

Fondée par
Charles Rousseau †
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
de Paris

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
INTERNATIONAL
ET COMMUNAUTAIRE
TOME 121

Dirigée par
Alain Pellet
et Patrick Daillier
Professeurs à l'Université
de Paris X - Nanterre

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS AU SEIN DE L'OMC ET LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

Hubert Lesaffre
Docteur en Droit public

Préface de
Alain Pellet

Professeur à l'Université Paris X – Nanterre
Membre et ancien Président de la CDI
Associé de l'Institut de Droit international

L.G.D.J.

PRÉFACE

Commençons par la fin : le droit international de la responsabilité applicable – et appliqué (oh combien !...) – au sein de l'OMC est essentiellement banal ; en ce qui concerne, en tout cas, l'engagement de la responsabilité, il se différencie peu – bien moins qu'on le dit en général en tout cas – de celui qui est en vigueur au plan du droit international général. L'objectif poursuivi par les négociateurs du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (qui, paradoxe, n'utilise pas une seule fois le mot « responsabilité »), d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, est assuré par « un régime, certes propre à l'Organisation, mais qui en réalité emprunte beaucoup, quand il ne le calque pas, au droit international général ». Telle est la conclusion – loin d'être banale, tant est ancrée dans les esprits la croyance dans la spécificité du système de responsabilité de l'OMC – de cet ouvrage rigoureux et limpide.

Issu d'une thèse de doctorat qui a recueilli tous les honneurs, il porte sur un sujet nécessaire, ambitieux et difficile – dont son titre ne rend peut-être pas entièrement compte : les rapports qu'entretiennent le droit de la responsabilité, que la Commission du Droit international a enfin codifié dans des Articles qui constituent dans l'ensemble une remarquable réussite, et le droit de l'OMC, tel que le met en œuvre l'ORD et, tout particulièrement, l'Organe d'appel, qui en garantit la cohérence et l'unicité.

Prenant le contre-pied d'une idée trop reçue selon laquelle le droit de l'OMC constituerait un système fermé, *self-contained*, Hubert Lesaffre, sans nier son originalité à certains égards, montre que celle-ci est très exagérée. Et il ne s'agit pas d'un postulat initial dont il se serait efforcé ensuite d'établir le bien-fondé ; si parti pris il y avait, il était, à l'origine, plutôt inverse : en témoignent les intitulés des trois parties de l'ouvrage qui mettent l'accent sur « la spécificité » du fait générateur, du contenu et de la mise en œuvre de la responsabilité au sein de l'OMC, alors que seule, finalement, cette dernière en confirme l'originalité.

Ce plan, qui a la clarté et la simplicité de l'évidence, permet à l'auteur d'opérer un va-et-vient constant entre les deux termes de son sujet, en suivant l'articulation des Articles de la CDI, qui reflètent eux-mêmes la logique (et la chronologie) même des mécanismes de la responsabilité.

C'est en ce qui concerne le fait générateur que la « démythification » opérée par Hubert Lesaffre est le plus étonnamment convaincante. Contrairement à ce que suggère – ou affirme – la doctrine dominante, à l'OMC comme ailleurs,

le déclenchement de la responsabilité implique bien la réunion d'un élément objectif (le fait illicite) et d'un élément subjectif (son attribution à un État membre). *Exit* donc le préjudice commercial (sauf, très marginalement, s'agissant des plaintes sans violation) : c'est l'illicéité et elle seule qui est à l'origine de l'engagement de la responsabilité – exactement comme le droit moderne de la responsabilité exclut le dommage comme élément du fait générateur, conformément aux analyses géniales de Roberto Ago (entérinées dans les Articles sur la responsabilité).

La banalité du droit de l'OMC est moins évidente s'agissant du contenu de la responsabilité : alors que, dans le droit commun, l'obligation de réparer tant à éclipser les autres conséquences que sont la cessation et le retour à l'exécution de l'obligation violée, éventuellement assorties de garanties de non-répétition (que l'on peut – et devrait – assimiler à une forme de satisfaction), dans le droit de l'OMC, l'essentiel est la mise en conformité. À un droit de la responsabilité tourné davantage vers le passé répond un droit de l'OMC principalement préoccupé du futur et du rétablissement de la « légalité » internationale. « De ce point de vue », constate notre auteur, « on est bien en présence d'un régime spécial de responsabilité, d'une *lex specialis*, qui exclut l'application du droit commun de la responsabilité ».

Mais c'est en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité que la spécificité du droit de l'OMC est la plus marquée : il pallie largement la faiblesse traditionnelle du droit international public en établissant un mécanisme de constatation des manquements à la fois obligatoire (pour tous les Membres de l'Organisation), généralisé (à tous les accords de l'OMC) et exclusif, et en encadrant strictement le recours à des « contre-mesures », strictement destinées à assurer l'exécution de l'obligation de mise en conformité, sous un contrôle juridictionnel constant, de façon à écarter tout risque de retour à la « justice privée ».

« [S]i autonomie il y a, c'est finalement moins une autonomie par rejet que par "ingestion". Hormis la *restitutio in integrum* et l'indemnisation qui sont écartées, le Mémorandum d'accord s'est en quelque sorte approprié les règles du droit commun de la responsabilité internationale, tout les adaptant à ses objectifs : le respect du droit pour l'avenir, et la préservation du système commercial multilatéral, comme garants du maintien de l'équilibre des concessions et avantages négociés ». On ne saurait s'étonner dès lors que les instances de l'ORD, groupes spéciaux et Organe d'appel, se réfèrent abondamment au droit commun responsabilité, ce qui confirme que le droit de l'OMC ne se développe pas en vase clos, mais entretient avec le droit international général des rapports (indispensables) plus étroits qu'on ne le dit.

Ces conclusions tout en nuance sont étayées par une démonstration impeccable fondée sur une étude exhaustive de la jurisprudence de l'ORD présentée avec une clarté d'autant plus remarquable que la concision et la simplicité ne sont pas les vertus premières de ces décisions. En outre, les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'ont pas de mystères pour Hubert Lesaffre, qui les utilise avec une *maestria* et une science modestes.

Au-delà des constats propres au sujet, ce bel ouvrage remet en cause bien d'autres idées reçues et ouvre des perspectives plus vastes que ce que le bref

(et admiratif) compte-rendu que j'en ai donné pourrait faire croire. Et notamment celles-ci : que le droit international est rétif au juge ; et que le droit international de l'économie constituerait un secteur particulier, coupé du droit international général comme ses thuriféraires s'emploient parfois à le faire croire. Il n'en est rien : le « catastrophisme » qui, trop souvent, innerve le débat sur la « fragmentation » du droit international n'est pas de mise. Comme l'écrit Hubert Lesaffre, dans la sobre conclusion de ce livre tout à son image, attachant et modeste, « [l]'étude du sous-système de l'OMC démontre que l'institution d'une juridiction, quand bien même elle est spécialisée et chargée de faire respecter des règles secondaires spéciales, loin d'affaiblir le droit commun par sa fragmentation, contribue au contraire à son renforcement » ; et d'ajouter : « cette autonomie n'est pas synonyme d'hermétisme au droit commun, les deux systèmes se complètent ou s'excluent mais ne s'ignorent pas ».

Il y a là, sans doute une leçon qui va très au-delà du thème, apparemment technique, de l'ouvrage : alors que, contrairement à l'opinion dominante, le droit de l'OMC est perméable au droit international général, les « internationalistes généralistes » seraient sans doute avisés de ne pas manifester au premier trop de mépris ou d'indifférence : s'ils le prennent au sérieux, ils y trouveront ample matière à réflexion – et peut-être même les signes annonciateurs d'un droit international de l'avenir, fondé sur des interdépendances nécessaires et assumées.

Je suis convaincu que des démonstrations comparables peuvent être faites, à partir, par exemple de la jurisprudence arbitrale internationale en matière d'investissement, ou du droit international pénal, qui, eux aussi sont le fruit de la « mondialisation » (dans laquelle tout n'est pas à jeter) et des solidarités qui transcendent les frontières. On ne peut qu'espérer que les chercheurs intrépides qui se lanceront dans ces voies, encore mal explorées dans la perspective du droit international public, suivront l'exemple de rigueur et d'ouverture d'esprit donné par Hubert Lesaffre dans cet ouvrage, dont les quelques lignes qui précèdent, défontent en partie les conclusions, mais sont loin de refléter toute la richesse.

Alain PELLET
Professeur à l'Université Paris X – Nanterre
Membre et ancien Président de la CDI
Associé de l'Institut de Droit international