est conscient et assume le poids moral des choix que des « juges » commerciaux doivent trancher.

Ainsi, face à une compétence juridictionnelle limitée, un droit applicable incertain et la charge confiée par les États membres à l'Organe de règlement des différends de ne pas « accroître ou diminuer [leurs] droits et obligations », cette voie reste difficilement navigable. Malgré cela, bien que la décision du groupe spécial dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac* se fasse encore attendre, tout porte à croire que celui-ci tranchera en faveur du gouvernement australien et ainsi, dans les faits, acceptant la loi australienne en faveur de la santé. Il ne faut pas oublier l'existence d'exceptions générales en place, notamment l'article XX, § b, du GATT protégeant la santé, en particulier pour les marchandises, ou des développements plus récents concernant l'article XX, § d, du GATT, où l'Organe d'appel semble vouloir cantonner l'influence des normes externes, ou encore le possible nouvel examen sous l'article 20 de l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, bien que les développements et problèmes globaux actuels poussent le commerce à sortir de son carcan, l'OMC semble pour l'heure vouloir demeurer fidèle à ses frontières.