



Article scientifique

Article

2025

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'Organisation mondiale du commerce et le droit international : un rapport toujours déséquilibré

Vidal Leon, Christian Manelic

How to cite

VIDAL LEON, Christian Manelic. L'Organisation mondiale du commerce et le droit international : un rapport toujours déséquilibré. In: Revue québécoise de droit international, 2025, p. 283–306. doi: 10.7202/1121457ar

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:189542>

Publication DOI: [10.7202/1121457ar](https://doi.org/10.7202/1121457ar)

© The author(s). This work is licensed under a Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 09.12.2025 17:15

L'Organisation mondiale du commerce et le droit international : un rapport toujours déséquilibré

Christian Vidal-León

Numéro hors-série, septembre 2025

Le droit du commerce international : passé, présent, futur. Hommage à Gabrielle Marceau

International Trade Law: Past, Present, Future. Tribute to Gabrielle Marceau

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1121457ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1121457ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vidal-León, C. (2025). L'Organisation mondiale du commerce et le droit international : un rapport toujours déséquilibré. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 283–306. <https://doi.org/10.7202/1121457ar>

Résumé de l'article

Au cours de sa vie académique et professionnelle, la professeure Gabrielle Marceau a passionnément mis l'accent sur le rapport entre le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et le droit international public. Pour elle, ce rapport enrichit les deux côtés de l'équation. Comme elle l'a fait observer à plusieurs reprises, l'OMC accepte, sans réserve, que son régime juridique fasse partie du droit international public et que ses dispositions juridiques soient interprétées conformément à la règle coutumière d'interprétation des traités internationaux. Cependant, il semble que, à l'inverse, les autres domaines du droit international aient toujours du mal à accepter la contribution du droit de l'OMC au droit international. Par exemple, à l'exception de certains tribunaux statuant sur des questions à caractère économique, le reste des tribunaux internationaux hésitent toujours à faire référence au droit de l'OMC ou à la jurisprudence des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Cela ne signifie pourtant pas qu'ils n'utilisent pas les décisions des organes juridictionnels de l'OMC. Comme l'arrêt de la Cour internationale de justice (la Cour) en l'affaire relative à la Chasse à la baleine le met en lumière, les tribunaux internationaux semblent être guidés par certaines décisions pertinentes de l'Organe d'appel. Dans ce cas, la Cour a emprunté au droit de l'OMC le concept et la portée du « critère d'examen » quant au contrôle juridictionnel des mesures et décisions gouvernementales fondées sur une base scientifique. Cependant, la Cour a omis de préciser que le critère d'examen qu'elle a retenu était en réalité emprunté de l'Organe d'appel. Les raisons pour ne pas le citer restent inconnues. En tout état de cause, il semble que pour les tribunaux internationaux, dont la Cour, le droit de l'OMC constitue un droit à part, séparé du reste du droit international. À ce titre, le rapport entre le régime juridique de l'OMC et le reste du droit international demeure déséquilibré.



L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE ET LE DROIT INTERNATIONAL: UN RAPPORT TOUJOURS DÉSÉQUILIBRÉ

Christian Vidal-León

Arbitre indépendant; Avocat, Centre consultatif
sur la législation de l'OMC (ACWL).

Je suis reconnaissant d'être associé à cette hommage en l'honneur de la professeure Gabrielle Marceau. Je l'ai rencontrée en 2008 lorsque j'ai intégré le Secrétariat de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en tant que jeune juriste. En dépit de la grande différence hiérarchique entre nous deux, elle s'est intéressée à moi dès le premier moment en me questionnant sur ma formation académique et mes ambitions professionnelles. Cet épisode de ma vie m'a insufflé un grand sentiment de confiance et d'appartenance à la communauté des juristes passionnés par le droit international économique. Quelques années plus tard, j'ai eu le privilège d'entreprendre plusieurs projets avec elle et, plus récemment, de rédiger mon doctorat sous sa direction.

Travailler avec elle, que ce soit comme collègue ou comme étudiant, a été hautement stimulant du fait de son approche toujours perfectionniste. Au fil des années, j'ai compris que ses propos – parfois durs et directs – visaient avant tout à améliorer mes compétences et à faciliter mon parcours professionnel. La professeure Marceau – ou « Gabrielle » comme elle demande à ses collègues de l'appeler – sait transmettre non seulement son savoir sur des sujets d'ordre juridique et économique, mais plus généralement sa passion pour le droit de l'OMC. Sa curiosité intellectuelle est assurément la caractéristique la rendant unique dans notre milieu.

L'une des leçons que la professeure Marceau nous a apprises est que le droit de l'OMC n'est pas isolé dans l'univers du droit international. Elle nous rappelle toujours les nombreux rapports entre le droit de l'OMC et les autres domaines juridiques touchant à la communauté internationale dans son ensemble. Il convient de rappeler, à cet égard, ses travaux sur le lien entre le commerce et l'environnement¹, le commerce et les droits humains², ou encore le commerce et le développement³. De ce fait, l'approche de la professeure Marceau s'inscrit dans celle que les anglophones appellent « *trade and...* » qui décrit la relation entre le droit international économique – et en particulier celui de l'OMC – et d'autres intérêts internationaux.

-
1. Voir Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement » (1999) 33:5 J World Trade 87; Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties » (2001) 35:6 J World Trade 1081.
 2. Voir Gabrielle Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights » (2002) 13:4 Eur J Intl L 753.
 3. Voir Gabrielle Marceau et Fabio C Morosini, « The Status of Sustainable Development in the Law of the World Trade Organization » dans Umberto Celli Junior, Maristela Basso et Alberto do Amaral Júnior, dir, *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*, 1^o éd, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2013, 59.

C'est dans ce contexte que j'aimerais contribuer à cet hommage en me penchant brièvement sur la contribution du droit de l'OMC au droit international au cours des 30 dernières années. Ce sujet étant trop large pour l'épuiser dans ces pages, cette analyse se cantonne à l'intégration du droit de l'OMC par certains tribunaux internationaux et, en particulier, par la Cour internationale de justice (la Cour). Avant de se pencher sur cette question, cet article aborde l'intégration du droit international dans le droit de l'OMC au cours des décennies. Cette partie rappelle le long chemin que le droit du commerce international a parcouru avant d'être finalement accepté en tant que branche du droit international. La troisième partie aborde, à l'inverse, l'intégration du droit de l'OMC dans d'autres domaines de droit international, et constitue le but principal de cette étude. Comme on le verra ci-dessous, le rapport entre le droit de l'OMC et le droit international demeure déséquilibré.

I. L'intégration du droit international dans le droit de l'OMC

Il y a lieu de commencer par rappeler que le rapport entre le droit international et le droit de l'OMC n'a pas toujours été évident. Si l'on remonte au début du système multilatéral du commerce, l'ancien régime juridique commercial sous l'égide de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947* (*GATT de 1947*)⁴ a été conçu comme un mécanisme de réglementation du commerce global dynamique et diplomatique. Ce système ne s'intéressait pas aux dédales juridiques découlant de l'interprétation des dispositions contenues dans l'ancien *GATT de 1947*⁵. Cet accord était un accord à caractère « provisoire » ayant été appliqué pendant 48 ans⁶. C'est pour cela que l'on ne peut parler d'un traité international à proprement parler. Dès lors, le commerce international sous l'égide du *GATT de 1947* était régi par une sorte d'accord entre gouvernements dépourvu du statut de traité international⁷.

Pendant des décennies, le cadre juridique découlant du *GATT de 1947* et le droit international public se sont décidément écartés l'un de l'autre.

4. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 [*GATT de 1947*].

5. Voir Paul Luyten, « We were young together: At the GATT, 1956–58 » dans Gabrielle Marceau, dir, *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 79 à la p 82 [Marceau, *A History*].

6. Voir Craig VanGrasstek, *Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce*, Genève, Organisation mondiale du commerce, 2013 à la p 10.

7. Voir John H Jackson, *World Trade and the Law of the GATT*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969 aux pp 60–66.

Si les experts en matière du *GATT de 1947* ne voulaient pas parler du droit international, les internationalistes ne parlaient pas du *GATT de 1947* non plus. L'éloignement entre le système juridique du commerce international et le droit international était également notoire dans le contexte du système de règlement des différends commerciaux. Pendant l'ancien *GATT de 1947*, la voie diplomatique et technique était toujours privilégiée pour trancher des différends. Ainsi, le système de règlement des différends de l'ancien *GATT de 1947* est passé, au fil des années, de groupes d'experts à groupes spéciaux chargés de statuer sur des différends spécifiques sans aucun pouvoir d'imposer, à eux seuls, des décisions juridiquement contraignantes⁸. Les « rapports » de ces organes devaient être adoptés par l'organe politique du *GATT de 1947* – les parties contractantes. Cette approche non-juridictionnelle contraste avec la création et le développement de tribunaux internationaux au cours de la deuxième partie du XX^e siècle, lesquels ont été munis du pouvoir de rendre des décisions obligatoires en droit international⁹.

Le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* de l'OMC (le *Mémoire d'accord*)¹⁰ a généralement hérité la méthode de régler des différends commerciaux interétatiques, développée au cours des décennies pendant le *GATT 1947*. À l'instar de son prédécesseur, le *Mémoire d'accord* a instauré des groupes spéciaux et non pas des tribunaux; ils étaient munis d'un « mandat » et non pas d'une compétence ou d'une juridiction; il y avait un Organe d'appel et non pas un tribunal d'appel. De surcroît, les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne sont pas contraignantes en tant que telles. Pour qu'elles soient munies de force obligatoire, il est nécessaire qu'un organe à caractère politique – c'est-à-dire l'Organe de règlement des différends (ORD) – « adopte » les rapports de ces organes juridictionnels¹¹. Il n'est pas nécessaire de décortiquer le système de

-
8. Pour une analyse de l'histoire du système de règlement des différends pendant le *GATT de 1947*, voir Christina Schröder, « Early dispute settlement in the GATT » dans Marceau, *A History*, *supra* note 5, 141.
 9. Voir par ex Thomas Buergenthal, « The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law » (2006) 22:4 *Arb Intl* 495 à la p 497 où l'auteur fait état de l'interaction des différends tribunaux internationaux sans toutefois inclure, dans son analyse, les organes juridictionnels de l'OMC.
 10. *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce [*Mémoire d'accord*] [*Accord de Marrakech*].
 11. Cette étude utilise l'expression « organes juridictionnels » pour se référer aux groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC. Cette expression pourrait être contestée comme s'avérant imprécise du fait que ces organes ne jouissent pas d'un pouvoir juridictionnel à proprement parler. D'après

règlement des différends de l'OMC dans cette analyse. Il suffit de noter que ce système était censé opérer d'une manière différente d'autres tribunaux internationaux ayant le pouvoir de rendre des arrêts contraignants. Dès lors, les mots pour désigner les aspects essentiels du système de règlement des différends de l'OMC ont été soigneusement choisis pour préserver la nature diplomatique du règlement des différends au sein de l'OMC tout en fournissant une méthode pour régler des différends efficace et fiable.

Paradoxalement, le système de règlement des différends est devenu, aux dires de plusieurs auteurs, le système juridictionnel « le plus développé et juridique en droit international » [notre traduction]¹². Cela tient vraisemblablement au fait que, à la différence de son prédécesseur, le système de règlement des différends de l'OMC a instauré la règle du « consensus négatif » voulant que plusieurs décisions de l'ORD – dont l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel – soient prises automatiquement à la suite d'une demande pour ce faire, sauf si tous les membres de l'OMC se mettent d'accord pour ne pas adopter de telles décisions¹³.

Pendant les premières années de l'OMC, plusieurs auteurs ont débattu du point de savoir si le droit de l'OMC était, en réalité, un « droit » à strictement parler et, si tel était le cas, de s'il faisait partie du droit international. Les deux positions se balançaient donc entre l'isolationnisme et le « *iusinternationa-*lisme » du droit de l'OMC. D'une part, à peine un an après l'entrée en fonction de l'OMC, la professeure Judith H Bello estimait que les règles de l'OMC n'étaient pas contraignantes dans le « sens traditionnel » [notre traduction] – c'est-à-dire à la différence d'une règle de droit international¹⁴. Cela, chez la professeure Bello, était désirable dès lors que, « moins les règles de l'Accord de l'OMC sont contraignantes, plus l'OMC accommode les besoins de souveraineté nationale » [notre traduction]¹⁵. Cette position cherchait à extrapoler l'approche

cette critique, les « rapports » de ces organes ne servent qu'à assister l'organe politique de l'OMC – i.e. l'ORD – à régler des différends. Or, cette analyse ne s'intéresse pas à cette discussion et utilise cette expression pour dénommer les organes de l'OMC ayant pour mandat d'entendre un différend et de rendre par la suite une décision fondée exclusivement sur des règles de droit.

12. Jeffrey L Dunoff, « Constitutional Concepts: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law » (2006) 17:3 Eur J Intl L 647 à la p 657.
13. Voir Gabrielle Marceau et Jennifer A Hamaoui, « Implementation of recommendations and rulings in the WTO system » dans Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo Kohen et Jorge Viñuales, dir, *Diplomatic and judicial means of dispute settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, 187 à la p 188, n 3.
14. Judith Hippller Bello, « The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More » (1996) 90:3 AJIL 416 aux pp 416–17.
15. *Ibid* à la p 418.

plutôt « exécutive » de l'ancien *GATT de 1947* au nouveau système commercial multilatéral incarné par l'OMC.

D'autre part, cependant, il était évident que l'OMC était tenue de se rapprocher du droit international. D'emblée, à la différence du *GATT de 1947*, l'OMC a été créée par un traité international au sens de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁶. Comme l'a mentionné le professeur Joost Pauwelyn, les règles de l'OMC « établissent des obligations internationales faisant partie du droit international public » [notre traduction]¹⁷. Plus important encore, le *Mémoire d'accord* a prévu, dans son article 3.2, que l'interprétation des accords visés de l'OMC devait être faite conformément à la règle coutumière d'interprétation de traités internationaux reconnue par le droit international¹⁸. Cette reconnaissance a amené l'Organe d'appel, dans son premier différend, à convenir que l'on ne peut lire les accords visés de l'OMC « en l[es] isolant cliniquement du droit international public »¹⁹. Les « *iusinternationalistes* » dans le domaine du commerce international, dont la professeure Gabrielle Marceau, pouvaient finalement crier victoire.

Mais cette célèbre affirmation de l'Organe d'appel ne répondait toujours pas à la question de savoir quel était le rapport précis entre le droit de l'OMC et le droit international. Certes, l'Organe d'appel nous a donné, dans la citation évoquée, une première piste non-négligeable : le droit de l'OMC fait partie du droit international. Cette affirmation est, en outre, utile surtout si l'on se rappelle la séparation conceptuelle existante pendant des décennies entre le *GATT de 1947* et le droit international. Toutefois, le point était toujours de savoir en quoi le droit international influait sur le droit de l'OMC. Pendant les premières années de l'OMC, la littérature académique s'est attelée à déterminer les contours de ce rapport. L'on se demandait si le système juridique dans le cadre des accords visés de l'OMC constituait un régime « autonome » (« *self-contained regime* », en anglais). Pour rappel, ce concept vise à identifier certains régimes dont les règles couvrent spécifiquement un sujet en particulier²⁰.

16. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 28 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

17. Joost Pauwelyn « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach » (2000) 94:2 AJIL 335 à la p 336.

18. *Mémoire d'accord*, *supra* note 10, art 3.2.

19. *États-Unis—Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R à la p 19 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/XAQ8-ENJZ] [*Normes concernant l'essence*].

20. Voir Eckart Klein, « Self-Contained Regime » dans Rüdiger Wolfrum, dir, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, en ligne: <opil.ouplaw.com> [perma.cc/299C-9KD2].

Certains étaient en désaccord avec l'idée que le droit de l'OMC était un régime autonome. Ils s'appuyaient sur le fait que l'Organe d'appel s'était fondé sur des règles de droit international pour trancher certains différends. Par exemple, il a tiré de la jurisprudence de l'ancienne Cour permanente de justice internationale pour déterminer la charge de la preuve dans des différends devant des groupes spéciaux²¹. De même, il a fait usage des règles du droit international de l'environnement dans la célèbre affaire *États-Unis – Crevettes* pour interpréter l'expression « ressources naturelles épuisables » figurant à l'article XX g) de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994)*²². Cela montrait que l'Organe d'appel était résolu à intégrer le droit de l'OMC dans le champ plus large du droit international²³.

Le débat sur le droit de l'OMC en tant que régime autonome était tranché dans le rapport de la Commission de droit international des Nations unies (la CDI) sur la fragmentation du droit international²⁴. Spécifiquement, la CDI a constaté que le droit de l'OMC – bien qu'il fasse partie du droit international – était un régime autonome « bien développé »²⁵ comportant « souvent de nouveaux types de clauses conventionnelles ou de pratiques qui peuvent ne pas être compatibles avec l'ancien droit général ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée »²⁶. Cela étant dit, la CDI a prôné l'unité de droit international « en tant que système juridique », soumis au principe de l'harmonisation, de la *lex specialis derogat legi generali*, et du *jus cogens*²⁷. Par conséquent, le droit

21. Voir *États-Unis–Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)* (1997), OMC Doc WT/DS33/AB/R à la p 14 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/4J99-HAT4].

22. *États-Unis–Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde, la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)* (1998) OMC Doc WT/DS58/AB/R, aux para 129–33 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/6MRU-FGCL] [*États-Unis–Crevettes*].

23. Voir Anja Lindroos et Michael Mehling, « Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes” International Law and the WTO » (2006) 16:5 Eur J Intl L 857 aux pp 858, 877.

24. Martti Koskenniemi, « Study on the function and scope of the lex specialis rule and the question of “self-contained regimes”: preliminary report », CDI, 56^e sess, Doc NU [A/CN.4/JILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 (2004), en ligne: <digitallibrary.un.org> [perma.cc/HFT3-BCG6].

25. Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law » (2006) 17:3 Eur J Intl L 483 à la p 510.

26. CDI, « Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (chapitre XII) » (*Doc NU A/CN.4/SER.A/2005/Add.1(Part2)*) dans *Yearbook of the International Law Commission 2005*, vol 2, partie 2, New York, NU, 2005 au para 247, en ligne: <digitallibrary.un.org> [perma.cc/ZOE3-G6H8].

27. *Ibid* au para 251.

de l'OMC – tout comme d'autres branches spécialisées – était soumis, à titre supplétif, aux règles de droit international.

Plusieurs professeurs et experts partageaient cet avis. L'ancien Directeur-Général de l'OMC, Pascal Lamy, a souligné que, si l'OMC comportait « un ordre juridique intégré et distinct » [notre traduction], ces règles « doivent [...] être lues en harmonie avec les principes de droit international » [notre traduction]²⁸. Bruno Simma et Dirk Pulkowski, quant à eux, ont fait observer que si l'OMC était un « régime fort » [notre traduction], il était néanmoins « incomplet » [notre traduction]²⁹. D'après eux, il existe plusieurs aspects n'étant pas couverts par les accords visés de l'OMC. Lorsqu'un groupe spécial ou l'Organe d'appel se heurtent à l'absence d'une norme explicite applicable à une situation spécifique, il est inévitable de faire recours aux « règles et principes créés en droit international »³⁰.

Il s'ensuit donc que la doctrine académique était presque unanime sur le rapport entre le droit de l'OMC et le droit international. En empruntant les mots du professeur Joost Pauwelyn, « les règles de l'OMC sont règles de droit international, lesquelles, à certains égards, constituent une *lex specialis* à l'égard des règles de droit international » [notre traduction]³¹. De même, l'Organe d'appel a indiqué que les règles de droit international – ainsi qu'énumérées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*³² – sont pertinentes à des fins de l'interprétation des accords de l'OMC³³. Cela tient au fait que, comme expliqué plus haut, les règles de l'OMC doivent être interprétées conformément à la règle coutumière d'interprétation des traités, telle que codifiée aux

28. Pascal Lamy, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order » (2007) 17:5 Eur J Intl L 969 aux pp 972–73.

29. Simma et Pulkowski, *supra* note 25 à la p 510.

30. *Ibid.* Ces auteurs ont conclu que les organes juridictionnels de l'OMC « n'hésitent pas à invoquer l'unité du droit international lorsque les règles en dehors le régime [de l'OMC] semble améliorer son opération effective » [notre traduction].

31. Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? » (2001) 95:3 AJIL 535 à la p 539; voir également, *Corée–Mesures affectant les marchés publics (Plainte des États-Unis)* (2000), Doc OMC WT/DS163/R au para 7.96 (Rapport du Groupe spécial) lorsque ce Groupe spécial a souligné que: « [l]e 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 ».

32. *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7.

33. Voir *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de la Chine (Plainte de la Chine)* (2011), Doc OMC WT/DS379/AB/R au para 308 (Rapport d'Organe d'appel), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/KY65-LAH6] [*États-Unis – Droits antidumping*].

articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁴. En particulier, l'article 31.3c) prévoit qu'« [i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte [...] [d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »³⁵. Sur cette base, l'Organe d'appel a reconnu que les règles de droit international peuvent trouver à s'appliquer aux différends de l'OMC aux fins d'interprétation des accords visés pour autant qu'elles soient « pertinentes »³⁶. Bien entendu, ces règles englobent également les « principes généraux du droit international »³⁷. De ce fait, que les organes juridictionnels de l'OMC se plient aux règles de droit international, quoiqu'à titre supplétif, a été perçu comme une manière d'étoffer leur « légitimité » lorsqu'ils doivent « se prononcer sur [...] des normes appartenant au droit international en général » [notre traduction]³⁸.

Le débat autour du rapport entre le droit de l'OMC et le droit international semblait donc être clos. Le premier reframe des règles spécifiques s'appliquant au commerce international tandis que le deuxième ne trouve à s'appliquer qu'à titre supplétif à défaut d'une règle pertinente dans les accords visés de l'OMC. Cependant, la paralysie récente de l'Organe d'appel à cause du refus étatsunien de nommer ses membres a rouvert la discussion sur la nature du droit de l'OMC et, en filigrane, son rapport avec le droit international. D'ailleurs, les États-Unis reprochent à l'Organe d'appel que ce dernier se soit écarté de l'application stricte du texte négocié dans les accords visés de l'OMC et ait créé du droit par le biais de ses décisions³⁹. En outre, les États-Unis estiment qu'« en droit international, le texte d'un accord prévaut sur le droit coutumier en rapport avec les parties liées par cet accord » [notre traduction]⁴⁰. Mis à part le bien-fondé de cette affirmation, les États-Unis semblent concevoir le droit de l'OMC d'un point de vue contractuel en mettant l'accent sur le texte des accords de l'OMC, au détriment de l'application supplétive de règles de droit international en dehors des accords visés de l'OMC. Les États-Unis ont

34. *Convention de Vienne*, supra note 16, arts 31–32.

35. *Ibid*, art 31.3(c).

36. Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles (*Plainte du Guatemala*) (2015), Doc OMC WT/DS457/AB/R au para 5.101 (Rapport d'Organe d'appel), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/7WFFV-8HA5].

37. États-Unis–Crevettes, supra note 22 au para 158.

38. Robert Howse, « From Politics to Technocracy—and Back Again: The Fate of the Multilateral Trade Regime » (2002) 96:1 AJIL 94 à la p 110.

39. Voir United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, 2020 à la p 25, en ligne (pdf): <ustr.gov> [perma.cc/5PW5-PWFB].

40. *Ibid* à la p 61.

prôné cette approche sans cesse depuis l'entrée en fonction du système de règlement des différends⁴¹.

Quoi qu'il en soit, la nature du droit de l'OMC et son lien avec le droit international demeure toujours un sujet de grand intérêt. Ce débat ne se posant pas dans d'autres domaines juridiques internationaux, le droit de l'OMC suscite toujours des discussions en lien avec sa nature même. S'agit-il d'un système de règles contraignantes d'un point de vue de droit international? Son système de règlement des différends est-il à caractère judiciaire, arbitral ou d'un autre type? Les réponses à ces questions déclenchent toujours de profondes discussions dans les couloirs de l'OMC et ailleurs.

II. L'intégration du droit de l'OMC dans le droit international: le cas de la Cour internationale de justice

Il existe une expression dans la langue anglaise disant « il faut être deux pour danser le tango ». Pour que le rapport entre le droit de l'OMC et le droit international public soit positif et durable, la reconnaissance d'un tel rapport doit être réciproque. En ce sens, l'analyse précédente a expliqué l'accueil généralisé du droit international par les organes juridictionnels de l'OMC, ainsi que par la doctrine spécialisée.

La question, à ce stade, se pose de savoir si les autres domaines et acteurs du droit international public ont également accueilli le droit de l'OMC comme étant l'une de ses disciplines. Cette question n'a pas été abordée par la doctrine académique dans la même mesure que la question inverse examinée dans la section précédente. Certes, tenter de se renseigner sur la contribution précise du droit de l'OMC au droit international s'avère une tâche trop abstraite et inefficace. Il existe plusieurs traités internationaux portant sur des sujets divers

41. Par exemple, dans leur communication en tant que partie intimée dans l'affaire *États-Unis—Droits antidumping* (*supra* note 33 au para 141), les États-Unis ont fait valoir que les « Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » ((Doc NU A/56/10) dans *Annuaire de la CDI* 2001, vol 2, partie 2, New York, NU, 2001 à la p 45) ne sont pas un « accord » entre les États-Unis et la Chine, et ne font pas référence à l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (15 avril 1994, 1869 RTNU 57, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech*, *supra* note 10). Par conséquent, ils ont allégué que ces Articles ne pouvaient être qualifiés d'« accord ultérieur intervenu entre les parties » au titre de l'article 31.3c) de la *Convention de Vienne* (*supra* note 16). Cette communication est disponible à OMC, *États-Unis—Droits antidumping*, *supra* note 33. Il est à noter que l'Organe d'appel a rejeté cet argument et a validé le fait que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel s'appuient sur les Articles (*ibid* au para 313).

faisant référence aux accords visés de l'OMC afin d'harmoniser les différents régimes juridiques. Cependant, pour les besoins de cette étude, il convient de s'intéresser à la façon dont d'autres tribunaux internationaux et, en particulier la Cour, ont fait usage du droit de l'OMC dans leurs arrêts.

Dans un article publié en 1999, le professeur John Jackson a maintenu qu'« il existe une jurisprudence de l'OMC abondante » [notre traduction] et a préconisé qu'« elle devrait être utilisée par d'autres branches de droit international » [notre traduction]⁴². Au fil des années, l'OMC a publié 284 rapports de groupes spéciaux; 146 rapports de l'Organe d'appel; 27 décisions des arbitres au titre de l'article 22.6 du *Mémorandum d'accord*; 34 décisions des arbitres au titre de l'article 21.3 c) du *Mémorandum d'accord*; et trois décisions des arbitres au titre de l'article 25 du *Mémorandum d'accord*⁴³. Par conséquent, la production de décisions juridictionnelles dépasse, selon toute vraisemblance, le nombre de décisions de tout autre système de règlement des différends internationaux.

Dans le même ordre d'idées, en 2012, la professeure Gabrielle Marceau nous a apporté, dans un article co-publié avec deux autres juristes, des orientations précieuses pour mieux comprendre l'influence (potentielle) de l'OMC sur d'autres mécanismes de règlement des différends internationaux. Ils ont d'ailleurs recensé nombre de cas dans lesquels des tribunaux internationaux se sont servis des décisions de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC. En particulier, cette étude a constaté que les tribunaux établis dans le cadre de traités de libre-échange ou d'intégration économique tendent à se fonder souvent sur la jurisprudence de l'OMC⁴⁴. Cela semble tout à fait logique étant donné que les dispositions des deux systèmes juridiques sont complémentaires au titre de l'article XXIV du *GATT de 1994* et de l'article V de l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*⁴⁵.

De la même manière, plusieurs tribunaux arbitraux en matière d'investissement international reconnaissent l'importance du droit de l'OMC en tant que contexte pertinent pour l'interprétation des traités applicables au différends devant eux. Par exemple, les exceptions générales et de sécurité renfermées aux

42. John Jackson, « Fragmentation or Unification among International Institutions: The World Trade Organization » (1999) 31:4 NYUJ Intl L & Pol 823 à la p 830.

43. Voir World Trade Law, « Facts and Figures on WTO Dispute Settlement », en ligne: <wto.org> [perma.cc/BW79-4AKS].

44. Voir Gabrielle Marceau, Arnau Izaguerri et Vladyslav Lanovoy, « The WTO's Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation » (2013) 47:3 J World Trade 481 à la p 531.

45. *Accord général sur le commerce des services*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 221, art V, Annexe 1B de l'*Accord de Marrakech*, *supra* note 10.

articles XX et XXI du *GATT de 1994* ont été utiles pour déterminer la marge de manœuvre des états pour formuler des politiques et des règlements touchant à des investissements internationaux. En ce sens, dans l'affaire *Continental Casualty Company v Argentine* – dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – le tribunal arbitral a interprété la notion de « nécessité » prévue à l'article XI de l'*Accord bilatéral entre l'Argentine et les États-Unis*⁴⁶ en se fondant sur la jurisprudence de l'OMC portant sur l'article XX du *GATT de 1994*⁴⁷. D'autres tribunaux arbitraux sous l'égide du CIRDI se sont également référés au droit de l'OMC en tant que moyen utile d'interprétation des traités d'investissements⁴⁸. Comme la professeure Gabrielle Marceau et ses coauteurs l'ont fait observer, « l'acquis de l'OMC a donné lieu à un processus de fécondation [*cross-fertilization*] du point de vue des autres systèmes de règlement des différends » [notre traduction] en matière économique⁴⁹.

Cependant, l'intégration de la jurisprudence de l'OMC par d'autres tribunaux internationaux est moins évidente. L'étude de la professeure Gabrielle Marceau et autres susvisée fait état du peu de référence que les tribunaux internationaux, autres que ceux chargés d'aspects économiques, font à la jurisprudence de l'OMC⁵⁰. Cela tient vraisemblablement au fait que l'OMC comporte un régime assez spécialisé, si bien que les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne sont d'aucune d'aide aux autres tribunaux – par exemple aux cours régionales des droits de l'homme ou au Tribunal international du droit de la mer. Or, cette affirmation s'avère imprécise dès lors que les prononcés des tribunaux internationaux de l'OMC ne se cantonnent pas aux aspects substantifs du droit commercial international. En effet, ils s'occupent également des aspects procéduraux et juridictionnels pouvant

46. *Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements*, 14 novembre 1991, art XI.

47. Voir *Continental Casualty Company v Argentine Republic* (2008), Case No ARB/03/9 au para 192 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements). Pour ce tribunal, il était « plus approprié de faire référence au GATT et à la jurisprudence de l'OMC [...] qu'à l'exigence de nécessité au sens du droit international coutumier » [notre traduction]; Marceau, Izaguerri et Lanovoy, *supra* note 44 à la p 518.

48. Voir *Angel Samuel Seda et autres c La République de Colombie* (2024), Case No ARB/19/6 au para 688 (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), lorsque ce tribunal a conclu que tant l'article XXI du *GATT de 1994* que la jurisprudence relative à cette disposition étaient une « moyenne d'interprétation supplémentaire utile » [notre traduction].

49. Marceau, Izaguerri et Lanovoy, *supra* note 44 à la p 532.

50. *Ibid* aux pp 483–84.

être d'intérêt pour d'autres tribunaux internationaux⁵¹. Par conséquent, les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC offrent souvent des indications utiles pour d'autres tribunaux même s'ils n'appliquent pas de règles commerciales ou économiques.

Pour approfondir la question de savoir pourquoi les autres tribunaux internationaux hésitent toujours à reconnaître la contribution du droit de l'OMC au droit international, il est opportun de s'enquérir de l'affaire devant la Cour relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))* dont la décision a été rendue le 31 mars 2014 – ci-après « l'affaire relative à la *Chasse à la baleine* ». Dans ce cas, l'Australie s'est plainte d'une mesure japonaise – appelé JARPA II – consistant à délivrer un permis spécial autorisant la mise à mort, la capture et le traitement des baleines. Selon le Japon, cette mesure a été prise « en vue de recherches scientifiques » au titre de l'article VIII de la *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine* (la *Convention*)⁵².

Une question clé pour la Cour était de déterminer le « critère d'examen » – « *standard of review* » en anglais – que la Cour était contrainte d'appliquer pour examiner le bien-fondé de la mesure en litige eu égard à l'article VIII de la *Convention*⁵³. En général, l'on entend par « critère d'examen » en droit international le degré de détail de l'examen par des cours et des tribunaux internationaux des décisions et mesures nationales⁵⁴. Le critère d'examen a donc trait à la latitude que les tribunaux internationaux doivent accorder aux États lors de l'analyse de leurs décisions au regard du droit international⁵⁵.

51. Outre les tribunaux arbitraux dans le cadre du CIRDI, il convient d'évoquer également une décision du Tribunal irano-américain des réclamations lorsqu'il a abordé la question du principe de la *res judicata* en s'appuyant sur le rapport du groupe spécial dans l'affaire *Inde–Mesures concernant le secteur automobile (Plainte des Communautés européennes)* (2001), OMC Doc WT/DS146, 175/R au para 4.55 (Rapport du Groupe spécial), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/5Y5P-2E6D]; Cas No A3, A8, A9, A14 et B61, Décision partielle, Tribunal irano-américain de réclamations, 17 juillet 2009, paragraphe 119.

52. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Contre-mémoire déposé par le Japon, vol 1 (9 mars 2012) au para 24 [*Chasse à la baleine*, Contre-mémoire]; *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine*, 2 décembre 1946, 675 RTNU 385.

53. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, [2014] CIJ Rec 226 au para 62 [*Chasse à la baleine*].

54. Vladyslav Lanovoy, « Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals » dans Gábor Kajtár, Başak Çalı et Marko Milanovic, dir, *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2022, 42 aux pp 42–43.

55. *Ibid.*

Les parties ont largement débattu du critère d'examen approprié en l'espèce pour examiner le bien-fondé de la mesure en cause. Le Japon, en tant que partie défenderesse, a remis en question le pouvoir de la Cour de déterminer si la mesure contestée par l'Australie était suffisamment fondée sur des éléments de preuve à caractère scientifique⁵⁶. Le Japon a d'ailleurs expliqué que la Cour était « l'organe du droit international » jouissant d'une autorité « éminentissime » pour statuer sur des différends d'ordre juridique; or, « elle ne saurait trancher entre des appréciations scientifiques opposées »⁵⁷. Le Japon a ainsi fait valoir qu'il disposait d'une « marge d'appréciation » pour déterminer la position scientifique appropriée et que la Cour devait se cantonner à examiner si « les chercheurs japonais [...] ont justifié tant l'utilité que les modalités » de la mesure en cause⁵⁸. En d'autres termes, le Japon a allégué que la violation de l'article VIII de la *Convention* était axée sur une détermination au préalable que le Japon avait agi de mauvaise foi en établissant la mesure en litige⁵⁹, ou que la façon dont les autorités japonaises avaient exercé leur discrétion était « déraisonnable » [notre traduction]⁶⁰. Le Japon a entendu fonder son argument sur le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC en l'affaire *États-Unis–Maintien de la suspension*. Sur cette base, il a allégué que le « critère d'examen » relatif à l'analyse des éléments scientifiques doit se borner « à déterminer si [l']évaluation des risques est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable »⁶¹.

L'Australie, pour sa part, a rejeté la position du Japon d'après laquelle il avait de la marge quant à la détermination de la nécessité de la recherche, ainsi qu'aux conditions imposées pour la délivrance des permis spéciaux pour la

56. *Chasse à la baleine*, Contre-mémoire, *supra* note 52 au para 9.7.

57. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Compte rendu (16 juillet 2013) au para 18.

58. *Ibid* au para 21.

59. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Compte rendu (4 juillet 2013), CR2013/15 aux para 38–54. Le Japon a déclaré que « [l]e rôle de la Cour [était] de s'assurer de l'intégrité de la procédure ayant donné lieu à la [mesure en litige] et non pas de réviser la décision en tant que telle » [notre traduction] [*Chasse à la baleine*, 4 juillet 2013].

60. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Compte rendu (15 juillet 2013), CR2013/21 au para 24 [*Chasse à la baleine*, 15 juillet 2013].

61. *Chasse à la baleine*, Contre-mémoire, *supra* note 52 au para 9.7. Le Japon s'est référé au rapport de l'Organe d'appel: *États-Unis–Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE–Hormones (Plainte des communautés européennes)* (2008), OMC Doc WT/DS320/AB/R au para 590 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/276X-6ETF] [*Maintien de la suspension*]; *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Compte rendu (15 juillet 2013), CR2013/22 au para 12.

chasse à la baleine⁶². En particulier, elle a avancé que l'examen de la mesure en cause ne peut se limiter à déterminer si le Japon a agi de bonne foi, mais que, dans son analyse, la Cour devait tenir compte des « éléments objectifs » en rapport avec la mesure⁶³. Elle a également fait valoir que les permis spéciaux délivrés par les autorités japonaises étaient pour l'exploitation commerciale des baleines et non pas pour des recherches scientifiques⁶⁴.

Après avoir entendu les arguments des parties, la Cour a formulé le critère d'examen applicable dans le cas opposant l'Australie au Japon. Elle a fait observer qu'elle devait d'abord se renseigner sur le point de savoir si la mesure en cause comporte des « recherches scientifiques » en vertu de l'article VII de la *Convention*. Ensuite, le critère d'examen exigeait que la Cour s'intéresse à la question de savoir si les baleines mises à mort, capturées et traitées l'étaient « en vue de » recherches scientifiques. Cette dernière analyse comportait, d'après la Cour, le critère d'examen suivant : « [s]i, en ce qui concerne le recours à des méthodes létales, la conception et la mise en œuvre du programme sont raisonnables au regard de ses objectifs déclarés. Ce critère d'examen revêt un caractère objectif »⁶⁵.

Il est pour le moins curieux que la Cour n'ait fait aucune référence à l'Organe d'appel de l'OMC dans son analyse et sa conclusion relative au critère d'examen retenu. Cela s'avérerait pertinent, voire nécessaire, pour plusieurs raisons. D'emblée, les parties ont largement débattu du type d'examen que la Cour était supposée appliquer à la mesure en litige. L'on pourrait s'attendre à ce que la Cour se penche sur la pertinence des arguments des parties se fondant sur les décisions de l'Organe d'appel.

Mais, plus important encore, il ressort de son raisonnement que la Cour s'est appuyée sur le prononcé de l'Organe d'appel pour décider du critère d'examen finalement choisi, et ce pour deux raisons. *En premier lieu*, elle a utilisé l'expression « critère d'examen » – « *standard of review* » en consacrant toute une section de son arrêt à ce sujet. L'affaire relative à la *Chasse à la baleine* était la première occasion lors de laquelle la Cour a utilisé ce terme et ne l'a jamais utilisé ultérieurement. Par ailleurs, cette expression est peut-être l'une des plus évoquées dans le langage juridique du système de règlement des différends de

62. *Chasse à la baleine*, 4 juillet 2013, *supra* note 59 aux para 11–22.

63. *Chasse à la baleine*, *supra* note 53 au para 63.

64. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Compte rendu (9 juillet 2013), CR2013/18 au para 21.

65. *Chasse à la baleine*, *supra* note 53 au para 67.

l'OMC⁶⁶. Tous les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC contiennent une section dédiée au critère d'examen applicable. Cela tient au type de différends dont les organes juridictionnels de l'OMC sont saisis ayant souvent trait à déterminer si un Membre a outrepassé, dans la formulation d'une politique commerciale donnée, la discrétion dont il dispose en vertu des accords visés.

Certes, il n'y a guère de doute que la Cour était guidée par les arguments des parties, lesquelles ont évoqué le terme « critère d'examen » à maintes reprises. Cependant, il ressort de la lecture des écritures et des plaidoiries des parties que cette expression était toujours empruntée de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC. Dès lors, en utilisant le terme « critère d'examen », la Cour l'a adopté comme sien sans toutefois reconnaître que cette expression tirait son origine de la jurisprudence de l'OMC. Qui plus est, une lecture isolée de cet arrêt pourrait laisser supposer que l'expression « critère d'examen » a été créée par la Cour elle-même.

En deuxième lieu, la portée du critère d'examen que la Cour a appliqué était calquée sur celle développée par l'Organe d'appel. Pour déterminer si la mesure en cause était prise « en vue » de recherches scientifiques, la Cour a expliqué que son examen était limité à évaluer si la « conception et la mise en œuvre du programme [étaient] raisonnables au regard de ses objectifs [scientifiques] déclarés »⁶⁷. Elle a également ajouté que « [c]e critère d'examen revêt[ait] un caractère objectif »⁶⁸. L'on peut aisément s'apercevoir que le critère d'examen retenu par la Cour ressemble étroitement à celui énoncé par l'Organe d'appel lorsque les groupes spéciaux sont appelés à se prononcer sur des allégations dont la preuve scientifique joue un rôle prépondérant. Tel est le cas dans des différends portant sur la compatibilité des mesures relevant du champ d'application de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*⁶⁹, de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*⁷⁰, du nouvel *Accord sur les*

66. L'expression en anglais est « *standard of review* ». Dans la version anglaise de son arrêt, la Cour a utilisé la même expression. Cependant, la traduction en français dans les documents officiels de l'OMC est « norme d'examen », alors que la Cour l'a traduite comme « critère d'examen ».

67. *Chasse à la baleine*, *supra* note 53 au para 67; *ibid* aux para 88, 127.

68. *Ibid* au para 67.

69. *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaire*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 508, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech*, *supra* note 10.

70. *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 120, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech*, *supra* note 10.

*subventions à la pêche*⁷¹ ou encore des exceptions générales au titre des articles XX du *GATT de 1994* et XIV de l'*AGCS*.

Le critère d'examen pour ce type de mesures – tel que développé par l'Organe d'appel – consiste à s'enquérir de si la décision prise par le Membre défendeur est « objectivement justifiable » sur la base d'un « raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables »⁷². À l'instar de l'Organe d'appel, la Cour a adopté le point de vue voulant qu'elle ne s'intéresse pas au point de savoir si les preuves scientifiques sous-tendant la mesure en litige étaient correctes, mais seulement si une telle mesure était objectivement raisonnable.

À ce stade, il semble évident que la Cour a pris en compte – tant lors de ses délibérations que dans son arrêt – le prononcé de l'Organe d'appel concernant le critère d'examen en rapport avec le contrôle juridictionnel des mesures fondées sur des preuves scientifiques. Si la Cour a refusé de reconnaître l'aide fournie par l'OMC, le juge Owada a pertinemment confirmé dans son opinion dissidente que « le critère d'examen retenu trouverait son origine dans la jurisprudence de l'organe d'appel » de l'OMC dans l'affaire *États-Unis–Maintien de la suspension*⁷³. Il s'est penché sur le raisonnement « très approfondi » de l'Organe d'appel pour critiquer l'approche de la Cour selon laquelle elle s'est engagée dans une « évaluation de *novo* des activités du défendeur »⁷⁴. Pour le juge Owada, bien que la Cour ait formellement retenu le critère d'examen de l'Organe d'appel, elle l'a « sort[i] de son contexte » en l'appliquant de façon « quelque peu mécanique aux fins de l'espèce, sans prendre en compte comme il se devrait le cadre dans lequel ce critère d'examen a été appliqué »⁷⁵.

L'opinion dissidente du juge Owada met ainsi en exergue que la Cour a effectivement utilisé le critère d'examen de l'Organe d'appel sans toutefois le reconnaître. L'on ne peut que spéculer sur les raisons pour lesquelles la Cour a adopté une telle approche. Le juge Owada nous a fourni, dans l'opinion

71. OMC, *Accord sur les subventions à la pêche*, OMC Déc WT/L/1144 (2022), en ligne: <docs.wto.org> [perma.cc/BH2C-QSTC].

72. *Maintien de la suspension*, supra note 61 au para 590.

73. *Affaire Relative à la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c Japon)*, Opinion dissidente de M le Juge Owada [2014] CIJ Rec 301 au para 33 [*Opinion dissidente*]; à noter que le juge Owada a fait référence au différend *Maintien de la suspension*, supra note 61, mais il s'est référé par la suite au même différend comme *CE–Hormones*. Cela ressort d'une confusion étant donné que, bien que liées, ces affaires restent différentes.

74. *Ibid* aux para 34, 38.

75. *Ibid*.

dissidente susvisée, une réponse probable lorsqu'il a reconnu qu'« une décision de l'OMC ne saurait en aucun cas servir de précédent au cas d'espèce »⁷⁶.

Cette affirmation introduit la notion de « précédent », laquelle a fait l'objet de débats profonds depuis, au moins, l'adoption de l'article 38.4 du *Statut de la Cour permanente de justice internationale*⁷⁷. Néanmoins, mis à part la discussion de la valeur contraignante du précédent en tant que source de droit international, le juge Owada semble faire la distinction entre les décisions de la Cour et les « décisions de l'OMC ». Cependant, il ne ressort pas clairement si la référence aux « décisions de l'OMC » se rapporte à celles des tribunaux internationaux en général – c'est-à-dire autres que la Cour elle-même – ou à celles des organes juridictionnels de l'OMC spécifiquement. À cet égard, s'il se réfère aux décisions d'autres tribunaux internationaux, il sied de rappeler que la Cour n'a jamais eu objection à s'appuyer sur le raisonnement de certains tribunaux internationaux. Par exemple, en ce qui concerne le droit pénal international, la Cour a déclaré qu'elle :

attache la plus haute importance aux constatations de fait et aux qualifications juridiques auxquelles procède le [Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)] afin de statuer sur la responsabilité pénale des accusés qui lui sont déférés et, dans la présente affaire, tient le plus grand compte des jugements et arrêts du TPIY se rapportant aux événements qui forment la trame du différend⁷⁸.

Dans le domaine des droits humains, la Cour a également préconisé que lorsqu'elle est appelée à analyser un traité international prévoyant un organe créé pour exercer un contrôle juridictionnel sur son application :

elle doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par [c]es organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause⁷⁹.

76. *Opinion dissidente*, supra note 73 au para 37.

77. Voir Christian Vidal-León, « The Justification for Reasoning from Precedent in International Adjudication » (2025) 24:1 Law & Prac Intl Cts & Trib 55; *Statut de la Cour permanente de justice internationale*, 13 décembre 1920, 1921 RTSN 390. L'article 38.4 du *Statut de la Cour permanente de justice internationale* est devenu, en 1945, l'article 38(1)(d) du *Statut de la Cour internationale de justice*.

78. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, [2007] CIJ Rec 43 au para 403 [*Convention pour la prévention et la répression*].

79. *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c République démocratique du Congo)*, [2010] CIJ Rec 639 au para 67 [*Ahmadou Sadio Diallo*].

Dans ce contexte, la Cour se réfère habituellement aux décisions du Tribunal international du droit de la mer⁸⁰, des tribunaux régionaux des droits humains⁸¹ et des tribunaux arbitraux d'investissement⁸² lorsqu'elle est censée se prononcer sur les traités ou des principes faisant l'objet de supervision par ces tribunaux. À l'inverse, la Cour refuse d'accorder une valeur importante aux décisions des tribunaux internationaux lorsque celles-ci ne relèvent pas du champ de spécialisation desdits tribunaux. Pour citer un exemple, dans l'affaire du *Génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a critiqué l'interprétation que le TPIY avait faite de certaines règles relatives à la responsabilité internationale. La Cour a fait observer qu'elle ne saurait attacher d'importance aux « positions adoptées par le TPIY sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence »⁸³.

En ce sens, certains peuvent conclure que la Cour a vraisemblablement estimé que la détermination du critère d'examen dans l'affaire *États-Unis–Maintenance de la suspension* ne relevait pas, à strictement parler, du domaine spécifique de la compétence de l'Organe d'appel de l'OMC. Selon cette position, l'Organe d'appel ne serait une source fiable que lorsqu'il se penche sur des questions purement commerciales, alors que la question du critère d'examen gravite généralement autour du traitement des éléments de preuve à caractère scientifique. Toutefois, cette explication ne tient pas dès lors que les aspects scientifiques font partie de certaines obligations prévues par les accords visés de l'OMC. En d'autres termes, le traitement de la preuve scientifique relève foncièrement de la compétence spécialisée tant des groupes spéciaux que de l'Organe d'appel en second degré de juridiction. Quoi qu'il en soit, il est intenable de soutenir que la Cour n'a pas considéré l'Organe d'appel de l'OMC comme étant une source faisant autorité en matière du traitement d'éléments de preuve scientifique. Ainsi qu'expliqué plus haut, la Cour s'est effectivement fondée sur l'Organe d'appel en retenant, sous l'expression « critère d'examen », l'approche voulant

80. Voir *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c Colombie)*, [2022] CIJ Rec 266 au para 95.

81. Voir *Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 79 au para 68.

82. Voir *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c États-Unis d'Amérique)*, [2023] CIJ Rec 51 au para 53 [*Certains actifs iraniens*].

83. *Convention pour la prévention et la répression*, *supra* note 78 au para 403. La Cour a aussi critiqué l'approche du TPIY car, en se penchant sur des questions liées à la responsabilité étatique, il s'est « intéressé à une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction » et qui n'était pas « nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises ».

que la Cour doit se cantonner à examiner si la mesure en cause en l'affaire relative à la *Chasse à la baleine* était « objectivement raisonnable ».

Par conséquent, la Cour a effectivement puisé dans l'Organe d'appel pour formuler son critère d'examen et, pourtant, elle n'a pas voulu le reconnaître dans son arrêt. Une autre explication possible réside en ceci que ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel n'atteignent le statut de « tribunaux internationaux » à proprement parler puisque leurs décisions ne sont que des rapports pour assister un organe politique — à savoir l'ORD — à prendre une décision sur un différend donné. Or, cette explication ne semble pas être convaincante étant donné que la Cour a, de temps à autre, reconnu la valeur juridique des décisions de certains organes n'ayant pas de force obligatoire, telles que celles du Comité des droits de l'homme de l'ONU, lequel n'est qu'un « organe indépendant [...] établi en vue de superviser l'application » du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (le *Pacte*)⁸⁴. En d'autres mots, les décisions de cet organe ne sont que des « observations » et ne disposent pas de force contraignante. Néanmoins, la Cour a estimé « devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée » par le Comité des droits de l'homme en ce qui concerne les dispositions contenues dans le *Pacte*⁸⁵.

Par conséquent, en omettant de préciser l'origine du critère d'examen qu'elle a retenu, la Cour a nié la valeur de la contribution de l'OMC au droit international. Et cela a influé sur d'autres tribunaux internationaux. Par exemple, à peine quelques mois après l'arrêt dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine*, le Tribunal international sur le droit de la mer a été saisi de l'interprétation de la notion de « nécessité » à l'article 73.1 de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*⁸⁶. Dans son opinion individuelle, le juge Paik Jin-hyun a abordé la question relative au critère d'examen en droit international ou, comme il l'a décrit, « à l'examen juridictionnel de décisions ou de mesures nationales auquel procèdent des cours ou des tribunaux internationaux »⁸⁷. En particulier, le juge Paik a minimisé la contribution de l'Organe d'appel en matière du critère d'examen en mettant en avant que ce concept n'est « pas l'apanage de l'OMC, ni même celui du droit économique international »⁸⁸. Pour démontrer

84. Voir *Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 79 au para 66; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171.

85. *Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 79 au para 66.

86. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1833 RTNU 397.

87. *Affaire du Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, Opinion individuelle de M le juge Paik [2014] TIDM Rec 194 au para 17.

88. *Ibid.*

le bien-fondé de cette affirmation, le juge Paik a rappelé que, quelques mois auparavant, la Cour « s'[était] également penchée sur cette question dans le contexte de la conformité de permis spéciaux accordés par le Japon à l'article VIII de la convention »⁸⁹. Bien entendu, le juge Paik s'est référé à l'affaire relative à la *Chasse à la baleine*⁹⁰.

L'opinion du juge Paik aurait-elle changé si la Cour avait reconnu que le critère d'examen retenu dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine* était en réalité inspiré de l'Organe d'appel de l'OMC? On ne le saura jamais. Mais le juge Paik aurait assurément pris note du fait que, si le concept du critère d'examen est pertinent pour tous les tribunaux internationaux, l'Organe d'appel a fait une contribution importante au droit international en traçant les lignes démarcatives du contrôle juridictionnel des mesures gouvernementales. Cependant, dû à l'approche choisie par la Cour, le juge Paik n'a pas été à même de reconnaître cette contribution. Il est fort probable que la jurisprudence des tribunaux internationaux et la doctrine attribueront le critère d'examen choisie dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine* à la Cour sans pour autant rappeler qu'il tire son origine de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC.

À en juger par les explications évoquées ci-dessus, il est difficile de comprendre pourquoi la Cour n'ait pas voulu reconnaître l'origine du critère d'examen qu'elle a appliqué en l'affaire relative à la *Chasse à la baleine*. La vraie raison trouve peut-être son origine dans l'histoire des rapports entre le GATT/OMC et le droit international. D'ailleurs, il se peut que la Cour considère toujours le système de règlement des différends de l'OMC comme un système étranger au réseau des tribunaux internationaux existants. Il est fort probable que la Cour, en tant qu'institution, et ses membres, ne soient pas à l'aise lorsqu'ils tentent de parler du droit de l'OMC, par exemple, car ils manquent de familiarité avec le système juridique et juridictionnel de l'OMC. Pour citer un exemple, le juge Owada s'est référé, dans l'opinion dissidente susvisée, à l'affaire *CE—Hormones* bien qu'il ait voulu faire référence, en réalité, à l'affaire *États-Unis—Maintien de la suspension* — c'est-à-dire un différend, bien que lié factuellement, totalement séparé. Cette méconnaissance des aspects essentiels de l'OMC peut être à l'origine de l'approche de la Cour selon laquelle elle évite autant que faire se peut de se pencher sur tout argument mis en avant par les parties fondé sur les accords visés de l'OMC ou sur la jurisprudence des groupes spéciaux et/ou de l'Organe d'appel de l'OMC⁹¹. Une telle raison nous ramène au rapport

89. *Ibid.*

90. *Ibid.*

91. *Opinion dissidente, supra* note 73 au para 34.

prévalant pendant plusieurs décennies où le système juridique du commerce multilatéral et le droit international suivaient un développement parallèle sans pour autant se rapprocher l'un de l'autre.

Il convient de rappeler en outre qu'en dépit des arguments des parties dans de multiples cas se fondant sur le droit de l'OMC⁹², la Cour ne s'est penchée sur ces arguments qu'une seule fois – dans l'affaire relative à la *Convention sur le Génocide (Ukraine c Fédération de Russie)* – et ce seulement pour le rejeter. Dans ce cas, la Cour était priée de constater que l'Ukraine, en tant que partie plaignante, « n'a pas violé ses obligations au titre de la convention » sur le génocide⁹³. La Russie, en tant que partie défenderesse, a fait valoir que la demande ukrainienne était irrecevable car il s'agissait d'un « recours par anticipation »⁹⁴. Selon elle, ce type d'allégations est « réservé[e] » à l'OMC au titre de l'article 21.5 du *Mémoire d'accord*⁹⁵. En d'autres termes, ce type d'allégations « par anticipation » ne saurait être recevable que si les règles applicables l'envisagent spécifiquement⁹⁶.

La Cour a reconnu que la Russie s'était fortement appuyée sur le cadre juridique de l'OMC en vue d'étayer cet argument⁹⁷. Cependant, elle est passée à côté de cet argument en rejetant l'aide que le droit de l'OMC pourrait fournir à cet égard. La Cour s'est bornée à expliquer que « les pratiques de l'OMC ne sont pas directement transposables à la Cour » car « elles sont fondées sur des dispositions particulières » des accords visés de l'OMC⁹⁸.

La position de la Cour concernant la pertinence du droit de l'OMC en l'espèce était troublante, d'autant plus que l'argument de la Russie reposait sur le principe que le droit de l'OMC, en tant que branche du droit international, énonçait une règle spécifique – et sans parallèle en droit international général – en

92. En guise d'exemple, dans plusieurs différends, les parties ont mis en avant à l'appui de leurs arguments la doctrine formulée par l'Organe d'appel en l'affaire *États-Unis–Crevettes*, *supra* note 22 concernant l'« abus de droit ». Ces affaires incluent *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c France)*, [2020] CIJ Rec 300; et *Certains actifs iraniens*, *supra* note 82. Cependant, la Cour n'a pas abordé explicitement le raisonnement de l'Organe d'appel à ce sujet.

93. *Allégations de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires, [2024] CIJ Rec 360 au para 108 [Allégations de génocide, Exceptions préliminaires].

94. *Allégations de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie, vol 1 (3 octobre 2022) au para 276.

95. *Ibid.*

96. *Ibid* au para 277.

97. *Allégations de génocide*, Exceptions préliminaires, *supra* note 93 au para 93.

98. *Ibid* au para 95.

matière d'allégations « par anticipation ». Dès lors, la Russie était d'accord avec le raisonnement de la Cour. Cependant, la question posée par la Russie à la Cour consistait à déterminer si la règle évoquée dans les accords visés de l'OMC au sujet d'allégations « par anticipation » existait dans le cadre juridique applicable dans le cas d'espèce. La Cour aurait pu répondre que cette question n'exigeait pas qu'elle se penche sur la règle de l'OMC, étant donné qu'elle n'était pas applicable aux allégations présentées par les parties. Néanmoins, la Cour a décidé d'exclure la pertinence de la règle de l'OMC invoquée en rappelant que les « pratiques de l'OMC » sont « fondées sur des dispositions particulières »⁹⁹. Cependant, ce raisonnement pourrait être lu dans le sens que, pour la Cour, le fait que le droit de l'OMC contienne des règles spécifiques constitue une raison, à elle seule suffisante, pour ne pas les prendre en compte en tant que contexte ou guide analytique pertinent dans les cas portés à l'attention de la Cour. Autrement dit, la Cour semble prôner le maintien d'une distance entre le droit de l'OMC et le droit international.



Cette étude rend hommage à la professeure Gabrielle Marceau en se penchant sur l'un des sujets qui la passionne le plus, à savoir le rapport entre le droit de l'OMC et le droit international. Ces pages ont survolé la façon dont le droit du commerce international incarné par le droit de l'ancien *GATT de 1947* et actuellement par le droit de l'OMC s'est progressivement rapproché du droit international en reconnaissant que les accords visés de l'OMC font partie et doivent être interprétés conformément au droit international public. L'Organe d'appel semble avoir tranché le débat non seulement en affirmant que les accords visés de l'OMC ne peuvent être interprétés « en l[es] isolant cliniquement du droit international public »¹⁰⁰, mais en tenant compte des règles coutumières de droit international et des principes généraux de droit lorsqu'ils aident à interpréter les règles de l'OMC ou à combler les vides laissés par celles-ci.

Si le droit de l'OMC a définitivement intégré le droit international, la plupart des tribunaux internationaux n'ont pas intégré le droit de l'OMC – ou les prononcés des organes juridictionnels de cette organisation – comme constituant une source matérielle de droit international faisant autorité. L'affaire relative

99. *Allégations de génocide*, Exceptions préliminaires, *supra* note 93 au para 95.

100. *Normes concernant l'essence*, *supra* note 19 à la p 19.

à la *Chasse à la baleine* met en exergue que la Cour n'a pas hésité à utiliser des concepts développés par l'Organe d'appel. Or, elle n'est toujours pas prête à le citer. L'affaire relative à la *Convention sur le génocide (Ukraine c Fédération de Russie)* vient confirmer que la Cour demeure ferme dans son approche à l'égard de la jurisprudence de l'Organe d'appel.

En tout état de cause, le fait que l'OMC contienne des règles relatives à un domaine spécifique ne saurait constituer une barrière infranchissable à ce que les tribunaux internationaux autres que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel puisent dans la jurisprudence de l'OMC. Il reste donc un long chemin à parcourir pour que la communauté de tribunaux internationaux reconnaisse les organes juridictionnels de l'OMC comme membres intégraux de ce groupe. Les vœux « *iusinternationalistes* » de la professeure Gabrielle Marceau devront donc attendre l'intégration complète et sans réserve du droit de l'OMC dans le droit international au sens large.