

Tribunal de l'OMC

Le système des sanctions

L'Organisation mondiale du commerce joue en partie sa crédibilité sur le système des sanctions de l'Organe de règlement des différends. Sujet très complexe sur le plan juridique, le système des sanctions devra évoluer vers une meilleure régulation internationale.

Étu
de

Intervention de Marie-Anne Frison-Roche, professeur à l'université Paris-Dauphine, directrice de l'Institut de droit économique, fiscal et social.

Parler de "sanctions" à propos des rapports préparés au sein de l'Organe de règlement des différends (ORD), qu'il s'agisse de ceux des panels de première instance ou de ceux de la structure d'appel, c'est déjà prendre une position à la fois épistémologique et technique, dans la mesure où la lettre du Mémorandum qui organise le processus n'utilise pas ce type de vocabulaire. On n'y évoque pas même la notion de décision, notion concomitante, voire préalable, à celle de sanction, mais celle de "recommandation". Tout semble donc être de l'ordre du spontané, notamment la réaction de l'État concerné lorsque l'ORD lui fait part de sa recommandation, alors que la notion de sanction n'est pas séparable de l'idée de contrainte.

Cependant, c'est volontiers en ces termes qu'on présente le système, notamment dans les premiers ouvrages pédagogiques concernant l'OMC⁽¹⁾. C'est alors orienter le système de régulation et la lutte contre les barrières à l'entrée dans un sens répressif, en organisant un contexte pénal. L'OMC apparaît de ce fait comme un instrument de répression, alors même qu'on peut observer qu'il n'est pas encore dégagé du système précédent du Gatt, lequel était essentiellement de nature contractuelle et diplomatique. Aujourd'hui, à l'appari-

tion d'un quasi-judiciaire, s'associe l'extrême opposé du système précédent qu'est le pénal. Dans ces conditions, il y aurait non seulement évolution du diplomatique vers le juridictionnel, mais rupture du consensuel à la répression.

L'enjeu de la qualification n'est pas seulement de mieux désigner la réalité des choses. En droit, la qualification de "pénal" a des conséquences très importantes, et naturellement attachées à ce terme, indépendamment des textes qui en organisent le déploiement. Il s'agit alors essentiellement de préserver les droits procéduraux de la personne menacée de sanction, notamment ses droits de la défense⁽²⁾. Pour ne prendre qu'un exemple, les conséquences juridiques à tirer de l'exigence d'un doute⁽³⁾ quant à la conformité ou non d'une réglementation nationale par rapport aux divers accords prescriptifs de comportements ne sont pas les mêmes si la non-conformité donne lieu à une sanction de nature répressive ou à un mécanisme civil de réparation.

On se reportera ici, sans le développer davantage, à l'état du droit européen, la Cour européenne des droits de l'Homme ayant développé la notion de "matière pénale"⁽⁴⁾ qui implique alors le respect de nombreuses formes, indépendamment des qualifications ● ● ●

(1) Voir, par exemple, Th. Flory, L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel, coll. Organisation internationale et relations internationales, Bruylant, 1999, n° 41, p. 20, évoquant des "procédures contraignantes".

(2) Sur ce point, et le rapport avec le principe de motivation, voir H. Ruiz-Fabri, La procédure et la jurisprudence, ce dossier.

(3) E. White, Les règles de preuve, ce dossier. ● ● ●

● ● ● juridiques que les textes ont utilisées pour organiser les procédures, et exige le respect de règles élémentaires, telle celle de la personnalité des délits et des peines⁽⁵⁾. Bien sûr, la Convention européenne des droits de l'Homme ne s'applique pas en tant que telle aux procédures de l'ORD, mais elle exprime la conception que l'Occident se fait du procès équitable et de la sanction légitime, tradition dont il convient de tenir compte, ne serait-ce que pour justifier les écarts que l'OMC s'autorise à son égard.

Mais à première vue, nous sommes loin d'une qualification de l'OMC comme appareil répressif: tout le fonctionnement de l'Organe de règlement des différends est, trace de l'histoire, signe d'une transition, un mixte de diplomatique et d'un juridictionnel entrecoupé de contractuel. Les autorités mondiales fonctionnent pour l'instant sur ce mixte, et l'on retrouve, dans ce droit en germination, des notions que le Moyen Âge du droit international privé dégagées. Par exemple, pour l'instant, et parce que nous ne disposons pas encore d'un droit mondial de l'organisation économique, l'obligation de coopération entre institutions et pays s'exprime sous la forme d'une "courtoisie active"⁽⁶⁾, aujourd'hui théorisée et mise en pratique en matière de concurrence, comme on disait il y a quelques siècles que la politesse était la source – la seule concevable – du comportement d'un État daignant appliquer la loi étrangère⁽⁷⁾.

On est sans doute dans cet état de pensée à propos des conséquences des décisions de l'ORD. En effet, en première et seconde instances, l'ORD, s'il donne raison à l'État qui l'a saisi, adopte un rapport sur ce qui lui paraît devoir être changé dans le comportement – le plus souvent réglementaire – d'un État qui a établi des barrières injustifiées à l'entrée de son territoire. Formellement, les rapports n'ont donc qu'un effet déclaratif, un effet de révélation de l'état du droit et des engagements, au regard des faits observés. Il s'agirait donc d'une "clarification" et non pas d'une sanction. Si on l'exprime en technique procédurale, il s'agit d'une série de motivations plus que d'un dispositif à proprement parler, parce que le dispositif évoque par association un pouvoir d'*imperium*, pouvoir dont l'OMC est dépourvu⁽⁸⁾.

Si l'on continue dans ce raisonnement, dans un espace diplomatique, lorsque le rapport exprime la nécessité d'abandonner un dispositif constitutif d'une barrière à l'entrée, la politesse incite à l'exécution. L'État auquel reproche est fait n'est donc pas véritablement sanctionné: ramené à la raison par la prise de conscience de ses devoirs que fait naître la recommandation qui lui est destinée, il exprime par la mise en conformité de son organisation le respect qu'il doit au droit et aux autres États. En examinant les tableaux d'avancée des contentieux diffusés par l'OMC, l'ordinaire est d'ailleurs dans le rétablissement spontané d'une conformité dont l'ORD a mis en lumière la nécessité⁽⁹⁾. Cette perspective explique qu'en pratique les phases de consultation et de constitution d'un panel se distinguent peu, puisque l'ensemble est un processus d'éclaircissement des États rappelés à leurs devoirs. L'information autorisée ainsi donnée par l'ORD à l'État, quant à l'étendue des obligations de celui-ci, est donc censée suffire à obtenir le réajustement nécessaire.

Il est difficile de s'en tenir là. L'autre fondement, déjà plus juridique, tient dans le fait que les États, en entrant dans l'OMC, se sont contractuellement engagés à avoir un comportement conforme aux accords. Ainsi, le règlement des différends est un prolongement de cette puissance contractuelle autorégulatrice, que le juge sert sans déployer une puissance qui lui serait propre. Dès lors, en suivant les recommandations de l'ORD, l'État exécute ses obligations, d'une façon moins paisible sans doute mais sans qu'il y ait un changement de nature. Ce fondement contractuel explique aussi que la procédure de sanction soit sans cesse entrecoupée de phases de négociation.

En effet, même lorsque cette bonne volonté, fondée sur ceci ou sur cela, bonne volonté que l'on feint donc de croire de principe, est enrayée, on cherche à ce qu'elle puisse s'exprimer encore, chaque phase d'escalade du conflit pouvant encore donner lieu à accord. Ainsi, tout fonctionne d'une façon satisfaisante tant qu'un accord est encore possible à trouver, parce qu'on revient ainsi, d'une façon plus ou moins longue et agressive, à la nature contractuelle de la résolution des

● ● ● Voir aussi

Le doute et le droit, coll. Philosophie et Théorie du droit, Dalloz, 1992, spéc. H. Leclerc, Le doute, devoir du juge, pp. 49-56.

(4) Voir, par exemple, J.-Cl. Soyer et M. de Salvia, article 6, in La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article, Economica, 1995, pp. 239-279.

(5) Voir infra.

(6) Rapport du Comité du droit et de la politique de la concurrence, Accroître l'efficacité des marchés internationaux grâce à la "courtoisie active" dans la mise en œuvre des réglementations de la concurrence, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 1, n° 3, 1999, pp. 41-83.

(7) Sur la doctrine hollandaise de la courtoisie, voir, par exemple, H. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, 5^e éd., précis Dalloz, 1996, n° 93-94, pp. 76-77.

(8) Sur la question théorique de savoir si la juridictionnalité d'un organe découle davantage de l'*imperium* ou de la juris-dictio, voir Ch. Jarrosou, Réflexions sur l'*imperium*, Mélanges P. Bellet, Litec, 1991, pp. 245-279.

(9) Par exemple, Inde/États-Unis-Mesure affectant les importations ● ● ●

conflits. Et cet accord est le plus souvent trouvé, à un stade ou à un autre, grâce à cette contractualisation sans cesse mise sur le métier.

Mais il faut envisager le blocage. Et là le système est défaillant, non pas tant sur le terrain pragmatique que sur celui de la légitimité. Un système comme l'ORD ne peut s'exposer ainsi à une fragilité de légitimité. On observera, par exemple, que lors du travail en Commission de la production et des échanges à l'Assemblée nationale autour du rapport de Mme la députée Béatrice Marre, M. le député Jean-Michel Marchand a estimé que l'OMC ne devait pas conserver l'exclusivité du traitement des différends et que celui-ci devait être transféré, au moins pour le contrôle de seconde instance, à la Cour internationale de justice⁽¹⁰⁾. Cette tendance est d'autant plus grave que le Mémoire souligne que l'ORD est le cœur de l'OMC⁽¹¹⁾. Si le pouvoir de l'ORD est illégitime, c'est le pouvoir de l'OMC qui est remis en cause en retour.

Contractualisation des effets des rapports

Les volontés des parties restent prépondérantes dans le processus de sanction. Ainsi, lorsque les recommandations ont été adoptées par le Groupe spécial ou l'Organe d'appel permanent, c'est l'État condamné qui doit exprimer ses intentions dans un délai de trente jours quant à la mise en œuvre qu'il envisage. Cela est remarquable puisque c'est encore à la partie condamnée d'exprimer sa volonté, ce que l'on ne requiert d'ordinaire d'aucune partie condamnée, le principe de sa condamnation la réduisant normalement à la passivité de l'impuissance. Dans les affaires déjà advenues, on trouve des cas fréquents dans lesquels l'État abandonne le comportement que l'ORD a estimé contraire aux Accords, quand il ne l'a pas fait avant même qu'une décision n'intervienne.

S'il y a refus d'exécution, c'est non pas une perspective

d'exécution forcée mais une opportunité d'arbitrage qui est alors ouverte dans plusieurs sens. Un arbitrage peut porter ainsi sur le temps de réaction qu'on laisse à l'État condamné. Cela pourrait être désigné comme la pause de la réflexion solitaire. Cet accord peut être noué soit entre l'État condamné et l'ORD, soit par accord entre les deux États dans les quarante-cinq jours qui suivent l'adoption des rapports, soit, en cas d'échec de ce rapprochement, par un arbitrage contraignant organisé par l'ORD dans les quatre-vingt-dix jours à partir de l'adoption des rapports (voir encadré p. 4). À vrai dire, la souplesse du système est plus grande encore, puisque l'ORD a admis que les parties au litige désignent d'elles-mêmes un arbitre à fin de fixer le délai raisonnable, ce dont elles informent l'ORD⁽¹²⁾.

Cette gestion du temps dans l'exécution s'insère dans la question plus générale du temps des procédures⁽¹³⁾ au sein de l'OMC, qui doit tout à la fois faire diligence, mais laisser les pauses nécessaires à la préparation des arguments et à la négociation. La question des délais occupe une grande place dans l'organisation procédurale et est au cœur des négociations. Elle s'exprime aussi à propos des sanctions, mais elle ne lui est pas spécifique.

Sur le terrain substantiel, les parties peuvent reprendre des contacts pour s'accorder sur une "compensation commerciale mutuellement acceptable". Cela pourrait être désigné comme la pause de la négociation mutuelle. On en trouve des exemples dans des affaires ainsi heureusement achevées⁽¹⁴⁾. Cette contractualisation s'explique par le fait que l'État victime doit exprimer son consentement quant à la compensation commerciale proposée par l'État condamné, puisque l'objectif premier n'est pas obtenu, la barrière à l'entrée étant conservée.

Ce n'est qu'en cas d'échec de cette procédure – ou si le pays victime récusé le principe d'un rapprochement de ce type⁽¹⁵⁾ – que le pays dont les droits ont été reconnus peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations. Cette autorisation est de droit puisqu'il faudrait un consensus négatif au sein de l'ORD pour l'exclure. Dans ce cas, l'État victime expose donc les ● ● ●

● ● ● de chemises (WT/DS 33), la mesure ayant été levée le 22 novembre 1996, avant que le panel de première instance n'achève ses travaux; voir aussi Malaisie, Pakistan, Thaïlande c/États-Unis (WT/DS 58), Prohibition à l'importation de crevettes, les États-Unis ayant indiqué le 25 novembre 1998 qu'ils étaient résolus à mettre en œuvre les recommandations. Mais il faut aussi tenir compte du fait que, dans certains dossiers, l'État condamné commence par clamer sa volonté d'exécution, mais ne cesse de reculer jusqu'à ce que l'État victime soit amené, au terme de la procédure, à solliciter l'autorisation de lui appliquer des mesures de rétorsion: il en a été ainsi dans le litige Canada c/Australie, mesures visant l'importation de saumons (WT/DS 18). (10) Commission de la production et des échanges, compte rendu n° 3, séance du 6 octobre 1999, disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale. (11) Article 3.2 du Mémoire. (12) CE, États-Unis c/Corée – Taxes sur les boissons alcooliques (WT/DS 75 et 84) information du 23 avril 1999. (13) Sur la question d'une façon ● ● ●

● ● ● mesures unilatérales qu'il envisage de prendre pour sanctionner l'État responsable. Là encore, il y a possibilité de négociation, puisque le niveau de la suspension proposée par l'État peut être contestée par l'État victime, et un nouvel arbitrage peut alors se dérouler, soit par le panel initial, soit par un arbitre *ad hoc*, ayant pour seule compétence d'apprécier le juste niveau des mesures proposées, et non pas les mesures elles-mêmes (par exemple, taxation à l'importation de tel produit alimentaire plutôt qu'un autre). Dès lors, la nature des sanctions résulte du choix de l'État victime, la seule contrainte résidant dans l'unicité du secteur économique, qui doit en principe être celui du manquement. Mais l'on sait que la rétorsion intersectionnelle est possible, lorsque cette unicité du secteur économique concerné ne peut être en pratique respectée. Par ailleurs, la rétorsion doit, par principe, constituer une mesure provisoire, car le but est la suppression de la barrière à l'entrée. L'un des enjeux est ce qui déclenche le passage d'un stade à l'autre. Cette question se dédouble. En premier

lieu, il s'agit de savoir si une fois un stade achevé et le suivant débuté, l'État en cause peut encore revenir sur les questions abordées durant le stade précédent. Par exemple, lorsqu'il s'agit, à un stade relativement avancé de la procédure, de discuter de la nature et du niveau des rétorsions proposées, l'État qui en est la cible peut-il encore prétendre que son comportement critiqué pouvait se justifier, ce qui revient à rouvrir une question examinée durant un stade précédent de la procédure? S'il devait en être ainsi, et l'Europe adopte une telle démarche dans l'affaire "hormones", cela signifierait que la phase d'exécution laisse encore ouverte une discussion sur le fond. À travers les questions de mise en œuvre s'exercerait alors de fait une sorte de voie de recours sur le fond. Les organes en charge du suivi des recommandations agiraient alors comme le font les juges de l'exécution, institués en France par la réforme de 1991, et qui s'autorisent de tels examens. Dans un tel cas, il y aurait une certaine porosité, voire une sorte de réversibilité, entre les phases successives de l'exécution.

● ● ● générale, voir *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996. (14) États-Unis c/Argentine - Mesures sur les importations de chaussures, textiles, vêtements (WT/DS 56), accord du 22 juin 1998. (15) Existe une incertitude sur le caractère successif des deux phases - concertation, puis échec, puis demande d'autorisation de rétorsion - ou sur la possibilité pour l'État victime de passer directement à la seconde phase. Le passage de plano à la phase extrême, alors que son état de virtualité devrait être favorisé, ne paraît pas conforme à l'esprit des textes, mais, de fait, les deux phases se chevauchent (affaire du bœuf aux hormones ; autorisation de l'ORD du 26 juillet 1999 au bénéfice des États-Unis et du Canada).

Exemples d'accords

Accords noués entre l'État condamné et l'autre État

- États-Unis c/ Canada - Mesures concernant les périodiques (WT/DS 31) : les parties sont convenues que le délai pour la mise en œuvre serait de dix mois. À son expiration, le 30 octobre 1998, le Canada a retiré la mesure contestée ; voir aussi Brésil C/ Communautés européennes - Mesures concernant l'importation de produits de volailles (WT/DS 69), accord mutuel sur un délai de mise en œuvre de cinq mois.
- CE c/ Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (WT/DS 79/1), où il est remarquable que les parties ont convenu d'un délai, par référence à un délai qui avait été arrêté dans une autre affaire, comme quoi le mécanisme prégnant du précédent prend aussi prise dans la

matière. On peut donc penser que va se dégager une sorte de typologie des contentieux et des délais *ad hoc* standards admissibles. À l'expiration du délai, l'Inde a annoncé qu'elle avait opéré la mise en conformité.

Accord résultant de l'arbitrage de l'ORD

- C.E., Canada, États-Unis c/ Japon - Taxes sur les boissons alcooliques (WT/DS 8, DS 10 et DS 11) : l'arbitre désigné a fixé le délai à quinze mois. À l'expiration du délai, le 1^{er} février 1998, le Japon a proposé des modalités de mise en œuvre qui ont été acceptées.
- États-Unis, CE et Japon c/ Indonésie - Mesures affectant l'industrie automobile (WT/DS 54, 55, 59 et 64) : l'arbitre désigné a fixé le délai à douze mois. Une semaine avant l'expiration du délai, l'Indonésie a mis en œuvre la recommandation.

L'autre question concerne ce qui autorise le déclenchement d'une phase, le passage de l'une à l'autre, dans le *crescendo* de la contrainte. À chaque fois, c'est l'échec du précédent qui ouvre la suivante. Il y a donc une condition qui se réalise ou qui ne se réalise pas pour opérer ce passage. S'il n'est question que de délai, il suffit de compter les jours (le droit procédural est expert en la matière). Mais si c'est l'échec, si c'est la non-exécution, il y a donc un objet contestable (Qu'est-ce que non exécuter? Qu'est-ce que la non-conformité aux recommandations?). Il peut y avoir un litige à ce propos : ainsi, dans l'affaire "bananes", la Communauté européenne estimait avoir adopté des mesures de remise en conformité, mais les États plaignants estimaient que les exigences du rapport de l'ORD n'avaient pas été satisfaites.

Dès lors, la charge de preuve est un enjeu majeur. En principe, si l'on se réfère au droit commun probatoire, c'est celui qui allègue un fait qui doit le prouver et cela devrait être celui qui allègue la non-mise en conformité du comportement de l'État condamné qui devrait avoir à démontrer les faits pour obtenir le passage à un stade supérieur de contrainte. Mais le panel établi sur la question de la conformité ou non des nouvelles mesures sur l'importation des bananes a estimé qu'une présomption de conformité ne pouvait jouer au bénéfice de l'État condamné⁽¹⁶⁾.

Imaginons que nous passons au stade de la véritable sanction, c'est-à-dire à la mesure unilatérale prise par l'État victime, ainsi validée. Certes, cela correspond à peu d'affaires, mais les plus importantes du point de vue économique et symbolique (bananes et bœuf aux hormones). On en arrive alors vraiment à un processus de sanction ; cette perspective existe toujours en virtualité et détermine les comportements contractuels antérieurs ; il s'agit donc bien d'un droit économique répressif. C'est un sujet d'inquiétudes, car rien ne dit que les États, qui pour l'instant n'ont généralement pas laissé la procédure aller jusque-là, ne le feront pas systématiquement, par mesure dilatoire et par mesures politiques (pour plaire à leur opinion publique, pour se désigner à elle comme la victime d'un gouvernement des juges, et pour déstabiliser l'OMC, si celle-ci

a une légitimité plus fragile dans cette partie-là de son organisation). Or, à ce stade ultime, le seul moyen pour un État de se soustraire à ces obligations serait de sortir de l'OMC. On sait que le Congrès américain a expressément prévu l'hypothèse et organisé un conseil d'observateurs à cette fin, mais cela relèverait d'un processus de bombe atomique, qui ne peut raisonnablement rester qu'à l'état de virtualité.

C'est cette organisation de violences virtuelles (la violence des prochaines condamnations qui sont de type "tourant", la violence de la rétorsion unilatérale autorisée, la violence de la sortie de l'État de l'OMC) qui assure la relative bonne volonté des parties au litige pour trouver une solution diplomatique. Mais il en est comme pour toutes les virtualités : si elles quittent cet état, si elles se concrétisent pleinement, le système se bloque, voire implose.

Avant d'analyser cela, il convient de s'arrêter pour apprécier cette ouverture permanente à des accords. Sans doute peut-on considérer deux types de perspectives d'accords : les non-dénaturants et les dénaturants. Les non-dénaturants portent sur les délais et les dénaturants sur la nature de ce qui est demandé à l'État condamné. En effet, demande-t-on simplement à celui-ci de rendre les armes face à une victime? Auquel cas, le choix de la réparation peut être contractualisé, réparation en nature si le comportement constitutif de la barrière à l'entrée cesse, réparation par équivalent dans les autres cas (compensation mutuellement admissible ; rétorsion unilatérale autorisée).

Mais le but de l'OMC est la libéralisation par la suppression des barrières à l'entrée, pour développer les potentialités de la concurrence. Dès lors, peut-on toujours dévier de l'exigence d'une suppression? Peut-on permettre le rachat de la barrière à l'entrée par le simple accord de l'État victime? En l'état actuel de la régulation mondiale du commerce, sans doute, mais lorsque l'ossification du système se fera vers un droit d'ordre public de la concurrence, on exigera la fin du comportement dommageable. On passera alors de l'ordre public de protection de l'État victime à l'ordre public de direction de structuration des marchés.

Une évolution dans ce sens peut être d'autant

(16) Rapports des 9 et 12 avril 1999.

●●● plus anticipée que l'on voit mal comment sortir des hiatus qui se font jour dans les processus actuellement organisés de rétorsion.

La fragilité du système de rétorsion

Parce qu'on n'exige pas véritablement d'exécution, on n'aboutit pour l'instant qu'à un système de justice privée.

■ La justification du système actuel

On en comprend les raisons pragmatiques. Ainsi, l'État condamné doit s'exécuter. Mais on se contente d'un rapport bilatéral entre la puissance condamnante (l'ORD) et celui-ci. Cela suppose qu'on puisse le contraindre, car il n'y est pas enclin. Le condamné est par nature passif, subissant une peine qu'il ne peut éviter, tandis que la victime attend que la puissance du droit oblige ainsi le responsable en sa faveur. C'est le schéma ordinaire des procès répressifs.

Mais dans l'espace mondial, cette puissance extérieure fait défaut et la passivité de l'État responsable peut triompher. Dès lors, le rapport de sanction à deux (OMC, État condamné) devient un rapport de sanction à trois (OMC, État condamné actif, État victime actif). Il faut en effet donner le pouvoir de l'exécution à l'État victime, qui sera enclin à l'exercer, ce qui le mettra en bonne position pour cette négociation sans cesse ouverte. Dès lors, à la barrière à l'entrée de l'État coupable répond la barrière à l'entrée de l'État victime. Ce dernier tient le pouvoir de sanction, ce qui assure l'effectivité de celui-ci, car la victime y a toujours intérêt, et permet une régulation juridique sans appareil étatique sous-jacent.

On a donc souvent dit qu'il s'agit d'une justice "privée", puisqu'elle est exercée par la victime. Mais il faut utiliser ce terme avec prudence, car il y a la justice privée illégitime, dans laquelle la victime apprécie la violation et applique la sanction elle-même (*vendetta*),

et celle dans laquelle la victime ne peut apprécier la violation mais peut disposer de la sanction. Il est évident que le premier système est plus proche du seul rapport de force et que le second se rapproche d'un rapport de droit. Or, l'ORD a fait passer le rapport économique entre États du premier système (de rétorsions unilatérales spontanées) au second système, puisque l'État victime n'est plus à même d'apprécier la violation de la norme, et l'on a souligné que le règlement des litiges de l'OMC est exclusif de toute action coercitive unilatérale⁽¹⁷⁾.

C'est pourquoi on peut s'étonner que, dans le contentieux "bananes", de fait, on ait laissé l'État victime apprécier la mise en conformité ou non de la réglementation européenne car, de ce fait, on lui a permis d'apprécier unilatéralement la violation de la norme, ce qui nous ramène au premier stade, critiquable, de la justice privée. Mais il demeure que, d'une façon générale, l'ORD ne concède plus aux États que l'exécution et non plus le jugement proprement dit. En cela, ce système neutralise les rapports de force, établit la distance du droit entre les parties; il est ainsi favorable dans son principe même aux États faibles et une contrainte nouvelle pour les États forts.

Mais, même si l'on peut ainsi légitimer cette perspective de justice privée, qu'il faudra sans doute tôt ou tard remettre en cause, des hiatus sont patents. En effet, l'impression première est qu'un État est condamné et un autre victorieux. Mais comment dire qu'un État est condamné s'il ne paie rien en propre? que la victime gagne si elle ne reçoit rien en propre?

■ Du côté de la victime

Or, en l'espèce, les victimes de la barrière à l'entrée, ce sont les professionnels du marché concerné. Que reçoivent-ils? Rien, dès l'instant que la barrière à l'entrée est maintenue. Cela ne peut rester en l'état pour la raison suivante: c'est l'idée même de responsable et de victime qui est alors déniée. En effet, en l'état actuel, ce ne sont pas les responsables du comportement reproché qui subissent de fait le poids des sanctions. Dès lors, l'alternative est la suivante: soit on accélère l'évolution des règles substantielles vers un droit struc-

(17) Voir, par exemple, Th. Flory, L'Organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel, préc., n°43, p. 22.

turel, on se rapproche de l'ordre public de direction, et la situation des victimes devient alors indifférente (comme en droit français et communautaire de la concurrence); soit on refuse cette évolution – et pour l'instant on la refuse largement – et il faut alors que la réparation aboutisse vraiment aux victimes.

Dès lors, là aussi de deux choses l'une. Soit parce qu'elles sont les vraies victimes de la barrière à l'entrée, on désigne les entreprises comme les véritables sujets de droit de l'OMC et on dépasse le stade des États qui ne seraient que des sujets écrans. Soit on refuse de franchir un tel pas – et l'on n'est pas encore prêt à le faire –, et on prévoit alors que l'État victime utilise la compensation ou la rétorsion qu'il reçoit au bénéfice des entreprises victimes d'une façon directe (rétrocession) ou indirecte. Dès lors, l'action de l'État victime s'apparenterait à une sorte de *class action*, technique anglo-saxonne qui, pour le moment, n'existe pas en droit français⁽¹⁸⁾: la *class action* permet à une personne d'agir au nom d'un groupe non identifié, le bénéfice de l'action se rapportant à celui-ci. Le fait que dans la pratique procédurale de l'ORD des opinions ne puissent accéder jusqu'aux juges, que si elles sont "endossées" par l'État partie, incline déjà vers une telle organisation.

■ Du côté du responsable

Qui est l'auteur du dommage? Un État, le plus souvent par l'usage qu'il a fait de son pouvoir législatif ou réglementaire. S'il refuse de supprimer les mesures incriminées, qui est puni? D'autres: des entreprises. Comment sont choisies celles qui paient? Par l'usage souverain du pouvoir de l'État victime, l'arbitrage ultime ne pouvant se faire que sur le niveau des mesures et non sur la nature des mesures. Ainsi, ce sont des entreprises qui sont atteintes par des barrières à l'entrée imposées en rétorsion par l'État victime, et non l'État directement. Cela génère des inconvénients secondaires, notamment des jeux d'alliance avec des victimes (sanction des produits français pour le bœuf aux hormones, tandis que l'Angleterre était de fait exemptée). Certes, l'État coupable paiera aussi indirectement. Du point de vue économique, l'atteinte que cela peut

constituer pour ses entreprises diminue ses rentrées fiscales. En outre, du point de vue politique, l'État est sanctionné par la détérioration de ses rapports avec les professionnels concernés.

Certes, si les mesures de rétorsion concernent de fait les professionnels du secteur qui ont un temps bénéficié de la barrière illégitime à l'entrée, on peut encore admettre le système. En effet, la justice n'est sans doute pas pleinement satisfaite en ce sens que les professionnels ne sont pas eux-mêmes l'auteur du comportement reproché, qui a été le fait de l'État. Mais sur le terrain de la justice rétributive, dans la mesure où elles ont un temps bénéficié du comportement anticoncurrentiel, on peut concevoir qu'elles sont contraintes à une sorte de restitution d'avantages qu'elles n'auraient pas dû avoir, dans un rétablissement objectif des équilibres.

Mais le procédé devient injustifiable lorsque sont touchés par la mesure des professionnels qui n'ont en rien antérieurement bénéficié du système étatique condamné. Si chacun a retenu l'exemple du roquefort, c'est qu'il est le signe simple et parfait de l'effet pervers (orientation de la condamnation de l'Europe vers la seule France) et de l'injustice (les producteurs n'ont jamais bénéficié de la restriction de l'importation de viande).

Si l'opinion publique s'en est émue, c'est qu'il est simple de mesurer qu'il s'agit d'un procédé tribal, archaïque, anté-juridique, un système d'otage. C'est de nouveau le dauphin du roi que l'on capture pour faire fléchir le roi. Or, l'OMC tient sa légitimité par la "juridicisation" de l'espace économique mondial, neutralisant les rapports de force. Cette "juridicisation" tient essentiellement – on le souligne toujours par rapport au système précédent – dans la "juridictionnalisation" de l'ensemble, qui rapproche de l'État de droit et donnera ainsi des lois modernes de la guerre économique. Mais si l'on estime que la légitimité de l'OMC, c'est le droit, le droit pragmatiquement appliqué, et plus précisément l'État de droit, ce système de sanction sape cette légitimité. En effet, le droit sanctionneur doit sa modernité à la récusation d'un tel système qui consiste à faire payer un autre que l'auteur et à satisfaire des personnes qui ne sont pas les ● ● ●

(18) Pour une confrontation des deux systèmes juridiques sur ce point, voir F. Cabarello, *Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, Revue trimestrielle de droit civil, 1985, p. 247 s., et H. P. Glenn, *À propos de la maxime "Nul ne plaide par procureur"*, *Ibid.*, 1988, pp. 59-77.

● ● ● victimes. Beccaria avait convaincu l'Occident que le principe de la personnalité des peines était une condition de légitimité des peines. Le sens commun a fait sien le principe et y a associé la modernité et la légitimité.

■ Les perspectives

Mais l'art est difficile, une fois passé le plaisir facile de la critique. En effet, ce n'est pas par dogmatisme que le système a été adopté, mais parce qu'il n'existe pas de bras séculier mondial pour appuyer le juge mondial. Il faut donc en rester à une justice privée, dans la seconde acception du terme⁽¹⁹⁾, et la laisser reposer sur la victime.

En outre, un tel système peut être en soi justifié, notamment parce que dans les droits de régulation – cette régulation à laquelle peut prétendre l'OMC et que beaucoup d'institutions encouragent⁽²⁰⁾ –, la contractualisation des sanctions⁽²¹⁾, sous l'effet de l'analyse économique du droit d'ailleurs, peut être un instrument adéquat. Mais elle n'implique pas nécessairement une justice de groupe, dans laquelle les uns – qui n'ont pas tiré bénéfice du manquement – sont sanctionnés pour les autres. Il faut conserver l'une, le temps d'aboutir un jour peut-être à un système qui modifie les structures et ne se contente pas de réparations, mais faire cesser rapidement l'autre.

Comment changer sous de telles contraintes? La solution radicale est donc de changer de sujet de droit et d'admettre qu'il puisse s'agir des entreprises et non nécessairement des États. Cela ne peut être envisagé qu'à long terme. Dans un plus court terme, du côté des victimes, ne pourrait-on songer à contraindre l'État victime à restituer les avantages obtenus aux professionnels du secteur concerné, selon le mécanisme précité de la *class action*? Certes, il peut penser que la bonne volonté qu'il avait mise pour obtenir la mesure de compensation ou de rétorsion faiblirait peut-être lorsqu'on passerait à une telle restitution. Mais là, on peut compter, d'une part, sur la pression politique et, d'autre part, ce serait un véritable droit, et les professionnels pourraient contraindre leur État

à s'exécuter, sous la menace du juge national. Du côté des responsables, dans une perspective négative, des entreprises qui n'ont en rien bénéficié du pain blanc de la barrière à l'entrée ne peuvent manger par la suite le pain noir de la rétorsion. Il faudrait donc, soit restreindre le choix de l'État victime dans la nature des sanctions – se situant alors à rebours du mouvement entamé, notamment par l'admission des rétorsions croisées –, soit accroître le pouvoir de l'arbitrage ultérieur qui devrait aussi pouvoir porter sur la nature de la mesure. Mais cette restriction n'aurait pas que des avantages. En effet, on a pu souligner que cette palette de rétorsions injustes peut être fondée lorsqu'il s'agit pour un petit État de prendre des mesures contre un État puissant, pouvant alors choisir un secteur sensible où il ne sera pas trop faible⁽²²⁾.

Dans une perspective plus positive – conceptuellement plus facile, même si elle implique des modifications diplomatiquement plus difficiles à obtenir – et concernant cette fois l'État coupable, celui-ci devrait payer; mais peut-on considérer qu'il pourrait le faire directement? On sait que, en dehors des prévisions des textes, une telle solution de versement d'argent fut proposée dans certaines affaires. Si l'on devait systématiser cette perspective, la solution serait peut-être l'obligation préalable pour les États de bloquer des sommes (un trésor de guerre, puisque nous en sommes à parler de butin), l'OMC pouvant alors faire des procédures d'ordonnancement d'office comme on en connaît désormais en droit européen.

Enfin, si l'on va plus nettement dans une conception régulatrice, à l'instar du droit européen de la concurrence, on ira vers des condamnations consistant en des injonctions de modification de structure, condamnations que les États n'auront plus le droit de racheter. Dans la lettre des textes, cela est déjà inscrit puisque les mesures de rétorsion sont en principe provisoires, la véritable fin des procédures étant l'élimination de la barrière à l'entrée et non pas la seule neutralisation de ses effets sur les États qui en sont victimes. Mais il restera encore à imposer un tel esprit régulateur contre la puissance des États.

(19) Voir supra.

(20) Voir, par exemple, B. Marre, De la mondialisation subie au développement contrôlé. Les enjeux de la Conférence de Seattle, Rapport d'information n° 1824, Assemblée nationale, 30 septembre 1999, spéc. p. 196 s.

(21) Voir, par exemple, "Réorienter l'OMC vers des objectifs de régulation".

(22) Voir, par exemple, "La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier", in La justice pénale face à la délinquance économique et financière, Dalloz, 1999, à paraître.

(22) Voir, dans ce sens, H. Ruiz-Fabri, Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, Clunet 1997/3, pp. 707-755, p. 748.