

Regards au-delà de la fonction juridictionnelle de l'Organe d'appel de l'OMC : l'apport à la légitimité du mécanisme de règlement des différends

Vincent Tomkiewicz*

Le point de départ de cette réflexion est simple¹. En partant du postulat que l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC ») est une juridiction, on peut se demander quel est l'intérêt de sa présence ? On pourra bien sûr répondre que la présence d'une instance d'appel n'a d'autre but que d'assurer un second degré de juridiction à l'égard des rapports du Groupe spécial. Cette fonction revêt certes une importance considérable, et il suffira de rappeler l'importance des garanties traditionnelles liées à la présence d'un second degré de juridiction. Mais pourquoi alors la confier à une juridiction permanente, et non à un simple organe *ad hoc* – option qui a d'ailleurs aujourd'hui largement prouvé sa valeur – comme cela peut exister au sein de l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA ») ? Peut-être est-ce parce que derrière la fonction de règlement du différend se profile autre chose, quelque chose de plus qui serait attaché à la juridiction.

Il semble qu'une vision de la juridiction internationale en tant qu'organe dont l'unique tâche est de trancher les différends soit aujourd'hui dépassée car trop réductrice. En dehors de la traditionnelle participation à la réalisation de la paix sociale, le rôle de toute juridiction internationale est d'assumer pleinement la fonction que remplit le juge dans n'importe quel système juridique : garantir la subordination des sujets à la règle de droit. Pour ce faire, il est généralement considéré que la crainte de la sanction et le respect de la légitimité² jouent un rôle considérable³. L'alchimie entre la sanction et la légitimité est néanmoins faussée au sein du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, en particulier parce que le premier de ces critères n'est pas totalement présent. Quand bien même le mécanisme a été doté d'une procédure de suivi et d'exécution – qui reste par ailleurs sujette à nombre de controverses quant à son effectivité⁴ – il n'existe pas à proprement parler de sanction, tout simplement parce que la logique

* Vincent Tomkiewicz, Docteur en droit, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne (vingt_100@hotmail.com).

¹ Pour un approfondissement des observations présentées en l'espèce, voir V. Tomkiewicz, *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), juin 2004, 614 p.

² La légitimité peut se définir comme le caractère de ce qui est « digne d'être pris en considération (et parfois, plus activement, propre à justifier ou à excuser), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social (...) » (G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 460).

³ C'est le point de vue notamment soutenu par J. Habermas dans son ouvrage *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 83. En ce sens, ce ne serait pas seulement la caractéristique obligatoire du traité liant les Membres, ni l'habitude ou la conscience d'avantages mutuels, qui fourniraient les bases à partir desquelles les décisions peuvent être acceptées comme obligatoires.

⁴ Voir notamment P. Monnier, « Le système de compensations et de rétorsions de l'Organisation Mondiale du Commerce : Les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou lancent-ils leurs billes comme des nuls ? », *International Law Forum du droit international*, 2003, n°5, pp. 47-61.

du système n'est pas de punir mais de recouvrer l'équilibre entre les droits et obligations des parties⁵. En outre, même si les Etats ont reconnu la compétence des organes de règlement des différends de l'OMC, l'Organe d'appel doit toujours nécessairement composer avec leur souveraineté⁶. En conséquence, il se doit de posséder et de veiller à donner au mécanisme une légitimité très forte afin de donner une meilleure effectivité aux décisions, et pour persuader qu'il doit continuer à fonctionner.

Or, le problème du mécanisme a été de devoir composer avec un déficit originaire de légitimité. En effet, l'Organe d'appel n'a pas pu bénéficier d'une « légitimité historique » qui aurait pu lui être conférée par le mécanisme précédent ; bien au contraire. Ce concept était même absent du GATT puisque, la décision étant soumise à l'accord des parties, seule l'acceptabilité de la décision importait. Bien sûr, certaines caractéristiques dotent l'Organe d'appel d'une légitimité *rationae personae*, notamment l'indépendance et l'impartialité accordées par les textes ou les qualités personnelles des membres qui leur garantissent une certaine approbation morale. Néanmoins, la nature même de juridiction de l'Organe d'appel est loin de lui conférer le soutien des Membres. Il existe une hostilité chronique de la part des Etats envers la juridiction dans le domaine économique et commercial⁷ qui empêche la « légitimité structurelle »⁸ de ce type d'organe. La pratique au sein de l'OMC a du reste révélé un formidable multiplicateur de cette méfiance traditionnelle des Etats à l'égard de la juridiction. En effet, si la légitimité de la présence d'un tel organe dans un système juridique classique tire sa source de la séparation des pouvoirs, et de l'équilibre qu'elle instaure entre eux, le principal problème au sein de l'OMC est justement cette absence d'équilibre entre les pouvoirs⁹. En conséquence, et en admettant la transposabilité de cette idée de séparation des pouvoirs, même si le juge qu'est l'Organe d'appel demeure soumis au droit, en revanche, le principe fondamental de toute démocratie suivant lequel le législateur peut changer la loi semble faire défaut. L'idée d'une légitimation du mécanisme par l'ORD s'évanouit alors, en même temps que la crainte du « gouvernement des juges » fait irruption¹⁰. Aussi, l'Organe d'appel supporte une responsabilité bien plus grande que n'importe quelle

⁵ Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations qui peut intervenir conformément à l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (le « Mémoire d'accord ») aura simplement pour objet de « contrer » les effets négatifs de la mesure litigieuse, la partie qui n'a pas satisfait à ses obligations n'encourant aucun risque d'amende ou de sanction.

⁶ Sur ce point, voir les deux articles de J.-H. Jackson, « Sovereignty, Subsidiarity, and Separation of Powers : The High-Wire Balancing Act of Globalization », in D.L.M. Kennedy & J.D. Southwick (ed.), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 13-31 et « Sovereignty-Modern : A New Approach to an Outdated Concept », *American Journal of International Law*, 2003, n°4, pp. 782-802.

⁷ D. Carreau, P. Julliard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2003, p. 10.

⁸ On vise par là la validité de l'autorité par l'acceptation de son rôle dans la structure.

⁹ A l'impuissance du pouvoir politique à l'égard des interprétations adoptées dans les rapports de l'Organe d'appel, s'ajoute l'inefficacité de certains organes, tels que les comités de gestion des accords, incapables de tenir leur rôle et de procéder ainsi à un certain « filtrage politique ». Voir C.-D. Ehlermann, « Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO », *RSCAS Policy Papers*, n°02/09, p. 38.

¹⁰ H. Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Comité français de l'arbitrage*, 2003, n°3, p. 947.

juridiction de dernier degré. Il doit être dès lors particulièrement soigneux de sa légitimité à l'égard des Etats, en même temps que de celle du mécanisme.

Pour ce faire, on peut distinguer plusieurs processus qui, à côté de ceux affectant la légitimité structurelle ou personnelle de l'Organe d'appel, ont des effets globaux sur cette caractéristique, qu'ils concernent l'aspect « passif » de la légitimité tenant à l'application du droit (I), ou qu'ils relèvent d'un aspect plus « actif » – plus politique pour tout dire – qui est la sensibilité à l'équilibre du système (II).

1. L'aspect passif de la légitimité : la légitimité par la légalité

La légalité et la conformité au droit constituent naturellement le support majeur du processus de légitimation d'une décision et du mécanisme à l'origine de cette dernière. Sur ce point, l'apport de l'Organe d'appel à la construction du procès est précieux, notamment dans la mise en place des garanties de procédure, qu'elles concernent les conditions liées à l'exercice du droit de recours ou l'établissement d'une instance respectueuse des normes procédurales fondamentales¹¹. Mais si la procéduralisation qui découle de la régularité formelle est de plus en plus souvent perçue comme un mode de légitimation des décisions, elle ne peut suffire à assurer la crédibilité du mécanisme.

La décision juste peut certes procéder de la délibération dans des conditions d'équité ; cependant, on n'oubliera pas que la mécanique d'un procès n'a de sens que par rapport à la décision qui la clôt¹², la procédure ne constituant finalement qu'un instrument connexe dans l'élaboration de la décision. Par conséquent, et parce que cette dernière n'est pas connue à l'avance, elle devra nécessairement être construite suivant des méthodes bien définies et sa substance contrôlée. A ce titre, le contrôle exercé au fond par l'Organe d'appel par le biais des règles applicables en matière d'interprétation ou dans la délimitation et le contrôle du critère d'examen des Groupes spéciaux doit être salué. Sur cet aspect toutefois, les critiques se font plus acerbes. S'agissant des méthodes d'interprétation développées, certes la méthodologie arrêtée ne souffre que peu de contestations, et il suffit de comparer avec les rapports des Groupes spéciaux du GATT pour se rendre compte de la cohérence et de l'unicité de la méthodologie. En revanche, il existerait quelques entorses aux règles définies dans la Convention de Vienne qui pourraient prêter à discussion, comme celle suivant laquelle le contexte ou l'objet et le but apparaissent comme des modes mineurs de l'effet utile. Ces incohérences ne semblent toutefois pas totalement illégitimes puisque, outre le fait que la référence systématique à la Convention de Vienne apporte le témoignage d'un rituel qui joue incontestablement sur la légitimité de la décision, on n'oubliera pas non plus que la démarche juridictionnelle ne peut être réduite à un schéma mécanique

¹¹ On pensera ici plus particulièrement au caractère équitable de la procédure mise en place. Sur cette question, voir notamment P. Sharjerdi et V. Tomkiewicz, « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'OMC », in H. Ruiz Fabri (sous la dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 269-290.

¹² Voir M.-A. Frison-Roche, « L'émergence d'une conception commune du procès équitable : évaluation critique », in M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (sous la dir.), *Droit commun et droit comparé – Actes des premières Rencontres de l'UMR de droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2002, p. 157.

d'application d'une règle¹³. On ne peut dès lors exiger de l'Organe d'appel qu'il adopte la neutralité et la rigueur formelle qui pourraient être celles du chercheur. Car même s'il doit effectivement, un peu à l'image de ce dernier, expliquer et donner une solution intelligible, il intervient avant tout pour approuver ou désapprouver des propositions. Au surplus, ces écarts seront généralement commis au nom de l'exigence d'équilibre entre les droits et obligations des Membres. La base de l'incohérence semblerait alors rationnelle, et donc moins discutable. Pour ce qui est du critère d'examen des organes de règlement des différends, certains peuvent remettre en cause le peu de déférence accordée aux Etats et la relative « insensibilité institutionnelle » des organes de règlement des différends¹⁴. En effet, en prônant un critère d'« évaluation objective » pour l'examen des éléments factuels¹⁵, la légitimité du mécanisme subit une tension manifeste car la souveraineté des Membres peut s'en trouver directement affectée. Mais là encore, les conséquences négatives peuvent être minimisées. Ainsi, et en restant focalisé sur la seule légalité, le fait qu'une déférence absolue n'ait pas été retenue n'y porte pas atteinte car le critère arrêté par l'Organe d'appel peut être considéré comme la simple traduction de ce que les textes prescrivent. En outre, si le contrôle exercé en appel à l'égard du critère d'examen des Groupes spéciaux laissait apparaître dans les premières années un standard de censure élevé, par ailleurs souvent assez obscur, des affaires plus récentes ont illustré que les Groupes spéciaux ne sont pas non plus totalement maîtres sur cette question et qu'ils doivent à certaines occasions adopter une certaine déférence à l'égard des Membres. Plusieurs affaires dans le domaine sensible des sauvegardes l'attestent¹⁶.

Cependant, la légalité peut ne pas suffire à garantir à elle seule la légitimité, les deux concepts pouvant même se télescoper : on pensera ici plus spécialement au volontarisme de l'Organe d'appel dans la construction du procès qui peut aboutir à modifier les constatations de Groupes spéciaux qui n'avaient pourtant pas explicitement « mal jugé » l'équilibre entre les droits et obligations des parties au différend. En agissant ainsi, apparaît une baisse de crédibilité de ces organes, et donc une remise en cause de la légitimité d'au moins une fraction du mécanisme. Dès lors, l'apport de l'Organe d'appel à la consolidation du système commercial multilatéral devient particulièrement salutaire pour combler ces déséquilibres éventuels, la légitimité apparaissant ici davantage comme un fondement psychologique – voire moral – de l'exercice de la fonction de dire le droit.

2. L'aspect « actif » de la légitimité : le dépassement de la légitimité par la seule légalité

¹³ J. Verhoeven, « A propos de la fonction de juger en droit international public », in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (sous la dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformation et déplacements*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, 1983, p. 461.

¹⁴ Sur ce point, voir R. Howse, « The Legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. Coicaud & V. Heiskanen (ed.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo – New York – Paris, United Nations University Press, 2001, pp. 391-394.

¹⁵ Voir l'article 11 du Mémoire d'accord.

¹⁶ Voir notamment les rapports de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Mesure de sauvegarde à l'importation d'agneau frais, réfrigéré ou congelé en provenance de Nouvelle-Zélande* (WT/DS177,178/AB/R), par. 140-149 et *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes* (WT/DS166/AB/R), par. 156-163.

Dans cette perspective, on peut évidemment considérer qu'en exerçant les fonctions qui lui sont attribuées et en répondant ainsi aux attentes et exigences des Membres – à savoir régler le différend et préserver l'équilibre entre les droits et obligations – l'Organe d'appel assure l'équilibre interne du mécanisme de règlement des différends, et obtient de la sorte le soutien des Membres. Sur ce point, on peut notamment insister sur les méthodes d'intervention développées – à savoir l'évocation où l'intervention au stade de la mise en œuvre¹⁷ – qui jouent un rôle considérable pour limiter le volume excessif des différends non résolus qui pourraient pousser le mécanisme au-delà de sa zone critique, en même temps qu'elles attestent du dynamisme de l'Organe d'appel à prendre des mesures constructives qui favorisent les adaptations du mécanisme pour faire face aux tensions potentielles¹⁸. En ce sens, la rétroaction fait partie intégrante du processus de maturation de tout système et, par implication, de sa légitimation. Elle illustre plus particulièrement l'aptitude des autorités du système à tirer parti des évolutions des exigences des « usagers » pour réagir de façon à accommoder ses objectifs initiaux, voire défendre ses propres intérêts¹⁹. Pour autant, ces adaptations n'aboutissent pas à l'établissement de pouvoirs exorbitants qui porteraient atteinte à la légitimité de la démarche, notamment parce qu'elles ne demeurent que l'accessoire du pouvoir de régler le différend et un moyen d'y contribuer.

Si le règlement du différend doit avant tout répondre aux exigences des parties en litige, il existe aussi parfois un intérêt pour d'autres Membres à intervenir et participer à l'instance. Le Mémoire d'accord l'admet à travers le statut de tierce partie²⁰. Conscient de l'importance que cela pouvait avoir pour l'enracinement du système, l'Organe d'appel s'est attaché à faciliter une participation élargie et diversifiée des Membres autres que les parties principales au différend, en confirmant notamment la possibilité de droits de participation renforcés ou, à l'inverse, en dégageant d'autres options de participation « allégées » en dehors même du statut « classique » de participant tiers²¹.

Mais les spécificités du droit international économique d'abord, et celles du système de l'OMC et de son mécanisme de règlement des différends, peuvent astreindre à dépasser le seul soutien des Membres occasionné par le respect de la légalité ou la conformité à leurs exigences. Le droit international économique possède cette spécificité d'intéresser plus directement les personnes privées que le droit international classique, qu'ils soient les opérateurs du système – à savoir les entreprises multinationales – ou les régulateurs des relations internationales économiques que constituent les organisations internationales non gouvernementales.

¹⁷ Les possibilités d'appels conditionnels en fournissent une autre illustration dans l'optique d'équilibrer la procédure entre l'appelant et le défendeur.

¹⁸ On pourrait parler ici de « compétences implicites » de l'Organe d'appel. Toutefois, certains considèrent que cette qualification expresse peut apparaître prématurée si on fait sienne l'idée que cet organe se situe encore dans un état de dépendance à l'égard des Membres. En ce sens, voir F. Weiss, « Inherent Powers of National and International Courts », in F. Ortino & E-U. Petersmann (ed.), *The WTO Dispute Settlement 1995-2003*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 2004, pp. 189-190.

¹⁹ C'est ce dont témoigne l'intervention de l'Organe d'appel au stade de la mise en œuvre des rapports qui lui permet de sauvegarder sa jurisprudence, et donc son autorité sur le système.

²⁰ Voir notamment l'article 10 du Mémoire d'accord.

²¹ Ce sont en particulier les possibilités reconnues aux Membres d'obtenir un statut d'« observateur passif » ou d'*amicus curiae*.

Concernant plus spécifiquement l'OMC, la mondialisation libérale, le caractère concret des litiges, les intérêts en cause, de même que le rôle auquel certains aspirent pour l'organisation²², invitent à une très forte mobilisation de l'ensemble de l'opinion publique, celle-ci prenant de plus en plus la forme d'un phénomène international. Plus que la seule entité étatique, ce sont en effet les individus eux-mêmes et leurs intérêts qui sont les premiers touchés par les mesures prises par un autre Etat ou par les décisions de l'organisation. S'ajoute ensuite à l'interdépendance des économies l'interdépendance des intérêts, qui fait qu'il devient désormais pratiquement impossible d'isoler le volet économique d'autres domaines tels que l'environnement ou le social, ces préoccupations occupant une place centrale pour l'opinion publique. En ce sens, l'OMC opère un rapprochement évident entre les individus et le droit en cause, ce dernier n'intéressant pas exclusivement les Etats puisque beaucoup plus tangible. En conséquence, la communauté qui fonde la légitimité de l'institution semble devoir être nécessairement appréhendée dans une acception plus extensive. Une absence de légitimité de l'OMC rendrait beaucoup plus difficile le soutien interne nécessaire à l'Etat pour mettre en œuvre une décision émanant de l'organisation, cette dernière possédant forcément un « caractère intrusif » dans l'ordre interne du Membre. La légitimité peut alors apparaître comme étant à rechercher non plus seulement auprès des Etats, mais également auprès de l'opinion publique, et plus précisément à l'égard de ceux susceptibles de la représenter. Au surplus, si l'organisation se détournait totalement de la société civile, elle courrait le risque de s'enfermer dans sa bulle et de perdre pied avec la réalité alors même que, comme l'Organe d'appel l'a lui-même rappelé, l'organisation évolue au sein d'un « monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent »²³.

Mais à l'inverse d'autres juridictions internationales, et notamment les juridictions pénales internationales, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne peut tirer sa légitimité de principes moraux. Au contraire même, puisque les finalités du système demeurent largement contestées par une partie de la société civile. On se trouve alors face à une contradiction, puisque si la légitimité d'une organisation internationale est généralement appréciée par rapport à sa capacité à respecter l'objectif pour lequel elle a été instituée²⁴, en

²² Certains accordent à l'OMC et à son mécanisme de règlement des différends une potentialité pour devenir le fer de lance d'une « constitutionnalisation » du droit international. Sur ce point, voir par exemple D.Z. Cass, « The "Constitutionalization" of International Trade Law : Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *European Journal of International Law*, 2001, n°1, pp. 39-75, S. Ohlhoff & H.L. Schloemann, « Rational Allocation of Disputes and "Constitutionalisation" : Forum Choice as an Issue of Competence », in J. Cameron & K. Campbell (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, London, Cameron May, 1998, pp. 302-329 et E-U. Petersmann, « Constitutionalism and WTO Law : From a State-Centered Approach Towards a Human Rights Approach in International Economic Law », in D.L.M. Kennedy & J.D. Southwick (ed.), *The Political Economy ...*, op. cit., pp. 32-67. Pour une opinion inverse, soulignant les risques d'une telle « constitutionnalisation », voir notamment R. Howse & K. Nicolaidis, « Legitimacy and Global Governance : Why Constitutionalizing the WTO is a Step too Far », in R.B. Porter (ed.), *Efficiency, Equity, and Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millennium*, Washington DC, The Brookings Institution, 2001, pp. 227-252.

²³ Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Hormones*, par. 187.

²⁴ D. D. Caron, « The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council », *American Journal of International Law*, 1993, n°2, p. 560.

l'espèce, c'est justement le respect de cet objectif qui peut porter atteinte à sa légitimité, tout du moins du point de vue de l'opinion publique.

De par sa position centrale dans le mécanisme de règlement des différends, l'Organe d'appel a été rapidement placé en première ligne pour susciter ce soutien, palliant ainsi en quelque sorte les déficiences des organes politiques. En se retrouvant de ce fait « dos au mur », il a donc naturellement veillé à susciter la légitimité du système à l'égard des personnes privées, en s'attachant notamment à leur accorder une certaine participation à la procédure. A ce titre, si l'Organe d'appel n'a pu faire pendant longtemps qu'« observer » les manifestations de l'opinion publique, il peut aujourd'hui l'« écouter » – grâce au statut d'*amicus curiae* dont peuvent bénéficier les personnes privées – et obtenir ainsi éventuellement un meilleur moyen de satisfaire ses attentes et donc d'accroître sa légitimité. Et même s'il est encore permis aujourd'hui de douter de l'effectivité de la possibilité offerte aux personnes privées de participer par le biais de la transmission de mémoires, on peut aussi considérer que la valeur ne réside pas en soi dans l'ouverture mais dans l'intention²⁵. L'OMC ne peut du reste se suffire d'un élargissement de la participation au mécanisme pour accroître le soutien de la société civile à son égard. Celle-ci attend la plupart du temps des résultats rapides et tangibles ; or, la participation éventuelle des personnes privées dans la procédure n'est qu'un moyen indirect d'influer sur les décisions rendues au sein de l'OMC, ne constituant même pour certains qu'un leurre de leur intégration²⁶. C'est pourquoi une attention toute particulière est portée aux décisions des organes de règlement des différends, notamment lorsqu'elles touchent des questions portant sur des intérêts non exclusivement commerciaux, et que ces derniers présentent un caractère d'intérêt commun²⁷. Et là encore, si on se réfère aux affaires relatives à l'article XX du GATT de 1994, l'Organe d'appel a montré que la légitimité du système ne pouvait plus souffrir d'un cloisonnement des intérêts²⁸. L'environnement a sa place dans le système. Les préoccupations qui y sont liées peuvent coexister avec les politiques qui s'imposent au titre de l'OMC en matière commerciale, et

²⁵ Ce qui laisse néanmoins planer – nous en convenons – de nombreuses incertitudes sur la portée et les conséquences du phénomène d'ouverture.

²⁶ H. Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, n°4, pp. 928-929.

²⁷ De multiples observations attestent que les préoccupations d'ordre environnemental présentent un tel caractère. Existe d'abord aujourd'hui une très forte interdépendance en matière environnementale, qu'elle soit de droit ou de fait, qui implique que la gestion de cette préoccupation outrepassé désormais le cadre purement étatique. Ensuite, un consensus général semble se dégager vis à vis de sa protection, que ce soit au niveau des Etats pris individuellement ou au niveau des instruments internationaux négociés par ces derniers. Enfin, le caractère d'intérêt commun de l'environnement est largement reconnu, y compris au sein des textes de l'OMC.

²⁸ Outre les décisions relatives à la protection de l'environnement, on pensera ici également aux rapports de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée* (WT/DS161,169/AB/R) et *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS135/AB/R). Dans la première de ces deux affaires, l'Organe d'appel a en effet considéré que plus un intérêt commun ou des valeurs communes étaient vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la « nécessité » de la mesure conçue comme son instrument d'application (rapport de l'Organe d'appel, par. 162). Comme précisé dans le second rapport, « la valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point » (rapport de l'Organe d'appel, par. 172).

notamment avec l'objectif de non discrimination dans les échanges commerciaux ; pour peu bien évidemment que les Membres poursuivent de bonne foi cet objectif²⁹.

3. Conclusion

Plus qu'une simple fonction de régulation, c'est à une véritable entreprise de légitimation de l'OMC dans son ensemble à laquelle l'Organe d'appel contribue. Il semble en effet assez logique de considérer que si le système commercial multilatéral perd sa légitimité, c'est du même coup le mécanisme de règlement des différends qui en subira les effets néfastes, et vice versa. Si la juridiction peut être appréhendée comme une condition indispensable à l'existence d'un ordre juridique, l'Organe d'appel semble aller plus loin. Davantage que le simple ordre juridique, c'est à la matérialisation et à la consolidation d'un véritable système auquel il participe. On peut ainsi ranger comme phénomènes y contribuant le souci d'interpréter les dispositions des accords visés d'une manière systémique ou la volonté d'assurer l'organisation des accords en un tout cohérent exempt de contradiction, à la fois au niveau interne, mais également – du fait du caractère « ouvert » du système de l'OMC – dans ses relations avec l'« extérieur ». En conséquence, l'Organe d'appel constitue le témoin, en même tant que l'acteur, de ce que certains considèrent comme la possibilité d'une évolution d'un juge exerçant une simple judicature – à savoir la seule fonction juridique – à la magistrature, qui combine le juridique mais également le politique³⁰, avec néanmoins toutes les critiques que cela peut emporter de la part des Membres³¹. Ou, et en des termes plus consensuels faisant abstraction de la notion de « politique » qui suscite généralement tant de levée de bouclier dès qu'elle touche à la juridiction, que l'Organe d'appel illustrerait le passage d'un juge « légaliste » à un juge « entraîné »³². Un tel phénomène n'est pas totalement nouveau, même s'il semble pour le moment s'être manifesté à un degré moindre, et uniquement au niveau régional, comme l'illustre l'œuvre de la Cour de justice des Communautés européenne dans la construction du système communautaire³³.

²⁹ Voir plus spécialement le rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (article 21 : 5 – Malaisie)* (WT/DS58/AB/RW).

³⁰ L'idée d'une magistrature économique internationale n'est pas nouvelle, certaines propositions ayant été formulées dans le passé pour créer des juridictions internationales économiques dont les techniques seraient plus souples que celles d'organes purement juridiques (voir P. Weil, « Le droit international économique, mythe ou réalité ? » in SFDI, *Aspects du droit international économique*, Paris, Pedone, 1972, pp. 12-13). On pensera par exemple ici aux propositions formulées par G. Fischer à l'égard du mécanisme de règlement des différends dans le cadre de l'Accord international sur le blé, leur objet étant de rendre moins politique, et déjà en un sens plus juridictionnel, l'instance (voir G. Fischer, « Le mode de règlement des différends adopté par l'Accord international sur le blé », *Annuaire Français de Droit International*, 1955, p. 211).

³¹ Ainsi, la décision d'accepter la participation des *amicus curiae* à la procédure de règlement des différends est appréhendée par beaucoup comme un acte politique de l'Organe d'appel.

³² F. Ost, « Quelle jurisprudence pour quelle société ? », *Archives de philosophie du droit*, 1985, p. 26. Pour un développement plus ample sur cette question, voir, du même auteur, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîné. Trois modèles de justice », in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 46 et s.

³³ Sur cet aspect, voir notamment C. Leben, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, n°9, p. 154.

En revanche, la place à accorder à l'opinion publique ne saurait être surestimée, en particulier du point de vue des inclinations qu'elle pourrait souffler à l'Organe d'appel. Sa prise en compte se heurte toujours à certaines limites tenaces³⁴. Au surplus, et bien loin de se réclamer d'une théorie sociale visant à la transformation de la société, l'Organe d'appel demeure avant tout l'« obligé » des Membres. Il en résulte que le « travail » de l'Organe d'appel sur la légitimation du mécanisme et du système devra toujours être effectué en priorité dans l'objectif de récolter le soutien des Membres, et surtout, ne pourra en aucune façon se substituer à sa tâche principale – remplir une fonction juridictionnelle – au risque sinon de s'aventurer dans un activisme susceptible de déboucher sur une fonction de co-législateur. Un tel comportement serait alors incompatible avec l'objectif pour lequel l'Organe d'appel et le mécanisme de règlement des différends ont été institués, mais également en totale contradiction avec les bases fondamentales du droit international suivant lesquelles l'élaboration et la réalisation du droit demeurent toujours l'apanage des seuls Etats. C'est peut-être le défi essentiel auquel se trouve aujourd'hui confronté l'Organe d'appel. Il suffira d'ailleurs de rappeler que si la question de la conciliation des choix à opérer entre commerce et environnement semble aujourd'hui clarifiée, cette problématique n'est que « l'arbre qui cache la forêt ». Le problème peut se poser en des termes bien plus complexes lorsque les domaines ne bénéficient pas du même « arrière-plan » que l'environnement, et en particulier s'il n'existe pas de consensus pour lui reconnaître un label d'intérêt commun, ce qui est le cas par exemple de la culture.

En définitive, certaines précautions doivent être prises par l'Organe d'appel dans l'accomplissement de ses fonctions, et en particulier celle de ne pas s'aventurer sur des chemins encore trop hasardeux ou sensibles qui dépasseraient ses attributions, même implicites ; au risque sinon de ne plus consolider le système, pour au contraire ruiner tous les bénéfices que le système a pu retirer jusque-là de son action.

³⁴ Il est ainsi traditionnel d'opposer le droit, qui serait raison et vérité, à l'opinion publique, qui ne concentrerait que sentiment et arbitraire. Voir M. Merle, « Le droit international et l'opinion publique », *Recueil Des Cours de l'Académie de droit international*, 1973-I, p. 411.