UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE 101 Droit, Science politique, Histoire

Centre d'Etudes Internationales et Européennes - CEIE

THÈSE

présentée par :

Marie MEISTER

soutenue le : **02 décembre 2013**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline : Droit Public / Droit de l'Union européenne

Etude comparative du raisonnement dans le contentieux de l'Union européenne et de l'OMC

THÈSE dirigée par :

Valérie MICHEL	Professeur, Université d'Aix-Marseille, Chaire Jean Monnet

co-dirigée par :

Anne KLEBES-PELISSIER	Maître de Conférences HDR, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Denys SIMON	Professeur, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Ecole de Droit de la Sorbonne
Jean-Marc SOREL	Professeur, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Ecole de Droit de la Sorbonne

SUFFRAGANT :

Yves BOT	Avocat général à la Cour de justice de L'Union européenne

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Marie MEISTER

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

Etude comparative du raisonnement dans le contentieux de l'Union européenne et de l'OMC

Résumé

L'analyse comparée du raisonnement du juge européen et du juge multilatéral est menée en deux temps. Le raisonnement est, d'une part, déterminé, et d'autre part, finalisé. Il apparaît tout d'abord que le raisonnement du juge de l'Union et du juge de l'OMC est déterminé par des caractéristiques systémiques et normatives de ces organisations. Ainsi, la fonction assignée au juge et le caractère incohérent ou lacunaire des systèmes européen et multilatéral conduisent les juges à raisonner de façon comparable. De même, l'indétermination des règles juridiques et la substance économique du droit ont une influence sur leur raisonnement. Il apparaît ensuite que le raisonnement est finalisé. La première finalité est inhérente au juge d'une organisation internationale ou supra nationale, et le raisonnement est alors un instrument mis au service de la réalisation des objectifs des Traités. La seconde finalité est consubstantielle au juge qui raisonne afin d'assurer l'acceptabilité de ses décisions.

Mots-clé : Raisonnement, Juge, OMC, Union européenne

Abstract

Comparative analysis of legal reasoning of the EU and WTO judge is conducted in two steps. On the one hand, reasoning is determined, on the other hand, harnessed. First, it appears that the reasoning of both judges is determined by the systemic and normative characteristics of these organizations. Thus, the function the judge is given, along with the incompleteness and inconsistencies of the european and multilateral systems, lead both judges to reason in a similar way. Likewise, the indeterminacy of legal rules and the economic nature of the law both have an impact on reasoning. Second, it appears that reasoning is harnessed. As it is true for any supranational or international judge, reasoning is used as an instrument to achieve the Treaties' objectives. Furthermore, reasoning is an integral part of the judge who uses it in order to ensure the acceptability of his ruling.

Keywords :Legal reasoning, Judge, WTO, European Union

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans cette thèse ; ceux-ci doivent être considérés comme propres à leur auteur.

A Sylvain,

REMERCIEMENTS

Je tiens, en premier lieu, à remercier sincèrement Madame le Professeur Valérie Michel qui a dirigé ce travail. Ces quelques lignes sont l'opportunité de lui exprimer toute ma reconnaissance. L'achèvement de cette étude n'aurait pas été possible sans ses conseils, toujours précieux, sa rigueur et sa profonde humanité.

J'adresse également mes remerciements à Madame Anne Klebes-Pélissier pour avoir accepté de co-encadrer ce travail.

Au moment d'achever ce travail, j'ai naturellement une pensée pour Monsieur le Professeur Yves Gautier. La découverte et l'apprentissage du droit de l'Union furent, sous sa houlette, toujours passionnants et ses enseignements toujours stimulants.

Ce travail doit beaucoup aux conseils et aux encouragements de nombreuses personnes. A ce titre, je souhaite remercier tout particulièrement Madame le Professeur Aude Bouveresse et Madame Dorothée Meyer pour leurs encouragements et leur bienveillance.

Le travail doctoral, pour solitaire qu'il soit, permet de faire de belles rencontres et de nouer de belles amitiés avec d'autres doctorants. Je pense notamment à Loïc et à cette aventure traversée ensemble.

Qu'il me soit permis de remercier ici les personnes qui ont contribué à la lisibilité de ce travail. Je pense à Danièle, Philippe, Marthe et Luigi pour les coquilles qu'ils ont pu déceler, celles qui restent me reviennent. Un grand merci à Pierrick pour la mise en forme finale, son aide a été précieuse et apaisante lors des derniers moments.

Un grand merci également à mes amis : Alexandre, Anne-Laure, Hélène, Julien, Luigi, Marie, Marthe, Mélodie, Orianne, et Perrine, pour leur soutien et pour tout le reste.

Je tiens à remercier mes parents et ma marraine. Ce travail leur doit beaucoup plus qu'ils ne l'imaginent.

Enfin, un grand merci à mon mari. Je sais qu'il sait.

LISTE DES ABREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
aff.	affaire
AFDI	Annuaire français de droit international
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AJDA	Actualité juridique. Droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
ALENA	Accord de libre-échange nord américain
APD	Archives de philosophie du droit
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'Etat
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPJI	Cour permanente de justice internationale
coll.	collection
dir	direction
DSB	Dispute Settlement Body
e.a	et autres
éd.	édition
EU	European Union
EJIL	European Journal of International Law
ELR	European Law Review
GATT	General Agreement on tariffs and trade
GLJ	German Law Journal
IBDD	Instruments de base et documents divers
Ibid.	*Ibidem*

id.	*Idem*
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JIDS	Journal of international dispute settlement
JIEL	Journal of International Economic Law
JO	Journal officiel
JWT	Journal of World Trade
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
LGDJ	Librairie générale de jurisprudence
MARD	Mémorandum d'accord sur le règlement des différends
MIC	Accords sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
OPOCE	Office des publications officielles des Communautés européennes
ord.	Ordonnance
ORD	Organe de règlement des différends
OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
p.	page
préc.	précité
pt.	point
pts	points
PUF	Presses universitaires de France
RBDI	Revue belge de droit international
Rec.	recueil
réimp.	ré-impression
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RMUE	Revue du marché unique européen
RQDI	Revue québécoise de droit international
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif

RTDCom	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
SFDI	Société française de droit international
s.	et suivantes
sp.	spécialement
SMC	Accords sur les subventions et mesures compensatoires
SPS	Accords sur les mesures sanitaires et phytosanitaires
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance pour les communautés européennes
Trib.	Tribunal
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
V.	Voir
WTO	World Trade Organization

SOMMAIRE

Partie I : Les déterminants du raisonnement

Titre I : Les déterminants systémiques du raisonnement

Chapitre I : Les déterminants fonctionnels

Chapitre II : Les déterminants matériels

Titre II : Les déterminants normatifs du raisonnement

Chapitre I : L'indétermination des règles juridiques

Chapitre II : La nature économique du droit

Partie II : Les finalités du raisonnement

Titre I : Les objectifs des Traités : une finalité du raisonnement

Chapitre I : Le raisonnement : un vecteur d'effectivité des règles communes

Chapitre II : Le raisonnement : un vecteur de conciliation d'intérêts divers

Titre II : L'acceptabilité des décisions : une finalité du raisonnement

Chapitre I : La dimension formelle

Chapitre II : La dimension matérielle

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. « Un crime est, avant tout, un manque de raisonnement »[1]. Cette sentence de la Comédie Humaine décrivant comment la misère intellectuelle des quartiers pauvres de Paris peut engendrer le crime met en exergue la nécessité du raisonnement en opposition à la déraison. Cette nécessité ne constitue qu'une facette du raisonnement, or ce concept est trop complexe pour être réduit à cette simple opposition entre la raison et la déraison. Par ailleurs, la notion de raisonnement est intimement liée au cadre de ce dernier et à celui qui raisonne. Cette étude se propose d'étudier le raisonnement juridictionnel au sein de deux organisations internationales : l'Union européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce.

2. L'approche comparative apparaît comme une source indéniable de richesse et d'approfondissement de la réflexion. La comparaison est une méthode qui vise à « rapprocher pour mettre en évidence des rapports de ressemblance ou de différence »[2]. Elle offre tout d'abord un éclairage quant au raisonnement du juge européen dans l'Union et des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel au sein de l'OMC. De surcroît, par la confrontation qu'elle suppose entre ces deux objets, la comparaison livre un éclairage sur le raisonnement juridictionnel. L'étude du raisonnement déploie tout son intérêt lorsqu'elle embrasse plusieurs systèmes juridiques[3].

3. Pour une comparaison fructueuse, il est nécessaire de préciser les comparants – le juge de l'Union européenne et les organes de l'OMC –, l'objet commun – le raisonnement, et la problématique. L'Union européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce apparaissent comme des cadres d'étude particulièrement intéressants et appropriés à la comparaison des modes de raisonnement du juge. En effet, ces deux constructions présentent certes des différences mais également des similarités qui justifient la comparaison. Les secondes

---

[1] H. DE BALZAC, *La Cousine Bette*, Paris, Furne, volume 17, 1848, p. 366.
[2] Selon la définition du centre national de ressources textuelles et lexicales en ligne http://www.cnrtl.fr/.
[3] Sur la comparaison en droit V. notamment P. LEGRAND (dir), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009 ; P. LEGRAND, « Comparer », *RIDC*, 1996, pp. 279-318 ; L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome II : La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974 ; B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *RIDC*, 2005, pp. 29-48.

assurent la possibilité de la comparaison[4] alors que les premières apportent la diversité. Loin de nier les particularités de l'Union européenne ou de l'OMC, la comparaison permet indubitablement d'« élargir la perspective traditionnelle, [et d'] enrichir le discours »[5]. Il est néanmoins nécessaire, pour comparer avec prudence, de revenir succinctement sur les caractéristiques des deux organisations afin de délimiter l'objet de la comparaison ainsi que les contentieux idoines pour cette étude. La comparaison et l'étude du raisonnement du juge supposent également de clarifier les notions de raisonnement et de raisonnement juridictionnel au regard de la fonction exercée par le juge européen, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Enfin, comme le souligne Mme Izorche « la comparaison n'[est] pas un but en soi, mais un moyen, on compare des objets en vue de répondre à une question, préalablement formulée »[6]. L'analyse et la comparaison sont envisagées dans cette étude afin d'apporter un éclairage nouveau à la compréhension des raisonnements juridictionnels.

4. L'Union européenne et l'OMC présentent en premier lieu certaines différences irréductibles quant à leurs objectifs, leur nature et l'effet de leurs règles juridiques. Ces différences ne doivent cependant pas occulter les similitudes entre ces organisations. Elles partagent en effet des racines économiques communes, certaines de leurs règles présentent des similitudes indéniables, enfin, le renforcement de l'OMC, notamment par rapport au GATT, justifie une comparaison avec l'Union européenne.

5. Les différences entre l'Union et l'OMC sont en premier lieu relatives à leurs fondements et à leurs objectifs. Comme le relève très justement M. Slotboom « il est notoire que les règles commerciales de l'Organisation mondiale du commerce et les règles commerciales de la Communauté européenne poursuivent des objectifs et des buts distincts. Alors que les premières se limitent à viser l'élimination progressive des barrières commerciales entre les Membres de l'OMC, les secondes ont des objectifs beaucoup plus

---

[4] Pour M. L.-J. Constantinesco, « on ne doit procéder à la comparaison que là où les termes qu'on veut comparer sont reliés par un élément commun, par un parallélisme ou par une équivalence. En fait la comparabilité c'est l'élément commun », L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome II : La méthode comparative*, préc., p. 68.

[5] H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, pp. 503-527, sp. p. 506, selon cet auteur l'exercice de comparaison est un exercice subversif : « le message subversif est donc fort simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosante. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même ».

larges, parmi lesquels la création d'un marché intérieur entre les Etats Membres de la CE »[7]. L'intégration économique européenne a dépassé dès le Traité de Rome l'approche sectorielle[8]. De plus, la création du marché intérieur suppose, au-delà de l'union douanière, la libre circulation des facteurs de production et des capitaux ainsi que l'encadrement du comportement sur le marché de l'Etat et des entreprises. L'OMC tend, quant à elle, à la réduction et à l'élimination des obstacles au libre-échange et à la loyauté des échanges commerciaux. Comme le précise M. Luff le système de l'Organisation mondiale du commerce ne tend pas à créer un marché mondial unique mais vise simplement à réduire les droits de douane et les barrières non tarifaires aux échanges. Par ailleurs, il vise à permettre l'accès aux marchés des Membres de façon équitable, transparente et non discriminatoire[9]. En conséquence, « le degré de coopération économique »[10] n'est pas le même dans l'Union et dans l'OMC. Le droit de l'Union est un « droit du marché intérieur » alors que le second est « un droit du protectionnisme égalitaire »[11]. De plus, l'approfondissement de l'intégration européenne dépasse le cadre de l'intégration purement économique des Traités originaires. Ainsi, l'Union européenne est actuellement fondée sur des valeurs non économiques comme la dignité humaine, la liberté ou l'égalité[12], elle a pour objet « de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples »[13], elle offre aux citoyens européens un espace de liberté, de sécurité et de justice et établit un marché intérieur et une union économique et monétaire. Les Membres de l'Organisation mondiale du Commerce reconnaissent, selon l'Accord instituant l'OMC, que les rapports qu'ils entretiennent dans les domaines

---

[6] M.-L. IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC*, 2001. pp. 289-325, sp.p. 292.

[7] M. SLOTBOOM, « Do Public Health Measures Receive Similar Treatment in European Community and World Trade Organization Law ? », *JWT*, 2002, pp. 553-596, sp. p. 553, notre traduction, « It is well known that the trade rules of the World Trade Organization and the trade rules of the European Community have different objects and purposes. While the former merely aim to gradually eliminate trade barriers among WTO Members, the latter have a much further reaching object and purpose, inter alia, the creation of an internal market among the EC Member States ».

[8] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », in *Les aspects juridiques de l'intégration économique*, J. RIDEAU (dir.), Leiden, Sijthoff, 1972, pp. 188-278, sp. p. 189.

[9] D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce - Analyse critique*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 9.

[10] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, 2006, pp. 505-531, sp. p. 526.

[11] *Ibidem*, M. Maddalon précise ainsi que « l'OMC ne recherche pas, contrairement aux Communautés européennes, la réalisation d'un marché intérieur. Le protectionnisme demeure ; il doit seulement s'effectuer dans des conditions égales entre les États ».

[12] V. l'article 2 TUE.

[13] Article 3§ 1 TUE.

économique et commercial doivent promouvoir la croissance de leurs économies et préserver les ressources écologiques. Si les deux organisations portent un projet économique, il appert qu'au sein de l'Union ce projet s'est enrichi de valeurs non économiques qui constituent aujourd'hui le socle de cette organisation[14]. L'Union européenne allie la réalisation d'objectifs économiques et d'objectifs politiques[15], l'intégration par les marchés est associée à la mise en œuvre de politiques communes[16], enfin, la protection des droits fondamentaux s'affirme de plus en plus au sein de cette organisation[17]. La définition de l'intégration européenne, envisagée comme un phénomène purement économique, doit donc être renouvelée au profit d'une approche plus large. Elle peut désormais être définie comme « le processus par lequel les acteurs [politiques, économiques] de différents contextes nationaux sont amenés à déplacer leurs attentes, leur loyauté ainsi que leurs activités vers un nouveau centre, qui possède des compétences sur le territoire des Etats-Nations »[18]. Au contraire, les valeurs non économiques, en dehors de la référence à l'environnement dans le Préambule de l'Accord OMC, ne figurent pas au nombre des objectifs de cette organisation qui constitue un cadre de coopération économique.

6. Au-delà de ces objectifs qui ne se superposent pas tout à fait, ces deux organisations sont marquées par des conceptions différentes des relations entre leurs Membres. L'OMC est un cadre de conduite de gestion et de négociation des relations commerciales, l'intérêt commun apparaît comme dilué au profit de la somme des intérêts de ses Membres qui s'astreignent alors à des disciplines communes. Au contraire, l'Union porte un intérêt commun, distinct de ceux de ses Membres, soutenu par l'intégration économique et des politiques communes. Ces différences induisent pour l'Union et l'OMC une nature distincte. Ces organisations doivent être définies de façon différente, l'OMC est une organisation de

---

[14] P. MENGOZZI, « Les valeurs de l'intégration européenne face à la globalisation des marchés », *RMUE*, 1998, pp. 5-8.

[15] *Ibidem*.

[16] Pour M. Rideau, les politiques communes tempèrent le caractère libéral de l'intégration européenne V. J RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc.

[17] La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, force juridique contraignante. L'article 6 TUE dispose qu'elle a « la même valeur juridique que les Traités ».

[18] E. B. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces (1950-1957)*, Stanford, Stanford University Press, 1958, p. 16, cité par L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008 pp. 29-46, note 6.

coopération tandis que l'Union est une organisation d'intégration[19] et se singularise à cet égard du droit international classique. Si le degré de spécificité de l'Union peut être discuté[20], sa spécificité ne peut être niée. Son fondement essentiel réside dans la nature de son droit qualifié de « droit de l'intégration »[21]. Celui-ci se démarque du droit international qui est « un droit relationnel, au mieux coopératif »[22]. En revanche, le « droit de l'intégration » est « un droit fusionnel et unitaire »[23]. Ces définitions offrent de cerner immédiatement le dépassement qualitatif opéré par l'Union européenne : le cadre coopératif propre au droit international est dépassé au nom d'un intérêt commun et des objectifs poursuivis par l'organisation. En raison de cet intérêt commun et des « objectifs ambitieux »[24] de l'intégration européenne, le cadre traditionnel de la coopération a été supplanté. En effet, « l'intégration économique imposait des solutions audacieuses et originales »[25], le cadre institutionnel européen dépasse le cadre de la coopération et emprunte parfois à la technique fédérale[26]. Ainsi, l'intérêt commun, qui dépasse la somme des intérêts individuels des Membres de l'Union, est porté par des institutions propres à cette organisation et établies à cette fin. La Commission est chargée de promouvoir l'intérêt général de l'Union[27]. Cet intérêt commun n'est pas simplement affiché en étendard, il se matérialise et se définit concrètement au sein de l'Union et n'est plus uniquement subordonné aux impulsions des Etats. Cela implique par exemple que le pouvoir n'est pas concentré dans les mains des États qui le partagent avec d'autres organes. La procédure de décision n'est pas marquée par la domination étatique, elle fait au contraire intervenir une pluralité d'acteurs tels que la Commission et le Parlement européen. A cet

---

[19] L.-J. CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-Constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? (Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne) », in *Mélanges F. Dehousse*, vol. 2, Paris, Nathan-Labor, 1979, pp.19-27.

[20] A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », in *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1994, pp. 193-271. V. également D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 219-249, M. Simon démontre la spécificité de l'entreprise européenne au regard du droit international.

[21] P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, Sijthoff, 1972, réimp., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 5.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibid*.

[24] J. Rideau, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 242.

[25] *Ibidem*.

[26] *Ibid*.

[27] V. l'article 17 TUE.

égard, la Commission, en raison de son pourvoir d'initiative, a un véritable rôle de « moteur de l'intégration »[28]. De même, la procédure législative ordinaire et la banalisation du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil ont remplacé les mécanismes classiques fondés sur l'unanimité. L'intégration au sein de l'Union européenne se distingue des autres organisations internationales en ce qu'elle met en œuvre la « méthode communautaire » d'intégration classiquement opposée à la méthode dite intergouvernementale[29]. Fondée sur une logique d'intégration, cette méthode se caractérise par différents éléments topiques. En premier lieu, le rôle de la Commission qui dispose du monopole d'initiative. En deuxième lieu, la « méthode communautaire » se singularise pour l'adoption des actes par le recours au vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil et le rôle de co-législateur du Parlement européen. Enfin, cette méthode se manifeste également par l'uniformité d'interprétation du droit commun par le juge européen[30]. A la différence de l'Union, l'OMC est encore largement marquée par la coopération en dépit du saut qualitatif opéré par l'OMC au regard du GATT. Le constat de M. Rideau par rapport aux Communautés européennes est encore d'actualité, au

---

[28] D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* Paris, PUF, 3ème éd., 2001, p. 195.

[29] La « méthode communautaire » est traditionnellement opposée à la méthode intergouvernementale qui était jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne caractéristique des piliers non communautaires. Outre le recours à l'unanimité, la méthode intergouvernementale impliquait le partage, entre la Commission et les Etats Membres, de l'initiative des actes, enfin, la compétence de la Cour était limitée.

[30] Le processus d'intégration européenne ne peut cependant être décrit comme un processus parfaitement linéaire. En dépit de cette méthode d'intégration, les Communautés puis l'Union ont régulièrement été l'objet de crises, la politique de la chaise vide est topique, qui ont été surmontées. A cet égard, le constat dressé par M. Rideau dès 1972 résonne tout particulièrement : « secouée par des crises, la construction communautaire semble parfois ébranlée et compromise. Elle a toujours pu, jusqu'ici, surmonter ces difficultés. Peut-être est-elle arrivée de au point critique où aucun pas supplémentaire ne peut être fait vers l'intégration économique sans un minimum d'intégration politique. L'é1argissement éventuel ne peut manquer d'être déterminant pour l'évolution des Communautés. Rien ne semble indiquer qu'il favorise son renforcement. Tout, au contraire, laisse prévoir un affadissement. Longtemps conscient de se spécialiser dans un secteur d'avant-garde du droit, le juriste communautaire se demande parfois maintenant s'il ne construit pas un monument funéraire. En tant qu'Européen et en tant que juriste, il veut pourtant espérer », J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 191. Il convient également de souligner que la méthode d'intégration européenne fait l'objet d'un renouvellement nécessaire du fait de l'approfondissement de l'intégration européenne et des élargissements de l'Union. Plusieurs éléments participent de ce mouvement de renouvellement et mènent à une intégration différenciée. Celle-ci peut être d'une part la conséquence d'actes annexés au traité comme certains protocoles dérogatoires, V. sur ce point V. CONSTANTINESCO, « La structure du traité instituant l'Union européenne, les dispositions communes et finales, les nouvelles compétences », *CDE*, 1993, p. 251-284 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003 ; V. MICHEL, « Les actes annexés au traité », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 150 ; S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Aux marges du traité, Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011. Elle peut également résulter de la mise en place de coopérations renforcées, comme en atteste la coopération renforcée relative au brevet unitaire. Ce renouvellement de la méthode d'intégration induit une certaine différenciation et atteste de l'importance des Etats Membres en tant qu'entités composant l'Union

regard de l'ampleur de ses objectifs et de l'originalité de sa structure institutionnelle, seule l'Union mérite « l'appellation de processus d'intégration économique »[31]. Les institutions de l'Organisation mondiale du commerce se distinguent nettement des institutions européennes. L'OMC comporte des organes communs, deux sont généraux : la Conférence ministérielle et le Conseil général. La première rassemble les représentants de tous les Membres et doit se réunir au moins une fois tous les deux ans. Elle détient des pouvoirs relatifs à l'accession à l'OMC de nouveaux Membres ainsi que le pouvoir d'accorder des dérogations[32]. Elle partage également avec le Conseil général le pouvoir d'adopter des interprétations des Accords[33]. Le Conseil général est composé de représentants de tous les Membres, il est un organe permanent. Outre son pouvoir d'auto-interprétation et son rôle de supervision des accords commerciaux, il est la formation politique qui doit adopter les rapports de l'Organe de Règlement des Différends[34]. Cette structure institutionnelle se complète d'organes spécialisés : l'Organe d'examen des politiques commerciales, l'Organe de Règlement des Différends, et de plusieurs Conseil : le Conseil du commerce des marchandises, le Conseil du commerce des services, et le conseil des ADPIC, qui supervisent les questions relatives à leurs Accords respectifs. En vertu du principe d'égalité des Membres, les décisions sont en principe adoptées par consensus, si le consensus n'est pas possible, un vote à la majorité

européenne.

[31] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 188.

[32] V. l'article IX :3 et 4 de l'Accord OMC. Selon l'article IX :3 « Dans des circonstances exceptionnelles, la Conférence ministérielle pourra décider d'accorder à un Membre une dérogation à une des obligations qui lui sont imposées par le présent accord ou par l'un des Accords commerciaux multilatéraux, à la condition qu'une telle décision soit prise par les trois quarts des Membres, exception faite de ce qui est prévu dans le présent paragraphe ». L'article IX :4 dispose « Dans des circonstances exceptionnelles, la Conférence ministérielle pourra décider d'accorder à un Membre une dérogation à une des obligations qui lui sont imposées par le présent accord ou par l'un des Accords commerciaux multilatéraux, à la condition qu'une telle décision soit prise par les trois quarts des Membres, exception faite de ce qui est prévu dans le présent paragraphe ».

[33] V. l'article IX :2 de l'Accord OMC en vertu duquel « La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. S'agissant d'une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1, ils exerceront leur pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres. Le présent paragraphe ne sera pas utilisé d'une manière susceptible d'éroder les dispositions relatives aux amendements de l'article X ».

[34] V. l'article IV :3 de l'Accord OMC selon lequel « Le Conseil général se réunira, selon qu'il sera approprié, pour s'acquitter des fonctions de l'Organe de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. L'Organe de règlement des différends pourra avoir son propre président et établira le règlement intérieur qu'il jugera nécessaire pour s'acquitter de ces fonctions ».

simple doit avoir lieu[35]. Pour les interprétations au titre de l'article IX : 2, une majorité des trois quarts des Membres est requise, il en va de même pour les dérogations. Quant aux amendements, certains ne prennent effet qu'à partir du moment où ils ont été acceptés par tous les Membres. Il en va ainsi de l'Article IX de l'Accord OMC relatif à la prise de décisions, des articles I et II du GATT de 1994 sur la clause de la nation la plus favorisée et les concessions, de l'article II : 1 de l'AGCS sur la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce des services, et de l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC sur la clause de la nation la plus favorisée en matière de propriété intellectuelle. D'autres amendements nécessitent un vote à la majorité qualifiée des deux tiers[36]. Au sein de l'OMC, le principe de coopération supplante celui d'intégration, les institutions communes sont dominées par les Membres de l'organisation qui lui donnent ses impulsions. Par ailleurs, la prise de décision par 159 Membres est nécessairement problématique, à cet égard, la recherche du consensus est un gage de respect de la volonté de chacun mais également une source de difficultés. La nature des institutions de l'Union européenne et de l'OMC se différencie fortement, il en va de même des effets du droit de ces organisations[37].

7. En premier lieu, il faut relever que les Accords constituant le droit de l'OMC ne prévoient pas la possibilité d'adopter du droit dérivé. Au contraire l'Union européenne se caractérise par l'adoption massive, en son sein, de règles communes. Par ailleurs, les effets des normes européennes et multilatérales ne sont pas les mêmes. Le droit de l'Union, sous l'effet conjugué des principes d'immédiateté, d'effet direct et de primauté, pénètre directement les ordres juridiques des Membres[38]. En vertu du principe d'immédiateté, le droit de l'Union pénètre les ordres juridiques nationaux sans médiation d'une règle interne[39]. De

---

[35] V. l'article IX :1 de l'Accord OMC aux termes duquel « L'OMC conservera la pratique de prise de décisions par consensus suivie en vertu du GATT de 1947. Sauf disposition contraire, dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus, la décision sur la question à l'examen sera prise aux voix ».

[36] V. les articles X :3, X :4 et X :5 de l'Accord OMC.

[37] Pour une approche comparée des effets du droit de l'Union et du droit de l'OMC V. P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Protectionism or Reasonable National Regulation? The Protection of Non-Economic Interests as Barriers to the Free Movement of Goods: A Comparison of EC Law and WTO Law », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (dir.), New-York, Springer, 2008, pp. 147-168, sp. p. 150 et s.

[38] Sur l'importance pour l'intégration européenne de ces principes V. B. DE WITTE, « Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE*, 1984. pp. 425-454 ; R. LECOURT, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 349-361.

[39] D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* préc. p. 385 ; G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit*

plus, toutes les dispositions du droit de l'Union qui remplissent les conditions nécessaires peuvent déployer un effet direct[40] et être invoquées devant le juge interne. Enfin le droit de l'Union détermine lui-même sa « primauté interne »[41], à ce titre les dispositions du droit de l'Union bénéficient d'une primauté générale et absolue[42]. Ces principes sont extrêmement importants et constituent un des leviers privilégiés de l'intégration européenne, en effet, les objectifs de cette intégration « imposent une application uniforme du droit économique européen, sans laquelle il n'existe pas d'intégration »[43]. De plus, à travers le principe d'effet direct du droit de l'Union européenne, le juge de l'Union a offert aux acteurs nationaux, particuliers et entreprises, de participer à l'intégration européenne en recourant au juge national pour contraindre les Etats Membres à respecter leurs obligations européennes[44]. Les effets du droit de l'OMC se distinguent assez nettement. En premier lieu, les Accords constituant le droit de l'OMC ne règlent pas la question de l'effet direct de ce droit. A cet égard, le Groupe spécial dans le différend relatif à la loi américaine de 1974 sur le commerce extérieur a précisé que « selon la doctrine de l'effet direct, dont on a constaté l'existence principalement dans l'ordre juridique des CE mais aussi dans certains accords de libre-échange, les obligations faites aux États sont interprétées comme créant des droits et obligations exécutoires pour les particuliers. Ni le GATT ni l'Accord sur l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC n'ont pas créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants »[45]. Deux éléments permettent éventuellement d'atténuer ce propos. D'une part, le Groupe spécial précise que les dispositions du droit de l'OMC n'ont pas, « jusqu'à présent », été interprétées comme déployant un effet direct. D'autre part, le

---

communautaire général, Paris, A. Colin, 8e éd., 2001, pp. 184 et 185.

[40] La disposition en cause doit être claire, inconditionnelle et juridiquement parfaite : CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3. Ces conditions font l'objet d'une interprétation souple de la part du juge communautaire, V. D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* préc. p. 389.

[41] Sur ce point, V. également, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc. p. 407 qui oppose la « primauté interne » à la « primauté internationale ».

[42] CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141.

[43] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 224 et s.

[44] L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », préc.

[45] Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.72.

Groupe spécial tempère également son propos dans la note de bas de page 661 de ce rapport et souligne que « le fait que les organes de l'OMC n'aient jusqu'à présent interprété aucune obligation comme déployant des effets directs n'empêche pas nécessairement que des obligations, incorporées dans le système juridique d'un Membre donné, puissent conférer des droits aux particuliers du fait de l'application de principes constitutionnels internes »[46]. Si les organes de l'Organisation mondiale du commerce n'excluent pas nécessairement que les dispositions du droit de l'OMC, ou à tout le moins certaines d'entre elles, puissent produire un effet direct, ce caractère n'a cependant pas encore été reconnu. Par ailleurs, en vertu de la règle énoncée à l'article XVI :4 de l'Accord, les Membres de cette organisation doivent assurer la conformité de leurs réglementations avec les obligations souscrites dans les différents accords[47]. Cette disposition atteste du caractère obligatoire des obligations multilatérales[48] et « oblige effectivement les Membres de l'OMC à garantir la conformité de leur droit interne avec leurs obligations au regard de l'OMC »[49]. Elle se différencie de l'article 27 de la Convention de Vienne qui interdit de se prévaloir d'un conflit avec le droit interne pour justifier la violation d'une obligation internationale. Cette disposition produit un second effet, elle « élargit le type de mesures visées »[50] par les obligations découlant du droit de l'OMC. En raison de cette disposition « l'aménagement du droit interne est pris non pas comme un simple moyen de l'exécution d'une obligation particulière, mais comme l'objet

---

[46] *Ibidem*, note 661.

[47] V. l'aticle XVI :4 de l'Accord OMC « Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe ». Sur cette disposition, V. Y. NOUVEL, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », AFDI, 2002. pp. 657-674 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, 614 p., sp. p. 40 et s. V. également l'article 18.4 de l'Accord antidumping en vertu duquel « Chaque Membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer au Membre en question ».

[48] Y. NOUVEL, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », préc., p. 658.

[49] Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.41, note 652, V. également le § 7.24 dans lequel le Groupe spécial affirme que les Membres de l'OMC ont au regard de cette disposition une véritable obligation de résultat et non une simple obligation de moyen « Notre mission en l'occurrence est d'évaluer la conformité des articles 301 à 310 avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC, selon les termes de notre mandat. Pour évaluer la conformité d'une loi nationale avec les obligations au regard de l'OMC, conformément à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, il faut tenir compte de la grande diversité des systèmes juridiques des Membres. La conformité peut être assurée de diverses façons dans différents systèmes juridiques. C'est le résultat final qui compte, pas la manière dont il est obtenu. Ce n'est qu'en comprenant et en respectant les spécificités du système juridique de chacun des Membres qu'il est possible d'en bien évaluer la conformité ».

[50] *Ibidem*.

même d'une obligation générale »[51]. En conséquence, une règle en tant que telle, c'est-à-dire en dehors de toute application concrète, peut être contestée dans la cadre du mécanisme de règlement des différends[52].

8. Le droit de l'Union et le droit de l'OMC n'ont donc pas le même effet au sein des ordres juridiques de leurs Membres. Quant aux caractéristiques de l'intégration européenne et de la coopération au sein de l'Organisation mondiale du commerce, elles diffèrent par nature mais certains traits communs pourraient les rapprocher.

9. En premier lieu, l'intégration européenne est un processus évolutif. En tant que tel, il évolue constamment et possède « un effet d'entraînement automatique imposant une progression constante »[53]. Cet effet de *spill over* se double d'un effet de cliquet. A ce titre, l'intégration européenne est caractérisée par un phénomène d' « irréversibilité de l'acquis »[54] formé par les règles communes. Au sein de l'OMC, si les concessions tarifaires peuvent être renégociées tous les trois ans, les Membres ne peuvent modifier une de leurs concessions qu'à l'issue d'une négociation, avec l'accord de leurs partenaires commerciaux et consultation des partenaires ayant un intérêt substantiel à la concession. Par ailleurs, ces négociations ne peuvent aboutir à des résultats moins favorables que les concessions précédentes[55]. Quant aux engagements en matière de services, la modification ou le retrait d'engagements est soumis à la négociation et à la compensation[56]. Ainsi, dans les domaines pour lesquels les Membres s'engagent à travers des listes de concessions, le mécanisme de protection temporelle de l'OMC permet difficilement un retour en arrière sur le chemin de la libéralisation progressive.

10. Ces différences entre l'Union et l'OMC ne doivent ni être surestimées ni masquer les éléments de comparaison importants entre ces deux organisations. Comme le souligne M. Weiler « en réalité, les différences entre les deux n'ont peut-être jamais été réellement

---

[51] Y. NOUVEL, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », préc., p. 662.
[52] Etats-Unis — Loi antidumping de 1916, rapport de l'Organe d'appel du 28 août 2000, WT/DS136/AB/R, § 78. Dans ce même différend, le Groupe spécial a affirmé que « la législation antidumping d'un Membre doit être compatible avec l'Accord sur l'OMC de façon continue, qu'elle soit appliquée ou non », rapport du Groupe spécial du 31 mars 2000, WT/DS136/R, § 5.25.
[53] D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* préc., p. 48.
[54] *Ibidem*.
[55] V. l'article XXVIII du GATT.
[56] V. l'article XXI de l'AGCS.

saillantes »[57]. Il apparaît que l'Union et l'OMC sont fondées sur une philosophie économique commune. De plus, le renforcement des règles multilatérales, au regard du GATT, permet d'envisager la comparaison avec l'Union européenne.

11. En premier lieu, l'Union européenne et l'OMC sont issues d'un même courant de la pensée économique et partagent à ce titre un objectif commun d'ouverture des marchés. Elles diffèrent néanmoins dans les moyens mis en œuvre et dans le degré d'accomplissement de cet objectif.

12. Les théories des avantages absolus[58] et comparatifs[59] indiquent sans équivoque que les Etats ont tout intérêt à ouvrir leurs économies au commerce international. Cette incitation, qui représente un optimum de premier rang[60], pourrait même être assez forte pour que les pays ouvrent leurs frontières de manière unilatérale sans nécessairement négocier une contrepartie. Ainsi que le note M. Krugman « si les économistes dirigeaient le monde, il n'y aurait pas besoin de l'OMC »[61]. Cependant, Heckscher et Ohlin ont démontré que certains groupes de travailleurs, les cols bleus en opposition aux cols blancs, peuvent voir leur situation se dégrader, notamment en termes de salaire, du fait de l'ouverture[62]. Les Etats doivent alors prendre la décision d'ouvrir leurs économies pour satisfaire l'intérêt général et améliorer le bien-être en dépit de l'attrait de certains groupes économiques pour le protectionnisme quitte à opérer par la suite une redistribution interne des richesses. Ces incitations d'ordre économique sont le fondement des négociations du GATT et d'une partie du projet

---

[57] J.H.H. WEILER, « Epilogue: Towards a common law of international trade », in *The EU, the WTO and the NAFTA*, J.H.H. WEILER (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 201-232, sp. p 202, notre traduction « in reality the differences between the two may never have been quite sharp ».

[58] A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, London, Strahan and Cadell, 1776.

[59] D. RICARDO, *On the principles of political economy and taxation*, London, John Murray, 1817.

[60] E. MORDECHAI KREININ, M. G. PLUMMER, « Economic Principles of International Trade », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume II, pp. 3-22, sp. p. 4, en économie internationale un optimum de premier rang est celui qui mène nécessairement à la meilleure situation possible.

[61] P. KRUGMAN, « What Should Trade Negotiators Negotiate About ? », *Journal of Economic Literature*, 1997, pp. 113-120, sp. p. 113, notre traduction « If economists ruled the world, there would be no need for a World Trade Organization ».

[62] E. MORDECHAI KREININ, M. G. PLUMMER, « Economic Principles of International Trade », préc. p. 6 « The effect of trade on the country's income distribution is at the heart of the controversy over free trade versus protectionism in many countries ».

européen[63]. Une des conséquences de cette philosophie économique commune est certainement la similitude rédactionnelle de certaines dispositions du droit de l'Union européenne et du droit de l'OMC. Par exemple, l'article 110 TFUE et l'article III :2 du GATT présentent une connexité rédactionnelle forte. Aux termes de l'article 110 TFUE : « aucun État Membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États Membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucun État Membre ne frappe les produits des autres États Membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions ». En miroir, on peut mettre en évidence l'article III :2 du GATT en vertu duquel « les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier ». De même, les articles 34 TFUE[64] et XI du GATT[65] qui interdisent les restrictions quantitatives au commerce des marchandises présentent également de fortes similitudes. Ces dispositions qui prohibent les impositions intérieures discriminatoires ou protectrices et les restrictions quantitatives illustrent la volonté de ces organisations internationales d'ouvrir les marchés de leurs Membres aux échanges commerciaux[66].

13. Ces fondements économiques communs transcrits dans des dispositions similaires ne

---

[63] P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Protectionism or Reasonable National Regulation? The Protection of Non-Economic Interests as Barriers to the Free Movement of Goods: A Comparison of EC Law and WTO Law », préc. p. 149, cet auteur montre également que « the underlying economic idea in the EC Treaty as well as in the GATT is inspired by the same trade theory of comparative cost advantage ».

[64] V. l'article 34 TFUE en vertu duquel « Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États Membres ».

[65] V. l'article XI :1 du GATT aux termes duquel « Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé ».

[66] Pour une analyse économique complète de ces dispositions dans le cadre de l'intégration européenne V. J. PELKMANS, *European integration. Methods and economic analysis*, Edinburgh, Pearson, 3ème éd., 2006, pp. 18 à 35.

permettent toutefois pas de considérer l'Union et l'OMC comme deux constructions économiques identiques. Selon la typologie proposée par Balassa[67], l'OMC est une zone de libre-échange évoluée quand l'Union est un marché commun intégrant certains éléments de l'union et de l'intégration économiques. Balassa distingue cinq stades de l'intégration économique. Le premier est la constitution d'une zone de libre-échange dans laquelle les droits de douane et les restrictions quantitatives sont abolis. Le deuxième est l'union douanière, cadre dans lequel les Etats suppriment entre eux les discriminations entre leurs produits et adoptent de surcroît un tarif douanier commun envers les Etats tiers. Le troisième stade de l'intégration économique est le marché commun qui suppose l'abolition des restrictions à la libre circulation des facteurs de production entre les Etats. Le quatrième stade est l'union économique qui requiert de la part des Etats un certain degré d'harmonisation des politiques économiques nationales en vue d'éliminer les discriminations qu'elles engendrent. Enfin, le cinquième stade est l'intégration économique totale. Elle implique l'unification des politiques monétaires, fiscales, sociales et contra-cycliques ainsi que la mise en place d'une autorité supranationale dont les décisions sont contraignantes pour les Etats Membres. A la lecture de la typologie de cet auteur, il apparaît que l'OMC est une zone de libre-échange et l'Union un marché commun. Cependant, elles présentent également des caractéristiques des stades plus avancés de l'intégration économique. L'intérêt de cette analyse est qu'elle permet de comparer au plan économique deux organisations qui, plutôt que différentes, se situent à des stades divers d'un même processus d'intégration économique. La théorie économique constitue un élément certain de comparatibilité de l'Union et de l'OMC, celle-ci se traduit également par des règles dont la connexité matérielle est évidente. Le renforcement de l'OMC, au regard du GATT de 1947, par l'extension du champ matériel des règles de cette organisation et la juridictionnalisation de ce système accentue également la comparabilité des deux organisations.

14. Le passage du GATT à l'Organisation mondiale du commerce permet également d'opérer un rapprochement entre l'Union européenne et l'OMC. En effet, cette dernière constitue un véritable saut qualitatif par rapport au GATT à travers l'extension matérielle des

---

[67] B. BALASSA, *The theory of economic integration*, Irwin, Homewood, 1961 ; B. BALASSA, « Types of economic integration », in *Economic integration worldwide, regional, sectoral*, F. MACHLUP (dir.), London, Macmillan, 1976, pp. 17-31.

règles multilatérales et le renforcement du système[68]. Le GATT était caractérisé par sa grande flexibilité. Cet accord ne constituait qu'une partie seulement d'un projet plus ambitieux, l'Organisation internationale du commerce, et d'un accord plus global, la Charte de La Havane. L'Organisation internationale du commerce avait été conçue avec la Banque mondiale et le Fonds monétaire international pour promouvoir le développement économique, reconstruire l'économie après la Seconde guerre mondiale et développer le commerce mondial. En raison du rejet de la Charte de La Havane par le Congrès des Etats-Unis, celle-ci n'est jamais entrée en vigueur[69]. Néanmoins, la quatrième partie de ce texte, le GATT de 1947, était appliquée en vertu d'un Protocole d'application provisoire dans l'attente de l'entrée en vigueur de la Charte de la Havane. En dépit du rejet de l'Organisation internationale du commerce, ce texte a été maintenu. Les conditions dans lesquelles ce texte a été appliqué expliquent certainement les critiques auxquelles il a donné lieu. En effet, le GATT de 1947 était caractérisé par sa grande flexibilité et son caractère diplomatique. La mise en place empirique d'un secrétariat a pu pallier l'absence de structure institutionnelle. En dépit d'un certain nombre de succès, notamment en termes de réduction des droits de douane, son caractère diplomatique et fragmenté a montré toutes ses limites au début des années 1980. Les cycles de négociation entre les Membres du GATT ont conduit à une réduction flagrante des droits de douane et le jeu de la clause du traitement de la nation la plus favorisée en a étendu le bénéfice à tous les Membres du GATT. De surcroît, les conditions de concurrence entre les marchandises nationales et importées ont pu être améliorées par la clause du traitement national. Enfin, les cycles de négociation et notamment celui de Tokyo ont mené à l'adoption d'accords et d'arrangements dans des domaines cruciaux comme l'encadrement du dumping ou en matière de subventions. Toutefois, ces accords n'étaient pas obligatoires pour l'intégralité des Membres du GATT et ils ont accentué le sentiment de « GATT à la carte »[70]. Au moment où les Membres du GATT ont pris conscience de la nécessité de renforcer le système commercial multilatéral, les contextes économique et historique des négociations du

---

[68] Pour certains auteurs, le renforcement du système multilatéral est tout autant le résultat des négociations du cycle d'Uruguay que le fruit d'une évolution progressive du GATT V. T. COTTIER, « Les tâches de l'OMC : Évolution et défis », *RIDE*, 2004, pp. 273-291, sp. p. 275 et s. ; J. PAUWELYN, « The transformation of world trade », *Michigan Law Review*, 2005, pp.1-65.

[69] Pour une approche historique du GATT de 1947 V. W. J. DAVEY, « Institutional Framework », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume II, pp. 51- 88, sp. p. 53-55.

[70] W. J. DAVEY, « Institutional Framework », préc., p. 54.

cycle d'Uruguay ont permis le succès de ces longs pourparlers et l'avènement de l'Organisation mondiale du commerce[71]. Le renforcement du système se manifeste en premier lieu par un élargissement notable des domaines régis par l'OMC. Si les dispositions du GATT de 1947 ont été intégrées dans l'Accord sur le commerce des marchandises de 1994[72] tel qu'issu du cycle d'Uruguay par l'Article 1 a) du GATT de 1994, les disciplines communes ne régissent plus uniquement le seul commerce des marchandises. Elles s'étendent au commerce des services par le biais de l'AGCS, aux droits de propriété intellectuelle à travers l'Accord sur les ADPIC, à l'encadrement des pratiques déloyales comme les subventions, à l'encadrement des mesures sanitaires et phytosanitaires ou aux obstacles techniques au commerce. Il ressort de ce panorama[73] une certaine comparabilité des domaines réglementés tant par les règles multilatérales qu'européennes. Ainsi, les secteurs faisant l'objet de règles en droit de l'Union et en droit de l'OMC offrent la possibilité d'opérer un véritable parallèle entre les champs matériels de ces deux corps de règles. Ils autorisent alors la comparaison de ces deux organisations, notamment au regard du raisonnement des juges qui connaissent de contentieux similaires[74]. La suppression du GATT à la carte par le principe de l'engagement unique ou *single undertaking*[75] est le deuxième élément de renforcement du système de l'OMC. Contrairement aux différents codes issus des cycles de négociation sous l'empire du GATT de 1947, les Accords commerciaux de l'Organisation mondiale du commerce sont

---

[71] Sur les négociations du cycle d'Uruguay et les conditions de son succès V. G. R. WINHAM, « An Interpretative History of the Uruguay Round Negotiation », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 3-26. Cet auteur met en évidence plusieurs facteurs qui ont contribué à la réussite des négociations. En premier lieu, le déclin des performances de l'économie mondiale et de l'agriculture couplé notamment au rôle des pays en développement. Le rôle économique de ces pays s'accentuait mais leurs économies devaient faire face à de nombreuses difficultés au début des années 1980. En second lieu, la prise de conscience généralisée qu'il fallait réformer en profondeur les règles du commerce mondial ou se préparer à voir la régulation des échanges se déliter. Enfin, dans un contexte marqué par une globalisation de plus en plus prégnante, la fin de la Guerre froide et l'affermissement corrélatif du modèle de l'économie de marché a été décisif. Par ailleurs, les négociations ont abouti en raison de l'accord trouvé entre les pays développés et les pays en voie de développement. Les seconds ont obtenu l'incorporation de l'agriculture et des textiles dans le système multilatéral et ont donné leur accord aux règles en matière de services et de propriété intellectuelle.

[72] C'est-à-dire l'Annexe 1A des Accords de Marrakech instituant l'OMC.

[73] Pour une analyse plus détaillée de l'ensemble des Accords et de leur structure V. Partie I, Titre I, Chapitre II Section I.

[74] Certains contentieux, comme le droit de la concurrence, restent l'apanage du juge européen. En effet, le droit de l'OMC ne régit pas directement le comportement des acteurs privés sur le marché. Ces contentieux ne peuvent donc être analysés dans cette étude au risque de fausser la comparaison. Cependant, les domaines couverts par les deux organisations restent nombreux et permettent une réflexion parallèle sur les deux organisations.

contraignants pour tous les Membres de cette organisation[76], de plus, l'article XVI :5 de l'Accord OMC interdit les réserves à ces accords[77]. Le principe de l'engagement unique est assurément la traduction juridique de l'objectif affiché par les négociateurs du cycle d'Uruguay de mettre fin à la fragmentation des règles du système multilatéral[78]. Enfin, le dernier élément qui atteste du renforcement du système multilatéral par rapport au GATT de 1947 est le mécanisme de règlement des différends. La juridictionnalisation du système de règlement des différends complète la juridicisation des règles multilatérales[79]. A cet égard, M. Cottier soutient que « finalement, c'est le règlement de différends qui a changé la nature du droit OMC d'une manière radicale »[80], il matérialise en effet le passage d'une approche *power oriented* à une approche *rule oriented* du commerce internantional[81]. De même, M. Weiler affirme que le nouveau système de règlement des différends « a radicalement changé les règles mais également les habitudes en matière de recours au juge et d'exécution des obligations »[82]. Ces assertions relatives au nouveau mécanisme de règlement des différends prennent tout leur sens au regard des caractéristiques du système de règlement des différends

---

[75] Sur ce principe V. W. J. DAVEY, « Institutional Framework », préc., p. 56 et s.

[76] V. l'article II. 2 de l'Accord OMC en vertu duquel « Les accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 (ci-après dénommés les 'Accords commerciaux multilatéraux') font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les Membres ». Il faut cependant distinguer les Accords multilatéraux qui font partie de l'engagement unique des Accords plurilatéraux qui ne sont obligatoires que pour les Etats ayant accepté d'y être partie.

[77] V. l'article XVI : 5 de l'Accord OMC « Il ne pourra pas être formulé de réserves en ce qui concerne une disposition du présent accord. Il ne pourra être formulé de réserves en ce qui concerne des dispositions des Accords commerciaux multilatéraux que dans la mesure prévue dans lesdits accords. Les réserves concernant une disposition d'un Accord commercial plurilatéral seront régies par les dispositions dudit accord ». V. cependant la clause de non application formulée à l'article XXXV du GATT et l'article XIII de l'Accord instituant l'OMC.

[78] Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *AFDI*, 2000, pp. 654-670, sp. p. 654 ; ce principe est également relayé par les organes de l'OMC. Dans le différend Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, l'Organe d'appel a souligné que « les auteurs du nouveau régime de l'OMC entendaient mettre un terme à la fragmentation qui avait caractérisé l'ancien système » et que « l'Accord sur l'OMC est un instrument conventionnel unique qui a été accepté par les Membres de l'OMC en tant que constituant un engagement unique », V. Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21 février 1997, WT/DS22/AB/R, p. 19 et p. 13.

[79] La notion de juridicisation est utilisée pour montrer le développement des règles matérielles dans le cadre de l'OMC en comparaison du GATT de 1947.

[80] T. COTTIER, « Les tâches de l'OMC : Évolution et défis », préc., p. 277.

[81] J. CAMERON, K. GRAY, « Principles of international law in the WTO dispute settlement body », *International and comparative law quarterly*, 2001, pp. 248-298, sp. pp. 248-249 ; J. H. JACKSON, « The European Union and the WTO. Some constitutional tensions », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, Volume II, pp. 93-106, sp. p. 98 et s.

[82] J.H.H. WEILER, « Cain and Abel – convergence and divergence in internation trade law », in *The EU, the WTO and the NAFTA*, J.H.H. WEILER (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 1-4, sp. p. 3, notre traduction « have radically change both the rules and legal culture concerning the adjudication and

sous l'empire du GATT. Les articles XXII et XXIII du GATT de 1947 étaient le fondement du système de règlement des différends dans cette organisation. Outre le recours aux consultations, les différends pouvaient être soumis à des Panels, toutefois, grâce à la règle du consensus, le Membre mis en cause pouvait s'opposer à la demande de constitution et d'établissement du Panel ainsi qu'à l'adoption du rapport par le Conseil du GATT[83]. Ces éléments constituaient le fondement d'un manque évident d'effectivité de ce système qui s'est enlisé faute d'adoption des rapports de panels par l'instance politique, le Conseil du GATT. A cet égard, Mme Ruiz Fabri a souligné que « sans qu'on sache trop s'il en était le signe ou la conséquence, le mauvais fonctionnement du règlement des différends dans le cadre du GATT allait de pair avec un laxisme croissant dans l'application de l'Accord en lui-même »[84]. Dans ce cadre, il est naturel, que les négociateurs du cycle d'Uruguay aient envisagé de modifier et de renforcer le système. Cependant, la Déclaration de Punta del Este, qui a initié les négociations du cycle d'Uruguay, montre bien que les négociateurs n'envisageaient initialement pas de le « révolutionner ». Selon ce texte, les négociations visaient à « assurer une résolution des différends rapide, effective et bénéfique pour toutes les parties contractantes », elles devraient « viser à améliorer et renforcer les règles et procédures du système de règlement des différends, tout en reconnaissant l'apport que constitueraient des règles et disciplines du GATT plus effectives et contraignantes » et « inclure le développement d'arrangements propres à permettre la surveillance et le contrôle des procédures facilitant la mise en conformité avec les recommandations adoptées »[85]. Lors des

---

enforcement of obligations ».

[83] Sur le système de règlement des différends sous le GATT 1947 V. E. CANAL-FORGUES, *L'Institution de la conciliation dans le cadre du GATT – Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 687 p. ; A. HERVE, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse, Rennes 1, 2011, pp. 12-16 ; P. VAN DEN BOSSCHE, « From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », *Maastricht Working paper*, 2005, http://arno.unimaas.nl/show.cgi?did=8520, p. 5 et s. ; V. DONALDSON, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1277-1340 ; T. FLORY, « Les accords du Tokyo round du GATT et la réforme des procédures de réglement des différends dans le système commercial interétatique », *RGDIP*, 1982, pp. 235-253.

[84] H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, 1997, pp. 709-755, sp. p. 716.

[85] § 25 de la Déclaration de Punta del Este, notre traduction « In order to ensure prompt and effective resolution of disputes to the benefit of all contracting parties, negotiations shall aim to improve and strengthen the rules and the procedures of the dispute settlement process, while recognizing the contribution that would be made by more effective and enforceable GATT rules and disciplines. Negotiations shall include the development of

négociations relatives au règlement des différends pendant le cycle d'Uruguay deux éléments ont cependant contribué à renforcer très nettement le système et à lui donner une envergure nouvelle[86]. En premier lieu, le consensus inversé garantit l'adoption quasi-automatique des rapports, ces derniers sont adoptés sauf si les représentants des Membres décident du contraire par consensus[87]. Ce système prend le contrepied du mécanisme d'adoption des rapports sous l'empire du GATT et garantit une efficacité accrue du système[88]. Néanmoins, le consensus inversé a été, lors des négociations, à l'origine de l'inquiétude de certains Membres pour lesquels la mise en place des garde-fous était nécessaire afin de pouvoir remédier à certaines interprétations des Groupes spéciaux. La création d'un Organe d'appel permanent est la conséquence directe de ces appréhensions[89]. Comme le relève M. Van Den Bossche, lorsque les négociateurs se sont accordés sur la création d'un Organe d'appel permanent, leur intention n'était pas de créer un nouveau juge international. Au contraire, leur motivation principale était de pouvoir revenir sur les effets indésirables des rapports des Groupes spéciaux[90]. Les modifications apportées par les négociations du cycle d'Uruguay au règlement des différends telles qu'elles sont formalisées dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sont, *in fine*, considérables. Le consensus inversé permet l'adoption quasi automatique des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD, ce qui leur

---

adequate arrangements for overseeing and monitoring of the procedures that would facilitate compliance with adopted recommendations ».

[86] Sur les négociations de mécanisme de règlement des différends V. V. DONALDSON, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », préc., p. 1279 et s.

[87] V. l'article 16.4 du MARD selon lequel « dans les 60 jours suivant la date de distribution du rapport d'un Groupe spécial aux Membres, ce rapport sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel ou que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport ».

[88] J. CAMERON, K. GRAY, « Principles of international law in the WTO dispute settlement body », préc. pp. 249 et 250 ; P. VAN DEN BOSSCHE, « From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », préc. pp. 5 et 6.

[89] P. VAN DEN BOSSCHE, « From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », préc. ; M. MATSUSHITA, « Some Thoughts on the Appellate Body », », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1389-1404 ; V. DONALDSON, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », préc.

[90] P. VAN DEN BOSSCHE, « From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », préc., p. 7, selon cet auteur les représentants des Membres « certainly did not intend to create a strong international court at the apex of the new dispute settlement system. On the contrary, they only wanted to ensure that their biggest innovation, namely the quasi-automatic adoption of panel reports by the DSB, would not have the undesirable side-effect to be without protection against an occasional 'bad' panel report. The decision to establish a standing Appellate Body to provide such protection was an inspired afterthought, rather than the reflection of a grand design to create a strong, new international court ».

confère un effet obligatoire. Par ailleurs, le caractère permanent de l'Organe d'appel a largement contribué à renforcer le mécanisme, la stabilité et la cohérence des rapports[91]. Ce renforcement, voire ce changement de paradigme, autorise une comparaison des organes de l'OMC et du juge européen. Plus précisément, une fois levées les incertitudes quant à la fonction exercée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, la comparaison entre leurs modes de raisonnement et ceux du juge européen se justifie pleinement. En effet, le juge européen et les organes de l'OMC évoluent au sein d'organisations comparables et qui présentent des règles juridiques qui le sont également. L'analyse, nécessaire, de la fonction attribuée par le MARD aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel doit précéder celle de la notion de raisonnement.

15. Le système mis en place par le MARD se laisse, *a priori*, difficilement appréhender[92]. Cela résulte en premier lieu des dispositions du mémorandum et du vocabulaire assez énigmatique de ce texte. Certaines expressions en sont paradoxalement absentes, notamment les termes de « litige », « juge », « juridiction », « tribunal », « autorité de la chose jugée », « intérêt à agir ». En somme, le champ lexical de la « juridiction » est subtilement évité[93] et le système n'est pas clairement qualifié. En second lieu, les difficultés à appréhender le système découlent du rôle de l'Organe de règlement des différends qui est un organe politique, c'est-à-dire une formation du Conseil général de l'OMC composé des représentants de tous les Membres de cette organisation[94]. L'ORD est chargé d'administrer le système et surtout

---

[91] J.H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of a Legal Obligation », *AJIL*, 1997, pp.60-64, sp. p. 60 et 61 ; T. COTTIER, P. MAVROIDIS, « The Role of the Judge in International Trade Regulation: An overview », in *The Role of the judge in international regulation – Experience and Lessons for the WTO*, T. COTTIER, P. MAVROIDIS (dir.), University of Michigan, Michigan University Press, 2003, pp.1-7, sp. p. 1 et s. ; H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *APD*, 2009, pp. 97-120, sp. p. 117 et s.

[92] Comme le souligne M. Ghérari « C'est décidément un système original qui ne se laisse pas facilement enfermer dans les catégories traditionnelles du contentieux international », H. GHERARI, « Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques. Le système de règlement des différends de l'O.M.C. », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GHERARI (dir.), Paris, Pedone, 2004, pp. 937-952, sp. p. 947-948.

[93] H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, pp. 39-83, sp. p. 43.

[94] Cela ressort de l'article 2.1 du MARD, en vertu de cette disposition « L'Organe de règlement des différends est institué pour administrer les présentes règles et procédures et, sauf disposition contraire d'un accord visé, les dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends. En conséquence, l'ORD aura le pouvoir d'établir des Groupes spéciaux, d'adopter les rapports de Groupes spéciaux et de l'organe d'appel, d'assurer la surveillance de la mise en oeuvre des décisions et recommandations, et d'autoriser la suspension de concessions et d'autres obligations qui résultent des accords visés. S'agissant des

d'adopter les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Ce rôle peut interroger même si le consensus inversé en réduit fortement l'importance. Ces éléments expliquent finalement les difficultés de la doctrine à qualifier le système. Ainsi, la doctrine française s'est beaucoup interrogée sur la nature du mécanisme de règlement des différends[95], sans toutefois parvenir à s'accorder[96]. Au-delà de cette controverse quant à la nature du système multilatéral, il importe surtout dans le cadre de cette étude de se pencher sur la fonction exercée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel[97] et non sur la nature, notamment organique, du système[98]. En effet, cette étude tend à analyser et à comparer des modes de raisonnement à l'aune d'une fonction. Il apparaît sur ce point que le système multilatéral est un « système

différends qui surviennent dans le cadre d'un accord visé qui est un Accord commercial plurilatéral, le terme 'Membre' tel qu'il est utilisé dans le présent mémorandum d'accord ne désignera que les Membres qui sont parties à l'Accord commercial plurilatéral pertinent. Dans les cas où l'ORD administre les dispositions relatives au règlement des différends d'un Accord commercial plurilatéral, seuls les Membres qui sont parties à cet accord pourront prendre part au processus de prise de décisions ou de mesures qu'engagera l'ORD en ce qui concerne ce différend ». Par ailleurs, aux termes de l'article IV :2 de l'Accord OMC le Conseil général est composé des représentants de tous les Membres de cette organisation. Enfin, l'article IV :3 de l'Accord OMC dispose que « Le Conseil général se réunira, selon qu'il sera approprié, pour s'acquitter des fonctions de l'Organe de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. L'Organe de règlement des différends pourra avoir son propre président et établira le règlement intérieur qu'il jugera nécessaire pour s'acquitter de ces fonctions ».

[95] H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, C. LEBEN, E. LOQUIN, M. SALEM (Dir.), Paris, Litec, 2000, pp. 303-334 ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc. ; C. SANTULLI, « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, pp. 58-81 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC », *RGDIP*, 2006, pp. 769-800 ; H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 881-947 ; M. J. ANDRIANARIVONY, « Un panel institué dans le cadre de l'OMC n'est-il pas une juridiction ? », *RRJ*, 2000, pp. 1181-1202.

[96] Certains auteurs refusent la qualification de juridiction V. C. SANTULLI, « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », préc. Pour d'autres auteurs, le système est juridictionnel V. H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc. et H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc. Enfin, certains auteurs mettent en évidence la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends V. A. HERVE, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, préc., pp. 21-41. Sur la notion de juridiction internationale V. L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, pp. 496-509 ; C. SANTULLI, « Les juridictions de l'ordre international : essai d'identification », *AFDI*, 2001, pp. 45-61 : H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, SFDI, Paris, Pédone, 2003, pp. 163-202 ; C. LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, pp. 143-155.

[97] Les caractéristiques du mécanisme de règlement des différends ne sont pas occultées de cette étude et sont analysées dans le chapitre I, Titre I, Partie I. Il s'agit ici d'analyser la fonction exercée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel et non leur statut.

[98] Cette démarche qui se concentre sur la fonction et non sur l'organe est celle mise en œuvre par M. Wiederkehr V. G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 575-586.

pragmatiquement ordonné où s'exerce une fonction de jugement, dont découlent des décisions de portée obligatoire pour les parties »[99]. La mise en évidence de la fonction de jugement suppose de déterminer l'objet de cette fonction. Comme le montre Mme D'Ambra, celle-ci consiste à dire le droit en tranchant des litiges[100]. Il est donc nécessaire de s'assurer que les organes multilatéraux tranchent des litiges tout en disant le droit. A cet égard, la portée de l'article 3.10 du MARD en vertu duquel « les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux » doit être relativisée[101]. En effet, la notion de « contentieux » qui figure dans cette disposition peut être interprétée de deux façons différentes[102]. Ce terme peut désigner un « ensemble de litiges »[103] et dans ce cas l'article 3.10 interdit la qualification de juge et l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Cette notion peut également être comprise comme « un synonyme de conflit »[104], l'article 3.10 peut alors être lu comme une « simple précaution sémantique des négociateurs destinée à éviter qu'une procédure engagée devant l'ORD puisse être interprétée comme un acte inamical »[105]. Dans ce cadre, cette disposition a avant tout un rôle rhétorique qui ne préjuge pas de la fonction exercée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel. De plus, d'un point de vue purement sémantique le mécanisme

---

[99] E. CANAL-FORGUES, *Le Système de règlement des différends de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 3ème éd., 2008, p. 31.

[100] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994. Cette définition est par ailleurs partagée par le juge européen et la Cour européenne des droits de l'Homme V. R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline,* Paris, Dalloz, 2002, pp. 607-628, sp. pp. 623-624. Comme le souligne M. Cavaré, la fonction exercée par l'organe est particulièrement importante pour en déterminer la nature et à ce titre « le juge, quel qu'il soit, aussi bien le juge international que le juge interne a pour rôle essentiel de statuer sur des contestations ou des différends. C'est là essentiellement, en effet, le rôle social du juge. Il doit apaiser et régler les conflits qui s'élèvent entre les sujets de droit », L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », préc., p. 503. De même, selon M. Santulli un « tribunal met fin à un différend par application du droit », C. SANTULLI, « Les juridictions de l'ordre international : essai d'identification », préc., p. 60.

[101] M. Santulli se fonde notamment sur cette disposition pour montrer que l'ORD n'exerce pas de fonction juridictionnelle puisque les différends dans le cadre de l'OMC ne seraient pas pour cet auteur des différents justiciables V. C. SANTULLI, « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », préc., pp. 79-80.

[102] H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., pp. 914-916.

[103] *Ibidem*.

[104] *Ibid*.

[105] A. HERVE, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, préc., p. 23 note 51. Cette analyse est également partagée par Mme Ruiz Fabri V. H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., pp. 915-916.

a pour objet de régler des différends puisqu'il s'intitule « Mécanisme de règlement des différends ». Par ailleurs, l'objet du système conforte cette première approche[106]. En effet, les Membres de l'OMC peuvent avoir recours au mécanisme lorsqu'ils considèrent qu'une mesure d'un autre Membre est incompatible avec les règles multilatérales et annule ou compromet un de leurs avantages. Si cette prétention est contestée par un autre Membre, elle donne bien lieu à un différend[107] juridique puisque fondé sur une opposition de prétentions au regard de règles juridiques. Enfin, la lecture du MARD est sans appel, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, doivent examiner ces prétentions au regard des dispositions des Accords pertinents[108] et « déterminer si la mesure incriminée est incompatible avec le droit de l'OMC comme le prétend l'un et le réfute l'autre »[109]. Les différends doivent, conformément aux prescriptions du MARD, être tranchés par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel « conformément aux droits et obligations résultant du présent Mémorandum d'accord et des accords visés »[110]. Au regard de ces éléments, il apparaît que les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent trancher des différends[111] par application de règles juridiques et exercent donc une fonction juridictionnelle[112]. Cette fonction autorise la comparaison avec le

---

[106] H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., p. 914.

[107] Sur ce point, la notion de différend telle que définie par M. Santulli est particulièrement éclairante, pour cet auteur, « le différend est constitué par une opposition entre prétentions. Le différend justiciable international est caractérisé par le fait que ce qui est prétendu par une partie et contesté par l'autre est l'état du droit international », C. SANTULLI, « Les juridictions de l'ordre international : essai d'identification », préc., p. 60. V. également H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., p. 914.

[108] V. sur ce point l'article 7 du MARD qui définit le mandat des Groupes spéciaux. Selon cette disposition, le mandat classique des Groupes spéciaux est d' « examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document », en vertu de l'article 7.2 du MARD « les Groupes spéciaux examineront les dispositions pertinentes de l'accord visé ou des accords visés cités par les parties au différend ».

[109] H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., p. 915.

[110] Article 3.4 du MARD.

[111] Il semble que les notions de litige et de différend renvoient matériellement à un même phénomène mais soient utilisées dans des domaines distincts du droit V. A. JEAMMAUD, « Conflit/litige », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 255-256.

[112] Beaucoup d'auteurs ont également souligné qu'en dépit des doutes quant à la nature du système multilatéral, l'Organe d'appel (et les Groupes spéciaux) a toujours tranché les différends qui lui étaient soumis comme si il était un juge V. D. MCRAE, « What is the Future of WTO Dispute Settlement ? », *JIEL*, 2004, pp. 3-21, sp. p. 7 « Perhaps more important than the ambivalent texts is the practice of the Appellate Body, which from the beginning has acted as if it were a court. It has insisted that panels apply the law as if they were judicial bodies » ; I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », *EJIL*, 2010, pp. 605–648, sp. p. 606 « the Appellate Body made the conscious choice to function as if it were a court » ; H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc., p. 321 ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 47 et s.

juge européen notamment au regard de leurs raisonnements. Cette mise en parallèle, facilitée par le succès[113] du mécanisme de règlement des différends et le nombre de rapports adoptés, nécessite d'analyser au préalable le concept de raisonnement.

16. Hors de la sphère juridique, au-delà de la simple faculté de raisonner, la notion de raisonnement est tout d'abord définie comme la « faculté d'analyser le réel, de percevoir les relations entre les êtres, les rapports entre les objets, présents ou non, de comprendre les faits ; exercice de cette faculté, activité de la raison discursive »[114]. Cette définition met en relief la notion de rationalité : l'individu appréhende le monde extérieur et tente de tisser entre les faits des liens de causalité. Cette faculté est toutefois limitée, les capacités de perception et d'analyse ne sont jamais complètes[115]. Le raisonnement peut également être défini comme la « capacité de connaître, de juger, de convaincre; [l']aptitude à comprendre, envisagée du point de vue de son développement plus ou moins grand selon les personnes; [la] qualité d'une personne, [la] disposition d'un esprit qui juge avec discernement, avec sagesse »[116]. Ces notions renvoient au sens commun d'une décision « raisonnable », par opposition à l'évidence, à l'intuition, voire à la folie. Néanmoins, on ne peut oublier que le raisonnement est intimement influencé par les sentiments de l'individu ou le contexte dans lequel il évolue. Comme le rappelle Pascal « la raison s'offre, mais elle est ployable à tous sens ; et ainsi il n'y

---

[113] Le terme « succès » implique ici que les Membres de l'OMC ont effectivement recours au Mécanisme de règlement des différends, V. J. H. JACKSON, « The European Union and the WTO. Some constitutional tensions », préc., p. 99 ; D. MCRAE, « What is the Future of WTO Dispute Settlement ? », préc., p. 21; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 42. En dépit, ou du fait de ce succès, les réflexions relatives au mécanisme, les propositions de réforme ou les critiques sont nombreuses, V. D. MCRAE, « What is the Future of WTO Dispute Settlement ? », préc., C. BARFIELD, *Free Trade, Sovereignty, Democracy : The Future of the World Trade Organization*, Washington, AEI Press, 2001 ; J. GREENWALD, « WTO Dispute Settlement: an Exercise in Trade Law Legislation? », *JIEL*, 2003, pp. 113-124 ; J. PAUWELYN, « The Sutherland report: a missed opportunity for genuine debate on trade, globalization and reforming the WTO », *JIEL*, 2005, pp. 329–346 ; V. également les propositions de réforme du mécanisme initiées notamment par les Etats-Unis et visant à renforcer le contrôle des Membres de l'OMC dans le cadre du règlement des différends TN/DS/W/28 du 23 décembre 2002 ; TN/DS/W/46 du 11 février 2003 ; TN/DS/W/52 du 14 mars 2003 et TN/DS/W/74 du 15 mars 2005. Ces critiques ne sont pas nécessairement partagées que ce soit par la doctrine J. H. JACKSON, « The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms : Seven 'Mantras' Revisited », *JIEL*, 2001, pp. 67-78 ou par les autres Membres de l'OMC V. A. HERVE, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, préc., pp. 378-380.

[114] Selon la définition du centre national de ressources textuelles et lexicales en ligne http://www.cnrtl.fr/.

[115] En conséquence, la notion de rationalité limitée lui est souvent opposée et préférée, V. H. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, Macmillan, 1947.

[116] Selon la définition du centre national de ressources textuelles et lexicales en ligne http://www.cnrtl.fr/.

en a point »[117]. Une troisième définition du raisonnement met enfin l'accent sur son lien avec la logique, le raisonnement est alors une « opération qui consiste à lier deux propositions pour en former une troisième (ou conclusion), au moyen de règles logiques ». Cette dernière définition rétablit le lien presque évident entre le raisonnement et la logique, la seconde étant au sens pur la science du raisonnement[118]. Face à cette approche du raisonnement, il est nécessaire de souligner, à l'instar de M. Kahneman et de Tversky, qu'elle idéalise le raisonnement. Ces auteurs ont démontré qu'en pratique, ce dernier peut également être une somme de biais et de raccourcis[119]. Le concept de raisonnement ne se laisse pas apprivoiser avec autant d'aisance que la banalité de son usage pouvait laisser supposer. Il est tout à la fois la raison, le raisonnable et la logique. Sa nature se dilue dans ces trois notions mais ne s'y épuise pas. Il semble alors nécessaire de délaisser cette première approche et d'adopter une définition plus flexible. Oléron définit le raisonnement comme « un enchaînement, une combinaison ou une confrontation d'énoncés et de représentations, respectant des contraintes susceptibles d'être explicitées et conduits en fonction d'un but »[120]. Détachée des notions problématiques de raison ou de logique, cette définition ne cherche pas à délimiter la nature du raisonnement, elle l'appréhende dans son fonctionnement. De manière dynamique plus que statique, elle met l'accent sur les contraintes et le but du raisonnement qui doit alors être conçu au regard de ces deux éléments. Au-delà de cette approche générale du raisonnement, ce concept doit être défini et analysé au regard du droit et de la fonction juridictionnelle.

17. Classiquement, la fonction de juger consiste à dire le droit et à trancher les litiges[121]. En conséquence, le raisonnement ne peut être assimilé à la seule interprétation du droit. En effet, l'activité juridictionnelle, et par conséquent le raisonnement éponyme, dépassent la seule attribution du sens à la règle juridique[122]. Si l'interprétation constitue un élément important du raisonnement, celui-ci ne peut se réduire à cette seule activité. En effet, le juge doit également appliquer la règle juridique aux faits, de sorte que l'appréciation des faits et

---

[117] B. PASCAL, *Pensées*, Paris, Philippe Sellier, Classique de poche, 2000, fragment n° 455.
[118] M.-L. IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF Coll. Thémis droit privé, 2001, p. 3.
[119] A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, « Judgment under uncertainty: Heuristics and biases », *Science*, 1974, pp. 1124-1131.
[120] P. OLERON, *Le raisonnement*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 5ème éd, 1996, p.10.
[121] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc.
[122] Sur le fait que l'interprétation ne résume pas à elle seule l'application juridictionnelle des règles de droit V. C. STAMATIS, « La concrétisation pragmatique des normes juridiques », *RRJ*, 2005, pp.2979-2990.

leur qualification juridique ne peuvent être occultées. Ainsi, Cornu définit le raisonnement juridique comme une « opération intellectuelle relevant de la science fondamentale et de l'application pratique du droit qui, consistant, en général, dans l'application d'une règle à un cas, suppose : la recherche et l'affirmation de la règle juridique applicable : la recherche et la détermination de son domaine d'application ; l'analyse du cas particulier ; la conclusion issue d'un rapprochement du cas concret qualifié et de la règle abstraite »[123]. Cette approche pragmatique se double de réflexions plus théoriques quant à la nature du raisonnement. A cet égard, M. Timsit a montré que la spécificité du raisonnement juridique résulte d'un effet de déformation. Le raisonnement juridique est « en effet un double de la loi qui elle-même est un double de la réalité »[124]. Dans cette acception, le raisonnement est alors un instrument qui permet de suppléer les insuffisances de la loi. Cependant, cette fonction conduit à une complexification de la matière car elle divise. Pour le modèle positiviste, cette fonction de suppléance est extrêmement limitée car la loi constitue la seule assise du raisonnement. Ce dernier repose alors sur une logique de déduction et s'exprime par le syllogisme. Pour l'école réaliste, la fonction de suppléance du raisonnement est au contraire très forte. La loi est déterminée par son destinataire et non par son auteur. Le destinataire de la loi y ajoute sa propre subjectivité. Selon M. Timsit « ce que fait apparaître la typologie des modèles théoriques de raisonnements juridiques (...) c'est l'incapacité de ces modèles traditionnels à rendre compte de la réalité empirique des raisonnements juridiques »[125]. Cela est particulièrement vrai s'agissant du raisonnement du juge. En effet, celui-ci ne se résume ni à la logique syllogistique, ni aux préférences subjectives du juge.

18. Le raisonnement du juge ne peut être réduit à la logique formelle. En effet, cette analyse est trop réductrice quant au rôle du juge et à son activité. Le droit a pu être décrit comme une science, cette présentation permettait de présenter les vérités juridiques comme infaillibles. En parallèle, le raisonnement du juge devait être mené et analysé au moyen des instruments de la logique formelle. Dans cette approche, le raisonnement est réduit à une pure application mécanique de la règle, l'appréciation du juge est purement déductive et découle entièrement du sens de la règle juridique telle qu'énoncée par son auteur. Le raisonnement se

---

[123] G. CORNU, « Raisonnement juridique », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 743.
[124] G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1290.

fond alors dans un syllogisme qui dénie au juge toute marge d'appréciation et *in fine* toute faculté de raisonner. En effet, la fonction de juger se réduit à sa plus simple expression puisque le sens de la règle juridique ne fait pas de doute et que les faits sont établis par les parties : le juge doit alors se contenter d'appliquer la règle aux faits et de rendre sa décision. Cette approche qui puise ses racines dans les idées de Montesquieu qui réduisaient le juge à la simple bouche de la loi a été reprise par les Révolutionnaires. Enfin, la logique formelle se marie avec les idées positivistes. En effet, réduire le raisonnement du juge à une opération de logique formelle permet, d'une part, de nier le caractère normatif de la jurisprudence. D'autre part, elle permet d'amoindrir l'influence d'éléments extra juridiques dans le droit. Assimiler l'application du droit et le raisonnement du juge à une démonstration scientifique qui serait dénuée d'incertitude serait une garantie d'objectivité et d'impartialité de l'organe chargé de trancher les litiges. L'application de la règle n'obéissant à d'autres motifs que ceux établis par la règle elle-même et le juge n'ayant à cet égard aucune liberté d'appréciation, il traite nécessairement les prétentions qui lui sont soumises de façon objective et impartiale. Si cette approche présente un intérêt indéniable, il n'en reste pas moins que le raisonnement du juge peut difficilement être réduit à un syllogisme. Comme le souligne M. Gaudemet, « un syllogisme avant de se résoudre se construit »[126]. Le juge dispose à cet égard d'une certaine liberté tant par rapport à la majeure, la règle de droit, que par rapport à la mineure, les faits. M. Normand ne dit pas autre chose lorsqu'il avance que « le syllogisme judiciaire par quoi l'on est accoutumé à caractériser la démarche intellectuelle du juge dans l'accomplissement de sa mission, ne peut avoir que valeur d'image. Encore est-ce une image dangereusement déformante de la réalité. Aussi bien l'office du juge ne s'exerce-t-il pas d'une manière mécanique. Dans le syllogisme, les prémisses supposent toujours un jugement de valeur, il s'y glisse une irréductible part d'appréciation personnelle, et c'est par le truchement de cette appréciation que le juge assume son double rôle créateur, à l'égard du fait et à l'égard du droit »[127]. La logique formelle qui se traduit par le syllogisme déductif élude la question du pouvoir du juge et dans le même temps offre au droit le label de vérité scientifique. Cette conception est critiquable à plusieurs égards. Elle ne retient en effet qu'une seule dimension

---

[125] G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », préc., p. 1295.
[126] Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1018.
[127] J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, p. 16.

de la logique alors que cette discipline ne se réduit pas à la logique formelle. La logique floue ou *fuzzy logic*[128]est une extension de la logique classique. Mme Delmas-Marty a souligné l'intérêt de cette approche. Pour cet auteur, ces « divers travaux scientifiques montrent, y compris dans le domaine des sciences de l'ingénieur, que la logique dans ses nouvelles formes, réussit à s'accommoder de l'incertitude, de l'imprécision, et même d'un certain désordre. Non seulement les 'nouvelles logiques' comme la logique des ensembles flous ou celle des ensembles empiriques, s'en accommodent, mais elles se révèlent parfois plus performantes que la logique classique parce que plus souples, donc plus adaptables à la réalité, du moins quand celle-ci atteint un certain degré de complexité »[129]. La logique formelle est donc trop réductrice car elle ne permet pas d'appréhender la complexité. Or, cette dernière est une donnée inéluctable du raisonnement du juge : les faits auxquels il doit appliquer la règle sont, la plupart du temps, complexes et nécessitent une appréciation que la logique formelle ne permet pas de mener. Par ailleurs, divers travaux ont mis en évidence les limites de la logique formelle et du syllogisme en droit notamment par rapport au raisonnement du juge. Pour Perelman, la logique ne peut être réduite à la seule logique formelle. La logique telle qu'il l'envisage comprend la logique formelle et la rhétorique, en ce sens le raisonnement comprend nécessairement une part d'argumentation. Perelman intègre dans l'étude du raisonnement plusieurs éléments : le contexte du raisonnement, le juge et ses interlocuteurs, ou son auditoire, et la teneur des règles juridiques[130]. Dans ce cadre, « le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donnés »[131]. Le jugement doit être acceptable afin d'emporter l'adhésion de l'auditoire du juge[132]. Ainsi, le

---

[128] La première approche de la *fuzzy logic* ressort de l'article de L. A. ZADEH, « Fuzzy sets », *Information and Control*, 1965, pp. 338-353. L'auteur y explique comment la logique peut être floue. Il se fonde notamment sur des travaux de la *fuzzy physic* en matière de physique quantique.

[129] M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *Dalloz*, 1995, pp. 1-4, sp. p 4.

[130] C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984 ; C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984 ; C. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965 ; C. PERELMAN (dir.), *Droit et logique. Les lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1967.

[131] C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1979, p. 135.

[132] L'auditoire peut être composé des personnes que le juge cherche à convaincre par son argumentation. Il est composé des parties, de la communauté des juristes, voire du corps social dans son intégralité, il est alors

raisonnement doit être fondé sur des prémisses acceptables par l'auditoire et le raisonnement comporte une dimension argumentative. La rhétorique s'invite alors dans le raisonnement puisque la nécessité d'argumenter afin de convaincre l'auditoire implique que le juge ait recours à diverses techniques argumentatives. Dans la lignée de Perelman, M. Salmon a montré que le raisonnement du juge international n'est pas empreint de logique formelle[133]. Suivant les différentes étapes du syllogisme judiciaire, il met en évidence les relations entre le fait, le droit, la texture des règles juridiques et les valeurs dans le raisonnement du juge[134]. Il ressort de ces travaux que le raisonnement du juge, même s'il est exprimé au travers du syllogisme judiciaire, ne peut être analysé uniquement au regard de la logique formelle. Celle-ci se révèle insuffisante pour appréhender la complexité du raisonnement du juge[135]. Toutefois, reconnaître les limites de la logique formelle et du syllogisme ne revient pas à constater que le raisonnement du juge est mené en fonction de ses préférences subjectives ou à considérer que ce dernier est arbitraire.

19. Il ressort de cette confrontation entre les différentes acceptions du raisonnement que le raisonnement du juge est appréhendé de multiples façons. Il est tantôt soumis à la loi, tantôt ignorant de celle-ci, il relève de la logique floue ou encore d'une logique de l'argumentation. Afin d'étudier le raisonnement du juge, il semble donc peu fructueux, voire peut-être dangereux, d'adopter une posture uniquement déductiviste en confrontant entre elles des hypothèses abstraites pour y intégrer des morceaux choisis de jurisprudence. A l'inverse, la démarche menée dans cette étude emprunte pour partie à la posture inductiviste enrichie par une démarche comparative. Elle se fonde en premier lieu sur l'analyse de la jurisprudence. De cette analyse, qui a pour point de départ la réalité des litiges présentés au juge plutôt qu'un cadre théorique prédéfini, découle la possibilité d'une systématisation de la façon dont le juge

---

universel V. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1983.

[133] J. A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, pp. 257-414.

[134] Pour une analyse mettant en cause la logique formelle appliquée au juge constitutionnel V. M. TROPER « La motivation des décisions constitutionnelles », in *La motivation des décisions de justice*, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 287-302.

[135] A cet égard, M. Dumon souligne que « le raisonnement juridique n'est pas le raisonnement de logique formelle et de pure logique mathématique, quoique la rigueur du raisonnement mathématique s'impose souvent », F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, O.P.O.C.E., 1976, p III-50 et s., sp. p. III-52. Sur ce fondement, il est possible de discuter la place de la logique formelle

raisonne plutôt que la défense de l'une ou l'autre hypothèse quant à la « nature du raisonnement ».

20. Dans le cadre de cette étude, plusieurs éléments sont accessibles : les règles juridiques de l'Union et de l'OMC, les demandes adressées au juge européen et au juge de l'OMC et enfin les décisions de ces derniers. Sur ce fondement, le raisonnement du juge peut être comparé à une boîte boire. Cette notion décrit un système pour lequel l'observateur connaît ce qui entre dans la boîte et ce en qui sort, mais ignore ce qu'il se passe à l'intérieur de la boîte et donc comment s'opère la transformation[136]. La boîte noire est traditionnellement opposée à la boîte blanche qui est un système ouvert dont on peut voir le fonctionnement interne[137]. L'observateur de la jurisprudence sait ce qui entre dans la boîte noire, les prétentions des parties fondées sur des éléments factuels et juridiques, il connaît également ce qui sort de la boîte noire, le jugement. En revanche, le raisonnement du juge, c'est-à-dire le procédé par lequel le juge tranche le litige qui lui est soumis, lui est inaccessible. Or, il est possible à partir de l'analyse du droit et de la jurisprudence de proposer un éclairage de la boîte noire c'est-à-dire de mettre en exergue les raisonnements du juge de l'Union et du juge de l'OMC. Une précision méthodologique doit cependant être apportée. L'approche menée ne peut consister en une analyse sociologique, psychologique ou anthropologique du juge. Ces études existent, et si elles éclairent certains aspects de la juridiction, leur apport juridique est limité[138]. Ainsi, même s'il y a une part de « mystère »[139] dans le raisonnement et si on peut se demander « par

---

dans le raisonnement du juge sans nécessairement remettre en cause la rigueur du raisonnement mené.

[136] V. sur ce point la définition suivante « The terms 'black box' and 'white box' are convenient and figurative expressions of not very well determined usage. I shall understand by a black box a piece of apparatus, such as four-terminal networks with two input and two output terminals, which performs a definite operation on the present and past of the input potential, but for which we do not necessarily have any information of the structure by which this operation is performed. On the other hand, a white box will be similar network in which we have built in the relation between input and output potentials in accordance with a definite structural plan for securing a previously determined input-output relation », N. WIENER, *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*, New York, Wiley, 1948, Préface p. xi note 1.

[137] Un vélo est par exemple une boîte blanche.

[138] A. COHEN, « Sous la robe du juge. Le recrutement social de la Cour », in *La fabrique du droit européen*, P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 11-30 ; A. COHEN, « Dix personnages majestueux en longue robe amarante. La formation de la Cour de justice des Communautés européennes », *RFSP*, 2010, pp. 227- 246 ; A. VAUCHEZ, « A quoi 'tient' la Cour de justice des Communautés européennes ? Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational », *RFSP*, 2010, pp. 247-270 ; B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002 ; D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.

[139] C. JAUFFRET-SPINOSI, « Présentation », *RIDC*, 1998. pp. 755-761, sp. p. 757.

quelle alchimie, le cerveau d'un homme tranche-t-il entre les intérêts opposés des parties »[140], les explications psychologiques[141] ou économiques du raisonnement ne peuvent être étudiées ici. D'une part, elles sont inaccessibles, d'autre part, elles ne sont pas juridiques. Or, comme le met en évidence Mme Jouannet, l'acte de juger ne peut se réduire à une décision mais correspond à « l'acte de décider sur la base du droit »[142]. Dès lors, l'éclairage proposé du raisonnement doit se fonder sur une analyse et une grille de lecture juridiques, de ce fait, seule la jurisprudence du juge de l'Union européenne et du juge de l'OMC sera prise en compte[143]. L'étude du raisonnement du juge permet de mettre en évidence une grille de lecture méthodologique de la jurisprudence. Au-delà des cas d'espèce, par l'analyse du raisonnement du juge, il est possible de percevoir les lignes forces qui sous-tendent la jurisprudence et son évolution. De plus, l'étude du raisonnement offre de mieux comprendre le rôle et la place du juge dans les systèmes de l'Union et de l'OMC. A cet égard, le cadre de la comparaison, deux organisations non étatiques qui imposent à leurs Membres des obligations de nature économique, mène également à mettre en exergue l'influence de ces règles sur le raisonnement du juge. La comparaison des raisonnements du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce vise à répondre à une première question. Ces juges raisonnent-ils de façon comparable ? La réponse à cette question, qu'elle soit positive ou négative, est riche d'enseignements. En effet, la démarche comparative permet dans la première hypothèse de rechercher les facteurs qui expliquent la comparatibilité des raisonnements. Dans la seconde hypothèse, elle implique au contraire d'identifier pourquoi le juge européen et le juge multilatéral raisonnent différemment. Enfin, l'analyse comparative permet une réflexion sur le raisonnement juridictionnel et ses spécificités.

---

[140] *Ibidem*.

[141] Sur les aspects psychologiques, des recherches ont pu montrer que le juge était soumis à des biais connus, notamment l'effet d'ancrage. Certains auteurs ont demandé à des juges expérimentés de prononcer une sentence sur un dossier fictif après avoir lancé un dé. Il en ressort une corrélation forte entre le nombre de mois de prison requis et le résultat du dé, V. B. ENGLICH, T. MUSSWEILER, F. STRACK, Playing dice with criminal sentences : The influence of irrelevant anchors on experts judicial decision making », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2006, pp. 188-200.

[142] E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2008, pp. 251-285, sp. p. 265.

[143] Sur cette démarche V. M. Corten : « Il ne sera pas question de tenter de sonder la 'véritable' motivation du juge qu'elle relève de la psychologie, de sa détermination sociale ou de ses positions philosophiques. Seul le texte de la décision sera considéré comme un produit susceptible d'être traité scientifiquement », O. CORTEN, *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 20.

21. Conduite à partir d'une analyse sans *a priori* de la jurisprudence, l'étude menée fait ressortir des similitudes fortes entre le raisonnement du juge européen et celui du juge de l'OMC. Ce premier constat implique nécessairement un questionnement sur les motifs transversaux du raisonnement de ces juges. L'analyse met tout d'abord en exergue les déterminants des raisonnements du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce. En ce sens, le raisonnement du juge ne peut être envisagé en dehors du système juridique et normatif dans lequel il évolue. Ce système renferme en effet des facteurs propres à influencer le raisonnement du juge. La comparaison montre que ces facteurs se retrouvent tant au sein de l'Union européenne qu'au sein de l'OMC et qu'ils conduisent les juges à raisonner de la même façon. Ces déterminants du raisonnement sont tout d'abord liés à la fonction attribuée au juge et aux caractéristiques des systèmes juridiques européen et de l'OMC. Par ailleurs, les caractéristiques et la texture du droit au sein de ces organisations constituent d'autres déterminants du raisonnement des juges (partie I).

22. En second lieu, l'analyse met en évidence les finalités du raisonnement des juges étudiés. En effet, le juge de l'Union européenne et le juge de l'OMC usent du raisonnement comme d'un outil au service d'une fin. Dès lors, il peut être intéressant de s'interroger sur l'éventuelle similarité de cette fin. Sur ce point, il apparaît que les deux juges partagent certains objectifs. Ces objectifs comparables donnent lieu à des raisonnements similaires. Il apparaît tout d'abord que le raisonnement est l'instrument par lequel le juge de l'Organisation mondiale du commerce et le juge de l'Union européenne participent à la réalisation des objectifs de ces organisations. Le raisonnement de ces juges constitue également un outil au service de l'acceptabilité de leurs décisions et de leurs jurisprudences (partie II)

Partie I Les déterminants du raisonnement

23. Afin de comprendre le raisonnement du juge, il est nécessaire de mettre en exergue les paramètres susceptibles de l'influencer. Naturellement, le juge raisonne afin de trancher le litige qui lui est soumis. A ce titre, il ne peut faire fi des prétentions des parties, du droit qu'elles invoquent ou encore des élements factuels. Nonobstant l'importance de ces éléments, ils ne permettent pas, à eux seuls, de comprendre le raisonnement du juge. Il apparaît en effet que l'analyse du raisonnement suppose tout d'abord de mettre en évidence les éléments qui déterminent le raisonnement, c'est-à-dire les éléments qui mènent le juge à développer certains modes de raisonnement. L'analyse des raisonnements du juge européen et du juge de l'OMC montre sur le point que le raisonnement est soumis à deux déterminants distincts. En premier lieu, les juges raisonnement en fonction d'un déterminant systèmique. A ce titre, l'analyse des caractéristiques des systèmes juridiques est indispensable à l'appréhension des raisonnements des juges (Titre I). En second lieu, le raisonnement est mené au regard d'un déterminant normatif. Il apparaît que les règles juridiques de l'Union européenne et de l'OMC présentent des caractéristiques analogues. L'analyse de leur texture et leur nature montre qu'elles influencent le raisonnement des juges (Titre II).

Titre I Les déterminants systémiques du raisonnement

24. L'étude du raisonnement du juge implique de s'intéresser au système juridique au sein duquel le juge évolue. En effet, les systèmes juridiques présentent des caractéristiques propres qui constituent le cadre premier d'exercice de la fonction juridictionnelle. Or, ce cadre définit en partie le raisonnement du juge. D'une part, le système juridique définit le rôle et la fonction du juge au sein du système juridique. L'analyse de ces éléments est indispensable à l'étude et à la compréhension du raisonnement du juge de l'Union et du juge de l'OMC. En effet, elle permet de mettre en lumière les éléments fonctionnels qui déterminent leur raisonnement (Chapitre I). D'autre part, l'analyse du raisonnement ne peut être complètement détachée des caractéristiques matérielles des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce. A cet égard, il apparaît que ces systèmes présentent des caractéristiques matérielles communes, des incohérences et des lacunes, à même de déterminer le raisonnement du juge (Chapitre II).

Chapitre I Les déterminants fonctionnels

25. Au-delà de la fonction inhérente à sa nature, trancher les litiges, la mission qui est explicitement attribuée au juge dans le Traité, norme l'habilitant à agir, influe nécessairement sur sa façon de raisonner. Comme l'a montré M. Simon « la marge d'appréciation du juge dans le choix de ses méthodes d'interprétation dépend dans une large mesure de son statut au sein du système juridique dont il est chargé d'assurer la régulation. L'étendue de la compétence contentieuse, les conditions de la saisine, la structure des recours, l'organisation de la procédure, l'autorité des décisions constituent autant d'éléments qui conditionnent directement la 'liberté d'allure' de l'interprète. Le choix d'une orientation libérale ou restrictive dans la manipulation des instruments interprétatifs dépend en grande partie de 'l'autorité' dont le juge est investi, de la 'légitimité' qui lui est reconnue, c'est-à-dire finalement du poids politique dont dispose l'instance juridictionnelle au sein du système »[144]. Ce constat peut être étendu au raisonnement qui englobe l'interprétation mais ne s'épuise pas dans celle-ci. Concernant le juge européen et le juge de l'OMC, il apparaît que leur raisonnement est déterminé d'un point de vue institutionnel et fonctionnel. L'effectivité de la juridiction suppose le respect de ses décisions, or celui-ci s'impose du fait de la conjonction de deux éléments : la sanction du non-respect de la règle et la légitimité[145]. Dès lors il est nécessaire d'analyser et de comprendre si le juge peut imposer sa décision, quelles sont sa légitimité et son autorité. Si le concept de légitimité est difficile à saisir[146] et son évaluation plus subjective qu'objective[147], il est aisé de considérer que la légitimité du juge international ne peut être historique mais dépend d'autres éléments. Ainsi, et sans épuiser la notion, la légitimité serait fonction de « l'impartialité, la prise de décision de principe, la prise de

---

[144] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, pp. 494-495.

[145] J. HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 83.

[146] La légitimité peut se définir comme la « conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution ». G. CORNU, « Légitimité », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 532. Sur la relation entre le droit et la notion de légitimité V. L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2011.

[147] L. R. HELFER, A.- M. SLAUGHTER, « Toward a theory of effective supranational adjudication », *Yale Law Journal,* 1997, pp. 273-391, sp. p. 284.

décision raisonnée, la continuité dans le temps de la compositions des courts, la cohérence des décisions dans le temps, le respect du rôle des instances politiques, les dispositions permettant aux parties d'être pleinement entendues »[148]. Ces éléments mettent en évidence un aspect formel, l'indépendance et l'impartialité, mais également un aspect matériel à savoir la jurisprudence en elle-même. Dès lors, la légitimité du juge repose également sur la façon dont il s'acquitte de la mission qui lui est attribuée. S'il est difficile d'analyser la légitimité matérielle de la jurisprudence, il est en revanche plus aisé d'appréhender l'autorité des juges. Entendue comme « la compétence legale d'agir sur les autres et d'influencer leur liberté, c'est-à-dire de conditionner leur situation juridique et factuelle »[149], l'autorité du juge est intimement liée à la fonction qui lui est attribuée ainsi qu'à son assise institutionnelle. En conséquennce, l'autorité fonctionnelle du juge de l'Union européenne et du juge de l'OMC (Section I) ainsi que leurs autorités institutionnelles respectives[150] (Section II) doivent être analysées.

Section I Exigence d'autorité fonctionnelle

26. L'autorité du juge est tout d'abord intrinsèquement liée à la fonction qui lui est attribuée par le Traité. Au-delà de la fonction juridictionnelle confiée au juge, le droit de l'Union et le droit de l'OMC envisagent différemment le rôle du juge dans ces organisations. A ce titre, les autorités fonctionnelles du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce sont différenciées (§1er). En revanche, ces deux ordres juridiques garantissent la légitimité fonctionnelle des juges en protégeant les fonctions qui leur sont attribuées (§2nd).

---

[148] *Ibidem*, notre traduction « impartiality ; principled decisionmaking ; reasoned decisionmaking ; continuity of court composition over time ; consistency of judicial decisions over time ; respect for the role of political institutions at the federal, state, and local levels ; and provision of a meaningful opportunity for litigants to be heard ».

[149] A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, « In Whose Name ? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification », *EJIL*, 2012, pp. 7-41, sp. p. 18, notre traduction « We understand authority as the legal capacity to determine others and to influence their freedom, i.e., to shape their legal or factual situation ».

[150] Dans la lignée des éléments de l'introduction relatifs à la fonction exercée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel et à la nature du système multilatéral de règlement des différends, ce chapitre intègre divers éléments propres à montrer le caractère juridictionnel ou quasi juridictionnel du système multilatéral. Sur ce point, il peut être intéressant de rappeler les critères au regard desquels la Cour de justice appréhende la notion de juridiction dans le cadre du renvoi préjudiciel : l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application des règles de droit et son indépendance. V. CJCE, 17 septembre 1997, aff. C-54/96, Dorsch consult, Rec. p. 4961, *Europe*

Paragraphe I Une autorité fonctionnelle différente

27. La Cour, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel se voient attribuer dans les Traités l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Leur office réside alors « avant toute autre fonction, dans 'la juridiction' qui consiste à déterminer la solution de droit applicable au litige qu'il [leur] est demandé de trancher »[151]. Toutefois, cette définition n'épuise pas la conception de la fonction du juge européen et du juge multilatéral. En effet, au-delà de cette mission première leurs fonctions respectives sont définies différemment dans les traités. Dans ce cadre, les fonctions attribuées au juge dans l'Union et dans l'OMC reflètent le rôle et l'importance du droit au sein de ces organisations. Au sein de l'Union, le droit est le vecteur principal de l'intégration économique de sorte que l'autorité fonctionnelle de la Cour est présumée dans les Traités (A). Dans l'OMC, la dialectique entre le droit et la diplomatie n'a pas complétement disparu[152], en conséquence, l'autorité fonctionnelle du juge de cette organisation est soumise à l'épreuve de la pratique (B).

A L'autorité fonctionnelle présumée du juge européen

28. La Cour de justice a été conçue par les Pères fondateurs comme le véritable juge européen, la généralité de la mission qui lui est attribuée (1) combinée à ses attributions nombreuses et hétéroclites la placent au centre du processus d'intégration européenne[153] (2).

1 Une fonction définie largement

29. La conception du rôle du juge dans l'Union européenne reflète depuis les premiers Traités le rôle du droit dans cette entreprise. L'intégration européenne est depuis son origine

---

1997, comm. 335 et 343, obs. A. RIGAUX, D. SIMON ; R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », préc.

[151] J.-L. BERGEL, « Introduction générale », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 12-25, sp. p. 17.

[152] Sur ce point, M. Renouf souligne que « le droit est un mal nécessaire dans le système OMC » et que la pratique héritée du GATT s'est maintenue en dépit de l'avènement de cette organisation. V. Y. RENOUF, « Commentaire », in H. *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2010, pp. 215-224, sp. p. 215.

[153] Sur la spécificité de la mission attribuée à la Cour de justice V. D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 447-468, sp. p. 456 ; R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 ; P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 164 CEE », in *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, V. CONSTANTINESCO,

marquée du sceau du droit[154]. M. Pescatore souligne ainsi que « le droit, en un mot, est actif au milieu du système communautaire avec toutes les ressources et les virtualités que seule la maîtrise de l'art juridique permet de reconnaître et de mettre en valeur »[155]. L'aboutissement du projet européen nécessite non seulement l'édiction mais également le respect de règles de droit communes. Dans cette perspective, l'intégration européenne s'accompagne naturellement de la création d'un juge chargé de veiller au respect des règles communes[156]. De surcroît, le juge est *a priori* moins soumis que les institutions communes aux influences, notamment politiques, des Etats Membres, ainsi, qu'à leurs éventuelles volontés de remise en cause de l'intégration. Sur ce fondement, il a pu être souligné que « la percée décisive du droit s'est faite à la faveur de l'institution d'un organe juridictionnel, la Cour de justice »[157]. Dans le même sens, un Ministre français a mis en évidence le rôle du droit dans la construction européenne et de façon corrélative l'importance du juge affirmant qu'il existe « un vrai pouvoir supranational en Europe : celui des juges »[158].

30. La conception du juge et la mission qui lui est attribuée reflètent assez fidèlement la philosophie et la méthode de l'intégration européenne et inscrivent pleinement le juge dans le projet européen. Ainsi, selon le Traité « la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité »[159]. Cette disposition reconnaît à la Cour un rôle premier en matière d'application et d'interprétation du droit de l'Union. Elle est certainement l'interprète, sinon authentique[160,] au moins privilégié du droit de l'Union. Cette fonction largement conçue fonde la compétence de la Cour pour interpréter le droit mais

---

J.-P. JACQUE, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), Paris, Economica, 1992, p. 941.

[154] T. M. J. MÖLLERS, « The Role of Law in European Integration », *AJCL*, 2000, pp. 679-711 ; K. A. ARMSTRONG, « Legal integration : theorizing the legal dimension of European integration », *Journal of common market studies*, 1998, pp.155-174.

[155] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *RIDC*, 1974. pp. 5-19, sp. p. 6.

[156] Comme le fait remarquer M. Rideau « l'intégration économique, voulue par les auteurs des traités européens, ne pouvait être conçue sans un juge véritable contribuant de manière décisive à la cohésion de l'ensemble juridique communautaire », J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 264.

[157] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., sp. p. 6.

[158] A. CHALANDON, « Le droit moteur de l'Europe », Revue administrative, 1986, pp. 427-430, sp. p. 427.

[159] V. l'article 19 TFUE (ex art. 220 TCE et ex art. 164CEE).

[160] Selon Kelsen, l'interprétation dite authentique est l'interprétation dont les effets de droit sont reconnus et sanctionnés au sein de l'ordre juridique. En droit international public, la CPIJ a précisé que « suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer », CPIJ, Avis consultatif, 6 décembre 1923, Affaire de Jaworzina, V. S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974.

également pour l'imposer tant aux Etat Membres qu'aux institutions. De même, elle fonde la compétence de la Cour pour « découvrir » le droit notamment à travers les principes généraux du droit, pour combler les lacunes du droit ou pour interpréter « le droit en vue de son développement »[161]. Cela se vérifie au regard de l'article 340 TFUE qui ne détermine pas le régime de responsabilité non contractuelle de l'Union et charge explicitement la Cour de le faire au moyen de la méthode comparative. Par ailleurs, la Cour est une institution de l'Union, or, l'article 7 TCE disposait que les institutions doivent participer à « la réalisation des tâches confiées à la Communauté »[162]. Le juge de l'Union a donc été envisagé comme une institution à part entière de cette organisation et chargé d'une fonction spéciale à cet effet. La fonction de la Cour trouve son juste prolongement dans la variété des contentieux dont elle a à connaître.

2 Une fonction conçue globalement

31. La fonction de la Cour a, dès les premiers Traités, été conçue globalement par les auteurs des Traités originaires. Comme le montre Pescatore « loin de concevoir la Cour selon le modèle des juridictions internationales, les auteurs du Traité de Paris ont ouvert son prétoire aux institutions communes comme aux particuliers, ce qui donne lieu à des constellations contentieuses dont personne, probablement, n'avait à l'époque mesuré le potentiel »[163]. La particularité de la fonction du juge européen est double. D'une part, les Traités lui attribuent compétence pour trancher des contentieux nombreux et divers. D'autre part, ces fonctions nombreuses ne sont que peu encadrées par les Traités et le juge européen dispose dans ce cadre d'une véritable marge de manœuvre.

32. Le système contentieux de l'Union a été conçu de façon globale et systématique[164]. En effet, les Traités attribuent au juge européen des compétences contentieuses, consultatives et préjudicielles. Le juge européen est compétent pour connaître de contentieux relatifs au fonctionnement interne de l'Union par le recours en annulation[165], le recours en carence[166] ou

---

[161] H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, O.P.O.C.E., 1976, pp. I-4-I-53, sp. p. I-11.
[162] Cette disposition a été supprimée par le Traité de Lisbonne.
[163] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., sp. p. 6.
[164] I. KVESKO, « Is there Anything Left Outside the Reach of the European Court of Justice ? », *LIEI*, 2006, pp. 405-422.
[165] V. l'article 263 TFUE.
[166] V. l'article 265 TFUE.

le renvoi préjudiciel[167] ; au respect par les Membres de leurs obligations européennes par le recours en constatation de manquement[168] ; aux relations entre l'ordre juridique européen et certains traités par la compétence consultative de la Cour[169]. Ainsi la Cour peut être qualifiée de juridiction administrative[170], de juge international, de juge constitutionnel[171], ou de juge exerçant une fonction régulatrice[172]. Ces divers qualificatifs ne constituent en réalité qu'un aspect des fonctions de la Cour. Ainsi, la Cour ou le Tribunal sont compétents pour les litiges « administratifs », relatifs à la fonction publique européenne[173], aux contrats des institutions européennes[174] ainsi qu'à la responsabilité extra contractuelle de l'Union[175]. La Cour est également, avec le Tribunal, le juge des actes de l'Union, ce contrôle de légalité revêtant une dimension toute particulière dès lors qu'il est lié à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats Membres. Elle exerce par ailleurs des fonctions consultatives, dans ce cadre elle peut être saisie de manière facultative pour déterminer la compatibilité d'un accord externe avec les Traités et statuer sur la compétence pour conclure l'accord[176]. Cette fonction n'est pas sans rappeler celle dont disposent certaines juridictions constitutionnelles[177] et constitue un levier de protection de l'ordre juridique européen ainsi qu'une des manifestations de la dimension constitutionnelle de la fonction de la Cour qui délimite dans ce cadre la répartition des compétences entre l'Union et les Etats Membres[178]. Enfin, le Traité instaure deux voies de recours spécifiques qui impriment au contentieux européen et à la Cour un rôle

---

[167] V. l'article 267 TFUE.
[168] V. les articles 258, 259 et 260 TFUE.
[169] V. l'article 218§ 11 TFUE.
[170] P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 164 CEE », préc., p. 941.
[171] Sur ce point, il faut souligner que la dimension constitutionnelle de la compétence du juge européen ne correspondait pas originairement à la fonction constitutionnelle du juge dont la mission est de protéger les droits fondamentaux, V. L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », préc. Quant à son rôle en matière d'équilibre institutionnel, il se matérialise surtout à travers le recours en annulation et le contentieux de la base juridique. Enfin, le juge européen a affirmé son rôle constitutionnel à travers les contentieux soulevant le problème de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats Membres.
[172] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 458 ; A. DE LAUBADERE, « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1964, pp. 527-602.
[173] V. l'article 270 TFUE.
[174] V. l'article 272 TFUE.
[175] V. l'article 340 TFUE.
[176] V. l'article 218§ 11 TFUE. Sur la fonction consultative des juridictions internationales V. M.-C. RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales. Reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, Paris, LGDJ, 2010.
[177] V. l'article 54 de la Constitution française ou l'article 95§ 2 de la constitution espagnole.
[178] R. KOVAR, « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne », in *Mélanges Paul Reuter. Le droit*

particulier. Ainsi, la Cour peut être saisie afin de déterminer si un Etat a manqué à ses obligations en vertu du Traité[179]. La Cour a très vite souligné que le recours en manquement dépasse « de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États »[180]. Cette assertion repose sur deux éléments principaux. En premier lieu, le recours en manquement est un recours objectif détaché du concept de faute, il se distingue également du principe de responsabilité internationale puisqu'il échappe au principe de réciprocité[181]. En second lieu, les règles encadrant l'initiative du recours en manquement sont originales. En effet, le droit d'initier un recours en manquement appartient non seulement aux Etats Membres de l'Union mais également à la Commission. La première hypothèse correspond à un contentieux assez classique en droit international mais en pratique les Etats sont très rarement à l'initiative de ces recours[182]. Cette défaillance ne mène pas, loin s'en faut, à la désuétude de ce contentieux. En effet, la Commission peut également être à l'origine des recours en manquement dans ce cadre de son rôle de « gardienne des traités »[183]. Originalité de l'intégration européenne, le recours en manquement atteste de l'importance du droit et de son respect dans l'entreprise européenne. Il constitue en effet un moyen de garantir l'effectivité des règles communes. La préférence pour le droit au sein de l'Union se matérialise également par le mécanisme du renvoi préjudiciel. Ce dernier est fondamental car en instaurant un mécanisme de coopération entre le juge national et le juge européen il assure l'uniformité d'interprétation et d'application du droit commun sous « l'autorité » de la Cour. « Que les juridictions nationales ignorent le droit communautaire, qu'elles le déforment, en l'appliquant de façon différente, et la construction juridique communautaire s'écroulera »[184], si ce constat peut de prime abord sembler exagéré, il est nécessaire de rappeler que l'intégration européenne est avant tout économique. En conséquence, l'uniformité d'interprétation et d'application du droit de l'Union ne constitue

---

international : unité et diversité, Paris, Pédone, 1981, pp. 357-377.

[179] V. les articles 258, 259 et 260 TFUE.

[180] CJCE, 15 juillet 1960, Italie c/ Haute Autorité, aff. 20/59, Rec. p. 663.

[181] CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729 ; CJCE, 14 février 1984, Commission c/ Allemagne, aff. 325/82, Rec. p. 777 ; CJCE, 26 février 1976, Commission c/ Italie, aff. 52/75, Rec. p. 277 ; CJCE, 9 juillet 1991, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-146/89, Rec. p. 3533.

[182] V. cependant CJCE, 4 octobre 1979, France c/ Royaume-Uni, aff. 141/78, Rec. p. 2923 ; CJCE, 16 mai 2000, Belgique c/ Espagne, aff. C-388/95, Rec. p. I-3123 ; CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c/ Royaume-Uni, aff. C-145/04, Rec. p. I-7977 ; CJUE, 16 octobre 2012, Hongrie c/ Slovaquie, aff. C-364/10.

[183] V. l'article 17 TUE (cette disposition issue du Traité de Lisbonne reprend en substance les articles 211 CE et 155 CEE).

[184] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes »,

pas une simple exigence juridique mais une véritable nécessité économique. En effet, elle offre de remédier aux distorsions de concurrence et permet l'égalité de traitement des opérateurs économiques afin d'unifier les marchés nationaux. Face à l'impossibilité d'imposer une hiérarchie entre le juge européen et les juges nationaux, le renvoi préjudiciel permet au contraire d'instaurer un mécanisme de coopération de « juge à juge »[185] qui garantit cette uniformité. Par ailleurs, cette procédure constitue un double levier d'intégration. Da façon directe, comme le souligne Kutscher « elle contribue à 'l'intégration' des jurisprudences des Etats Membres et de la Communauté ainsi que de leurs ordres juridiques »[186]. De façon indirecte, l'interprétation du droit de l'Union mène souvent la Cour à se prononcer sur la compatibilité de législations nationales avec le droit de l'Union[187]. En raison de l'ensemble de ces attributions, la Cour dispose d'un réel monopole d'interprétation du droit de l'Union. Celui-ci se révèle fondamental dans la construction de l'intégration européenne. En effet, il permet de résorber les germes d'incohérence et les éventuelles atteintes au marché intérieur pilier de la construction économique européenne. La Cour veille d'ailleurs tout particulièrement à la protection de ce monopole en attestent certains de ses avis[188]. Dans l'avis 1/91, elle a déclaré que l'accord sur l'Espace économique européen était incompatible avec le Traité car « en conditionnant l'interprétation future des règles communautaires en matière de libre circulation et de concurrence, le mécanisme juridictionnel prévu par l'accord porte atteinte à l'article 164 du traité CEE [devenu l'article 19 TFUE] et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté »[189].

33. Enfin, la fonction de la Cour est peu encadrée. Ainsi, son pouvoir d'interprétation est, d'un point de vue méthodologique, libre. En effet, les Traités confèrent à la Cour la

---

préc., p. 270.

[185] J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, p. 14.

[186] H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », préc., p. I-14.

[187] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 270 et 271, cet auteur relève que même si « la Cour se refuse, dans la procédure préjudicielle, à confronter le droit communautaire et le droit national », les liens entre le fait et le droit rendent la distinction entre l'interprétation et l'application trop ténue pour que le juge puisse réellement respecter cette dichotomie. Il faut également souligner que les juridictions nationales formulent souvent leurs questions préjudicielles en invitant la Cour à se prononcer sur un rapport de compatibilité entre le droit national et le droit de l'Union.

[188] V. CJCE, 14 décembre 1991, Avis 1/91, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen Rec. p. I-06079 ; CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, Projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, Rec. p. I-01137.

[189] CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, pt. 3.

compétence pour interpréter le droit de l'Union mais ils ne contiennent aucune prescription quant aux méthodes d'interprétation auxquelles le juge européen devrait avoir recours. De même, en dehors de l'article 33 CECA[190], les Traités ne renferment aucune prescription relative à l'intensité du contrôle opéré par la Cour tant sur les comportements nationaux que sur les actes européens. Son pouvoir de contrôle n'est donc pas déterminé, Pescatore note à cet égard que « dans le cadre de la 'communauté de droit' que constitue la Communauté européenne, et du système de séparation des pouvoirs qui la caractérise, la solution du problème de la justiciabilité relève du seul pouvoir judiciaire. La Cour, saisie dans le cadre des diverses voies de droit ouvertes par le Traité, détermine elle-même l'étendue et les limites de sa compétence. Il apparaît donc vain de vouloir lui tracer *a priori* des frontières théoriques »[191].

34. Le rôle du juge européen dans le phénomène d'intégration européenne est en premier lieu la conséquence de la fonction qui lui est attribuée par les Traités, de l'importance, quantitative et qualitative, de ses attributions et du faible encadrement de cette fonction par les Traités. Ces éléments impriment à la juridiction son caractère pivot dans la construction européenne. La fonction attribuée au juge et les pouvoirs qui lui sont conférés constituent le premier élément éclairant le raisonnement du juge. Le dynamisme du juge européen est tout d'abord la conséquence de ses pouvoirs « si différents de ceux des cours internationales classiques »[192]. Il résulte également de la conjugaison de ces pouvoirs avec les caractéristiques et les objectifs des Traités qui « dès le moment où ils écartaient toute notion d'arbitrage et chargeaient un juge d'assurer le respect du droit qu'ils instituaient, ce juge ne pouvait ignorer les fins mêmes de ce droit »[193]. Au contraire, la fonction attribuée aux

---

[190] V. l'article 33 du Traité CECA « l'examen de la Cour ne peut porter sur l'appréciation de la situation découlant des faits et circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues les décisions ou recommandations attaquées, sauf s'il est fait grief à la Commission d'avoir commis un détournement de pouvoir ou d'avoir méconnu de manière patente les dispositions du traité ou de toute règle de droit relative à son application ». A propos de cette disposition, il a pu être souligné que « c'est là une règle évidente qu'il n'a d'ailleurs pas été jugé nécessaire de reprendre dans les traités de Rome. D'ailleurs, la Cour de justice applique cette règle évidente lorsqu'elle a à statuer dans le cadre du traité ayant institué la Communauté économique européenne » F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-36.

[191] P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 164 CEE », préc., p. 969.

[192] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 209.

[193] R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, Genève, Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, Coll. de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1970, p. 64.

Groupes spéciaux ou à l'Organe d'appel dénote d'une certaine ambiguïté dans la conception du mécanisme.

B Une autorité fonctionnelle à l'épreuve de la pratique dans l'OMC

35. Les considérations qui ont présidé à la conception du mécanisme de règlement des différends ne sont pas les mêmes que celles qui ont dicté la mission de la Cour. Ainsi, la fonction du mécanisme telle qu'elle ressort du MARD et celle assignée aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel ne sont pas dénuées d'ambiguïté (1). Par ailleurs, l'analyse des dispositions du mémorandum d'accord sur le règlement des différends montre que la fonction des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est modérément encadrée (2).

1 Une fonction ambiguë

36. La lecture des dispositions du MARD surprend à deux égard. D'une part, la finalité du règlement des différends telle qu'elle transparaît de certaines dispositions de cet accord soulève quelques difficultés. D'autre part, des dispositions relatives à la fonction des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel pourraient laisser subsister plusieurs ambiguïtés sur ce point.

37. Le système de règlement des différends tel qu'issu du cycle d'Uruguay fait montre, à l'instar du GATT de 1947, d'une certaine ambivalence[194]. Comme le souligne Mme Van Damme celle-ci résulte en partie de l'attitude des négociateurs qui souhaitaient renforcer le mécanisme de règlement des différends sans nécessairement résoudre la question de la nature du système[195]. Cette ambiguïté originaire se matérialise à travers certaines dispositions du MARD. En premier lieu, l'article 3.7 du mémorandum dispose que le but du mécanisme est « d'arriver à une solution positive des différends », à cette fin, « une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable ». Deux remarques peuvent être formulées quant à cette disposition. D'une part, la notion de

[194] D. MCRAE, « What is the Future of WTO Dispute Settlement ? », préc., p. 7.

[195] I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc., p. 643, pour cet auteur, ces ambiguïtés résultent de l'objectif assez peu défini des négociateurs « Compared to that of other courts and tribunals, the function of the Appellate Body was not neatly defined at its inception. The DSU created a dispute settlement system without making a conscious decision to refer third party resolution of disputes between WTO members to a judicial body. In many respects, establishing a body responsible for reviewing panels' decisions and reasoning on issues of law was an ambitious experiment, but without the expression of a clear sense of purpose or direction of this new institution ».

solution positive d'un différend n'est pas nécessairement très claire. D'autre part, elle semble attester de la préférence des négociateurs pour les solutions négociées, mais conformes au droit de l'OMC, au détriment du règlement des différends. Ce caractère *a priori* subsidiaire du règlement des différends doit toutefois être appréhendé à la lumière de l'article 3.2 du MARD. En vertu de cette disposition, le système de règlement des différends est un « élement essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral ». Le renvoi aux notions de « sécurité » et de « prévisibilité » du système commercial doit être lu à la lumière de la nature économique du système multilatéral. En effet, la prévisibilité du droit est un élément indispensable à l'épanouissement des échanges. Par ailleurs, l'article 3.2 du mémorandum précise également que le système a pour objet de « préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés » et de « clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». Ces deux peuvent apparaître contradictoires, en effet, il n'est pas exclu que la clarification des règles engendre une remise en cause les droits et obligations des Membres. Cette disposition fait d'ailleurs l'objet d'interprétations divergentes. Pour certains, elle réflèterait la volonté des négociateurs de prévenir tout « *judicial law making* »[196] de la part des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Pour d'autres au contraire elle prouve que les négociateurs ont entendu confier aux Groupes spéciaux et l'Organe d'appel la mission de combler les lacunes des Accords et de clarifier le sens des notions ambiguës qu'ils renferment[197]. Enfin, Mme Van Damme souligne que la portée de l'article 3.2 du MARD ne doit pas être surestimée[198]. Elle relève en effet qu'il n'est pas surprenant qu'un organe judiciaire soit appelé à préserver l'intégrité et à respecter le texte des dispositions qu'il doit appliquer. Enfin, l'article 3.2 du MARD précise que « les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords

---

[196] R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., p. 250.

[197] J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », *Harvard International law journal*, 1999, pp. 333-377, sp. pp. 335-344.

[198] I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc. p. 643. Selon cet auteur, « the chorus of 'security and predictability' and 'not adding or diminishing the rights and obligations' in Article 3.2 DSU is often used to describe the unique mandate of panels and the Appellate Body. However, it is difficult to imagine that a judicial dispute settlement system would not be entrusted with the tasks of preserving the integrity and respecting the text of the treaty it is mandated to uphold and apply to the resolution of disputes. In other words, the uniqueness of Article 3.2 DSU should not be overestimated. The thrust of the provision is unquestioned, also in other contexts of international dispute settlement ».

visés »[199]. Si la fonction attribuée aux Membres des Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, consiste à trancher les litiges en application et conformément au droit, le résultat de cette application semble quant à lui très encadré. Il révèle surtout la nature économique des différends soumis à l'appréciation du juge et la recherche d'une solution équilibrée. Ainsi, la procédure vise surtout à rétablir les avantages liés au commerce et à la libéralisation des échanges, c'est en cela que le système permet « l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres »[200]. Le système aurait pour objectif fondamental, non pas de rétablir la légalité mais de réaliser « les attentes » de ses Membres. Ainsi, M. Nouvel montre que le droit de l'OMC « reconnaît une existence légale aux attentes »[201] des Membres. Cette reconnaissance, bien que non contraignante[202], indique que le système multilatéral est davantage tourné vers le jeu économique des négociations et des concessions que vers le rétablissement de la légalité. Dans cette optique, le règlement des différends vise moins à assurer la prééminence du droit qu'à garantir la libéralisation des échanges et à préserver les droits et obligations des Membres. Cette analyse est corroborée par l'existence de la plainte en situation de non-violation[203]. Lue à la lumière de cet objectif de protection des attentes ce type de plainte montre la volonté des auteurs des Accords de l'OMC « que le strict respect des normes soit parfois écarté au profit du maintien de l'assiette économique du traité »[204].

---

[199] V. également l'article 19.2 du MARD aux termes duquel « Conformément au paragraphe 2 de l'article 3, dans leurs constatations et leurs recommandations, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

[200] V. l'article 3.3 du MARD.

[201] Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'O.M.C. », *AFDI*, 2001, pp. 461-474, sp. p. 462.

[202] *Idem*, pp. 469-471, M. Nouvel montre que les « attentes » sont certes reconnues mais qu'elles ne constituent pas pour autant des intérêts juridiquement protégés.

[203] V. l'article 26 du MARD. La plainte en situation de non-violation permet à un Membre de l'OMC de saisir le mécanisme de règlement des différends s'il considère qu'un de ses avantages est compromis alors même qu'aucune norme du droit de l'OMC n'a été violée par le Membre qu'il met en cause. Sur la spécificité des plaintes en situation de non-violation, V. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, §§ 182-190 ; Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, rapport Groupe spécial du 31 mars 1998, WT/DS44/R, §§ 10.35-10.89 ; Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, rapport de l'Organe d'appel du 19 décembre 1997, WT/DS50/AB/R, §§ 36-45 ; Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, §§ 75-82. V. également F. ROESSLER, P. GAPPAH, « A Re-Appraisal of Non-Violation Complaints Under the WTO Dispute Settlement Procedures » in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1371-1388 ; C. LAROUER, « WTO Non-Violation Complaints: A Misunderstood Remedy at the Heart of the WTO Dispute Settlement System », *Netherlands international law review*, 2006, pp 97-126

[204] Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'O.M.C. », préc., p. 474.

38. La formulation des objectifs du mécanisme de règlement des différends reflète d'une part l'ambivalence du système hérité du GATT de 1947 et d'autre part le caractère économique du droit de l'OMC. Ces éléments fondent des objectifs différents et parfois contradictoires du mécanisme de règlement des différends. Par ailleurs, ils doivent être conciliés avec la fonction juridictionnelle exercée par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel. A cet égard, le raisonnement du juge constitue un véritable révélateur des objectifs privilégiés. En effet, les objectifs contradictoires du mécanisme peuvent donner lieu à des raisonnements différents selon que le juge privilégie le caractère juridique, diplomatique ou économique du système. Comme le souligne Mme Ruiz Fabri, le mémorandum d'accord laisse finalement au juge de l'OMC une certaine marge de manœuvre[205]. Les négociateurs de ce texte, en précisant ce qu'il est interdit au juge, « ont laissé dans le flou le statut de ce qui n'est pas précisé »[206] laissant au juge le soin de préciser ce qui ne l'était pas. Cela se vérifie par rapport à l'encadrement de la fonction du juge multilatéral.

2 Une fonction modérément encadrée

39. La fonction attribuée aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel fait, *a priori*, l'objet d'un encadrement rigoureux par les dispositions du mémorandum d'accord sur le règlement des différents. Néanmoins, les prescriptions de ce texte en matière d'interprétation sont contradictoires. Par ailleurs, elles se révèlent insuffisantes quant au *standard of review* ou critère d'examen devant être mis en œuvre par le juge de l'Organisation mondiale du commerce.

40. Si la fonction des Groupes spéciaux est de trancher les litiges en application du droit, cette application suppose nécessairement une interprétation de la règle. Or, l'interprétation semble soumise à deux contraintes dans le MARD. En premier lieu, l'interprète n'est pas libre de la méthode mise en œuvre à cet effet. L'article 3.2 du MARD énonce que le système de règlement des différends vise à « clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». En cela, il guide les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leur fonction d'interprétation du droit de l'OMC. Cette disposition peut être considérée comme une confirmation du principe *jura*

[205] H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 46.
[206] *Ibidem*.

novit curia. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont libres d'interpréter à condition de respecter les règles coutumières d'interprétation[207]. Cela semble être corroboré par l'Organe d'appel qui a fait référence à ce principe : « conformément au principe *jura novit curia*, les Communautés européennes n'ont pas la responsabilité de nous fournir l'interprétation juridique à donner d'une disposition particulière de la Clause »[208]. Le mémorandum d'accord encadre ainsi le processus d'interprétation. Par ailleurs, il contient également des directives relatives au résultat de l'interprétation. Les recommandations formulées par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne peuvent accroître ou diminuer les droits et obligations des Membres de l'OMC[209] et doivent être conformes au droit de l'OMC[210]. La portée de ces dispositions doit toutefois être circonscrite. Comme le montre Mme Ruiz Fabri, elles n'empêchent la *jurisdictio* au sein du règlement des différends[211] mais délimitent la marge de manœuvre dont dispose l'interprète. Cependant, la portée pratique de ces dispositions n'est pas évidente. En effet, il semble contradictoire d'accorder aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel la compétence d'interpréter le droit de l'OMC tout en tentant de réduire le rôle du juge à la « bouche de la loi ». Ces dispositions sont à mêmes de déterminer le raisonnement du juge multilatéral en ce qu'elles prédéterminent *a priori* sa démarche interprétative ainsi que le résultat de l'interprétation[212].

41. Un autre élément fondamental dans le cadre du contrôle juridictionnel est l'intensité du contrôle du juge. Celle-ci ne constitue pas une problématique spécifique au droit de l'OMC, au droit national ou au droit européen, mais représente un enjeu réel dans tous les systèmes juridiques. En effet, l'intensité du contrôle permet de déterminer la marge d'appréciation de l'auteur de la norme contrôlée ou de l'autorité qui a adopté la mesure contestée. Ainsi, l'intensité du contrôle du juge peut varier en fonction des domaines, de leur complexité ou de la marge de manœuvre laissée par le juge aux autorités. A ce titre, le critère d'examen ou *standard of review* est le second élément fonctionnel faisant l'objet de dispositions du MARD[213]. La notion de *standard of review* est issue du droit américain et

---

[207] I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc., pp. 607-608.
[208] Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, §105.
[209] V. l'article 19.2 du MARD.
[210] V. l'article 3.5 du MARD.
[211] H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., p. 918.
[212] Sur l'interprétation par le juge européen et le juge multilatéral V. Partie I, Titre II, Chapitre I.
[213] Sur le *standard of review* ou critère d'examen à l'OMC, V. M. OESCH, *Standards of review in WTO Dispute*

désigne la nature et l'intensité du contrôle exercé par le juge sur la compétence d'un autre organe. Le *standard of review* renvoie au contrôle que le juge exerce sur les décisions d'une juridiction inférieure et sur les décisions adoptées par un organe exécutif. Dans ces deux hypothèses, l'intensité du contrôle peut être modulée. Comme le met en évidence M. Oesch, ce concept se manifeste dans deux hypothèses distinctes en droit de l'OMC[214]. En premier lieu, il désigne le contrôle, par les Groupes spéciaux, des mesures adoptées par les Membres de l'OMC. Il traduit alors la relation entre deux sphères de compétences : celle du Membre de l'OMC et celle du juge. Cette notion s'applique également au contrôle exercé par l'Organe d'appel sur le raisonnement et l'interprétation des Groupes spéciaux[215]. Dans la première hypothèse, le *standard of review* est une problématique fondamentale du contrôle juridictionnel, en effet, il matérialise le partage entre le pouvoir de contrôle du juge et le pouvoir des Membres de l'OMC d'adopter certaines mesures[216]. Lorsqu'un Groupe spécial doit examiner la conformité d'une mesure avec le droit de l'OMC, l'intensité du contrôle exercé est essentielle. Dans ce cadre, le juge peut adopter deux postures extrêmes, le contrôle *de novo* ou la déférence, mais également plusieurs postures intermédiaires[217]. S'il procède à un contrôle *de novo*, le juge subsitue sa propre appréciation à celle des autorités internes notamment au regard des faits et des circonstances. Un contrôle déférent suppose au contraire que le juge entérine l'appréciation des autorités internes mais vérifie, s'il y a lieu, le respect de certaines dispostions procédurales. Dans ce cas, la limitation du contrôle du juge constitue

---

Resolution, New York, Oxford University Press, 2003 ; M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », *JIEL*, 2003, pp. 635-659 ; C.-D. EHLERMANN, N. LOCKHART, « Standard of review in WTO law », *JIEL*, 2004, pp. 491-521 ; S. CROLEY, J. JACKSON, « WTO dispute procedures, standard of review, and deference to national governments », *AJIL*, 1996, pp. 193-213 ; A. T. GUZMAN, « Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes », *Cornell International Law Journal*, 2009, pp. 45-76 ; S. ZLEPTNIG, « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », *European Integration online Papers*, 2002, www.eiop.or.at/eiop/texte/2002-17a.htm.

[214] M. OESCH, *Standards of review in WTO Dispute Resolution*, préc., p.3 ; M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc., p. 637-639.

[215] C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *JWT*, 2002, pp. 605-639, sp. p. 619.

[216] V. M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc., p. 636, selon cet auteur le standard of review « express a deliberate allocation of power between an authority taking a measure and a judicial organ reviewing it ». V. également A. T. GUZMAN, « Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes », préc., p. 49 pour cet auteur « The question of the appropriate standard of review is closely related to the question of what authority and power the WTO has and what power remains with member states ».

[217] M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc., pp. 638-639.

la garantie du respect des compétences des Membres de l'OMC[218]. Comme le montre M. Zleptnig la détermination du *standard of review* approprié a donné lieu à des négociations longues et compliquées durant le cycle d'Uruguay[219]. Certains, dont les Etats-Unis, militaient pour imposer aux Groupes spéciaux d'adopter une certaine déférence envers les mesures et décisions. Cette déférence devait se manifester à travers un standard du raisonnable[220]. Les Etats-Unis souhaitaient que les Groupes spéciaux soient tenus de faire preuve de déférence tant que les autorités internes interprètent et appliquent raisonnablement des disciplines multilatérales. Cette position a été fermement rejetée par les autres parties à la négociation[221]. En conséquence, aucune dispostion du MARD ne précise explicitement quel doit être le critère d'examen des Groupes spéciaux. En revanche, un compromis a été trouvé quant au *standard of review* dans le cadre du contentieux antidumping[222]. Un des objectifs des Etats-Unis était précisément de parvenir à encadrer le *standard of review* dans ce domaine[223]. Il résulte des négociations qu'en dehors du contentieux de l'antidumping, il appartient au juge de l'OMC de déterminer lui-même le critère d'examen approprié au gré des différends qui lui sont soumis[224].

---

[218] S. ZLEPTNIG, « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », préc., p. 1 ; J. H. JACKSON, « Sovereignty-modern : a new approach to an outdated concept », *AJIL*, 2003, pp.782-802.

[219] ZLEPTNIG, « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », préc., p. 3 ; M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc.

[220] M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc., p. 645.

[221] *Ibidem*.

[222] En vertu de l'article 17.6 de l'Accord antidumping, « lorsqu'il examinera la question visée au paragraphe 5: i) dans son évaluation des faits de la cause, le Groupe spécial déterminera si l'établissement des faits par les autorités était correct et si leur évaluation de ces faits était impartiale et objective. Si l'établissement des faits était correct et que l'évaluation était impartiale et objective, même si le Groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, l'évaluation ne sera pas infirmée; ii) le Groupe spécial interprétera les dispositions pertinentes de l'Accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Dans les cas où le Groupe spécial constatera qu'une disposition pertinente de l'Accord se prête à plus d'une interprétation admissible, le Groupe spécial constatera que la mesure prise par les autorités est conforme à l'Accord si elle repose sur l'une de ces interprétations admissibles ».

[223] R. O. CUNNINGHAM, T. H. CRIBB, « Dispute Settlement Through the Lens of 'Free Flow of Trade': A Review of WTO Dispute Settlement of US Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures », *JIEL*, 2003, pp. 155-170, sp. p. 161 ; J. GREENWALD, « WTO Dispute Settlement: an Exercise in Trade Law Legislation? », *JIEL*, 2003, pp. 113-124, sp. p. 117.

[224] Initialement, une décision ministérielle prévoyait qu'à l'issue d'un délai de trois ans le *standard of review* dans le cadre de l'Accord antidumping fasse l'objet d'un examen en vue de son éventuelle extension à tous les autres contentieux. Finalement, aucune décision n'a été prise dans en ce sens, V. M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc., p. 646.

42. Les Groupes spéciaux[225] puis l'Organe d'appel[226] ont identifié l'article 11 du MARD comme la disposition définissant le critère d'examen général et approprié dans le cadre du règlement des différends[227]. Il ressort de la lecture comparée de l'article 11 du MARD et de l'article 17.6 de l'Accord antidumping que le critère d'examen est envisagé de façon beaucoup plus restrictive dans l'Accord antidumping. Cette dernière disposition s'applique tant aux déterminations factuelles effectuées par les autorités internes qu'à l'interprétation des dispositions de l'Accord antidumping. Si le critère d'examen prescrit ne mentionne pas le standard du raisonnable, il atteste de la volonté d'encadrer les Groupes spéciaux et de limiter le contrôle juridictionnel en la matière[228]. En revache, l'article 11 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends ne constitue pas une contrainte trop forte pour le juge multilatéral. Cette disposition permet finalement la mise en œuvre d'un critère d'examen déférent, d'une appréciation *de novo* et de postures intermédiaires.

43. La définition de la fonction des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel interroge. Si le caractère juridictionnel est affirmé, des objectifs autres que le simple rétablissement de la légalité sont assignés au juge. Ainsi, ce dernier doit veiller à préserver les droits et obligations des Membres ou les équilibres du système. Quant à l'encadrement de la fonction juridictionnelle, il est modéré. En effet, le MARD encadre fortement le processus interprétatif mais est plus souple quant au critère d'examen.

---

[225] États-Unis — Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, rapport du Groupe spécial du 8 novembre 1996, WT/DS24/R, §§ 7.10-7.12 ; États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport du Groupe spécial du 6 janvier 1997, WT/DS33/R, § 7.16.

[226] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, §§ 114-118, sp. §116 « A notre avis, l'article 11 du Mémorandum d'accord traite directement de cette question et énonce d'une manière très succincte mais suffisamment claire le critère d'examen approprié pour les Groupes spéciaux en ce qui concerne à la fois l'établissement des faits et la qualification juridique de ces faits en vertu des accords pertinents ».

[227] Selon cet texte le Groupe spécial « devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés ».

[228] Pour les Etats-Unis, cette disposition impliquait nécessairement une certaine déférence de la part des Groupes spéciaux alors même qu'elle ne mentionne pas explicitement cette déférence V. J. GREENWALD, « WTO Dispute Settlement: an Exercise in Trade Law Legislation? », préc., p. 117. Nénamoins, cette disposition n'est pas dénuée d'ambiguïtés, notamment au regard de cette notion de déférence V. J. P. DURLING, « Deference, But Only When Due : WTO Review of Anti-Dumping Measures », *JIEL*, 2003, pp. 125-153.

44. Si la fonction juridictionnelle du juge européen et du juge multilatéral est affirmée et peu encadrée, elle est également imposée par le caractère obligatoire et exclusif du recours au juge ou au mécanisme de règlement des différends.

Paragraphe II Une fonction juridictionnelle imposée

45. Au sein de l'Union européenne et de l'OMC, la fonction juridictionnelle est protégée. En effet, les Traités européens et ceux de l'Organisation mondiale du commerce imposent la fonction juridictionnelle et protègent alors la compétence du juge dans la mesure où la juridiction est obligatoire (A) et exclusive (B).

A Une juridiction obligatoire

46. Au caractère obligatoire de la juridiction du juge européen et du juge de l'OMC (1), s'ajoute le fait qu'elle est obligatoirement exercée par ces deux juges (2).

1 Compétence obligatoire

47. Le recours au juge dans l'Union européenne et au système de règlement des différends dans l'OMC est obligatoire. Affirmé par les Traités, ce caractère n'est pas sans effet sur le raisonnement du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce.

48. Tant au niveau européen qu'au sein de l'OMC, les différends ne peuvent être résolus en dehors du système. Ce caractère obligatoire ressort de deux types de considérations. D'une part, les Etats n'ont donc pas le choix au moment de leur adhésion à l'Organisation ou à l'Union, et doivent accepter la compétence des juges étudiés. Cela signifie que la compétence de la Cour de justice, celle des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel n'est absolument pas soumise à l'acceptation ou au consentement préalable du défendeur de la compétence des juges. Ainsi, tant le juge de l'OMC que le juge européen ont une compétence dite obligatoire, un Membre ne peut s'opposer par principe à ce qu'une demande soit introduite devant le juge[229]. De plus, en vertu du principe de l'engagement unique, la juridiction de l'ORD s'étend

[229] En vertu de l'article 6.1 du MARD, un Membre de l'OMC ne peut s'opposer à la constitution d'un Groupe spécial, « Si la partie plaignante le demande, un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD, à moins qu'à ladite réunion l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial ».

à tous les accords visés sous réserve des accords plurilatéraux mentionnés en annexe IV puisqu'un Etat partie à l'Organisation doit accepter l'intégralité de l'Accord OMC[230]. Cela est bien sûr sans préjudice des conditions de recevabilité des recours, l'enjeu ici est que la compétence du juge n'est pas subordonnée à l'acceptation préalable du défendeur. Ainsi, les accords de Marrakech ont supprimé la faculté dont bénéficiaient les Membres du GATT de bloquer l'établissement d'un Groupe spécial qui est désormais automatique.

49. D'autre part, une fois Membres de l'organisation, les Etats ne sont pas en mesure de régler leurs différends par « la force ». Les conflits se règlent devant et par le juge, *via* l'application de règles souverainement acceptées par les parties. Au sein de l'OMC, cela ressort notamment de l'article 23 du MARD[231]. Cet article instaure un recours obligatoire à au mécanisme de règelemnt des différends afin de déterminer si une action ou un acte d'un Membre est contraire aux disciplines multilatérales. La portée de cette disposition a notamment été précisée dans l'affaire Etats-Unis Section 301, intéressante puisque la législation américaine soulevait précisément un problème d'interprétation de l'article 23 du mémorandum d'accord[232]. Le Groupe spécial a mis en lumière « la double nature des obligations au titre de l'article 23 du MARD »[233] et a considéré que « l'article 23.2 interdit clairement aux Membres de l'OMC d'agir unilatéralement lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation pour des incompatibilités au regard de l'OMC dans le cadre d'un différend donné »[234]. En outre, il a jugé que « l'article 23 ne fait pas qu'interdire d'agir dans certains différends, il instaure aussi une discipline en ce qui concerne le processus général que les Membres de l'OMC doivent suivre lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC »[235]. En conséquence, le rapport du Groupe spécial a clairement établi

---

[230] V. l'article II : 2 de l'Accord instituant l'OMC.

[231] Selon l'article 23.1 du MARD, « lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord ». Sur la portée de cette disposition Voir notamment G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », EJIL, 2002, pp. 753-814, sp. p. 759 et s. ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *RGDIP*, 2006, pp. 769-797 ; M. BENNOUNA, « Le règlement des différends peut-il limiter le 'droit' de se faire justice à soi-même ? », *EJIL*, 1994, pp. 61-64.

[232] Sur cette affaire V., A. KLEBES-PELISSIER, « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine », *RTDE*, 2002, pp. 183-207.

[233] Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, §§ 7.35-7.46, §§ 7.71-7.94.

[234] *Idem*, § 7. 39.

[235] *Id.*, § 7. 46.

que l'article 23.1 du MARD constitue une « clause d'exclusivité en matière de règlement des différends » qui « est un nouvel élément important des droits et obligations des Membres au titre du Mémorandum d'accord »[236]. Dans l'affaire Etats-Unis Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, le Groupe spécial puis l'Organe d'appel ont confirmé cette interprétation[237]. Ainsi, l'article 23 du MARD proscrit toute action et détermination unilatérale par un Membre de l'OMC.

50. Au sein de l'Union européenne, « dans tous les cas où elle est prévue par les Traités, la juridiction de la Cour est obligatoire »[238]. Dès lors, il appartient spécifiquement à la Cour de constater le manquement étatique, l'illégalité d'un acte de droit dérivé ou la carence d'une institution. Ainsi, la Cour a fermement rejeté la défense de la France, qui avait unilatéralement décidé de maintenir un régime restrictif d'importation de viande ovine sur les importations provenant du Royaume-Uni, fondée sur le fait que le Royaume-Uni lui-même maintenait un système de subvention des exportations[239]. Pour le juge, cet argument fondé sur la réciprocité ne peut être accepté. En effet, « en dehors des cas expressément prévus, l'économie du traité comporte interdiction pour les Etats Membres de se faire justice eux-mêmes »[240], que la violation excipée soit le fait d'un autre Etat Membre[241] ou de la Commission elle-même[242]. De même, la Commission ne peut donner aux Etats, lors de la phase précontentieuse d'un recours en manquement, de quelconques garanties quant au fait que leurs mesures sont conformes au droit de l'Union. En effet, « selon le système des articles 169 à 171 du traité [devenus articles 258 à 260 TFUE], la détermination des droits et obligations des Etats Membres et le jugement de leur comportement ne peuvent résulter que d'un arrêt de la Cour »[243]. Le corollaire de la compétence exclusive du juge multilatéral et du juge européen est que *l'exceptio non*

---

[236] *Id*, § 7. 43.

[237] États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 17 juillet 2000, WT/DS165/R, §§ 6.35-6.130, § 6. 133 et § 6.82 ; États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS165/AB/R, §§ 58 et 111 ; Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport du Groupe spécial du 7 octobre 2005, WT/DS308/R, §. 4. 267 ; Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006, WT/DS308/AB/R, §77.

[238] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 480.

[239] CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729, pt. 6.

[240] CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, aff. jtes 90 et 91/63, Rec. p. 1217.

[241] CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729 ; CJCE, 23 mai 1996, The Queen c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, aff. C-5/94, Rec. p. I-2553.

[242] CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, aff. jtes 90 et 91/63, Rec. p. 1217.

[243] CJCE, 27 mai 1981, Essevi et Salengro, aff. jtes 142 et 143/80, ,Rec. p. 1413, pts 16 et 17.

adimpleti contractus, ou exception d'inexécution, n'est pas de mise au sein de l'Union ou de l'OMC[244]. Ce principe du droit international[245], en vertu duquel la violation des dispositions d'un traité par un Etat justifie l'extinction ou à tout le moins la suspension de ce traité jusqu'à la cessation de cette violation, ne s'applique pas dans les ordres juridiques ici considérés[246].

51. Au sein de l'Union, il faut toutefois rappeler que le principe de juridiction obligatoire a pu être mis à mal. Ainsi, dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, la compétence de la Cour au titre de l'article 35 TUE était subordonnée à une déclaration d'acceptation par les Etats. Par ailleurs, l'article 68 TCE encadrait également les conditions du renvoi préjudiciel ainsi quela compétence préjudicielle de la Cour en matière de visas, d'asile et d'immigration. Cette situation à laquelle le Traité de Lisbonne a mis fin était d'autant plus regrettable qu'elle mettait à mal le principe d'unicité de la compétence de la Cour. Le recours au juge est obligatoire tant dans l'Union que dans l'OMC, de plus, le juge doit obligatoiremente exercer sa compétence.

2 Exercice obligatoire

52. Le juge européen et le juge del'OMC ne disposent que d'une compétence d'attribution et ils ne peuvent statuer que si une telle compétence leur a été attribuée. Cependant, comme l'écrivait Pescatore, « quoique ni le traité, ni le statut n'attribuent expressément compétence à la Cour pour statuer sur sa propre compétence, il résulte du système juridictionnel des traités que c'est à la Cour qu'il appartient de décider si sa compétence est établie dans un cas d'espèce déterminé »[247]. Ainsi, le juge del'Union et le juge de l'OMC peuvent déterminer l'étendue de leur propre compétence[248]. L'un et l'autre ont affirmé être soumis à une

---

[244] CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729.
[245] V. l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités.
[246] Pour une affirmation claire, V. États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 17 juillet 2000, WT/DS165/R, note de bas de page 170, « de ce fait, dans le contexte de l'OMC, la disposition de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) ne s'applique pas en raison de l'adoption des dispositions plus précises de l'article 23 du Mémorandum d'accord ».
[247] P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 164 CEE », préc., p. 9.
[248] Etats-Unis — Loi antidumping de 1916, rapport de l'Organe d'appel du 28 août 2000, WT/DS136/AB/R, § 54 et note de bas de page 30. V. Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, §§ 53 et 65.

« contrainte de réponse »[249] aux demandes des parties à l'image de l'article 4 du Code civil français selon lequel « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

53. Le déni de justice est la situation dans laquelle « les juges ont refusé de répondre aux requêtes ou ont négligé de juger les affaires en état et en tour d'être jugées »[250]. Dans des systèmes juridictionnalisés, le déni de justice est en général proscrit. Cette prohibition correspond à une certaine idée du système juridique et de la justice, elle est relayée notamment par la Cour européenne des droits de l'homme[251]. Le *non-liquet* est en droit international inséparable de la notion de déni de justice. Littéralement cette expression signifie « le cas n'est pas clair »[252], de sorte que le *non-liquet* est la situation dans laquelle le juge se heurte à l'obscurité du droit, à l'absence de règles, ou à l'absence d'information sur les faits. Pour M. Weil, un *non-liquet* est un refus de « statuer faute de norme internationale à appliquer »[253]. Dès lors, même si en « droit international le *non liquet* provoque moins de scandale que le 'déni de justice' en droit interne »[254], ces situations sont combattues par les juges qui s'astreignent à une contrainte de réponse.

54. Dans l'Union européenne, selon M. Simon, la prohibition du *non-liquet* découle de la mission assignée à la Cour[255]. Ainsi, la mission particulière attribuée à la Cour entraîne pour elle l'obligation de statuer sous peine de commettre un déni de justice. De même, pour Pescatore cette obligation serait la conséquence directe de la mission générale qui lui est attribuée par le Traité. En effet, « à la différence du pouvoir politique, qui peut repousser les problèmes devant lui, le juge ne peut pas se dérober à son obligation de dire le droit à tout justiciable qui le saisit légalement. Se soustraire à cette obligation, ce serait le 'déni de justice', une telle dérobade constituerait une atteinte à l'une des règles fondamentales de

---

[249] P. MOOR, « Dire le droit », *Revue européenne des sciences sociales*, 1997, p. 33-55, sp. p. 33.
[250] Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 sur la simplification du Droit.
[251] CEDH, 21 février 1975, Golder c/ Royaume-Uni, Req. 4551/70, § 35.
[252] G. CORNU, « *Non liquet* », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 605.
[253] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 9-370, sp. p. 204.
[254] P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 559-580, sp. p. 576
[255] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 474. Pour une opinion similaire, V. J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés

l'éthique judiciaire »[256]. La Cour a été confrontée à cette difficulté plus d'une fois. Relativement, tout d'abord, au retrait d'actes administratifs individuels. Face à l'absence de dispositions dans le Traité, elle a considéré qu'elle devait statuer « sous peine de commettre un déni de justice »[257]. Dans une autre affaire était en cause la détermination de l'institution habilitée à établir les barèmes de prix dans le cadre de la CECA. Dans ses Conclusions, l'Avocat général avait mis en évidence les lacunes des dispositions transitoires mais rappelé la presciption du Code civil français et invité les juges à « se livrer à une exégèse pour combler cette lacune »[258].

55. Au sein de l'OMC, certaines dispositions du mémorandum d'accord sur le règlement des différends fondent, selon la doctrine, l'interdiction du *non-liquet*. Il en va ainsi de l'article 17.12[259] ou des articles 3.7 et 23 du MARD. En dépit de quelques affirmations de l'Organe d'appel qu'il faut nuancer, le *non-liquet* semble interdit à l'OMC. A cet égard, l'affaire Brésil Noix de coco déshydratée[260] doit être maniée avec précaution puisqu'elle soulevait en fait un problème de non rétroactivité des Accords. L'Accord instituant l'OMC est entré en vigueur après l'ouverture de la procédure d'enquête en matière de droits compensateurs mais avant l'imposition des droits. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont considéré que le droit issu du cycle d'Uruguay ne pouvait s'appliquer alors que la source du différend et la procédure d'enquête étaient antérieures à son entrée en vigueur. De même, l'affaire Mexique Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons[261], l'Organe d'appel a rappelé « qu'il exist[ait] une règle largement admise voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence et à établir qu'il a

---

européennes », *CDE*, 1986, pp. 5-20, sp. p. 9.

[256] P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », préc., p. 576.

[257] CJCE, 12 juillet 1957, Algera e.a. c/ Assemblée commune, aff. 7/56 et 3 à 7/57, Rec. p. 81.

[258] V. les Conclusions de l'Avocat général Lagrange du 12 juin 1956 sous l'affaire CJCE, 16 juillet 1956 Fédéchar, 8/55, Rec. p. 291.

[259] W. L. DAVEY, « Has the WTO dispute settlement system exceeded its authority ? A consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques », *JIEL*, 2001, pp. 79-110, sp. p. 106 ; L. BARTELS, « The Separation of Powers in the WTO : How to Avoid Judicial Activism », *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, pp. 861-895, sp. p. 876 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », préc.

[260] Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21 février 1997, WT/DS22/AB/R.

[261] Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport du Groupe spécial du 7 octobre 2005, WT/DS308/R, §§. 4. 267 et s. et 7.4 et s. ; Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006, WT/DS308/AB/R, §§ 44-57.

compétence pour une affaire qui lui est soumise »[262]. Toutefois, il souligne également que le principe d'économie jurisprudentielle est strictement limité et que les Groupes spéciaux ne peuvent s'abstenir de se prononcer. Enfin, il examine les obligations des Groupes spéciaux au regard des articles 3.2, 7.1, 7.2, 11, 19.2 et 23 du MARD et souligne que les Groupes spéciaux ne peuvent choisir de ne pas exercer leur compétence.

56. Au sein de l'Union et de l'OMC, les Membres ne peuvent régler leurs différends en dehors du système prévu à cet effet. Le caractère obligatoire du recours au juge se double d'une obligation pour ce dernier d'exercer sa compétence. En outre, le recours au juge européen et au mécanisme de règlement des différends est exclusif.

B Une juridiction exclusive

57. Le principe de la juridiction exclusive qui interdit aux Membres de l'Union et de l'OMC de régler leurs différends à travers un autre mécanisme se vérifie clairement dans l'Union (1). Dans l'OMC, le recours au mécanisme de règlement des différends est exclusif, mais le MARD prévoit également le recours à l'arbitrage, à la médiation ou aux bons offices. Néanmoins, la portée de ces mécanismes doit être relativisée (2).

1 Le juge de l'Union européenne

58. Depuis le Traité de Rome, les Traités européens comportent une disposition selon laquelle « les États Membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci »[263]. De plus, la Cour a beaucoup œuvré pour protéger sa propre juridiction. Ainsi,

---

[262] Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006, WT/DS308/AB/R, § 45.

[263] V. l'article 344 TFUE (ex art. 292 TCE, art. 219 TCEE). Sur cette disposition V. J. CAZALA, « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Etude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *RTDE*, 2004, pp. 505-532. Cette disposition a été soulevée dans des demandes d'avis formulées à la Cour, V. CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, Fonds européen d'immobilisation de la navigation, Rec. p. 741 ; CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Rec. p. I-6079 ; CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Rec. p. I-2821 ; CJCE, 18 avril 2002, avis 1/00, Projet d'accord portant création d'un espace européen commun entre la Communauté et des Etats tiers, Rec. p. I-3493.

dans le champ d'application des Traités elle a affirmé qu'un Traité ne pouvait porter atteinte à l'étendue de sa compétence. En conséquence, l'Etat Membre qui aurait recours à un autre mode de règlement des litiges est susceptible d'être sanctionné dans le cadre du recours en manquement[264].

59. Cependant, la médiation et la négociation ne sont pas absentes du système européen. Fondées sur l'article 147 du règlement de procédure de la Cour[265], leur portée doit toutefois être envisagée sous un angle différent[266]. Ces techniques ne sont pas applicables dans le cadre de tous les recours. Dans le contentieux de la légalité et de la carence, ces procédés n'ont pas lieu d'être et l'article 147 du règlement de procédure précise qu'aucun désistement ne peut avoir lieu « pour les recours visés aux articles 263 et 265 TFUE ». *A contrario*, on peut déduire de cette disposition que pour tous les autres recours prévus par le Traité cette disposition est applicable, comme par exemple dans le cadre du recours en manquement. Toutefois, les recours en manquement initiés par des Etats ne sont pas nombreux, loin s'en faut[267], dès lors afin d'apprécier l'utilisation de la négociation ou de la médiation dans ce cadre, il est nécessaire de prendre en compte les recours introduits par la Commission. Par ailleurs, dans le cadre des recours en manquement, la Cour reconnaît à cette institution une très grande marge d'appréciation en la matière, qui peut être source de négociations entre la Commission et l'Etat en dehors de toute intervention du juge. Ainsi, la Commission dispose d'un véritable « pouvoir discrétionnaire »[268] tant par rapport au déclenchement de la procédure que par rapport à la saisine de la Cour. En cas de procédure interétatique en manquement, l'intervention de la Commission prévue à l'article 259 TFUE a pour objet « d'informer cette dernière, de la mettre en situation d'établir les faits reprochés à l'État Membre mis en cause, et de permettre l'ouverture de 'négociations' sous son égide, de nature à aboutir le cas échéant à une solution amiable du différend et à l'élimination du manquement

---

[264] CJCE, 30 mai 2006, Commission c/ Irlande, aff. C-459/03, Rec. p. I-4635.

[265] N. STOCKWELL, S. SCHØNBERG, « Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires », *RTDE*, 2003, p. 415-440.

[266] *Ibidem*.

[267] Les recours interétatiques en manquement prévus à l'article 259§ 1er TFUE sont extrêmement rares. M. Simon qualifie une telle initiative d'« exceptionnelle », D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 631.

[268] D. SIMON, « Recours en constatation de manquement. Procédure de constatation », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 380-1, § 4.

allégué »[269]. Cela montre bien que dans le cadre du recours en manquement les négociations sont un mécanisme utilisé. De plus, la procédure est largement marquée par la négociation, ainsi la finalité de la phase administrative est de « trouver une solution amiable »[270]. La Commission dispose également d'un pouvoir discrétionnaire quant à la saisine proprement dite de la Cour si l'Etat ne s'est pas conformé à la fin du délai fixé par l'avis motivé[271] et peut choisir de saisir la Cour à un moment qu'elle juge « opportun »[272].

60. Dans le cadre du renvoi préjudiciel, la procédure en tant que mécanisme de coopération juridictionnelle ne visant pas à trancher directement un litige, la négociation ou la médiation n'ont pas à être utilisées dans le cadre du renvoi en interprétation. Quant au renvoi en appréciation de validité, on peut raisonner par analogie et considérer que si l'article 147 du règlement de procédure ne s'applique pas dans le cadre du recours en annulation, alors il ne peut s'appliquer en matière d'appréciation de validité.

61. Quant au Tribunal, l'article 64§ 2 de son règlement de procédure précise que les mesures d'organisation de la procédure peuvent avoir pour objet « de faciliter le règlement amiable des litiges ». On peut dès lors en déduire « que la médiation fait partie intégrante de sa mission »[273], la Cour ne dispose pas d'une telle prérogative. Par ailleurs, on peut souligner que le règlement amiable des litiges doit se faire dans le respect de la mission générale du juge de l'Union « assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du Traité ».

62. La juridiction exclusive du juge européen est clairement affirmée par le Traité mais s'accomode, dans certains contentieux, du recours à des techniques de négociation ou de médiation. Cette question peut être plus délicate au sein de l'OMC, puisque le MARD autorise le recours aux bons offices, à la médiation ou à l'arbitrage.

2 Le juge de l'OMC

---

[269] *Idem*, § 8.
[270] *Id*, § 15.
[271] CJCE, 14 février 1989, Star Fruit Company, aff. 247/87, Rec. p. 29 ; CJCE, 6 décembre, 1989, Commission c/ Grèce, aff. 329/98, Rec. p. 4159.
[272] D. SIMON, « Recours en constatation de manquement. Procédure de constatation », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 380-1, § 26.
[273] N. STOCKWELL, S. SCHØNBERG, « Juges, médiateurs ou négociateurs ? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires », préc.

63. Au sein de l'OMC, le système de règlement des différends est également exclusif comme cela ressort de l'article 23 du MARD. Selon cette disposition, un Membre de l'OMC qui estime qu'un de ses avantages a été annulé doit recourir au mécanisme intégré et uniquement à ce mécanisme. Cette disposition interdit toute mesure unilatérale des Membres. Ainsi, dans l'affaire Etats-Unis section 301, le Groupe spécial a clairement indiqué que « les Membres doivent avoir recours au système de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord à l'exclusion de tout autre système »[274]. En conséquence, l'article 23.2 du mémorandum interdit le recours à un autre système que le mécanisme de règlement des différends.

64. Cette conclusion peut être tempérée par le constat que l'arbitrage, la médiation ou les bons offices sont envisagées dans l'OMC. Néanmoins, leur portée doit être relativisée.

65. Au sein de l'OMC, le MARD prévoit en son article 5 le recours à la conciliation, à la médiation ou aux bons offices. La conciliation, les bons offices ou la médiation sont des techniques très anciennes du droit international[275]. Ainsi, la conciliation qui peut être définie de manière très générale comme « un accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais des parties elles-mêmes »[276]. Cet auteur précise toutefois qu'en droit international public, le sens de ce procédé est quelque peu différent, puisque dans cette branche du droit il s'agit de « l'intervention, dans le règlement d'un différend international, d'un organe sans autorité politique propre, jouissant de la confiance des parties en litige, chargé d'examiner tous les aspects du litige et de proposer une solution qui n'est pas obligatoire pour les parties »[277]. Ainsi, la conciliation apparaît comme une procédure instituée[278] ou à tout le moins davantage instituée que les bons offices et la médiation. En effet, ces deux procédés sont très proches en ce qu'ils supposent l'intervention d'un tiers dont le rôle, plus actif dans le

---

[274] Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.43.

[275] Sur la médiation et de la conciliation, V. F. DE LA BARRA, « La médiation et la conciliation internationales », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1923, pp. 553-568 ; J. EFREMOFF, « La conciliation internationale », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1927, pp. 1-148.

[276] G. CORNU, « Conciliation », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 195.

[277] *Ibidem*.

cadre de la médiation puisqu'il participe dans ce cadre aux négociations[279]. Au sein de l'OMC, le recours à ces procédés est encadré. L'issue du recours à ces techniques doit être conforme au droit de l'OMC[280], ce qui atteste de la préférence accordée au droit dans cette organisation. Ce point est corroboré par le fait que le Membre mis en cause ou la partie plaignante conserve la possibilité de demander à ce qu'un Groupe spécial soit établi[281]. En tout état de cause ces procédés sont subordonnés à un accord des deux parties[282]. L'Organe d'appel considère que « les consultations, la médiation, les bons offices et l'arbitrage sont des solutions de rechange par rapport à un processus juridictionnel obligatoire et exigent le consentement des parties. Faute d'un tel consentement, ils ne peuvent pas conduire à une décision contraignante. Il est donc important d'établir une distinction entre ces moyens consensuels de règlement des différends, qui sont toujours à la disposition des Membres, et la décision juridictionnelle obtenue au moyen d'une procédure de Groupe spécial, laquelle est obligatoire »[283]. Ainsi, plusieurs éléments tendent à relativiser l'importance de ces procédés. Ils n'altèrent pas la compétence de juge. En effet, ce ne sont pas des recours de nature juridictionnelle. A leur égard, M. Verhoeven note qu'il « n'y a cependant pas à se tromper. Quelles que puissent être leurs apparences, la médiation ou la conciliation ne sont pas de nature juridictionnelle »[284].

66. Le mémorandum d'accord prévoit également, en cas d'accord des parties, le recours possible à une procédure d'arbitrage[285]. Toutefois, il est peu précis sur ce point. Ainsi, le recours à l'arbitre ne serait envisagé que pour certains « différends concernant des questions clairement définies par les deux parties »[286], mais le texte ne fournit pas davantage de précision. Toutefois, l'arbitrage se différencie du recours à un Groupe spécial puisqu'il

---

[278] P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 2002, p. 539.
[279] *Ibidem*.
[280] V. l'article 3.5 du MARD.
[281] V. l'article 5.3 du MARD.
[282] V. l'article 5.1du MARD.
[283] États-Unis - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE - Hormones, Rapport de l'Organe d'appel du 16 octobre 2008, WT/DS320/ABR, § 340
[284] J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 715.
[285] V. l'article 25 du MARD. Sur l'arbitrage en général à l'OMC et les différents recours à l'arbitrage dans le mécanisme L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'Arbitrage à l'OMC », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, pp. 949-988 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Arbitration at the WTO : A *Terra Incognita* to be Further Explored », in *Law in the Service of Human Dignity Essays in honor of FLorentino Feliciano*, S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (dir.), Cambridge, Cambridge University press, 2005, pp. 181-201.
[286] Article 25 du MARD.

nécessite l'accord des deux parties et donc *a fortiori* l'accord du défendeur. De plus, ce procédé fait partie intégrante du mécanisme de règlement des différends et l'article 3.5 du MARD lui est également applicable. Cela signifie que l'arbitrage doit être compatible avec les Accords. En pratique, il faut souligner que le recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 est une procédure réellement marginale qui ne concurrence pas les Groupes spéciaux.

67. L'autorité du juge suppose tout d'abord une autorité fonctionnelle. Celle-ci semble garantie dans l'Union et dans l'OMC, dès lors que la fonction est affirmée mais également imposée et protégée. Mais cette autorité fonctionnelle doit nécessairement être complétée d'une autorité institutionnelle. Ainsi, le juge incarne réellement le tiers indépendant et impartial, dont l'autorité organique favorise, avec d'autres procédés, l'effectivité de la décision.

Section II Exigence d'autorité institutionnelle

68. Au-delà de leur fonction, l'autorité du juge de l'Union et du juge de l'OMC est également subordonnée à des facteurs institutionnels. De façon classique mais néanmoins nécessaire, ils doivent être le tiers indépendant et impartial aux litiges qui leur sont soumis (§1er). En outre, leur autorité est également conditionnée par l'effectivité de leurs décisions (§2nd).

Paragraphe I Autorité organique

69. Consubstantielles à la qualification juridictionnelle[287], l'indépendance et l'impartialité du juge sont des conditions nécessaires à son statut de « tiers face aux parties »[288]. Exigences du procès équitable, l'indépendance et l'impartialité du juge conditionnent son autorité ainsi

---

[287] E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2010, pp. 271-301, sp. p. 271 ; V. MICHEL, « Les juridictions des Communautés européennes », in *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2010, pp. 9-30, sp. p. 9. Cela ressort également des nombreux travaux consacrés à la nature, juridictionnelle ou non des organes multilatéraux. Ces derniers analysent très souvent ce critère organique de la juriction, V. H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc., pp. 312-313 ; H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., pp. 904-906.

[288] E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la

que l'effectivité de ses décisions[289] en assurant, au moins en partie, la crédibilité de la décision du juge[290]. La condition d'indépendance suppose que le juge exerce sa fonction « en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions »[291]. Quant à l'impartialité, elle implique « l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue »[292]. Le mode de nomination, la capacité des organes politiques à influencer le juge[293], la durée du mandat, le caractère obligatoire de la juridiction, la protection financière[294], la confidentialité et d'éventuelles privileges et immunités sont autant de facteurs ayant été mis en evidence comme susceptibles de determiner l'indépendance et l'impartialité du juge.

70. L'analyse des textes montre l'indépendance et l'impartialité du juge européen et du juge de l'OMC. Le renforcement du mécanisme de règlement des différends a nécessairement engendré sa refondation, en effet, la crédibilité et l'effectivité du nouveau système nécessitaient de prendre le contre-pied des vicissitudes du GATT. A cet égard, l'instauration

---

consolidation d'un tiers pouvoir international ? », préc., p. 271.

[289] Pour M. Malenovský, elles pourraient même conditionner la saisine du juge et constituer un des paramètres de choix du juge en cas de *forum shopping*, V. J. MALENOVSKÝ, « L'indépendance des juges internationaux », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 9-276, sp. p. 9.

[290] Mme Jouannet souligne ainsi que l'autorité s'ajoute « au pouvoir des juridictions internationales qu'elle vient stabiliser et légitimer car elle représente la capacité pour les juridictions internationales non seulement d'exercer un pouvoir mais de le faire respecter par autrui sans utiliser la force ou la contrainte », E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », préc., sp. p. 270. Par ailleurs, le lien entre l'indépendance du juge international et l'effectivité de ses décisions fait l'objet d'une attention toute particulière de la doctrine anglo-saxonne. Certains auteurs mettent en évidence l'influence de l'indépendance sur l'effectivité des décisions, V. L. R. HELFER, A.- M. SLAUGHTER, « Toward a theory of effective supranational adjudication », préc. ; L. HELFER, A.-M. SLAUGHTER, « Why States Create International Tribunals : A Response to Professors Posner and Yoo », *California law review*, 2005, pp. 899-956 ; Y. SHANY, « Assessing the Effectiveness of International Courts : A Goal-Based Approach », *AJIL*, 2012, pp. 225-270. Ce lien est parfois nuancé, MM. Posner et Yoo affirment qu'un degré moindre d'indépendance pourrait renforcer l'effectivité des décisions du juge, V. E. A. POSNER, J. C. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », *California law review*, 2005, pp. 1-74.

[291] G. CORNU, « Indépendance », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 472. L'indépendance est également définie comme le « fait pour une personne ou une entité de ne dépendre d'aucune autre autorité que la sienne propre », J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 570. M. Malenovský souligne également que l'indépendance du juge doit se vérifier tant à l'égard de pressions extérieures à la juridiction qu'à l'égard de pressions internes à la juridiction émanant des autres juges, V. J. MALENOVSKÝ, « L'indépendance des juges internationaux », préc., pp. 28-29.

[292] G. CORNU, « Impartialité », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 458. L'impartialité est également définie comme « l'absence de parti pris, de préjugé et de conflit d'intérêt chez un juge, un arbitre, un expert ou une personne en position analogue par rapport aux parties se présentant devant lui ou par rapport à la question qu'il doit trancher », J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 562.

[293] R. MACKENZIE, P. SANDS, « International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge », *Harvard international law journal*, 2003, pp. 271-285, sp. pp. 276-289 et pp. 283-284.

[294] E. A. POSNER, J. C. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », préc., p. 7.

de l'Organe d'appel apporte nécessairement des garanties qui permettent de pallier les éventuels manques liés au maintien des Groupes spéciaux. Cependant, le système dans sa globalité permet de constater l'indépendance et l'impartialité du mécanisme. L'indépendance et l'impartialité du juge de l'Union et du juge de l'OMC sont le résultat de la conjugaison de garanties tant organiques (A) que fonctionnelles (B).

A Des garanties organiques

71. Si la lettre des Traités peut être discutée sur certains points, elle tend indéniablement à garantir, au sein de l'OMC et de l'Union, l'indépendance et l'impartialité du juge. Pour le juge européen (1) et le juge de l'OMC (2), elles résultent en premier lieu de garanties organiques.

1 Le juge européen

72. Selon l'article 19§ 2, alinéa 1er, du Traité sur l'Union européenne « la Cour de justice est composée d'un juge par Etat Membre ». Cette disposition, qui reprend l'article 221 TCE issu du Traité de Nice, ne pose pas de condition formelle de nationalité des Membres de la Cour mais semble induire un lien entre les Etats Membres de l'Union et les juges. En pratique, elle implique que le juge à la Cour représentant un Etat Membre soit ressortissant de cet Etat et formalise le principe selon lequel la Cour est composée d'un juge par Etat[295]. Même si ce lien de nationalité est loin d'être rare dans le domaine international, il ne manque pas d'interpeler[296]. Il ne faut cependant pas surestimer la portée de cette disposition quant à l'éventuel lien de dépendance qu'elle engendrerait entre le juge et l'Etat dont il est ressortissant. En effet, la représentation de tous les systèmes juridiques européens au sein de la Cour constitue un gage de connaissance des systèmes juridiques des Etats Membres de l'Union, elle induit et favorise alors le recours au droit comparé, essentiel dans le raisonnement de la Cour. Ce lien peut néanmoins laisser « craindre un mobile plus sombre du point de vue de l'indépendance : celui de l'espérance en une influence du juge national sur les

[295] V. V. MICHEL, « Les juridictions des Communautés européennes », préc ; H. LEGAL, « Composition et fonctionnement des Cours européennes », *Pouvoirs*, 2001, pp. 65-84, sp. p. 70.

[296] Comme le souligne Mme Jouannet, ce lien de nationalité interroge davantage dans le contexte international que dans le contexte interne, V. E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », préc., pp. 285-287.

décisions de la juridiction communautaire »[297]. Le secret du délibéré[298] ainsi que la collégialité constituent normalement des garanties à cet égard. Elles sont renforcées par la procédure de désignation des juges.

73. La procédure de désignation des juges dans un contexte supranational induit nécéssairement un certain nombre d'interrogations[299]. Dans l'Union, en vertu de l'article 19§ 2, 3e alinéa, du traité sur l'Union européenne, les juges sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États Membres et sont choisis « parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance réunissant les conditions visées aux articles 253 et 254 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Si cette disposition assure l'indépendance du juge européen à l'égard des institutions européennes[300], elle interroge à nouveau sur le rôle des Etats Membres[301]. Toutefois, le renvoi aux articles 253 et 254 du TFUE apaise en partie ces craintes. En effet, l'article 253 réitère l'exigence d'indépendance et exige que les candidats présentent « les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles » ou être « des jurisconsultes possédant des compétences notoires » et prévoit surtout un mécanisme de vérification de ces conditions[302]. Ainsi, la décision des gouvernements des Etats Membres n'intervient qu'après la consultation du comité de sélection[303] « composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens Membres de la Cour de justice et du Tribunal, des Membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement

---

[297] V. MICHEL, « Les juridictions des Communautés européennes », préc., p. 11.

[298] V. l'article 35 du Statut de la Cour.

[299] N. GAROUPA, T. GINSBURG, « Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence », *AJCL*, 2009, pp.103-134

[300] Quelques propositions ont pu émettre l'idée que le Parlement européen participe à la procédure de désignation ou qu'il puisse à tout le moins entendre les membres de la Cour avant qu'ils ne prennent leurs fonctions. Comme le souligne M. Legal, cette approche n'est pas nécessairement souhaitable car les juges ne peuvent évidemment pas présenter de « programme politique » à l'instar des membres de la Commission. De même, la Cour peut être saisie de requêtes mettant en cause le Parlement, V. H. LEGAL, « Composition et fonctionnement des Cours européennes », préc., p. 75.

[301] Il faut cependant souligner qu'un mode de déisgnation politique n'empêche pas nécessairement l'indépendance du juge, V. E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », préc., p. 288.

[302] M. Légal soulignait que les exigences du Traité en matière ne qualification des juges n'était pas « en elles-mêmes très contraignantes » et ne pouvaient l'être, V. H. LEGAL, « Composition et fonctionnement des Cours européennes », préc., p. 74. Il semble cependant que l'instauration du Comité de sélection permette d'atténuer ce sentiment.

[303] V. D. SIMON, « La procédure de sélection des Membres de la Cour et du Tribunal », *Europe*, 2010, repère 4.

européen »[304]. Ce comité doit ainsi donner un avis sur l'adéquation entre les candidats pressentis et les fonctions de juge. Des propositions d'instaurer un tel comité avaient déjà été avancées mais ne semblaient « pas promises à un très grand avenir »[305]. Toutefois, l'innovation introduite par la Traité de Lisbonne, mais déjà prévue par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, a pu être saluée comme une avancée[306]. Celle-ci ne doit cependant pas être surestimée. En effet, l'avis du Comité ne lie pas les gouvernements qui restent maîtres de la procédure et détiennent encore le pouvoir de décision. Toutefois, le second rapport d'activité du Comité précise que les avis tant favorables que défavorables ont toujours été respectés par les Etats Membres[307].

74. Ainsi, le mode de nomination interroge quant à la question de l'indépendance des juges à l'égard des gouvernements représentants d'Etats. Ces interrogations sont renforcées par le fait que les juges ainsi nommés peuvent siéger lors des procédures en manquement. En outre, la pratique révèle que le Conseil se borne à entériner le choix des Etats[308]. Si la portée des faiblesses de cette procédure est atténuée par les exigences liées aux qualités requises des candidats et par la vérification opérée par le Comité, elle est surtout contrebalancée par les impératifs qui entourent l'exercice des fonctions. Le régime du mandat des juges européens présente un certain nombre de garanties. Les juges sont soumis à un strict régime d'incompatibilités[309]. De plus, ils bénéficient de privilèges et immunités[310], de l'immunité de juridiction[311], et ils sont inamovibles pendant la durée du mandat[312]. Ces garanties les protègent contre une éventuelle rétorsion politique de leur Etat d'origine.

75. Il subsiste néanmoins une inquiétude liée au caractère renouvelable du mandat des juges[313]. En l'état actuel des procédures guidant ce processus, ces inquiétudes ne peuvent être levées, néanmoins, celles-ci ne sont pas inhérentes à la juridiction européenne. Elles peuvent

---

[304] V. l'article 255 TFUE.
[305] H. LEGAL, « Composition et fonctionnement des Cours européennes », préc., p. 76.
[306] D. RUIZ-JARABO COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Gazette du palais*, 2008, n° 170 à 171, pp. 23-30.
[307] V. le Rapport d'activité du comité prévu par l'article 255 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 26 décembre 2012, p. 6.
[308] V. MICHEL, « Les juridictions des Communautés européennes », préc.
[309] V. l'article 4 du Statut de la Cour.
[310] Sur ce point, l'article 3 du Statut de la Cour renvoie aux articles 11 à 14 et 17 du protocole sur les privilèges et immunités de l'Union européenne.
[311] V. l'article 3 alinéa 1er du Statut de la Cour.
[312] V. l'article 6 du Statut de la Cour.

être atténuées au regard des conditions qui entourent l'exercice des fonctions. Ces inquiétudes quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges peuvent également être contrebalancées par l'apport en termes de continuité et de cohérence de la jurisprudence que permet le renouvellement du mandat des juges. D'un point de vue organique, l'indépendance et l'impartialité du juge européen est acquise en dépit de quelques interrogations. Au sein de l'OMC, le constat est assez similaire même s'il est nécessaire de différencier la situation des Groupes spéciaux de celle de l'Organe d'appel.

2 Le juge de l'OMC

76. Au regard de considérations organiques, la problématique de l'indépendance et de l'impartialité du juge de l'Organisation mondiale du commerce doit tout d'abord être détachée du rôle de l'ORD. Le rôle de cet organe politique dans le mécanisme ne permet pas à lui seul de constater l'absence d'indépendance et d'impartialité au sein de l'OMC. Au contraire, il est nécessaire d'analyser la situation des Groupes spéciaux et celle de l'Organe d'appel[314].

77. Concernant les Groupes spéciaux, la lecture de l'article 8 du MARD est teintée d'ambivalence. En effet, cette disposition mêle des exigences fortes quant à la qualification des Membres des Groupes spéciaux[315], ainsi que des exigences fortes d'indépendance[316] tout

---

[313] V. l'article 253 alinéa 4 TFUE.

[314] En ce sens, V. S. CHARNOVITZ, « Judicial Independence in the World Trade Organization », in *International Organizations and International Dispute Settlemen : Trends and Perspectives*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. P.R. ROMANO, R. MACKENZIE (dir.), New-York, Ardsley, 2002, pp. 219-240, sp. p. 227. Il s'agit d'ailleurs de la démarche adoptée généralement, V. H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc., pp. 312-313 ; H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., pp. 904-906 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas international law journal*, 2003, pp. 469-488.

[315] En vertu de l'article 8.1 du MARD, les Groupes spéciaux doivent être composés de « composés de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales, y compris des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui ont fait partie du Secrétariat, qui ont enseigné le droit ou la politique commercial international ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre ». Par ailleurs, l'article 8.2 du MARD dispose que la composition des Groupes spéciaux doit assurer « la participation de personnes d'origines et de formations suffisamment diverses, ainsi qu'un large éventail d'expérience ».

[316] Selon l'article 8.2 du MARD, les membres des Groupes spéciaux « devraient être choisis de façon à assurer l'indépendance des membres ». Par ailleurs, l'article 8.3 du MARD précise qu'« aucun ressortissant des Membres dont le gouvernement est partie à un différend, ou tierce partie au sens du paragraphe 2 de l'article 10, ne siégera au groupe spécial appelé à en connaître, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement ».

en ménageant une certaine marge de manœuvre aux parties au différend. Ainsi, les Groupes spéciaux chargés de trancher les différents en première instance ne sont pas des organes permanents mais des groupes *ad hoc* composés pour chaque différend. Alors qu'il incombe au Secrétariat de proposer aux parties la composition du Groupe spécial, celles-ci peuvent s'opposer à la désignation d'un panéliste[317]. Dans cette hypothèse, et si le désaccord ne peut être surmonté, le Secrétariat décide *in fine* de la composition du Groupe spécial après consultation des parties. Enfin, les panélistes peuvent être amenés à faire partie d'un autre Groupe spécial, ce qui, à la manière du caractère renouvelable d'un mandat, interroge. Le caractère non permanent des Groupes spéciaux n'est pas en lui-même rédhibitoire au regard de leur indépendance et de leur impartialité. Cependant, de nombreux auteurs soulignent que la permanence constituerait un gage supplémentaire d'indépendance au regard des conditions de nomination[318]. De même, le rôle des parties quant à la nomination des membres des Groupes spéciaux n'induit pas nécessairement un defaut d'indépendance ou un risque d'impartialité mais elle suscite un certain nombre de difficultés quant à la composition des Groupes spéciaux[319].

78. Aux termes de l'article 17 du MARD[320], l'Organe d'appel comprend sept Membres permanents, nommés par l'ORD, c'est-à-dire par l'instance politique. Leur mandat est de quatre ans et il est renouvelable une fois. L'article 17.3 du mémorandum d'accord fixe les exigences de qualification et d'indépendance des Membres de l'Organe d'appel. Les Membres doivent ainsi bénéficier d'une autorité reconnue en droit ou en commerce international. Les garanties d'indépendance et d'impartialité tiennent surtout à la prohibition

---

[317] L'article 8.6 et 7 du MARD dispose que « le Secrétariat proposera aux parties au différend des personnes désignées comme Membres du Groupe spécial. Les parties au différend ne s'opposeront pas à ces désignations, sauf pour des raisons contraignantes. Si un accord sur la composition du Groupe spécial n'intervient pas dans un délai de 20 jours après la date d'établissement du groupe, le Directeur général, à la demande de l'une ou l'autre des parties et en consultation avec le Président de l'ORD et le Président du Comité ou Conseil compétent, déterminera la composition du Groupe spécial en désignant les personnes qui lui paraissent les plus indiquées, conformément aux règles ou procédures spéciales ou additionnelles pertinentes de l'accord visé ou des accords visés qui sont invoqués dans le différend, après avoir consulté les parties au différend ».

[318] J.H. Bourgeois, « Some reflections on the WTO dispute settlement system from a practitioner's perspective », *JIEL*, 2001, pp. 145-154 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., pp. 473-474.

[319] J.H. Bourgeois, « Some reflections on the WTO dispute settlement system from a practitioner's perspective », préc., p. 146.

[320] Sur cette disposition, V. V. DONALDSON, « The Appellate Body : Institutional and Procedural Aspects », préc., pp. 1285 et s.

de toute attache avec une administration nationale et à l'interdiction de siéger lors de l'examen d'un différend à l'origine d'un conflit d'intérêt tant direct qu'indirect. Enfin, l'article 17.3 du MARD renferme une autre exigence quant à la composition de l'Organe d'appel qui doit être « dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC ». Si cette exigence peut frapper, elle ne semble pas dénuée de pertinence au regard du nombre de Membres de l'Organe d'appel et du nombre de Membres de l'OMC. De plus, elle permet, au moins en théorie, une représentativité réelle des niveaux de développement.

79. Dans sa globalité, l'article 17 du mémorandum d'accord soulève peu d'objections quant à l'indépendance et l'impartialité de l'Organe d'appel. Son caractère permamnent constitue une première garantie à laquelle s'ajoute les exigences de compétences. Il est cependant possible de nourrir quelques craintes eu égard à la durée du mandat des membres de l'Organe d'appel, à son caractère renouvelable et à la procédure de nomination. Quant à la procédure de nomination ou de renouvellement, il a pu être soulevé qu'elle donne aux membres puissants de l'OMC un pouvoir considérable et que les critères de sélection ou de renouvellement du mandat dépendent moins de leurs compétences que de leur approche de la fonction juridictionnelle[321]. Il est toujours difficile de mesurer le poids de ces considérations, en revanche, l'exercice de leur mandat par les membres de l'Ogane d'appel n'a jamais suscité de crainte d'impartialité. Quant au caractère renouvelable du mandat, il peut, comme pour la juridiction européenne, poser problème en termes d'indépendance et d'impartialité des Membres. A nouveau, le problème systémique est compensé par le principe de collégialité et les bienfaits du renouvellement en termes de cohérence de la jurisprudence. Enfin, c'est surtout la durée du mandat qui est parfois pointé du doigt. Ainsi, M. Ehlermann, ancien membre de l'Organe d'appel, considère qu'un mandat plus long serait bénéfique au système et plus à même de garantir l'indépendance des juges[322].

---

[321] R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., p. 249. Selon cet auteur, « in practice, powerful WTO members each have a unilateral veto over the selection of Appellate Body members, and a candidate's approach to judicial decision making figures prominently in those members' decisions on whether to block a candidacy ».

[322] C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., pp. 475-476, cet auteur affirme ainsi que « a four-year term, which may be renewed once, does not seem to guarantee sufficiently the independence of the appointee ». V. également C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., p. 608.

80. Les inquiétudes qui peuvent naître à la lecture des dispositions du mémorandum d'accord sont finalement tempérées par deux séries d'éléments. D'une part, le MARD impose aux Membres des Groupes spéciaux un certain nombre d'obligations à mêmes de garantir leur indépendance et leur impartialité. D'autre part, l'adoption des Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends[323] ainsi que celle des procédures de travail pour l'examen en appel renforcent l'indépendance et l'impartialité tant des Groupes spéciaux que de l'Organe d'appel. Ainsi, les Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends s'appliquent naturellement aux Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. En conséquence, ils doivent être indépendants et impartiaux, éviter les conflits d'intérêt, et respecter les procédures notamment en termes de confidentialité afin que « l'intégrité et l'impartialité de ce mécanisme soient préservées »[324]. De plus, les Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne peuvent accepter d'avantage incompatible avec leur fonction « ou qui pourrait soulever des doutes sérieux sur celle-ci »[325].

81. En dépit de quelques craintes suscitées par le rôle des Membres de l'Union et de l'OMC, l'indépendance et l'impartialité du juge découlent, dans ces deux organisations, de considérations organiques. Les garanties fonctionelles permettent de renforcer cette conclusion.

B Des garanties fonctionnelles

82. Le droit de l'Union et le droit de l'OMC renferment des dispositions garantissant l'indépendance et l'impartialité des juges lorsqu'ils exercent leur fonction.

83. L'indépendance et l'impartialité sont également garanties par les conditions d'exercice de la fonction. Ainsi, les affaires sont attribuées aux chambres de la Cour composées de plusieurs juges[326] et au sein desquelles les décisions doivent être adoptées à la majorité[327] sans

---

[323] Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends WT/DSB/RC/1 du 11 décembre 1996.
[324] V. l'article 2 des Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.
[325] V. l'article 3.2 des Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.
[326] V. le chapitre 7 du règlement de procédure de la Cour.
[327] V. l'article 32§ 4 du règlement de procédure de la Cour.

que l'arrêt ne mentionne la majorité à laquelle il a été adopté. Ce premier aspect permet de fonder une véritable collégialité de la décision et garantit aux juges une certaine indépendance à l'égard de toutes pressions extérieures. Cet aspect est également renforcé par le secret du délibéré[328]. Enfin, les règles relatives à la Cour n'autorisent pas les opinions séparées et constituent une garantie supplémentaire d'indépendance des juges.

84. Dans l'OMC, l'article 11 du mémorandum d'accord énonce une obligation d'objectivité des Groupes spéciaux qui doivent « procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions ». Cette obligation s'accompagne cependant d'autres dispositions dont la portée doit être circonscrite. Ainsi, on peut s'interroger sur la pertinence des articles 14. 2 et 17.10 du MARD qui précisent que les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel « seront rédigés sans que les parties au différend soient présentes, au vu des renseignements fournis et des déclarations faites ». Si cette précision étonne, elle peut se révéler fort utile au regard de la procédure devant l'un et l'autre organe. Néanmoins, celle-ci comprend des réunions avec les parties dont la tenue pourrait laisser planer un doute quant à l'impartialité et l'indépendance de l'Organe d'appel et des Groupes spéciaux. En outre, la procédure en première instance comprend une phase de réexamen intérimaire[329] lors de laquelle le Groupe spécial remet aux parties un rapport comprenant ses constatations et conclusions. En réponse, celles-ci peuvent lui demander de procéder à un nouvel examen de ses constatations. L'existence de cette phase de réexamen intérimaire est assez peu commune[330] mais se comprend au regard de la nature de la procédure et de l'objectif du système de règlement des différends. Sans affecter l'impartialité et l'indépendance des juges, elle contribue à la qualité des rapports et surtout à leur acceptabilité[331]. L'article 14.2 du MARD se justifie alors pleinement en ce qu'il permet *in fine* de réaffirmer l'indépendance des Groupes spéciaux.

85. Le principe de collégialité participe également de l'indépendance et de l'impartialité du juge de l'OMC. Les Groupes spéciaux sont composés de trois Membres, ce nombre

---

[328] V. l'article 32§ 1 du règlement de procédure ainsi que les articles 2 et 35 du Statut de la Cour.
[329] V. l'article 15 du MARD.
[330] M. Ehlermann souligne que cette procédure est « highly unusual », V. C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., p. 472.
[331] *Ibidem*.

correspond également à la formation de l'Organe d'appel lorsqu'il siège dans une affaire donnée. Cette donnée permet la collégialité de ces organes qui est notamment renforcée par la volonté de l'Organe d'appel. M. Ehlermann, ancien membre de l'Organe d'appel, met en exergue la volonté des premiers membres de cet organe d'en assurer l'indépendance à travers ce principe[332]. Si ce principe peut être mis à mal par l'autorisation des opinions séparées, leur caractère anonyme[333] apaise les craintes sur ce point. En outre, le MARD garantit le caractère confidentiel des délibérations des Groupes spéciaux[334] et de l'Organe d'appel[335]. Enfin, il faut également souligner que l'Organe d'appel dispose d'un secrétariat lui-même indépendant des autres organes de l'OMC et donc distinct des organes notamment politiques[336].

86. Qu'il s'agisse de la Cour ou du juge de l'OMC l'autorité organique de l'institution ne fait pas de doute. Si le constat paraît de prime abord plus nuancé à l'OMC, les textes permettent de dissiper les éventuels craintes quant à l'indépendance et à l'impartialité des Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Ainsi, les garanties d'indépendance et d'impartialité constituent une source d'autorité des juges. Elles sont complétées par le caractère obligatoire de leurs décisions et les mécanismes destinés à en assurer l'effectivité. Ceux-ci permettent également de fonder et d'assurer l'autorité du juge européen et du juge multilatéral.

Paragraphe II Autorité institutionnelle

87. L'autorité du juge ne dépend pas uniquement de son statut de tiers indépendant et impartial. Nonobstant l'importance de la dimension organique de l'autorité, cette dernière réside également dans la capacité du juge à être respecté. Pour le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce, cette autorité institutionnelle dépend de deux facteurs : le caractère non seulement obligatoire mais également effectif de leurs décisions

---

[332] C.-D. EHLERMANN, « Reflections on the Appellate Body of the WTO », *JIEL*, 2003, pp. 695-708, sp. pp. 695-696.

[333] En vertu de l'article 14.4 du MARD, les membres des Groupes spéciaux peuvent exprimer des avis anonymes sur le rapport, les membres de l'Organe d'appel disposent de la même possibilité en vertu de l'article 17.11 du MARD, les avis sont également anonymes.

[334] V. l'article 14.1 du MARD.

[335] V. l'article 17.10 du MARD.

[336] I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc., pp. 643 et s. Selon M. Ehlermann, les Groupes spéciaux devraient disposer également de leur propre secrétariat afin de renforcer leur indépendance, V. C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., pp. 472-

d'une part (A), l'éventuelle remise en cause de ces décisions par les Membres de l'Union et de l'OMC, d'autre part (B).

A Obligatoriété et effectivité des décisions

88. L'effectivité de la décision du juge dépend en premier lieu de son caractère obligatoire (1). En second lieu, elle est conditionnée par l'existence de mécanismes propres à en assurer la mise en œuvre effective (2).

1 La nature des décisions

89. L'autorité de la chose jugée ou *res judicata* correspond à « l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle »[337], cette autorité consiste en l'effet obligatoire d'un jugement définitif. Cette qualité s'attache aussi bien aux décisions du juge de l'OMC (a) qu'à celles du juge de l'Union européenne (b).

a Le caractère obligatoire des décisions du juge de l'OMC

90. Si le mémorandum d'accord sur le règlement des différends renferme des dispositions qui fondent le caractère obligatoire des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, il ne fait pas explicitement référence à l'autorité de la chose jugée. Par ailleurs, l'obligatoriété des rapports peut être contestée au regard des particularités du système de règlement des diférends. En conséquence, affirmer le caractère obligatoire des décisions du juge de l'Organisation mondiale du commerce nécessite au préalable de clarifier quelques éléments. A ce titre, la portée de l'intervention de l'organe politique doit être circonscrite. De même, le fondement de l'obligatoriété des décisions du juge doit être précisé.

91. Le caractère obligatoire des rapports des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel peut être contesté à travers les doutes sur la nature juridictionnelle du système de règlement des différends. Un des principaux arguments soulevés à l'encontre du caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des différends a trait à la nécessaire intervention de l'Organe de

473.

[337] G. CORNU, « Autorité », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 95.

Règlement des Différends, organe politique, en matière d'adoption des Rapports[338]. En vertu des articles 16.4 et 17.14 du MARD, il appartient à l'ORD d'adopter les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel[339]. En conséquence, c'est l'adoption par cet organe politique qui confère aux rapports un effet obligatoire. Deux élements doivent être soulignés sur ce point. En premier lieu, la règle du consensus inversé permet une adoption quasi automatique des rapports qui sont adoptés sauf si, par consensus, les Membres de l'ORD décident du contraire. La non-adoption constitue donc une « hypothèse d'école »[340]. En second lieu, l'intervention de l'organe politique et l'absence de mention de l'autorité de la chose jugée dans le MARD[341] sèment surtout le doute sur la nature juridictionnelle du système et non sur la nature obligatoire des rapports adoptés[342]. Le fait que l'autorité de la chose jugée ne soit pas mentionnée en tant que telle dans le mémorandum d'accord incite les organes de l'OMC à la prudence. Ainsi, le Groupe spécial dans le différend Inde Mesures concernant le secteur automobile n'a pas clairement tranché ce problème. Alors que le différend dont il était saisi n'était pas sans lien avec un autre rapport[343], il a précisé que « la pertinence éventuelle de la notion de chose jugée en l'espèce n'apparaîtrait que si, au vu des faits, les conditions communément admises de son application étaient remplies »[344], cela suppose que les questions soumises aux deux Groupes spéciaux soient les mêmes. Or, une telle analyse dépend pour le Groupe spécial des faits, des allégations ainsi que des mesures soumises au contrôle. Dans ce différend, il a conclu que ni les allégations ni les mesures n'étaient les

---

[338] Selon l'article IV :2 de l'Accord instituant l'OMC, le Conseil générale est composé de représentants de tous les Membres de l'OMC. Or, l'article IV :3 de ce même Accord dispose que le Conseil général doit de réunir pour remplir les fonctions de l'Organe de règlement des différends au titre du MARD.

[339] En vertu de l'article 16.4 du MARD « dans les 60 jours suivant la date de distribution du rapport d'un Groupe spécial aux Membres, ce rapport sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel ou que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport ». Selon l'article 17.14 du mémorandum « un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel, dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres ». Enfin, ce pouvoir est également énoncé dans l'article 2.1 du mémorandum qui précise que l'ORD a le « d'adopter les rapports de Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ».

[340] H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc., p. 311.

[341] Contrairement par exemple à l'article 59 du Statut de la Cour internationale de justice en vertu duquel les arrêts de cette Cour ont l'autorité relative de la chose jugée.

[342] Nénamoins, comme le montre Mme Ruiz Fabri, l'autorité de la chose jugée n'est oas consubstantielle à la fonction juridictionnelle, V. H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc., pp. 311-312 ; H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », préc., pp. 921-924.

[343] Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, WT/DS90.

[344]Inde — Mesures concernant le secteur automobile, rapport du Groupe spécial du 21 décembre 2001,

mêmes et que « le principe de la chose jugée ne pourrait s'appliquer aux faits de l'espèce »[345]. Cela lui évite de se prononcer sur « le point de savoir si ce principe pourrait éventuellement s'appliquer au règlement des différends dans le cadre de l'OMC »[346]. Cette autorité peut toutefois être déduite « en creux » des rapports adoptés dans le cadre de l'article 21.5 du MARD. En vertu de cette disposition, les désaccords sur l'existence ou la compatbilité avec le droit de l'OMC des mesures d'un Membre pour se mettre en conformité avec les recommandations d'un rapport doivent être réglés dans le cadre du système de règlement des différends et supposent l'établissement d'un Groupe spécial. Il ressort des rapports des organes multilatéraux saisis sur ce fondement que le recours à l'article 21.5 ne permet pas de remettre en cause ce qui a été jugé dans le premier rapport. En effet, les mesures examinées sont nécessairement différentes[347]. En conséquence, l'Organe d'appel refuse aux parties plaignantes la possibilité de procéder aux mêmes allégations lors de la procédure fondée sur l'article 21.5 du MARD que lors de leur plainte initiale. Les allégations rejetées initialement et qui ressurgissent lors de la procédure de mise en œuvre par rapport à un aspect non mis en œuvre ne sont pas recevables[348].

92. Le caractère obligatoire des rapports ressort également de plusieurs dispositions du mémorandum d'accord[349]. Les articles 17.14, 3.7 et 21.1 sont souvent mis en évidence à cet effet. En vertu de l'article 17.14, les parties doivent accepter « sans conditions » les rapports de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD. De façon plus générale, l'article 3.7 précise que le mécanisme de règlement des différends « a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés ». Enfin, selon l'article 21.1 du mémorandum d'accord, le Membre doit donner suite rapidement aux recommandations et décisions de l'ORD. A cet égard, l'emploi par le Mémorandum des termes « recommandation » ou « décision » ne doit pas

---

WT/DS146/R, WT/DS175/R, § 7.59.

[345] *Idem*, § 7.102.

[346] *Id.*, § 7.103.

[347] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW, § 79.

[348] Communautés européennes — Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde, recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 8 avril 2003, WT/DS191/AB/RW, §§ 32-38 et § 98.

[349] Certains auteurs fondent le caractère obligatoire des décisions sur le principe *pacta sunt servanda*, V. P. C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *EJIL*, 2000, pp.763-813, sp. p. 782

tromper, le Membre n'a pas le pouvoir de décider de suivre ou non la décision de l'ORD et la recommandation formulée. Ainsi, la seule mesure que l'Etat puisse valablement prendre est, selon l'article 19 du MARD, de « rendre sa mesure conforme » au droit de l'OMC. En cas de plainte en situation de non-violation, l'article 26.1b du MARD dispose que même si la plainte aboutit, le Membre mis en cause n'est pas tenu de retirer la mesure, les parties doivent donc trouver un accord mutuellement satisfaisant. Néanmoins, la conclusion du rapport qui détermine si un avantage a été annulé ou compromis est obligatoire[350].

93. Une dernière objection au caractère obligatoire des rapports doit être mentionnée. Mme Bello se fonde sur la possibilité de la compensation et des mesures de rétorsion dans le cadre du règlement des différends pour soutenir que les Membres de l'OMC disposeraient d'un choix après l'adoption d'un rapport par l'ORD[351]. Dans ce cadre, ils pourraient décider de façon purement volontaire de se conformer aux recommandations ; de maintenir la mesure litigieuse et d'offrir des compensations ; de refuser la compensation et faire l'objet de représailles par des contre-mesures[352]. En conséquence, les rapports, tout comme les règles de l'OMC, seraient, selon cet auteur, non contraignantes[353]. Cette approche ne fait cependant pas l'unanimité. Ainsi, M. Jackson a montré que, sur le fondement des articles 3.7, 21.6 et 22.1 du MARD, les rapports adoptés sont obligatoires au sens où les Membres doivent s'y conformer[354]. Saisis dans le cadre du contentieux de l'exécution, des arbitres sont parvenus à la même conclusion que M. Jackson. Les membres du Groupe spécial assurant l'aritrage ont ainsi souligné qu'aucune disposition du MARD ou de l'Accord SMC ne « créerait le droit de

---

[350] Les particularités des effets des rapports dans le cadre de la procédure en situation de non-violation constituent pour Mme Ruiz fabri « une manière négative de souligner le lien étroit qui s'est établi entre le fait d'édicter une solution fondée en droit et le caractère obligatoire de la solution ainsi édictée », H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », préc., p. 310.

[351] J. HIPPLER BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less Is More », *AJIL*, 1996, pp. 416-418. M. Pauwelyn s'inscrit dans un courant similaire mais propose une approche plus nuancée, V. J. PAUWELYN, « Enforcement and countermeasures in the WTO : rules are rules - toward a more collective approach », *AJIL*, 2000, pp. 335-347.

[352] *Idem*, p. 417.

[353] *Id*., p. 416, « like the GATT rules that preceded them, the WTO rules are simply not 'binding' in the traditional sense. When a panel established under the WTO Dispute Settlement Understanding issues a ruling adverse to a member, there is no prospect of incarceration, injunctive relief, damages for harm inflicted or police enforcement. The WTO has no jailhouse, no bail bondsmen, no blue helmets, no truncheons or tear gas. Rather, the WTO--essentially a confederation of sovereign national governments- -relies upon voluntary compliance ».

[354] J. H. JACKSON, « The WTO dispute settlement understanding--misunderstandings on the nature of legal obligations », *AJIL*, 1997, pp. 60-64 ; J. H. JACKSON,« International law status of WTO dispute settlement

ne pas se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD »[355]. Ils ont ajouté qu'au contraire « tout en indiquant que ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en oeuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité, l'article 22.1 du Mémorandum d'accord est particulièrement clair quant au fait que les suspensions de concessions ou d'autres obligations sont de nature temporaire, dans l'attente de la mise en conformité »[356]. Les objections émises à l'encontre du caractère obligatoire des rapports des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel ne permettent pas de conclure à leur absence d'obligatoriété. Au contraire, comme le met en évidence Mme Ruiz Fabri, les recommandations formulées dans les rapports sont des « prescriptions obligatoires pour leur(s) destinataire(s) sur lequel pèse alors une obligation positive d'exécuter »[357]. La nature obligatoire des décisions du juge européen se vérifie également.

b La nature des décisions du juge européen

94. En vertu des articles 280 et 299 TFUE, les arrêts de la Cour ont force exécutoire et pour M. Simon, « les décisions de la Cour sont revêtues de l'autorité de chose jugée et de la force exécutoire dans l'ordre interne des Etats Membres »[358]. Cette force obligatoire est clairement affirmée par l'article 91 du règlement de procédure de la Cour. Toutefois, la portée de ses décisions est également fonction du contentieux.

95. Dans le cadre du recours en manquement, il est possible de mettre en évidence les effets de l'arrêt de la Cour à l'égard de l'Etat mis en cause, ainsi que les effets *erga omnes* de cet arrêt. A l'égard de l'Etat défaillant, la constatation du manquement a un effet déclaratoire, la Cour constate le manquement et « l'Etat est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour »[359]. En effet, l'Union n'étant pas un système fédéral, la Cour

---

reports : obligation to comply or option to 'buy out' ? », *AJIL*, 2004, pp. 109-125.

[355] Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, recours à l'arbitrage au titre de l'article 22.6, rapport du 17 février 2003, WT/DS222/ARB, § 3.104.

[356] *Idem*, § 3.105.

[357] H. RUIZ FABRI, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. », *in L'effectivité des organisations internationales – Mécanismes de suivi et de contrôle*, H. RUIZ FABRI, L.-A. SICILIANOS, J.-M. SOREL (dir.), Athènes/Paris, Sakkoulas/Pedone, 2000, pp. 155-173, sp. p. 156.

[358] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 457 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 482.

[359] V. l'article 260 TFUE.

n'a pas de pouvoir de nullification des actes nationaux[360], elle ne dispose pas non plus d'un pouvoir d'injonction à l'encontre des Etats « de nature à lui permettre de prescrire, dans le dispositif de son arrêt de constatation de manquement, les mesures concrètes qu'il incomberait aux autorités nationales de prendre pour assurer l'exécution de l'arrêt »[361]. Néanmoins l'arrêt de la Cour est obligatoire et bénéficie de l'autorité de la chose jugée ainsi que la Cour le reconnaît elle-même[362]. Cette autorité implique alors que les autorités nationales mettent fin au manquement en prenant les mesures appropriées et nécessaires au sein même de l'ordre juridique interne. L'arrêt en manquement emporte également des effets *erga omnes* en ce qu'il interprète le droit de l'Union. Ainsi, l'arrêt en manquement sert « déterminer la portée exacte des obligations des États Membres en cas de divergences d'interprétation »[363]. De plus la constatation d'un manquement peut servir de fondement à un recours en responsabilité de l'Etat en droit interne[364].

96. Dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation[365], les arrêts étant rendus à l'issue d'une procédure qui n'est pas contentieuse, ils sont de nature déclaratoire - la Cour dit pour droit et non déclare et arrête[366] - mais ils ont force obligatoire. Ainsi, ces arrêts ont l'autorité de chose interprétée[367], « le dispositif de l'arrêt préjudiciel s'incorporant à la norme interprétée et conditionnant son application par l'ensemble des juridictions nationales »[368]. Dès lors, l'interprétation donnée par la Cour doit être entendue comme le sens et la portée de la règle interprétée depuis son entrée en vigueur[369]. Concrètement, cela signifie que la règle interprétée par la Cour « peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs les

---

[360] CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, aff. 6/60, Rec. p. 1125.
[361] D. SIMON, « Effet des arrêts en manquement. Procédures spécifiques », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 381, § 5.
[362] CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, aff. 48/71, Rec. p. 529.
[363] CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, Rec. p. 1003 ; CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Espagne, aff. C-83/99, Rec. p. I-445.
[364] CJCE, 7 février 1973, Commission c/ Italie, aff. 39/72, Rec. p. 101 ; CJCE, 5 juin 1986, Commission c/ Italie, aff. 103/84, Rec, p. I-1759 ; CJCE, 17 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 154/85, Rec. p. 2717. Il est cependant nécessaire de souligner qu'il n'y a pas de lien de causalité nécessaire entre la constatation d'un manquement et l'engagement de la responsabilité de l'Etat en interne.
[365] Il n'est pas rare que les questions des juridictions nationales, sous couvert d'une interprétation du droit de l'Union, demandent en réalité à la Cour de déterminer si une mesure nationale est compatible avec le droit de l'Union, l'analyse des effets des décisions préjudicielles est donc essentielle à ce propos
[366] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 698.
[367] CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, aff. jtes 28 à 30/62, Rec. p. 61.
[368] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 700.
[369] CJCE, 10 février 2000, Deutsche Telekom, aff. C-50/96, Rec. p. I-743.

conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies »[370]. Néanmoins, par exception à ce principe des effets *ex tunc* des arrêts préjudiciels, elle peut, dans certains cas, limiter cet effet à un effet *ex nunc*[371]. Quant au juge national à l'origine du renvoi en interprétation, il est lié par l'interprétation de la Cour[372] et doit alors appliquer, aux faits dont il est saisi, la norme telle qu'interprétée. Les décisions du juge de l'Union et du juge de l'OMC sont obligatoires. De surcroît, les Traités européens comme le mémorandum d'accord sur le règlement des différends contiennent des mécanismes permettant d'assurer le respect de ces décisions et d'en garantir l'effectivité.

2 Les mécanismes de garantie de l'effectivité et du respect des décisions

97. Certes, on peut souligner que « la juridicté d'une règle de droit n'est pas remise en cause parce que cette règle est violée »[373], néanmoins, « l'effectivité de la norme de l'Union, dépend largement, comme du reste, celle de toute autre norme, de l'existence de mécanismes de sanctions »[374]. Dès lors, il est nécessaire de se poser la question du caractère sanctionné des décisions rendues par les juges étudiés et de leur effectivité. En effet, si le juge de l'OMC et le juge européen ne peuvent imposer le respect de leurs décisions par la sanction, ce respect, qui est pourtant avéré, est nécessairement ou conjointement engendré par d'autres facteurs tels que la légitimité que les Membres reconnaissent au juge ou l'acceptabilité de ses décisions. Il appert que le droit de l'Union (a) et le droit de l'OMC (b) renferment des mécanismes destinés à garantir l'effectivité des décisions des juges.

a Les mécanismes garantissant l'effectivité de la jurisprudence européenne

---

[370] CJCE, 27 mars 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit Italiana, aff. 61/79, Rec. p. 1205, pt. 16 ; CJCE, 2 décembre 1997, Fantask, aff. C-188/95, Rec. p. I-6783, pt. 36 ; CJCE, 4 octobre 2001, Athinaïki Zythopoïïa, aff. C-294/99, Rec. p. I-6797, pt. 33.

[371] CJCE, 27 mars 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit Italiana, aff. 61/79, Rec. p. 1205, pt. 17 ; CJCE, 10 juillet 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Ariete, aff. 811/79, Rec. p. 2545, pt. 7.

[372] Il peut cependant introduire un nouveau renvoi préjudiciel en cas de difficulté, V. CJCE, 11 juin 1987, Pretore di salo, aff. 14/86, Rec. p. 2545, pt. 12.

[373] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc., pp. 52-53.

[374] C. BLUMANN, L. DUBOUIS, Droit institutionnel de l´Union Européenne, Paris, Litec, 2ème éd., 2007, p. 453.

98. Le caractère obligatoire de l'arrêt constatant un manquement étatique engendre pour l'Etat l'obligation d'y mettre fin. A défaut, la Cour a accepté que la Commission introduise un nouveau recours fondé sur le non respect de l'obligation née de l'arrêt de la Cour[375]. Toutefois, cette procédure n'est pas parvenue à mettre fin aux problèmes posés par l'inexécution des arrêts en manquement car son caractère purement juridique ne présentait aucun effet dissuasif pour les Etats récalcitrants. Pour remédier à cette situation remettant en cause les fondements même de l'intégration européenne, dont l'effectivité repose notamment sur l'application des règles communes, une nouvelle procédure a été introduite dans le Traité. La procédure dite de manquement sur manquement, outre une procédure simplifiée, permet surtout à la Cour d'infliger à l'Etat qui ne s'est pas conformé à une première constatation de manquement des sanctions pécuniaires. Cette nouvelle voie de droit, conçue par la Cour elle-même comme « une procédure judiciaire spéciale d'exécution des arrêts de la Cour, en d'autres termes, comme une voie d'exécution »[376] permet de garantir l'effectivité du recours en manquement[377]. Depuis le Traité de Lisbonne, si la Commission estime qu'un Etat n'a pas exécuté un arrêt de la Cour, il lui suffit de mettre ce dernier en demeure d'agir et à défaut elle peut saisir la Cour sur le fondement de l'article 260§ 2 TFUE et lui demander la condamnation à des sanctions pécuniaires.

99. Les amendes et astreintes ont des rôles différents[378] mais elles permettent de faire pression sur l'Etat récalcitrant[379]. Leur objet est très clairement affirmé par la Cour qui considère que « la condamnation au paiement d'une astreinte et/ou d'une somme forfaitaire ne vise pas à compenser un quelconque dommage qui aurait été causé par l'État Membre concerné, mais à exercer sur celui-ci une contrainte économique qui l'incite à mettre fin au manquement constaté. Les sanctions pécuniaires imposées doivent donc être arrêtées en fonction du degré de persuasion nécessaire pour que l'État Membre en cause modifie son

---

[375] CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, aff. 48/71, Rec. p. 529.

[376] CJCE, 10 septembre 2009, Commission c/ Portugal, aff. C-457/07, Rec. p. I-8091, pt. 47 ; CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, Rec. p. I-6263, pt. 92.

[377] Sur l'impact de cette procédure dès sa mise en œuvre, V. S. GERVASONI, « Les sanctions de la non exécution des arrêts de la Cour de justice », in *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, I. PINGEL (dir.), Paris, Pedone, 2006, pp. 29-38.

[378] D. SIMON, « Effet des arrêts en manquement. Procédures spécifiques », préc., § 13.

[379] R. PAPADOPOULOU, « Souveraineté et surveillance dans le cadre de la Communauté européenne ou comment concilier deux exigences contradictoires », *AFDI*, 2005. pp. 699-724 ; I. PINGEL, « Rapport introductif », in *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, I. PINGEL (dir.), Paris, Pedone, 2006, pp. 5-15, sp. p. 7.

comportement »[380]. Sur ce point, c'est définitivement le montant des sanctions pécuniaires[381] qui a un rôle dissuasif. La Cour n'ayant par ailleurs pas hésité à considérer qu'elle pouvait coupler une amende et une astreinte[382]. Toutefois, elle a su faire récemment preuve de pragmatisme en prenant en compte les capacités financières de l'Etat condamné[383]. La procédure de manquement sur manquement est un mécanisme propre à garantir le respect par les Etats membres de l'Union des décisions de la Cour. La problématique de l'effectivité des décisions du juge de l'OMC se pose avec encore plus d'acuité. A cet égard, les dispositions du MARD semblent apporter au mécanisme l'autorité et l'effectivité nécessaires.

b Les mécanismes garantissant l'effectivité des rapports du juge de l'OMC

100. Le mémorandum d'accord sur le règlement des différends ne laisse pas aux Membres de l'OMC une liberté totale en matière de mise en œuvre des recommandations formulées dans les rapports. Comme le met en évidence Mme Ruiz Fabri, l'exécution et la mise en œuvre des décisions du juge font au contraire l'objet d'une « surveillance multilatérale »[384]. Ce mécanisme de suivi et d'exécution des décisions est difficile à définir, il allie en effet des éléments juridictionnels et diplomatiques. Par ailleurs, sa nature même fait débat, certains considèrent qu'il met en place de véritables sanctions[385] mais ce constat n'est pas nécessairement partagé[386]. Au-delà de ces divergences sur la nature du système, il importe

---

[380] CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, Rec. p. I-6263, pt. 91.

[381] Ces sanctions sont ensuite versées au budget de l'Union V. V. MICHEL, « Manquement », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 72.

[382] CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, Rec. p. I-6263.

[383] CJUE, 19 décembre 2012, Commission c/ Irlande, aff. C-279/11, pt. 78.

[384] H. RUIZ FABRI, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. », préc., p. 157 ; H. RUIZ-FABRI, *Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, *JDI*, 2000, pp.605-645, sp. p. 606.

[385] S. CHARNOVITZ, « The enforcement of WTO judgments », *Yale Journal of International Law*, 2009, pp. 558-564 ; S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO trade sanctions », *AJIL*, 2001, pp. 792-832 ; T. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *JWT*, 2005, pp. 327-339 ; O. BLIN, « Les sanctions dans l'organisation mondiale du commerce », *JDI*, 2008, doctrine 5 ; H. CULOT, « Une injustice des sanctions à l'OMC », in *International Organizations and International Dispute Settlemen : Trends and Perspectives*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. P.R. ROMANO, R. MACKENZIE (dir.), New-York, Ardsley, 2002, pp. 283-308.

[386] V. par exemple Y. FUKUNAGA, « Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System : Implementation of DSB Recommendations », *JIEL*, 2006, pp. 383-426. Il est nécessaire de souligner ici que le terme « sanction » ne figure pas dans le MARD. Par ailleurs, la logique intrinsèque du système n'est pas de sanctionner le Membre mis en cause mais plutôt de rétablir les droits et les obligations des parties au différend. Cet aspect ressort assez clairement de l'article 22.4 du MARD selon lequel « le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ». Ainsi, il s'agit moins de « punir » le Membre mis en cause

surtout de s'interroger sur l'effectivité de ce mécanisme de surveillance. Il appert que cette effectivité se vérifie en pratique dans la plupart des différends[387].

101. Le mécanisme repose tout d'abord sur la « surveillance de la mise en oeuvre des recommandations et décisions » prévue à l'article 21 du MARD. Cette surveillance par l'ORD s'opère ainsi dans le cadre des règles définies par cette disposition. L'obligation de mise en conformité s'accompagne alors d'une obligation d'information de l'ORD des mesures que le Membre défaillant compte adopter. De plus, toute la procédure de mise en conformité est placée sous surveillance de l'ORD au titre de l'article 21.6 du MARD. Concrètement cela signifie que la mise en conformité est inscrite à l'ordre du jour des réunions de cet organe tant que la mise en œuvre du rapport n'a pas été effectuée. Si cette inscription ne fonde aucune obligation juridique en elle-même, elle est symptomatique de la mise sous surveillance du Membre en cause. Toutefois, s'il est normalement tenu d'agir rapidement, le MARD prévoit l'octroi d'un délai raisonnable dans l'hypothèse où « il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions »[388]. Le mémorandum d'accord envisage par ailleurs la possibilité d'un désaccord entre les parties concernant la mise en conformité du Membre défaillant. Dans ce cas, il prévoit l'établissement d'un nouveau Groupe spécial chargé de trancher cette question[389]. Si les parties au différend font le même constat de l'absence de mise en conformité, la procédure se poursuit par la phase prévue à l'article 22 du MARD. Cette disposition prévoit et régit la compensation et la suppression de concessions, non sans avoir rappelé que la mise en conformité est préférable au recours à ces mesures[390]. Deux hypothèses doivent ici être envisagées. Les parties au différend doivent tout d'abord tenter de se mettre d'accord sur une compensation pour le plaignant. La

---

que de contrecarrer les effets sur le commerce de la mesure contraire aux engagements conventionnels.

[387] B. WILSON, « Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings : The Record to Date », *JIEL*, 2007, pp. 397-403 ; S. CHARNOVITZ, « The enforcement of WTO judgments », préc. ; Y. FUKUNAGA, « Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System : Implementation of DSB Recommendations », préc.

[388] V. l'article 21.3 du MARD.

[389] V. l'article 21.5 du MARD. Selon cette disposition un tel désaccord implique normalement d'avoir recours au Groupe spécial « dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au Groupe spécial initial. Le Groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question. Lorsque le Groupe spécial estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans ce délai, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport »

[390] V. l'article 22.1 du MARD.

compensation doit être acceptée par les parties et être compatible avec les Accords OMC. Concrètement, le Membre défaillant doit accorder un avantage au plaignant mais cet avantage, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, s'étend alors automatiquement à tous les Membres de l'OMC. La compensation peut alors s'avérer très coûteuse. Si les parties ne s'entendent pas sur une mesure de compensation, le mémorandum d'accord prévoit le recours à des suspensions de concessions ou d'autres obligations. Le recours aux contre-mesures est fortement encadré. Elles doivent être autorisées par l'ORD[391] mais le jeu du consensus négatif affaiblit cette procédure d'autorisation. En revanche, le niveau des contre-mesures, dont l'objet est de procéder à un réequilibrage des avantages annulés, peut faire l'objet d'un arbitrage. L'article 22.8 du MARD précise que la suspension de concessions est temporaire. Il doit y être mis fin lorsque la mesure jugée incompatible a été éliminée par le Membre ou que les deux parties ont trouvé une solution mutuellement satisfaisante.

102. Le système prévu par le MARD est dès lors relativement complet et progressif, dans l'hypothèse où un Membre ne met pas en œuvre les recommandations de l'ORD. Il impose tout d'abord une approche diplomatique puis une approche juridique et enfin des mesures économiques. Ce système, dont l'imperfection peut être soulignée[392], permet cependant de garantir dans la plupart des différends la mise en conformité. A ce titre, les contre-mesures, qui ont pour objet de mener le Membre à se mettre en conformité avec les recommandations formulées par le juge, s'avèrent particulièrement eficaces. M. Dupuy met en exergue la spécificité des contre-mesures en droit économique par rapport aux contre-mesures dans d'autres branches du droit international. Il relève ainsi que « les contre-mesures économiques sont prises pour la réalisation de finalités diverses et peuvent inclure la recherche d'une compensation économique au préjudice subi du fait du manquement de l'Etat visé à ses obligations, voire même présenter un caractère coercitif en vue d'obtenir la cessation par le partenaire auquel elles sont destinées de son comportement dommageable »[393]. Dans cette optique, les contre-mesures économiques correspondent assez bien aux rétorsions et

---

[391] V. l'article 22.2 du MARD.

[392] S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO trade sanctions », préc. ; A. ROSAS, « Implementation and enforcement of WTO dispute settlement findings : an EU perspective », *JIEL*, 2001, pp. 131-144 ; M. BRONCKERS, N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *JIEL*, 2005, pp. 101-126 ; H. CULOT, « Une injustice des sanctions à l'OMC », préc.

[393] P.-M. DUPUY, *Droit international public*, préc., p. 501.

représailles en droit international qui « visent à exercer une pression sur un Etat déterminé afin que ce dernier en vienne à respecter les droits de l'Etat auquel ses agissements ont porté préjudice. La rétorsion et les représailles s'apparentent de fait étroitement l'une et les autres à des mesures d'exécution forcée prises dans un contexte de réciprocité »[394]. Au sein de l'OMC, les contre-mesures ou mesures de rétorsion permettent de faire pression sur le Membre récalcitrant. Les modalités de ces contre-mesures, rétorsions croisées et mesures carroussel[395], et les choix politiques qui commandent les produits ou services touchés par ces contre-mesures[396], attestent de ce rôle. Les mesures économiques et la surveillance multilatérale du Membre récalcitrant sont un gage d'effectivité du système. Ce constat de l'effectivité des décisions du juge européen et du juge de l'OMC doit néanmoins être confronté à certains cas limites qui peuvent en atténuer la portée.

B Une effectivité éventuellement conditionnée

103. Les Traités européens et le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends fondent l'autorité institutionnelle du juge en garantissant son indépendance et son impartialité ainsi que l'obligatorité et l'effectivité de ses décisions. Cette autorité rejaillit nécessairement sur le raisonnement du juge. Cependant, l'autorité du juge n'est pas sans limites et elle peut être remise en cause par les Membres de l'Organisation (1) ou à travers la réticence des juges internes (2). En conséquence, l'effectivité des décisions du juge suppose parfois de dépasser la notion d'autorité.

1 Rôle des Membres de l'organisation

104. Les décisions de la Cour et du juge de l'OMC ne font pas, loin s'en faut, toujours l'unanimité. A cet égard, on peut citer la très vive réaction du Chancelier de la République d'Autriche à certaines jurisprudences et sa proposition de créer une instance qui légitimerait la jurisprudence de la Cour[397]. Dans le cadre de l'OMC, la réaction du Sénateur américain Max

---

[394] *Ibidem*, p. 496.
[395] F. GOUTTEFARDE, « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *RQDI*, 2004, pp. 33-79.
[396] H. CULOT, « Une injustice des sanctions à l'OMC », préc., pp. 295-296.
[397] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 447 ; D. SIMON, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, repère 2.

Baucus[398] ou celle de l'Union dans l'affaire de la Banane sont révélatrices[399]. De même, les Etats-Unis, suite à plusieurs contentieux, ont proposé une réforme du MARD[400]. Cette proposition visait notamment à permettre aux parties à un différend de ne pas adopter certains éléments des rapports des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Au-delà de ces réactions strictement politiques, l'effectivité des décisions peut être limitée dans l'Union et dans l'OMC par les Membres à titre individuel ainsi que par la communauté des Membres.

105. Dans l'OMC, les différends relatifs à l'amiante, aux hormones ou à la méthode de réduction à zéro dans le cadre de l'Accord antidumping mettent en lumière la résistance juridique de certains Membres à se mettre en conformité avec leurs obligations. Ainsi, à titre individuel les Membres de l'OMC, en acceptant par exemple de subir des contre-mesures, mettent en cause l'effectivité de la décision du juge. Ces réactions souvent dictées par des considérations politiques[401] soulignent la limite d'une approche de la décision de justice centrée sur la seule autorité. En effet, ces exemples, peu nombreux mais significatifs, attestent de la nécessité pour le juge de raisonner en prenant en compte et en réconciliant des intérêts et des valeurs parfois divergents afin de garantir l'effectivité de ses décisions.

106. Les résistances des Membres envers les décisions du juge ont également une dimension collective. Pour la Cour de justice, ce phénomène se matérialise notamment par la remise en cause ou l'encadrement de la portée d'une jurisprudence par le droit originaire. Bien que soumise à l'unanimité selon les procédures de révision des Traités, cette hypothèse s'est concrétisée par deux fois. En premier lieu, par l'interprétation d'un arrêt de la Cour dans un protocole annexé au Traité de Maastricht[402]. En second lieu, lors de la nouvelle rédaction de l'article 352 TFUE qui opère une révision neutralisante de cette disposition rejetant clairement l'interprétation faite par le Tribunal de l'ancien article 308 TCE dans l'affaire Kadi[403]. Le nombre de ces hypothèses, inversement proportionnel au caractère parfois

---

[398] Cité par R.H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., p 247, pour d'autres exemples concernant V. les notes 75 et 76.
[399] V. le compte rendu de la réunion du 25 septembre 1997 de l'ORD, WT/DSB/M/37, 4 novembre 1997.
[400] V. les propositions des Etats-Unis et du Chili à la réforme du MARD, TN/DS/W/28, 23 décembre 2002 ; TN/DS/W/46, 11 f.vrier 2003 ; TN/DS/W/52, 14 mars 2003 ; TN/DS/W/74, 15 mars 2005.
[401] S. PRINCEN, « EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics », EJIL, 2004, pp. 555-574,
[402] Protocole sur l'article 157 du TFUE qui interprète la jurisprudence CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, Rec. p. I-1889.
[403] TPICE, 21 sept. 2005, aff. T-315/01, Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil : Rec. p. II-3649.

audacieux de la jurisprudence de la Cour, atteste de son acceptation par les Etats mais aussi par la communauté des Etats. Cette acceptation, plus qu'un simple acquiescement constitue alors la marque du caractère acceptable et accepté de la jurisprudence européenne. L'acceptabilité du raisonnement du juge devient alors un outil permettant l'acceptabilité des décisions et de la jurisprudence[404].

107. Quant à l'ORD, le constat est encore plus frappant. Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel n'acquièrent force obligatoire que du fait de leur adoption par l'ORD, instance politique qui n'est en réalité qu'une formation différente du Conseil général de l'OMC et donc des représentants de l'ensemble des parties contractantes. Toutefois, il faut souligner qu'un consensus en défaveur d'un rapport n'a jamais été réuni. Par ailleurs, en vertu de l'article IX : 2 des accords de Marrakech la Conférence ministérielle et le Conseil général, des instance politiques, disposent du pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du droit de l'OMC[405]. La portée de cette disposition est encore discutée[406]. Néanmoins, il est évident qu'elle permet d'interpréter une disposition des Accords et non d'en modifier la substance[407]. Ce pouvoir exclusif implique que les instances politiques sont les interprètes authentiques du droit de l'OMC. L'Organe d'appel lui-même en convient lorsqu'il déclare que « le fait que ce 'pouvoir exclusif' d'interpréter le traité a été établi de façon si précise dans l'Accord sur l'OMC est un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'est conféré nulle part ailleurs de

---

[404] V. Partie II, Titre II.

[405] V. l'article IX :2 de l'Accord instituant l'OMC aux termes duquel « la Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. S'agissant d'une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1, ils exerceront leur pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres. Le présent paragraphe ne sera pas utilisé d'une manière susceptible d'éroder les dispositions relatives aux amendements de l'article X ».

[406] C.-D. EHLERMANN, L. EHRING, « The Authoritative Interpretation Under Article IX : 2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization : Current Law, Practice and Possible Improvements », *JIEL*, 2005, pp. 803-824 ; T. GAZZINI, « Can Authoritative Interpretation Under Article IX : 2 of the Agreement Establishing the WTO Modify the Rights and Obligations of Members ? », *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 169-181 ; J. BURDA, « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *RQDI*, 2008, pp. 1-24, sp. pp. 4-7.

[407] T. GAZZINI, « Can Authoritative Interpretation Under Article IX : 2 of the Agreement Establishing the WTO Modify the Rights and Obligations of Members ? », préc., p. 175. Il s'agit également de la position de l'Organe d'appel selon lequel « ces interprétations multilatérales sont censées préciser le sens des obligations existantes et non en modifier la teneur », Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Deuxième recours de l'Equateur à l'article 21.5, Recours des Etats-Unis à l'article 21.5, Rapport de l'Organe d'appel du 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, § 383.

façon implicite ou fortuite »[408]. Et pourtant les Membres ne sont jamais parvenus à user de cette disposition pour contrecarrer une interprétation de l'Organe d'appel ou d'un Groupe spécial alors même que des demandes en ce sens ont été formulées[409]. Par ailleurs, la déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique[410] ne peut être lue comme une telle interprétation étant donné que la procédure l'article IX : 2 n'a pas été respectée[411]. Il en ressort également un renforcement du juge de l'Organisation mondiale du commerce, comme le souligne M. Weiler, l'interprétation relève de droit au Conseil général, mais dans les faits ce pouvoir est entre les mains de l'Organe d'appel[412], ce qui mène selon cet auteur, certaines délégations à l'OMC à affirmer « We have created a Court…». L'article IX :2 souligne que la communauté des Membres de l'OMC dispose du pouvoir de faire échec aux interprétations du juge. Le fait que les demandes d'interprétation n'aient jamais abouti atteste du caractère accepté et acceptable des décisions du juge. Les Membres de l'Organisation ne sont toutefois pas les seuls à pouvoir conditionner l'effectivité des décisions du juge multilatéral et du juge européen. Le juge interne peut également conditionner cette effectivité.

2 Action du juge interne

108. L'effectivité de la décision du juge dépend également de sa réception et de son application par le juge interne. A cet égard, la problématique des effets du droit de l'OMC et des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans l'ordre juridique européen est révélatrice. Même si la posture de la Cour dans ce cas dépend plus de considérations liées à l'autonomie du droit de l'Union ainsi qu'à la nécessaire marge de négociation de la Commission, elle n'en affecte pas moins l'effectivité du droit de l'OMC.

---

[408] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 16 ; sur l'article IX : 2, V. Etats-Unis — Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle, rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012, WT/DS406/AB/R, §§ 247 et s

[409] L'Union européenne a introduit une telle visant les articles 3:7, 21:5, 22:2, 22:6, 22:7 et 23 du MARD V. la demande pour une interprétation au titre de l'Article IX:2 des Accords de Marrakech, OMC Doc. WT/GC/W/133, WT/GC/W/143, la réunion du Conseil Général n'a pas eu lieu.

[410] Conférence ministérielle, Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique – adoptée le 20 novembre 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001.

[411] Sur ce point, M. Burda reconnaît que les organes politiques de l'OMC n'ont pas mis en œuvre la possibilité offerte par l'article IX :2. Cependant, il considère que la Déclaration de Doha « témoigne de la possibilité que les Membres ont de contourner l'article IX : 2 pour interpréter authentiquement les différentes dispositions des accords de l'Organisation », J. BURDA, « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », préc., p. 6.

109. Plus symptomatique encore est la relation nouée par la Cour de justice et les juridictions nationales. Le renvoi préjudiciel couplé avec la reconnaissance de l'effet direct et de la primauté du droit européen font du juge national le véritable « juge communautaire de droit commun »[413]. Cette fonction du juge national implique qu'il soit le relai de la préservation des droits que les particuliers tirent du droit européen ainsi que le gardien de l'uniformité d'application de ce droit. Or, les relations entre la Cour et les juges nationaux ne sont pas de type hiérarchique. A cet égard, la possibilité d'un manquement judiciaire[414], contrairement à ce que la Cour elle-même semble en déduire[415], ne doit pas tromper. Si la Cour a reconnu la possibilité théorique d'un tel manquement, elle a surtout sanctionné le législateur qui n'avait pas modifié la loi nationale, permettant ainsi aux juges de mener une interprétation contraire au droit de l'Union. De même lorsque la Cour pose le principe de la responsabilité des Etats Membres pour violation du droit de l'Union par une juridiction suprême[416], la responsabilité est en réalité engagée dans l'ordre juridique interne. Ces relations de juge à juge nécessitent forcément que les juges nationaux acceptent la jurisprudence de la Cour ou que la Cour s'ouvre aux conceptions nationales. Cette relation de juge à juge implique également de la part de la Cour une certaine pédagogie. En effet comme le souligne M. Dumon, la Cour doit prendre garde à éviter une « rébellion » des juges nationaux[417].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

110. Il ressort de l'analyse des fonctions attribuées au juge de l'Union européenne et au juge de l'OMC qu'elles ne sont pas strcitement conçues de la même manière. Ainsi, l'autorité fonctionnelle du juge européen ne fait pas de doutes alors qu'elle est plus difficile à saisir pour le juge de l'Organisation mondiale du commerce. Ces différences de conception de la fonction entre les deux juges sont à même de donner naissance à des raisonnements quelque

---

[412] J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats–Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *JWT*, 2001, pp. 191-207.
[413] O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle des Etats Membres au sein de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.
[414] CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00, Rec. p. I-14637.
[415] CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, Projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, Rec. p. I-01137.
[416] CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239.
[417] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc.,

peu différents. Il s'avère que la fonction du juge européen et du juge multilatéral est *in fine* peu encadrée. Ainsi, les Traités européens ne comportent pas de prescrition relative à l'intensité du contrôle ou aux méthodes d'interprétation dont le juge devrait faire usage. Le mémorandum d'accord sur le règlement des différends est ici plus prolixe. Ainsi, le processus interprétatif et le résultat de l'interprétation du juge font l'objet de dispositions au sein de ce texte. Quant au critère d'examen, il appert que l'article 11 du MARD, contrairement à l'article 17.6 de l'Accord antidumping, ne suppose pas nécessairement que le juge fasse preuve de déférence envers les Membres de l'OMC. Par ailleurs, ces deux juges sont soumis à une contrainte de réponse aux demandes des parties dont la portée sur le raisonnement se mesure au regard du caractère éventuellement incomplet ou indéterminé du droit. L'autorité fonctionnelle du juge européen et du juge de l'OMC se double d'une autorité institutionnelle affirmée. Garantie en premier lieu par l'indépendance et l'impartialité du juge, elle se traduit en second lieu par le caractère obligatoire et effectif de ses décisions. Si celles-ci peuvent être remises en cause dans certains cas limites, la pratique contraire tend à montrer que le raisonnement du juge est un vecteur d'acceptabilité de la jurisprudence. Au-delà de la fonction qu'il assigne au juge et de l'autorité institutionnelle qu'il lui attribue, le système juridique par ses caractéristiques matérielles est également à même de déterminer le raisonnement du juge. A cet égard, les systèmes juridiques de l'Union et de l'OMC présentent un degré certain de comparabilité et déterminent le raisonnement du juge.

---

p. III-21.

Chapitre II Les déterminants matériels

111. La théorie positiviste postule la cohérence et la complétude de l'ordre juridique dont « tout l'édifice repose sur l'idée selon laquelle le droit serait cohérent et complet »[418]. La notion d'ordre juridique est intimement liée aux notions de structure et de logique. Comme le souligne M. Chevallier, la notion d'ordre caractérise non seulement l'ensemble des normes mais également le principe qui guide leurs relations[419]. Un ordre juridique est alors défini comme « l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine »[420]. Ainsi, la logique est inhérente à la notion d'ordre juridique puisque les normes qu'il contient sont « enchaînées logiquement »[421], elle suppose alors que le droit « possède tous les caractères d'un système, notamment d'être complet, cohérent, c'est-à-dire qu'il ne comporte ni lacunes, ni antinomies ou contradictions entre normes »[422]. Cependant, les dogmes de cohérence et de complétude du système juridique constituent en réalité une « vision idéale »[423] de l'ordre juridique ou un idéal-type[424] et sont de plus en plus contestés[425]. Remis en cause par les

---

[418] P. PEDROT, « Le processus juridictionnel et droit des personnes : argumentation et délibération », », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 283-292 et sp. p. 285.

[419] J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, J. CHEVALLIER (dir.), Paris, PUF, 1984, pp. 7-49, sp. p. 7, selon cet auteur « conçu comme synonyme d'ordonnancement, l'ordre désigne alors à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment ».

[420] C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1113.

[421] S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. de la 2e éd. de *l'Ordinamento giuridico* par L. FRANCOIS, P. GOTHOT, 2e éd., Dalloz, 2002, p. 8.

[422] M. TROPER, « Normativisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1078.

[423] V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *Dalloz*, 2006, p. 2279 et s.

[424] S. BELAID, S. BOURAOUI, S. BEN ACHOUR-DEROUICHE, S. LAGHMANI, « Mutations des systèmes juridiques. Note pour une modélisation », *Droit et société*, 1990, pp. 173-180, sp. p. 177.

[425] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002 ; J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

notions de pluralisme[426]ou de droit en réseau[427], sous un double mouvement d'acceptation de la rationalité limitée du législateur et d'ouverture des systèmes juridiques aux influences et aux normes issues d'autres systèmes, l'ordre juridique caractérisé par une logique du flou[428] est alors accepté comme parfois incohérent ou lacunaire. Les systèmes juridiques européen et de l'Organisation mondiale du commerce n'échappent pas à ce constat. Ils souffrent d'incohérences entre certaines de leurs dispositions et comportent des lacunes. Au-delà des enjeux théoriques, les incohérences et lacunes des systèmes de l'Union et de l'OMC constituent un défi pour le juge qui ne peut se dégager de son obligation de trancher les litiges qui lui sont soumis. Le juge doit alors concilier son obligation de juger et les défaillances du système juridique sans pour autant dépasser les limites de la fonction qui lui est attribuée. La jurisprudence atteste de similitudes fortes du raisonnement des juges au sein de l'Union et de l'OMC face aux incohérences et lacunes. Dans l'Union comme dans l'OMC, le raisonnement du juge est un vecteur de cohérence du système par la conciliation volontairement opérée par le juge (Section I). De même, le raisonnement du juge est un instrument de complétude du système (Section II).

Section I Les incohérences des systèmes juridiques

112. Envisagée *in abstracto*, la cohérence du système signifie que les éléments de ce système « ne s'agrègent pas par hasard »[429]. En effet, seule la logique, en tant que principe structurant et directeur des relations entre les normes, pourrait garantir que toutes les normes composant le système aient un sens. A ce titre, Kelsen considérait que l'ordre juridique est « à coup sûr logiquement cohérent parce que des normes contradictoires seraient dépourvues de sens »[430]. La cohérence du système juridique doit cependant être relativisée à l'aune de plusieurs phénomènes. En premier lieu, elle est mise à mal par le jeu des alternances politiques, la rationalité limitée du législateur ainsi que la discontinuité des institutions. En second lieu, elle souffre de la complexité, de la fragmentation et de l'évolution du droit.

---

[426] M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Tome II : Le pluralisme ordonné*, Paris Seuil, 2006 ; N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, pp. 317-359.
[427] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, préc.
[428] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2ème éd. 2004.
[429] J. COMBACAU, « Le droit international, bric à brac ou système ? », *APD*, 1986, pp. 85-105, sp. p. 86.
[430] O. PFERSMANN, « Antinomie », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.),

Certaines incohérences du système apparaissent, par exemple, lorsque les normes relèvent de « deux domaines distincts du droit voire de deux âges différents dans l'évolution d'un système juridique »[431]. De même, la pensée juridique semble avoir été pendant longtemps rétive à « toute représentation du droit qui ne serait pas unitaire ou unifiée, cohérente, en bref non complexe »[432]. Or, la complexité des relations juridiques est aujourd'hui incontestable et résulte notamment de l'accumulation des sources du droit au sein d'un même système.

113. Il n'est cependant pas aisé de comprendre précisément de quelle façon se matérialise l'incohérence du système juridique eu égard à la profusion sémantique que recouvre ce phénomène. Il est d'abord appréhendé par la notion d'antinomie, celle-ci faisant elle-même l'objet de définitions et d'acceptions diverses. En droit international, une antinomie est une « situation dans laquelle le droit applicable à une situation donnée prescrit deux solutions incompatibles »[433], la contradiction est quant à elle engendrée par deux dispositions de traités distincts, deux dispositions distinctes d'un même traité. Plus généralement, M. Pfersmann souligne que la problématique des antinomies a d'abord été envisagée comme un conflit puisqu'une antinomie suppose que « deux ou plusieurs normes imposent des obligations qu'il est impossible de satisfaire simultanément »[434]. A l'instar de plusieurs auteurs, il distingue plusieurs catégories d'antinomies[435]. Ce qui caractérise l'antinomie c'est l'incompatibilité des solutions prescrites par les normes. D'ailleurs, pour M. Foriers, une antinomie survient lorsque pour un même litige deux règles de droit sont applicables et que l'application de ces

---

Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 68.

[431] J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, p. 124.

[432] *Idem*, p. 118.

[433] J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

[434] O. PFERSMANN, « Antinomie », préc., p. 68.

[435] M. Pfersmann met en évidence les antinomies inter normatives qui sont en général réglées par des règles de conflit, comme la *lex specialis*, ou plus simplement par la hiérarchie des normes, V. O. PFERSMANN, « Antinomie », préc., p. 68. Dans la lignée de M. Ross, Mme Champeil-Desplat catégorise les antinomies en trois groupes : l'antinomie totale-totale, l'antinomie partielle-partielle et l'antinomie totale-partielle. L'antinomie totale-totale survient quand « les circonstances temporelles, spatiales, personnelles et matérielles que visent les énoncés normatifs coïncident entièrement : une norme ordonne exactement de faire ce que l'autre interdit ; l'une ordonne exactement ce que l'autre permet de ne pas faire ; enfin l'une interdit exactement de faire ce que l'autre permet de faire ». L'antinomie est considérée comme partielle-partielle si les champs d'application des normes incompatibles ne coïncident pas tout à fait. Enfin, l'antinomie est totale-partielle « lorsque deux normes incompatibles ont un champ d'application en partie identique mais que l'un est plus restreint que l'autre », V. V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi et Diritto*, 2001, pp. 59-70, sp. p. 61.

règles conduit à des solutions différentes[436]. Cette idée d'incompatibilité ressort également de l'emploi du terme « conflit » pour désigner ces situations[437]. Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'incompatibilité logique mais deux normes peuvent s'appliquer à un même problème juridique et lui apporter des solutions différentes. La notion se rapproche alors de l'incohérence, et comme le souligne M. Sueur, l'hypothèse de l'antinomie est moins fréquente que celle d'une incohérence « politique ou idéologique »[438]. Au-delà des antinomies *stricto sensu* qui mènent à une incompatibilité juridique, les hypothèses de conflit et d'incohérence qui engendrent des solutions différentes doivent être prises en compte.

114. « L'ordre est le plaisir de la raison, le désordre est le délice de l'imagination »[439]. Appliqué au droit ce précepte serait pour le juge source d'une marge de liberté importante. Or, il n'en est rien. Les incohérences du système juridique ne mènent pas le juge à privilégier l'imagination à l'ordre car la rationalité constitue un principe fort du raisonnement du juge[440]. Cette recherche de rationalité s'observe à des degrés divers selon la nature de l'incohérence. En effet, les incohérences sont en droit de l'Union et en droit de l'OMC d'ordre technique et axiologique. Dans la première hypothèse, elles résultent de la structure des Traités ou de divergences linguistiques. Elles sont axiologiques lorsqu'elles découlent des valeurs sous-tendues par le droit. Les incohérences techniques et axiologiques n'ont pas la même nature. Les premières sont des conséquences inévitables des caractéristiques des ordres juridiques de l'Union et de l'OMC. Au contraire, les secondes résultent du choix des valeurs sous-tendues

---

[436] P. FORIERS, « Les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 22.

[437] J.PAUWELYN, *Conflict of norms in public international law, the exemple of the WTO : internal hierarchy and how the WTO law relates to the others rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; D. DE BECHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, 2001, pp. 107-122 ; V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs: les conflits axio-téléologiques de normes », préc. ; C. G. VAN DER PLAS, « The limit of the judicial function and the conflict of laws », *Netherlands international law review*, 2006, pp. 439-470 ; E. VRANES, « The definition of norm conflict in international law and legal theory », *EJIL*, 2006, pp. 395-418 ; G. MARCEAU, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions : The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties », *JWT*, 2001, pp. 1081-1131.

[438] J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, préc., p. 124.

[439] P. CLAUDEL, *Le soulier de satin*, Paris, Gallimard, 1957, p. 12.

[440] Sur ce point, il est possible d'opérer un parallèle avec l'interprétation du droit. Certains auteurs ont en effet démontré que l'interprétation est un jeu qui comporte nécessairement des règles. Parmi ces règles fondamentales figure « l'interprétation qui conforte la « rationalité du législateur » (image destinée à traduire la cohérence logique et axiologique du système juridique, ainsi que son caractère opératoire) représente le noyau dur de ce sens du jeu », V. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in *Interprétation et droit*, P. AMSELEK (dir.), Bruxelles, Bruylant,

par le droit. Les incohérences techniques appellent du juge dans l'Union et dans l'OMC un raisonnement de mise en cohérence (§1er). Les secondes mènent ces juges à une recherche de conciliation qui cède parfois le pas à une démarche plus respectueuse des valeurs considérées comme dominantes par les Traités (§2nd).

Paragraphe I Les incohérences techniques

115. Les incohérences techniques présentent en droit de l'Union européenne et de l'OMC un caractère inévitable. Leur présence au sein de ces systèmes juridiques est en effet liée à certaines de leurs caractéristiques communes (A). Les juges développent face à ces incohérences un raisonnement comparable en termes de substance et de finalités, et des méthodes communes leur permettent de mettre en cohérence les systèmes juridiques (B).

A Des incohérences techniques comparables

116. Les incohérences techniques ne sont pas l'apanage du droit européen et du droit de l'OMC. Cependant, elles présentent dans ces deux corps de règles un caractère inévitable. En tant qu'organisations rassemblant un nombre important de Membres ne partageant pas la même langue, l'Union et l'OMC ont fait le choix du multilinguisme. Or, l'énonciation de règles juridiques en plusieurs langues mène nécessairement à des divergences linguistiques (1). Par ailleurs, la structure des engagements dans le cadre de l'OMC et du droit européen engendre également un certain nombre d'incohérences techniques (2).

1 Des incohérences linguistiques

117. Les incohérences techniques sont en premier lieu d'ordre linguistique. En effet, lorsque le même Traité ou la même règle juridique sont rédigés en plusieurs langues qui font foi, il est possible, voire inévitable, que certaines versions des règles communes présentent des incohérences[441]. Ce phénomène s'observe dans toutes les communautés, étatiques ou internationales, qui énoncent des règles juridiques en plusieurs langues. Il est cependant particulièrement saillant au sein de l'Union européenne et de l'OMC en raison du

---

1995, pp. 135- 153, sp. p. 152.

[441] B. CONDON, « Lost in translation : plurilingual interpretation of WTO law », *JIDS*, 2010, pp. 191-216.

multilinguisme pratiqué au sein de ces deux entités.

118. L'Union européenne compte actuellement 24 langues officielles[442]. Ce multilinguisme n'était pourtant pas une évidence historique. En effet, le Traité CECA avait été rédigé et authentifié uniquement en langue française[443]. Ce choix a rapidement fait place au multilinguisme[444] dans les Traités CEE et CEEA[445]. Il a ensuite été perpétué au fil des révisons des Traités[446] et appliqué au droit dérivé. Il s'est également enrichi de nouvelles langues officielles au gré des élargissements. Dans l'Union, le multilinguisme qui s'apparentait initialement à un vecteur d'égalité des Etats Membres devient de plus en plus une question d'ordre politique liée au respect de l'identité de chacun[447]. L'OMC compte, ainsi qu'il ressort des clauses d'indentification de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay et de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, trois langues officielles. Les accords ayant été rédigé en langues française, anglaise et espagnole, chacun des trois textes faisant foi, ce principe s'applique à l'ensemble des Accords. Toutefois, certains documents sont authentiques dans certaines versions linguistiques uniquement. Il en va ainsi des listes d'engagement en matière de services. Pour les Etats-Unis, seule la version anglaise des listes fait foi, pour le Mexique

---

[442] Au 4 août 2013 et suite à l'adhésion de la Croatie sont des langues officielles de l'Union : l'allemand, l'anglais, le bulgare, le croate, le danois, l'espagnol, l'estonien, le finnois, le français, le grec, le néerlandais, le hongrois, l'irlandais, l'italien, le letton, le lituanien, le maltais, le polonais, le portugais, le roumain, le slovaque, le slovène, le suédois et le tchèque.

[443] L'article 100 du Traité CECA disposait ainsi que « le présent Traité, rédigé en un seul exemplaire, sera déposé dans les archives du Gouvernement de la République Française, qui en remettra une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des autres Etats signataires ».

[444] Sur l'évolution vers le multilinguisme et ses motivations dans l'Union européenne V. A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », *RTDE*, 2001, pp. 235-270.

[445] V. les articles 248 du Traité CEE et 225 du Traité CEEA.

[446] V. les articles 34 de l'Acte Unique européen, S des dispositions finales du Traité de Maastricht , 53 du titre 8 du Traité d'Amsterdam. L'article 55 du TUE dispose aujourd'hui que « les textes établis dans chacune de ces langues faisant également foi », ce principe est également applicable dans le cadre du TFUE en vertu de l'article 358 de ce Traité aux termes duquel « Les dispositions de l'article 55 du traité sur l'Union européenne sont applicables au présent traité ».

[447] Ainsi, le multilinguisme peut être lié à l'article 3§ 4 du TUE en vertu duquel l'Union « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique » ou à l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux. Par ailleurs, au-delà des difficultés et coûts de traduction engendrés, le multilinguisme peut également affecter les compétences de l'Union. Ainsi, en vertu de l'article 207 TFUE, l'unanimité est exigée au sein du Conseil pour la négociation et la conclusion d'accords extérieurs dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels si les accords envisagés risquent de porter atteinte à la diversité tant culturelle que linguistique de l'Union. Enfin, la question linguistique a été la source des oppositions italienne et espagnole au projet de brevet européen contraignant ainsi les autres Membres de l'Union à avoir recours au mécanisme de la coopération renforcée dont le principe a été validé par le Cour V. CJUE, 16 avril 2013, Espagne c/ Conseil et Italie c/ Conseil, aff. jtes C-274/11 et C-295/11 : *Europe*, 2013, comm. 252, obs. D. SIMON.

seule la version espagnole a ce caractère, pour le Canada les versions française et anglaise font également foi.

119. Ce choix du multilinguisme peut engendrer de redoutables problèmes car il implique de recourir à la traduction. Or, l'opération de traduction ne constitue pas une science exacte, chaque langue reposant sur des présupposés culturels qui lui sont propres. La traduction peut ainsi engendrer des phénomènes d'incohérences de sens qui sont moins le résultat d'erreurs de traduction que de nuances propres à chaque langue. L'existence d'une culture juridique commune à tous ne peut par ailleurs suffire à résorber ce problème *ex ante*. En effet, les concepts juridiques sont également intimement liés aux différentes traditions juridiques. Enfin, le problème s'accroît proportionnellement au nombre de langues dans lesquelles il faut traduire les textes.

120. Les droits de l'Union et de l'OMC contiennent nombre d'exemples de ces incohérences linguistiques.

121. Dans l'Union, la décision 2003/199[448] relative à la non-inscription de l'aldicarbe à l'annexe I de la directive 91/414[449] et au retrait des autorisations accordées aux produits phytopharmaceutiques contenant cette substance active comprend une divergence entre les différentes versions linguistiques de son article 2 premier alinéa point 3. Dans la version néerlandaise, l'emploi du terme « verstrekken » signifie que les États Membres peuvent « octroyer » des autorisations de mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques qui contiennent de l'aldicarbe. En revanche, les termes employés dans d'autres versions linguistiques - allemande, anglaise, polonaise ou slovaque - impliquent que les Etats peuvent uniquement maintenir de telles autorisations en vigueur[450]. Cette différence sémantique est de taille, puisqu'elle conditionne directement la mise sur le marché de certains produits[451].

---

[448] Décision 2003/199/CE du Conseil, du 18 mars 2003, concernant la non-inscription de l'aldicarbe à l'annexe I de la directive 91/414/CEE et le retrait des autorisations accordées aux produits phytopharmaceutiques contenant cette substance active (JO n° L 76, p. 21).

[449] Directive n° 91/414/CEE du Conseil du 15 juin 2011concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (JO L 230, 19 août 1991, p. 1).

[450] Cela ressort des termes employés dans les versions allemande (« weiter gelten lassen darf »), anglaise (« may maintain in force »), polonaise (« może utrzymać w mocy ») et slovaque (« môže zachovať v účinnosti »).

[451] CJCE, 9 mars 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie et Stichting Natuur en Milieu contre College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen, aff. C-174/05, Rec. p. I-2443, pt. 24. La Cour juge que l'article 2

122. De même, les différentes versions de l'article 25§ 1 du règlement 804/68 portant organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers divergent[452]. Selon cette disposition, les Etats Membres peuvent octroyer à des organisations représentant un certain pourcentage des producteurs de lait le droit exclusif d'acheter aux producteurs leur production de lait. Or selon la version anglaise, ce droit porterait sur tous les types de lait ayant fait l'objet d'un traitement comme cela ressort de l'expression « the milk which they produce and market without processing ». En revanche, les versions française et allemande distinguent le lait en l'état et les produits qui résultent de la transformation du lait. A nouveau, la distinction est importante puisqu'elle conditionne matériellement le champ d'intervention des organisations de producteurs[453].

123. A l'OMC, on peut également mettre en évidence des différences entre les versions linguistiques de certains accords. Par exemple, les versions de l'article 7.2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends ne coïncident pas tout à fait. Selon la version française, les Groupes spéciaux doivent examiner « les dispositions pertinentes de l'accord visé ou des accords visés cités par les parties au différend ». La notion de « dispositions pertinentes » ressort également de l'emploi de l'expression « relevant provisions » dans la version anglaise. En revanche, la version espagnole ne fait pas ressortir cette nuance puisque selon elle les Groupes spéciaux doivent examiner « las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia ». Cette différence terminologique, au sein d'une disposition qui réglemente le mandat des Groupes spéciaux, interpelle. Selon la version espagnole, les Groupes spéciaux doivent examiner toutes les dispositions de l'Accord visé par les parties et pas uniquement les dispositions « pertinentes ». De même, les versions anglaise et française de l'article 18.2 du MARD, relatif à la confidentialité des communications écrites entre les parties au différend et le Groupe spécial, contiennent une nuance d'obligation que la version espagnole n'inclut pas. Le caractère obligatoire de la

---

premier alinéa point 3 de la décision permet, sous conditions, aux Etats de maintenir en vigueur les autorisations de mise sur le marché des produits qui contiennent de l'aldicarbe pour des usages essentiels jusqu'au 30 juin 2007.

[452] Règlement n° 804/68/CEE du Conseil 27 juin 1968 portant organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers (JO n° L 148, 28 juin 1968, p. 13).

[453] CJCE, 27 mars 1990, Milk Marketing Board of England and Wales c/ Cricket St. Thomas Estate, aff. 372/88, Rec. p. I-1345. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si le droit exclusif du Milk Marketing Board s'étendait au lait pasteurisé. Alors que la version anglaise pouvait semer le doute sur ce point, la Cour juge,

confidentialité ressort clairement de la version française selon laquelle « une partie à un différend fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses exposés écrits qui peuvent être communiqués au public ». L'emploi du terme « shall » dans la version anglaise traduit également cette nuance. En revanche, selon la version espagnole « a petición de un Miembro, una parte en la diferencia podrá también facilitar un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones escritas que pueda hacerse ». L'emploi du verbe « poder » qui renvoie à une possibilité, et non du verbe « deber » qui induit une véritable obligation, atteste de la différence des versions linguistiques. Un autre exemple significatif ressort de la lecture des versions linguistiques de l'article XVII :1 de l'AGCS qui énonce l'obligation de traitement national dans le cadre du commerce des services. Il ressort du texte en langue française que les Membres de l'OMC doivent accorder aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui accordé « à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ». Dans la version anglaise, l'obligation de ne pas discriminer entre les services et les fournisseurs de services similaires ressort également de l'expression « to its own like services and service suppliers » et particulièrement de la conjonction « and ». En revanche, selon la version espagnole l'obligation semble plus limitée. En effet, les Membres doivent appliquer aux services et fournisseurs de services étrangers un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé « a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares ». Or, en espagnol, la conjonction « o » marque une alternative et non la liaison entre deux groupes de mots[454].

124. Ces quelques exemples montrent bien que l'apparition de divergences entre les différentes versions linguistiques d'un même texte est un phénomène assez courant dans les systèmes juridiques de l'OMC et de l'Union européenne. Face à de telles divergences, dans la mesure où toutes les versions linguistiques du texte font foi, le juge doit nécessairement chercher à concilier ces incohérences. Les incohérences techniques comprennent une autre catégorie d'incohérences, celles qui résultent de la structure du droit européen et du droit de

---

au regard des divergences linguistiques, que le droit exclusif s'applique au lait pasteurisé (pt. 25).

[454] Cette divergence est d'autant plus étonnante que la conjonction « y » est employée dans l'expression « a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro » qui désigne, au sein du même article,

l'OMC.

2 Des incohérences structurelles

125. La structure des Traités tant européens que celle des Accords dans l'OMC[455] engendre également des incohérences techniques. Dans cette hypothèse, elles sont la conséquence de l'existence d'une myriade d'accords au sein de l'OMC et de la distinction entre les différentes Communautés puis entre les différents piliers dans l'ordre juridique européen. Si ce phénomène est présent dans l'Union et dans l'OMC, il est néanmoins plus prégnant dans cette dernière.

126. L'Europe s'est historiquement construite dans le cadre de trois Communautés distinctes. A la Communauté européenne du charbon et de l'acier, sont venues s'adjoindre la Communauté économique européenne et l'Euratom. Alors que cette structure aurait pu engendrer des incohérences notamment entre la CECA et la Communauté économique, l'article 232 du Traité de Rome disposait que les dispositions de ce Traité ne modifiaient pas celle de la CECA et ne portaient pas atteinte à la Communauté de l'énergie atomique[456]. L'avènement de l'Union européenne et la structuration de l'Union en piliers a en revanche constitué un facteur de risque d'incohérence notamment dans les relations entre les piliers. Enfin, même si la Traité de Lisbonne met fin à cette structuration de l'Union en piliers, il maintient tout de même la spécificité de certains domaines et notamment de la politique étrangère et de sécurité commune. A cet égard, l'article 47 du TUE prévoit que la mise en œuvre de cette politique spécifique ne porte pas atteinte aux attributions des institutions dans les autres domaines ni aux procédures prévues dans ces derniers et réciproquement. Enfin, d'éventuelles incohérences peuvent naître du caractère *a priori* sectoriel du droit dérivé. Ce caractère sectoriel de l'intégration européenne peut donner lieu à des conflits de nature

---

les « services et fournisseurs de tout autre Membre ».

[455] Sur la structure des Accords OMC V. C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court': Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO », préc., p. 629 et s. ; Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », préc. ; W. J. DAVEY, « The Quest for Consistency: Principles Governing the Interrelation of the WTO Agreements », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (dir.), New-York, Springer, 2008, pp. 101-128 ; L. BARTELS, « Treaty Conflicts in WTO Law – A Comment on William J. Davey's Paper 'The Quest for Consistency' », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (dir.), New-York, Springer, 2008, pp. 129-148.

[456] Devenu l'article 305 TCE, cette disposition a été abrogée par le Traité de Lisbonne.

différente. D'une part, elle engendre des conflits de base juridique. D'autre part, elle peut être à l'origine de conflits matériels entre les prescriptions des règles de droit dérivé. Cependant, nombre de textes européens anticipent les conflits, soit que leur champ d'application est déterminé[457], soit qu'ils prévoient leur articulation avec d'autres textes et précisent qu'ils s'appliquent sans préjudice d'autres dispositions[458]. Cette coordination *ex ante* permet normalement de prévenir les conflits.

127. Dans l'OMC, la situation est plus complexe. Pour les négociateurs des accords commerciaux multilatéraux, les obligations devaient être considérées « comme un tout »[459], ils « entendaient mettre un terme à la fragmentation qui avait caractérisé l'ancien système »[460]. Malgré cet objectif affiché et revendiqué « la structure formelle du système commercial multilatéral offre un aspect éclaté »[461]. En effet, les obligations dans le cadre de l'OMC sont dispersées dans différents instruments : le Traité de Marrakech, plusieurs accords et mémorandums, des listes des concessions des Membres. Si tous ces instruments sont incorporés dans un traité unique, l'Accord OMC, la technique utilisée à cet effet peut interroger[462]et engendre un déficit de cohérence[463]. Ainsi, l'Accord instituant l'OMC comprend les dispositions institutionnelles de l'organisation. Cet Accord comprend quatre annexes techniques dans lesquelles sont énoncées les obligations substantielles des Membres de l'OMC. Ces annexes regroupent en effet les différents Accords ainsi que les listes

---

[457] En matière de marchés publics, les directives ont un champ d'application délimité. La directive 2004/18 directive n° 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO n°L 134, 30 avril 2004, p.114) s'applique sauf si le marché public relève des secteurs spéciaux régis par la directive 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (directive n° 2004/17/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004, JO n° L 134, 30 avril 2004, p. 1).

[458] La directive n° 2004/48/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO n° L 157, 30 avril 2004, p. 45) est ainsi sans préjudice d'autres dispositions comme la directive n° 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO n° L 167, 22 juin 2001, p. 10).

[459] Déclaration ministérielle sur les négociations d'Uruguay, IBDD, supplément n° 33, p. 21.

[460] Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21 février 1997, WT/DS22/AB/R, p. 19.

[461] Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », préc., p. 656.

[462] *Idem,* pp. 657-658.

[463] Comme le souligne M. Davey le principe du single undertaking « did not succeed in creating one coherent system of legal obligations », W. J. DAVEY, « The Quest for Consistency : Principles Governing the Interrelation of the WTO Agreements », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha*

d'engagements ou de concessions des Membres. Figurent au sein de l'Annexe I, les accords multilatéraux auxquels tous les Membres de l'OMC ont obligatoirement consenti. Cette annexe est elle-même divisée en trois parties. L'Annexe IA, dédiée au commerce des marchandises, comprend le GATT, des mémorandums d'interprétation, les listes d'engagement tarifaires ainsi que les accords suivants : l'accord sur les textiles et les vêtements, l'accord sur l'agriculture, l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, l'accord sur les sauvegardes, l'accord sur les obstacles techniques au commerce, l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'accord antidumping, l'accord sur les règles d'origine, l'accord sur la mise en oeuvre de l'article VII relatif à la valeur en douane, l'accord sur les procédures de licences d'importation et l'accord sur l'inspection avant expédition. L'Annexe 1B est consacrée au commerce des services, à ce titre elle comprend l'AGCS, les listes d'engagements des Membres, des annexes, des protocoles ainsi qu'un certain nombre de décisions. L'Annexe IC comprend l'accord ADPIC. L'Annexe II est également obligatoire pour tous les Membres de l'OMC, elle comprend le mémorandum d'accord relatif au règlement des différends. L'Annexe III est relative au mécanisme d'examen des politiques commerciales. Quant à l'Annexe IV, elle comporte les accords non obligatoires ou accords plurilatéraux comme l'Accord sur les marchés publics et l'Accord sur le commerce des Aéronefs civils.

128. Cette architecture, complexe et fragmentée, induit des risques d'incohérences ou de conflits. Nonobstant l'unité formelle et fonctionnelle du système[464], la séparation du droit de l'OMC en annexes puis en accords distincts est problématique. Il n'est pas exclu qu'une même mesure relève simultanément de l'Annexe IA sur les marchandises et de l'Annexe II consacrée aux services. Ce risque est exacerbé lorsqu'une même question est visée simultanément par plusieurs accords[465]. Il en va ainsi des subventions visées par l'Accord SMC, le GATT[466] ou l'Accord sur l'agriculture. De même, si le MARD comprend les règles applicables en matière de règlement des différends d'autres accords, comme l'Accord

---

Round, S. GRILLER (ed.), New-York, Springer, 2008, pp. 101-128, sp. p. 103.

[464] *Id.*, pp. 654-670.

[465] C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court' : Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the WTO », JWT, 2002, préc., pp. 629-630.

antidumping ou l'Accord SMC, renferment également des dispositions en la matière. Enfin, le risque d'incohérence découle, comme dans nombre de textes juridiques, de l'absence de coordination des dispositions figurant dans un même texte. L'incohérence entre les articles 22 et 21.5 du MARD en atteste. Dans le cadre du règlement des différends, une fois le rapport du juge adopté par l'ORD, le Membre mis en cause doit se mettre en conformité avec les recommandations du rapport. Cette phase de mise en conformité fait l'objet d'une surveillance multilatérale. Le Membre mis en cause doit préciser les mesures qu'il compte adopter pour se mettre en conformité avec le rapport. En cas de désaccord entre les Membres parties au différend sur l'existence de ces mesures ou leur compatibilité avec le droit de l'OMC, l'article 21.5 du MARD prévoit la possibilité de faire trancher ce désaccord par un Groupe spécial. Ce dernier doit, normalement, rendre son rapport sous un délai de 90 jours. Par ailleurs, l'article 22.2 du MARD prévoit que si le Membre mis en cause ne satisfait pas à l'obligation de mise en conformité, les parties au différend doivent négocier une compensation mutuellement acceptable. En l'absence d'accord sur ce point, l'article 22.2 prévoit que le Membre plaignant puisse demander à l'ORD l'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations à l'égard du Membre défaillant. Sur ce point, l'article 22.6 du MARD énonce que l'ORD doit se prononcer dans les 30 jours qui suivent la demande. Il apparaît que les délais prévus aux articles 22.2 et 22.6 du MARD, permettant à un Membre de demander l'autorisation d'imposer des contre-mesures, ne sont pas suffisantes pour permettre d'utiliser préalablement la procédure de l'article 21.5 du MARD. Cette incohérence est d'autant plus gênante qu'en vertu de l'article 23 du MARD les Membres doivent respecter les prescriptions des articles 21 et 22 du MARD.

129. Cette complexité n'a pas échappé aux négociateurs qui ont anticipé certains conflits. L'article XVI : 3 de l'Accord de Marrakech prévoit qu'en cas de conflit entre une disposition de cet Accord et une disposition d'un accord multilatéral, la première doit prévaloir. De plus, la note interprétative générale relative à l'Annexe 1A ordonne les relations entre le GATT et les douze accords composant cette annexe[467]. Dans l'hypothèse d'un conflit, les dispositions

---

[466] V. les articles VI, XIX, XXIII du GATT.

[467] V. la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A en vertu de laquelle « En cas de conflit entre une disposition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans les accords figurant à l'Annexe 1A l'Accord sur l'OMC), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la

des accords spécifiques doivent prévaloir sur le GATT. Cette disposition ne règle cependant pas l'éventuel conflit entre des accords appartenant à l'Annexe IA, de plus, ces deux dispositions ne définissent pas la notion de conflit[468].

130. Quant au règlement des différends, l'article 1.2 du MARD[469] envisage différents conflits. En cas de conflit entre les règles et procédures contenues dans le MARD et celles contenues dans cet Accord, les règles spécifiques, contenues dans les accords, prévalent sur les règles générales du MARD[470]. Quant au conflit qui pourrait survenir entre les règles et

---

limite du conflit ». Le Groupe spécial établi dans le différend Bananes a donné un exemple d'incohérences entre le GATT et un Accord de l'Annexe 1A, « 403Par exemple, l'article XI:1 du GATT de 1994 interdit l'imposition de restrictions quantitatives, sauf dans les cas énumérés à l'article XI:2. L'article 2 de l'Accord sur les textiles et les vêtements autorise l'imposition de restrictions quantitatives dans ce secteur sous réserve des dispositions des paragraphes 1 à 21 de cet article. En d'autres termes, l'article XI:1 du GATT de 1994 interdit ce que l'article 2 de l'Accord sur les textiles autorise de façon tout aussi explicite. Certes, les Membres pourraient en principe se conformer à la fois à l'article XI:1 du GATT et à l'article 2 de l'Accord sur les textiles simplement en s'abstenant d'invoquer le droit d'imposer des restrictions quantitatives dans le secteur des textiles parce que l'article 2 de l'accord l'autorise, sans toutefois le prescrire. Mais une telle interprétation viderait de leur sens des articles, voire des sections entières des accords de l'OMC et irait à l'encontre des objectifs de nombreux accords figurant à l'Annexe 1A qui ont été négociés dans l'intention de créer des droits et des obligations très différents à certains égards de ceux qui découlent du GATT de 1994. Nous considérons donc que, dans l'exemple précédent, la Note interprétative générale stipule qu'une obligation ou une autorisation énoncée dans l'Accord sur les textiles et les vêtements ou dans tout autre accord figurant à l'Annexe 1A prévaut sur la disposition contraire contenue dans le GATT de 1994 ». V. Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport du Groupe spécial (plainte des Etats-Unis) du 22 mai 1997, WT/DS27/R/USA, §§ 7.157-7.163, sp. § 7.159, note de bas de page 403.

[468] W. J. DAVEY, « The Quest for Consistency : Principles Governing the Interrelation of the WTO Agreements », préc., p. 106.

[469] L'article 1.2 MARD dispose que « les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront sous réserve des règles et procédures spéciales ou additionnelles relatives au règlement des différends contenues dans les accords visés qui sont récapitulées à l'Appendice 2 du présent mémorandum d'accord. Dans la mesure où il y a une différence entre les règles et procédures du présent mémorandum d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles indiquées à l'Appendice 2, ces dernières prévaudront. Dans les différends concernant des règles et procédures qui relèvent de plus d'un accord visé, s'il y a conflit entre les règles et procédures spéciales ou additionnelles de ces accords soumis à examen, et dans les cas où les parties au différend ne peuvent s'entendre sur des règles et procédures dans un délai de 20 jours à compter de l'établissement du Groupe spécial, le Président de l'Organe de règlement des différends visé au paragraphe 1 de l'article 2, en consultation avec les parties au différend, déterminera les règles et procédures à suivre dans les 10 jours suivant une demande de l'un ou l'autre Membre. Le Président se fondera sur le principe selon lequel les règles et procédures spéciales ou additionnelles devraient être utilisées dans les cas où cela est possible, et les règles et procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord devraient être utilisées dans la mesure nécessaire pour éviter un conflit ».

[470] Le différend Brésil Programme de financement des exportations pour les aéronefs (rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999, WT/DS46/AB/R) constitue un exemple d'application de cette règle. Alors que l'article 19 du MARD suppose que le Groupe spécial recommande au Membre mis en cause de rendre sa mesure « conforme » au droit de l'OMC, en vertu de l'article 4.7 de l'Accord SMC le Groupe spécial recommande au Membre de retirer la subvention. De même, en vertu de l'article 21.3 du MARD dispose d'un délai raisonnable pour mettre en œuvre les recommandations ou décisions de l'ORD s'il ne peut le faire immédiatement alors qu'en vertu de l'article 4.7 de l'Accord SMC la subvention doit être retirée sans retard.

procédures spéciales contenues dans les différents accords, si les parties ne trouvent pas d'accord sur les règles et procédures à appliquer, alors le Président de l'ORD détermine les règles applicables au différend.

131. Enfin, l'article 21 de l'Accord sur l'agriculture prédétermine les rapports qu'il entretient avec le GATT et les autres Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1A. En effet, les dispositions du GATT et de ces accords s'appliquent sous réserve des dispositions spécifiques énoncées dans l'Accord sur l'agriculture.

132. En dépit de ces dispositions régissant *ex ante* les rapports entre plusieurs accords, de nombreuses questions de coordination ne sont pas réglées laissant ainsi en suspens la question de nombreuses incohérences en droit de l'OMC.

133. Les incohérences techniques font partie intégrante des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'OMC du fait du multilinguisme qui prévaut dans ces organisations et de la fragmentation structurelle de ces systèmes. Or, le juge ne peut se retrancher derrière une incohérence, il doit trancher le litige qui lui est soumis. Le raisonnement du juge devient alors un vecteur privilégié de la cohérence technique du système juridique.

B Le raisonnement : un vecteur commun de cohérence technique

134. Face aux incohérences techniques, qu'elles soient de nature linguistique ou structurelle, le juge va raisonner afin de mettre en cohérence les dispositions présentant des incompatibilités de sens ou d'application. Cette volonté se traduit par une démarche d'interprétation visant à concilier les différentes versions linguistiques des textes (1) et par des méthodes de mise en cohérence ou de conciliation des incohérences structurelles (2).

<u>1 Les incohérences linguistiques : un raisonnement structuré par une nécessaire recherche de cohérence</u>

---

le Brésil contestait en appel la recommandation du Groupe spécial aux termes de laquelle il devait retirer les subventions à l'exportation pour les aéronefs régionaux au titre du PROEX dans un délai de 90 jours. L'Organe d'appel a souligné que l'article 4.7 de l'Accord SMC figure effectivement à l'Appendice 2 du MARD et qu'en conséquence, au regard des différences entre cette disposition et les articles 19 et 21 du MARD, seules les dispositions spéciales de l'Accord SMC et notamment l'article 4.7 de cet Accord

135. Les incohérences linguistiques remettent en cause l'uniformité d'application des règles communes dans l'Union et dans l'OMC. En effet, de telles divergences conduisent les autorités des Membres de ces organisations à appliquer les règles telles qu'elles sont énoncées dans la version linguistique prise en considération. Dès lors, une divergence linguistique peut rompre l'unité des engagements et donner lieu à des détournements des flux économiques. Ces divergences doivent donc être résorbées. Pour se faire, il est nécessaire de définir un sens uniforme de la règle. Cette recherche est source de difficultés pour le juge européen et celui de l'OMC puisque l'incohérence est précisément issue de divergences entre plusieurs versions linguistiques faisant toutes foi de manière égale. A cet égard, outre une recherche commune de sens uniforme postulée par l'article 33 de la Convention de Vienne, le juge de l'Union et le juge de l'OMC mettent en œuvre des méthodes comparables à cette fin.

136. Alors qu'ils doivent faire face à une divergence entre les versions linguistiques d'une règle juridique européenne ou du droit de l'OMC, la Cour et le juge de l'OMC considèrent tout d'abord qu'il est nécessaire de concilier les différentes versions. Cette recherche de conciliation repose sur le même postulat, la multiplicité des versions faisant foi, et implique une méthode comparable. Dans l'OMC, cette volonté de concilier les différentes versions linguistiques se manifeste en dehors même de toute hypothèse de conflit ou d'incohérence entre les versions linguistiques. Naturellement, le juge a recours à cette méthode dans l'hypothèse où une incohérence résulte d'une différence sémantique entre les différentes versions de la règle. La méthode du juge de l'OMC est directement inspirée de l'article 33 de la Convention de Vienne. Conformément à cette disposition, il considère que l'interprétation d'une règle doit donner simultanément effet à toutes les versions linguistiques énonçant la règle[471], et en cas de divergence, l'interprétation doit permettre de concilier toutes les versions du texte[472].

137. Dans l'affaire, Communautés européennes Droits antidumping sur les importations de

---

s'appliquent afin de déterminer le délai de mise en œuvre des rapports (§§ 188-194).

[471] États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, § 59 ; Communautés européennes — Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 8 avril 2003, WT/DS141/AB/RW, §§122-123.

[472] Chili — Système de fourchettes de prix, rapport de l'Organe d'appel du 23 septembre 2002,

linge de lit en coton en provenance de l'Inde, le juge de l'Organisation mondiale du commerce était confronté à l'interprétation de l'article 9 de l'accord antidumping relatif à l'imposition et au recouvrement de droits antidumping. Selon l'article 9.1, il appartient aux Membres de décider d'imposer un droit antidumping « dans les cas où toutes les conditions requises sont remplies ». Par ailleurs, l'article 9.4 limite la liberté des Membres quant au montant maximal des droits imposés dans l'hypothèse où les autorités nationales « auront limité leur examen » en vertu de l'article 6.10. En l'espèce, l'Organe d'appel devait interpréter l'article 9 afin de déterminer si les autorités nationales peuvent imposer des droits antidumping avant d'avoir constaté l'existence d'un dumping ou si elles doivent au préalable mener une enquête afin d'établir l'existence du dumping, du dommage et du lien de causalité entre ces éléments. L'Organe d'appel a consacré la seconde interprétation. Pour se faire, il s'est appuyé sur les versions anglaise et espagnole des articles 9.1 et 9.4 de l'accord afin de montrer que l'emploi du passé composé dans ces deux versions[473] implique nécessairement que l'existence du dumping ait été établie préalablement à toute imposition de droits antidumping[474]. Au moment où il se fonde clairement sur ces versions linguistiques, il renvoie en note à l'article 33.3 de la Convention de Vienne et précise que la version française peut recevoir la même interprétation même si la formulation est quelque peu divergente[475]. Cette démarche a été réitérée. En se fondant sur la présomption de la Convention de Vienne, l'Organe d'appel dans l'affaire Etats-Unis Bois de construction résineux a rappelé que « celui qui interprète le traité devrait chercher le sens qui donne effet, simultanément, à tous les termes du traité, tels qu'ils sont utilisés dans les diverses langues authentiques »[476]. Dans ce

---

WT/DS207/AB/R, § 271.

[473] Selon la version anglaise de l'article 9.1 de l'Accord « The decision whether or not to impose an anti-dumping duty in cases where all requirements for the imposition have been fulfilled » et de l'article 9.4 « any anti-dumping duty applied to imports from exporters or producers not included in the examination shall not exceed: When the authorities have limited their examination in accordance with the second sentence », La version espagnole de l'article 9.1 énonce que « La decisión de establecer o no un derecho antidumping en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento » et de l'article 9.4 « Cuando las autoridades hayan limitado su examen de conformidad con la segunda frase del párrafo 10 del artículo 6… ». Soulignement ajouté.

[474] Communautés européennes — Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 8 avril 2003, WT/DS141/AB/RW, §§122-123.

[475] Dans la version française, les formules décisives se lisent comme suit « sont remplies » et « auront limité ».

[476] États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, § 59. V. également sur ce point la note de bas de page 50 du rapport est symptomatique de la méthode adoptée : « "[L]orsqu'elle a examiné le projet d'article qui a ensuite été adopté en tant qu'article 33:3 de la Convention

différend, le juge devait interpréter la notion de « biens » figurant à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Dans la version française figure la notion de « biens », en anglais celle de « goods » et en espagnol le terme de « bienes ». Alors que les définitions française et espagnole de ces notions permettaient clairement d'inclure les biens incorporels, comme en l'espèce des arbres non récoltés, la définition anglaise ne le permettait pas nécessairement. L'Organe d'appel a considéré que la seule version anglaise ne pouvait prévaloir. Au contraire, il a souligné la nécessité de concilier les différentes versions de cette disposition de l'Accord SMC afin d'inclure les biens incorporels dans son champ d'application. Enfin, dans l'affaire Chili Système de fourchettes de prix, l'Organe d'appel a censuré le raisonnement du Groupe spécial qui n'avait pas tenu compte de l'article 33.4 de la Convention de Vienne face à une divergence des versions linguistiques et avait fait prévaloir la version anglaise de l'article 4.2 de l'Accord sur l'agriculture[477].

138. La méthode du juge européen présente des similitudes avec celle du juge multilatéral. En dépit de l'absence de référence expresse à l'article 33 de la Convention de Vienne, la Cour souligne, en cas de divergences linguistiques en droit de l'Union, la nécessité d'une interprétation uniforme des règles européennes. Cette interprétation uniforme implique que le texte soit « interprété et appliqué à la lumière des versions établies dans les autres langues officielles »[478], en conséquence, une seule version ne peut être envisagée isolément[479] ou

---

de Vienne, la Commission du droit international a fait observer ce qui suit : 'la présomption [que les parties ont voulu donner aux termes employés le même sens dans les divers textes authentiques] exige que rien ne soit négligé pour trouver un sens qui soit commun aux textes avant d'en préférer un à un autre' (Annuaire de la Commission de droit international (1966), volume II, page 245). S'agissant de l'application des règles coutumières d'interprétation pour ce qui est des traités authentifiés dans plus d'une langue, voir aussi la Cour internationale de justice, Fond, affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis c. Italie) 1989, C.I.J. Recueil, paragraphe 132, dans laquelle, en interprétant une disposition du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique et la République italienne de 1948, la Cour internationale de justice a noté qu'il était possible d'interpréter les versions anglaise et italienne 'comme signifiant sensiblement la même chose', en dépit d'une divergence possible quant à la portée' ».

[477] Chili — Système de fourchettes de prix, rapport de l'Organe d'appel du 23 septembre 2002, WT/DS207/AB/R, § 271. L'Organe d'appel souligne qu'il ne souscrit pas à la conclusion du Groupe spécial car il « est arrivé à cette conclusion en interprétant les versions française et espagnole de l'expression 'ordinary customs duty' comme signifiant quelque chose de différent du sens ordinaire de la version anglaise de cette expression. Il est difficile de voir comment, ce faisant, le Groupe spécial a tenu compte de la règle d'interprétation codifiée à l'article 33(4) de la Convention de Vienne selon laquelle 'lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens ..., on adoptera le sens qui ... concilie le mieux ces textes' ».

[478] CJCE, 19 avril 2007, UAB, aff. C-63/06, Rec. p. I-3239, pt. 13 ; CJCE, 12 juillet 1979, Koschniske, aff. 9/79, Rec. p. 2717, pt. 6 ; CJCE, 2 avril 1998, EMU Tobacco, aff. C-296/95, Rec. p. 1605, pt. 36.

[479] CJCE, 19 avril 2007, UAB, aff. C-63/06, Rec. p. I-3239, pt. 13 ; CJCE, 12 juillet 1979, Koschniske, aff. 9/79,

prévaloir sur toutes les autres[480]. En cas de divergences, la Cour exige normalement que toutes les versions linguistiques soient placées sur un pied d'égalité, l'interprète doit donc les prendre toutes en compte afin de fournir une définition uniforme du texte[481]. Cette méthode est assez comparable à celles employées par le juge de l'OMC. En effet, les deux juges refusent de faire prévaloir une version linguistique sur les autres mais cherchent au contraire à concilier les différentes versions linguistiques des textes. Néanmoins, la démarche de la Cour se singularise. En effet, alors qu'elle doit souvent prendre en compte un plus grand nombre de versions authentiques que son homologue de l'OMC, elle recherche surtout une cohérence entre la disposition litigieuse, son contexte et ses finalités. Dès lors, afin de désamorcer les conflits elle considère qu' « en cas de disparité entre les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément »[482]. De manière symptomatique[483], elle a constaté que les versions de l'article 4§ 1 sous a) de la directive 77/799 relative à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États Membres dans le domaine des impôts directs divergent[484]. Cette disposition organise l'échange spontané d'informations entre les autorités des Etats Membres en matière d'impôts sur le revenu et d'impôts sur la fortune. En vertu des versions danoise, espagnole, française, italienne, néerlandaise, portugaise et finnoise, un tel échange peut avoir lieu lorsque l'autorité présume l'existence d'une réduction ou d'une exonération anormales dans un autre Etat Membre. Au

---

Rec. p. 2717, pt. 6 ; CJCE, 2 avril 1998, EMU Tobacco, aff. C-296/95, Rec. p. 1605, pt. 36 ; CJCE, 9 mars 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie et Stichting Natuur en Milieu contre College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen, aff. C-174/05, Rec. p. I-2443, pt. 20.

[480] CJCE, 27 mars 1990, Milk Marketing Board of England and Wales c/ Cricket St. Thomas Estate, aff. 372/88, Rec. p. I-1345, pt. 18.

[481] CJCE, 19 avril 2007, UAB, aff. C-63/06, Rec. p. I-3239, pt. 13 ; CJCE, 12 juillet 1979, Koschniske, aff. 9/79, Rec. p. 2717, pt. 6 ; CJCE, 2 avril 1998, EMU Tobacco, aff. C-296/95, Rec. p. 1605, pt. 36.

[482] CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT c/ Ministère de la Santé, aff. 283/81, Rec. p. 3415 ; CJCE, 9 mars 2000, Evangelischer Krankenhausverein Wien contre Abgabenberufungskommission Wien et Wein & Co. HandelsgesmbH contre Oberösterreichische Landesregierung, aff. C-437/97, pt. 42 ; CJCE, 27 mars 1990, Cricket St Thomas, aff. C-372/88, Rec. p. I-1345, pt. 19 ; CJCE, 24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a., C-72/95, Rec. p. I-5403, pt. 28 ; CJUE, 19 juillet 2012, Lietuvos geležinkeliai AB contre Vilniaus teritorinė muitinė et Muitinės departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, aff. C-250/11, pt. 34 ; CJCE, 29 avril 2004, Plato Plastik Robert Frank, aff. C-341/01, Rec. p. I-4883, pt. 64 ; CJCE, 27 octobre 1977, Régina c/ Pierre Bouchereau, aff. 30/77, Rec. p. I-1999, pt. 14 ; CJCE, 7 décembre 1995, Rockfon, aff. C-449/93, Rec. p. I-4291, pt. 28 ; CJCE, 17 décembre 1998, Codan, aff. C-236/97, Rec. p. I-8679, pt 28, CJUE, 16 juin 2011, Laki, aff. C-351/10, Rec. p. I-5495.

[483] CJCE, 13 avril 2000, W. N., aff. C-420/98, Rec. p. I-2847, pts 20-24.

[484] Directive n° 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États Membres dans le domaine des impôts directs (JO n° L 336, p. 15).

contraire, les versions allemande, hellénique, suédoise et anglaise renvoient à la notion de perte d'impôt. Dans cette affaire, la Cour ne cherche pas à concilier entre elles les différentes versions linguistiques. Au contraire, l'exigence d'interprétation uniforme la conduit directement à interpréter cette disposition en « fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément »[485]. En se fondant sur l'objectif du texte - lutter contre la fraude et faciliter l'établissement des impôts - ainsi que l'économie générale de la directive - la communication d'informations entre les autorités des Etats Membres n'est pas nécessairement liée à la fraude fiscale - elle conclut que la notion de « réduction ou [d'] exonération anormales » renvoie à « une diminution injustifiée d'impôts dans un autre État Membre »[486].

139. La démarche du juge européen et celle du juge de l'OMC présentent des similitudes au sens où ils recherchent une certaine cohérence. Celle-ci suppose de rejeter toute approche qui privilégierait une seule version linguistique au détriment des autres versions. Néanmoins, alors que le juge de l'OMC recherche une véritable conciliation des différentes versions linguistiques du texte comme le préconise la Convention de Vienne, la Cour s'attache davantage à assurer la cohérence entre la disposition problématique, son contexte et son objectif. Quant aux incohérences techniques structurelles, la démarche du juge est à nouveau de rechercher la mise en cohérence.

2 La résolution des incohérences techniques par une recherche de cohérence

140. L'appréhension des incohérences techniques dans le raisonnement du juge européen et multilatéral montre une recherche de cohérence des dispositions juridiques. Cette recherche de cohérence peut s'expliquer, lorsqu'elle est postulée dans les Traités, elle mène alors à l'application de principes logiques (a). Cependant, cette recherche dépasse la seule application de ces principes logiques et lorsqu'il ne peut avoir recours à ces derniers, le juge tente, par son raisonnement, de réintégrer la cohérence au sein du système juridique. Pour ce faire, les juges de l'Union et de l'OMC ont recours aux mêmes méthodes (b).

---

[485] CJCE, 13 avril 2000, W. N., aff. C-420/98, Rec. p. I-2847, pt. 21.
[486] CJCE, 13 avril 2000, W. N., aff. C-420/98, Rec. p. I-2847, pt. 22.

a Le recours aux principes logiques

141. Le juge de l'Organisation mondiale du commerce et la Cour font appel aux principes logiques pour résoudre certains conflits entre les dispositions du droit de l'Union ou du droit de l'OMC[487]. Parmi ces principes logiques figurent la *lex posterior* et la *lex specialis*. La première permet de résoudre les conflits d'un point de vue temporel, la règle la plus récente prime sur la règle plus ancienne. La seconde est une règle matérielle en vertu de laquelle en cas de conflit, la règle qui régit spécialement la situation juridique en cause doit s'appliquer. Ces principes offrent au juge la possibilité de mettre en cohérence plusieurs dispositions juridiques mais ils ne constituent pas réellement une preuve de la volonté du juge de procéder à une mise en cohérence des dispositions.

142. Si la Cour peut avoir recours à la *lex posterior*[488], il est exclu que son homologue de l'OMC fasse de même. En effet, les Accords OMC ont tous été conclus au même moment de sorte que la règle de conflit temporelle ne saurait s'appliquer.

143. La *lex specialis* ne s'applique que « lorsque deux dispositions poursuivent des objectifs identiques, et que leur contenu est antinomique »[489]. Le recours à la *lex specialis* est postulé par le Traité dans les relations entre le Traité CECA et CEE puis CE. Sur ce fondement, la Cour a toujours considéré que le Traité CECA doit être analysé comme un ensemble de règles spécifiques dérogeant aux règles générales exprimées dans le Traité instituant la Communauté européenne[490]. La *lex specialis* permet également l'articulation des textes dont les champs d'application se chevauchent partiellement[491]. La Cour semble parfois

---

[487] Dans le cadre des relations entre le droit de l'Union et le droit des Etats Membres, ces principes ne sont pas applicables puisque ces conflits se résolvent par le principe de primauté (CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141 ; CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. p. 629).

[488] CJCE, 9 septembre 1999, Petrides c/ Commisison, aff. C-64/98 P, Rec. p. I-65. La Cour applique la *lex posterior* sans la nommer expressément (pts 38-42) alors que l'Avocat général citait cette règle (Conclusions pt. 40).

[489] V. les Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous l'affaire CJUE, 6 novembre 2012, Europese Gemeenschap, aff. C-199/11, pt. 26

[490] CJCE, 24 octobre 1985, aff. 239/84, Gerlach, Rec. p. 3507, pts 9 à 11 ; CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94, pts 25-27, TPICE, 5 juin 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi c/Commission ; aff. T-6/99, Rec. p. II-1523, pt. 102.

[491] CJCE, 19 juin 2003, Mayer Parry Recycling, aff. C-444/00, Rec. p. I-6163, pts 51-57 ; CJCE, 23 janvier 2003, Commission c/Autriche, aff. C-221/00, Rec. p. I-1007, pt. 43 ainsi que les Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous cette affaire pt. 48 ; CJCE, 24 octobre 2002, Linhart et Biffl, aff. C-99/01, Rec. p. I-9375, pt. 20 ; CJCE, 14 avril 2005, Belgique c/Commission, aff. C-110/03, Rec. p. I-02801, pt. 30 ; CJCE, 15 décembre 2004, Siig, aff. C-272/03, Rec. p. I-11941, pt. 16 ; CJCE, 18 juillet 2007, Derin, aff. C-325/05,

réticente à avoir recours au principe, et juge alors, en cas de pluralité de textes, que ceux-ci se complètent[492]. Dans l'OMC, la note interprétative relative à l'Annexe IA constitue un exemple d'application de la *lex specialis*. En effet, dans le cadre du commerce des marchandises, le GATT constitue la règle générale alors que les douze accords multilatéraux de l'Annexe IA sont autant de *lex specialis*. En cas de conflits avec une disposition du GATT, ce sont en conséquence leurs dispositions qui s'appliquent. Ce principe a été reconnu et appliqué par l'Organe d'appel dans le cadre des rapports entre le GATT et l'Accord SMC[493]. Enfin, l'Organe d'appel s'est appuyé sur la note interprétative et l'article 21 de l'Accord sur l'agriculture afin de faire prévaloir ce dernier, en tant que *lex specialis* des dispositions du GATT[494]. Dans les hypothèses où les éventuels conflits entre des dispositions d'accords différents sont anticipés et où la règle de résolution des conflits est affirmée le juge multilatéral n'hésite pas à l'appliquer. En revanche, tous les conflits n'ont pas été anticipés. Ainsi, la note interprétative est silencieuse quant à un éventuel conflit entre des dispositions de deux accords multilatéraux appartenant à l'Annexe IA. Dans ce cas, certains auteurs considèrent que la *lex specialis* devrait alors s'appliquer en cas de conflit[495] mais le juge ne s'est pas encore prononcé.

b Les méthodes de mise en cohérence

144. En dehors des hypothèses dans lesquelles l'issue du conflit est prédéterminée par l'application d'une règle antérieure régissant les rapports entre les dispositions en cause, le juge fait preuve de beaucoup de réticences face aux incohérences techniques. Il tente alors de

---

Rec. p. I-6495, pt. 55.

[492] CJUE, 3 février 2011, Ebert, aff. C-359/09, Rec. p. I-269. Alors que dans sa question préjudicielle, le juge de renvoi demandait expressément à la Cour si la directive 98/5 est une *lex specialis* de la directive 89/48 (pt. 23), la Cour considère que les textes se complètent et sont deux voies d'accès à la profession d'avocat.

[493] Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21 février 1997, WT/DS22/AB/R, p. 17. L'Organe d'appel a souligné qu'« en outre, en cas de conflit entre les dispositions de l'Accord SMC et l'article VI du GATT de 1994, les dispositions de l'Accord SMC prévaudraient du fait de la note interprétative générale relative à l'Annexe 1A ». L'Organe d'appel a rappelé ce principe, sans l'appliquer faute de conflit, dans le différend États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, § 134.

[494] Communautés européennes — Subventions à l'exportation de sucre, rapport de l'Organe d'appel du 28 avril 2005, WT/DS265/AB/R, WY/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, §§ 220-223.

[495] J. PAUWELYN, *Conflict of norms in public international law, the exemple of the WTO : internal hierarchy and how the WTO law relates to the others rules of international law*, préc. pp. 399-405, Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », préc., p. 670.

réduire ces hypothèses en s'appuyant sur une présomption d'absence de conflit ou en interprétant harmonieusement les dispositions communes.

145. Le juge peut tout d'abord éviter de se prononcer sur la résolution d'un conflit. La recherche de mise en cohérence cède alors le pas à l'évitement. L'Organe d'appel a évité de se prononcer dans plusieurs affaires sur la contradiction entre les articles 21.5 et 22.6 MARD[496].

146. Le juge de l'Organisation mondiale du commerce se montre très réticent à l'égard d'arguments reposant sur un conflit entre des dispositions du système juridique de l'OMC. En effet, le juge considère qu'« il est maintenant bien établi que l'Accord sur l'OMC constitue un 'engagement unique' et, par conséquent, toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les Membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles »[497]. Cette réticence se mesure dans le rapport du Groupe spécial dans le différend Indonésie Certaines mesures affectant l'industrie automobile. Le Japon, les Communautés européennes et les Etats-Unis mettaient en cause des mesures appliquées par

---

[496] Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.154 et note de bas de page 707. Comme le souligne le Groupe spécial dans la note, l'évaluation de la conformité de la mesure américaine avec l'article 23 du MARD « n'exige pas que l'on se prononce sur la question du rapport entre les articles 21:5 et 22, nous ne jugeons pas nécessaire - pour reprendre le mot employé par les CE - de trancher cette controverse et nous estimons que cela n'entre pas dans le cadre de notre mandat, décrit dans la section VII.A du présent rapport ». En effet, il constate au § 7.169 qu'il peut procéder à cette évaluation « sans chercher à trancher le différend totalement distinct relatif à l'interprétation correcte des articles 21:5 et 22 et au rapport entre ces deux articles », en conséquence les Membres de Groupe spécial s'abstiennent de « d'examiner plus avant la controverse sur le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 » ; États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport de l'Organe d'appel du 12 décembre 2000, WT/DS/165/AB/R, § 91. Les Membres de l'Organe d'appel, après avoir conclu qu'il n'appartenait pas au Groupe spécial dans le cadre de ce différend de se prononcer sur la question du mandat des arbitres au titre de l'article 22.6 du MARD, soulignent qu'ils sont « conscients du problème systémique important que pose le rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord. Comme les Etats-Unis l'ont fait observer à juste titre dans leur communication en tant qu'intimé, les termes des articles 21:5 et 22 ne sont pas un 'modèle de clarté' et le rapport entre ces deux dispositions du Mémorandum d'accord a fait l'objet de débats approfondis et nombreux entre les Membres de l'OMC » et qu'il appartient aux Membres de l'OMC de se prononcer sur ce point ; dans le cadre du recours à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du MARD, les arbitres ont adopté la même position V. Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours à l'arbitrage au titre de l'article 22.6, décision des arbitres du 9 avril 1999, WT/DS27/ARB, § 1.4, note de bas de page 1 « Nous notons que notre tâche n'est pas d'examiner le rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord. Nous répondons toutefois à certains arguments des CE en rapport avec cette question à la fin de la Partie IV ».

[497] Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 1999, WT/DS98/AB/R, § 74. V également le rapport de l'Organe d'appel dans le différend Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21

l'Indonésie aux véhicules automobiles, à leurs parties et à leurs pièces détachées dans le programme pour la voiture nationale. Ce programme était contesté au regard de plusieurs accords : le GATT, l'Accord SMC, l'Accord sur les MIC, l'Accord ADPIC. Au nombre des moyens de défense invoqués par l'Indonésie figurait l'existence d'un conflit entre l'article III du GATT et l'intégralité de l'Accord SMC. Sur ce fondement, elle concluait que seul le second était applicable au différend en raison de la note interprétative relative à l'Annexe IA. Elle soutenait également que l'Accord sur les MIC ne pouvait être appliqué au litige du fait de conflits entre cet Accord et l'Accord SMC. En réponse, le Groupe spécial, s'appuyant sur le droit international général, rappelle qu'il existe une présomption d'absence de conflits[498]. Pour le Groupe spécial, cette présomption est également importante au sein de l'OMC « puisque tous les Accords de l'OMC, y compris le GATT de 1994, lequel a été modifié par des Mémorandums d'accord lorsque cela a été jugé nécessaire, ont été négociés en même temps, par les mêmes Membres et dans la même enceinte »[499]. Sur ce fondement, il traite « avec prudence les allégations concernant l'existence de conflits »[500]. En examinant ensuite l'argument indonésien relatif au conflit existant entre l'Accord SMC et l'Accord MIC, deux accords multilatéraux figurant à l'Annexe IA, il s'est à nouveau fondé sur l'absence de conflit renforcée par le fait que les accords multilatéraux de l'Annexe 1 « sont situés au même niveau dans la hiérarchie des accords de l'OMC »[501] pour constater l'absence de conflit général entre ces deux accords qui doivent donc être appliqués de manière cumulative[502]. En conséquence, le juge de l'OMC considère qu'en vertu de l'engagement unique « toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les Membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles, sauf s'il y a un conflit 'formel' entre ces obligations »[503]. Toutefois, la notion de conflit n'est pas définie dans le droit de l'OMC, il

---

février 1997, WT/DS22/AB/R, p. 13.

[498] Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du Groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, § 14.28.

[499] *Ibidem*.

[500] *Ibid*.

[501] *Idem*, § 14.53

[502] *Id*. Au § 14.56, les Membres du Groupe spécial, après constaté l'absence de conflit, précisent que « compte tenu des constatations qui précèdent », ils rejettent « le moyen de défense général invoqué par l'Indonésie, à savoir que le seul instrument juridique applicable en l'espèce est l'Accord SMC ». Ils considèrent « que les obligations énoncées dans l'Accord sur l'OMC sont d'une manière générale cumulatives et peuvent être respectées simultanément et que différents aspects et parfois les mêmes aspects d'un acte législatif peuvent être soumis à diverses dispositions de l'Accord sur l'OMC ».

[503] Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport du

appartient donc au juge de préciser le sens de cette notion. A cet égard, la présomption d'absence de conflit se double d'une définition très restrictive de ce terme.

147. La notion de conflit a été définie en premier lieu dans le cadre de la note interprétative relative à l'Annexe IA par le Groupe spécial dans l'affaire des Bananes. Le Groupe spécial souligne en premier lieu que la note interprétative s'applique lorsque les obligations découlant du GATT de 1994 et celles découlant des accords figurant à l'Annexe 1A « s'excluent mutuellement, en ce sens qu'un Membre ne peut pas s'acquitter simultanément des unes et des autres ». En second lieu, il considère que la note régit les situations « où une règle énoncée dans un accord interdit ce qu'autorise expressément une règle énoncée dans un autre »[504]. En d'autres termes, le Groupe spécial juge que lorsque les Membres peuvent « s'acquitter simultanément des unes et des autres sans qu'il soit nécessaire de renoncer à des droits ou à des autorisations explicites », la note interprétative ne peut s'appliquer faute de conflit[505]. Cette approche restrictive du conflit a été reprise par le Groupe spécial dans le différend Indonésie Certaines mesures affectant l'industrie automobile. En s'appuyant sur la définition du conflit entre deux traités en droit international public, le Groupe spécial rappelle que ce dernier est caractérisé lorsque trois conditions sont réunies. Les Traités doivent lier les mêmes parties et porter sur la même matière, enfin, leurs obligations respectives doivent s'exclure mutuellement[506]. Cette approche restrictive du conflit s'applique également en matière procédurale selon la décision de l'Organe d'appel dans le différend Guatemala Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique. En matière procédurale, les Accords multilatéraux comprennent parfois des dispositions qui divergent de celles énoncées dans le MARD. Pour l'Organe d'appel, en principe ces dispositions contenues

---

Groupe spécial du 21 juin 1999, WT/DS98/R, § 7.28.

[504] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport du Groupe spécial (plainte des Etats-Unis) du 22 mai 1997, WT/DS27/R/USA, § 7.159. Sur la définition restrictive du conflit V. G. MARCEAU, « Balance and Coherence by the WTO Appellate Body : Who could do better ? », in *WTO at Ten : The Role of the Dispute Settlement System*, J. BOHANES, G. SACERDOTI, A. YANOVICH (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 326-347, sp. p. 341-347 ; W. J. DAVEY, « The Quest for Consistency : Principles Governing the Interrelation of the WTO Agreements », préc. ; L. BARTELS, « Treaty Conflicts in WTO Law – A Comment on William J. Davey's Paper 'The Quest for Consistency' », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (ed.), New-York, Springer, 2008, pp. 129-148.

[505] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport du Groupe spécial (plainte des Etats-Unis) du 22 mai 1997, WT/DS27/R/USA, § 7.160.

[506] Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du Groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, § 14.28, note de bas de page 649.

dans des accords différents se complètent. Néanmoins, les dispositions spéciales prévalent « dans le cas où le respect de l'une entraînerait une violation de l'autre, c'est-à-dire en cas de conflit entre les deux dispositions »[507]. Le conflit est envisagé restrictivement par le juge de l'OMC, cette approche lui a permis de mettre en évidence la compatibilité des obligations souscrites par les Membres au titre des différends Accords[508].

148. Le juge de l'OMC considère qu'il existe une présomption d'absence de conflit entre les différents accords, les obligations au titre de ces accords sont cumulatives sauf à démontrer l'existence d'un conflit, c'est-à-dire que deux dispositions s'excluent mutuellement. Cette approche, fondée sur le fait que l'Accord sur l'OMC constitue un « engagement unique », montre que le juge est réticent à envisager des hypothèses de conflits, elle lui permet de réduire le nombre de ces hypothèses et de maintenir la cohérence globale du système.

149. Cette approche se complète d'une réelle volonté de mettre le droit de l'OMC et le droit de l'Union en cohérence. Le juge européen, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel procèdent à cette mise en cohérence par l'interprétation et le principe d'effet utile ou d'interprétation effective[509]. De manière symptomatique, la Cour aborde souvent les éventuelles incohérences par une approche interprétative plutôt que sur une approche fondée sur le conflit[510]. Quant au principe d'effet utile, il permet de concilier d'éventuelles incohérences voire d'éviter des conflits hiérarchiques. Ainsi, le juge résorbe les incohérences

---

[507] Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 2 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, § 65.

[508] Entre le GATT et les Accords de l'Annexe 1A V. Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du Groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R Entre les dispositions du MARD V. Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 2 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, § 65. Entre les dispositions du MARD et d'autres Accords V. États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R, §§ 50-62 par rapport à l'article 11 du MARD et à l'article 17.6 de l'Accord antidumping.

[509] Pour le juge multilatéral V. J. BURDA, « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », préc., pp. 14-15.

[510] Cela ressort par exemple de l'affaire CJUE, 21 juin 2012, Leopold Summer, aff. C-15/11. Dans ses Conclusions, l'Avocat général Jääskinen avait mentionné le doute du juge de renvoi quant à la cohérence des articles 17 §1, premier alinéa, deuxième phrase, et l'article 17 § 3 de la directive 2004/114 et précisé que ces deux dispositions pouvaient être conciliées par une interprétation au regard de la finalité et de l'économie générale de la directive. Pour sa part, la Cour n'aborde par les relations entre ces deux dispositions sous un angle conflictuel (pts 38 à 42).

nées des divergences entre l'intitulé d'une disposition et son libellé par l'interprétation. Dans ce cas, il précise qu'« il y a lieu d'interpréter l'un et l'autre de manière à ce que tous les termes employés aient une utilité »[511]. Par ailleurs, si un texte de droit dérivé peut être interprété de différentes façons alors il doit l'être « dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité »[512].

150. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel mettent en œuvre une approche similaire[513]. Ainsi, il a pu être souligné que le rapport du Groupe spécial dans l'affaire Turquie Mesures affectant l'importation de riz « illustre la volonté du juge de présumer que les États n'ont pu vouloir s'engager simultanément de façon contradictoire »[514]. Cette affaire portait sur les licences d'importation qui relèvent du GATT et de l'Accord sur l'agriculture quant aux règles de fond et de l'Accord sur les licences d'importation quant aux procédures d'administration de ces licences. Le Groupe spécial considère que les mesures en cause doivent être en premier lieu confrontées au GATT et à l'Accord sur l'agriculture, et qu'en cas de compatibilité avec ces dispositions elles doivent être examinées au regard de l'Accord sur les licences. Or, les mesures ne sont pas compatibles avec l'article 4.2 de l'Accord sur l'agriculture. En conséquence, le Groupe spécial ne les examine pas au regard des disciplines contenues dans l'Accord sur les licences[515]. Quant au conflit entre l'Accord sur l'agriculture et l'article 3.1b de l'accord SMC, l'Organe d'appel et le Groupe spécial concilient ces deux accords[516]. Ainsi, l'Organe d'appel souligne que « celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions

---

[511] TPICE, Conserve Italia c/ Commission, 12 octobre 1999, aff. T-216/96, Rec. p. II-3139, pt. 92.

[512] CJCE, 13 décembre 1983, Commission c/ Conseil, aff. 218/82, Rec. p. 4063, pt. 15 ; CJCE, 29 juin 1995, Espagne c/ Commission, aff. C-135/93, Rec. p. I-1651, pt. 37 ; CJCE, 4 octobre 2001, Italie c/ Commission, aff. C-403/99, Rec. p. I-6883, pts 28 et 37.

[513] Pour l'Organe d'appel, « celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement », Argentine — Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures, rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 1999, WT/DS121/AB/R, § 81 ; États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, § 549 ; Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 1999, WT/DS98/AB/R, § 81.

[514] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », *AFDI*, 2007, pp. 697-717, sp. p. 710

[515] Turquie — Mesures affectant l'importation de riz, rapport du Groupe spécial du 21 septembre 2007, WT/DS334/R, §§ 7.38-7.41 et § 7.147.

[516] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R. États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport du Groupe spécial du 8 septembre 2004, WT/DS267/R.

applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement »[517]. Il confirme ainsi l'approche du rapport du Groupe spécial qui avait procédé à une lecture conjointe de l'article 3.1 b de l'Accord SMC et des dispositions de l'Accord sur l'agriculture relatives au soutien interne, afin de donner effet à ces deux dispositions de manière cohérente et conjointe[518].

151. Le juge européen et le juge de l'OMC font montre d'une réticence comparable à l'égard des incohérences linguistiques et structurelles. Afin d'opérer une mise en cohérence des dispositions qui ne le sont pas, ils raisonnent de façon similaire. Ainsi, les incohérences linguistiques sont résorbées au moyen de l'interprétation. Quant aux incohérences structurelles, le juge peut les résoudre en appliquant des principes logiques. Lorsque ces derniers ne sont pas applicables, il réduit le champ de l'incohérence ou du conflit par l'interprétation harmonieuse du droit et par la présomption d'absence de conflit. Si cette démarche se vérifie également lorsque le juge fait face à des incohérences axiologiques, leurs spécificités justifient qu'elle puisse céder le pas au respect des valeurs davantage protégées par le pouvoir politique.

Paragraphe II Les incohérences axiologiques

152. Les incohérences du système juridique ne sont pas uniquement de nature technique, elles sont également axiologiques. En ce sens, les conflits normatifs ne sont parfois que le reflet des valeurs portées par les normes. L'appréhension des règles d'un système juridique, qu'il s'agisse d'un système étatique, international ou supranational, doit donc dépasser la simple analyse formelle et envisager les rapports qui se tissent entre les normes et les valeurs sous-jacentes. L'analyse des valeurs portées par les règles juridiques de l'OMC et les règles européennes met en exergue l'existence de deux mouvements contradictoires. Alors que ces systèmes sont, du fait de leur nature, porteurs des valeurs de l'économie de marché, celles-ci se conjuguent, dans l'Union et dans l'OMC, avec des valeurs non marchandes (A). Ce fond axiologique et les incohérences ou contradictions qu'il emporte n'est pas sans effet pour le juge. Contrairement aux incohérences techniques, les incohérences normatives ont une portée

[517] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, § 549.

politique que le juge ne peut occulter. Le raisonnement apparaît alors comme un instrument de conciliation des valeurs ou de mise en œuvre des valeurs prédominantes (B).

A Des incohérences axiologiques communes

153. L.-J. Constantinesco a mis en évidence l'influence que les valeurs exercent sur le droit. Pour cet auteur, le droit est le reflet « juridique » des valeurs issues de la société qui constituent le « système de valeurs » de tout système juridique. Ce système de valeurs, spécifique à chaque système juridique, se compose de plusieurs éléments. Les premiers sont les éléments déterminants. Ils « représentent justement l'incarnation juridique du système de valeurs »[519] propre à chaque système juridique et en expriment les valeurs fondamentales[520]. Outre l'incarnation des valeurs, les éléments déterminants permettent de saisir la finalité de chaque système juridique[521]. En effet, les normes d'un système servent nécessairement des « objectifs politico-économico-sociaux »[522]. Enfin, cette finalité de chaque système suppose l'existence d'une « unité éthico-téléologique » qui lui soit propre[523].

154. Dans les ordres juridiques internes, l'influence des valeurs sur le droit s'apprécie particulièrement au regard des dispositions constitutionnelles. La notion de Constitution initialement conçue pour organiser et séparer le pouvoir politique s'enrichit d'un substrat axiologique. Comme l'a montré Burdeau, certaines dispositions constitutionnelles n'ont pas pour objet d'organiser le pouvoir, au contraire, elles précisent « la structure économique » ou « la philosophie sociale et politique du régime »[524]. Les constitutions matérialisent alors une « idée de droit »[525] qui prédomine dans une société à un moment donné[526]. Ce point de vue

---

[518] *Idem*, §§ 530-533, §§546-550.
[519] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome 3 : La science des droits comparés*, Paris, Economica, 1983, p. 207.
[520] *Idem*, p. 165. Parmi les éléments déterminants, cet auteur met en évidence la Constitution économique dans le cadre du régime soviétique, « l'idéologie ouverte et pluraliste » dans les systèmes anglais, américain ou européens matérialisée par le recours à une économie libérale, la mise en place d'un Etat de droit.
[521] *Id.*, p. 228.
[522] *Id.*, p. 178.
[523] *Id.*, p. 181.
[524] G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, LGDJ, 1984, p. 123.
[525] *Idem*, p. 180. M. Hauriou considère pour sa part que les constitutions matérialisent une « idée d'œuvre » latente, V. M. HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 122.
[526] Ce point de vue est repris par de nombreux auteurs. V. T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution

peut être corroboré par certaines jurisprudences constitutionnelles. Ainsi, par rapport aux transpositions de directives européennes, le Tribunal constitutionnel espagnol a affirmé que les transpositions devaient être examinées « dans le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux conservés dans notre Constitution »[527].

155. Toutefois, comme le montre Bobbio les systèmes juridiques ne sont pas « des systèmes éthiques unitaires ». En effet, « ils ne se fondent pas sur un unique postulat éthique, ou sur un groupe de postulats cohérents, mais ils sont des systèmes à plusieurs valeurs et ces valeurs sont souvent antinomiques entre elles »[528]. Si le système juridique repose sur plusieurs valeurs qui peuvent être contradictoires, elles génèrent alors des « conflits axio-téléologiques »[529]. Ces derniers ne sont pas des conflits de normes mais des conflits de valeurs sous-tendues par les normes.

156. Cette « idée de droit » ou le système de valeurs ressortent également des Traités fondateurs au niveau international et européen. Les valeurs portées par les systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'OMC sont en premier lieu relatives aux principes de l'économie de marché. Ce constat s'explique par la teneur des objectifs, initiaux du projet européen, et actuels de l'OMC (1). Il doit cependant être atténué, dans des proportions différentes, pour l'Union et l'OMC (2).

1 La prédominances des valeurs de l'économie de marché

157. L'Union et l'OMC sont deux organisations internationales poursuivant des objectifs

économique de l'UE », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 3-32, sp. p. 9, pour cet auteur la Constitution a pour objet de « recueillir et affirmer solennellement des valeurs fondamentales de la société ». En effet, « avant même d'instaurer les institutions publiques et de leur conférer des pouvoirs d'action, la Constitution intègre, c'est-à-dire exprime les valeurs communes qui animent la société qui décide de se constituer en Etat ».

[527] Tribunal constitutionnel du Royaume d'Espagne, déclaration n° 1/2004 du 13 décembre 2004, Compatibilité du traité établissant une Constitution pour l'Europe avec la Constitution espagnole du 27 décembre 1978.

[528] N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *Essais de théorie du droit*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998, pp. 89-103, sp. p. 91.

[529] V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi et Diritto*, 2001, pp. 59-70.

économiques. Si les objectifs européens sont désormais plus ambitieux[530], puisque l'Union poursuit des objectifs non économiques et dispose de compétences dans de tels domaines, ces deux organisations partagent un patrimoine génétique commun : le GATT de 1947. Ce texte constitue naturellement un ascendant direct de l'OMC et a été une source d'inspiration lors de la rédaction du Traité de Rome. Ces organisations reposent sur les mêmes principes fondateurs, celui de la liberté du marché et des échanges et le refus du protectionnisme qui trouve ses racines dans la théorie économique[531]. Elles poursuivent également des objectifs à tout le moins comparables : « la recherche de ce que l'on peut dénommer un développement économique équilibré, au niveau global dans un cas et régional, dans l'autre »[532]. Dès lors, il est possible d'établir un parallèle entre ces deux organisations notamment au regard de leurs Constitutions économiques[533]. La Constitution économique[534] constitue un élément déterminant du système de valeurs. Elle se définit comme « l'ensemble des normes établissant les structures précisant les facteurs économiques, leurs fonctions et spécifiant les règles, régissant le déroulement du processus économique qu'il soit ou non contenu dans un document constitutionnel »[535]. Pour L.-J. Constantinesco, la Constitution économique comprend trois sortes d'éléments : les objectifs que l'économie doit remplir, les instruments nécessaires à cette fin, et les principes qui définissent le fonctionnement de ces instruments[536]. L'étude de ces différents éléments permet de montrer l'existence et les particularités des Constitutions économiques de l'Union (a) et de l'OMC (b).

---

[530] S. LEFEVRE, « L'influence de l'organisation mondiale du commerce sur la Constitution économique de la Communauté », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 343-355, sp. p. 354.

[531] V. les développements de l'Introduction ainsi que S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, sp. p. 16 et s.

[532] S. LEFEVRE, « L'influence de l'organisation mondiale du commerce sur la Constitution économique de la Communauté », préc., p. 343

[533] *Ibidem*.

[534] Sur la notion de Constitution économique, V. C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, pp. 303-337.

[535] L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E », *RTDE*, 1977 pp. 244- 281, sp. p. 251. L'emploi du terme « Constitution » dans cette expression ne doit pas tromper, une organisation internationale dépourvue de Constitution au sens formel a quand même une Constitution économique. En effet, le terme de « constitution », qu'il soit appliqué ici à l'Union ou à l'OMC « est utilisé dans sa vocation minimaliste, comme un ensemble de règles et de valeurs qui déterminent l'action et le fonctionnement d'une organisation politique » T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution économique de l'UE », préc., p. 7.

[536] L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E », préc., p. 251.

a La Constitution économique européenne

158. Elément fondamental du projet d'intégration, la Constitution économique européenne[537], constituerait même « la quintessence »[538]de cette entreprise. Cependant, l'accent doit être immédiatement mis sur le lien entre la Constitution économique et l'économie de marché[539]. A ce titre, l'influence de l'ordolibéralisme[540] doit être mise en évidence car la notion de Constitution économique y trouve ses origines. Ce courant allemand de pensée vise à concilier l'économie et le droit par le cadre juridique du marché. Présenté comme une des sources d'inspiration du système européen[541], l'ordolibéralisme postule que le marché doit être indépendant des autorités publiques mais également des acteurs privés trop puissants.

159. La vision ordolibérale transparaît assez largement des Traités. Les objectifs assignés à l'Union peuvent se traduire par l'idée « d'économie sociale de marché »[542]. Définie comme « un mélange de libéralisme économique et d'interventionnisme au profit de l'Etat social et du développement durable »[543], l'économie sociale de marché marque une approche assez équilibrée des relations entre l'Etat et le marché. Concrètement, cela se traduit par l'objectif

---

[537] Sur la Constitution économique européenne V. L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E », préc. ; M. STREIT, W. MUSSLER, « The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal*, 1995, Mars 1995, pp. 5-30 ; C.-D. EHLERMANN, « Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler : The Economic Constitution of the European Community-From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal*, 1995, pp. 84-85 ; A. VAN WAEYENBERGE, « Les glissements du paradigme communautaire: un marché libre ou efficace? », in *La main visible - Perspectives européennes et globales sur la régulation des marches financiers*, F. SNYDER, A. SONNTAG, W. SHEN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 371-399 ; V. également le numéro de la *Revue international de droit économique* sur « La constitution économique européenne revisitée », *RIDE*, 2011.

[538] T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution économique de l'UE », préc., p. 12.

[539] L. DUBOUIS, « Rapport de synthèse », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 357-367, sp. p. 365, « nul ne saurait contester que l'évolution ait accentué le courant qui portait la constitution économique à avoir pour principe cardinal celui de l'économie de marché caractérisée par la libre compétition entre les acteurs économiques. Aussi bien ce principe, est-il inscrit, on l'a vu, et dans le traité CE et dans le Traité constitutionnel. De fait l'Union européenne se présente comme un grand marché largement unifié et fonctionnant sous le signe du libéralisme économique ».

[540] Sur l'ordolibéralisme V. J. DREXL, « La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, 2011, pp. 419-454.

[541] Sur l'influence de la pensée ordolibérale sur la construction européenne et notamment sur la Constitution économique européenne V. W. KAISER, B. LEUCHT, M. RASMUSSEN, *The history of the European Union : origins of a trans and supranational polity 1950-72*, Routledge, New York, 2008 ; D.J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *AJCL*, 1994, pp. 25-84.

[542] T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution économique de l'UE », préc., p. 11.

de réalisation du marché intérieur indissociable de la promotion du « progrès économique et social »[544]. Ces objectifs se traduisent en plusieurs valeurs qui irriguent la Constitution économique. Tout d'abord, la liberté qui, d'un point de vue économique, se traduit par le principe de libre circulation. Ensuite, l'égalité qui trouve une traduction dans le principe de non-discrimination. Ce principe est d'autant plus important qu'il est directement lié à l'économie de marché. En effet, l'économie de marché suppose l'égalité des différents acteurs du marché : les producteurs, les distributeurs et les consommateurs. Ce principe constitue ainsi « l'âme » de l'intégration européenne[545]. Traduites en règles juridiques, ces valeurs sont des éléments structurels et des principes de fonctionnement de l'intégration[546] parmi lesquels figurent les principes régissant le fonctionnement du marché commun et des Communautés puis de l'Union : principe de légalité, principe d'égalité, principe de non-discrimination, concurrence libre et non faussée, principe de liberté économique, principe social et principe de solidarité. Enfin, la Constitution économique véhicule également une vision particulière du rôle des pouvoirs publics sur le marché[547]. A ce titre, les règles relatives aux aides d'Etat sont symptomatiques. L'intervention publique sur le marché est envisagée en cas de défaillance de ce dernier ou de projet européen. La Constitution économique européenne a été pensée et mise en place comme un tout, comme une œuvre globale dont chaque partie est essentielle[548]. La Constitution économique de l'OMC présente de nombreuses similarités avec le projet européen.

---

[543] *Ibidem*.

[544] Préambule du TUE.

[545] P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice : contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem agregii professoris*, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tome II, pp. 325-363, sp.p. 331.

[546] L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E », préc., p. 261.

[547] *Idem*, p. 278, pour cet auteur la Constitution économique européenne « s'appuie sur une économie de marché contrôlée et à caractère social. Elle contient, avec les principes de libre concurrence et de non-discrimination, deux principes fondamentaux de l'économie de marché. D'autre part, les possibilités d'intervention dans le processus économique, prévues afin d'éviter les conséquences indésirables du libre jeu des forces économiques montrent qu'une planification indicative, de même que des interventions ponctuelles ou des contrôles, sont toujours possibles ».

[548] J. MERTENS DE WILMARS, J. STEENBERGEN, « The Court of Justice of the European Communities and Governance in an Economic Crisis », *Michigan Law Review*, 1984, pp. 1377-1398, sp. p. 1378, ces auteurs soulignent que « the competition law of the EEC and the provisions on State aids coupled with article 30 of the Treaty (elimination of measures having an effect equivalent to that of quantitative restrictions on imports), are therefore essential for the purpose of achieving and protecting the objectives laid down in the Treaty ».

b La Constitution économique de l'OMC

160. L'identification de la Constitution économique de l'OMC suppose de mettre en évidence ses objectifs et les moyens d'y parvenir. Quant aux premiers, le préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce - très largement repris du Préambule du GATT 1947 - atteste de la volonté de créer une organisation dans laquelle la libéralisation économique et commerciale doit permettre le « relèvement des niveaux de vie » ou « l'accroissement de la production », la « réalisation du plein-emploi ». De là ressort la croyance selon laquelle la libéralisation des échanges est bénéfique pour tous les acteurs du marché. Finalement, les objectifs de l'OMC peuvent être déclinés en principes[549] : la libéralisation du commerce, l'accès au marché, la non-discrimination, la réciprocité, le caractère obligatoire des engagements, la coopération et le multilatéralisme, la transparence[550]. De ces principes peut se déduire l'objectif fondamental de l'OMC : la libéralisation du commerce et l'ouverture aux échanges par l'ouverture des marchés nationaux[551]. Ce double objectif d'ouverture justifie ainsi l'importance du principe de non-discrimination. A l'OMC, celui-ci se subdivise en deux principes distincts et complémentaires. La clause de la nation la plus favorisée oblige les Membres de l'OMC à traiter leurs partenaires commerciaux de façon égale. Quant au traitement national, il implique que les marchandises ou services étrangers soient traités de la même façon que les marchandises ou services nationaux. Ces principes sont énoncés dans tous les champs de l'OMC. Pour le commerce des marchandises, il est énoncé à l'article I-1 du GATT, à l'article II de l'AGCS pour les services, à l'article IV de l'Accord sur les ADPIC. Ces règles s'accompagnent d'un encadrement de l'action des pouvoirs publics sur le marché. Le recours aux mesures de défense commerciale, droits compensateurs et droits antidumping, est soumis au respect de certaines conditions. De même, l'intervention directe sur le marché à travers l'attribution de subventions est réglementée.

161. Cette coloration économique, teintée de libéralisme, des systèmes européen et de

---

[549] S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., pp. 87 et s.

[550] *Ibidem*.

[551] U. EHRICKE, « Les principes de libération et de libéralisation : De l'ouverture des marchés à l'adaptation aux conditions de la concurrence globale. L'exemple de la CE », *RIDE*, 2003, pp. 357-372, sp. p. 361, cet auteur liste les conditions nécessaires à cette ouverture, conditions qui se retrouvent dans les accords multilatéraux

l'OMC, s'accompagne également de la protection ou de la promotion de valeurs non marchandes.

2 La protection de valeurs non marchandes

162. Si les valeurs marchandes qui irriguent les systèmes juridiques de l'Union et de l'OMC sont incontournables, ceux-ci promeuvent et protègent également des valeurs non marchandes. Toutefois, l'Organisation mondiale du commerce est en retrait et reste une organisation principalement économique dans laquelle les valeurs non marchandes restent marginales (b) alors que la diversification des objectifs se poursuit largement au sein de l'Union (a).

a Des objectifs diversifiés dans l'Union européenne

163. Dès 1973, la Déclaration de Copenhague[552] « identifiait les valeurs comme des éléments fondateurs de l'Union »[553] et attestait de l'ambition des Membres des Communautés de construire une communauté de valeurs. Preuve du renouvellement de l'approche de l'identité européenne, elle montre que celle-ci ne s'appréhende plus au travers du seul prisme économique. Par la suite, les objectifs de l'intégration européenne, les valeurs qui sous-tendent et fondent cette intégration se sont diversifiés à mesure que celle-ci s'intensifiait et s'approfondissait. A cet égard, le Traité de Maastricht constitue un tournant fondamental, la Communauté économique devient simplement la Communauté européenne et la naissance de l'Union marque le dépassement des finalités purement économiques[554]. Le Traité de Lisbonne, « refondation de l'Union »[555], poursuit avec entreprise. Ainsi, l'article 2 du TUE réaffirme que l'Union est fondée sur certaines valeurs non économiques et communes à ses Membres telles que la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'Etat de droit ou encore les droits de l'homme. De même, l'article 3 relatif aux objectifs de l'Union

[552] Déclaration sur l'identité européenne du 14 décembre 1973.
[553] L. AZOULAI, « L'Union, une communauté de valeurs ? », *RTDE*, 2008, pp.1-3, sp. p. 1.
[554] Pour une analyse de la diversification des objectifs de l'intégration européenne au fil des différents Traités, V. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc. pp. 84-86 ; J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2009, pp. 45 et s.
[555] V. MICHEL, « Traité de Lisbonne», *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 2 et §§ 11-55.

mentionne avant les objectifs économiques ceux relatifs aux citoyens de l'Union[556]. Quant aux objectifs économiques, le marché intérieur est accompagné de ses « compléments désormais indispensables que sont, notamment, les objectifs de plein emploi et de progrès social, d'un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »[557], ces « objectifs de nature sociétale »[558] caractérisent ainsi le modèle social européen. Cette approche historique est corroborée par une analyse des compétences nouvelles attribuées à l'Union au fil des traités successifs. De même, le statut de certaines valeurs a évolué au gré des Traités. La protection de l'environnement ou des consommateurs sont des compétences dévolues en partie à l'Union mais également des clauses transversales d'intégration[559]. En vertu de ces clauses, « d'ordre ontologique et axiologiques »[560], certaines valeurs doivent désormais être prises en compte par l'Union dans toutes ses politiques et actions[561]. Cette approche engendre à nouveau des risques de conflits ou d'incohérences. Les dispositions du droit dérivé adoptées dans certains domaines, tels que la protection des consommateurs, de l'environnement ou les données personnelles peuvent entrer en conflits avec les principes économiques du droit européen, voire être conflictuelles entre elles[562]. Par ailleurs, à la lecture des clauses transversales, il est patent que les risques de conflits de valeurs augmentent à mesure que les compétences de l'Union s'élargissent à des domaines non économiques.

b Un phénomène moins marqué dans l'OMC

164. Quant à l'OMC, le GATT de 1947 n'envisageait les valeurs non marchandes que de manière négative, c'est-à-dire comme des exceptions au principe de libre-échange via l'article

---

[556] *Idem*, §18.
[557] *Ibidem*.
[558] *Ibid*.
[559] V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », in *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, E. NEFRAMI (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 177-210 ; V. MICHEL, « Traité de Lisbonne», *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, §§ 122-125.
[560] V. CONSTANTINESCO V. MICHEL, « Compétences communautaires », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, §192.
[561] Il en est ainsi de l'égalité Hommes-Femmes selon l'article 8 TFUE, de la protection sociale ou de la lutte contre l'exclusion selon l'article 9 TFUE, de la lutte contre les discriminations fondées sur la le sexe, la préférence sexuelle…selon l'article. 10 TFUE, de la protection de l'environnement selon l'article 11 TFUE ou de la protection des consommateurs selon l'article 12 TFUE.
[562] Sur les difficultés engendrées par l'approche sectorielle des politiques de l'Union, V. V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », préc.

XX du GATT[563]. Cette vision s'est très largement reflétée dans la position des Groupes spéciaux qui avaient une approche très restrictive de cette disposition[564]. Le passage du GATT à l'OMC a de ce point de vue amorcé un changement des textes et notamment des préambules. Toutefois, les valeurs non marchandes sont également prises en compte et intégrées au droit positif de certains accords multilatéraux[565]. La protection de l'environnement figure parmi les valeurs non marchandes promues par l'OMC. Dès son préambule, l'Accord instituant l'OMC précise que les objectifs de cette organisation doivent être atteints « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement »[566]. A propos de ces dispositions, le Groupe spécial puis l'Organe d'appel dans l'affaire Crevettes ont souligné que l'Accord instituant l'OMC poursuit des objectifs « différents, et peut-être divergents »[567]. La préoccupation environnementale figure également dans les accords OTC[568], SPS[569], ADPIC[570]. Par ailleurs, les accords SPS et OTC constituent une nouvelle approche en matière d'appréhension de la protection de l'environnement et de la santé[571]. Ils incorporent au droit positif les justifications non économiques formulées traditionnellement sous forme d'exceptions[572]. En conséquence, leurs dispositions n'ont pas seulement besoin d'être respectées lorsqu'un Membre invoque le bénéfice de l'exception,

---

563 A.-C. MARTINEAU, « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », *RDP*, 2007, pp. 991-1030.

564 K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de droit*, 2002, pp. 651-684, sp. p. 657 ; S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., pp. 106-107.

565 S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., p. 101 « the SPS and TBT Agreements include non-economic objectives as part of the substantive rules ».

566 Cette disposition tranche nettement avec le préambule du GATT 1947 selon lequel les Membres « Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits ».

567 Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 17.

568 V. les articles 2.2, 5.4, 5.7 de l'Accord OTC.

569 V. l'article 5.2 de l'Accord SPS.

570 V. l'article 27.2 de l'Accord ADPIC.

571 S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., p. 117.

572 *Ibidem*.

elles doivent l'être par toutes les mesures qui entrent dans leur champ d'application[573]. Les valeurs qu'ils protègent sont alors des valeurs à part entière de l'OMC. Enfin, le développement économique pourrait être qualifié de valeur hybride au sein de cette organisation. Si les préoccupations liées au développement économique ne sont pas absentes de ces accords, le développement est appréhendé au prisme de la participation des pays en développement aux disciplines de l'OMC. Autrement dit, c'est l'inclusion de ces Etats dans le jeu du marché et l'ouverture de leurs économies aux échanges qui doit permettre leur développement économique[574].

165. D'un point de vue axiologique, les systèmes juridiques de l'OMC et de l'Union européenne sont traversés par des courants contraires mais complémentaires. Si les valeurs économiques sont prépondérantes, elles doivent s'accommoder de valeurs non économiques. De ces courants contraires naissent des incohérences ou des contradictions. Reflets de choix politiques ces contradictions ne peuvent être éludées par le juge. Son raisonnement est alors vecteur de cohérence et de conciliation entre différentes valeurs ou au contraire respectueux des valeurs prédominantes.

B Le raisonnement : un vecteur de conciliation des valeurs

166. Les conflits axiologiques se distinguent des incohérences ou contradictions techniques. Les secondes, parfois fortuites, peuvent normalement être résolues par une recherche de cohérence et une conciliation des dispositions. En raison de leur nature, les contradictions axiologiques sont plus difficilement appréhendées par le juge. En effet, la protection et la promotion de certaines valeurs, même contradictoires, est une décision politique. Or, comme l'a souligné la Cour, les choix politiques ne relèvent normalement pas du juge[575]. De plus, les conflits axiologiques ne peuvent être résolus par le critère hiérarchique, le critère

---

[573] *Idem*, pp. 119 et s.

[574] V. T. COTTIER, « From progressive liberalization to progressive regulation in WTO law », *JIEL*, 2006, pp. 779-821 ; K. KENNEDY, « Special and Differential Treatment of Developing Countries », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp.1523-1570 ; P. SUTHERLAND, « The Politics of Trade Policy Development—the New Complexity », K. KENNEDY, « Special and Differential Treatment of Developing Countries », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 27-38.

[575] CJCE, 4 mars 1960, Avis 1/60, Procédure de révision au titre de l'article 95, alinéas 3 et 4, du traité CECA, Rec. p. 93.

chronologique ou le critère de spécialité[576]. Pourtant, il incombe nécessairement au juge de trancher les conflits qui soulèvent de telles contradictions. L'analyse de la jurisprudence montre que l'idée de droit trouve ici à s'exprimer. Alors que le juge de l'OMC, conformément au système de valeurs de cette organisation, fait prévaloir les valeurs économiques (2), le raisonnement du juge européen est plus nuancé (1).

1 Le juge européen

167. Dès le début de la construction européenne, la Cour avait souligné que « la Haute Autorité doit assurer la conciliation permanente que peuvent exiger d'éventuelles contradictions entre ces objectifs considérés séparément »[577]. Cette obligation, induite actuellement par un impératif général de cohérence en vertu duquel « l'Union veille à la cohérence entre ses politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs »[578], est également renforcée par les diverses clauses transversales. Néanmoins, au regard des objectifs très divers que poursuit l'Union et de la prolifération des clauses transversales, il semble utopique d'imposer, notamment au législateur, d'adopter des actes permettant d'atteindre tous ces objectifs simultanément. Ce double mouvement de cohérence et de préférence pour certains objectifs se traduit également dans le raisonnement du juge. Les tentatives de mise en cohérence des valeurs contradictoires cèdent parfois le pas à une seule valeur.

168. La volonté du juge de concilier les valeurs de la Constitution économique comme la libre circulation et d'autres valeurs non économiques ressort de la jurisprudence. La licéité des mesures adoptées dans le cadre des politiques communes au regard de l'interdiction des mesures d'effet équivalent[579] fait ainsi l'objet d'un contrôle conciliant de la Cour. Par

---

[576] CHAMPEIL-DESPLAT, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », préc., pp. 62-63.

[577] CJCE, 21 juin 1958, Groupement des Hauts fourneaux et Aciéries belges c/ Haute Autorité CECA, aff. 8/57, Rec. p. 223.

[578] V. l'article 7 TFUE. Sur la cohérence au sein de l'Union européenne, V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009.

[579] L'interdiction des mesures d'effet équivalent s'applique non seulement aux mesures émanant des Membres de l'Union mais également aux mesures européennes, V. CJCE,17 mai 1984, Denkavit Nederland, aff. 15/83, Rec. p. 2171, pt. 15 ; CJCE, 9 août 1994, Meyhui, C-51/93, Rec. p. I-3879, pt. 11 ; CJCE, 25 juin 1997, Kieffer et Thill, aff. C-114/96, Rec. p. I-3629, pt. 27.

exemple, la protection de la santé publique[580], du consommateur[581] ou de l'environnement[582] permettent de justifier des mesures européennes qui restreignent les échanges. Cependant, certaines jurisprudences montrent parfois une volonté du juge de faire prévaloir le principe de libre circulation[583]. Cette volonté de conciliation s'observe également lorsque la légalité d'actes du droit dérivé est contestée au regard des droits fondamentaux. Lorsqu'il statue sur de tels moyens, le juge vérifie que le législateur a concilié la nécessaire protection de ces droits et les objectifs poursuivis par la disposition mise en cause[584]. Ainsi, alors que les droits fondamentaux ne constituent pas « une prérogative absolue », les restrictions à ces droits sont encadrées. Elles doivent ainsi correspondre « effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté », et ne pas constituer « au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »[585]. Enfin, l'interprétation des dispositions du droit de l'Union est un autre outil de mise en cohérence de textes poursuivant des objectifs contradictoires. Il en va ainsi des dispositions relatives à la protection données personnelles et de celles relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle[586] ou du principe de transparence et de la protection des données[587]. Par la recherche de conciliation, le raisonnement de la Cour entretient la pluralité de valeurs qui sous-tendent le système juridique européen. En revanche, le raisonnement du juge multilatéral consacre la prédominance des valeurs économiques.

---

[580] CJCE, 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health, aff. jtes C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451 pts 47-93, sp. pt. 52 ; CJCE, 14 décembre 2004, Arnold André GmbH, aff. C-434/02, Rec. p. I-11825, pt. 56 et pts 57-59 ; CJCE, 14 décembre 2004, Swedish Match, aff. C-210/03, Rec. p. I-11893, pt. 58 et pts 59-61.

[581] CJCE, 9 août 1994, Meyhui, C-51/93, Rec. p. I-3879, pts 19-21.

[582] CJCE, 14 juilet 1998, Bettati, aff. C-341/95, Rec. p. I-4355, pts 60-64 et 57-59.

[583] CJCE, 12 juillet 2012, Association Kokopelli, aff. C-59/11, pts 80-81, le juge fait prévaloir la productivité des cultures dans l'Union et l'établissement du marché intérieur des semences sur la diversité et la préservation des semences aux termes d'une motivation assez sommaire.

[584] CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco, aff. C-491/01, Rec. p. I-11453, pts 149-153 ; CJCE, 11 juillet 1989, Schräder, aff. 265/87, Rec. p. 2237, pt. 15 ; CJCE, 5 octobre 1994, Allemagne c/Conseil, aff. C-280/93, Rec. p. I-4973, pt. 78 ; CJCE, 29 avril 1999, Standley e.a., aff. C-293/97, Rec. p. I-2603, pt. 54. Il est nécessaire de noter que dans ce cas particulier, le juge procède à une approche comparable lorsque des mesures nationales restreignent les échanges mais peuvent être justifiées par la protection des droits fondamentaux, V. CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, sur ce point V. Chapitre II, Titre I, Partie II.

[585] CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco, aff. C-491/01, Rec. p. I-11453, pt. 149.

[586] CJCE, 29 janvier 2008, Promusicae, aff. C-275/06, Rec. p. I-271 : *Europe* 2008, comm. 98, obs. E. BERNARD ; CJUE, 24 novembre 2011, Sabam c/ Scarlet, aff. C-70/10 : *Europe* 2012, comm. 44, obs. L. IDOT ; CJUE, 16 févier 2012, Netlog Sabam, aff. C-360/10.

[587] CJUE, 29 juin 2010, The Bavarian Lager, aff. C-28/08 P, Rec. p. I-6055 : *Europe* 2010, comm. 299, obs. F. KAUFF-GAZIN ; Trib. UE, 23 novembre 2011, Dennekamp c/ Parlement, aff. T-82/09.

2 Le juge de l'OMC

169. L'absence de droit dérivé au sein de l'OMC, notamment dans le cadre des accords OTC et SPS, rend ici la comparaison difficile. Néanmoins, deux différends montrent la déférence du juge de l'OMC envers les valeurs économiques prédominantes au sein de l'enceinte commerciale multilatérale.

170. Le différend Communautés européennes Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement constitue la première illustration[588]. L'Inde avait mis en cause les conditions d'octroi des préférences tarifaires accordées par la Communauté aux pays en développement telles qu'elles étaient définies dans le règlement n° 2501/2001[589]. En vertu de ce texte, il existe cinq régimes de préférences tarifaires : le régime général et quatre régimes spéciaux parmi lesquels le régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs, le régime spécial d'encouragement à la protection de l'environnement, le régime spécial en faveur des pays les moins avancés, et le régime spécial de lutte contre la production et le trafic de drogues. L'Annexe I de ce texte énumère les Etats bénéficiant du régime général. Quant aux régimes spéciaux, ils sont accordés en fonction de l'adéquation entre leurs objectifs, la protection de l'environnement, la lutte contre la drogue, la protection des travailleurs, et la situation de chaque Etat. Pour chaque régime spécial, le règlement fixe certains critères à respecter afin d'être éligibles au régime de préférences tarifaires. Dans ce différend, l'Inde mettait en cause le régime spécial concernant les drogues en vertu duquel douze Etats bénéficiaient d'une suspension de droits *ad valorem* et spécifiques sur certains produits. En vertu de ce système, pour les produits relevant également du régime général et du régime spécial concernant les drogues, les produits de ces douze Etats bénéficiaient de réductions tarifaires plus avantageuses que les autres pays en développement. Quant aux produits visés spécifiquement par le régime spécial, les produits originaires de ces Etats bénéficiaient d'une franchise totale de droits alors que ceux provenant des autres pays en développement ne bénéficiaient d'aucune réduction tarifaire. L'Inde soutenait que le régime européen violait la clause de la nation la plus favorisée et qu'il ne pouvait être justifié par la

---

[588] Communautés Européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, WT/DS246.

[589] Règlement n° 2501/200/CE du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2004 (JO n° L 346, 31 décembre

clause d'habilitation, c'est-à-dire le traitement différencié en faveur des pays en développement. Cette affaire mettait donc en conflit deux valeurs de l'OMC : les valeurs du marché matérialisées par le principe d'ouverture aux échanges et la promotion du développement économique. Le Groupe spécial avait accueilli les arguments indiens. Il avait jugé que ce régime violait la clause de la nation la plus favorisée, que la clause d'habilitation devait être considérée comme une exception à l'article I :1 du GATT et que le système européen n'était pas justifié au regard de cette clause[590]. En appel, la Communauté contestait notamment la constatation du Groupe spécial selon laquelle la clause d'habilitation est une exception aux règles du GATT. Se livrant à une interprétation littérale, confirmée par un examen de l'objet et du but de l'Accord OMC et de la clause, l'Organe d'appel a procédé à la même conclusion que le Groupe spécial. Pour l'Organe d'appel, cette qualification ne remet pas en cause le droit des Membres de l'OMC de mettre en place des systèmes de préférences tarifaires et ne porte pas atteinte à l'importance de cette clause[591]. Néanmoins, cette qualification semble symptomatique de la relation existant entre les valeurs commerciales et le développement. Dans l'OMC, le développement est avant tout envisagé dans le cadre du marché, par leur participation au libre-échange les pays en développement doivent bénéficier des bienfaits du commerce et se développer. Dès lors, le traitement spécial et différencié ne peut être conçu que comme une exception à ce principe.

171. Une seconde affaire symptomatique de l'appréhension des conflits de valeurs par le juge de l'OMC est l'affaire Canada Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques[592]. Les Communautés européennes contestaient au regard de l'Accord ADPIC des dispositions de la législation canadienne en matière de brevets. En vertu de la loi canadienne, il existe deux exceptions aux droits de propriété intellectuelle et plus particulièrement à la protection des brevets pharmaceutiques. Les concurrents du titulaire du brevet ont la possibilité d'utiliser l'invention, avant la fin de la période de protection, afin de soumettre une demande de commercialisation. Ils peuvent également, toujours avant la fin de

---

2001, p. 1).

[590] Communautés Européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport du Groupe spécial du 1er décembre 2003, WT/DS246/R, § 7.177.

[591] Communautés Européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, § 89-99.

[592] Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, rapport du Groupe spécial du 17 mars 2000, WT/DS114/R.

la période de protection, utiliser l'invention afin de fabriquer et de constituer des stocks du produit pharmaceutique. Ce différend posait assez frontalement un conflit entre les droits de propriété intellectuelle et des impératifs de santé publique. Le Groupe spécial a conclu que la législation canadienne permettant aux concurrents d'utiliser l'invention pour soumettre une demande de commercialisation était conforme à l'article 30 de l'Accord ADPIC[593]. En revanche, la seconde exception mise en place par le Canada a été jugée contraire à cet Accord. En l'espèce, c'est le raisonnement du Groupe spécial, plus que sa conclusion qui interpelle. En effet, dans son raisonnement, il interprète de façon restrictive les articles 7 et 8 de l'Accord ADPIC[594] alors que ces dispositions introduisent un équilibre au sein de cet Accord entre la protection des droits de propriété intellectuelle et la possibilité pour les pouvoirs publics de limiter ces droits dans un objectif de protection de la santé publique. En l'occurrence, le Groupe spécial semble accorder plus d'importance à la protection des droits de propriété intellectuelle qu'à la protection de la santé. Cette interprétation des articles 7 et 8 combinée à l'interprétation restrictive de l'article 30 de l'Accord ADPIC a d'ailleurs été à l'origine de l'adoption par les Membres de l'OMC de la déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique[595] dans laquelle ils soulignent que l'Accord sur les ADPIC ne doit pas empêcher les Membres de l'OMC de protéger la santé publique.

172. Le choix du juge de procéder à une conciliation axiologique atteste d'une volonté de maintenir « la pluralité des valeurs consacrées par la constitution »[596], mais la préférence

---

[593] V. l'article 30 de l'Accord ADPIC : « Exceptions aux droits conférés : Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ».

[594] V. les articles 7 et 8 de l'Accord ADPIC : « Article 7 Objectifs : La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations », « Article 8 Principes 1. Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord. 2 Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie ».

[595] Conférence ministérielle, Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique – adoptée le 20 novembre 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001.

[596] CHAMPEIL-DESPLAT, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de

accordée à certaines dominantes du système de valeurs constitue un gage de respect de l'équilibre établi par ce dernier. Cette posture du juge montre ainsi son respect des choix opérés par les instances politiques qui reflètent souvent des choix de « société » dont le juge n'a pas à connaître. Ce choix doit être distingué de la mise en cohérence assez systématique à laquelle le juge procède en cas de conflit technique. En effet, ce type de conflits peut être résolu par des moyens techniques et n'implique pas d'appréciation axiologique. Le raisonnement du juge est déterminé par le caractère cohérent ou incohérent du système juridique ainsi que par la nature du conflit à résoudre. Un autre élément de contrainte pesant sur le raisonnement est le caractère incomplet du système juridique.

Section II L'incomplétude des systèmes juridiques

173. Les systèmes juridiques de l'Union et de l'OMC sont, comme tous les systèmes juridiques, nécessairement incomplets, cette caractéristique est cependant accentuée dans ces deux systèmes (§1er). L'existence d'une lacune pèse sur le juge, contraint de répondre aux demandes des parties, et le raisonnement lui permet alors de remplir sa fonction (§2nd),

Paragraphe I L'incomplétude inévitable des systèmes juridiques

174. Avant de mettre en évidence les lacunes du droit de l'Union et du droit de l'OMC (B), il est nécessaire de définir la notion de lacune (A).

A La notion de lacune

175. La notion de lacune suscite en droit la controverse tant en raison des définitions différentes de cette notion (2) mais qu'en raison de la contestation de la possibilité d'existence des lacunes dans un ordre juridique (1).

1 L'existence des lacunes

---

normes », préc., p. 70.

176. La question de la complétude du système juridique fait partie des « questions traditionnelles en théorie du droit »[597] et s'« il paraît aller de soi que le droit, tout système juridique quelconque est nécessairement incomplet, inachevé »[598], cette question suscite néanmoins un nombre important de débats et de réflexions doctrinales. Ainsi, Portalis l'envisageait déjà et affirmait que « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre…quoique l'on fasse les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multiples, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de prévoir à tout »[599]. Les lacunes résulteraient ainsi de la nature imprévisible des activités humaines[600]. Les lacunes pourraient également être délibérées, elles seraient alors la conséquence « de la nécessité pratique et sociologique de conserver aux acteurs juridiques une certaine marge de liberté »[601]. Ces explications à la présence de lacune dans un système juridique repose sur le postulat que de telles lacunes sont possibles. Or, cette hypothèse ne fait pas l'unanimité.

177. La problématique des lacunes et celle corrélative de la complétude du système juridique ont donné lieu à des réponses contradictoires en doctrine. M. Sueur relève que ce débat peut-être appréhendé de deux points de vue. Du point de vue du juge, comme le fait Perelman[602], « le mot lacune désigne alors, tout simplement, un instant dans le raisonnement de ce juge »[603], et il est évident que les lacunes existent. Du point de vue de l'ordre juridique[604], un certain nombre de courants doctrinaux refusent, sur des prémisses diverses, la possibilité de lacune.

---

[597] J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, préc., p.130.
[598] *Idem*, p. 131.
[599] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, p.467 cité par J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, préc., p.131, note de bas de page 265.
[600] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc., p. 206.
[601] *Ibidem*.
[602] C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, préc., pp.45 et s ; V. également C. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit. Essai de synthèse », in *Droit et logique. Les lacunes en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 537-552.
[603] J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, préc., p.132.
[604] *Ibidem*.

178. Kelsen considère que « contrairement aux vues de la doctrine traditionnelle, il n'est donc pas vrai que l'application de l'ordre juridique en vigueur soit impossible dans tous les cas où, selon son analyse, il présenterait une lacune. Sans doute est-il impossible dans ce cas d'appliquer une norme juridique déterminée en particulier, mais l'application de l'ordre juridique, elle, est possible, qui représente, elle aussi une application du droit »[605]. La théorie de la plénitude logique du droit en constitue une expression[606]. Dans cette lignée, Weber soutenait que « le droit, directement ou indirectement, qualifie tout comportement humain et, en conséquence, ne connaît pas de lacunes »[607]. Certaines soutiennent que les lacunes sont impossibles et que le juge doit toujours trouver au sein du système juridique une norme qui lui permettra de trancher un litige. Cette affirmation peut être corroborée par l'analyse de l'article 4 du Code civil de M. Waline selon laquelle cette disposition peut implicitement signifier qu'il n'existe pas de lacune[608]. Ainsi, en prévoyant l'hypothèse d'une lacune et en donnant habilitation au juge le système juridique devient complet. Cette seconde hypothèse rencontre cependant des objections sérieuses. En effet, certains auteurs considèrent que cette disposition « n'oblige nullement à combler les lacunes du droit mais fait au juge une obligation de juger. Ce sont là deux choses différentes: le législateur a voulu que le juge, institué pour juger, juge, mais ne lui impose nullement de créer une norme là où il n'y en a pas »[609]. Pour Dworkin les

---

[605] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème éd. Traduite par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. p. 330.

[606] *Idem*., p 329.

[607] M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris LGDJ, 1995, p.66. La théorie de la plénitude logique du droit a aussi été appliquée au droit international P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc., pp. 207-209. M. Weil souligne, à cet égard, que « ces tentatives négatrices des lacunes du droit international se sont orientées dans deux directions: l'une, axée sur le développement dynamique du droit grâce à la production spontanée de normes de remplacement qui viennent combler automatiquement les lacunes au fur et à mesure de leur apparition; l'autre, fondée sur un raisonnement théorique tendant à établir que le système est nécessairement complet. Selon la première approche, les lacunes sont possibles mais il y est remédié aussitôt; selon la seconde, elles sont logiquement inconcevables. Pour les uns la maladie existe, mais le médecin la jugule ; pour les autres la maladie est tout simplement niée ».

[608] M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, Tome II, pp. 613-632, sp. p. 616. M. Waline montre qu'« on peut comprendre de deux façons l'article 4 du Code Civil. Il peut signifier : « lorsque le juge constatera une lacune de la loi, il y suppléera » auquel cas celui-ci est évidemment associé à l'œuvre législative. Mais cet article peut signifier aussi : « il n'y a pas de lacune dans le droit positif ; si le juge croit le contraire, il se trompe ; il doit creuser les règles de droit positif jusqu'à ce qu'il trouve celle qui lui donnera la clef du procès qu'il a à juger. En d'autres termes, l'article 4 du code civil peut être compris comme l'affirmation implicite qu'il n'y a pas de lacune dans le droit ; que toute question juridique, quelle qu'elle soit, peut être tranchée sur la base du droit positif existant ».

[609] P. FORIERS, « Les lacunes du droit », », in *Droit et logique. Les lacunes en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 9-29, sp. pp. 11-12. M. Weil mène une analyse comparable et relève que l'article 4 du Code civil et le Code civil suisse « n'éliminent pas pour autant les lacunes du droit ; elles en

lacunes ne sont que provisoires, en effet en cas de lacune ou en présence d'un « cas difficile » le juge peut appliquer un principe qui ne figure pas en tant que tel dans le droit écrit mais qui appartient tout de même au système juridique[610]. Cette théorie, critiquée[611], repose sur un postulat de complétude du système puisque le droit « contient déjà des éléments de morale permettant d'identifier la seule bonne réponse »[612].

179. Toutefois, ces théories n'emportent pas forcément la conviction, soit qu'elles puissent être critiquées et réfutées[613], soit qu'elles ne correspondent tout simplement pas à la réalité. Si on peut admettre l'hypothèse de l'existence des lacunes, cette notion doit cependant être définie.

2 La définition des lacunes

180. « La notion de lacune justifierait (…) une étude doctrinale complète et approfondie »[614]. Ces mots trouvent un écho particulier dès lors qu'on essaie de définir la notion de lacune. En effet, si les définitions et typologies des lacunes foisonnent, elles sont bien souvent divergentes et reposent sur une vision prédéterminée du rôle du juge et de la jurisprudence. En effet, dans la mesure où la problématique des lacunes est imbriquée à celle de la fonction du juge, les présupposés quant à l'un des éléments de l'équation rejaillissent nécessairement sur l'autre[615].

181. La notion de lacune peut être définie simplement comme une « omission de la loi de résoudre un problème qui devrait nécessairement être résolu »[616], comme une absence de

---

reconnaissent, tout au contraire, l'existence », P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc., p. 204.

[610] R. DWORKIN, « La complétude du droit », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P. AMSELEK (dir.), Paris, PUF, 1989, pp. 127-135.

[611] R. GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, 1986, pp. 17-28.

[612] O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 913.

[613] P. FORIERS, « Les lacunes du droit », préc., p. 9 ; P. AMSELEK, « A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, 1988, pp. 283-299 ; P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », *RDP,* 1991, p. 1199-1216.

[614] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-133.

[615] P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, pp. 127-150, sp. p. 132 ; F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-133.

[616] P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960, p.

règle et de solution juridique lors d'un litige[617], ou encore comme « l'absence de norme pour régir un cas donné dans le cadre d'une source particulière du droit international public »[618]. Ces définitions simples n'épuisent pourtant pas la notion[619]. Ainsi, il faudrait tout d'abord distinguer les vraies des fausses lacunes[620]. Alors que la vraie lacune, ou lacune objective, résulte du constat qu'il « manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé »[621], la seconde correspond à l'hypothèse où la règle de droit « n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste »[622]. En conséquence, la vraie lacune est « subie » alors que la fausse lacune est créée. Les fausses lacunes sont à rapprocher des lacunes idéologiques[623]. Ce type de lacunes implique un jugement de valeur et la considération morale, sociale ou économique que le législateur aurait dû apporter une réponse juridique à un problème déterminé. Une autre distinction vise enfin à montrer qu'il peut exister plusieurs types de lacunes selon que le manque est relatif à une règle ou à une compétence permettant de l'adopter[624]. Les premières seraient uniquement provisoires ou temporaires[625] alors que les secondes seraient plus problématiques[626]. Enfin, une distinction est parfois opérée entre les lacunes du droit et les lacunes de la loi[627]. Ainsi, la mise en évidence d'une lacune du droit est subjective, elle est le résultat d'un jugement de valeur. Au contraire la lacune de la loi implique un simple constat selon lequel la loi ne régit pas une situation. Cette distinction est fondamentale en ce qu'elle emporte des conséquences en

---

300.

[617] P. FORIERS, « Les lacunes du droit », préc., p. 9 ; J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *APD*, 1963, p. 69.

[618] J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 637.

[619] O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », préc., pp. 911-913.

[620] P. FORIERS, « Les lacunes du droit », préc., p. 9.

[621] *Ibidem*.

[622] *Ibid*.

[623] A. G. CONTE, « Décision, complétude, clôture, à propos des lacunes en droit », in *Droit et logique. Les lacunes en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 67-84 ; F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p III-133.

[624] K. MORTELMANS, « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, pp. 410-436.

[625] Sur la notion de lacune temporaire V. P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », préc., p. 204. Pour M. Weil les lacunes temporaires sont « dues à l'émergence de problèmes nouveaux que le système n'a pas encore eu le temps de réglementer », elles constituent « un problème commun à tous les systèmes juridiques : il faut laisser du temps au temps; il faut laisser aux mécanismes générateurs de normes le temps d'entrer en action et de déployer leurs effets ».

[626] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, préc., pp. 355-356.

[627] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-133.

matière d'office du juge. Celui-ci ne pourrait pas combler les lacunes du droit[628]. En revanche, il pourrait combler les lacunes de la loi « en ayant recours aux règles qui se dégagent d'un ou de plusieurs autres textes, de leur esprit, de leur but ou à celles qui se trouvent dans les principes de droit ou dans la coutume »[629].

182. La lacune doit également être distinguée d'autres notions comme l'obscurité ou la carence. Ainsi, M. Siorat différencie la lacune de l'obscurité qui existe « lorsque, au regard du cas d'espèce, le sens d'un traité ou d'une coutume paraît douteux »[630]. De plus, la lacune ne doit pas être confondue avec la carence qui survient « lorsque les règles en vigueur prévoient pour le cas d'espèce une solution qui n'est pas satisfaisante pour les Etats parties au litige »[631]. Dès lors « les lacunes supposent qu'aucun des traités ni la coutume ne prévoient de solution pour le cas d'espèce que l'on cherche à régler conformément au droit en vigueur »[632]. Enfin, la lacune se différencie de l'indétermination de la règle de droit. En effet, elle implique précisément une absence de règle alors que l'indétermination suppose l'existence d'une règle dont le sens n'est pas déterminé *a priori*. Si comme l'ont montré M. Amselek et Hart ces deux phénomènes participent d'une même logique, c'est-à-dire une défaillance intentionnelle ou non de l'autorité politique[633], ils ne sont pas assimilables.

183. Les lacunes seront entendues ici largement comme une absence de règle alors que celle-ci est nécessaire ou comme un silence du droit. Ainsi définies, les lacunes s'observent tant en droit européen qu'en droit de l'OMC.

B L'incomplétude des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'OMC

184. En raison de leur nature même, les systèmes juridiques de l'Union et de l'OMC sont nécessairement lacunaires (1). Ces lacunes peuvent être de différente nature : elles peuvent

---

[628] *Idem*, p. III-134.

[629] *Ibidem*, M. Dumon considère qu'« il n'appartient normalement pas au juge de combler les lacunes du droit : cette mission appartient au 'législateur' et à la Nation qui forme spontanément les coutumes et, partiellement tout au moins, les principes de droit ».

[630] L. SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, Paris, LDGJ, 1959, p. 63.

[631] *Idem*, p. 85.

[632] *Id.*, p. 126.

[633] P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », préc. Sur le caractère intentionnel de la lacune, V. P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », préc., p. 131. Sur

être matérielles, procédurales ou méthodologiques (2).

1 Une caractéristique commune

185. En raison du principe de spécialité, de leur objet principalement économique et de leur caractère évolutif les ordres juridiques européen et multilatéral sont nécessairement lacunaires. Ces considérations renforcent un phénomène déjà prégnant dans tous les ordres juridiques même internes. Comme Portalis, M. Amselek souligne qu'« il est, en effet, impossible au législateur de tout régler, de tout prévoir, même implicitement »[634]. De même les auteurs des Traités ou du droit dérivé n'ont pas pu anticiper toutes les évolutions de l'OMC et de l'Union européenne. Ce constat est renforcé par la nature économique de ces organisations et l'imprévisibilité de la chose économique. Ainsi, l'incomplétude de la Constitution économique est soulignée par M. Maddalon[635]. Si la Constitution économique de l'Union dépasse largement le cadre des seuls traités et s'exprime également dans le reste du droit de l'Union, il montre que « tout ne peut être prévu globalement et *a priori* dans un texte de valeur constitutionnelle. La libre rencontre entre l'offre et la demande de produits fait évoluer différemment chaque secteur économique, chaque marché »[636]. Ainsi, non seulement les auteurs des Traités ne pourraient pas tout prévoir, mais il leur serait de plus quasiment impossible d'anticiper l'évolution du marché.

186. Par ailleurs, la nature internationale de l'OMC et supranationale de l'Union européenne rend difficile l'adaptation du droit aux évolutions, économiques ou politiques, de ces organisations, et favorise ainsi l'apparition de lacunes. En effet, la prise de décision dans un contexte international est nécessairement plus difficile et plus lente qu'au niveau national. A ce sujet, M. Weil affirme que « ce qui confère aux lacunes du droit international un caractère spécifique, c'est à la fois leur ampleur et, plus encore, leur raison d'être »[637]. Pour cet auteur, l'importance des lacunes en droit international découle de « la relation de la

---

l'indétermination, V. Chapitre I, Titre II, Partie I.

[634] P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », préc., p. 1207.

[635] P. MADDALON, « Pourquoi est-il difficile d'identifier la constitution économique européenne ? », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 103-121, sp. p. 107.

[636] *Ibidem*.

[637] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », préc., p. 206.

normativité internationale avec la souveraineté des Etats »[638]. Les résistances étatiques expliquent alors l'absence de règles ou la lenteur avec laquelle les règles communes sont adoptées. Dans l'Union, les carences du législateur européen ont été mises en exergue[639] et Pescatore a dressé un constat sévère notamment à l'endroit du Conseil[640]. Les lacunes sont alors la conséquence de la non adoption du droit dérivé. Or, au sein du système européen, l'intégration suppose non seulement une abstention des Etats mais elle implique également une démarche positive et l'adoption d'actes juridiques mettant en oeuvre les compétences attribuées à l'Union. La nécessité de ces actes est postulée par le Traité et « le caractère programmatique, évolutif, dynamique des traités »[641]. Ainsi que l'avait relevé l'Avocat général Roemer « les traités européens ne sont [...] rien d'autre que la mise en œuvre partielle d'un grand programme général dominé par l'idée de l'intégration complète des Etats européens »[642]. La mise en œuvre de ce programme implique alors l'adoption d'actes mais il n'est pas rare que ces textes ne soient pas adoptés ou tardent à l'être. Ces manques et retards s'expliquent par la conjonction de plusieurs facteurs : le processus législatif et notamment le rôle des Etats. A cet égard, l'Union doit être distinguée des ordres juridiques nationaux[643]. Le pouvoir législatif y est partagé entre différents organes. Si la Commission dispose du pouvoir

---

[638] *Ibidem*.

[639] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 13. M. Pescatore souligne qu'« a tout bout de champ, on se heurte aux conséquences de ses retards et de ses carences. Qu'il s'agisse de l'union douanière, du commerce extérieur, du droit de la concurrence, du régime des aides, de la fiscalité..., partout des interventions du législateur communautaire seraient hautement désirables pour permettre au processus communautaire de s'accomplir sans difficultés. Mais les problèmes n'attendent pas les initiatives du législateur ; ils surgissent brusquement devant le juge » ; V. également P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », préc., p. 560, M. Pescatore relève que « la véritable difficulté réside au niveau du Conseil qui éprouve d'énormes difficultés à trouver en son sein des convergences et à former sa volonté. Or le fonctionnement normal de la Communauté et du marché commun exige impérativement un minimum de règles juridiques, un minimum aussi d'harmonie entre les dispositions législatives nationales. Les prévisions essentielles ont été faites par le traité mais le législateur communautaire est en retard d'exécuter la tâche qui lui a été assignée ».

[640] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 13.

[641] D. SIMON, « Les juges de la Cour européenne de justice : un gouvernement des juges ? » in *Démocratiser la Communauté*, Paris, Etudes et perspectives européennes, 1977, pp. 47-54, sp. p. 50.

[642] V. les Conclusions de l'Avocat général Roemer sous CJCE, 15 juillet 1960, Campolongo c/ Haute Autorité, aff. jtes 27/59 et 39/59, Rec. p. 795.

[643] P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », préc., p. 560. M. Pescatore met en exergue la « différence profonde qui subsiste entre les systèmes législatifs nationaux et le système législatif de la Communauté. En effet à l'intérieur des Etats, il est -relativement- aisé de répondre aux besoins législatifs nouveaux, en ce sens qu'il existe dans chaque Etat un appareil législatif bien rodé, capable de fonctionner à tout moment. Bien sûr, il y a aussi un appareil législatif communautaire, et cet appareil est même le modèle le plus accompli dans son genre, mais il reste que la machine ne fonctionne que lentement et péniblement ».

d'initiative, les institutions dotées du pouvoir de décision sont le Conseil et le Parlement. La banalisation de la codécision, devenue la procédure législative dite ordinaire, et l'accroissement corollaire des pouvoirs du Parlement peuvent être à l'origine de la durée longue d'adoption des actes. Néanmoins, cette procédure implique un vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil. Le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée permet de surmonter des blocages entre les représentants des Etats. L'unanimité longtemps requise au sein du Conseil donnait à chaque Etat un pouvoir de négociation important et lui permettait en réalité de s'opposer à un texte jugé contraire à son intérêt. Le passage à la majorité qualifiée modifie cet état de fait au sens où un Etat seul ne peut plus faire échouer le processus. Toutefois, l'alliance de plusieurs Etats voire de tous les Etats permet encore de faire barrage à la naissance et à l'épanouissement de la volonté politique européenne. Ainsi, la « carence »[644] du législateur a pu être à l'origine de nombreux manques du droit de l'Union. Il en va ainsi de la mise en place d'organisations communes de marché pour la banane[645], la pomme de terre[646] ou la viande ovine[647] ; de l'absence d'harmonisation des règles nécessaires à la libéralisation des services[648] et à la mise en œuvre de la liberté d'établissement[649] ; ou de l'absence d'adoption d'actes nécessaires à la mise en place d'une politique communautaire[650]. Anticipée par les rédacteurs du Traité de Rome, cette hypothèse de défaillance des institutions européennes n'est cependant pas complètement résorbée par le recours en carence[651]. Les vides juridiques supposent alors nécessairement l'intervention du juge européen.

187. Dans l'OMC, organisation qui compte 159 Membres, le problème est encore plus aigu. Les institutions de cette organisation ne peuvent pas formellement adopter des actes de droit dérivé ou secondaires, mais certaines dispositions des accords peuvent s'apparenter à un tel pouvoir. Ainsi, le Conseil général peut adopter des amendements, des dérogations et des interprétations par des décisions qui ne nécessitent pas nécessairement de ratification des

---

[644] *Ibidem*.
[645] CJCE, 10 décembre 1974, Charmasson, aff. 48/74, Rec. p. 1383.
[646] CJCE, 29 mars 1979, Commission c/Royaume-Uni, aff. 231/78, Rec. p. 1447.
[647] CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729.
[648] CJCE, 3 décembre 1974, Van Binsbergen, aff. 33/74, Rec. p. 1299 ; CJCE, 18 janvier 1979, Van Wesemael. aff. jtes 110 et 111/78, Rec. p. 35.
[649] CJCE, 21 juin 1974, Reyners, Rec. aff. 2/74, rec. p. 631.
[650] V. par exemple pour la politique de la pêche CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, Rec. p. 1045.
[651] Le recours en carence est prévu à l'article 265 TFUE, sur le recours en carence V. S. CAZET, *Le recours en*

Membres. De plus, dans le cadre de certains accords particuliers, il n'est pas exclu que du droit quasi-dérivé soit adopté. Les Comités institués dans certains domaines, dans le cadre de l'accord SPS où le comité éponyme exerce « les fonctions nécessaires à la mise en œuvre de l'accord », peuvent adopter des décisions ayant un impact sur les obligations des Membres de l'OMC[652].

188. L'article X de l'accord OMC régit la procédure d'amendement des accords laquelle diffère en fonction de la disposition amendée. Ainsi, un amendement prend effet à l'égard de tous les Membres dès lors que les 2 tiers des Membres l'ont accepté, à l'égard des Membres qui l'ont accepté dès lors que les 2 tiers des Membres l'ont accepté, à l'égard de tous les Membres lorsque tous l'ont accepté. Ainsi, en dehors de l'hypothèse envisagée à l'article X : 4, soumise néanmoins à la condition de savoir ce qu'est un amendement dont la « nature ne modifierait pas les droits et obligations des Membres », les Membres disposent encore d'un pouvoir prépondérant et peuvent bloquer la prise d'effet d'un amendement ou d'une interprétation[653]. De même, les échecs du cycle du millénaire soulignent les résistances des Membres de l'OMC lors des négociations commerciales multilatérales. Dès lors, il est très improbable qu'ils puissent anticiper les lacunes du système ou y répondre rapidement le cas échéant.

189. Les lacunes juridiques sont inhérentes aux systèmes européen et multilatéral. Elles sont la conséquence inévitable de la nature de ces systèmes ainsi que de la nécessaire participation de leurs Membres à l'adoption du droit dérivé dans l'Union et à l'adoption des interprétations et amendements dans l'OMC. Cela étant, il est possible de dresser une typologie commune des lacunes de ces deux systèmes.

2 Une typologie commune

---

carence en droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012.

[652] Par exemple, il a adopté une décision complétant l'Accord selon laquelle « afin de faciliter la mise en œuvre de l'article 4, le Membre importateur devrait expliquer l'objectif et la raison d'être de la mesure et indiquer clairement les risques contre lesquels cette mesure est censée assurer une protection. Le Membre importateur devrait indiquer le niveau approprié de protection que sa mesure sanitaire ou phytosanitaire est censée permettre d'atteindre », Décision du Comité SPS sur l'équivalence du 4 octobre 2001.

[653] Ce pouvoir prépondérant s'expliquerait par le recours au consensus V. C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., sp. p. 634.

190. En dépit de leur diversité, les lacunes du droit de l'Union et du droit de l'OMC peuvent être systématisées. Il apparaît alors qu'elles relèvent de trois catégories. Elles peuvent être matérielles, procédurales ou méthodologiques.

191. Certaines lacunes matérielles du droit de l'Union ou du droit de l'OMC ont été mises en évidence. Elles concernent le « fond » ou la substance du droit. L'identification de ces manques suppose toutefois de distinguer ces hypothèses de celles relatives au champ d'application limité des actes de droit dérivé, d'une question non couverte par les accords OMC ou les Traités européens en vertu du principe de spécialité ou des hypothèses de délimitation des compétences entre l'Union et les Etats Membres. Ainsi, « le silence » d'un texte sur un point de droit déterminé ne peut être qualifié de lacune lorsque ce point de droit n'entre tout simplement pas dans le champ d'application de l'acte juridique[654]. De même, lorsque le législateur ne prévoit pas de dispositions transitoires, il ne s'agit pas d'une lacune mais d'un simple problème de délimitation du champ d'application temporel de l'acte[655]. Le droit de l'Union a pu compter certaines lacunes matérielles, comme l'absence de possibilité de diminuer le taux de prélèvement applicable du fait d'avaries subie par des céréales[656], des manques dans l'organisation commune des marchés du sucre quant au calcul de la cotisation pour les productions excédentaires de sucre[657]. On peut encore citer l'absence de disposition régissant la compatibilité des mesures nationales restreignant la production avec les règles concernant l'organisation commune des marchés dans le secteur des plantes vivantes et des produits de la floriculture[658]. La Cour a également mis en évidence plusieurs lacunes dans le règlement 1408/71 relatif au régime de sécurité sociale aux travailleurs salariés qui font usage

---

[654] CJCE, 28 juin 2007, aff. C-1/06, Bonn Fleisch, Rec. p. I-5609, pts 32-34, V. également les Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous cette affaire au pt. 40. Pour une illustration des difficultés liées à la délimitation entre le champ d'application d'un acte de droit dérivé et le silence délibéré V. CJCE, 13 mars 2008, Schneider, aff. C-285/06, Rec. p. I-1501, ainsi que les Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous cette affaire au pt. 68

[655] Voir les Conclusions de l'Avocat général Saggio sous l'affaire CJCE, 18 mai 2000, KVS International BV, aff. C-301/98, Rec. p. I-3593. Au pt. 50, l'Avocat général considère que « l'absence dans la directive 93/60 de dispositions transitoires correspondant à celles contenues dans la directive 88/407 constitue en effet un choix du législateur destiné à permettre à la réglementation la plus récente de produire immédiatement ses effets et de garantir ainsi une protection plus efficace de la santé publique ».

[656] CJCE, 15 décembre 1970, Deutsche Getreide und Futtermittel Handelsgesellschaft mbH c/ Hauptzollamt Hamburg-Altona, aff. 31/70, Rec. p. 1055, pt. 4.

[657] CJCE, 30 janvier 1974, Hannoversche Zucker AG Rethen-Weetzen, aff. 159/73, Rec. p. 121, pt. 4.

[658] CJCE, 30 octobre 1974, Officier van Justitie c/ J. W. J. van Haaster, aff 190/73, pt. 7.

de leur liberté de circulation[659] en ce que ce texte ne couvrait pas le risque de dépendance[660], ou qu'il ne contenait aucune disposition relative au droit applicable aux personnes qui n'exercent plus d'activité professionnelle dans un Etat Membre et résident sur le territoire d'un autre Etat Membre[661]. Par ailleurs, les lacunes peuvent résulter de l'absence d'adoption par la Commission de mesures d'exécution[662]. Le juge européen met également en évidence des lacunes du droit de l'Union lorsqu'il montre que certains textes de droit dérivé ont été adoptés afin de remédier à certaines lacunes de la législation antérieure[663]. Enfin, l'absence de disposition protectrice des droits fondamentaux dans les Traités originaires a naturellement été identifiée comme une lacune. Si « la protection des droits de l'homme n'était pas la préoccupation prioritaire des négociateurs du traité instituant la Communauté européenne »[664], ces droits ont été invoqués devant la Cour montrant ainsi les limites de l'approche purement économique des Traités originaires. Dans ce domaine, l'absence de protection de certains droits, comme le droit au respect de la vie privée ou le droit de propriété, constitue naturellement une lacune matérielle. Cette dimension se double d'un aspect procédural lorsque les lacunes sont relatives à la procédure juridictionnelle.

192. Les droits de l'Union et le droit de l'OMC présentent ensuite un certain nombre de

---

[659] Règlement n° 1408/71/CEE du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO n° L 149, 5 juillet 1971, p. 2).

[660] V. les Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJUE, 30 juin 2011, Joao Filipe da Silva Martins, aff. C-388/09, Rec. p. 5737 aux pts 6 et 7.

[661] CJCE, 12 juin 1986, Ten Holder, aff. 302/84, Rec. p. 1821 ; CJCE, 11 juin 1998, Anne Kuusijärvi, aff. C-275/96, Rec. p. I-3419, pt. 46.

[662] CJUE, 29 avril 2010, Solgar Vitamin's France, aff C-446/08, Rec. p. I-3973, pt. 21, V. également les Conclusions de l'Avocat général Jääskinen sous cette affaire au pt. 38, en l'espèce, la Commission n'avait pas adopté déterminant les quantités minimales et maximales de vitamines et de minéraux utilisés lors de la fabrication de compléments alimentaires.

[663] V. Conclusions de l'Avocat général Jääskinen sous l'affaire CJUE, 13 octobre 2011, Airfield NV, aff. jtes C-431 et C-432/09, Rec. p. I-9363. L'Avocat général souligne que « la directive 93/83 vise à combler une lacune laissée, dans le cadre juridique de la création d'un espace audiovisuel unique, par la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États Membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, qui a été adoptée sans contenir de dispositions relatives aux droits d'auteur » ; V. également, CJCE, 10 septembre 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e.a., aff. C-44/08, Rec. p. I-8163, au pt. 61, la Cour souligne que « la directive 92/56 puis la directive 98/59, combler une lacune de sa réglementation antérieure et apporter une précision concernant les obligations des employeurs faisant partie d'un groupe d'entreprises. Ainsi, l'article 2, paragraphe 4, de la directive 98/59 dispose que l'obligation de consultation s'applique à l'employeur indépendamment du fait que la décision concernant les licenciements collectifs émane de celui-ci ou d'une entreprise qui le contrôle ».

[664] D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime moi non plus ? », *Pouvoirs*, 2001, PP. 31-49, sp. p. 32.

lacunes procédurales. L'existence de ces lacunes ne surprend pas forcément tant l'intégralité des nécessités procédurales semble difficilement envisageable par les auteurs des Traités. Cela n'est pas propre aux droits de l'Union et de l'OMC car on peut observer un phénomène similaire dans les ordres juridiques internes. Certaines règles de procédure y ont été construites par le juge au gré des affaires et des arguments soulevés par les parties. Le droit administratif et la procédure administrative contentieuse constituent des exemples topiques de ce phénomène qui tend néanmoins à s'estomper au profit de l'intervention législative. En matière de lacune procédurale, l'on peut citer l'absence de règle déterminant le régime probatoire dans le cadre du règlement des différends[665], ou encore l'absence de règle relative à l'*amius curiae* devant les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Enfin, le MARD est également silencieux quant à la représentation des parties par des conseils privés lors d'un différend. Dans l'Union, ont été mises en évidence l'absence de règle relative au retrait d'actes administratifs créateurs de droit, l'absence de disposition en matière de délai de recours ou de délai de prescription[666].

193. Enfin, les lacunes peuvent être d'ordre méthodologique. Ainsi, les articles 22.4 du MARD et 7.9 de l'accord SMC ne précisent pas quelle échelle et quelle méthode doivent être utilisées pour déterminer le caractère équivalent ou proportionné des suspensions de concessions ou d'autres obligations[667]. De même, l'article 4.11 de l'Accord SMC n'explicite pas non plus à l'aune de quels objectifs les arbitres doivent juger le caractère approprié des contre-mesures[668]. Enfin, l'article 9.4 de l'Accord antidumping contient également une lacune de cette nature puisqu'il ne précise pas les éléments à prendre en compte en matière de calcul

---

[665] C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., p. 618.

[666] CJCE, 14 juillet 1972, Imperial chemical industries c/ Commission, aff. 48/69, Rec. p. 619, pt. 42.

[667] L'article 22. 4 du MARD dispose que « le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ». L'article 7.9 de l'Accord SMC dispose que « dans le cas où le Membre n'aura pas pris des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables de la subvention ou retirer la subvention dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'ORD aura adopté le rapport du Groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel, et en l'absence d'accord sur une compensation, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande ».

[668] L'article 4.11 de l'Accord SMC dispose que « Dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont appropriées ».

du plafond du taux résiduel global[669].

194. La problématique des lacunes est commune au droit de l'Union et au droit de l'OMC. Au sein de ces systèmes, l'adoption et la modification du droit supposent un accord entre Etats ou entre institutions nettement plus aléatoire que dans les ordres juridiques internes. En outre, les lacunes de ces systèmes sont comparables et une typologie commune peut alors être mise en évidence. Enfin, la problématique des lacunes se pose avec plus d'acuité pour le juge qui, contrairement au pouvoir politique, ne peut se soustraire à sa fonction. En cela, le raisonnement du juge constitue dans les systèmes juridiques de l'OMC et de l'Union un vecteur commun de complétude.

Paragraphe II Le raisonnement : un vecteur commun de complétude

195. Face à des traités lacunaires et aux demandes des parties, le juge international pourrait être tenté de prononcer un *non-liquet*, mais le juge européen et le juge de l'OMC s'imposent de répondre aux demandes des parties afin d'éviter le déni de justice. La Cour a ainsi constaté le silence du Traité par rapport au retrait d'actes administratifs illégaux mais elle a jugé qu'elle était tout de même obligée de statuer « sous peine de commettre un déni de justice »[670]. Les lacunes placent alors le juge dans une situation inconfortable. En effet, s'il ne peut refuser de statuer[671], il s'expose à la critique du gouvernement des juges ou de l'activisme judiciaire[672].

---

[669] L'article 9.4 de l'Accord antidumping dispose que « lorsque les autorités auront limité leur examen conformément à la deuxième phrase du paragraphe 10 de l'article 6, un droit antidumping appliqué à des importations en provenance d'exportateurs ou de producteurs qui n'auront pas été visés par l'examen ne dépassera pas : i) la marge moyenne pondérée de dumping établie pour les exportateurs ou producteurs choisis ou, ii) dans les cas où le montant des droits antidumping à acquitter est calculé sur la base d'une valeur normale prospective, la différence entre la valeur normale moyenne pondérée pour les exportateurs ou les producteurs choisis et les prix à l'exportation pour les exportateurs ou les producteurs qui n'ont pas fait individuellement l'objet d'un examen, à condition que les autorités ne tiennent pas compte, aux fins du présent paragraphe, des marges nulles ou *de minimis* ni des marges établies dans les circonstances indiquées au paragraphe 8 de l'article 6. Les autorités appliqueront des droits ou des valeurs normales individuelles aux importations en provenance des exportateurs ou des producteurs qui n'auront pas été visés par l'examen et qui auront fourni les renseignements nécessaires au cours de l'enquête, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 10.2 de l'article 6 ».

[670] CJCE, 12 juillet 1957, Algera et autres, aff. jtes 7/56 et 3 à 7/57, Rec. p. 81.

[671] Selon M. Pescatore, il s'agit là d'une règle « fondamentale de l'éthique judiciaire », P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 13.

[672] La notion de gouvernement des juges est née suite à la thèse de M. Lambert relative à la Cour suprême

196. Assez paradoxalement, alors même que le droit de l'Union ou le droit de l'OMC en raison de leur indétermination ou de leurs lacunes impliquent l'intervention du juge, les interrogations quant à un gouvernement des juges dans l'Union ou à l'activisme judiciaire dans l'OMC sont nombreuses[673]. Elles ne sont pas nécessairement partagées, ainsi, Pescatore affirmait, quant aux accusations de gouvernement des juges visant la Cour, que « cette formule grandiloquente, épouvantail des uns et panache des autres, est prononcée plus aisément qu'elle n'est définie, et surtout démontrée dans le cas concret »[674].

197. Sur ce point, la jurisprudence européenne et celle du juge de l'OMC sont mesurées. Face au silence ou aux éventuels manques du droit, le juge pratique tout d'abord l'évitement : au constat de l'existence d'une lacune, il privilégie d'autres techniques qui lui permettent d'éluder la question tout en tranchant le litige (A). Mais cette méthode connaît des limites. Si le juge comble alors les manques du droit, il le fait au moyen de techniques qui assurent l'acceptabilité de ses décisions (B).

---

américaine, cette théorie a trait au pouvoir discrétionnaire voire arbitraire des juges. Le gouvernement des juges « consisterait, pour les juridictions, à quitter dans leurs décisions le terrain du droit et à rendre des décisions inspirées de considérations politiques » remettant ainsi en cause l'équilibre des pouvoirs « législatif » et « judiciaire ». Or, les deux principales objections à la création du droit par le juge sont l'absence de légitimité et de compétence de cet organe pour procéder de la sorte. Ainsi, sous peine de s'immiscer dans la fonction législative, le pouvoir judiciaire ne pourrait disposer d'un quelconque pouvoir normatif. Or le juge serait habilité et légitime à dire, et non à faire, le droit. Si la crainte du gouvernement des juges se fait ressentir dans tous les systèmes juridiques, elle est néanmoins exacerbée au niveau international ou supranational. Sur cette notion V. notamment E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préface F. MODERNE, Paris, Dalloz, 2005 ; G. TIMSIT, « L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 103-114 ; P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., pp. 12-13 ; F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation dans La Cour de justice des Communautés européennes », préc. p. III-48 ; M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 48- 63; D. SIMON, « Les juges de la Cour européenne de justice : un gouvernement des juges ? », préc.

[673] J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966 ; M. LAGRANGE, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RMC*, 1961, pp. 33-44, sp. p. 43 ; D. SIMON, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, p. 1 ; W. L. DAVEY, « Has the WTO dispute settlement system exceeded its authority ? A consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques », *JIEL*, 2001, pp. 79-110 ; L. BARTELS, « The Separation of Powers in the WTO : How to Avoid Judicial Activism », préc. ; R.H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc. ; S.A. GHIAS, « International judicial lawmaking: a theoretical and political analysis of the WTO appellate body », *Berkeley Journal of International Law*, 2006, pp. 534-553.

[674] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 12.

A Le raisonnement par évitement

198. Le raisonnement par évitement permet au juge de résoudre le litige sans pour autant constater l'existence d'une lacune. Mettant en œuvre différentes techniques (1), ce mode de raisonnement évite ainsi de soulever la problématique du caractère créateur de la jurisprudence (2).

1 Les techniques d'évitement

199. Le juge européen et le juge de l'OMC ont recours à plusieurs techniques qui leur permettent d'éviter de constater l'existence d'une lacune. Cependant, le recours à ces techniques n'implique pas que le juge refuse d'interpréter les silences du droit. L'Organe d'appel considère que le silence des Accords a en principe un sens[675]. En effet, « la tâche qui consiste à établir le sens d'une disposition d'un traité en ce qui concerne une prescription spécifique ne se termine pas une fois qu'il a été déterminé que le texte est muet sur cette prescription »[676]. Ces silences n'ajoutent pas nécessairement à la disposition[677] mais le silence ne signifie pas forcément autorisation[678].

200. L'interprétation large d'autres dispositions est la première technique permettant au juge d'éviter de constater l'existence d'une lacune. Cette technique a été mise en œuvre par

---

[675] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 23 ; Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS319/AB/R, §138. Après avoir affirmé que « l'absence de référence a certainement un sens » dans le rapport Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, l'Organe d'appel a cependant précisé que « les silences peuvent avoir des significations différentes dans différents contextes et le silence n'est pas nécessairement opérant en soi » dans le rapport Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile.

[676] États-Unis — Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, rapport de l'Organe d'appel du 28 novembre 2002, WT/DS213/AB/R, § 65. En l'espèce, l'Organe d'appel devait déterminer les conséquences de l'absence de mention d'un critère *de minimis* en matière de réexamen des subventions à l'exportation dans le cadre de l'article 21.3 de l'Accord SMC. Contrairement au Groupe spécial, il juge que ce critère ne figure pas implicitement dans l'article 21.3 de l'Accord SMC (§ 92).

[677] États-Unis — Mesures antidumping visant les produits tubulaires destinés à des pays pétroliers en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 2 novembre 2005, WT/S282/AB/R, § 109. L'Organe d'appel devait déterminer si dans le cadre de l'article 11.3 de l'Accord antidumping impose que les autorités internes établissent l'existence d'un « lien de causalité » entre le dumping probable et le dommage probable. L'article 11.3 ne précise pas ce point. En l'espèce, il juge que l'article le silence de l'article 11.3 de l'Accord antidumping n'implique que cette disposition prescrive l'établissement de ce lien de causalité (§123).

[678] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, §§ 609-610.

l'Organe d'appel dans l'affaire Crevettes[679]. Il a ainsi interprété largement les articles 13 et 17.9 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et l'article 16.1 de ses procédures de travail afin d'autoriser l'*amicus curiae*[680]. Au niveau européen, cette technique, parfois prônée par les Avocats généraux[681], est mise en œuvre par la Cour[682]. Cette interprétation peut même confiner à l'interprétation *praeter legem* en cas de lacune procédurale[683]. Toutefois, l'interprétation large rencontre certaines limites. Ainsi, il doit être fait usage avec modération de l'interprétation large des dispositions du droit primaire afin de pallier les lacunes du droit dérivé. En effet, si l'interprétation large permettait de remédier à toutes les lacunes du droit dérivé « les besoins législatifs, et en particulier les besoins d'amendements législatifs, seraient minimes »[684] et cela remettrait en cause l'équilibre des pouvoirs.

201. L'interprétation en fonction de l'objet de la règle lacunaire permet également d'éviter au juge de reconnaître l'existence d'une lacune. L'article 22.8 du MARD régit les suspensions

---

[679] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §§107 et s.

[680] M. ZAMBELLI, « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *RIDE*, 2005, pp. 197-218 ; B. STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, pp. 257-303 ; N. ANGELET, « Le tiers à à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales, H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Pedone, Paris, Coll. Contentieux international, 2005, pp. 207-238, sp. pp. 231-238 ; B. Stern, « The Intervention of Private Entities and States as 'Friends of the Court' in WTO Dispute Settlement Proceedings », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp.1427-1458.

[681] V. les Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 9 janvier 2003, Davidoff & Cie SA et Zino Davidoff SA contre Gofkid Ltd, aff. C-292/00, rec. p. I-389. L'Avocat général considérait que s'il existait une lacune dans le le régime de protection des marques renommées issu de la directive 89/104/CEE alors « une interprétation large des dispositions de la directive, propre à combler cette lacune, pourrait se justifier » (pt. 38). V. les Conclusions de l'Avocat général Kokott sous l'affaire CJCE, 15 décembre 2005, Centralan Property Ltd contre Commissioners of Customs & Excise, aff. C-63/04, Rec. p. I-11087. L'Avocat général met en évidence une lacune dans l'article 20§3 de la sixième directive TVA et considère qu'« il y a lieu de combler cette lacune en complétant l'interprétation de l'article en cause en prenant en considération le contexte dans lequel cette disposition a été adoptée ainsi que son objectif » (pt. 45).

[682] Alors que le règlement 1408/71 ne coordonnait pas les régimes de prestations dans le domaine de la lutte contre la dépendance, la Cour a considéré que ces derniers relevaient de la notion de « prestations de maladie » au sens de l'article 4 §1 sous a) de ce règlement, V. CJCE, 5 mars 1988, Molenaar, aff. C-160/96, Rec. p. I-843, pts 24-25, CJCE, 8 mars 2001, Jouch, aff. C-215/99, Rec. p. I-1901, pt. 28 ; CJCE, 16 juillet 2009, Von Chamier-Glisczinski, aff. C-208/07, Rec. p. I-6095, pt. 40.

[683] V. les Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous l'affaire CJUE, 26 juin 2012, Pologne c/ Commission, aff. C-336/09 P, dans lesquelles il qualifie de praeter legem l'interprétation de la Cour dans l'affaire Les Verts (pt. 15), V. CJCE, 23 avril 1986, Les Verts c/Parlement, aff. 294/83, Rec. p. 1339.

[684] V. les Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 18 mai 1989, Lieselotte Hartmann Troiani contre Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, aff. 368/87, Rec. p. 1333, au pt. 23.

de concessions, il détermine les conditions dans lesquelles ces suspensions doivent prendre fin. Toutefois, cette disposition ne donne aucune indication quant à la procédure à suivre pour déterminer si ces conditions sont remplies. L'Organe d'appel a rejeté l'approche visant à considérer que les parties au différend et notamment le Membre mis en cause pouvait déterminer que les conditions étaient remplies, mais il a jugé qu'une telle appréciation supposait qu'une procédure soit engagée à cette fin[685].

202. Enfin, dans le cadre européen, les lacunes du droit dérivé peuvent donner lieu à un exercice supplétif de la compétence par les Etats. Il en a été ainsi lorsque la Commission a omis d'adopter des actes d'exécution[686] ou en cas de lacune de la législation fiscale[687], douanière[688] ou agricole[689]. Toutefois, cela n'implique pas que l'Union ait renoncé à exercer sa compétence. Les Etats n'ont qu'une compétence « de substitution »[690] et ils agissent en tant que « gestionnaires de l'intérêt commun »[691] afin d'éviter toute lacune normative. Ainsi, la législation étatique n'est rien d'autre que « la mise en œuvre du devoir de coopération que leur impose, dans une situation caractérisée par la carence du législateur communautaire, l'article 5 du traité [devenu l'article 4§ 3 TUE], en vue de la réalisation des objectifs de l'organisation commune de marché »[692]. Dans ces hypothèses, le principe de coopération loyale constitue également la limite du renvoi à la compétence nationale. En effet, les mesures nationales sont admises « à condition qu'elles s'avèrent cohérentes avec les principes de la TVA communautaire »[693] ou avec ceux des organisations communes de marché. De plus, les

---

[685] Canada — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones, rapport de l'Organe d'appel du 16 octobre 2008, WT/DS321/AB/R, § 310.

[686] CJUE, 29 avril 2010, Solgar Vitamin's France, aff C-446/08, Rec. p. I-3973, pt. 22 ; CJCE, 15 novembre 2007, Commission c/Allemagne, aff. C-319/05, Rec. p. I-9811, pt. 84.

[687] CJCE, 18 juin 2009, Staatssecretaris van Financiën contre Stadeco BV, aff. C-566/07, Rec. p. I-5295, pt. 25 ; CJCE 19 septembre 2000, Schmeink & Cofreth et Strobel, Rec. p. I-6973, pts 48-49 ; CJCE, 6 novembre 2003, Karageorgou, aff. C-78/02 à C-80/02, Rec. p. I-13295, pt. 49.

[688] CJCE, 28 juin 2007, aff. C-1/06, Bonn Fleisch, Rec. p. I-5609, pt. 37.

[689] CJCE, 28 mars 1984, Procédures d'appel administratif introduites contre une mesure disciplinaire par Pluimveeslachterij Midden-Nederland BV et Pluimveeslachterij C. Van Miert BV, aff. jtes 47 et 48/83, Rec. p. 1721, pt. 22.

[690] Selon les termes de l'Avocat général Darmon au point 31 de ses Conclusions sous l'affaire CJCE, 17 novembre 1993, Burkhard Mörlins contre Zuckerfabrik Königslutter-Twülpstedt AG, aff. C-134/92, Rec. p. 6017.

[691] CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-804/79, Rec. p. 1045, pt. 30.

[692] CJCE, 28 mars 1984, Procédures d'appel administratif introduites contre une mesure disciplinaire par Pluimveeslachterij Midden-Nederland BV et Pluimveeslachterij C. Van Miert BV, aff. jtes 47 et 48/83, Rec. p. 1721, pt. 22.

[693] V. les Conclusions de l'Avocat général Saggio sous l'affaire CJCE, 8 mars 2001, Laszlo Bakcsi contre

mesures nationales doivent respecter la finalité de la réglementation européenne[694].

203. Afin d'éviter de reconnaître l'existence de lacunes, le juge européen et le juge de l'OMC ont recours à des modes de raisonnement similaires. Ils interprètent largement d'autres dispositions du droit et les appliquent aux faits de l'espèce qui leur est soumise. Ils comblent également les silences du droit par une interprétation de la règle en fonction de son objet. Enfin, le juge européen renvoie, face à certaines lacunes du droit de l'Union, à la compétence des Etats Membres afin d'éviter de créer une règle de droit. Le recours à ces différentes techniques d'évitement est le fruit d'un choix délibéré des juges et s'explique par la position institutionnelle du juge qui ne peut se substituer à l'autorité politique à laquelle appartient le pouvoir de décision.

2 La justification de l'évitement

204. La Cour est prompte à souligner les lacunes ou insuffisances des questions préjudicielles qui lui parviennent ou du droit des Etats Membres. En revanche, elle semble réticente à admettre l'existence de lacunes en droit de l'Union, voire à employer le terme de lacune. Au contraire, les Avocats généraux y recourent plus fréquemment, qu'ils acceptent ou non l'existence de lacunes[695] et le pouvoir de la Cour de les combler[696]. La Cour évite autant que faire se peut les références aux lacunes du droit dans ses raisonnements. A cet égard, le

---

Finanzamt Fürstenfeldbruck, aff. C-415/98, Rec. I-01831, pt. 40.

[694] CJCE, 30 novembre 1978, Bussone, aff. 31/78, Rec. p. 2429, pt. 16.

[695] V. les Conclusions de l'Avocat Général sous l'affaire CJUE, 9 février 2012, Martin Luksan contre Petrus van der Let, aff. C-277/10. L'Avocat général affirme en premier lieu qu' « il n'existe pas de lacune juridique involontaire » (pt. 119) et souligne ensuite que dans cette affaire « on ne peut pas parler de lacune juridique. Les États Membres qui veulent limiter les droits d'exploitation exclusifs de l'auteur du film doivent respecter non seulement les conditions posées à l'article 14 bis, paragraphes 2, sous b) à d), et 3, de la convention de Berne, mais aussi les droits fondamentaux. Ainsi, cela suffit à exclure une lacune juridique au niveau du droit de l'Union. En outre, il convient de tenir compte de la compétence concurrente de l'Union et des États Membres dans le domaine du droit d'auteur. Ainsi, les États Membres restent compétents lorsque quelque chose n'est pas régi par le droit de l'Union. Donc, lorsque le droit de l'Union est muet sur une question, il appartient aux États Membres de combler les lacunes éventuelles et d'éviter les appréciations divergentes » (pt. 121).

[696] V. les Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous l'affaire CJCE, 15 janvier 2004, Intervention Board for Agricultural Produce contre Penycoed Farming Partnership, aff. C-230/01, Rec. p. I-937. Selon l'Avocat général, « la Cour n'est pas compétente pour combler une défaillance de la législation communautaire, même s'il s'agit d'une défaillance évidente. La Cour est compétente pour prononcer l'invalidité d'une disposition de droit communautaire,mais non pour y substituer de sa propre initiative une autre disposition. Cette tâche repose sur les institutions communautaires chargées de légiférer » (pt. 60).

raisonnement qu'elle a mené dans un recours en annulation d'un règlement est topique[697]. L'Avocat général avait constaté l'existence d'une lacune dans les dispositions transitoires de l'acte d'adhésion[698] et concluait en partie sur ce fondement à l'annulation l'acte fondé sur une base juridique erronée. La Cour parvient à la même conclusion mais en refusant l'idée de l'existence d'un vide juridique[699]. Cette réticence étonne d'autant plus que les juridictions nationales abordent frontalement la question dans leurs questions préjudicielles[700] et que l'existence d'une lacune est souvent alléguée et assortie d'une demande à la Cour de combler ce manque. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel adoptent une démarche similaire. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. Cette réserve pourrait signifier la prévention du juge à l'égard de l'incomplétude du système, et le juge ferait alors « comme si » le système était complet. Un tel raisonnement reviendrait alors à considérer de manière fictive que le législateur ou les auteurs des Traités ne peuvent être défaillants. Cette explication ne convainc pas complètement. En effet, les juges font preuve de réalisme quant aux limites des autorités politiques. Ainsi, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont déjà mis en évidence ces limites en soulignant les ambiguïtés et silences du droit de l'OMC[701]. En revanche, le recours à la technique de l'évitement en matière de lacune pourrait s'expliquer par les limites, réelles ou supposées, de la fonction juridictionnelle. Dans la mesure où il le peut, le juge choisirait d'éviter de constater l'existence d'une lacune afin de ne pas s'exposer aux critiques s'il la comble. L'Organe d'appel a ainsi souligné que l'article 3.2 du MARD n'« est censé encourager ni les Groupes spéciaux ni l'Organe d'appel à 'légiférer' en clarifiant les

---

[697] CJCE, 28 novembre 2006, Parlement c/ Conseil, aff C-414/04, Rec. p. I-11279.

[698] V. les Conclusions de l'Avocat général Geelhoed, CJCE, 28 novembre 2006, Parlement c/ Conseil, aff C-414/04, pt. 55. L'acte d'adhésion ne contenait aucune disposition permettant explicitement d'adopter des mesures dérogatoires, pour les futurs Etats Membres, dans les actes de droit dérivé adoptés entre la signature du traité d'adhésion et l'adhésion proprement dite.

[699] CJCE, 28 novembre 2006, Parlement c/ Conseil, aff C-414/04, Rec. p. I-11279, pt. 39.

[700] V. les questions préjudicielles dans les affaires CJUE, 21 juillet 2011, Dias, aff. C-325/09, Rec. p. I-06387, pt. 33 ; CJCE, 1er octobre 2009, Gaz de France – Berliner Investissement SA, aff. C-247/08, Rec. p. I-09225, pts 16-17.

[701] Le juge de l'OMC met en évidence les silences du droit de l'OMC (V. Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 23 ; Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS319/AB/R §138 ; États-Unis — Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, rapport de l'Organe d'appel du 28 novembre 2002, WT/DS213/AB/R, § 65) ainsi que les ambiguïtés de ce droit (V. Mexique — Mesures visant les services de télécommunication, rapport du Groupe spécial du 2 avril 2004, WT/DS204/R, § 7.512 ; États-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro, rapport de l'Organe d'appel du 4 février 2009, WT/DS350/AB/R, § 306, opinion concordante d'un Membre de la Section de

dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier »[702]. De même, dans l'affaire États-Unis Certains produits en provenance des CE, il a affirmé que « déterminer ce que devraient être les règles et procédures du Mémorandum d'accord ne relève pas de notre responsabilité ni de celle des Groupes spéciaux; cela relève clairement de la seule responsabilité des Membres de l'OMC »[703]. Conscient des limites dont le MARD entoure sa mission et celle des Groupes spéciaux, l'Organe d'appel éviterait ainsi de les dépasser[704]. Ceci explique que dans l'affaire Etats-Unis Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, il se borne à identifier une lacune sans la combler puisque l'appel ne soulevait « pas la question de savoir comment remédier à cette lacune sur la base du texte actuel de l'Accord antidumping »[705]. Cette démarche respectueuse de l'équilibre des pouvoirs respectifs de l'autorité politique et de l'autorité judiciaire trouve un écho chez certains Avocats généraux. Ainsi, l'Avocat général Trstenjak a rappelé que la Cour en tant qu'institution de l'Union s'insère dans l'équilibre institutionnel des Traités. En sa qualité de juge, elle doit respecter « les compétences législatives du Conseil et du Parlement » et laisser « au législateur communautaire la tâche de légiférer »[706]. Cette nécessaire réserve serait la conséquence de « la légitimité démocratique » et de l'expertise des « organes et groupes qui participent au processus législatif ». Cette position est d'ailleurs partagée par la Cour qui refuse parfois de combler des lacunes[707].

205. Cette approche respectueuse des attributions des différents pouvoirs et des limites de

---

l'Organe d'appel saisi du différend).

[702] États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, p. 22.

[703] États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport de l'Organe d'appel du 12 décembre 2000, WT/DS/165/AB/R, § 92.

[704] Ces limites s'expriment notamment aux articles 3.2 et 19.2 du MARD.

[705] États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport du Groupe spécial du 28 février 2001, WT/DS184/R, § 126 ; V. Communautés européennes — Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège, rapport du Groupe spécial du 16 novembre 2007, WT/DS337/R, §§ 7.350-7.351.

[706] V. les pts 107 et 108 des Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJCE, 15 octobre 2009, Audiolux, aff. C-101/08, Rec. p. I-9823.

[707] CJCE, 23 novembre 2006, Staatssecretaris van Financiën, aff. C-5/05, Rec. p. I-11075, pt. 46. La Cour précise que « si, comme l'admet par ailleurs la Commission, l'article 8 de la directive présente une lacune sur ce point, c'est au législateur communautaire qu'il incombe, le cas échéant, d'y remédier en adoptant les mesures nécessaires en vue de modifier cette disposition, ce qui est, au demeurant, confirmé par le fait qu'une proposition de modification de la directive a précisément été soumise par la Commission au Conseil de l'Union européenne en vue, notamment, d'étendre le bénéfice de l'article 8 de celle-ci aux produits transportés pour le compte des particuliers ».

la fonction juridictionnelle ne peut cependant pas être mise en œuvre systématiquement. Le juge doit alors combler les lacunes et avoir recours à un raisonnement constructif.

B Le raisonnement constructif

206. La mise en évidence d'une lacune et la nécessité d'éviter un déni de justice ne laissent d'autre choix au juge que de combler le vide juridique. Ce faisant il s'expose néanmoins à la critique du juge législateur qui se substituerait à l'autorité politique. Toutefois, dans de telles situations, il est extrêmement rare que le juge crée une règle de droit *ex nihilo*. En effet, le raisonnement constructif implique deux techniques principales : le raisonnement par analogie et le recours aux principes. Ces techniques n'impliquent pas nécessairement la création d'une règle de droit nouvelle. En effet, l'analogie peut engendrer des obligations mais sur le fondement d'une règle préexistante. De même, les règles énoncées dans les principes préexistent à leur formulation en tant que tels. Cependant, la nécessaire acceptabilité des obligations résultant de l'analogie et du recours aux principes nécessite une démarche prudente du juge. Le recours à l'analogie est alors assorti de conditions (1) alors que la formulation de principes s'appuie sur l'existence de tels principes dans d'autres ordres juridiques (2).

1 Un recours limité à l'analogie

207. Selon M. Gaudemet l'analogie est « un mode de raisonnement qui, partant d'une règle existante et connue, vise à créer une règle nouvelle et distincte, à partir de l'identité de raison juridique de ces deux règles. Dans tous les cas, l'analogie induit une solution, pour un état de fait donné, d'une similitude fondamentale (au sens étymologique du terme) entre cette situation et celle que la règle de départ, celle sur laquelle s'appuie l'analogie, a réglée »[708]. Cette définition atteste du caractère restrictif des conditions requises pour que le recours à l'analogie s'impose. Toutefois, ces conditions sont sujettes à interprétation. Le raisonnement par analogie est souvent présenté comme un mode de raisonnement logique qui permet, en droit, « d'étendre l'application d'une règle à une situation semblable sous un rapport pertinent

[708] Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 61.

à celle pour laquelle la règle est établie »[709]. Toutefois l'appartenance de l'analogie aux modes logiques de raisonnement est également contestée[710]. En effet, le critère permettant l'analogie - la ressemblance - n'est en lui-même pas un critère logique, il implique plutôt une approche subjective qui peut alors fausser la déduction et remettre en cause la pertinence de la conclusion. Quant au juge, il circonscrit le recours à ce mode de raisonnement. La Cour a déterminé les conditions dans lesquelles le recours à l'analogie est acceptable[711]. Des opérateurs économiques peuvent se voir appliquer des règles dont ils ne relèvent normalement pas si le régime juridique qui leur est normalement applicable : « est étroitement comparable à celui dont ils demandent l'application par analogie; d'autre part, comporte une omission qui est incompatible avec un principe général du droit communautaire et que cette application par analogie permet de réparer »[712]. En dépit de ces conditions strictes, l'analogie permet de remédier à certaines lacunes[713]. Il appert cependant que les principes sont un terreau plus fertile dans cette entreprise.

2 Un recours commun aux principes

208. En cas de lacune, le juge peut avoir recours aux principes. Ces derniers allient deux qualités décisives. D'une part, ils se voient souvent reconnaître une fonction de complétude du système juridique interne ou international[714], la jurisprudence administrative est à cet égard

---

[709] B. FRYDMAN, « Les formes de l'analogie », *RRJ*, 1995, pp. 1053-1064, sp. p. 1056.

[710] *Ibidem*.

[711] CJCE, 12 décembre 1985, Krohn, aff 165/84, Rec. p. 3997, pt. 14 ; CJCE, 20 février 1975, Adolf Reich, aff. 64/74, Rec. p. 261 ; CJCE, 11 juillet 1978, Union française des céréales, aff. 6/78, Rec. p. 1675.

[712] CJCE, 12 décembre 1985, Krohn, aff 165/84, Rec. p. 3997, pt. 14. V. également les Conclusions de l'Avocat général Saggio sous l'affaire CJCE, 18 mai 2000, KVS International BV, aff. C-301/98, Rec. p. I-3593. Au pt. 50, l'Avocat général précise les conditions du recours à l'analogie. Selon l'Avocat général,« le recours à l'application par analogie suppose une lacune des dispositions législatives et a pour but d'y remédier par l'application de dispositions relatives à des cas similaires. La condition du recours à l'application par analogie est une lacune du système ».

[713] CJCE, 11 juillet 1978, Union française des céréales, aff. 6/78, Rec. p. 1675, pt. 4. La Cour juge « que le règlement n° 269/73 comporte donc une omission en ne prévoyant pas l'octroi de montants compensatoires 'adhésion' en cas de force majeure, omission qu'il convient de réparer en appliquant par analogie l'article 6, paragraphe 1, du règlement n°192/75 » ; CJCE, 29 juin 1994, Aldewereld, aff. C-60/93, Rec. p. I-2991, la Cour souligne tout d'abord qu'aucune disposition du règlement 1408/71 de régit la situation du requérant au principal, les cotisations à la sécurité sociale du travailleur qui réside dans un Etat Membre, travaille dans un autre Etat Membre et est détaché dans un Etat tiers (pt. 11), elle juge ensuite que le travailleur relève du Titre II de ce texte.

[714] Pour Dworkin, les principes ont une fonction de complétude du système ; V. E. JOUANNET, « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique

topique. D'autre part, ils matérialisent le pouvoir créateur du juge tout en lui assurant un fondement acceptable. Ces deux caractéristiques justifient que le juge européen et le juge multilatéral aient tous deux recours à cette technique afin de pallier les insuffisances du droit.

209. En dehors de l'article 215 TCEE[715], les premiers Traités communautaires ne contenaient pas de référence explicite aux principes généraux du droit. En dépit de cette absence, la Cour s'est reconnue une compétence en la matière estimant que cette compétence découle de la mission large que lui attribue les Traités. Quant au MARD, il ne fait aucune référence aux principes généraux du droit. Il n'en demeure pas moins que, comme dans l'Union, la compétence du juge de l'OMC pour recourir à de tels principes se fonde sur la mission qui lui est attribuée. Tant la Cour que l'Organe d'appel font appel aux principes. Ainsi, l'utilisation de cette technique par la Cour est souvent soulignée[716] et elle a permis de combler les lacunes des Traités en matière de protection des droits fondamentaux[717]. Alors que les Traités originaires ne comportaient aucune disposition protectrice des ces droits[718], le recours aux principes généraux du droit lui a permis de reconnaître le droit de propriété[719], le droit au respect de la vie privée[720], le droit au juge[721], la liberté d'expression[722] ou encore la protection du secret des affaires[723]. Certaines lacunes procédurales ont également contraint la Cour à raisonner sur le fondement des principes. En l'absence de règles relatives au retrait des actes administratifs, la Cour a admis « le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins pendant un délai raisonnable »[724]. Lorsqu'elle se fonde sur de tels principes pour

---

international », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, R. HUESA VINAIXA, K. WELLENS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115-154.

[715] Cet article est devenu l'article 340 § 1er TFUE.

[716] M. Tridimas souligne ainsi que les principes généraux permettent de combler les lacunes inévitables du système juridique nouveau qu'est le système européen V. T. TRIDIMAS, The General Principles of EU Law, Oxford, Oxford University Press, 2ème éd., 2006, p. 17 et s. et p. 29 et s.

[717] CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. p. 419 ; CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

[718] A l'exception du principe de non discrimination ou des libertés de circulation, mais ces libertés présentaient tout de même une coloration économique.

[719] CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. 44/99, Rec. p. I-3541.

[720] CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79, Rec. p. 2033.

[721] CJCE, 15 mai 1986, Johnston, aff. 222/84, Rec. p. 1651.

[722] CJCE, 6 novembre 2003, Bodil Lindqvist, aff. C-101/01, Rec. p. I-12971.

[723] CJCE, 24 juin 1986, AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/Commission, aff. 53/85, Rec. p. 1965 ; CJCE, 19 mai 1994, SEP c/Commission, aff. C-36/92 P, Rec. p. I-1911.

[724] CJCE, 12 juillet 1957, Algera et autres, aff. jtes 7/56 et 3 à 7/57, Rec. p. 81. La Cour relève qu'elle peut résoudre une question « en s'inspirant des règles communes reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays Membres ». Elle analyse ensuite les traditions juridiques des Etats Membres et admet

combler les lacunes du droit de l'Union, la Cour s'appuie souvent sur des sources « externes » au droit européen. L'on peut ainsi, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, dresser une typologie des principes généraux du droit : les principes d'inspiration « communautaire »[725], les principes figurant dans tous les systèmes juridiques, et les principes issus de la comparaison du droit des Etats Membres[726]. Ces deux dernières catégories montrent que la « découverte » des principes généraux ne se fait pas *ex nihilo*. Au contraire, le juge déduit certains principes de la comparaison du droit des Etats Membres[727], il se fonde sur « les traditions constitutionnelles communes aux Etats Membres »[728]. Ces règles, par leur inspiration, favorisent nécessairement l'acceptabilité des principes au niveau étatique. M. Laenerts a ainsi montré que l'appel au droit des Etats Membres de l'Union est une technique juridique qui implique un exercice sous-jacent de « psycho-diplomatie »[729]. Ces principes, inspirés par ceux des Etats Membres, y sont en effet plus aisément acceptés et appliqués. L'utilisation du droit comparé est alors légitime tant au regard de l'acceptabilité de la règle qu'au regard de la mission de la Cour[730]. Cependant, la Cour ne s'inspire pas servilement du droit des Etats Membres. Les règles nationales ne sont pas transposées mécaniquement, la nature *sui generis* de l'entreprise européenne justifie que la Cour fasse un choix[731] et

---

« le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins pendant un délai raisonnable ».

[725] V. le pt. 68 des Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJCE, 15 octobre 2009, Audiolux, aff. C-101/08, Rec. p. I-9823.

[726] P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit » in *Problèmes de droit des gens. Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283.

[727] CJCE, Algera e.a. c/ Assemblée commune, du 12 juillet 1957, 7/56 et 3 à 7/57, Rec. p. 81.

[728] CJCE, 17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

[729] K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen,* F. R. VAN DER MENSBRUGGHE (dir.), Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, pp. 111-168, sp. p. 167 ; V. également K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 37- ; P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres », *RIDC*, 1980, pp. 337-359.

[730] CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, Rec. p. 1029, pt. 27. La Cour affirme qu'il lui appartient « dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, de statuer (…) selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire, et, le cas échéant, à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des États Membres ».

[731] Comme le souligne M. Soulier, la Cour a emprunté « à différents systèmes de droit des principes qu'elle estimait compatibles avec le système communautaire et en forgeant ceux qui lui semblaient correspondre spécifiquement avec celui-ci. Ainsi ne s'est-elle guère inspirée des principes généraux du droit international, en dehors de ceux qui appartiennent à tous systèmes de droit, compte tenu, précisément, de la rupture de la Communauté avec le modèle de l'organisation internationale ». De même, elle a emprunté « à tel ou tel système national la formulation d'un principe compatible avec le droit communautaire» ; G. Soulier, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », in *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, D.

confronte le résultat de la comparaison avec les objectifs de l'Union[732]. A ce titre, la démarche du juge européen par rapport à la consécration d'une éventuelle responsabilité sans faute de l'Union est topique[733].

210. A l'OMC, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont été confrontés à de nombreuses lacunes procédurales qu'ils ont comblé en se référant aux principes du droit international ou aux principes communs à tous les systèmes juridiques. Le MARD était silencieux quant à la possibilité pour les Membres d'être assistés lors d'une procédure de règlement des différends par des conseillers juridiques privés, mais l'Organe d'appel[734] et les Groupes spéciaux[735] ont mis fin à cette lacune en admettant que les Membres puissent être assistés par de tels conseillers. L'Organe d'appel a tout d'abord mis en évidence que de nombreux gouvernements ont recours à de tels conseils et qu'il ne lui appartient pas de juger cet état de fait. Puis il a souligné que cette question n'était réglementée par aucune disposition du droit de l'OMC, il a ensuite soulevé deux arguments justifiant sa décision. D'une part, il peut être crucial, notamment pour les pays en développement, d'être représentés par des conseils choisis, et d'autre part, eu égard aux questions soumises au juge de l'OMC, il est décisif que les gouvernements soient représentés par des conseils qualifiés. Même si l'Organe ne rapproche pas formellement ces arguments du principe d'égalité des armes, cette préoccupation ne semble pas absente de son raisonnement, cette reconnaissance peut ainsi être rattachée à ce principe[736]. En revanche, les lacunes du régime probatoire de l'OMC ont été

SIMON (dir.), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80, sp. p. 76.

[732] V. le pt. 110 des Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJCE, 15 octobre 2009, Audiolux, aff. C-101/08, Rec. p. I-9823. De même, M. Picod souligne que cette démarche permet de garantir la « prééminence de la logique communautaire », F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 289-334, sp. p. 305.

[733] CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, aff. jtes, C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513.

[734] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, §§ 11-12.

[735] Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du Groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, §§ 14.1-14.2.

[736] P. SHAHRJERDI, V. TOMKIEWICZ, « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation mondiale du commerce », in *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs,* H. RUIZ FABRI (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 269-290, sp. p. 280 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de Règlement des Différents de l'Organisation Mondiale du Commerce », *in Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux international, 2004, pp.125-148, sp. 140, Mme Frison-Roche relève à ce égard que « cette liberté de choisir celui assiste l'Etat » est un « corollaire du droit de se défendre » ; V. également J. CAMERON, K. GRAY, « Principles of

comblées par un recours aux principes communément admis en la matière[737]. Ainsi, alors que le MARD ne précisait pas à quelle partie incombe la charge de la preuve, l'Organe d'appel a souligné qu'« il n'est donc guère surprenant que divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice, aient systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve. Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime 'code civil', en régime '*common law*' et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier »[738]. Cette référence aux tribunaux internationaux ainsi qu'aux diverses traditions juridiques permet à l'Organe d'appel d'asseoir son raisonnement sur un principe commun à tous les systèmes juridiques, favorisant ainsi l'acceptation par les Membres de l'OMC. De même lorsqu'il reconnaît aux parties à un différend la possibilité de répondre aux allégations formulées à son encontre, il souligne qu'il s'agit d'un principe fondamental en matière de « régularité de la procédure »[739].

211. La construction jurisprudentielle tendant à combler les lacunes peut s'expliquer aisément par le lien nécessaire entre la légitimité du pouvoir et les attentes de la collectivité. Est ainsi qualifié de légitime « le pouvoir qui répond le mieux aux attentes, aux besoins de la collectivité, celui qui est capable de résoudre les problèmes vitaux qui la concerne, d'assurer, en un mot, le bien commun »[740]. Le comblement des lacunes procédurales ou en matière de droits fondamentaux par le recours aux principes, qu'ils soient communs aux Etats ou à tous les systèmes juridiques, est alors légitime.

---

international law in the WTO dispute settlement body », *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, pp. 248-298, sp. pp. 289-290.

[737] C.-D. EHLERMAN, « Six years on the bench of the world court », préc., pp. 618-619.

[738] États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, pp. 13-14. Sur le régime probatoire à l'OMC V. H. GUERARI, « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in *La Preuve devant les juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.) Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2007, pp 69-98.

[739] Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R, § 278.

[740] P. PESCATORE, « Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne », *CDE*, 1974, pp. 499-514, spéc. pp. 507-508, l'auteur précise que « ce point est bien mis en évidence par Georges BURDEAU dans son Traité de sciences politiques » (tome II, 2ème éd., 1967, n° 66 et tome IV, 2ème éd., 1969, n° 60).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

212. Les systèmes juridiques de l'OMC et de l'Union présentent des traits communs. Certaines de leurs dispositions sont contradictoires ou incohérentes, les valeurs qu'ils promeuvent sont diverses et peuvent entrer en conflit, enfin, ils sont lacunaires. Pour le juge qui doit trancher un litige ces caractéristiques sont critiques, il ne peut se retrancher derrière le caractère contradictoire ou lacunaire du système juridique pour refuser de statuer. A cet égard, les raisonnements du juge européen et du juge de l'OMC sont analogues. Ils raisonnent de manière à réduire, autant que faire se peut, les incohérences techniques. L'interprétation et la mise en cohérence des règles constituent sur ce point des techniques privilégiées du juge. Quant aux incohérences axiologiques, les divergences de raisonnement entre le juge européen et son homologue à l'OMC reflètent moins une différence d'appréhension de ces incohérences qu'un raisonnement centré sur les valeurs propres à chaque système. Les lacunes constituent également un terrain propice à la comparaison. Sur ce point, le juge de l'Union européenne et celui de l'Organisation mondiale du commerce raisonnent également de manière comparable. Ils résorbent autant que possible les hypothèses de lacune et font appel à des techniques analogues pour les combler. Il ressort de ces analyses que, face aux incohérences et lacunes du droit, le juge européen et le juge de l'OMC raisonnent au moyen de techniques juridictionnelles similaires. Le recours à l'analogie obéit à des conditions strictes, en conséquence, il est moins fréquent que l'appel aux principes. Les principes généraux du droit remplissent dans le raisonnement du juge de l'OMC et du juge de l'Union une fonction de complétude. Si ce mode de raisonnement n'est pas original, il montre en revanche que ces juges adoptent des modes de raisonnement qui sont typiques du raisonnement juridictionnel. Ainsi, le constat de Pescatore pour lequel les principes généraux sont une source « féconde dans laquelle la Cour communautaire communie avec toutes les juridictions internationales et internes »[741] s'applique également au juge de l'OMC. Enfin, les raisonnements des juges, tant en matière de lacunes que d'incohérences, apparaissent respectueux des limites qui s'imposent à leur fonction. Ils résorbent les incohérences et les

[741] P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972, p. 70 Cité PAR C. PHILIP, « La Cour de Justice des Communautés et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *AFDI*, 1975. pp. 383-407, sp. p. 383, note 1.

insuffisances du droit sans nécessairement se substituer aux instances de décision.

CONCLUSION DU TITRE I

213. L'analyse du raisonnement du juge ne peut être menée sans prise en compte du système juridique au sein duquel il exerce sa fonction. En effet, le raisonnement est à même d'être déterminé par les caractéristiques propres à chaque système. A ce titre, il est en premier lieu nécessaire d'analyser et de comprendre comment le système juridique définit le rôle du juge, quelle mission il lui assigne, et l'éventuelle autorité qu'il lui confère. Il appert que le système juridique européen et le système commercial multilatéral envisagent la fonction du juge différemment. Alors que l'autorité fonctionnelle du premier est affirmée, certaines dispositions du mémorandum d'accord sur le règlement des différends laissent à penser que le juge de l'OMC doit, en partie, construire la sienne. Par ailleurs, leurs fonctions respectives font l'objet d'approches quelque peu divergentes. Ainsi, l'interprétation du juge européen ou l'intensité de son contrôle ne sont pas spécifiquement déterminées. En revanche, la dimension interprétative du raisonnement du juge de l'OMC est régie par le MARD, qu'il s'agisse des méthodes d'interprétation ou du résultat de celle-ci. Quant à l'intensité du contrôle de ce dernier, elle est modérément encadrée, l'article 11 du mémorandum d'accord autorisant le juge à faire preuve de déférence ou à mener un contrôle plus resserré. Il apparaît également que la fonction juridictionnelle est, dans ces deux ordres juridiques, affirmée et protégée. Le recours au juge européen et au mécanisme de règlement des différends est obligatoire et exclusif. En outre, les juges sont soumis à une contrainte de réponse aux demandes qui leurs sont adressées. L'autorité institutionnelle des juges de l'Union et de l'OMC permet de les rapprocher. Cette autorité dépend de deux éléments : la qualité de tiers indépendant et impartial et l'obligatoriété des décisions. Les deux systèmes garantissent l'indépendance et l'impartialité des juges et tendent à assurer au juge l'autorité requise à l'exercice de sa fonction. Quant au caractère obligatoire des décisions, il apparaît dans les deux systèmes. En outre, il est garanti par des mécanismes permettant l'effectivité pratique des décisions du juge. Néanmoins, dans certaines hypothèses, l'effectivité des décisions du juge peut faire défaut. Il en va ainsi lorsque la communauté des Membres remet en cause ses décisions ou que leur portée au sein des ordres juridiques internes est limitée. En second lieu, le raisonnement du juge est déterminé par le caractéristiques matérielles du système juridique. Dans ce cadre, il

apparaît que les systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce partagent des caractéristiques communes. Ils renferment tous deux une part d'incohérences et comportent des lacunes. Les incohérences, qui peuvent être d'ordre technique ou substantielle, déterminent le raisonnement du juge qui devient un vecteur d'évitement des incohérences ou de cohérence. De même, le raisonnement du juge est déterminé par les lacunes du droit. Ainsi, elles suscitent de la part des juges des raisonnements leur permettant, d'une part, d'éviter de reconnaître l'existence d'une lacune et de la combler. D'autre part, les lacunes déterminent le raisonnement du juge qui a recours à des techniques traditionnelles pour les combler. A ce titre, le recours commun aux principes atteste de la comparabilité des modes de raisonnement. L'analyse du raisonnement du juge doit également être envisagée au regard de la qualité, de la texture et de la nature des règles de droit que le juge doit appliquer.

Titre II Les déterminants normatifs du raisonnement

214. L'analyse du raisonnement du juge suppose nécessairement de s'intéresser aux règles qu'il doit appliquer pour trancher les litiges qui lui sont soumis. L'interprétation et l'application des règles juridiques ne sont pas des processus mécaniques, il appert qu'ils dépendent de deux paramètres : la texture de la règle et la nature du droit. A cet égard, les normes du droit de l'Union et du droit de l'OMC présentent des caractéristiques similaires et propres à déterminer le raisonnement de juge européen et du de l'Organisation mondiale du commerce. D'une part, l'analyse du droit européen et du droit de l'OMC montre que ces deux corps de règles sont fortement marqués par le même phénomène d'indétermination. La formulation des règles juridiques au moyen de notions dont le sens n'est pas déterminé *a priori* est le fondement d'une marge de liberté importante pour le juge en termes d'interprétation et d'application du droit (chapitre I). D'autre part, la nature principalement économique des droits de l'Union européenne et de l'OMC influence également le raisonnement du juge. La substance du droit économique, mais également sa forme, constituent des spécificités attachées à la nature de ce droit qui imprègnent également le raisonnement du juge (chapitre II).

Chapitre I L'indétermination des règles juridiques

215. Trancher un litige en appliquant une règle de droit suppose que le juge interprète la règle, qualifie les faits et applique la règle sans que ces opérations se confondent[742]. Ainsi, l'interprétation se distingue de la qualification. Celle-ci « consiste à examiner des situations concrètes à la lumière des règles dont le sens est dégagé par l'interprétation ; elle a pour but de vérifier si une situation donnée répondrait à la conception abstraite de ces règles et pourrait ainsi tomber sous leur empire »[743]. De même, l'interprétation doit être différenciée de l'application de la règle qui « assure le passage de l'abstrait au concret, [et] détermine les conséquences de la règle dont le sens est dégagé par l'interprétation dans une situation concrète »[744]. Cependant tant la qualification que l'application de la règle supposent que le juge en ait au préalable déterminé le sens. L'interprétation fait alors partie intégrante du raisonnement du juge. Or, l'interprétation juridictionnelle est fonction de la « qualité » ou de la « texture »[745] des règles de droit. Il apparaît que certaines règles juridiques sont formulées à l'aide de notions juridiques indéterminées, c'est-à-dire de notions dont le sens n'est pas déterminé *a priori*. Les droits de l'OMC et de l'Union partagent cette caractéristique de faire assez largement usage de notions abstraites, vagues ou indéterminées. Cette caractéristique commune confère au juge européen et au juge del'Organisation mondiale du commerce un pouvoir important en matière d'interprétation du droit (section I). Toutefois, il appert que ce pouvoir du juge est nécessairement régulé (section II).

Section I Indétermination et pouvoir du juge

216. L'application des règles juridiques par le juge suppose nécessairement qu'elles soient interprétées, qu'un sens leur soit attribué. Or, la liberté de l'exégète est fonction en premier

---

[742] M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1976, pp. 1-114, sp. p. 10.
[743] *Ibidem*.
[744] *Ibid*.
[745] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTDC*, 2003, pp. 599-628.

lieu de la formulation des règles qu'il interprète. Si toute interprétation suppose un choix entre les sens possibles, plus les règles sont affectées d'un degré élevé d'indétermination, plus elles sont formulées à l'aide de notions dont le sens n'est pas défini *a priori*, plus l'interprète dispose d'une marge d'appréciation importante (§2nd). Or, le recours aux notions indéterminées est particulièrement prégnant en droit de l'Union et en droit de l'OMC. Les caractéristiques de ces ordres juridiques et de ces droits amplifient un phénomène induit naturellement par la nature du langage juridique (§1er).

Paragraphe I Un recours partagé aux notions indéterminées

217. La formulation des règles de droit au moyen de notions indéterminées n'est pas spécifique aux systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'OMC. Ce phénomène s'observe dans tous les ordres juridiques, internes ou internationaux, et s'explique par la nature du langage juridique et les fonctions de la règle de droit (A). Néanmoins, ce phénomène est particulièrement marqué, tant quantitativement que qualitativement, au sein de ces deux systèmes juridiques. En effet, les notions indéterminées sont des notions fonctionnelles dont le rôle s'illustre particulièrement en droit de l'Union et en droit de l'OMC (B).

A Une indétermination consubstantielle au langage juridique

218. L'indétermination est un phénomène inhérent au langage, dès lors il affecte naturellement le langage juridique qui dérive de ce dernier (1). Toutefois, ce phénomène d'indétermination semble assez paradoxal en droit au regard des fonctions de ce dernier et des qualités normalement attribuées aux règles juridiques (2).

1 Une indétermination dérivée de la nature du langage juridique

219. Les règles de droit sont des énonciations linguistiques[746] et partagent donc

[746] Selon la formule de M. MOUTON « toute norme juridique passe par une énonciation linguistique, et en tant que telle, est un événement de discours, c'est-à-dire un acte d'un locuteur à un interlocuteur qui vise à un certain effet », J.-D. MOUTON, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme comme actes de discours. Contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges offerts à C. CHAUMONT, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Paris, Pedone, 1984, pp. 407-431, sp. p. 407.

nécessairement certaines caractéristiques avec le langage en général[747]. En effet, le langage juridique[748], en dépit de certaines spécificités[749] liées à la nature du droit, constitue un langage, c'est-à-dire un outil de communication et de connaissance qui dérive du langage « naturel »[750] et s'articule selon un schéma similaire à celui-ci. Le langage est un moyen de communication qui opère à l'aide de signes, chaque signe comprend un signifiant et un signifié. Cependant même si le sens des signes est défini par convention, un signifié peut être exprimé à travers plusieurs signifiants. En outre, un signifiant peut également faire référence à plusieurs signifiés. Ainsi, la polysémie est intrinsèque au langage[751]. Elle est la conséquence des limites des conventions de signification entre les signes du langage. Elle engendre alors un rapport possible de subjectivité et d'intersubjectivité entre celui qui émet le message et celui qui le reçoit. Ce rapport d'intersubjectivité trouve également à s'exprimer lorsque le sens des signes n'est pas clairement déterminé *a priori*. Au contraire, d'autres langages comme le langage informatique, composé de 0 et de 1 dont le sens et les combinaisons sont *a priori* déterminés, excluent toute polysémie ou indétermination. Le langage juridique, qui s'appuie sur le langage en général, n'échappe ni à la polysémie, ni à l'indétermination[752] et certains soulignent même la « polysémie intrinsèque de l'ensemble des énoncés normatifs »[753]. La polysémie et l'indétermination du langage juridique sont également accentuées par des phénomènes propres au droit. En effet, parmi les caractéristiques de la règle de droit et plus précisément de la loi, il est d'usage de considérer que cette dernière doit non seulement être permanente mais également formulée de manière générale, impersonnelle et abstraite[754]. Ces exigences, liées à la nature du droit, constituent un rempart contre l'arbitraire. Le caractère général et impersonnel de la loi suppose qu'elle s'applique à des

---

[747] Ou langage usuel V. M. VAN DE KERCHOVE, « Langage Juridique et Langage Usuel : Vrais ou Faux Amis ? », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2012, pp. 1-16.

[748] Pour certains auteurs, il existe plusieurs langages juridiques, V. J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société*, 1988, pp. 15-30.

[749] Sur la notion de langage du droit V. *Le langage du droit*, *APD*, 1974.

[750] J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », préc., p. 18 et s.

[751] M. Van de Kerchove souligne même « l'incontestable polysémie » et « l'inévitable imprécision » du langage usuel, M. VAN DE KERCHOVE, « Langage Juridique et Langage Usuel : Vrais ou Faux Amis ? », préc. p. 9.

[752] Comme le souligne M. Simon « dans le langage juridique comme dans tout autre langage, un signifiant peut référer à plusieurs signifiés et chaque signifié peut s'exprimer au moyen de plusieurs signifiants », D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », in *Dérives et déviances,* C. Dubouin (dir.), Paris, Le Publieur, 2005, pp. 43-59, sp. p. 49.

[753] *Ibidem*.

[754] G. CORNU, « Loi », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006 p. 550.

catégories de faits et non à des cas spécifiques. En outre, l'hétérogénéité des situations que la règle tend à régir suppose que celle-ci soit formulée de façon générale pour permettre précisément la prise en compte de ces différences[755]. Mais entre l'abstraction, la généralité et l'indétermination, la frontière est mince. L'équilibre à trouver entre la généralité, l'abstraction et la précision des notions contenues dans les règles de droit est parfois extrêmement subtil. Le caractère flou de certaines règles se rapporte directement au caractère abstrait et général de la règle juridique[756]. Celui-ci peut également s'expliquer par l'objet même de certaines règles juridiques. Ainsi, les règles constitutionnelles, qui reflètent le plus clairement les valeurs de l'ordre juridique sont le plus souvent très abstraites et générales[757] et parfois contradictoires[758]. Cependant, les nécessaires abstraction et généralité de la règle de droit n'impliquent pas *ipso facto* qu'elle soit indéterminée. En attestent les principes généraux du droit qui sont malléables non pas en termes de contenu mais en termes d'application. Ils prescrivent de façon abstraite d'adopter un comportement particulier[759], leur contenu peut donc être déterminé *a priori* mais en raison de leur caractère abstrait et général, ils restent applicables à des situations hétérogènes. La souplesse d'application ou la malléabilité des principes généraux du droit n'a pas la même origine que celle des règles de droit comprenant des notions indéterminées. En effet, la souplesse d'application des secondes s'explique par le caractère indéterminé *a priori* de notions qu'elles renferment ; dès lors, l'organe chargé d'appliquer la règle va pour ce faire disposer d'un pouvoir de choix dans l'interprétation, l'opération par laquelle il va donner un sens à la notion indéterminée. Au contraire pour les principes généraux du droit, la souplesse provient du caractère général et abstrait de ces principes.

220. Dans certaines hypothèses, des notions du langage courant utilisées au sein de règles

---

[755] Selon M. Moor « plus la norme vise à prendre en compte l'individualité du cas, plus elle est contrainte d'utiliser des notions indéterminées. Plus elle a dans son champ d'application des situations hétérogènes dont elle entend respecter l'hétérogénéité, plus elle doit mettre à disposition des ensembles de paramètres en quelque sorte à géométrie variable selon les particularités du cas », P. MOOR, « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, 2008, pp. 37-62, sp. p. 56.

[756] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc.

[757] Voir Partie I, Titre I, Chapitre II.

[758] G. CONWAY, « Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », *European Law Journal*, 2008, pp. 787–805, sp. p. 788.

[759] E. JOUANNET, « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de

juridiques sont indéterminées dans ces dernières, alors que dans le langage courant elles ne le sont pas nécessairement[760]. Comme le souligne Mme Bernard, la notion de cigarette n'est pas frappée d'indétermination dans le langage courant, or cette même notion peut porter à confusion dans le langage juridique[761]. Cette notion est appréhendée par le législateur de l'Union dans deux directives en matière de taxation du tabac[762], et définie[763]. Toutefois, cette définition du législateur n'épuise pas les difficultés sémantiques de la notion en droit[764]. Et en raison de l'apparition des cigarettes électroniques, il n'est pas exclu qu'elle le soit encore. Cet exemple montre que le phénomène d'indétermination du langage juridique se différencie de l'indétermination du langage courant du fait des caractéristiques du droit. Les règles juridiques sont des règles de conduite, leur application dépend naturellement des termes qui les composent mais elle peut également faire l'objet de controverses qui n'ont pas nécessairement lieu d'être lors de l'utilisation courante du langage. Dans le langage courant, le processus de fabrication des cigarettes importe peu ; en matière de taxation, il est primordial puisque de la définition de la notion de cigarette découle ou non l'application d'un certain régime fiscal[765].

221. Divers qualificatifs sont employés par rapport à l'indétermination des règles de droit : notions indéterminées, notions à contenu variable, notions vagues ou floues, notions élastiques, *fuzzy law*[766], texture ouverte de la règle de droit, teneur indécise du droit[767]. Si ces

---

l'ordre juridique international », préc.

[760] Sur la relation entre le langage courant ou usuel et le langage juridique V. M. VAN DE KERCHOVE, « Langage Juridique et Langage Usuel : Vrais ou Faux Amis ? », préc. Cet auteur montre que les termes du langage usuel figurant dans des règles juridiques mais non définies dans ces règles n'ont pas le même sens que dans le langage usuel.

[761] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 48-49.

[762] Directive n° 92/79/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant le rapprochement des taxes frappant les cigarettes (JO n° L 316, 31 octobre 1992, p. 8) et directive n° 92/80/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant le rapprochement des taxes frappant les tabacs manufacturés autres que les cigarettes (JO N° L 316, 31 octobre 1992, p. 10).

[763] Les cigarettes ont alors été définies comme « *les rouleaux de tabac qui, par une simple manipulation non industrielle, sont glissés dans des tubes à cigarettes* » dans l'article 4, §1, sous b, de la directive 95/59/CE du Conseil du 6 décembre 1995concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés (JO N° L 291, 6 décembre 1995, p. 40).

[764] CJCE, 10 novembre 2005, Commission c/ Allemagne, C-197/04, Rec. p. 9739.

[765] De manière générale, M. Van de Kerchove montre que le sens des termes du langage usuel figurant dans des règles juridiques doit nécessairement être précisé car en droit « les conséquences sociales particulièrement importantes qui dépendent d'une telle qualification exigent évidemment que cette précision soit apportée », V. M. VAN DE KERCHOVE, « Langage Juridique et Langage Usuel : Vrais ou Faux Amis ? », préc., p. 15.

[766] J. WROBLEWSKI, « Fuzziness of legal system », in *Essays in legal theory in honor of Kaarle Makkonnen*,

notions renvoient à des acceptions parfois différentes, elles partagent un même postulat selon lequel la règle de droit est formulée dans des termes dont le sens est vague, c'est-à-dire non précisé ou non délimité[768]. Hart a qualifié ce phénomène de « texture ouverte » du droit[769], il applique au droit la théorie de Waissmann portant sur la texture ouverte des langages naturels[770]. M. Amselek préfère la terminologie de « teneur indécise du droit »[771]. De même, les notions juridiques indéterminées sont désignées de multiples façons : le standard[772], les concepts élastiques[773], les notions-cadre, les notions à contenu variable, les notions vagues, confuses ou floues, mais l'ensemble de ces vocables renvoie au même phénomène. Ils servent à décrire une même réalité et « qu'on parle de concepts juridiques indéterminés, de termes élastiques ou plus simplement de notions confuses, il s'agit sous ces différents vocables de la même réalité, c'est-à-dire de termes indéfinis par essence, dont le contenu est singulièrement mouvant et la portée irrémédiablement floue »[774]. Ainsi, la caractéristique principale des notions indéterminées est que leur sens n'est pas défini *a priori*. Ce phénomène ressort particulièrement de la différence opérée entre les *rules* et les *standards*. Selon cette distinction, « une loi est une règle dans la mesure où le cas auquel elle s'applique est spécifié en amont. Ainsi, une loi interdisant de jeter des déchets sur la voie publique est une règle si et seulement si le terme de 'déchet' est correctement défini »[775]. Au contraire un *standard* « offre au citoyen et à la personne chargée de son application une orientation générale sans spécifier précisément le comportement obligatoire ou proscrit »[776]. La différence entre les

---

XVI-Oikeustiede jurisprudentia, 1983, pp. 311-320 ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.

[767] P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », *préc*.

[768] L'indétermination peut être définie comme le « caractère d'une chose qui n'est pas définie, établie, délimitée avec précision ». Selon la définition du centre national de ressources textuelles et lexicales en ligne http://www.cnrtl.fr/.

[769] H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1976.

[770] N. MACCORMICK, « La texture ouverte des règles juridiques », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P. AMSELEK (dir.), Paris, PUF, 1989, pp. 109- 126.

[771] P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », préc.

[772] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, préc.

[773] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? » in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 707- 719.

[774] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », pré., p.709.

[775] J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », préc., p. 350, notre traduction « a law is a 'rule' to the extent that it is specified in advance of the conduct to which it is applied. Thus, a law against littering is a rule to the extent that 'littering' is well-defined ».

[776] *Ibidem*, notre traduction « establishes general guidance to both the person governed and the person charged

standards et les *rules* correspond à une différence de précision de la règle juridique et s'apparente à la différence entre les règles contenant des notions indéterminées et celles formulées au moyen de notions plus précises. Pour les premières, le sens de la règle n'est pas précisément connu *ex ante* et l'organe chargé de l'appliquer doit alors en définir le sens. Au contraire, les secondes sont directement opérationnelles.

222. Même si l'indétermination constitue « une propriété du discours juridique, appartenant à l'essence de tout énoncé juridique »[777], elle semble assez paradoxale en droit. En effet, elle heurte les principes de sécurité juridique et ses corollaires, la prévisibilité, l'accessibilité voire l'intelligibilité de la loi, principes et exigences de l'Etat de droit.

2 Le paradoxe de l'indétermination du langage juridique

223. Le recours aux notions indéterminées au sein des règles juridiques est assez singulier dans la mesure où certaines qualités comme la prévisibilité sont normalement attendues de ces règles. En effet, les règles juridiques sont supposées connues de leurs destinataires qui vont dès lors agir en fonction de ces règles. Cela implique qu'ils en aient connaissance et puissent prévoir les conséquences attachées à leur application. Or, le droit flou heurte la rigueur consubstantielle au droit[778] puisque la formulation des règles au moyen de notions indéterminées rend malaisée la connaissance des règles et la conscience de leur portée. Le droit flou entre alors en conflit avec l'exigence de sécurité juridique puisque « l'obscurité des lois rend le droit imprévisible »[779]. Cette exigence, certes ambiguë[780], est inhérente à tous les ordres juridiques. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme requiert que le droit soit non seulement accessible mais également prévisible[781]. La tension entre l'indétermination et

---

with applying the law but does not, in advance, specify in detail the conduct required or proscribed ».

[777] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 50.

[778] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc.

[779] P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, pp. 131-137, sp. p. 131.

[780] A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, pp. 74-78.

[781] Les articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme exigent que les ingérences des autorités dans l'exercice de certains droit soient prévues par la loi. Dans ce cadre, la Cour européenne a jugé que la loi doit être accessible et prévisible, V. CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Req. 6538/74, § 49 ; CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c/ France, Req. 11/801/85, §§ 27 et s. Le Conseil constitutionnel considère que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont un objectif de valeur constitutionnelle, V. CC, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC.

la prévisibilité justifie que le recours aux notions juridiques indéterminées soit moins prégnant dans certaines branches du droit. Il en va ainsi du droit pénal. Dans cette branche du droit, l'indétermination permet certes « l'individualisation des solutions »[782] mais les conséquences particulières de la violation des normes pénales justifient la vigilance du juge constitutionnel et la sanction, éventuelle, du législateur[783]. De même les règles procédurales font l'objet d'une attention particulière du juge[784].

224. Toutefois, l'indétermination de la règle de droit permet une meilleure adaptabilité du droit aux situations factuelles et à leurs spécificités. Dès lors, la tension entre l'objectif de prévisibilité et celui d'adaptabilité de la règle nécessite que ces deux exigences contradictoires soient conciliées[785]. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme a accueilli l'idée selon laquelle « les lois n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi, beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique »[786]. Pour ce juge, la prévisibilité du droit n'est pas et ne peut être absolue, et il est seulement exigé que le citoyen puisse prévoir « à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause »[787] les conséquences d'un acte juridique.

225. Cette tension entre des exigences contradictoires et leur nécessaire conciliation se matérialise également en droit de l'Union et en droit de l'OMC. La sécurité juridique et la prévisibilité des règles figurent dans ces deux droits. Ainsi, pour la Cour de justice, la sécurité

---

[782] V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991, pp. 755-768, sp. p. 758.

[783] Selon le Conseil constitutionnel « Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis », CC, 4 mai 2012, décision n°2012-240 QPC ; CC, 17 février 2012, décision n° 2011-222 QPC.

[784] La jurisprudence de la Cour de justice dans le cadre de la directive recours en matière de marchés publics est symptomatique de cette vigilance particulière V. CJUE, 28 janvier 2010, Uniplex, aff. C-406/08 : Rec. 2010, p. I-00817 ; CJUE, 28 janvier 2010, Commission c/Irlande, aff. C-456/08 : Rec. 2010, p. I-00857.

[785] Sur cette contradiction voir V. V. Fortier, « La fonction normative des notions floues », préc., p. 756.

[786] CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Req. 6538/74, § 49. V. également CEDH, 20 mai 1999, Rekvényi c/ Hongrie, Req. 25390/94, § 34 ; CEDH, 22 février 1994, Burghartz c/ Suisse, Req. 664/06, § 28.

[787] CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Req. 6538/74, § 49.

juridique constitue un principe général du droit de l'Union[788]. Elle implique la clarté et la précision de la règle[789]. Cette obligation s'applique également dans l'ordre juridique des Etats Membres de l'Union. En vertu de ce principe, la Cour a jugé que « dans les domaines couverts par le droit communautaire », les règles nationales doivent être « formulées [d'une] manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect »[790].

226. En droit de l'OMC, la prévisibilité est un principe cardinal du système car les règles communes ont été instaurées afin de renforcer la prévisibilité des échanges entre les Membres. Cet objectif de prévisibilité constitue également un des objectifs du mécanisme de règlement des différends. Aux termes de l'article 3.2 du MARD ce mécanisme est « un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral ». Toutefois, en droit de l'Union comme en droit de l'OMC, la logique du raisonnable prônée par la Cour européenne des droits de l'Homme trouve également à s'appliquer. L'Avocat général Geelhoed, en réponse au gouvernement français qui demandait l'annulation d'une disposition d'une directive en raison de son manque de clarté et de précision, a ainsi affirmé qu'il serait « extrêmement inhabituel de trouver un acte législatif communautaire d'application générale qui ne se prête qu'à une seule interprétation sans équivoque »[791]. Dès lors si « l'effet des normes communautaires doit être clair et prévisible pour les justiciables, cela n'entraîne pas et ne devrait pas entraîner la conclusion que toute réglementation susceptible de faire l'objet de plus d'une interprétation doit être annulée »[792].

---

[788] CJCE, 6 avril 1962, Bosch, aff. 13/61, Rec. 1962, p. 89; CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 32/79, Rec. 1980, p. 2403. Sur le principe de sécurité juridique en droit de l'Union européenne V. R.E. PAPADOPOULOU, « Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation », Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1996. ; R. MEHDI « Variations sur le principe de sécurité juridique », in *Le droit de l'Union européenne en principes Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Paris, Apogée, 2006, pp.177-198 ; J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, pp. 98-105.

[789] CJCE, 9 juillet 1981, Administration des douanes c/ Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini, aff. 169/80 : Rec. 1981, p. 1931, pt. 17.

[790] CJCE, 21 juin 1988, Commission c/ Italie, aff. 257/86, Rec. 1988, p. 3249, pt. 12.

[791] V. les Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous CJCE, 24 mai 2005, France c/ Parlement et Conseil, aff. C-244/03, Rec. 2005, p. 4021, pt. 74.

[792] V. les Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous CJCE, 24 mai 2005, France c/ Parlement et Conseil,

227. Comme tout langage, le langage juridique fait appel à l'indétermination et la rigueur inhérente à la matière juridique doit être conciliée avec le flou induit par ce phénomène. Cette nécessaire conciliation s'explique par les fonctions du recours aux notions indéterminées. Ces fonctions sont particulièrement prégnantes au sein de l'Union et de l'OMC en raison de la nature de ces droits. Elles justifient donc qu'il soit largement fait appel à ces notions dans ces organisations.

B Une indétermination accentuée par la nature des droits de l'OMC et de l'Union européenne

228. Dans tous les systèmes juridiques y compris les systèmes internes, il est fait usage de notions indéterminées. En tant que notions fonctionnelles, celles-ci remplissent au sein des systèmes juridiques des fonctions bien particulières[793]. Ainsi, loin d'être pathologique, le recours à ces notions est le fruit « d'une volonté délibérée »[794]. Il ne saurait donc être considéré comme la manifestation d'une normativité réduite ou affaiblie du droit international et du droit européen. Les fonctions de ces notions sont renforcées au sein de l'Union et de l'OMC en raison de leurs caractéristiques. Ces notions sont, d'une part, inhérentes au contexte international et européen (1), et d'autre part, nécessaires au droit économique (2). Ce sont donc les spécificités du droit international et européen et du droit économique qui expliquent l'abondance de ces notions au sein de l'Union comme au sein de l'OMC.

---

aff. C-244/03, Rec. 2005, p. 4021, pt. 78. V. également les Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/Parlement et Conseil, C-377/98, Rec. 2001, p. 7079, pts 85-112. Il faut cependant relever que la Cour se montre moins conciliante lorsque le droit des Etats Membres est ambigu, V. CJCE, 19 juin 2008, Commission c/ Luxembourg, aff. C-319/06, Rec. 2008, p. I-4323, pt. 82 « Par conséquent, l'article 7, paragraphe 1, de la loi du 20 décembre 2002 étant, de par son manque de clarté et en raison des ambiguïtés qu'il comporte, incompatible avec l'article 49 CE, le troisième grief invoqué par la Commission est fondé ».

[793] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », pré., p. 709 note 4 ; H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées en droit communautaire », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 269-287, sp. p. 269, selon cet auteur « l'indétermination normative dans un système juridique est un moyen de délégation ou de réserve du pouvoir. Il est nécessaire au législateur qui ne peut ou ne veut pas s'attacher au détail, et nécessaire à l'administrateur et au juge, en ce qu'il leur laisse une latitude d'action » ; E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, préc.

[794] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », pré., p. 715 ; V. également J. P. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », préc.

1 Une indétermination inhérente au droit international et européen

229. L'indétermination est consubstantielle au droit international et européen à plusieurs égards. Du fait de leur caractère « fluide, adaptable et évolutif »[795] dont le sens varie « dans l'espèce, dans le temps et dans l'espace »[796], les notions indéterminées sont particulièrement adaptées à ces branches du droit où le phénomène est très marqué[797]. Ces caractéristiques sont la conséquence du contexte d'adoption du droit international et européen (a) et des spécificités de leur application (b).

a Indétermination et adoption du droit international et du droit européen

230. Pour M. Klabbers, l'indétermination du droit est tout d'abord liée au langage ainsi qu'au nécessaire compromis qui permet l'adoption des normes[798]. Les notions indéterminées permettent en effet de surmonter les difficultés culturelles, linguistiques et politiques, inhérentes à l'adoption du droit international ou du droit européen[799]. Elles sont de ce fait un moyen d'aboutir à un consensus en dépit de difficultés techniques (α) ou politiques (β).

α L'indétermination : instrument du consensus technique

231. Lors des négociations internationales ou européennes, le recours aux notions indéterminées permet de fédérer l'ensemble des négociateurs autour de notions universelles ou adaptables et de surmonter ainsi les difficultés liées au « filtre culturel de langues et de traditions juridiques différentes »[800]. Les négociateurs sont souvent issus de traditions juridiques différentes et chacun est imprégné d'une culture juridique propre à son Etat d'origine et à son système de valeurs. Or, le sens des concepts et notions juridiques est

---

[795] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc., p. 611.
[796] *Ibidem*.
[797] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », pré., p.708, cet auteur relève ainsi que « ce phénomène est particulièrement remarquable dans l'ordre juridique international, où il revêt une ampleur inégalée, en raison des caractères spécifiques du droit des gens ».
[798] J. KLABBERS, « The Meaning of Rules », *International relations*, 2006 pp. 295-301.
[799] J.J.A. SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp pp. 251-268 ; O. CORTEN, *L'utilisation du raisonnable en droit international*, préc.
[800] D. JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », *RIDC*, 2000, pp. 781-796, sp. p. 786.

souvent étroitement lié à un système juridique particulier[801], le recours aux notions indéterminées permet alors de réunir les négociateurs autour d'une même notion[802] et « de trouver un vocabulaire commun acceptable par les différents systèmes juridiques »[803]. A titre d'exemple, les notions indéterminées permettent de dépasser le clivage entre le droit romain et la *common law*, systèmes dans lesquelles il existe une différence de conception de la règle juridique[804]. De même, le recours aux notions indéterminées réunit les négociateurs autour de notions communes alors même que les droits nationaux sont extrêmement différents. M. Simon relève ainsi que « la disparité des termes juridiques dans les différents droits nationaux conduit d'ailleurs le droit communautaire à faire un usage particulièrement important des concepts juridiquement indéterminés (unbestimmte Rechtsbegriffe), c'est-à-dire des notions élastiques ou des standards »[805]. Cette technique permet alors l'accord des négociateurs puisque l'indétermination de la règle offre la possibilité de maintenir les différentes conceptions nationales lors de l'application des règles dans chaque Etat Membre. Le droit de la consommation constitue une illustration symptomatique de cette fonction des notions indéterminées en droit de l'Union. Marquée par de profondes divergences entre les conceptions nationales[806], l'adoption de règles communes a été facilitée par le recours à la notion de « concurrence déloyale »[807] .

---

[801] F. TERRAL, « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta : journal des traducteurs*, 2004, pp. 876-890.

[802] Pour M. Jutras « lorsque la communauté politique embrasse plus d'une tradition, comme au Canada ou en Europe, le législateur s'astreint à dire le droit d'une manière qui puisse être comprise dans chacune des traditions juridiques qui y sont en usage, dans l'espoir (peut-être vain) d'en assurer l'application uniforme sur tout le territoire. On trouve au Canada et en Europe des textes législatifs qui reflètent cet effort d'énoncer la norme sous une forme qui soit reconnaissable tant pour un juriste de droit civil que pour un juriste de *common law* », D. JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », préc., p. 785.

[803] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 52.

[804] M. DAVIS et Mme JAUFFRET-SPINOSI soulignent à cet égard que « la règle de droit anglaise est une règle apte à apporter, de façon immédiate sa solution à un litige, on ne la comprend vraiment et l'on ne peut en apprécier la portée que si l'on connaît bien tous les éléments de fait du litige, à propos duquel elle a été affirmée. La règle de droit continentale, liée à la théologie morale plus qu'à la procédure ou aux procédures, est une règle élaborée par la doctrine ou énoncée par le législateur, apte à diriger la conduite des citoyens, dans une généralité de cas qui est sans rapport avec le litige particulier », R. DAVIS et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11ème éd., 2002, p. 266.

[805] D. SIMON, « La lisibilité du droit communautaire », *in La transparence de l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?*, J. RIDEAU (dir.), Paris, LGDJ, 1999, pp. 79-129, sp. p. 90.

[806] N. REICH, H.-W. MICKLITZ, *Le droit de la consommation dans les pays Membres de la CEE, une analyse comparative*, Londres, Van Nostrand Reinhold, 1981.

[807] V. sur ce point la directive n° 97/55/CE du Parlement et du Conseil du 6 octobre 1997 sur la publicité trompeuse (JO n° L 290, 23 octobre 1997 p. 18). Le recours à la méthode comparative dans le cadre

232. L'accord entre les représentants des Etats se dessine plus aisément sur des termes vagues qui peuvent renvoyer chaque négociateur à son propre univers juridique et linguistique et « chacun reçoit le sens à partir de l'expression qui lui est intelligible »[808]. En 1992, le Conseil d'Etat soulignait l'influence des diplomates sur le droit européen : « là où les juristes cherchent la précision, les diplomates pratiquent le non-dit et ne fuient pas l'ambiguïté. Il arrive donc, plus souvent qu'on ne croit, qu'ils ne se mettent d'accord sur un mot que parce qu'il n'a pas la même signification pour tout le monde »[809]. Le Conseil d'Etat souligne ici que le recours aux notions indéterminées permet d'obtenir un accord en dépit des divergences linguistiques et culturelles des négociateurs et que cette technique est également très utile en cas de désaccord politique. On relèvera cependant le caractère artificiel de cet accord puisque ces notions ont pour chaque négociateur un sens différent, les conflits quant au sens des textes ressurgissent nécessairement au moment de leur application. Ainsi, la considération de ce qui est nécessaire, légitime ou raisonnable peut donner lieu à des vues très hétérogènes[810]. Au-delà des difficultés techniques, les notions indéterminées permettent également de surmonter les désaccords politiques.

β Les notions indéterminées : instrument du consensus politique

233. Le caractère vague des accords internationaux est souvent mis en évidence, or celui-ci découle de « l'inaptitude des négociateurs à s'accorder sur des termes plus précis »[811]. Les notions indéterminées sont un facteur de consensus, elles facilitent l'adoption des règles tant au niveau interne qu'au niveau international. Toutefois, les mécanismes d'adoption des règles tant au niveau européen qu'à celui de l'OMC amplifient ce phénomène. Ainsi, le recours aux notions indéterminées s'explique par la nécessité de trouver un accord politique.

234. Le recours aux notions indéterminées permet de trouver rapidement un accord

---

spécifique du droit de la consommation a été mis en exergue par M. Stauder, V. B. STAUDER, « L'exemple du droit de la consommation », in *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Publication de l'institut suisse de droit comparé, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 11- 39.

[808] D. JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », préc., p. 785.

[809] Conseil d'Etat, Rapport public 1992, Paris, Études et Documents, n°44 .

[810] V. N. MACCORMICK, « *On reasonableness* », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 131-156.

[811] E. ZEITLER, « Good Faith in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism? », *JIEL*, 2005, pp. 721-758, sp. p. 757, notre traduction « the negotiators' inability to

politique lors de négociations qui se passent en un temps court. L'Avocat général Roemer dans ses Conclusions sous l'arrêt Comptoirs de vente du charbon et de la Rhur[812] rejetait ainsi des arguments fondés sur la lettre du texte au motif que « lors de la rédaction du traité il n'est pas resté de temps pour rédiger un texte aussi rigoureusement soigné que celui des lois nationales »[813]. Cette hypothèse est cependant marginale, les notions indéterminées constituent avant tout un moyen de fédérer les négociateurs en les rassemblant autour de valeurs communes ou en reportant les choix politiques délicats[814]. L'adoption de règles communes dans l'Union ou dans l'OMC suppose différents accords politiques parfois difficiles à obtenir. Dans ce cadre, l'indétermination ou l'ambiguïté des traités internationaux « vient fréquemment des tensions politiques auxquelles leur rédaction a donné lieu et qui n'ont été surmontées que grâce précisément à cette ambiguïté »[815]. En effet, dans l'ordre international ou européen, les négociateurs ne forment pas comme le législateur ou le constituant national une véritable communauté de vues. De plus, les mécanismes d'adoption des règles ne permettent pas de minimiser ou de passer outre ces désaccords. Au sein de l'Union, l'adoption ou la modification du droit primaire nécessite un accord à l'unanimité et implique de rallier l'ensemble des Etats. De plus, les nécessaires ratifications nationales auxquelles elles donnent lieu, qu'il s'agisse d'une ratification parlementaire ou par voie de référendum, renforcent pour les négociateurs la nécessité de faire entendre, voire de faire prévaloir, leurs conceptions. De même l'adoption du droit dérivé fait intervenir différents organes[816]. Au sein du Conseil, la quasi banalisation du vote à la majorité qualifiée ne fait pas complètement disparaître la nature intergouvernementale de l'institution et la nécessité d'un compromis. Un tel compromis doit également voir le jour au sein du Parlement européen. Or cette institution est traversée, comme les parlements nationaux, par des clivages politiques importants, mais parfois également par des clivages nationaux qui rendent plus difficile la

---

achieve consensus on more precise terms ».

[812] CJCE, 18 mai 1962, Comptoirs de vente du charbon et de la Rhur, aff. 13/60, Rec. p. 167.

[813] V. Les Conclusions de l'Avocat général Roemer sous CJCE, 18 mai 1962, Comptoirs de vente du charbon et de la Rhur, aff. 13/60, Rec. p.227.

[814] J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », préc., p. 351, comme le souligne cet auteur « incompleteness of specification may not simply be a result of conservation of resources. It may be a more explicitly political decision either to agree to disagree for the moment in order to avoid the political price that may arise from immediate hard decisions ».

[815] J. MERTENS DE WILMAR, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p.14.

[816] V. les articles 289 et 294 TFUE relatifs aux procédures législatives dans l'Union européenne.

recherche d'un tel compromis. Au sein de l'OMC, le consensus confère à chaque Membre un pouvoir de négociation très fort. Les divergences quant à la conception et à l'avenir du système commercial multilatéral peuvent difficilement être surmontées, en atteste l'enlisement des négociations du cycle de Doha. De plus, à l'OMC comme dans l'Union, et contrairement à l'ordre juridique interne, il n'existe pas ou peu de mécanismes destinés à surmonter les blocages engendrés par ces désaccords politiques[817]. Dans une telle situation, les notions indéterminées constituent des éléments de compromis qui assurent cette fonction.

235. Certaines notions indéterminées précisément parce qu'elles renvoient à des valeurs communément admises permettent de fédérer les négociateurs malgré leurs intérêts divergents. Ainsi, des valeurs telles que la protection de l'environnement ou le développement durable[818], la notion de mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux suscitent nécessairement l'adhésion[819].

236. Les notions indéterminées permettent également de surmonter les désaccords politiques non pas en ce qu'elles fédèrent les négociateurs mais précisément parce qu'elles sont ambiguës. La négociation des Accords OMC a donné lieu à un certain nombre de divergences entre les négociateurs qui ont pu être surmontées grâce à la technique des ambiguïtés constructives. Ainsi, le caractère flou ou indéterminé du droit de l'OMC a maintes fois été souligné[820], et serait le résultat de la combinaison de plusieurs facteurs : nombre

---

[817] Sous réserve du mécanisme de conciliation dans le cadre de la procédure législative ordinaire V. l'article 294 TFUE.

[818] V. le préambule de l'Accord instituant l'OMC aux termes duquel les Membres de cette organisation reconnaissent que « que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement ».

[819] V. le préambule de l'Accord SPS selon lequel « aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux » ou l'article 2 de cet Accord qui dispose que « Les Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ». V. également l'article XX b du GATT qui énonce que les Membres de l'OMC peuvent adopter et appliquer des mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » et l'article 36 TFUE au titre duquel il peut être dérogé à l'interdiction des restrictions quantitatives afin de protéger « la santé et de la vie des personnes et des animaux » ou de préserver « des végétaux ».

[820] A. ALVAREZ-JIMENEZ, « The WTO Appellate Body's Decision-Making Process: A Perfect Model For

important de négociateurs, objet nouveau et complexe des négociations[821]. Dans ce cadre, « l'ambiguïté des textes était parfois le seul outil disponible pour obtenir un accord »[822]. Conscients de leurs désaccords, les négociateurs choisissent sciemment de reporter la détermination des termes à plus tard afin de favoriser l'adoption de la norme. L'AGCS par exemple contient une ambiguïté constructive qui a précisément rempli ce rôle[823]. L'article 1§ 3 b de cet accord illustre cette technique. Lors des négociations, certains Membres de l'OMC dont la Communauté européenne souhaitaient une limitation du champ d'application de l'Accord afin notamment de protéger du processus de libéralisation des domaines jugés trop sensibles. De cette exigence est née l'article 1§ 3 b l'AGCS. En vertu de cette disposition les services visées par l'AGCS « comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». La notion de service « fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » est définie à l'article 1§3 c, en vertu de laquelle « un 'service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental' s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services »[824]. Cette notion a été préférée par les négociateurs précisément en raison de son caractère vague. En effet, ils ne partageaient pas la nécessité la volonté de limiter le champ d'application de l'AGCS, dès lors l'accord ne s'est dessiné qu'autour de cette formule qualifiée d'ambiguïté constructive[825]. Comme le souligne le Groupe spécial dans l'affaire Telmex « les négociateurs de l'OMC louent parfois la sagesse politique consistant à avoir recours à des 'ambiguïtés constructives' comme moyen politique de

---

International Adjudication? », *JIEL*, 2009, pp. 289-331, sp. p. 300; D. STEGER, « The Challenges to the Legitimacy of the WTO », in *Law in the Service of Human Dignity Essays in honor of FLorentino Feliciano*, S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (dir.), Cambridge, Cambridge University press, 2005, pp. 202-221, sp. 211 ; R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », *AJIL*, 2004, pp 247-275, sp. pp. 252-253.

821 A. ALVAREZ-JIMENEZ, « The WTO Appellate Body's Decision-Making Process: A Perfect Model For International Adjudication? », préc., p. 300.

822 *Ibidem*, notre traduction « textual ambiguity was the only tool available to reach an agreement in some cases ».

823 I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 144. Pour d'autres exemples V. R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., pp. 252-253.

824 La doctrine s'est interrogée sur cette notion V. E. H Leroux, « What is a 'Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority' under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services ? », JWT, 2006, pp. 345-385.

825 J. WALTUCH, *La réglementation des services à l'épreuve des normes de libéralisation européennes et multilatérales. L'impact du droit de l'Union européenne et du droit de l'Organisation mondiale du commerce sur la réglementation des services en Europe*, Thèse, Strasbourg, 2010, pp. 614-618.

parvenir à un consensus sur les règles de l'OMC »[826]. Le manque de clarté des Accords OMC est donc le reflet d'une volonté délibérée des négociateurs qui, conscients de leurs désaccords, ont eu recours à cet artifice pour adopter malgré tout un texte[827].

237. Les négociations internationales sont donc un terreau fertile menant à l'inclusion de notions indéterminées au sein des règles juridiques, l'indétermination permet en effet de clore les négociations normatives et de trouver un compromis. Celui-ci n'est souvent qu'un compromis de façade puisqu'il est loin d'être certain que toutes les parties à la négociation s'accordent *in fine* sur le sens à accorder aux notions indéterminées. En effet, l'accord autour de valeurs ou de notions universelles n'est souvent que temporaire, ces valeurs « font l'objet d'un accord universel dans la mesure où elles restent indéterminées, dès lors qu'on tente de les préciser, en les appliquant à une situation ou à une action concrète, les désaccords (…) ne tardent pas à se manifester »[828]. De même, les notions indéterminées ou ambiguïtés constructives qui permettent de dépasser d'éventuels blocages politiques donnent souvent lieu à des divergences au moment de l'interprétation de la norme. Ainsi, chaque négociateur a l'impression que sa conception l'a emporté[829] et cherche à l'imposer à ses partenaires.

238. Le recours aux notions indéterminées offre également une certaine flexibilité et se révèle alors nécessaire à l'application du droit international et européen[830].

b Indétermination et application du droit international et du droit européen

239. Le recours aux notions indéterminées pour formuler des règles de droit applicables à des situations de faits hétérogènes n'est pas l'apanage du droit international ou européen. Le législateur national a également recours à cette technique et il « peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le

---

[826] Mexique — Mesures visant les services de télécommunication, rapport du Groupe spécial du 2 avril 2004, WT/DS204/R, § 7.512 ; V. également États-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro, rapport de l'Organe d'appel du 4 février 2009, WT/DS350/AB/R, § 306, opinion concordante d'un Membre de la Section de l'Organe d'appel saisi du différend.

[827] D. STEGER, « The Challenges to the Legitimacy of the WTO », préc., p. 211.

[828] C. PERELMAN, *L'empire rhétorique : Rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977, p. 40.

[829] J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », préc., p. 352, notre traduction « both sides in the legislative process, at least initially, may claim victory ».

[830] D. STEGER, « The Challenges to the Legitimacy of the WTO », préc., p. 211, notre traduction « to evolve flexibly through interpretation and application by a process of clarification recognized as legitimate by those

raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce »[831]. Toutefois, c'est l'ampleur du recours à ces notions en droit de l'OMC ou européen qui singularise ce phénomène. Les notions indéterminées contribuent « à l'adaptation du droit au fait dans l'espace et dans le temps »[832], elles permettent ainsi la pérennité temporelle de la règle dans un contexte évolutif (α) et son adaptabilité à des circonstances hétérogènes (β).

α Notions indéterminées et pérennité temporelle de la règle juridique

240. Pour M. Simon, les notions indéterminées remplissent une fonction d'adaptation du droit[833] de sorte que le recours à ces notions permet d'appliquer une même règle de droit en dépit de l'évolution des circonstances factuelles, économiques ou encore scientifiques. Or, dans le contexte international et en raison des difficultés liées à l'adoption ou à la modification du droit, cette fonction d'adaptation revêt une importance toute particulière. En effet, l'indétermination permet la pérennité temporelle de la règle puisqu'elle assure l'adéquation entre la règle juridique et les circonstances de son application dans le temps. Cette pérennité imprime également à la règle la permanence nécessaire à toute norme mais difficilement conciliable avec le caractère évolutif des ordres juridiques de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce. L'indétermination est alors nécessaire au sein des organisations étudiées puisque celles-ci sont évolutives par nature[834]. Ainsi, les traités européens en tant que traités-cadres contiennent naturellement beaucoup de dispositions générales ou non définies[835]. Le recours aux notions indéterminées permet alors

---

to whom the rules are addressed ».

[831] C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 363-374, sp. p. 365

[832] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 51.

[833] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », préc., pp.716 et s.

[834] Le caractère évolutif du droit européen a été mis en évidence par M. Lecourt, selon cet auteur « Le droit communautaire est en lui-même (…) pourvu de propriétés impulsives, d'un pouvoir actif, d'une poussée interne propre. Il est investi d'une fonction dynamique. C'est essentiellement un droit moteur », R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, préc. p. 67. Par ailleurs, l'OMC est également une organisation évolutive puis la libéralisation des échanges est un processus en mouvement et implique des négociations permanentes entre les Membres de cette organisation notamment en termes de réduction des barrières tarifaires aux échanges.

[835] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 455 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles*

l'évolution et l'approfondissement des relations, notamment économiques, entre les Membres de ces organisations sans que les règles communes ne soient perpétuellement adaptées.

241. De plus, la formulation de la règle de droit au moyen de notions indéterminées en assure également la pérennité malgré l'évolution des circonstances. En effet, le contenu de la règle peut être adapté alors même que la règle en elle-même, le contenant, n'a pas été modifiée. Dans un contexte où la modification des règles communes est parfois impossible, le recours aux notions indéterminées offre ainsi la possibilité de maintenir l'adéquation entre les règles et leurs circonstances d'application[836]. Dans ce cadre, la formulation des règles communes au moyen de notions volontairement non définies permet également de ne pas figer les rapports juridiques. Ainsi, l'Avocat général Léger notait par rapport aux articles 130 R et 130 S que « pour mieux comprendre le sens de ces dispositions, il convient de partir de la définition de l'environnement. La notion d'environnement pas plus que celle de 'politique (ou d'actions) en matière d'environnement' n'ont été définies aux articles 130 R et 130 S par les auteurs de l'Acte unique européen. Cette lacune n'a été comblée ni par le traité sur l'Union européenne ni par le traité d'Amsterdam. L'omission de définir ces notions n'est sans doute pas involontaire. Dresser une liste exhaustive du contenu de ces notions risque de figer des concepts qui évoluent parallèlement aux progrès de la science et des techniques. Ainsi, dans le cinquième programme d'action, il est recommandé aux États Membres de tenir compte des progrès réalisés dans la mise au point de techniques non polluantes, spécialement dans le génie génétique, et d'explorer des industries nouvelles en attente d'exploitation pour définir la politique environnementale »[837]. De même, l'emploi dans l'article XX du GATT des expressions « ressources naturelles épuisables » ou « moralité publique » constitue pour l'Organe d'appel la preuve que les auteurs des Traités souhaitaient une interprétation

---

of EU Law, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2006, pp. 17 et s., et pp. 29 et s.

[836] A.VON BOGDANDY, « Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 609-674, sp. p. 634, cette auteur souligne que « the stipulation of more concrete requirements in treaty law, is not convincing since the political system of the WTO is not able to provide swift legislative answers to changing needs, insights or circumstances. In important areas WTO law would risk becoming rapidly outdated without the possibility of adaptation. Detailed guidance for the domestic regulatory process — and even more so for common rule-making — cannot be sufficiently achieved through the cumbersome WTO treaty amendment procedures or the limited rule-making competence of the WTO institutions ».

[837] V. les Conclusions de l'Avocat général Léger sous l'affaire CJCE, 30 janvier 2001, Espagne c/ Conseil, aff. C-36/98, Rec. p. I-00779, pt. 104.

évolutive de ces notions[838]. Enfin, lors de l'adoption du droit dérivé dans l'Union, le recours à des notions indéterminées plutôt qu'à une énumération des cas dans lesquels le texte s'applique constitue un moyen d'assurer l'application temporelle du texte alors même que les ordres juridiques nationaux évoluent[839].

β Notions indéterminées et adaptabilité de la règle juridique

242. La formulation de règles au moyen de notions indéterminées est également rendue nécessaire en raison de l'hétérogénéité des circonstances d'application du droit international et du droit européen. En effet, plus le champ d'application de la norme vise « des situations hétérogènes dont elle entend respecter l'hétérogénéité, plus elle doit mettre à disposition des ensembles de paramètres en quelque sorte à géométrie variable selon les particularités du cas »[840]. Dans les Traités européens et les accords commerciaux del'OMC, il est possible de déroger aux règles communes pour des raisons d'ordre public ou de moralité publique[841]. Ces notions indéterminées permettent l'application d'une même règle juridique en dépit des particularités sociales et culturelles de chacun de leurs Membres. Ainsi, les notions indéterminées autorisent dans cette hypothèse une palette de comportements nationaux liés à des particularités culturelles ou politiques[842]. Ainsi, la notion de moralité publique a pu être appliquée à des circonstances très hétérogènes. Dans le différend qui les opposait à Antigua et Aruba, les Etats-Unis ont invoqué l'ordre public et la moralité publique, figurant à l'article

---

838 J. PAUWELYN, « The nature of WTO obligations », Jean Monnet Working Paper, 2002, http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/02/020101.html; V. Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 130.

839 V. les Conclusions de l'Avocat général Ján Mazák dans l'affaire CJCE, 1er octobre 2009, Gaz de France – Berliner Investissement SA, aff. C-247/08, pts 32 et 33, pour l'Avocat général « Il est possible de s'interroger sur l'opportunité de la technique législative consistant à énumérer des formes juridiques concrètes de sociétés des différents États Membres, technique qui a été retenue par les rédacteurs de la directive 90/435 pour atteindre l'objectif susmentionné, même si ces rédacteurs ont choisi cette technique législative d'énumération dans un souci d'éviter une interprétation différente des expressions «société de capitaux» et «société de personnes» dans les différents États Membres. En effet, la technique législative d'énumération ne donne pas de dimension pronostique suffisante à la réglementation communautaire. Elle n'est pas suffisamment tournée vers l'avenir, en ne permettant pas à la réglementation communautaire de s'adapter aux changements affectant la réglementation nationale. Cette technique législative ne prend pas en considération le fait que l'ordre juridique interne des États Membres est un phénomène qui est en évolution incessante ».

840 P. MOOR, « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », préc., p. 56.

841 V. les articles 36 TFUE, XX du GATT et XIV de l'AGCS.

842 R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., p. 253.

XIV de l'AGCS, pour justifier une interdiction de la fourniture transfrontière de jeux sur le fondement de la lutte contre le crime organisé et la pratique du jeu par les mineurs[843]. La notion de moralité publique a également été invoquée par la Chine dans le différend relatif aux mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels afin de justifier des mesures réglementant l'importation et la distribution de matériels de lecture, comme les livres, journaux, de produits de divertissement audiovisuels à domicile, DVD, et de films projetés en salles. L'argumentaire chinois reposait sur le présupposé selon lequel les biens culturels sont, pour la Chine comme pour ses partenaires commerciaux, le reflet de valeurs culturelles propres à chaque Etat[844]. La Chine se prévalait ainsi de la moralité publique afin de contrôler et éventuellement d'interdire des services culturels au regard de l'atteinte portée à sa culture et à ses valeurs traditionnelles[845]. Bien que le Groupe spécial ait jugé que les mesures n'étaient pas nécessaires pour protéger la moralité publique, il a entériné cette approche de la notion lors du contrôle de finalité des mesures litigieuses[846]. Ces deux exemples montrent que la notion peut trouver à s'appliquer dans des contextes non seulement différents mais également hétérogènes. La notion de moralité publique par sa plasticité s'applique à des contextes différents - la prohibition du jeu d'argent ou la réglementation des services culturels - et hétérogènes - la culture et des valeurs traditionnelles par essence propres à chaque Etat.

243. Cette fonction des notions indéterminées d'adéquation de la règle de droit aux circonstances factuelles constitue également une exigence liée à la nature économique des droits de l'Union et de l'OMC.

2 Une indétermination nécessaire au droit économique

---

[843] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial du 10 novembre 2004, WT/DS285/R, §§ 3.278-3.282 et §§ 6.443-6.445, § 6.457, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §§ 296-299.

[844] Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport du Groupe spécial du 12 août 2009, WT/DS363/R, § 7.712.

[845] Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport du Groupe spécial du 12 août 2009, WT/DS363/R, § 7.714.

[846] Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport du Groupe spécial du 12 août 2009, WT/DS363/R, §§ 7.760-7.781.

244. Le droit économique est l'objet d'interrogations doctrinales[847] et il mène les juristes à renouveler leur réflexion quant à leur objet d'étude[848]. Cette branche du droit participerait ainsi d'un mouvement d'altération des qualités intrinsèques de la règle juridique conduisant à une déjuridicisation du droit. Cette altération passe notamment par l'insertion de notions indéterminées dans la règle de droit. Elles offrent en effet à la norme la flexibilité requise par la matière économique. M. Ritleng souligne ainsi que « le droit, dans sa formulation classique s'avère (…) inadapté aux phénomènes économiques, dans la mesure où les qualités que l'on réclame traditionnellement à la règle de droit sont, au contraire, la permanence, la généralité et la précision. L'application du droit à l'économie n'a pu se faire qu'au prix d'une profonde altération de la technique classique de la règle juridique »[849]. Le droit économique nécessite que les règles soient formulées à l'aide de notions indéterminées afin d'assurer la pérennité temporelle et factuelle de la règle malgré la nature mouvante, imprévisible et complexe des faits et des situations économiques. Ceux-ci présentent en effet un caractère imprévisible et évolutif, en conséquence, la règle juridique doit être flexible afin de maintenir l'adéquation entre la règle et les faits[850]. Or, cette adéquation peut être atteinte de deux façons. La règle est perpétuellement amendée en fonction de l'évolution du marché mais cette hypothèse se concilie mal avec la nécessaire constance du droit et suppose également un nouvel accord politique. La règle peut également être formulée au moyen de notions indéterminées, la souplesse apportée par cette technique permet alors son application à de nouvelles situations sans nécessiter sa modification. Le recours aux notions indéterminées est en quelque sorte rendu inévitable par la matière économique, car « confrontés à cette difficulté pour la règle de droit de saisir un fait économique par nature changeant, les auteurs des traités ont très largement usé des notions indéterminées pour appréhender la réalité économique »[851]. Cette fonction de l'indétermination qui permet l'adéquation entre la règle et la nature mouvante (a), imprévisible (b) et complexe (c) de la réalité économique a été mise en évidence par l'Organe

---

[847] P. WEIL, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », in *Aspects du droit international économique*, SFDI, Paris, Pedone, 1972, pp. 3-34.
[848] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004.
[849] D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse, Strasbourg, 1998, p. 5.
[850] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 51.
[851] D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, préc., p. 570.

d'appel lorsqu'il a souligné que « les règles de l'OMC (…) ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel »[852].

a Indétermination et évolutivité des situations économiques

245. « La rapidité de l'évolution des circonstances économiques est un problème majeur pour le juriste. Le droit doit pouvoir faire face à ces modifications pour éviter que se crée un fossé entre les règles juridiques et la réalité »[853]. Le recours aux notions indéterminées en droit économique permet de répondre aux préoccupations exprimées par M. Rideau. Appréhender la réalité économique suppose en premier lieu d'appliquer la règle aux différentes catégories de biens et services. Comme le souligne M. Maddalon, « l'une des fonctions du droit consiste à appréhender une réalité sociale complexe à l'aide d'un nombre limité de catégories juridiques. Cette simplification est notamment censée faciliter la connaissance des règles par le citoyen et leur application par le juge. Une telle schématisation oblige à recourir à des fictions : la réalité est effectivement trop diverse pour correspondre parfaitement à quelques catégories juridiques. En droit économique, l'une de ces fictions ressort de la catégorisation des produits. Identifier les produits permet d'ordonner les échanges en les arrêtant fictivement à un moment donné »[854]. La formulation des règles économiques au moyen de notions indéterminées permet précisément de catégoriser les faits et les flux économiques sans anticiper les fluctuations du marché. L'indétermination constitue une technique permettant d'appliquer la règle à des faits qui ne sont pas nécessairement connus au moment de son adoption. Cette fonction est très largement accentuée en droit économique. Les faits économiques[855] se transforment en fonction des fluctuations du marché. Le caractère par essence mouvant de la matière économique empêche de prévoir le flot des échanges futurs[856]. Ainsi, les marchés évoluent, le marché des batteries constitué

---

[852] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 35.
[853] J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 193.
[854] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC », *AFDI*, 2008, pp. 445-465, sp. p. 450.
[855] P. MADDALON (dir.), *Les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2012.
[856] P. MADDALON, « Les faits économiques dans les rapports de l'Organe d'appel de l'OMC », *RGDIP*, 2009,

principalement des batteries alcalines est devenu un marché des batteries au lithium. De nouveaux produits apparaissent créant de nouveaux marchés, on peut citer à titre d'exemple le marché des tablettes numériques et des liseuses, celui du *cloud computing* ou encore la diversification croissante des produits financiers et des produits d'assurance. Le recours aux notions telles que les mesures d'effet équivalant, les produits, les marchandises, les produits similaires, les produits concurrents permet, en raison du « caractère potentiellement évolutif »[857] de leur sens, l'adaptation constante de la règle juridique aux réalités imprévisibles du marché.

b Indétermination et imprévisibilité des situations économiques

246. Le recours aux notions indéterminées en droit économique permet par ailleurs l'application voire l'adaptation de la règle juridique à des circonstances économiques qui ne peuvent être identifiées et donc anticipées lors de son élaboration. Sur ce point, la notion d'aides destinées « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat Membre » figurant à l'article 107§ 3 b du TFUE est topique. Ces aides, en dérogation avec le principe d'interdiction des aides d'Etat énoncé à l'article 107§ 1er de ce Traité, peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun. La notion de « perturbation grave de l'économie d'un Etat Membre » est une notion dont le sens n'est pas défini *a priori*. En l'occurrence, l'indétermination permet de ne pas préjuger des situations de perturbation de l'économie ni des éléments constitutifs d'une telle perturbation. Le recours à cette notion indéterminée se justifie à deux égards. D'une part, cette expression renvoie directement à la notion de crise économique qui divise les économistes eux-mêmes. La plupart constatent[858], bien que pour des raisons différentes, le caractère inévitable des crises[859]. Karl Marx considère à cet égard que la crise économique, engendrée par des phénomènes de surproduction, est historiquement inévitable dans un système capitaliste[860]. Pour l'école autrichienne et notamment pour Hayek

---

pp. 305-331.

[857] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc., p. 611.

[858] Adam Smith croyait en l'autorégulation du système par l'intervention de la main invisible du marché, cette dernière permettant d'éviter les crise, V. A. Smith, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, Livre IV, ch. 2, 1776, d'après Réédition, Ed. Flammarion, Paris, 1991, tome II p. 42-43 ; en dehors d'Adam Smith la plupart des économistes et des écoles postulent le caractère inévitable de la crise économique.

[859] P. KRUGMAN, *Pourquoi les crises reviennent toujours*, Paris, Seuil, 2009.

[860] K. MARX, *Salaires, prix et profits*, Genève, ré-éd Entremonde, 2010.

dans la théorie du cycle, les crises économiques sont essentiellement dues au rôle de l'Etat dont l'intervention ralentit l'adaptation naturelle et progressive de l'offre à la demande. La crise survient alors quand l'intervention de l'Etat n'est plus suffisante ou doit s'arrêter pour des raisons budgétaires[861]. Le caractère inévitable des crises économiques atteste de l'utilité de la règle formulée à l'article 107§ 3 b du Traité. D'autre part, la formulation de cette règle au moyen d'une notion juridique indéterminée s'explique par les difficultés à définir la crise économique[862]. Alors que la notion de récession est définie précisément par les instances économiques[863], celle de crise est plus difficile à cerner dans la mesure où il est toujours difficile de prévoir quels secteurs sont impactés par une crise économique, la durée de cette dernière ainsi que sa contagion à d'autres secteurs. Ces incertitudes expliquent la formulation de l'article 107§ 3 b TFUE. En effet, la notion de « perturbation grave de l'économie d'un Etat Membre » permet de ne pas préjuger du ou des secteurs économiques affectés, cette souplesse autorisant d'intervenir par rapport à n'importe quel secteur économique afin d'éviter les effets de contagion. Cette disposition a ainsi servi de fondement aux aides mises en place afin d'éviter l'effondrement du secteur bancaire[864]. De plus, cette notion ne prédétermine pas la temporalité de la crise et permet alors une intervention rapide des pouvoirs publics par rapport aux secteurs affectés. En droit de l'OMC, l'article XI : 2 a) du GATT permet de déroger au principe d'élimination des restrictions quantitatives au commerce des marchandises et d'édicter des « prohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation ». Cette disposition contient un certain nombre de notions indéterminées : « temporairement », « situation critique », « pénurie », « produits

---

[861] F. A. HAYEK, *Prices and Production*, London, Routledge, 1931.

[862] Par exemple The new Palgrave dictionary of economics en ligne ne comporte pas d'entrée spécifique définissant la notion de crise en général, dictionnaire disponible sur www.dictionaryofeconomics.com. Il semble que pour les économistes, l'existence d'une crise ne puisse être réellement prouvée qu'a posteriori en comparaison avec des crises précédentes V. C. M. REINHART, K. S. ROGOFF, « Is the 2007 US sub-prime financial crisis so different? An historical comparison », NBER working paper, n°W13761, 2008, http://www.nber.org/papers/w13761.

[863] L'OCDE définit la récession comme « Une récession est définie comme une période d'au moins deux ans pendant laquelle l'écart de production cumulé atteint au moins 2% du PIB et la production devient inférieure d'au moins 1% à la production potentielle durant une année au moins », OCDE, Perspectives économiques de l'OCDE, 2008, p31.

[864] L. WAGNER, Aides d'État : La Commission confrontée au risque systémique », *Europe*, 2009, étude 1 ; L. IDOT, Adaptation des règles à la crise, *Europe*, 2011, comm. 73.

essentiels » ; celles-ci permettent de ne pas préjuger des situations, même complexes, dans lesquelles elle pourrait s'appliquer[865].

c Indétermination et complexité des situations économiques

247. Si les faits et contextes économiques sont mouvants et évolutifs, ils sont également très complexes. A nouveau, la formulation des règles au moyen de notions indéterminées est nécessaire. Face à une réalité extrêmement complexe, l'auteur de la règle peut adopter deux attitudes : soit il définit très précisément les conditions d'application de la règle, soit il a recours aux notions indéterminées[866]. Sur ce point, la seconde technique présente un avantage non négligeable : elle assure l'application de la règle aux faits tout en garantissant sa simplicité et donc son accessibilité. Au contraire, la définition précise des conditions d'application d'une règle juridique présente deux écueils. D'une part, elle complexifie la règle et ne garantit pas son intelligibilité. D'autre part, elle peut être à l'origine de comportements des opérateurs économiques ou de réglementations étatiques qui cloisonnent les marchés ou procèdent à des détournements des flux économiques. Ce phénomène se vérifie également quand la règle comprend une part d'indétermination mais il est normalement limité dans le temps, l'intervention du juge et l'interprétation de la règle y mettant fin. En revanche, dès lors que la règle en elle-même est formulée très précisément, il est très difficile pour l'interprète d'empêcher son contournement dont le risque est alors exacerbé[867]. Les notions indéterminées

---

[865] Sur cette disposition V. Chine — Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, rapport du Groupe spécial du 5 juillet 2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, rapport de l'Organe d'appel du 30 janvier 2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, §§ 309-344.

[866] Selon M. Mouton « la tentative de saturation optimale du contexte d'application peut être réalisée par deux techniques symétriquement opposées : ou par un discours comportant de nombreuses définitions et une exemplation maximale, ou par un discours accentuant la généralité, l'abstraction et l'ouverture des énoncés juridiques », J.-D. MOUTON, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme comme actes de discours. Contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », préc., p. 415.

[867] Ce constat se vérifie dans le refus du juge de définir trop précisément certaines notions floues contenues dans les règles juridiques. Ainsi, dans le différend États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, le Groupe spécial pour l'Organe d'appel ont été confrontés à la définition du terme « biens » figurant à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. Selon cette disposition, une subvention existe au sens du droit de l'OMC « si les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens »conférant un avantage au récipiendaire de cette fourniture. Dans ce différend, la définition du terme « bien » était nécessaire afin de déterminer si « les arbres avant qu'ils ne soient récoltés, c'est-à-dire le bois sur pied attaché au sol (mais pouvant en être enlevé) et non susceptible d'être échangé au-delà des frontières en tant que tel » constituent des biens. Le Canada militait pour une interprétation restrictive de cette notion et une définition précise de ce terme, le Groupe spécial puis l'Organe d'appel ont rejeté cette approche. Sur ce point, l'Organe d'appel a souligné que le fait d'« interpréter le terme "biens" figurant à l'article 1.1 a) 1) iii)

s'avèrent particulièrement adaptées pour appréhender la réalité économique puisque la règle de droit est applicable en dépit de sa complexité.

248. L'indétermination du droit consubstantielle au langage juridique, nécessaire au droit économique et inhérente au droit international et européen détermine le raisonnement du juge. En effet, le recours aux notions indéterminées suppose qu'il attribue un sens à la règle afin de l'appliquer. Or, la marge d'appréciation du juge est fonction du degré d'indétermination de la règle.

Paragraphe II Les notions indéterminées : fondement de la marge d'appréciation du juge

249. L'interprétation juridictionnelle est un sujet qui prête à controverse. Dès lors, l'analyse de la marge d'appréciation que confèrent les notions indéterminées au juge européen et au juge de l'OMC (B) suppose que soit précisée au préalable la nature de l'interprétation juridictionnelle (A).

A Nature de l'interprétation juridictionnelle

250. L'analyse des théories de l'interprétation (1) mène à la nécessaire reconnaissance d'une marge de liberté au profit de l'interprète qui se matérialise par l'existence d'un pouvoir normatif du juge (2).

1 Les théories de l'interprétation

251. L'interprétation juridictionnelle est le processus par lequel le juge attribue un sens à un énoncé juridique[868]. Ce processus fait l'objet d'analyses et d'appréciations divergentes[869].

---

de façon étroite, comme le Canada voudrait que nous le fassions, permettrait le contournement des disciplines relatives aux subventions en cas de contributions financières accordées sous une forme autre que monétaire, par exemple par la fourniture de bois sur pied dans le seul but de l'enlever du sol et de le transformer », rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, § 64. Il met ainsi en évidence les dangers qui résultent d'une approche trop précise des notions économiques.

[868] Sur l'interprétation voir M. Troper, V. « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003.

[869] Pour une analyse des différentes théories de l'interprétation V. D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges* ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005 ; D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales :*

L'interprétation apparaît pour certains comme une fonction de connaissance (a), pour d'autres elle constitue une fonction de volonté (b). Cette opposition, qui repose très largement sur une conception différente du rôle du juge, peut être surmontée par le recours à des théories intermédiaires de l'interprétation (c).

a L'interprétation : une fonction de connaissance

252. La conception de l'interprétation en tant que fonction de connaissance s'illustre particulièrement dans les écrits de Montesquieu et se résume dans sa formule selon laquelle le juge n'est que « la bouche qui prononce les paroles de la loi »[870]. La théorie cognitive est liée au positivisme juridique. Pour l'école positiviste, le droit se confond avec la loi écrite, il n'existe donc pas de droit en dehors du droit écrit. Dès lors, même si l'interprétation est nécessaire, elle n'est qu'une fonction de connaissance de la loi écrite et les juges sont « des êtres inanimés » [871]. L'interprète du droit doit s'en remettre à la seule volonté du législateur. Celle-ci ressort de deux éléments. En premier lieu, elle se dégage de l'analyse des textes en eux-mêmes. En second lieu, le recours aux travaux préparatoires permet au juge de saisir l'intention du législateur et d'interpréter l'énoncé juridique conformément à la volonté de ce dernier.

253. Naturellement, le juge est un simple serviteur de la loi et cette théorie dénie toute liberté à l'interprète. L'interprétation n'est pas créative dans la mesure où le juge ne peut, à travers l'interprétation, ajouter à la loi. En conséquence, il ne dispose, dans ce cadre, d'aucun pourvoir normatif[872].

254. Cette première approche de la jurisprudence a fait l'objet de critiques émanant notamment d'auteurs affirmant que l'interprétation n'est pas une fonction de connaissance mais une fonction de volonté de l'interprète.

---

morphologie des conventions et fonction juridictionnelle, Paris, A. Pedone, 1981 ; P. A. COTE, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes », *in Lire le droit– Langage, texte et cognition*, D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), Paris, LGDJ, 1992, pp. 133-154 ; P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

[870] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Gallimard, Coll. Folio Essais, 1995.

[871] *Ibidem*.

[872] Sur ce modèle traditionnel et sa critique, V. F. OST, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, Faire justice*, F. OST, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79-102.

b L'interprétation : une fonction de volonté

255. Pour la théorie réaliste[873], l'interprétation n'est pas un acte de connaissance de la norme mais un acte de volonté de l'interprète, cela ressort notamment des travaux de Kelsen[874]. Cet acte de volonté découle du fait que l'interprétation est alors entendue comme l'opération qui établit véritablement le sens de la norme. L'interprète attribue le sens à donner aux énoncés juridiques en choisissant parmi les différentes significations possibles. Selon les auteurs réalistes, l'interprète opère ce choix de façon tout à fait libre en fonction de ses propres préférences. Sur ce fondement, M. Troper conclut que l'organe juridictionnel « détermine intégralement elle-même la signification de la loi »[875]. En conséquence, c'est le juge qui doit être considéré comme l'auteur de la loi[876]. Cette théorie a également été appliquée en dehors des ordres juridiques nationaux. Ainsi, M. Simon a montré que dans l'ordre international et européen « le juge, dans son opération d'interprétation, ne découvre pas 'le' sens caché, mais attribue 'un' sens, en optant parmi les différentes significations logiquement possibles du traité, et exerce de ce fait une compétence qui, loin d'être exclusivement 'déclarative', se présente comme largement 'constitutive' »[877].

256. La théorie réaliste propose une conception assez large de l'interprétation. De surcroît, elle attribue au juge un rôle tout à fait essentiel au sein de l'ordre juridique puisqu'il est le véritable auteur des normes juridiques. Naturellement, cette conception de la fonction du juge et de l'interprétation fait surgir le spectre du gouvernement des juges et suscite un certain nombre de critiques.

257. En réaction à ces théories de l'interprétation, plusieurs approches intermédiaires se dessinent entre la posture du juge bouche de la loi et celle du juge auteur des normes juridiques.

c Les théories intermédiaires de l'interprétation

---

[873] M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2003, p. 99.
[874] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc.
[875] M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 93.
[876] M. TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, 1985, pp. 83-94, sp. p. 93.
[877] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* : *Morphologie des conventions et fonctions juridictionnelles*, préc., p. 116.

258. Certaines théories de l'interprétation sont considérées comme des théories intermédiaires des postures cognitive et réaliste. Elles sont de deux ordres, soit l'interprétation du juge est complémentaire au rôle du législateur, soit l'interprétation est un acte de volonté de l'organe juridictionnel soumis à un certain nombre de contraintes.

259. L'interprétation juridictionnelle est parfois présentée comme complémentaire ou supplétive à l'intervention du législateur. Dans cette hypothèse, l'interprétation est subordonnée à la condition que l'énoncé juridique ne soit pas clair, qu'il présente des ambiguïtés. Ainsi, l'interprétation créatrice n'est pas automatique puisqu'elle cède le pas à la volonté du législateur lorsqu'elle est clairement exprimée. Cette théorie repose sur l'adage *in claris non fit interpretatio*, or celui-ci énonce sa propre contradiction. En effet, « dire qu'un texte est clair, c'est lui reconnaître un sens déterminé ; or indiquer le sens d'un mot, n'est-ce pas précisément ce qu'on appelle interpréter ? »[878]. De même, il peut être soutenu qu'une interprétation littérale reste un acte d'interprétation[879]. Au regard de ces éléments, cette première théorie intermédiaire comporte des limites certaines, en revanche, la seconde théorie intermédiaire de l'interprétation apparaît comme plus conforme à la réalité. En vertu de cette seconde approche, l'interprétation constitue un acte de volonté. Toutefois, contrairement à ce que prône la théorie réaliste, le juge ne peut interpréter l'énoncé juridique en fonction de ses propres préférences. En effet, l'interprétation de l'organe juridictionnel est soumise à des contraintes, le juge doit alors interpréter le droit en fonction de contraintes édictées par le législateur ou de contraintes méthodologiques[880].

260. Les théories de l'interprétation juridictionnelle se singularisent par le statut qu'elles attribuent à la norme interprétée et la liberté qu'elles reconnaissent ou non à l'interprète. Si l'interprétation apparaît comme étant fondamentalement un acte de volonté dont l'auteur est assujetti à des contraintes, cela implique de reconnaître au juge un véritable pouvoir

---

[878] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 50. V. également M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre du traité CEE », *CDE*, 1982, pp. 345-380, sp. p. 345 ; D. DE BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Dalloz*, 2002, pp. 973-978.

[879] J. MERTENS DE WILMAR, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. 10.

[880] Ces méthodes seront analysées *infra*, Section II.

normatif[881].

2 Le pouvoir normatif du juge

261. La théorie réaliste ainsi que celle reconnaissant que l'interprétation est un acte de volonté soumis à des contraintes mènent à la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir normatif du juge. Si ce constat peut surprendre, il se présente comme une évidence pour certains auteurs. Ainsi, M. Cappelletti relève que « lorsqu'on parle des juges comme étant des créateurs de droit, on ne fait qu'exprimer une évidente banalité ; il va de soi que toute interprétation a un caractère de création, que toute interprétation judiciaire est *law making* »[882]. Ce pouvoir se manifeste dans deux hypothèses, lorsque le juge crée des règles comme les principes généraux du droit et lorsqu'il interprète les règles juridiques. Mme Deguergue souligne ainsi que le pouvoir normatif du juge, « unanimement reconnu »[883], découle de l'interprétation. En effet, l'interprétation suppose que les juges créent du droit « en interprétant la loi qu'ils doivent appliquer » mais également « en dissipant son obscurité ou en comblant ses lacunes »[884].

262. Cependant, les règles jurisprudentielles doivent être distinguées des règles constitutionnelles, législatives ou administratives. En effet, le pouvoir normatif du juge ne s'apparente pas à celui des autres organes[885]. Ainsi, les règles jurisprudentielles naissent dans des conditions différentes des autres règles juridiques. Le juge ne peut créer les règles de façon spontanée puisque son pouvoir ne se manifeste qu'au moment où il exerce ses fonctions, c'est-à-dire au moment où il tranche un litige. Au contraire, le législateur peut décider d'édicter une règle juridique sans y avoir été invité et pour des motifs de pure opportunité politique. De plus, ce pouvoir du juge s'inscrit nécessairement dans le cadre des requêtes qui lui sont adressées et des faits du litige. Le caractère légitime du pouvoir normatif du juge n'est d'ailleurs assuré que s'il respecte les limites, inhérentes à sa fonction, de ce

---

[881] Sur le pouvoir normatif du juge V. S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges*, Paris, LGDJ, 1974.
[882] M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 33.
[883] M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 883-888, sp. p. 884.
[884] *Ibidem*.
[885] *Idem*, pp. 69 et s.

pouvoir[886]. Enfin, le pouvoir normatif du juge est directement corrélé au degré d'indétermination des énoncés juridiques, puisque l'existence de notions claires n'est qu'une « illusion »[887], l'interprétation juridictionnelle ne peut être un processus purement automatique. Dès lors, il est nécessaire de reconnaître au profit du juge une liberté d'interprétation. Celle-ci est fonction des règles qui présentent une part d'indétermination variable car le juge se trouve aux prises avec « des notions plus ou moins indéterminées »[888].

B La marge d'appréciation fonction des notions indéterminées

263. Si l'application des règles de droit nécessite que leur sens soit au préalable défini par l'interprète, le processus d'interprétation dépend naturellement du degré de clarté des règles. On ne peut donc ignorer que « la marge de liberté dont dispose le juge est directement conditionnée par le degré d'indétermination des normes applicables »[889]. Afin de saisir dans son entièreté le pouvoir de codétermination de la norme dont dispose le juge[890], il est nécessaire de doubler cette approche qualitative (2) d'une dimension quantitative (1).

1 L'accumulation des notions indéterminées

264. D'un point de vue quantitatif, on peut remarquer que la liberté du juge dépend en premier lieu de la présence importante ou non des règles formulées au moyen de notions indéterminées. Ainsi, plus ces règles sont nombreuses plus la liberté de l'interprète est importante. Ce constat, non spécifique à l'Union européenne ou à l'OMC[891], trouve néanmoins un écho particulier dans ces deux ordres juridiques. Dans l'Union,

---

[886] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préc., pp. 300 et s. Le juge peut cependant outrepasser ces limites V. M WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, pp. 613-632, spéc. p. 622.

[887] A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », préc.

[888] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 50.

[889] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* : *Morphologie des conventions et fonctions juridictionnelles*, préc. p. 764.

[890] Selon l'expression de G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991 ; G. TIMSIT, *Gouverner ou juger*, Paris, PUF, 1995. V. également D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », préc.

[891] L'utilisation concomitante de plusieurs catégories de notions indéterminées permet également d'accroître la marge d'appréciation du juge. M. Mouton le met en exergue par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme J.-D. MOUTON, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme comme actes

« l'accumulation des notions au contenu indéterminé »[892] serait à l'origine « des pouvoirs presque exorbitants de la Cour de justice des Communautés européennes »[893]. Au sein de l'OMC, on peut mettre en exergue le caractère transversal du recours aux notions juridiques indéterminées. En effet, ce phénomène imprègne l'ensemble des accords commerciaux multilatéraux. Le GATT fait par exemple usage de la notion de « produits similaires » à plusieurs reprises[894], l'article X :3 a) de ce texte postule une « application raisonnable » des réglementations relatives au commerce. De même, l'article XI relatif à l'élimination des restrictions quantitatives peut être tenu en échec par des « prohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation ». Ce phénomène se retrouve dans l'Accord SPS. Ainsi, son article 2.3 fait usage des notions de « discrimination arbitraire ou injustifiable » et de « restriction déguisée au commerce international », son article 4 impose « un accès raisonnable » aux inspections, aux essais et autres procédures pertinentes à un Membre importateur qui le demanderait. De même, certaines règles de l'Accord OTC sont formulées au moyen de notions indéterminées. Il en va ainsi de l'article 2.1 qui reprend la notion de « produit similaire », de l'article 2.2 où figurent les notions « d'obstacles non nécessaires au commerce international » et « d'objectifs légitimes ». Enfin, ce recours aux notions indéterminées s'observe également en matière de services[895] ou de protection des droits de propriété intellectuelle[896].

265. Il est également possible de souligner que de nombreuses règles des accords relatifs à

---

de discours. Contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », préc., p. 414.

[892] C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », préc., p. 134.

[893] *Ibidem*.

[894] V. les articles I, II :2, et III du GATT.

[895] V. par exemple les articles II :1 et VI de l'AGCS. Dans le premier figure la notion de « services similaires et fournisseurs de services similaires », aux termes du second les réglementations des services doivent être administrées « d'une manière raisonnable, objective et impartiale ».

[896] V. par exemple l'article 8 de l'Accord ADPIC selon lequel « 1. Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord. 2 Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie », soulignement ajouté.

la défense commerciale ou aux mesures coercitives sont formulées au moyen de notions indéterminées. Toutefois, les rédacteurs de ces Accords ont pris soin de définir ces notions ou leurs conditions d'application au risque de le faire au moyen de notions également vagues. Cette tendance est perceptible dans l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires. L'article 14 de cet Accord fournit les éléments à prendre en compte afin de calculer le montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire. Les méthodes doivent par exemple être conformes avec « la pratique habituelle concernant les investissements des investisseurs privés ». Le renvoi au standard de l'investisseur privé apporte une clarification toute relative de l'article 14 et met en exergue les limites de la méthode. De façon comparable, l'Accord antidumping contient assez logiquement une définition de la notion de dumping. En vertu de l'article 2.1 de cet accord « un produit doit être considéré comme faisant l'objet d'un dumping, c'est-à-dire comme étant introduit sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix à l'exportation de ce produit, lorsqu'il est exporté d'un pays vers un autre, est inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour le produit similaire destiné à la consommation dans le pays exportateur ». Les notions de « valeur normale », de « prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales » ou de « produits similaires » sont des notions dont le sens n'est pas déterminé *a priori*. Par ailleurs, la notion de « menace de dommage important » figurant à l'article 3.7 de cet Accord constitue également une notion indéterminée, des critères sont énoncés afin d'encadrer l'appréciation des autorités des Membres de l'OMC lors de cette opération. Cependant, ces critères comprennent à leur tour une part d'indétermination. Parmi les facteurs à prendre en compte figurent le « taux d'accroissement notable des importations faisant l'objet d'un dumping sur le marché intérieur, qui dénote la probabilité d'une augmentation substantielle des importations » ou la « capacité suffisante et librement disponible de l'exportateur », ou l'« augmentation imminente et substantielle de la capacité de l'exportateur, qui dénote la probabilité d'une augmentation substantielle des exportations faisant l'objet d'un dumping vers le marché du Membre importateur, compte tenu de l'existence d'autres marchés d'exportation pouvant absorber des exportations additionnelles ». Ces énoncés font appel à plusieurs notions, « taux d'accroissement notable », « probabilité d'une augmentation substantielle des importations », « augmentation imminente et substantielle », dont le sens est vague. Dès lors, l'encadrement

des autorités nationales est minime et le sens de ces règles doit nécessairement être précisé par le juge de l'OMC. Ces quelques exemples montrent que le phénomène d'accumulation des notions juridiques indéterminées mis en avant dans l'Union est également palpable au sein de l'OMC. Dans les deux systèmes, il confère au juge une marge importante d'appréciation dans l'ensemble des domaines couverts par les disciplines communes. Cette marge d'appréciation doit également être évaluée de façon qualitative au regard du degré d'indétermination des normes.

2 Les catégories de notions indéterminées

266. La liberté de l'interprète est fonction de l'indétermination de l'énoncé juridique auquel il lui appartient d'attribuer un sens. Néanmoins, certaines notions indéterminées sont rétives à toute interprétation. Face à de telles notions, le juge dispose, alors, non pas d'une marge d'interprétation, mais d'une liberté d'application des normes formulées au moyen de telles notions. Les notions indéterminées peuvent être clarifiées et précisées par le juge[897]. Cela se vérifie pour la plupart des notions indéterminées. Ainsi, les notions de marchandises, de mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative, de taxe d'effet équivalent, et de biens ont-elles été définies par le juge européen ou le juge de l'OMC. Selon la Cour, la notion de marchandises correspond aux « produits appréciables en argent et susceptibles comme tels de former l'objet de transactions commerciales »[898]. De même, elle a donné des définitions opérationnelles de notions clés du marché intérieur telles que la mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, définie comme « toute réglementation commerciale des États Membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire »[899], ou de la taxe d'effet équivalent[900]

267. En revanche, d'autres notions telles que « l'ordre public », la « moralité publique », les « circonstances exceptionnelles », la « perturbation grave de l'économie » laissent au juge une souplesse d'interprétation bien plus importante. Elles sont ainsi « rebelles à toute définition *a*

[897] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc.
[898] CJCE, 10 décembre 1968, Commission c/ Italie, aff. 7/68, Rec. p. 617.
[899] CJCE, 11 juillet 1974, Dassonville, aff. 8/74, Rec. p. 837, pt. 5.
[900] La Cour définit la taxe d'effet équivalant comme une taxe qui « frappe les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière », CJCE, 2 juillet 1969, Sociaal fonds voor de diamantarbeider c/ Brachfeld, aff. jtes 2/69 et 3/69, Rec. p. 21.

priori »[901], et leur sens ne se matérialise qu'au moment de leur application.

268. Les notions d'ordre public, de moralité publique ou de sécurité publique ne sont pas définies dans les Traités européens ou dans les accords de l'OMC. Elles ne le sont, en outre, que de manière approximative par le juge et ne font réellement sens qu'au moment de leur application contentieuse. M. Picard souligne par exemple que l'ordre public est une notion « essentiellement protéiforme, équivoque, relative, circonstancielle, indéterminée et singulièrement contradictoire puisque toujours maîtresse de sa nécessité »[902]. Cette remarque, comme le confirme la pratique, peut également être formulée à l'égard de la notion de moralité publique. La Cour souligne par exemple qu'« il appartient en principe à chaque État Membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs, et dans la forme qu'il a choisie »[903]. Dès lors, même si elle encadre le recours à cette notion, force est de constater que cela « n'a pas permis d'éliminer l'incertitude irréductible de la notion, ni par voie de conséquence la marge d'appréciation incompressible laissée aux Etats Membres »[904]. A l'OMC, le Groupe spécial dans le différend Etats-Unis Jeux et paris a souligné « les difficultés et sensibilités intrinsèques liées à l'interprétation des expressions 'moralité publique' et 'ordre public' »[905]. Il a ensuite tenté de définir ces notions en ayant recours au *Shorter Oxford English Dictionary*. A l'issue du processus d'interprétation, il a jugé que la notion de moralité publique « désigne les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom »[906]. Cet effort du Groupe spécial ne permet cependant pas d'occulter le caractère insuffisant et sibyllin de la définition du terme de moralité publique. La définition du juge n'éclaire pas réellement le sens de la notion et ne l'épuise pas non plus. En effet, il appert que le sens des notions de moralité publique et d'ordre public « est fonction des valeurs et des circonstances relatives qui

---

[901] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », préc., p.708.

[902] E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, pp.55-75, sp. p. 57.

[903] CJCE, 14 décembre 1979, Henn et Darby, aff. 34/79, Rec. p. 03795.

[904] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », préc., p. 712.

[905] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial du 10 novembre 2004, WT/DS285/R, § 6. 459 et s. et §§ 6. 462 et s.

[906] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial du 10 novembre 2004, WT/DS285/R, § 6.645, rapport de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R, § 299.

prévalent *hic et nunc* »[907].

269. Quant aux règles qui commandent d'apprécier le caractère normal, légitime, ou raisonnable d'un comportement, leur sens et leur portée dépendent fondamentalement des circonstances de leur application concrète. En effet, ces notions sont « quasiment dénuées de sens (ou leur sens précis est hautement relatif) en dehors d'un contexte spécifique »[908]. Elles renseignent peu sur le comportement attendu ou prohibé par la règle juridique[909] et leur application contentieuse se fait nécessairement au cas par cas. Le recours à la casuistique, technique qui permet de « préciser de manière concrète les conditions d'application de la règle de droit »[910], prend alors tout son sens. En effet, en présence de notions telles que l'urgence, les circonstances exceptionnelles ou la perturbation grave du marché, ce sont les circonstances factuelles qui permettent au juge d'attribuer un sens à ces notions[911]. La « perturbation grave du marché d'un Etat Membre » est ainsi appréciée au regard des circonstances et des données économiques du moment, dans un cadre général délimité par le juge. Si la perturbation doit « affecter l'ensemble de l'économie de l'État Membre concerné » et non uniquement « celle d'une de ses régions ou parties de territoire »[912], le juge reste prudent quant à l'intensité de la perturbation. En effet, une telle perturbation peut varier en fonction des circonstances économiques et des secteurs, elle doit donc faire l'objet d'une approche souple et au cas par cas.

270. Tous les systèmes juridiques renferment une part d'indétermination[913], l'interprétation

---

[907] E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, tome II, p. 533.

[908] R. BACHAND, T. LAPOINTE, « Beyond Presentism : Rethinking the Enduring Co-constitutive Relationships between International », *Law and International Relations, International Political Sociology*, 2010, pp. 271–286, sp. p. 278, notre traduction « practically meaningless (or their precise meaning may be highly relative) outside of a specific context ».

[909] J. P. KELLY, « Judicial Activism at the World Trade Organization : Developing Principles of Self-Restraint », *Nothwestern journal of international law and business*, 2002, pp. 353-388, selon cet auteur « standards, such as the term « necessary » in the Article XX(b) exception for human and animal health regulations, provide general guidance to the decisionmaker, but do not specify in detail the conduct required ».

[910] F.-X. TESTU, « Casuistique » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 171.

[911] Par rapport à la notion d'urgence M. Testu note qu'elle « ne se charge complètement de sens que par rapport à un certain complexe de faits », F.-X. TESTU, « Casuistique », préc., p. 170.

[912] TPICE, 15 décembre 1999, Freistaat Sachsen c/ Commission, aff. jtes T-132/96 et T-143/96, Rec. p. II-3663, pt. 167. Ce point a été confirmé par la Cour V. CJCE, 30 septembre 2003, Allemagne c/ Commission, aff. C-301/96, Rec. p. I-9919, pt. 106.

[913] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc.,

est alors « une nécessité logique »[914] dont l'ampleur dépend du degré d'indétermination des énoncés juridiques[915]. En conséquence, le juge ne peut être réduit à un simple automate[916], et l'indétermination engendre une « délocalisation du pouvoir de dire le droit »[917]. Comme le montre la doctrine anglo-saxonne, lorsque le législateur adopte une règle, il « fait » la décision alors que s'il adopte un standard, c'est le juge qui fait la décision[918]. La formulation de la règle de droit au moyen de notions indéterminées est alors un acte consenti, elle est « nécessaire au législateur qui ne peut ou ne veut pas s'attacher au détail, et nécessaire à l'administrateur et au juge, en ce qu'il leur laisse une latitude d'action »[919]. Ce phénomène, particulièrement marqué en droit de l'Union[920] et en droit de l'OMC[921], offre à l'interprète une certaine liberté et le juge constitue alors un « véritable acteur du système juridique qui dispose d'un certain pouvoir créateur de droit, doté d'une véritable responsabilité dans l'évolution du droit positif »[922]. L'indétermination des énoncés juridiques emporte également une remise en cause de l'application du syllogisme judiciaire. En effet, le sens de la majeure, la règle de droit, n'étant pas déterminé *a priori*, le juge ne raisonne pas de façon purement déductive mais inductive[923]. Néanmoins, cette souplesse conférée par les notions indéterminées n'est pas source d'un pourvoir discrétionnaire pour l'interprète. En effet, l'interprétation juridictionnelle est soumise à un certain nombre de contraintes qui régulent la liberté du juge.

---

p. 203.

[914] M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », préc., p. 9.

[915] *Ibidem*.

[916] J.-L. BERGEL, « Introduction générale », préc., p. 13.

[917] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 52.

[918] J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », préc., p. 353, selon cet auteur « with rules, the legislature often « makes » the decision ; with standards, the adjudicator determines the application of the standard, thereby « making » the decision ».

[919] H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées en droit communautaire », préc., p. 269.

[920] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 455, cet auteur souligne que « conçus comme des traités-cadres, les textes constitutifs de l'Union européenne comprennent en particulier un nombre particulièrement élevé de notions juridiques floues, de concepts juridiques indéterminés, de standards, qui laissent par définition à l'interprète une mission de co-déterminateurs du sens et donc de co-créateurs de la norme issue de l'énoncé polysémique inscrit dans les traités de base ».

[921] C.-J. ARUP, « The State of Play of Dispute Settlement 'Law' at the WTO », *JWT*, 2003, pp. 897-920, sp. p. 910.

[922] J.-L. BERGEL, « Introduction générale », préc., p. 13.

[923] F.-X. TESTU, « Casuistique », préc., p. 171.

Section II Le pouvoir régulé du juge

271. Pour certains auteurs, l'indétermination des accords de l'OMC « offre aux juges une latitude, de choix, non seulement dans le cadre de différends précis, mais également s'ils en ressentent le besoin, dans la construction d'une jurisprudence commerciale internationale »[924]. Si l'indétermination constitue sans conteste un des éléments favorisant la naissance et l'affirmation d'une politique jurisprudentielle, la liberté conférée au juge par l'indétermination n'est pas absolue. La marge d'appréciation de cet organe n'est pas arbitraire puisque le pouvoir d'interprétation du juge relève encore de la légalité ; ce pouvoir apparaît plutôt comme « semi-discrétionnaire »[925]. En effet, l'interprétation est régulée[926] au sens où elle est soumise à un certain nombre de contraintes qui atténuent la liberté du juge. Celui-ci a parfaitement conscience du caractère indéterminé de certaines notions contenues dans le droit de l'OMC ou de l'Union. Ainsi, l'Organe d'appel a lui-même souligné par rapport à l'article 3.3 de l'accord SPS que cette disposition « n'est manifestement pas un modèle de précision en matière de rédaction »[927]. Toutefois, le processus d'interprétation n'est ni complètement libre, ni totalement déterminé, mais il est soumis à des contraintes[928]. Si les contraintes du langage[929] semblent les plus évidentes, l'interprétation « est commandée surtout par la conception qu'on a de l'interprétation, la nature de l'instrument à interpréter et les caractéristiques de l'ordre juridique dont il s'agit »[930]. La conception de l'interprétation donne lieu à une contrainte méthodologique (§1er). Quant aux caractéristiques de l'ordre juridique, elles sont à l'origine de contraintes axiologiques (§2nd).

---

[924] C.-J. ARUP, « The State of Play of Dispute Settlement 'Law' at the WTO », préc., p. 910, notre traduction « afford the tribunals space, not only to make choices in the individual dispute but, if they see fit, to fashion a jurisprudence for trade regulation ».

[925] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, préc., p. 143, le juge dispose d'une « compétence semi-discrétionnaire ».

[926] Selon les termes de M. Simon V. D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », p. 55.

[927] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, §175.

[928] P. A. COTE, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes », préc.

[929] P. AMSELEK « La teneur indécise du droit », préc.

[930] M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », préc., p. 10.

Paragraphe I Contrainte méthodologique

272. Le processus d'interprétation est soumis à une première contrainte d'ordre méthodologique. La nature de la contrainte découle des différentes méthodes d'interprétation (A) dont il faut néanmoins relativiser l'importance (B).

A Nature de la contrainte

273. L'interprétation n'est pas un processus abstrait, intervenant *ex nihilo*. Que le juge énonce explicitement ou non sa démarche interprétative, les règles juridiques sont nécessairement interprétées en fonction de méthodes d'interprétation. Systématisées par la doctrine[931], ces méthodes ont des implications idéologiques certaines[932] et sont en général classées en quatre catégories.

274. La première est une méthode subjective qui suppose que le juge se réfère, pour interpréter l'acte, à l'intention de son auteur. Pour ce faire, le juge peut avoir recours à divers documents comme les travaux préparatoires de l'acte. Cette méthode est généralement considérée comme limitant l'interprétation créative du juge. La deuxième méthode est la méthode textuelle ou littérale. L'interprète se fonde sur le texte à interpréter. Il adopte une approche terminologique et mène alors une analyse linguistique voire grammaticale du texte. Il peut également avoir recours à l'étymologie du terme, aux dictionnaires, et à l'analyse de la structure logique ou grammaticale de la règle ou des différentes versions linguistiques du texte. Cette méthode d'interprétation conduit l'interprète à attribuer aux termes de l'énoncé juridique leur sens usuel. Elle est utilisée lorsque les dispositions à interpréter ne présentent pas d'obscurité[933]. En conséquence, cette méthode trouve sa limite quand le texte est mal

---

[931] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, préc. ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation en droit international public*, Paris, Pedone, 1963 ; M. E. VILLIGER. « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties :40 Years After », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011 ; U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, New-York, Springer 2007.

[932] Sur les différentes méthodes d'interprétation et leur implication notamment idéologique voir P. MOOR, « Dire le droit », préc. ; V. également J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 210, cet auteur souligne que « la préférence donnée à telle méthode sur telle autre confère au droit interprété des significations et des portées très différentes ».

[933] V. par exemple CJCE, 29 novembre 1956, Fédération charbonnière de Luxembourg c/ Haute autorité, aff. 8/55, Rec. p. 291 ; CJCE, 27 février 1962, Commission c/ Luxembourg, aff. 10/61, Rec. p. 1, dans cette affaire la Cour relève à propos de l'article 19 TCE que « les auteurs du traité se sont rendus compte de la

rédigé ou que les analyses citées ne permettent pas d'en lever toutes les ambiguïtés. La troisième méthode est la méthode systémique ou systématique. Elle suppose que l'interprète s'appuie sur le contexte juridique de la norme pour en déterminer le sens. Ainsi, le juge peut avoir recours au contexte immédiat de la norme ou à un contexte plus élargi et il déduit alors le sens de la norme de ce contexte voire du système du Traité[934]. Enfin, le juge peut avoir recours à l'interprétation en fonction de l'objet de la norme, il s'agit de la méthode téléologique. La démarche du juge est alors guidée par l'objectif du texte qu'il interprète et le sens attribué à la norme est fonction de cet objectif. Appliquée dans un contexte supra national, cette méthode « tend à identifier la portée de la règle, par rapport à ses buts, à l'objet considéré et aux fins de l'accord entre les parties qui l'invoquent »[935].

275. Ces méthodes ont notamment été codifiées au sein de la Convention de Vienne[936]. En vertu de ce texte, « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but », si le sens du texte reste ambigu alors il est possible de faire appel à des moyens complémentaires, et « aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu ». Ces méthodes constituent cependant une contrainte à relativiser et la codification opérée par la Convention de Vienne n'atténue que très peu la marge de manœuvre du juge. Les différentes méthodes codifiées permettent en réalité de « fonder des approches et des conclusions assez différentes les unes des autres »[937], surtout si l'interprète fait usage de toutes les méthodes.

---

différence existant entre les droits légalement applicables et les droits effectivement appliqués et qu'en employant les mots « droits appliqués », ils entendaient se référer aux droits effectivement appliqués ».

[934] CJCE, 12 décembre 1959, Société des fonderies de Pont à Mousson c/ Haute autorité, aff. 14/59, Rec. p.445, dans cette affaire, la Cour au recours aux principes fondateurs du Traité pour déterminer si un produit relève de l'annexe 1 du traité CECA.

[935] R. MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour », in *Dix ans de jurisprudence de la CJCE*, Cologne, 1965, pp. 177-186, sp. p. 183.

[936] Pour une analyse de ces dispositions V. M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », préc. ; M. E. VILLIGER. « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties :40 Years After »,préc. ; U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, préc. ; U. LINDERFALK, « Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna convention real or not ? Interpreting the rules of interpretation », *Netherland International Law review*, 2007, pp.133-154 ; O. CORTE N, « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? », *RGDIP*, 2011, pp. 351-366.

[937] H. RUIZ FABRI, « La procédure et la jurisprudence », *Notes bleues de Bercy*, 2000.

B Relativité de la contrainte

276. L'effet des méthodes d'interprétation sur la liberté du juge en matière d'interprétation des règles européennes et des règles de l'OMC doit être relativisé. Il apparaît en effet que le juge peut en pratique effectuer un choix entre les différentes méthodes à sa disposition (1). En revanche, ce choix est guidé par la nature et la structure des Traités à interpréter (2).

1 Le choix des méthodes d'interprétation

277. « Les prétendus principes, méthodes, règles et procédés d'interprétation ne sont que des instruments facultatifs utilisés par le juge pour guider son choix entre les différents sens possibles, pour réduire l'indétermination intrinsèque de la norme »[938], aussi aucune démarche interprétative ne peut être imposée au juge. En effet, l'usage des méthodes d'interprétation relève fondamentalement du choix du juge. La démarche interprétative originale du juge européen (b) et celle plus classique du juge de l'OMC en attestent (b).

a Le juge européen

278. Selon le droit originaire, la Cour doit assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité. La fonction interprétative de la Cour est donc au fondement même de la mission que lui attribue le Traité. De plus, celui-ci n'encadre pas l'interprétation du droit par le juge dans la mesure où aucune disposition du droit de l'Union ne lui impose de faire usage de méthodes d'interprétation spécifiques. A partir de ce postulat, il est possible de mettre en évidence l'originalité de la démarche interprétative du juge européen. En effet, il utilise tout l'éventail des méthodes d'interprétation[939], des méthodes les plus classiques comme la méthode littérale[940] aux méthodes plus audacieuses comme la méthode téléologique. Néanmoins, comme le souligne M. Simon « ce qui caractérise au contraire la stratégie jurisprudentielle du juge communautaire, c'est le grand éclectisme des techniques

---

[938] D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », préc., p. 52.

[939] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation dans La Cour de justice des Communautés européennes », préc. ; H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, O.P.O.C.E., 1976, pp. I-3-I-53 ; J. MERTENS DE WILMAR, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », préc. ; D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, préc.

d'interprétation utilisées, combiné avec la volonté de tirer de chacune d'entre elles une productivité maximale »[941]. La façon dont la Cour envisage l'interprétation du droit de l'Union ressort des prescriptions qu'elle fournit au juge national chargé d'interpréter les règles communes[942]. Ainsi, les juridictions nationales doivent tenir compte des particularités du droit de l'Union : les textes européens sont rédigés en plusieurs langues, le droit de l'Union « utilise une terminologie qui lui est propre », ses concepts peuvent différer des concepts de droit interne. La Cour souligne surtout que « chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite »[943]. Cette méthode est caractéristique de la démarche interprétative. Si on peut noter l'omission du libellé de la disposition à interpréter, la démarche prônée par la Cour est en adéquation avec la façon dont elle-même envisage l'interprétation des règles communes.

279. L'interprétation d'une disposition du droit de l'Union implique que le juge tienne compte « non seulement des termes de celle-ci mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie »[944]. La Cour fait également référence à l'effet utile du droit de l'Union. En effet, si une disposition peut être interprétée de plusieurs façons, alors priorité doit être donnée à l'interprétation qui préserve et assure son effet utile[945]. La Cour procède à une approche extensive de ce principe d'effet utile. Elle cherche en effet à donner un sens utile à la disposition interprétée mais également à lui faire produire son utilité maximale[946]. Elle interprète également le droit de l'Union « dans son contexte, en relation avec les autres paragraphes du même article et à sa place dans le système général du traité »[947]. Enfin, le juge européen fait référence au système du Traité et à ses

---

[940] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 375.
[941] *Ibidem* ; H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », préc.
[942] CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81, Rec. p. 3415.
[943] CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81, Rec. p. 3415, pt. 20.
[944] CJCE, 17 novembre 1983, Merck, aff. 292/82, Rec. p. 3781, pt 12.
[945] CJCE, 24 février 2000, Commission c/ Luxembourg, aff. C-434/97, Rec. p. I-1129, pt. 20 ; CJCE, 22 septembre 1988, Land de Sarre c/ Ministre de l'Industrie, aff. 187/87, Rec. p. 5013.
[946] CJCE, 29 novembre 1956, Fédéchar, aff. 8/55, Rec. p. 312 ; CJCE, 15 juillet 1960 Luxembourg et Pays-Bas c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 20/59 et 25/59, Rec. pp. 708 et 781 ; CJCE, 13 juillet 1973, Commission c/ Luxembourg, aff. 70/72, Rec. p. 828.
[947] CJCE, 3 février 1976, ,Manghéra, aff. 59/75, Rec. p. 91.

finalités[948] et interprète certaines dispositions fondamentales de ce dernier au regard de leur finalité[949] ou de leurs objectifs[950].

280. La démarche de la Cour se singularise assez nettement de celle juge de l'OMC qui, sous l'impulsion de l'Organe d'appel, se caractérise par son classicisme inspiré de la Convention de Vienne[951].

b Le juge de l'OMC

281. Au regard de la méthode d'interprétation suivie par le juge se dessine son intention de mener une interprétation, créatrice ou au contraire plus respectueuse, de la lettre du texte. Sur ce point, le recours à certaines méthodes d'interprétation, comme la méthode systémique ou téléologique en opposition à la méthode littérale, est révélatrice. A cet égard, la méthode interprétative du juge de l'Organisation mondiale du comerce fait naturellement écho à l'article 3.2 du MARD qui définit sa fonction et encadre le processus interprétatif. L'analyse des premiers rapports de l'Organe d'appel est saisissante[952]. Dans le différend Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, l'Organe d'appel a clairement censuré le Groupe spécial qui « a négligé une règle fondamentale de l'interprétation des traités. Cette règle a été formulée de manière succincte dans un texte qui fait autorité, la Convention de Vienne sur le droit des traités »[953]. L'Organe d'appel marque alors sa volonté de faire appel à la Convention de Vienne qui est « choisie comme référence première »[954]. De plus, il prend soin dans ce rapport de suivre fidèlement les prescriptions de ce texte et « ébauche dans cette

---

[948] CJCE, 21 février 1973, Europembalage, aff. 6/72, Rec. p. 215.
[949] CJCE, 13 mars 1973, Mij PPV, aff. 61/72, Rec. p. 301.
[950] CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, Rec. p. 16.
[951] Le juge européen ne rejette pas formellement les méthodes codifiées dans la Convention de Vienne mais l'interprétation du droit de l'Union est originale au regard de la combinaison des différentes méthodes. En revanche, la Cour interprète les accords internationaux en faisant expressément référence à ce texte, V. par exemple CJUE, 25 février 2010, Firma Brita Gmbh, aff. C 386/08, Rec. p. I-1289, pt. 42.
[952] Sur l'interprétation par le juge multilatéral V. I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, préc. ; I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc. ; E. CANAL-FORGUES, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *RGDIP*, 2001, pp. 5-24 ; C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., pp. 615-618 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., pp. 480-483.
[953] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 18.
[954] H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *JDI*, 1999, pp. 453-506, sp. p. 455.

affaire ce qui va devenir une véritable méthodologie d'interprétation »[955]. Sur ce fondement, on ne peut que souscrire à cette remarque de M. Sorel selon lequel « [l]a référence à la Convention de Vienne est quasiment automatique pour l'organe de règlement des différends (O.R.D.) de l'OMC. Il n'est guère d'affaires où cette référence fait défaut dans les rapports de l'Organe d'appel »[956]. Cette volonté de l'Organe d'appel se matérialise davantage dans le rapport Japon Boissons alcooliques[957] qui opère un renvoi au rapport Essence et dans lequel le juge affine sa référence à la Convention de Vienne. Il cite l'intégralité des articles 31 et 32 de ce texte et met en place « une vraie police de l'interprétation »[958]. Ce rapport de l'Organe d'appel met en exergue l'état d'esprit de l'interprète en faisant clairement référence aux dispositions du MARD et à l'objectif du mécanisme. De plus, alors que le juge livre dans cette affaire des développements substantiels sur la notion de produit similaire et de produit concurrent ou substituable, notions qui déterminent en grande partie les règles du traitement national, il apporte deux précisions qui doivent être mentionnées. Il dégage d'une part le principe de l'économie jurisprudentielle. D'autre part, quant au pouvoir exclusif de la conférence ministérielle d'adopter des interprétations du droit de l'OMC, il souligne que « le fait que ce 'pouvoir exclusif' d'interpréter le traité a été établi de façon si précise dans l'Accord sur l'OMC est un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite »[959]. Le rapport États-Unis Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles apparaît également important dans la mesure où il est symptomatique de la méthode interprétative de l'Organe d'appel[960]. Ainsi, « de l'interprétation littérale, l'Organe tire une présomption dont il cherche confirmation grâce aux autres références combinées de texte, de but et d'objet, voire en faisant appel à la méthode de l'effet utile »[961]. Cette démarche

---

[955] *Ibidem*.

[956] J.-M. SOREL, « Commentaire de l'article 31 (règle générale d'interprétation) », in O. CORTEN, P. KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. II, pp. 1289-1338, sp. p. 1313.

[957] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R.

[958] H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », préc., p. 455.

[959] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 18.

[960] États-Unis — Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, rapport de l'Organe d'appel du 10 février 1997, WT/DS24/AB/R.

[961] H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », préc., p. 455.

est confirmée dans le différend Inde Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture[962]. Dans ce rapport, l'Organe d'appel rappelle au Groupe spécial la portée de la Convention de Vienne en matière d'interprétation des Accords OMC et le principe énoncé dans le MARD selon lequel le règlement des différends ne peut accroître ou diminuer les droits et obligations prévus dans les Accords. Enfin la lecture du rapport Etats-Unis Crevettes[963] montre bien que « la méthodologie de l'Organe d'appel s'affirme de plus en plus »[964]. En effet, il reproche au Groupe spécial de ne pas avoir suivi toutes les étapes prévues au sein de la Convention de Vienne et lui indique la méthodologie à adopter[965]. La démarche du juge de l'OMC, centrée sur la Convention de Vienne, lui permet de donner un style juridictionnel aux rapports en dépit du caractère économique et donc technique des questions soulevées[966].

282. Ces quelques exemples montrent comment l'Organe d'appel a cherché à asseoir la méthodologie préconisée par la Convention de Vienne et à faire transparaître chaque étape de son raisonnement interprétatif[967]. Des rapports plus récents indiquent une tendance à ne plus nécessairement faire référence à toutes les étapes préconisées par ce texte sans pour autant s'éloigner de la méthode interprétative mise en place[968]. L'analyse littérale constitue le point

---

[962] Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, rapport de l'Organe d'appel du 19 décembre 1997, WT/DS50/AB/R.

[963] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R.

[964] H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », préc., p. 455.

[965] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §114 « ces règles appellent un examen du sens ordinaire des termes d'un traité, lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité considéré. Celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son attention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. C'est dans les termes qui constituent cette disposition, lus dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doit d'abord être cherché. Lorsque le sens imparti par le texte lui-même est ambigu et n'est pas concluant, ou lorsque l'on veut avoir la confirmation que l'interprétation du texte lui-même est correcte, il peut être utile de faire appel à l'objet et au but du traité dans son ensemble ».

[966] I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc.

[967] Pour une analyse détaillée de l'interprétation du juge multilatéral au regard des méthodes exposées dans ce texte V. M. LENNARD, « Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements », *JIEL*, 2002, pp. 17-89, sp. pp. 22-54.

[968] Japon — Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée, rapport de l'Organe d'appel du 28 novembre 2007, WT/DS/336/AB/R, §§ 207–209 et §§ 237–242 ; Etats Unis — Directive sur les cautions en douane pour les marchandises assujetties à des droits antidumping/compensateurs, rapport de l'Organe d'appel du 16 juillet 2008, WT/DS/345/AB/R, § 226 ; Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R, illustre bien cette tendance et les problèmes qu'elle pose. Ainsi alors que l'Organe

de départ de chaque interprétation et, si le texte se révèle clair, alors le processus interprétatif n'a pas nécessairement besoin d'être poursuivi. Lors de cette analyse littérale, l'Organe d'appel fait la plupart du temps usage du dictionnaire[969] ou de l'analyse comparée des différentes versions linguistiques. En revanche si cette analyse ne permet pas de déterminer le sens de la notion, il a recours aux autres méthodes de la Convention de Vienne[970]. L'Organe d'appel fournit parfois des précisions intéressantes à l'endroit des Groupes spéciaux qui se montreraient trop créatifs. Il a ainsi rappelé que « la règle fondamentale veut que l'interprète du traité lise et interprète les mots qui ont été effectivement utilisés dans l'accord à l'examen et non les mots qui auraient dû être utilisés à son avis »[971]. Cette démarche interprétative qui n'interdit pas que le sens d'un terme soit recherché en fonction de son but et de son objet[972]

---

d'appel fait preuve de moins de formalisme (V. §222 du rapport), le rapport du Groupe spécial est également critiqué en ce qu'il n'aurait pas correctement appliqué la Convention de Vienne pour interpréter la liste chinoise de services, dès lors, l'Organe d'appel doit à nouveau faire preuve de formalisme pour répondre à cette allégation.

969 Sur l'usage du dictionnaire par le juge multilatéral V. E. MENEZES DE CARVALHO, The decisional juridical discourse of the Appellate body of the WTO : among treaties and dictionaries as referents, *International Journal for the Semiotics of Law*, 2007, pp. 327–352 ; I. VAN DAMME, « On 'Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding'—A Reply to Professor Chang-Fa Lo », *JIDS*, 2011, pp. 231–239 ; D. PAVOT, « The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body—Beyond the Search of Ordinary Meaning », *JIDS*, 2013, pp. 29-46.

970 États-Unis — Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée, rapport de l'Organe d'appel du 15 février 2002, WT/DS202/AB/R, § 251.

971 Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, § 181.

972 Pour un exemple d'interprétation en fonction de l'objet et du but V. Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 1999, WT/DS34/AB/R, § 57 ; V. également Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 159 : « Nous notons encore une fois que ce texte démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable. Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'Accord sur l'OMC, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC, le GATT de 1994 en l'espèce. Nous avons déjà fait observer qu'il convenait de lire l'article XX g) du GATT de 1994 à la lumière dudit préambule ». Toutefois, l'Orage d'appel peut faire montre d'une certaine réticence envers cette méthode, ainsi, elle n'intervient qu'en confirmation du sens dégagé par les autres méthodes comme cela ressort de la note 20 du rapport de l'Organe d'appel dans le différend Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R. Cette position peut s'expliquer par le caractère parfois incohérent des objets des Accords comme l'a relevé l'Organe d'appel, Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 17 : « par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas reconnu que la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents. Cela est certainement vrai pour l'Accord sur l'OMC. Ainsi, si le premier considérant du préambule de l'Accord sur l'OMC préconise l'accroissement du commerce de marchandises et de services, ce même considérant reconnaît aussi que les rapports commerciaux et économiques internationaux régis par l'Accord sur l'OMC devraient

constitue un gage envers les Membres de l'OMC d'une interprétation raisonnée des engagements conventionnels.

283. La méthode de l'Organe d'appel repose sur une interprétation textuelle à partir de laquelle il forge une quasi présomption de sens du texte, à partir notamment des dictionnaires[973], qu'il vérifie au regard des autres méthodes de la Convention de Vienne. Ainsi, le juge de l'OMC fait *in fine* appel à toutes les méthodes d'interprétation que celle-ci codifie et s'il privilégie l'interprétation selon le sens ordinaire il applique également la méthode systémique et la méthode téléologique[974] ou la méthode relative à la pratique subséquente[975]. La méthode de l'Organe d'appel ne convainc pourtant pas nécessairement. Si M. Canal-Forgues souligne le respect de la méthode définie dans la Convention de Vienne, il montre aussi que la référence, « presque incantatoire » à ce texte, ne masque pas complètement le fait qu'il s'en affranchisse[976]. La référence à la Convention de Vienne ou aux méthodes d'interprétation apparaît comme un choix du juge qui permet alors de reconstruire l'interprétation voire de la justifier[977].

---

permettre 'l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable' en vue 'de protéger et préserver l'environnement' ».

[973] Dont il souligne parfois les limites V. États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 164 ; États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, § 59 ; Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 28 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 92.

[974] C-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., pp. 480-483, sp. p. 480, selon cet auteur « According to Article 31.1 of the Vienna Convention, 'a Treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose'. Among these three criteria, the Appellate Body has certainly attached the greatest weight to the first –'the ordinary meaning of the terms of the treaty'. This is easily illustrated by the frequent references in Appellate Body reports to dictionaries, in particular to the Shorter Oxford Dictionary, which, in the words of certain critical observers, has become 'one of the covered agreements'. The second criterion 'context' has less weight than the first but is certainly more often used and relied upon than the third 'object and purpose' ».

[975] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 17 : « en droit international, une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure ; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération ».

[976] E. CANAL-FORGUES, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », préc., p. 19.

[977] M. Pavot montre ainsi que le recours aux dictionnaires par le juge multilatéral a pour fonction de légitimer l'analyse du juge, V. D. PAVOT, « The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body—Beyond the Search

284. Il a pu être souligné que le juge « a recours à n'importe quelle méthode d'interprétation, pourvu qu'elle lui permette d'établir la véritable portée des normes appliquées »[978]ou que le choix des méthodes d'interprétation pouvait être le résultat du « discernement » du juge[979]. Or, il semble que le choix des méthodes d'interprétation est surtout guidé par la nature et les caractéristiques des Traités.

2 Le choix des méthodes d'interprétation fonction des caractéristiques des Traités

285. Selon M. Simon, il existe un lien nécessaire et logique entre l'interprétation et la nature de l'organisation internationale. « Le juge chargé d'interpréter le traité constitutif d'une organisation internationale sera conduit, pour donner son plein effet à la volonté commune des Etats Membres, à attribuer aux dispositions de la convention le sens qui tiendra compte des traits spécifiques de son objet : parmi les différentes significations autorisées par la lettre du traité, la juridiction choisira celle qui permet de réaliser l'objectif de coopération ou d'intégration »[980]. De ce lien naît le rapport entre les méthodes d'interprétation, la nature de l'organisation internationale et la structure des Traités[981]. Ces éléments expliquent les différences entre les démarches du juge de l'Union européenne et du juge de l'Organisation mondiale du commerce. Alors que les Traités européens conduisent le juge à faire très largement usage des méthodes téléologique et systématique (a), la coopération commerciale multilatérale et la fragmentation des accords conduisent le juge de l'OMC à une démarche plus mesurée (b).

a La Cour de justice : des méthodes d'interprétation induites par les caractéristiques des Traités et l'objectif d'intégration

286. L'importance que la Cour reconnaît aux objectifs des Traités « illustre bien cette structuration des buts des traités, qui, partant des dispositions conventionnelles remonte par

---

of Ordinary Meaning », préc.

[978] R. MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des communautés européennes », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 217-227, sp. p. 218.

[979] H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », préc., p. I-16.

[980] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, préc., p. 144.

[981] M. Moor souligne à cet égard le « rapport qui peut exister entre l'emploi, voire la préférence accordée à telle ou telle méthode et une structure idéologico-politique », P. MOOR, « Dire le droit », préc., p. 43.

une démarche inductive aux objectifs ultimes de la construction communautaire, avant d'en dégager par déduction le sens et la portée des règles particulières »[982]. De même, le caractère essentiel de l'exigence d'uniformité du droit de l'Union, les considérations économiques et la logique du marché guident largement le choix des méthodes d'interprétation de la Cour qui privilégie assez nettement celles donnant pleine efficacité au droit de l'Union[983]. Le choix des méthodes d'interprétation est en quelque sorte dicté par la volonté originaire des auteurs des Traités et le juge européen choisit alors les méthodes les plus adaptées « au degré d'intégration de l'ordre juridique dans lequel s'insère la disposition litigieuse »[984]. Cette démarche se vérifie également au regard des caractéristiques des Traités[985].

287. La démarche interprétative de la Cour et le choix des méthodes d'interprétation du juge européen ne sont pas nécessairement un choix subjectif du juge. Ils doivent au contraire s'analyser comme le résultat que « la nature même du droit communautaire impos[e] à la Cour d'adopter »[986]. De surcroît, les caractéristiques des Traités européens justifient l'importance quantitative des méthodes systématique et téléologique d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour[987]. Ainsi, le recours très fréquent à la méthode téléologique s'explique, pour Pescatore, par les caractéristiques des Traités, « pétris de téléologie »[988]. De plus, le recours à cette méthode est également adapté à la nature particulière de l'entreprise

---

[982] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc, p. 86.
[983] *Idem*, p. 88.
[984] *Ibidem* ; V. également H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », préc., p. I-17.
[985] Ainsi, M. Rideau justifie que la Cour ait peu recours à la méthode textuelle au regard de la nature de l'intégration européenne et de son caractère essentiellement économique. Selon cet auteur, « la méthode subjective serait dangereuse pour des traités tels que les textes constitutifs des trois Communautés. Elle correspond à une conception contractuelle de l'accord. Les traités-lois, et plus encore les traités-constitutions, excluent cette analyse en raison de leur caractère normatif. La nécessité de son rejet est plus évidente encore en matière d'intégration économique pour deux raisons essentielles: la rapidité de l'évolution des situations économiques condamne, sous peine d'inadéquation du droit, la prise en considération de la volonté des auteurs d'un texte; le caractère progressif de l'intégration économique rend souvent cette volonté périmée. A ces arguments de fond s'ajoute l'absence de travaux préparatoires publiés. Il faut aussi tenir compte de la contradiction qui existerait entre ce procédé et l'origine institutionnelle du droit communautaire dérivé. Il n'est donc pas étonnant que, consciente de toutes ces raisons, la Cour des Communautés y ait très rarement recours », J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., p. 210.
[986] J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. 9.
[987] H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », préc., pp. I-30 et s.
[988] P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice : contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », préc., p. 327.

européenne par essence évolutive[989].

288. Il en va de même du recours à la méthode systématique. Cette méthode serait en quelque sorte consubstantielle aux Traités qui « ont été élaborés et rédigés sur la base d'un plan systématique », dès lors « la référence d'une norme à une autre représente, non seulement une exigence interprétative absolue, mais aussi une nécessité logique »[990]. Enfin, le recours à la méthode systématique permet au juge d'accentuer la cohérence d'ensemble du système et de participer pleinement à l'objectif d'intégration[991]. Dans l'affaire Manghera[992], la Cour devait interpréter l'article 37§ 1er du Traité CEE[993] relatif à l'aménagement des monopoles nationaux présentant un caractère commercial dans une affaire portant sur le tabac et l'alcool. Selon cette disposition, les Etats devaient aménager leurs monopoles afin que soient éliminées, à l'issue de la période de transition, les discriminations entre les ressortissants des Etats Membres. La Cour a jugé que cette disposition devait être interprétée par rapport à l'intégralité de l'article 37 et du système général établi par le Traité. Or, l'obligation énoncée par cette disposition tend à assurer le respect de la liberté de circulation des marchandises qui constitue une des règles fondamentales du Traité et doit être lue en combinaison avec les interdictions des barrières tarifaires et non tarifaires aux échanges. Elle souligne ensuite que l'existence d'un monopole national, et notamment l'existence d'un droit d'importation exclusif, ne permet pas d'assurer cet objectif. A l'expiration de la période de transition, un tel droit doit être éliminé. En l'espèce, cette interprétation de l'article 37§ 1er du Traité CEE permet à la règle de produire son effet maximal que interprétation littérale n'aurait pas permis. L'originalité de la démarche européenne se mesure à l'aune de la démarche plus classique du juge de l'OMC.

b Une interprétation dictée par l'objectif de coopération et par la fragmentation des accords OMC

289. Le choix de la méthode interprétative de l'Organe d'appel ne peut être complètement

---

[989] H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », préc., pp. I-39 et s.
[990] R. MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des communautés européennes », préc., pp. 222-223.
[991] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 504.
[992] CJCE, 3 février 1976, Manghéra, aff. 59/75, Rec. p. 91 ; CJCE, 17 février 1976, Miritz, aff. 91/75, Rec. p. 217 ; CJCE, 17 février 1976, REWE, aff. 45/75, Rec. p. 181.

détaché de la nature de l'OMC, enceinte de coopération à la structure fragmentée en accords distincts, et de la fonction attribuée au juge dans cette organisation.

290. Quant à la structure des engagements commerciaux, elle est fondamentale par rapport à la démarche interprétative. Ainsi, l'Organe d'appel a souligné que le préambule de l'Accord OMC « dénote des intentions des négociateurs de l'accord sur l'OMC » et doit « éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'accord sur l'OMC »[994]. Cette démarche se vérifie dans l'interprétation de notions qui figurent dans de nombreux accords commerciaux multilatéraux. La notion de produit similaire se retrouve à de nombreuses reprises dans les Accords OMC, dans le GATT, mais également dans l'Accord SMC ou dans l'Accord antidumping. Or le juge de l'OMC apprécie la similarité selon des critères différents en fonction des accords. Ainsi, dans le cadre de la première phrase de l'article III :2 du GATT, il analyse la similarité au regard des utilisations finales du produit, des goûts et habitudes des consommateurs, des caractéristiques physiques de la nature, des propriétés et enfin de la classification douanière des produits. En l'absence de définition de la notion de produit similaire dans le GATT, le juge a décidé des critères pertinents pour interpréter cette notion. En revanche, cette même notion est définie dans l'Accord antidumping et dans l'Accord SMC. Au titre des articles 2.1 et 15 de ces Accords, un produit similaire est « un produit identique, c'est-à-dire semblable à tous égards au produit considéré, ou, en l'absence d'un tel produit, d'un autre produit qui, bien qu'il ne lui soit pas semblable à tous égards, présente des caractéristiques ressemblant étroitement à celles du produit considéré ». Dans l'un et l'autre cas, la définition qui figure dans l'Accord détermine nécessairement l'appréciation du juge. Dans l'affaire Indonésie Autos le Groupe spécial devait mener une analyse de la similarité dans le cadre de l'article 6.3 c de l'Accord SMC entre la voiture de type Timor et d'autres voitures. Prenant acte de la définition de la notion de produit similaire dans l'Accord, il interprète la notion de « caractéristiques ressemblant étroitement » et décrit ensuite sa méthodologie. Celle-ci doit prendre en considération en premier lieu « les caractéristiques physiques des voitures en cause, d'autant plus qu'un grand nombre des autres critères possibles identifiés par les parties sont étroitement liés aux caractéristiques physiques

---

[993] Devenu l'article 37 §1er TFUE.

[994] États-Unis — Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et produits à base de crevettes, Rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, § 153.

de ces voitures »[995]. Pour le Groupe spécial, les différences d'utilisation et le degré de substituabilité dépendent de ces caractéristiques. De même, le classement tarifaire des voitures est également à prendre en compte afin « de voir quelles distinctions physiques entre les produits ont été jugées importantes par les experts douaniers »[996]. Enfin, il se réfère à la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire Japon Boissons alcooliques[997]. La référence ne vise cependant pas à appliquer les critères de similarité dégagés dans le cadre du GATT à la notion de produit similaire figurant dans l'Accord SMC. Le renvoi souligne simplement que, selon l'Organe d'appel, quel que soit le contexte, « la question des 'produits similaires' devait être examinée au cas par cas » et « que pour appliquer les critères pertinents, les Groupes spéciaux ne pouvaient qu'agir au mieux de leur jugement pour déterminer si, en fait, des produits étaient similaires »[998]. La question de la similarité, bien que transversale à tout le droit de l'OMC, implique donc une approche différenciée du juge en fonction des Accords et notamment de l'objectif de ces derniers. Ainsi, l'approche extensive mise en œuvre dans le cadre du GATT ne peut être appliquée en matière de dumping ou de mesures compensatoires dès lors que ces Accords sont relatifs à la défense commerciale. En effet, les mesures adoptées conformément à ces Accords permettent de remettre en cause la libéralisation et l'ouverture des marchés inhérente à l'OMC. Les méthodes d'interprétation sont une contrainte pour l'interprète dont la portée doit cependant être relativisée. Il appert que le juge peut choisir les méthodes d'interprétation dont il fait usage, néanmoins, ce choix est largement guidé par la nature et les caractéristiques des Traités européens et des Accords de l'OMC. Au contraire, les valeurs des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce représentent une contraire importante pour les juges de ces systèmes.

Paragraphe II Contrainte axiologique

291. Le juge, interne ou international, évolue au sein d'un système juridique au regard

---

[995] Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du Groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, §14.173.
[996] *Ibidem*.
[997] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, pp. 22-26.
[998] Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du Groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, §14.174.

duquel il ne peut être neutre[999]. En effet, les concepts qu'il emploie dépendent de l'histoire, de la structure économique ou de la culture propres à ce système[1000]. L'obligation d'impartialité du juge ne joue qu'à l'égard des prétentions des parties et du litige qu'il doit trancher. En revanche, nulle règle ne lui impose d'être neutre à l'endroit du système juridique auquel il appartient. Au contraire, il est évident que le juge ne peut ignorer le système de valeurs du système juridique et « l'idée de droit » qui s'en dégage. Le fond axiologique qui innerve le droit positif ressurgit lors du contentieux et irrigue le raisonnement du juge et l'interprétation du droit. Si le fondement de cette contrainte axiologique est ontologique (A), son respect ressort assez clairement de la jurisprudence (B).

A Les fondements de la contrainte axiologique

292. En vertu de la contrainte axiologique, la liberté de l'interprète est réduite, car l'interprétation doit respecter le système de valeurs propre au système juridique auquel appartient le juge. Cette règle ne figure ni dans les Traités européens ni dans les Accords OMC ; et pourtant il semble que cette contrainte permet *ultima ratio* de saisir le sens et la portée de l'interprétation dans ces systèmes. Cette contrainte repose en premier lieu sur le respect et la perpétuation du système de valeurs et de l'idée de droit (1). En second lieu, le respect de cette contrainte offre à l'interprétation un label de légitimité et constitue un facteur d'adhésion de l'auditoire du juge à l'interprétation (2).

1 Le fondement originaire de la contrainte : respecter et perpétuer le système de valeurs et l'idée de droit

293. Pour L.-J. Constantinesco, le système de valeurs détermine le contenu matériel du droit et trouve à s'appliquer par ricochet lors du contentieux. Le juge a alors pour fonction « de maintenir cet ordre juridique en obligeant les intérêts contraires à se plier à l'ordre établi donc implicitement à son système de valeurs »[1001]. En conséquence, le juge est le garant du respect du système de valeurs. Au-delà de cette fonction, le juge est également influencé par

[999] G. TUSSEAU, « Critique d'une méta-notion fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de `notion fonctionnelle' », *RFDA*, pp. 641-656.
[1000] *Ibidem*.
[1001] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome 3 : La science des droits comparés*, préc., p. 186.

le système de valeurs. L'interprétation des règles juridiques est un processus au confluent d'un réseau de contraintes parmi lesquelles figure la contrainte axiologique. Selon M. Timsit, l'interprétation d'une norme est « prédéterminée » par son auteur, « codéterminée » par le récepteur, et « surdéterminée » par les valeurs du système juridique[1002]. M. Simon mène une analyse comparable et évoque à cet égard « une charge de surdétermination téléologique et axiologique »[1003] dont le rôle est primordial s'agissant de l'interprétation des notions indéterminées[1004]. La fonction du juge doit alors être envisagée au regard des spécificités et des valeurs de l'ordre juridique[1005]. La démarche interprétative de la Cour conforte cette analyse. Elle adosse le contenu matériel de l'interprétation à celui du Traité et à ses objectifs[1006]. Ayant constaté que le Traité ne définissait pas la notion de subvention, elle a précisé que les définitions à apporter par l'interprétation « ne peuvent être acceptées que si elles sont confirmées dans leur contenu par les dispositions du traité ou par les fins voulues par lui »[1007]. L'interprétation devient le vecteur privilégié du système de valeurs. Celui-ci reflète des choix politiques ou économiques qui irriguent l'ordre juridique et que le juge doit respecter. Ainsi, les choix et préférences économiques des auteurs des Traités ne peuvent être rejetés par le juge européen ou son homologue de l'OMC. En effet, si le juge substitue ses propres préférences axiologiques à celles du système de valeurs, il sort de son office et s'engage sur un chemin d'appréciations politiques qui relèvent des autorités éponymes[1008]. En revanche, les conceptions, notamment économiques, véhiculées par les Traités se retrouvent nécessairement dans la jurisprudence puisque le juge doit trancher les litiges « en se fondant

---

[1002] G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991 ; G. TIMSIT, « La science juridique, science du texte », », *in Lire le droit– Langage, texte et cognition*, D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), Paris, LGDJ, 1992, pp. 457-464.

[1003] D. SIMON, « Avant-propos », Rapport annuel de la Cour de Cassation, 2006, p. 92.

[1004] D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », p. 713 ; pour une analyse semblable en droit de l'OMC V. S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., p. 53 et s.

[1005] P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice : contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », préc.

[1006] J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », in *Dix ans de jurisprudence de la CJCE*, Cologne, 1965, pp. 13-30, sp. p. 15.

[1007] CJCE, 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c Haute Autorité, aff. 30/59, Rec p. 39.

[1008] Comme le souligne M. Dumon, la Cour doit s'abstenir « de faire des options politiques, car elle se substituerait soit aux auteurs des traités, soit au Conseil de ministres ou à la Commission auxquels ont été confiées des missions qui ne sont pas celles de la Cour », F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-39.

sur les règles et principes qui se dégagent des traités et ainsi des théories économiques que les auteurs des traités ont adoptées »[1009]. Dans ce cadre, le processus d'interprétation ne peut se réduire à un examen du seul texte à interpréter. L'interprétation suppose que soient pris en compte simultanément « le texte, le contexte et l'interprète »[1010]. L'interprétation doit être menée « sur un fond de principes politico-moraux »[1011] qui irriguent le droit positif et l'interprète se fond dans « une communauté interprétative »[1012]. L'interprétation oscille entre l'objectivité limitée du texte juridique et la subjectivité du juge[1013], le respect du système de valeurs permet de trouver un juste milieu entre ces deux positions.

294. La contrainte axiologique s'explique par la nécessité de légitimer l'interprétation des règles. A cet égard, le respect du système de valeurs permet au juge de perpétuer « l'idée de droit » propre à chaque système juridique et d'obtenir l'adhésion de son auditoire.

2 Le fondement dérivé de la contrainte : légitimer l'interprétation

295. Dans les ordres juridiques internes, les valeurs proclamées dans la Constitution sont des vecteurs de légitimité de l'ordre juridique[1014], il en va de même des valeurs qui sous-tendent l'Union et l'OMC[1015]. Le respect et la perpétuation du système de valeurs permettent au juge de légitimer l'interprétation en assurant l'adéquation entre les valeurs considérées comme légitimes et la jurisprudence. En effet, les valeurs constituent un élément de légitimité du droit en tant que conséquence « de l'accord existant entre la norme juridique et le système de valeurs qui est à la base de l'ordre juridique concerné »[1016]. La légitimité axiologique rejaillit ensuite sur l'interprétation lorsqu'elle respecte ces valeurs[1017] puisque l'interprétation

---

[1009] *Ibidem*.
[1010] M. VOGLIOTTI, « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », *RIEJ,* 2009, pp. 107-124, sp. p. 111.
[1011] N. MACCORMICK, « La texture ouverte des règles juridiques », préc., p. 122.
[1012] M. VOGLIOTTI, « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », préc., p. 111.
[1013] R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, pp. 61-98.
[1014] T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution économique de l'UE », préc.
[1015] Selon M. Georgopoulos « les organisations supranationales, en tant que détentrices de pouvoir public, éprouvent aussi, le besoin de se justifier du moins moralement en se référant à certaines valeurs fondamentales. (…) Autrement dit, une entité supranationale telle que l'Union, puise sa légitimité et justifie sa raison d'être dans la promotion de valeurs communes », T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution économique de l'UE », préc., p. 10.
[1016] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome 3 : La science des droits comparés*, préc., p. 187.
[1017] *Idem*, p. 188. Il souligne que cet accord doit être observable sur trois points : le législateur doit accepter le

n'apparaît pas comme le produit de la subjectivité du juge mais au contraire comme la continuité de « l'idée de droit » qui sous-tend le droit positif et la société.

296. La fidélité de l'interprète au système de valeurs constitue également un moyen de s'assurer l'adhésion de l'auditoire à l'interprétation. En effet, ce type d'interprétation permet au juge de fonder son raisonnement sur des prémisses que l'auditoire considère acceptables. L'interprétation du juge ne peut être envisagée *in abstracto*, en dehors de la relation qu'il entretient avec les parties et, plus largement, tous ceux à qui il s'adresse. L'adhésion de l'auditoire peut à ce titre naître du résultat du raisonnement, c'est-à-dire de l'issue du litige. Il semble qu'elle puisse également se fonder sur les prémisses du raisonnement du juge au rang desquelles figurent la règle de droit et son interprétation par le juge. Dès lors que le raisonnement se fonde sur une interprétation acceptable et acceptée de la règle, l'application de cette dernière n'apparaît plus comme le produit de la subjectivité de l'interprète. La liberté de l'interprète, corrélée au degré d'indétermination de la norme à interpréter, est encadrée par le système de valeurs. Par le respect de ce dernier, le juge assure la légitimité de l'interprétation et l'acceptabilité de son raisonnement. Ce constat se vérifie dans la jurisprudence européenne et dans celle de l'OMC qui reflètent la philosophie économique des Traités.

B Le respect de la contrainte axiologique

297. « Le système économique peut puissamment contribuer à modeler le système juridique »[1018]. Le libéralisme qui s'exprime dans les constitutions économiques de l'Union et de l'OMC irrigue la jurisprudence de ces organisations et détermine l'appréhension des

---

système de valeurs lorsqu'il élabore le droit, le juge ensuite doit appliquer la norme conformément au système de valeurs, enfin, les citoyens en tant que destinataires du droit des normes doivent également avoir le sentiment que celles-ci est conforme au système de valeurs. En effet, « c'est par l'adhésion, même floue et peu claire, mais librement consentie de la plupart des individus, que s'exprime l'accord avec la norme, avec le système de valeurs, donc avec la finalité poursuivie. Cette adhésion, expresse ou tacite, constitue le consensus, véritable fondement de la légitimité de tout droit, dans une société démocratique, et ciment de la cohésion sociale. Ainsi, la légitimité de tout ordre juridique et de ses normes, résulte-t-elle non de leur accord logique avec une quelconque prémisse juridique originaire, mais de leur accord avec le système de valeurs énoncé ».

[1018] G. FARJAT, « La constitution économique de l'Europe et le couplage doit-économie », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 59-99, sp. p. 63.

rapports sociaux à l'aune de la logique marchande[1019]. Les principes issus de l'économie libérale et les objectifs économiques de ces organisations expliquent en premier lieu la force attractive du marché dans la jurisprudence (1). En second lieu, le libéralisme attribue à l'Etat une place résiduelle dans le jeu économique qui se traduit également dans la jurisprudence (2).

1 L'interprétation à travers le prisme du marché

298. M. Maddalon a montré que la Cour de justice emploie très fréquemment le terme de « marché » sans pour autant le définir[1020]. Selon cet auteur, cette démarche « enregistre et crédibilise dans sa jurisprudence l'existence juridique d'une société presque exclusivement marchande »[1021]. La jurisprudence de la Cour et du juge del'OMC montre que l'appréhension des rapports sociaux se réalise à travers le prisme du marché.

299. Ceci est confirmé par l'interprétation que la Cour a livrée des notions fondamentales du marché intérieur. Ainsi, la notion de marchandises est définie au regard de la logique marchande. Elle correspond, pour la Cour, aux « produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales »[1022]. Cette définition correspond à une mise en œuvre de la logique marchande, car la marchandise n'est pas définie en fonction de sa nature intrinsèque mais en fonction de son caractère « commercialisable ». Ainsi, tout ce qui est susceptible de faire l'objet d'une transaction est une marchandise. Autrement dit, c'est le jeu de l'offre et de la demande sur le marché qui donne sens à la notion. Cette approche se retrouve par rapport à la notion de déchets car dans la mesure où il existe un marché des déchets, ils constituent des marchandises[1023].

300. De même, les notions de marché commun et de marché intérieur, centrales au regard de l'objectif européen, ont mené à un effet attractif du marché dans la jurisprudence de la

---

[1019] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-39.
[1020] P. MADDALON, « La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne : actes du colloque de Poitiers 12, 13 et 14 octobre 2000*, F. HERVOUET, P. NOREL (dir.), Paris, La Documentation française, p.79-89, sp. 79.
[1021] *Ibidem*.
[1022] CJCE, 19 décembre 1968, Commission c/ Italie, aff. 7/68, Rec. p. 617.
[1023] CJCE, 9 juillet 1992, Commission c/ Belgique, aff. C-2/90, Rec. p. I-4431.

Cour. Pour le juge, la notion de marché commun vise « à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur »[1024]. Cet objectif a entraîné une interprétation large des règles du Traité et a imprimé, à travers la jurisprudence, une marque économique à d'autres domaines tels que la protection des consommateurs ou l'environnement. En effet, ces domaines ont tout d'abord été saisis par le droit de l'Union *via* la libre circulation des marchandises. L'appréhension large du champ d'application de l'article 34 TFUE par la Cour implique que des législations qui participent « des politiques nationales de protection de la santé publique et/ou des consommateurs »[1025] soient qualifiées de mesures d'effet équivalent dès lors qu'elles ont une « incidence sur le fonctionnement du marché intérieur »[1026]. Une fois appréhendés par le prisme du marché intérieur, le Conseil a pu se saisir de ces domaines[1027]. En conséquence, le « lien entre le fonctionnement du marché intérieur et l'harmonisation imprime une orientation économique au droit dérivé »[1028] qui irrigue à son tour la jurisprudence de la Cour.

301. Le marché constitue également un cadre privilégié d'appréciation du comportement de l'Etat. Le standard de l'investisseur privé en économie de marché, à l'aune duquel le juge européen et le juge de l'OMC confrontent l'intervention étatique sur le marché, atteste de cette volonté de faire prévaloir la rationalité économique postulée par la logique concurrentielle et de soumettre l'ensemble des acteurs à cette dernière[1029]. Le marché constitue, conformément à la philosophie des Traités, le prisme au travers duquel les relations sociales sont analysées. La philosophie libérale des Traités implique également une interprétation restrictive des règles relatives à l'Etat entrepreneur ou à l'Etat puissance publique.

[1024] CJCE, 5 mai 1982, Gaston Schul, aff. 15/81, Rec. p. 1409, pt. 33. V. également, P. Pescatore, « La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Bénélux et les Communautés européennes », in *Mélanges Victor Gothot*, Liège, Vaillant-Carmanne, 1962, p. 495-546 ; P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* Paris, LGDJ, 2007.

[1025] V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences communautaires », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 86.

[1026] *Ibidem*.

[1027] *Ibid*.

[1028] *Ibid*.

[1029] Ce standard fait l'objet de développements plus substantiels dans le chapitre II, Titre II, Partie I.

2 L'interprétation conforme au libéralisme

302. En raison de la philosophie libérale qui ressort des systèmes de valeurs de l'Union et de l'OMC, l'Etat fait l'objet d'une attention particulière. Son rôle doit être limité à l'organisation du marché et son intervention sur ce dernier n'est permise qu'en cas de défaillance. Cette philosophie se traduit par l'encadrement strict de l'Etat entrepreneur en droit de l'Union et en droit de l'OMC, comme en atteste la jurisprudence (a). Corrélativement, les fonctions attachées à l'Etat puissance publique, envisagées en tant que limites aux libertés de circulation en droit de l'Union, font également l'objet d'une interprétation respectueuse de la pensée libérale (b).

a L'Etat entrepreneur

303. L'encadrement de l'Etat entrepreneur ressort des règles relatives aux aides d'Etat et aux marchés publics dans l'Union et des disciplines de l'OMC en matière de subventions. Ces règles traduisent la philosophie libérale en vertu de laquelle l'intervention de l'Etat sur le marché est source de perturbations[1030]. L'objet du droit de l'Union et de l'OMC est donc de limiter l'interventionnisme étatique. Le maintien de la concurrence sur le marché implique que les règles d'interdiction soient interprétées largement. Il en va ainsi de la notion d'Etat dans le cadre des aides et des subventions, et de la notion de pouvoir adjudicateur en droit des marchés publics.

304. Dans ces deux domaines, l'idée libérale se matérialise par une approche fonctionnelle de l'Etat. En droit des aides, l'article 107§ 1er TUE énonce que seuls les avantages « accordés par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit » constituent des aides. Conformément au principe d'unité de l'Etat en droit international, sont tout d'abord rattachées à l'Etat les collectivités locales quel que soit leur niveau[1031]. Mais au-delà des collectivités publiques *stricto sensu*, l'interprétation des règles du Traité permet d'appréhender les aides qui sont indirectement accordées par l'Etat. Ainsi, ce n'est pas la forme de l'organisme qui attribue l'aide qui est décisive mais bien sa fonction. Dès lors que

[1030] Sur ce point V. les développements de M. Scandamis relatifs à « L'Etat coupable surveillé par les marchés », N. SCANDAMIS, « L'Etat dans l'Union européenne. Passion d'un grand acteur », *RDP*, 2012, pp. 1339-1380.
[1031] CJCE, 14 novembre 1984, Intermills c/ Commission, aff. 323/82, Rec. p. 3809 ; CJCE, 14 octobre 1987, Allemagne c/ Commission, aff. 248/84, Rec. p. 4013.

l'organisme est contrôlé par l'Etat[1032], le statut public ou privé de l'organe importe peu[1033]. L'approche fonctionnelle constitue en ce domaine la perpétuation de la philosophie du système de valeurs. Elle permet, en effet, une appréhension plus large de l'Etat entrepreneur et en conséquence une limitation de son rôle perturbateur sur le marché. Au contraire, une approche organique aurait pu être facilement contournée par les pouvoirs publics puisque la création de fonds leur permettait d'échapper à l'emprise des règles communes[1034].

305. Cette approche se retrouve en droit des marchés publics. Dans ce cadre, la notion de pouvoir adjudicateur est essentielle en ce qu'elle détermine le champ d'application des règles relatives aux marchés publics. Dans l'affaire Bentjes[1035], la Cour a indiqué que la notion d'Etat « doit recevoir une interprétation fonctionnelle ». Cette approche se justifie pour le juge par l'objectif du texte dont l'effet serait réduit à néant s'il ne s'appliquait pas à un « organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'État ». La notion recouvre alors les organismes quel que soit leur statut au regard du droit interne[1036]. Comme en droit des aides, la notion d'Etat s'entend des autorités publiques et des organismes que l'Etat contrôle.

306. Les aides d'Etat et les marchés publics constituent des moyens de l'interventionnisme de l'Etat dans l'économie. Que ce soit par l'attribution directe d'avantages ou par l'attribution de marchés à des entreprises nationales, ces instruments à disposition de l'Etat lui permettent *in fine* de protéger les entreprises nationales du jeu du marché et de la libre concurrence. A ce titre, les règles juridiques constituent un rempart contre ces modalités protectionnistes en accord avec les valeurs des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'OMC. Cette démarche fait écho à l'interprétation restrictive de l'Etat puissance publique.

b L'Etat puissance publique

[1032] TPICE, 12 décembre 1996, Air France c/ Commission, aff. T-358/94, Rec. p. 2109.

[1033] CJCE, 22 mars 1977, Steinike, aff. 78/76, Rec. p. 595 ; TPICE, 11 févr. 2009, Iride SpA et Iride Energia SpA c/ Commission, aff. T-25/07, Rec. p. II-245.

[1034] Sur la distinction entre l'appréhension fonctionnelle et l'appréhension organique de l'Etat en droit de l'Union européenne V. M. HECQUARD-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTDE*, 1990, pp. 693-711.

[1035] CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, aff. 31/87, Rec. p. 4635, pt. 11.

[1036] CJCE, 15 mai 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-214/00, pt 55 ; V. également CJCE, 1er février 2001, Commission c/ France, aff. C-237/99, Rec. p. I-939, pts 41-43.

307. L'Etat puissance publique apparaît dans les Traités européens comme une limite aux libertés de circulation. A ce titre, la libre circulation des travailleurs n'est pas applicable aux « emplois dans l'administration publique »[1037], la liberté d'établissement et la libre prestation de services ne s'appliquent pas aux activités participant « même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique »[1038]. Ces notions ne sont pas définies dans le Traité et constituent des notions indéterminées. Leur interprétation par la Cour traduit la philosophie du Traité. A travers ces dispositions, les Etats peuvent réserver certaines activités à leurs ressortissants nationaux. Mais cette entorse au principe de non-discrimination par la nationalité est interprétée de façon restrictive par la Cour, il en résulte plusieurs conséquences. Le sens de ces notions relève tout d'abord du droit de l'Union et non des dispositions nationales. De plus, la Cour prône une approche fonctionnelle centrée sur la nature de l'activité et répondant à des conditions strictes. L'Etat puissance publique est ainsi réduit à l'essentiel, autour des fonctions d'autorité voire de souveraineté, et le champ d'application des libertés de circulation est élargi. Dès l'arrêt Sotgiu[1039], la Cour a rejeté une approche organique de la notion d'emploi dans l'administration publique, puis a jugé que ces emplois doivent avoir « un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, auxquels doivent être assimilés les intérêts propres des collectivités publiques, telles que les administrations municipales »[1040]. L'Etat ne peut donc réserver n'importe quel emploi à ses nationaux. Cela ne peut concerner que les emplois caractéristiques de l'Etat puissance publique et liés à la sauvegarde de l'intérêt général. Quant à la notion d'exercice de l'autorité publique, elle fait également l'objet d'une approche restrictive et recentrée sur le noyau dur de l'autorité publique. La Cour a considéré que cette notion recouvre des « activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »[1041]. La notion ne recouvre que certaines activités, et non des professions, qui doivent concourir de façon « directe » et « spécifique » à l'autorité publique. Les affaires « notaire » ont donné lieu à une application

---

[1037] V. l'article 45§ 4 TFUE, sur cette notion V. G. PEKASSA NDAM, « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2012, pp. 347-377.
[1038] V. les articles 51 et 62 TFUE.
[1039] CJCE, 12 février 1974, Sotgiu, aff. 152/73, Rec. p. 153.
[1040] CJCE, 26 mai 1982, Commission c/ Belgique, aff. 149/79, Rec. p. 1845.
[1041] CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. p. 631

par la Cour de sa jurisprudence antérieure en la matière[1042]. Par rapport aux activités des notaires, elle a jugé que ces dernières ne participaient pas de l'exercice de l'autorité publique. Par exemple, les activités des notaires dans le cadre des saisies-exécutions immobilières en Belgique révèlent que les notaires organisent l'adjudication ou la vente mais sur autorisation d'un juge et dans le cadre des conditions déterminées par ce dernier. De plus, en cas de contestation, le notaire ne dispose d'aucun pouvoir de décision puisqu'il incombe au juge de statuer. Pour la Cour, ces éléments montrent que les notaires ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique. L'interprétation des notions « d'emploi dans l'administration publique » et d'activité participant « même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique » reflète le système de valeurs du Traité. Ces notions constituent en premier lieu des limites à des libertés fondamentales et doivent être interprétées strictement. Par ailleurs, une vision trop extensive de l'Etat puissance publique nuirait à l'effectivité des libertés de circulation. En conséquence, la puissance publique doit être recentrée autour de missions essentielles.

308. Alors que les méthodes d'interprétation sont une contrainte assez faible, l'enracinement de l'interprète dans un système de valeurs apparaît plus à même de montrer que l'interprétation n'est pas le reflet des préférences subjectives de l'interprète. Celle-ci constitue au contraire une marque de respect des préférences axiologiques des auteurs des règles juridiques et par là des attentes des destinataires de l'interprétation. En ce sens, il ne peut être reproché aux juges de l'Union ou de l'OMC de faire prévaloir leurs propres opinions notamment « économiques »[1043].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

309. Les caractéristiques des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce favorisent le recours aux notions indéterminées pour énoncer les règles communes. Ces notions remplissent en effet des fonctions nécessaires et

---

[1042] CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, aff. C-47/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ France, aff. C-50/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-51/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-52/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-53/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Allemagne, aff. C-54/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Grèce, aff. C-61/08 : *Europe* 2011, com. 248, obs. V. MICHEL.

[1043] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-39.

adaptées à ces systèmes. Elles permettent ainsi l'adoption et l'application des normes communes, ainsi que l'adéquation entre les règles juridiques et la nature économique du droit. Ces notions ont pour effet de donner au juge une marge de liberté importante en matière d'interprétation. Cette marge de liberté doit cependant être tempérée à l'aune de contraintes qui pèsent sur l'interprétation juridictionnelle. La contrainte méthodologique ne semble pas de nature à réellement inhiber la liberté interprétative, le choix des méthodes d'interprétation relevant en premier lieu de l'appréciation du juge. A cet égard, les démarches interprétatives de la Cour et du juge de l'OMC présentent des divergences prononcées. Celles-ci s'expliquent par deux facteurs : la position institutionnelle du juge et la nature de l'organisation. En revanche, l'interprétation dans ces organisations est soumise à une contrainte axiologique forte. En vertu de cette contrainte, l'interprétation est guidée par les valeurs du système juridique qui en sous-tendent les normes. L'interprétation respectueuse du système de valeurs bénéficie, d'une part, d'une légitimité certaine puisqu'elle ne fait que perpétuer l'idée de droit du système et, d'autre part, de l'assentiment des destinataires. A cet égard, l'interprétation conforme à la logique marchande des Traités et à leur philosophie libérale apparaît comme une confirmation. Le raisonnement dans sa dimension interprétative est déterminé par la texture des règles juridiques. L'indétermination du droit et la contrainte axiologique de l'interprétation permettent de remettre en cause le caractère purement formel du raisonnement du juge. Ainsi, l'importance des valeurs montre que l'interprétation et l'application du droit par ce dernier ne sont alors plus limitées « à subsumer de façon logique et mécanique »[1044]. Ce constat se vérifie à l'aune d'une autre caractéristique des droits de l'Union et de l'OMC. Leur nature économique détermine, par sa substance et par sa forme, le raisonnement du juge.

[1044] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome 3 : La science des droits comparés*, préc., p. 191.

Chapitre II La nature économique du droit

310. Les règles juridiques contenues dans le droit de l'Union et le droit de l'OMC énoncent, pour la plupart d'entre elles, des obligations de nature économique. Ce constat est la conséquence des objectifs de ces deux organisations, la libéralisation du commerce dans l'enceinte commerciale multilatérale et l'intégration économique en Europe. L'appréhension des phénomènes et comportements économiques par le droit n'est pas chose aisée. Ainsi, le droit économique constitue un terreau fertile à l'insertion de notions indéterminées au sein des règles juridiques. Mais le droit économique présente d'autres spécificités liées à son objet, l'économie, et à sa forme, les règles juridiques économiques. Quant à la substance du droit économique, elle implique de s'interroger en premier lieu sur la rencontre entre les disciplines juridique et économique. Par ailleurs, la substance économique de certaines règles juridiques induit que le juge adapte son raisonnement à la matière économique (Section I). Le droit économique présente également certaines originalités formelles. En effet, la matière économique requiert, lorsqu'elle est appréhendée par le droit, une certaine souplesse. Celle-ci peut, par exemple, lui être conférée par le recours aux notions indéterminées, cette technique n'est cependant pas exclusive. La souplesse du droit économique s'observe ainsi par l'engagement à géométrie variable des Membres de l'OMC dans certains domaines et par l'appel à la *soft law*. Ces formes de règles économiques conduisent alors le juge à réintroduire un certain degré de formalisme dans son raisonnement (Section II).

Section I Les spécificités substantielles du droit économique

311. L'appréhension par le droit des phénomènes économiques intrigue[1045]. En effet, la rencontre entre ces deux disciplines semble contre-nature. Analyser la spécificité du raisonnement du juge au regard de la substance du droit économique (§2nd) nécessite que la notion de droit économique soit au préalable définie et que les relations entre le droit et

[1045] V. notamment P. WEIL, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », préc. ; G. FARJAT, « La constitution économique de l'Europe et le couplage doit-économie », préc.

l'économie soient clarifiées (§1er).

Paragraphe I La notion de droit économique

312. Le droit et l'économie sont souvent présentés et décrits comme des disciplines antinomiques. Les arguments avancés au soutien de l'incompatibilité du droit et de l'économie (A) trouvent leur limite dans la nécessaire rencontre entre ces deux disciplines, laquelle permet de définir le droit économique (B).

A L'incompatibilité entre le droit et l'économie

313. Le droit économique interroge à tel point que son existence même a été remise en cause[1046]. Ces doutes naissent des rapports teintés d'ambivalence, de rejet et d'attraction qu'entretiennent le droit et l'économie. Pour beaucoup, l'incompatibilité entre le droit et l'économie repose, d'une part, sur l'incompatibilité des fondements, des objectifs et des méthodes de ces disciplines (1), et d'autre part, sur l'inadéquation du contrôle juridictionnel à la matière économique (2).

1 L'incompatibilité des fondements, des objectifs et des méthodes

314. L'économie constitue un aspect des relations sociales que le droit ne peut ignorer. Toutefois, l'incompatibilité des fondements de ces deux disciplines a souvent été soulignée. Pour certains, « le droit et l'économie politique ne sont pas de même nature. L'économie politique prétend être une science ; elle observe des faits ; elle recherche les causes qui les engendrent, les lois qui les commandent, les régularités qui s'y expriment. Et (…) en tant que science, elle ne juge pas, elle n'apprécie pas, elle ne défend pas. Le Droit, tout au contraire, a pour objet et pour mission de formuler des prescriptions, de dégager des principes, d'élaborer des réglementations »[1047]. Selon Weber, l'incompatibilité des fondements entre le droit et l'économie repose sur l'inadéquation entre les rationalités juridique et économique[1048]. Alors que « la sphère économique (…) favorise l'adéquation optimale d'un moyen technique à une

[1046] G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? » in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.A.E., 1981, Tome II, pp.767-783.
[1047] G. PIROU, « Introduction à l'étude de l'économie politique », *Recueil Sirey*, 1939, pp. 111-112.
[1048] M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, préc., p. 152.

finalité empirique, soit l'atteinte d'un résultat concret qui se traduira par un profit »[1049], la sphère juridique est au contraire tournée vers la prévisibilité et la rationalité logique. En conséquence, l'application de la règle de droit « produit nécessairement des discordances par rapport aux attentes des agents économiques, uniquement préoccupés par l'effet empirique des normes juridiques »[1050]. Ces incompatibilités liées au fondement des disciplines économique et juridique ne sont pas exclusives d'autres types d'incompatibilités relatives aux objectifs de ces disciplines.

315. Il a également été soutenu que le droit et l'économie ne pourraient se rencontrer en raison des objectifs différents poursuivis par ces disciplines. Ainsi, l'objectif de l'économie serait la recherche du profit alors que le droit viserait à soumettre les activités humaines à des règles afin de garantir *in fine* l'harmonie et la paix sociale. L'argument ne convainc pas tout à fait. En effet, nombre d'activités humaines poursuivent des objectifs différents de ceux du droit et y sont pourtant soumis. La recherche médicale, par exemple, poursuit des objectifs scientifiques et pourtant elle est appréhendée par le droit[1051]. Ainsi, le droit se saisit de la plupart des activités humaines, lesquelles poursuivent des objectifs propres qui diffèrent de ceux du droit. Et pourtant la compatibilité entre les objectifs de ces activités et les objectifs du droit n'est pas questionnée.

316. Dans le cadre spécifique de l'économie de marché, l'existence du droit économique fait également débat. La liberté des acteurs du marché postulée par le libéralisme suppose un recul de l'interventionnisme de l'Etat, acteur et régulateur du marché. En effet, l'activité de l'Etat régulateur, c'est-à-dire de l'autorité chargée d'édicter la règle de droit, contreviendrait à la liberté inhérente à l'économie de marché. Cet argument occulte toutefois le rôle de l'Etat régulateur comme garant de la liberté. En effet, le marché engendre nécessairement des comportements qui portent atteinte à son efficience ou à d'autres intérêts, comme ceux des consommateurs, et l'intervention du droit est alors nécessaire.

317. Enfin c'est l'incompatibilité des méthodes de l'économie et du droit qui est soulignée.

[1049] *Ibidem*.
[1050] *Ibid*.
[1051] J.-S. BERGE, « Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie », *RTDE*, 2002, pp. 627-652.

A cet égard, il est souvent affirmé que l'économie en tant qu'objet de la règle juridique entraîne une altération des qualités du droit par l'économie. Le droit économique engendrerait ainsi une « déjudiciarisation du droit »[1052]. Celle-ci aurait des conséquences sur toutes les sources du droit et mènerait à la disparition « des normes générales et permanentes »[1053] et « d'un élément du syllogisme judiciaire »[1054]. Savatier se demandait ainsi « comment le juriste, habitué à la clarté des définitions - spécialement requise, à ses yeux, quand il s'agit de délits - pourrait-il se plier aisément à la plasticité de la définition même des délits économiques. Car la longueur de telles définitions, leurs réserves, leurs incidentes, leur dialectique hégélienne des contradictoires, s'écartent, manifestement, du principe classique de la légalité des délits et des peines »[1055]. Cette interrogation, certes légitime, ne doit cependant masquer le recours opéré aux notions indéterminées dans d'autres branches du droit. En effet, si le droit économique fait un usage particulièrement important de ces notions, celles-ci se retrouvent également en droit administratif dans lequel la notion « d'ordre public » joue un rôle fondamental. De même, le droit privé fait appel aux standards du « bon père de famille » ou de « bonnes mœurs ». L'altération des qualités traditionnellement attribuées à la règle de droit par l'économie n'est alors pas un phénomène matériellement spécifique à cette discipline. En revanche, force est d'admettre que la rencontre du droit et de l'économie engendre un saut quantitatif important en matière de recours aux notions indéterminées. Pour d'autres, le constat est plus sévère, il n'y a pas seulement incompatibilité entre le droit et l'économie mais une inégalité des rapports de force entre ces deux disciplines. Ainsi, le droit se soumettrait à l'économie et la règle de droit s'en trouverait altérée. Dès lors, « la norme, quand elle fraye dans les eaux économiques, a tendance à se diluer, à devenir fugace, à perdre de sa force et de sa généralité »[1056]. Ce constat doit cependant être nuancé. En effet, toute branche du droit s'adapte aux particularités de son objet. Ainsi, le droit administratif implique dans bien des cas une inégalité des rapports entre l'administration et l'administré au nom de l'intérêt général poursuivi par l'administration, les prérogatives de puissance publique en sont un exemple topique. Certains affirment également que le droit serait asservi à l'économie en

---

[1052] G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, Coll. Thémis, 1ère éd., 1971, p. 392.
[1053] *Idem*, p. 394.
[1054] *Ibidem*.
[1055] R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *Dalloz,* 1965, p. 37 et s.
[1056] J.-P. CHAPDELAINE, « À la recherche d'une éthique en droit international économique », *Revue générale du droit*, 1991, pp. 471-475, sp. p. 475.

se fondant sur le recours, au sein des règles juridiques, à des concepts économiques comme « le marché », « la concurrence », « la croissance »[1057]. A nouveau, le recours, au sein des règles juridiques, à des notions issues de la discipline appréhendée par le droit n'est pas spécifique au droit économique. Le droit médical fait également appel à des notions propres à la médecine. De plus, le recours à des termes médicaux ou économiques au sein des règles juridiques ne subordonne pas le droit à son objet, il permet au contraire au droit de réglementer cet objet. Par ailleurs, l'économie, par son caractère évolutif voire imprévisible, s'accommoderait mal de la rigidité du droit. Mais on peut souligner que « les problèmes et phénomènes relatifs aux rapports des classes ou groupes sociaux, même ceux relatifs aux rapports familiaux qui étaient régis par des codes anciens, subissent aussi des modifications constantes, nécessitant des modifications des règles de droit ou l'évolution de celles-ci »[1058]. Enfin, l'incompatibilité entre les disciplines juridique et économique pourrait découler des incertitudes et inexactitudes de la matière économique. Sur ce point, l'Avocat général Lagrange soulignait déjà que « l'économie n'est pas une science exacte et une marge d'appréciation subsiste presque toujours »[1059]. Cette marge d'appréciation et cet « à peu près » nécessaire au pragmatisme économique participeraient de l'altération de la règle juridique au contact de l'économie. Néanmoins, les incertitudes du droit économique doivent être relativisées. Elles ne sont en effet pas propres à cette discipline[1060], les incertitudes scientifiques, nombreuses, ne font pas obstacle à la réglementation de la science ou à ce que le droit repose sur des considérations scientifiques. A nouveau, la critique doit être atténuée, la science juridique ne constitue, pas plus que l'économie, une science exacte. L'incompatibilité entre le droit et l'économie suscite d'autres critiques relatives au règlement juridictionnel des

---

[1057] A. JACQUEMIN, « L'économique, serviteur de l'économie », *RTDCom*, 1972, p. 283 et s. Cet auteur souligne que « la pratique montre l'appel grandissant dans les textes législatifs et réglementaires, à des concepts économiques dont la portée juridique est imprécise, tels le marché, le jeu normal de la concurrence, l'entreprise, la croissance : elle manifeste un effacement des normes et des garanties juridiques au profit du recours à des critères de la politique économique ; au niveau de l'élaboration de la règle de droit, elle traduit le caractère instrumentaliste, voire opportuniste, du droit économique »,

[1058] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation dans La Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. III-35.

[1059] V. les Conclusions de l'Avocat général Lagrange sous l'affaire CJCE, 28 mai 1963, Italie c/ Commission, aff. 13/63, Rec. p. 337.

[1060] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation dans La Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. III-35, M. Dumon relève également qu' « on souligne aussi les 'incertitudes' du droit de l'économie. Incertitudes, sans doute, mais inhérentes à des institutions et notions et situations nouvelles. On rencontre aussi, et combien, des 'incertitudes' en droit social, en droit européen, en droit international... ».

litiges économiques.

2 L'inadaptation du règlement juridictionnel aux litiges économiques

318. La notion de droit économique provoque également diverses inquiétudes quant à son application par le juge. L'inquiétude se transforme en interrogation : le droit perd-il « au contact de l'économie les qualités nécessaires à l'application judiciaire de la norme »[1061] ? Voire en affirmation : il existerait une « inadéquation fondamentale et intrinsèque du règlement judiciaire aux différends de nature économique »[1062]. Ainsi, pour M. Malinverni, les litiges commerciaux ne peuvent être résolus par l'intervention du juge. Au contraire, d'autres modes de résolution des conflits comme la conciliation ou le règlement amiable lui sont préférables[1063]. L'expérience de l'OMC montre à cet égard que ces modes de résolution des litiges commerciaux sont conciliables avec le recours à un organe juridictionnel ou quasi juridictionnel[1064]. L'inadéquation entre le règlement juridictionnel et le droit économique résulterait de la spécificité des litiges économiques notamment interétatiques, ces derniers reposant moins sur la violation des règles de droit que sur la perte ou la remise en cause d'un avantage économique[1065]. Ces litiges ne constituent cependant pas la majorité du contentieux. Le système de l'OMC prévoit, par exemple, deux fondements distincts à une demande d'établissement d'un Groupe spécial ; il distingue les plaintes en situation de violation et les plaintes en situation de non violation. En pratique, les secondes sont moins nombreuses et la plupart des différends repose sur l'annulation d'un avantage résultant de la violation d'une disposition du droit de l'OMC. Un autre élément d'inadéquation entre les litiges économiques et l'intervention du juge repose sur les effets du règlement juridictionnel. En effet, la jurisprudence aurait pour effet de « rigidifier les règles qu'il met en œuvre »[1066]. Il appert que la flexibilité des règles économiques, qui assure la fluidité des flux économiques, doit s'accommoder de cet effet du contrôle juridictionnel en ce qu'il offre aux opérateurs économiques une meilleure prévisibilité de la règle et leur permet d'adapter leurs

---

[1061] A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 4.
[1062] P. WEIL, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », préc. ; G. MALINVERNI, *Le Règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Leiden Genève, 1962.
[1063] G. MALINVERNI, *Le Règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, préc.
[1064] V. Chapitre I, Titre I, Partie I.
[1065] V. H. RUIZ FABRI, « Règlement des différends économiques interétatiques », *Encyclopédie Dalloz Droit international*, § 2.

comportements.

319. Des arguments avancés au soutien de l'incompatibilité entre le droit et l'économie peut également naître une vision plus modérée : le droit économique ferait de l'économie « une source normative »[1067], celle-ci serait alors « intégrée au droit par une nouvelle méthode »[1068]. La rencontre entre le droit et l'économie apparaît alors possible et ces deux disciplines s'enrichissent mutuellement.

B La rencontre entre le droit et l'économie

320. La rencontre des disciplines économique et juridique n'est pas fortuite. Nécessaire, cette rencontre est la conséquence de la nature de l'économie – phénomène social – et de l'objet du droit – la régulation de la société (1). La nécessité de cette rencontre appelle une réflexion sur les contours du droit économique et le fruit du couplage entre les deux disciplines (2).

1 Une rencontre nécessaire

321. Le phénomène économique est appréhendé de longue date par le droit. De façon indirecte, le contrat et la propriété privée constituent les fondements de l'économie de marché. Le phénomène économique est également appréhendé par le droit administratif sous l'angle de l'intervention de l'Etat dans l'économie par le contrôle des prix ou par les services publics industriels et commerciaux. Dès lors, « entre le juge administratif et l'économie, la cloison n'a jamais été étanche. Le juge a toujours mené un travail discret d'annexion des activités économiques […] : annexion progressive de certains contentieux des services publics industriels et commerciaux, des assurances sociales, des ordres professionnels, etc. »[1069]. Par ailleurs, le droit, par ses techniques traditionnelles, est à même de prendre en compte les réalités économiques, comme le juge administratif en matière de droit des contrats[1070]. Lorsqu'en 1916 dans l'affaire du Gaz de Bordeaux, le Conseil d'Etat fonde la théorie de

---

[1066] *Ibidem*.
[1067] A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc., p. 9.
[1068] *Ibidem*.
[1069] C. BRECHON-MOULENES, « La place du juge administratif dans le contentieux économique », *AJDA*, septembre 2000, pp. 679-686, sp. p. 680.

l'imprévision, il s'appuie sur le concept de l'aléa économique[1071].

322. Finalement, il semble que le couplage du droit et de l'économie est non seulement naturel mais également nécessaire « comme on a assisté, dans l'histoire, au couplage du droit et de la théologie, avec le droit canonique, au couplage du droit et du système politique, avec le droit public »[1072]. Cette union des deux disciplines est même nécessaire puisqu'elle permet au droit de limiter « l'emprise » de l'économie sur la société[1073]. Finalement, la rencontre de l'économie et du droit est inévitable car la première constitue un objet du second, en effet, « le droit naît ou se bâtit en fonction de situations sociales, financières, budgétaires... économiques. Les phénomènes, situations, activités, problèmes économiques, sociaux, fiscaux... sont des sources matérielles des règles de droit, c'est-à-dire sont la cause de leur naissance et de leur modification »[1074].

323. Toutefois, si l'existence d'un droit économique est possible il convient également de s'interroger sur son éventuelle spécificité. En effet, si « les nouveaux rapports sociaux ou la modification des rapports déjà existants font toujours apparaître des disciplines ou des branches nouvelles du droit »[1075], celles-ci ne présentent pas forcément de différences notables par rapport aux autres branches du droit. Une définition du droit économique est alors indispensable car elle montre l'aboutissement de la rencontre entre ces deux disciplines.

2 Une rencontre aboutie

324. Farjat avait affirmé qu'« en réalité, le droit économique vit sans définition »[1076]. En ce sens, parce qu'il tente de résoudre une question fondamentale, « celle des rapports entre

---

[1070] L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
[1071] CE, 30 mars, 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. Lebon, p. 125.
[1072] G. FARJAT, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, pp. 511-531, sp. p. 515.
[1073] *Idem*, p. 516, l'auteur souligne ainsi que le droit économique « n'implique nullement une soumission du système juridique au système économique, mais exige la détermination de limites à son emprise (notamment en droit constitutionnel). De même que le droit public détermine des limites au pouvoir politique, c'est ce qu'on appelle communément l'État de droit ».
[1074] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation dans La Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. III-35.
[1075] V. T. BLAGOJEVIC BORISLAV, « Quelques caractéristiques du droit économique international actuel », *RIDC*, 1968. pp. 273-285.
[1076] G. FARJAT, « La notion de droit économique », *APD*, 1992, pp. 27 à 62, sp. p. 27.

l'économie politique et la morale sociale »[1077], le droit économique est malaisé à définir. Ainsi, « on pourrait dire du droit économique ce que Napoléon disait de l'art de la guerre : il est tout simple dans la conception et rempli de difficultés dans son exécution »[1078].

325. La définition du droit économique donne lieu à la confrontation de plusieurs courants, selon que les auteurs adoptent une conception large ou étroite. Dans un premier temps, le droit économique pourrait être le droit dont les effets sont de nature économique. Cette approche est cependant une impasse. En effet, toutes les règles juridiques ont nécessairement un effet économique selon une chaîne de causalité plus ou moins longue. Par exemple, une règle juridique relative au mariage peut avoir un effet économique à travers la fiscalité. De même, l'introduction du mécanisme de la gestation pour autrui a logiquement pour effet de créer un marché de la gestation sur lequel se rencontrent une offre et une demande de service. L'approche du droit par les effets des règles juridiques ne permet pas de caractériser le droit économique. D'autres approches sont donc nécessaires. Pour certains, le droit économique « réunit l'ensemble des règles juridiques permettant à l'État d'agir directement sur l'économie »[1079]. D'autres adoptent une vision plus large du droit économique et considèrent qu'il s'agit du « droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'État, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre »[1080]. Finalement, le droit économique peut être défini comme un droit « qui entend prendre en considération les faits, et plus spécialement les mutations économiques des sociétés contemporaines, dans le but de les organiser. En d'autres termes, le droit économique constitue une appropriation de l'économie par le juridique »[1081]. De cette appropriation découle une des principales caractéristiques du droit économique qui est « un esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles diverses »[1082]. Cet esprit juridique particulier imprègne alors le droit de ses caractéristiques afin de « trouver un équilibre satisfaisant entre la légalité, garante de la sécurité juridique et l'opportunité, réponse aux défis économiques, telle est au demeurant la

---

[1077] C. CHAMPAUD, « Mondialisation et droit économique. Introduction », *RIDE*, 2002, pp. 171-174, sp. p. 172.
[1078] *Idem*, p. 173.
[1079] A. JACQUEMIN, G. SCHRANS, *Le droit économique*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1982, p. 53.
[1080] C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, p. 215 et s.
[1081] C. JAMIN, « Economie du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 578-581, sp. p. 579.
[1082] C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », préc., p. 215.

fonction essentielle du droit économique »[1083]. Le droit économique n'est alors pas nécessairement une nouvelle branche du droit[1084], mais plutôt une vision renouvelée et adaptée du droit à la matière économique.

326. Le droit de l'Union, dans une large mesure, et le droit de l'OMC sont des droits économiques[1085]. Ainsi, le droit de l'OMC vise à « faciliter l'accès aux différents marchés nationaux dans des conditions d'équilibre entre les droits et obligations des Etats Membres »[1086]. Quant au projet européen, il tendait initialement à la création d'une intégration économique fondée sur un pilier central qu'était le marché commun devenu le marché intérieur. Si cet objectif s'inscrit à l'heure actuelle dans un projet d'intégration plus vaste que la seule intégration économique, elle reste encore un des éléments centraux de l'intégration européenne.

327. S'il est exact que le droit et l'économie entretiennent des rapports singuliers, le phénomène économique est nécessairement appréhendé par la règle de droit. En revanche, il est difficile de nier que l'économie imprime certaines caractéristiques au droit. Ainsi, la flexibilité et le pragmatisme de l'économie rejaillissent sur la matière juridique qui s'adapte alors dans une certaine mesure à son objet pour mieux le soumettre. Cette adaptation du droit à la substance de la matière économique se mesure particulièrement au regard du raisonnement du juge.

Paragraphe II L'incidence sur le raisonnement

328. Si le règlement des litiges économiques par le juge ne semble plus chose extravagante, force est de constater que le raisonnement du juge et le contrôle juridictionnel présentent des spécificités lorsque le juge tranche des litiges économiques. En effet, la nature originale du

---

[1083] C. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies », *Justice Dalloz*, 1994, pp. 61-79.

[1084] C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », préc., p. 215 ; P. WEIL, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », préc. ; A. DE LAUBADERE, « Existe-t-il en France un droit administratif économique ? », *RRJ*, 1976, p. 14 et s.

[1085] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2005) », *AFDI*, 2005, pp. 603-632, sp. p. 626.

[1086] *Ibidem*.

contentieux en droit économique[1087] implique que le juge adapte son raisonnement à son objet. Cela se matérialise par l'emploi de méthodologies économiques et la prise en compte du marché (A) qui engendrent une adaptation, mesurée, du contrôle juridictionnel à la matière économique (B).

A Le recours à des méthodologies économiques

329. En dépit de la nature juridique de son contrôle, le juge ne peut ignorer la nature économique du contentieux qui lui est soumis. Ce contentieux soulève en effet des problématiques originales et nécessite alors que le juge raisonne en tenant compte de ces problématiques. Dans le cadre du contentieux des aides d'Etat et des subventions par exemple, l'appréciation du critère de l'avantage suppose que le juge s'affranchisse d'une approche trop formaliste et fasse appel à la rationalité des acteurs du marché (1). Par ailleurs, le contentieux économique implique très souvent « l'identification des courants d'échanges économiques »[1088]. Dès lors que cette identification n'est pas prédéterminée par les règles juridiques, le juge doit raisonner en fonction de critères économiques afin d'apprécier les rapports de similitude ou de concurrence des produits (2).

1 La référence à la rationalité des acteurs du marché

330. L'ouverture du raisonnement du juge à une rationalité externe au droit, la rationalité économique des acteurs du marché, se justifie par la nature et l'objet du droit des aides d'Etat et des subventions. Cette ouverture se matérialise par l'usage du standard de l'opérateur économique en économie de marché. Le fondement de la référence à la rationalité des acteurs du marché figure dans les Accords OMC et dans la jurisprudence de cette organisation ainsi que dans la jurisprudence européenne (a). Quant aux modalités du recours à cette rationalité dans le raisonnement du juge, elles se présentent selon une typologie comparable (b).

a Le fondement du recours à la rationalité des acteurs du marché

[1087] V. C. CHAMPAUD, « L'apport du droit communautaire au droit économique », *CDE*, 1970, pp. 557-567, sp. p. 567 ; A. JACQUEMIN, G. SCHRANS, *Le droit économique*, préc.

[1088] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2006) », préc., p. 529.

331. Au sein de l'Union et de l'OMC, l'intervention de l'Etat dans l'économie est encadrée et doit remplir certaines conditions. En vertu de l'article 107§ 1er TFUE, sont en principe interdites les aides accordées par les Etats qui favorisent certaines productions ou entreprises et faussent la concurrence sur le marché. L'intervention publique est donc interdite, sauf à démontrer qu'elle ne fausse pas la concurrence ou qu'elle s'insère dans une des catégories d'aides autorisées par le Traités énumérées à l'article 107§§ 2 et 3 TFUE. La discipline de l'OMC en ce domaine repose sur l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires. Ce texte comprend deux séries de règles : les premières sont relatives aux subventions *stricto sensu*, les secondes réglementent le recours aux droits compensateurs. Ces droits peuvent être imposés par les Membres de l'OMC en réponse aux subventions accordées par un autre Membre à un produit. Au sens de cet Accord, une subvention peut être définie comme « toute contribution financière des pouvoirs publics aux entreprises, ou toute forme de soutien des revenus ou des prix, qui leur confère un avantage »[1089]. Les subventions sont classées en trois catégories selon la métaphore des feux de signalisation. Les subventions interdites forment la boîte rouge, les subventions qui peuvent donner lieu à une action correspondent à la boîte orange et les subventions de la boîte verte ne peuvent donner lieu à une action[1090].

332. Le Traité européen ne prédétermine que très peu le raisonnement des instances chargées d'apprécier la régularité des interventions publiques au regard du droit des aides. En dehors de la dialectique entre les aides interdites et les aides compatibles, il ne mentionne aucun critère à appliquer afin d'apprécier une mesure ou un comportement étatique dans ce cadre. En revanche, la notion de subvention « fait l'objet dans l'accord SMC d'une approche économique »[1091] et cet accord réglemente de façon plus détaillée, sans pour autant lever toutes les incertitudes, l'appréciation à mener. En dépit de ces différences, les approches européenne et multilatérale sont comparables. A cet égard, l'appréciation de la condition, commune aux droits de l'Union et de l'OMC, relative à l'existence d'un avantage est topique. Dès les premières affaires qui lui ont été soumises, le juge de l'OMC a été très clair par rapport à cette condition. Le Groupe spécial dans l'affaire Aéronefs canadiens a ainsi considéré que « la seule base logique permettant de déterminer ce que la position du

---

[1089] D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce - Analyse critique*, préc., p. 257.
[1090] V. l'article 8 de l'accord SMC.
[1091] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2007) », *AFDI*,

bénéficiaire aurait été en l'absence de contribution financière est le marché. Par conséquent, une contribution financière ne confère un '*benefit*', c'est-à-dire un avantage, que si elle est fournie à des conditions plus avantageuses que celles que le bénéficiaire aurait trouvées sur le marché »[1092]. Cette position a été confirmée par l'Organe d'appel dans la même affaire[1093]. Pour le juge, l'appréciation de l'existence d'un avantage requiert de déterminer l'impact de la contribution financière des pouvoirs publics. Or, l'existence et la mesure de l'effet perturbateur se vérifie au regard de son effet sur le marché. Dès lors, le marché doit également être le critère de référence de l'existence de l'avantage. En effet, pour le juge de l'OMC, il existe un lien entre l'obtention d'une contribution financière à des conditions plus avantageuses que celles que le marché aurait offertes à une entreprise et l'aptitude de cette contribution à perturber les échanges. Cette interprétation, logique, de la notion d'avantage est par ailleurs confirmée par l'article 14 de l'Accord SMC. Au sein de cet Accord, la notion de subvention est commune à la discipline des subventions et à celle des droits compensateurs. Or, la condition relative à l'avantage, énoncée à l'article 1er de l'Accord pour les subventions, fait l'objet d'une approche plus explicite dans l'article 14 qui énonce les principes fondamentaux du calcul du montant de l'avantage dans le cadre des mesures compensatoires. Selon cette disposition, la participation des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise doit être comparée « avec la pratique habituelle concernant les investissements des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre »[1094]. Un prêt des pouvoirs publics ne constitue pas un avantage sauf en cas de différence entre les conditions de ce prêt et celles auxquelles l'entreprise aurait pu prétendre « sur le marché » pour « un prêt commercial comparable »[1095]. En cas d'achats ou de vente de biens par les pouvoirs publics, l'avantage naît de l'inadéquation de la rémunération payée par les pouvoirs publics avec le bien ou le

---

2007, pp. 697-717, sp. p. 705.

[1092] Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, rapport du Groupe spécial du 14 avril 1999, WT/DS70/R, § 9.112.

[1093] Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, rapport de l'Organe d'appel du 12 août 1999, WT/DS70/AB/R, § 157, « Nous estimons également que le terme 'avantage', tel qu'il est utilisé à l'article 1.1 b), comporte une forme de comparaison. Il doit en être ainsi, car il ne peut pas y avoir "avantage" pour le bénéficiaire si, avec la 'contribution financière', celui-ci n'est pas 'mieux loti' qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un 'avantage' a été 'conféré', parce qu'on peut identifier la capacité d'une 'contribution financière' de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une 'contribution financière' à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché ».

[1094] V. l'article 14 a de l'Accord SMC.

[1095] V. l'article 14 b de l'Accord SMC.

service acheté. Or, cette inadéquation se mesure au regard des « conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat »[1096]. La prise en compte de l'article 14 de l'Accord SMC a permis de fonder le recours à la rationalité des agents du marché dans le cadre de l'article 1er de l'Accord[1097].

333. Dans l'Union, la crise économique qui a mis fin aux Trente glorieuses a engendré de nouvelles formes d'aides étatiques, comme des prêts accordés par les pouvoirs publics ou des prises de participation dans le capital des entreprises. Cette forme d'interventionnisme, moins douloureuse pour les finances publiques, a conduit à une nouvelle approche du critère de l'avantage. Ce dernier ne pouvant être analysé en termes de coût pour les pouvoirs publics, la Cour, sous l'impulsion de la Commission, a jugé qu'il fallait soumettre l'Etat à la logique concurrentielle et à la rationalité du marché[1098]. Le critère de l'investisseur économique apparaît en filigrane[1099] puis explicitement dans la jurisprudence[1100]. Pour déterminer si un apport en capital des autorités publiques constitue un avantage, la Cour juge pertinent de se fonder « sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés des capitaux. Dans le cas d'une entreprise dont la quasi-totalité du capital social est détenue par les autorités publiques, il convient notamment d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à un tel apport en capital »[1101].

334. Le juge européen et le juge de l'OMC ont donc fait le choix de mener une approche économique de la notion d'avantage fondée sur la logique concurrentielle. Pour ce faire, il leur faut comparer le comportement de l'Etat à un référent. Or, dans une logique concurrentielle telle que celle des aides d'Etat ou des subventions, ce référentiel extérieur ne peut être que le marché. En effet, pour la théorie économique, les agents économiques sont

---

[1096] V. l'article 14 d de l'Accord SMC.
[1097] États-Unis — Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 31 juillet 2002, WT/DS212/R, §7.57 et s.
[1098] F. BERROD, « Aides d'Etat », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 110 et s. ; G. KARYDIS, « Le principe de 'l'opérateur économique privé', critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE », *RTDE*, 2003, pp. 389-413.
[1099] CJCE, 14 novembre 1984, S.A. Intermills c/ Commission, aff. 323/82, Rec. p. 3809.
[1100] CJCE, 10 juillet 1986, Belgique c/ Commission, aff. 234/84, Rec. p. 2263, pt. 13.
[1101] CJCE, 10 juillet 1986, Belgique c/ Commission, aff. 234/84, Rec. p. 2263, pt. 13.

censés être rationnels. La rationalité se définit comme les actions cohérentes, voire optimales, qu'un individu entreprend en fonction d'un but donné. En économie, l'objectif de l'agent est de maximiser son bien-être qui est lié à ses différentes actions par la fonction d'utilité. Dès lors, pour maximiser sa fonction d'utilité, l'agent économique rationnel agit en vue de maximiser son profit. Le marché, lieu de rencontres de ces acteurs rationnels, fournit alors au juge les indicateurs propres à l'éclairer sur la rationalité économique de l'intervention étatique. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché, par la référence à deux idéaux économiques du « marché libre » et de « l'investisseur rationnel »[1102], montre ainsi que le raisonnement du juge s'adapte à la substance économique du droit qu'il doit appliquer.

335. De façon générale, le critère de l'investisseur privé suppose « de vérifier si, dans un cas concret, l'intervention économique de l'Etat correspond au comportement d'un opérateur économique, bien avisé, agissant dans le même contexte et les mêmes circonstances et qui détermine sa stratégie et son comportement économique en tenant compte des exigences du marché »[1103]. Le standard et l'appel à la rationalité des acteurs du marché se déclinent en plusieurs modalités.

b Les modalités du recours à la rationalité des acteurs du marché

336. La référence à la rationalité des acteurs du marché se traduit concrètement dans le raisonnement par le principe de l'opérateur économique privé. Il est décliné en plusieurs tests : investisseur privé, créancier privé, agent économique rationnel. Ces trois tests reposent sur le même postulat et sur « la comparaison entre les conditions dans lesquelles ont agi les pouvoirs publics et le choix qu'aurait fait, dans des circonstances analogues, un opérateur économique rationnel, dans les conditions normales d'une économie de marché »[1104]. L'appel au marché est réalisé dans l'Union et dans l'OMC afin de vérifier que l'Etat a agi comme un investisseur privé, comme un créancier privé ou comme un agent économique rationnel.

337. Le critère de l'investisseur privé est mis en œuvre par le juge européen et le juge

[1102] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », préc., p. 705.
[1103] G. KARYDIS, « Le principe de 'l'opérateur économique privé', critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE », préc., p. 389.
[1104] *Ibidem*.

multilatéral lorsqu'ils apprécient si une prise de participation des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise constitue un avantage. Le point de comparaison utilisé par les deux juges est l'investisseur privé « qui vise à la rentabilisation à court ou à long terme de son investissement »[1105]. Dans l'Union, le juge vérifie à cet égard si un investisseur privé placé dans les mêmes conditions que les autorités publiques aurait rationnellement choisi de procéder à l'investissement[1106]. La méthodologie de l'Organe d'appel est semblable[1107]. La rationalité de l'investisseur doit être appréciée en fonction du moment où la décision d'investir a eu lieu, étant entendu que l'investisseur rationnel cherche à obtenir un retour sur investissement[1108]. Toutefois, l'investisseur privé qui sert d'étalon au comportement de l'Etat est un investisseur moyen. Par rapport aux investissements des pouvoirs publics français dans le capital d'Aérospatiale entre 1987 et 1994, le Groupe spécial a précisé « qu'un investisseur privé évaluant une prise de participation au capital d'une entreprise cherchera à obtenir un taux de rendement raisonnable de son investissement »[1109]. Ainsi, lorsque le juge s'en remet à la rationalité des agents du marché, il recherche une rationalité moyenne ou raisonnable.

338. Par ailleurs, la rationalité de l'investisseur privé n'est pas une rationalité purement financière et l'investisseur est envisagé, conformément aux théories de l'investissement, de façon plus globale. Ces critères sont intéressants en ce qu'ils correspondent aux différentes hypothèses de l'investissement rationnel tel que théorisé par les économistes[1110]. En économie, les décisions d'investissement sont fondées sur plusieurs critères. Le premier est la « valeur actuelle nette » qui correspond au calcul objectif de ce que peut rapporter l'investissement. Mais les économistes envisagent également d'autres formes d'investissement rationnel. La « rationalité influencée par les valeurs » correspond à une décision d'investissement motivée par des préoccupations non quantifiables relatives à

[1105] *Ibid*.
[1106] CJCE, 21 mars 1990, Belgique c/ Commission, aff. C-142/87, Rec. p. I. 959, pt. 29.
[1107] Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport de l'Organe d'appel du 18 mai 2011, WT/DS316/AB/R, § 836.
[1108] *Ibidem* ; V. également aussi Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, rapport du Groupe spécial du 28 janvier 2002, WT/DS222/R, par rapport à la notion d'avantage et aux garanties sur titres §7.342 et s .
[1109] Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport du Groupe spécial du 30 juin 2010, WT/DS316/R, §§ 7.1358 et s. par rapport la prise de participation au capital social.
[1110] P. ROMELAER, G. LAMBERT, « Décisions d'investissement et rationalités », in *Images de l'investissement*, G. CHARREAUX (dir.), Paris, Vuibert, 2001, pp. 169-230, sp. p. 217.

l'image de l'entreprise ou à la réorientation de ses activités. La jurisprudence de la Cour intègre toutes ces formes de rationalité. Ainsi, sa jurisprudence rappelle « la valeur actuelle nette » lorsqu'elle juge que la décision d'investissement de l'Etat doit être « fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit État Membre aurait fait établir, avant de procéder au dit investissement, aux fins de déterminer la rentabilité future d'un tel investissement »[1111]. Par ailleurs, elle accepte que d'autres préoccupations « comme le souci de maintenir l'image de marque du groupe, ou de réorienter ses activités »[1112], la mise en place d'« une politique structurelle, globale ou sectorielle, guidée par des perspectives de rentabilité à plus long terme »[1113], justifient la décision d'investissement. Ces hypothèses correspondent à la « rationalité influencée par les valeurs » de la pensée économique. En effet, la décision est alors motivée par des préoccupations non quantifiables relatives à l'image de l'entreprise, à la réorientation des activités ou à la politique de l'entreprise.

339. Le critère de l'investisseur rationnel s'applique également lorsque les autorités publiques octroient des prêts aux entreprises. Dans ce cas, le juge vérifie que l'Etat s'est comporté comme un créancier privé tant en termes de fixation du taux d'intérêt que de récupération de la créance. Dans ce cadre, le Groupe spécial puis l'Organe d'appel ont vérifié dans l'affaire Airbus que les prêts de la Banque européenne d'investissement avaient été accordés selon les conditions commerciales du marché[1114]. Cette analyse les conduit à apprécier le taux d'intérêt, à le comparer avec les taux du marché, et à refuser qu'un investisseur rationnel prête à des taux trop bas[1115]. De même, la Cour analyse les taux d'intérêt ainsi que les modalités de remboursement des créances[1116].

340. Enfin, lorsque les pouvoirs publics achètent ou vendent des biens et services, le juge, pour apprécier l'existence d'un avantage, vérifie que les transactions ont été réalisées en

---

[1111] CJUE, 5 juin 2012, Commission c/ EDF, aff. C-124/10 P, pt. 84.
[1112] CJCE, 21 mars 1991, Italie c/ Commission aff. 303/88, Rec. p. I-1433, pts. 19-20.
[1113] CJCE, 14 septembre 1994, Espagne c/ Commission, aff. C-42/93, Rec. p. I-4175, pt. 14.
[1114] Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, WT/DS316.
[1115] Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport du Groupe spécial du 30 juin 2010, WT/DS316/R, § 7.810.
[1116] CJCE, 29 avril 1996, Espagne c/ Commission, aff. C-342/96, Rec. p. I-2459, pt. 46.

fonction des prix du marché. Ainsi, dans le différend États-Unis Bois de construction résineux IV, l'Organe d'appel a jugé que le caractère adéquat de la rémunération devait s'apprécier en premier lieu par rapport aux prix de biens comparables lors de transactions privées. Cette approche est privilégiée par le juge car les « prix pratiqués dans le secteur privé sur le marché de fourniture représenteront généralement une mesure appropriée de l'adéquation de la rémunération pour la fourniture des biens »[1117].

341. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché vise fondamentalement à comparer l'action étatique à un critère exogène - l'agent économique rationnel - , dans des conditions de concurrence - l'économie de marché. Cette soumission de l'Etat à la rationalité économique dans le raisonnement du juge découle de la substance économique du droit des aides et des subventions.

342. Le recours aux méthodologies économiques et au marché dans le raisonnement du juge se vérifie également lorsque le juge doit appréhender des rapports de similarité et de concurrence entre produits.

2 L'appréhension des rapports de concurrence et de similarité

343. La substance économique du droit de l'Union et de l'OMC rejaillit sur le raisonnement des juges de ces organisations lorsqu'ils doivent évaluer les rapports de similarité ou de concurrence entre produits. Cette évaluation est postulée par les articles 110 TFUE[1118] et l'article III :2 et III :4 du GATT[1119]. En vertu de l'article 110 alinéa 1er TFUE, les Etats

[1117] États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, § 90.

[1118] V. l'article 110 TFUE « Aucun État Membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États Membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucun État Membre ne frappe les produits des autres États Membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions ».

[1119] V. l'article III du GATT « Traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieures » dispose en son paragraphe 2 : « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier », et en son paragraphe 4 « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui

Membres de l'Union ne peuvent opérer de discrimination fiscale entre les produits nationaux et importés similaires. L'alinéa second de cette disposition interdit quant à lui le protectionnisme fiscal. Dans le cadre de l'article III :2 du GATT prohibant les discriminations en matière d'impositions intérieures, deux situations doivent être envisagées : les produits sont similaires dans le cadre de la première phrase de cette disposition et ils sont directement concurrents ou substituables dans le cadre de la seconde phrase. Enfin, l'article III :4 impose aux Membres de l'OMC d'appliquer le même traitement entre produits nationaux et produits importés similaires en ce qui concerne les mesures affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de produits importés sur le marché intérieur. Les notions de produits similaires et de produits concurrents ou substituables qui figurent dans ces dispositions sont importantes. En effet, la formulation de la règle au moyen de ces notions indéterminées n'est pas anodine en droit économique, elle correspond selon les termes de M. Maddalon à un « aléa voulu »[1120]. Le recours aux notions de produits similaires ou de produits concurrents permet de ne pas prédéterminer les conditions concrètes d'application de la règle. Dans la mesure où les flux économiques et les données futures du marché sont largement imprévisibles, le recours à cette notion permet de ne pas figer ou enfermer les produits au sein de catégories juridiques qui deviendraient rapidement obsolètes. Dès lors, les notions de produits similaires ou concurrents permettent d'apprécier ces rapports de similitude et de concurrence en fonction de leur évolution sur le marché. En ce sens, la formulation des règles aux articles 110 TFUE et III du GATT induit nécessairement une approche économique. La substance économique du droit imprime alors son caractère au raisonnement du juge. Ce dernier prend en compte certains critères afin d'appréhender les relations entre produits. Ces critères, comparables en droit de l'Union et en droit de l'OMC, attestent d'une approche économique et non formaliste des rapports de concurrence et de similarité.

344. A l'OMC, l'Organe d'appel a jugé dans le différend Japon Boissons alcooliques[1121],

---

concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit ».

[1120] P. MADDALON, « Les faits économiques dans les rapports de l'Organe d'appel de l'OMC », préc., sp. p. 308.

[1121] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 23.

que la similarité entre produits dans le cadre de l'article III :2 1ère phrase du GATT devait être appréciée en fonction des utilisations finales du produit, des goûts et habitudes des consommateurs, des propriétés du produit et éventuellement de la classification tarifaire des produits. Quant au rapport de concurrence ou de substituabilité ressortant de la seconde phrase de cette disposition, il a confirmé l'appréciation du Groupe spécial selon laquelle ce rapport doit être examiné à l'aune des caractéristiques physiques des produits, de leurs utilisations finales, de la classification tarifaire, et de la concurrence sur le marché, à ce titre, l'élasticité de substitution entre les produits doit également être prise en considération[1122]. Dans ce cadre, l'Organe d'appel a précisé ultérieurement[1123] que la concurrence n'est pas un phénomène statique mais dynamique. L'analyse du rapport de concurrence entre les produits doit donc être évolutive et ne peut être menée uniquement au regard des préférences actuelles des consommateurs. Enfin, la similarité dans le cadre de l'article III :4 du GATT s'apprécie au regard des utilisations finales du produit, des goûts et habitudes des consommateurs, de la nature, des propriétés et de la qualité des produits et de leur classification douanière[1124].

345. Dans l'Union, pour apprécier la similarité des produits au titre de l'article 110 alinéa 1er TFUE, la Cour a, dans un premier temps, raisonné très formellement, prenant en compte les classifications douanières ou fiscales[1125]. Elle a cependant rapidement délaissé cette approche au profit d'une appréciation plus économique fondée sur le consommateur[1126]. Dans ce cadre, la similitude entre produits s'apprécie au regard des caractéristiques objectives des produits et des préférences du consommateur. Ainsi, des produits qui « présentent au regard des consommateurs des propriétés analogues et répondent aux mêmes besoins »[1127] sont des produits similaires à condition que leurs propriétés objectives ne soient pas trop différentes[1128]. Quant à l'alinéa 2nd de l'article 110 TFUE, il implique un rapport de concurrence entre les produits qui s'apprécie au regard de leur consommation et donc de leur

---

[1122] *Idem*, pp. 27-28.
[1123] Corée — Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1999, WT/DS75/AB/R, § 114.
[1124] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, §§ 101-103.
[1125] CJCE, 4 avril 1968, Firma Fink Frucht GmbH, aff. 27/67, Rec. p. 327.
[1126] CJCE, 17 février 1976, Rewe-Zentrale, aff. 45/75, Rec. p. 181 ; CJCE, 27 février 1980, Commission c/ France, aff. 168/78, Rec. p. 347 ; CJCE, 27 février 1980, Commission c/ Italie, aff. 169/78, Rec. p. 385 ; CJCE, 27 février 1980, Commission c/ Danemark, aff. 171/78, Rec. p. 447.
[1127] CJCE, 17 février 1976, Rewe-Zentrale, aff. 45/75, Rec. p. 181, pt. 12.
[1128] CJCE, 4 mars 1986, John Walker & Sons Ltd, aff. 243/84, Rec. p. 875.

substituabilité[1129].

346. Les critères utilisés par la Cour et le juge de l'OMC pour apprécier les rapports de similarité et de concurrence, outre leur proximité, attestent de la nature économique du raisonnement mené par le juge. Ainsi, le critère, formel, des classifications douanières est délaissé au profit d'une appréciation centrée sur le marché et sur le consommateur[1130]. A nouveau, c'est la référence au marché et aux acteurs du marché qui permet au juge d'appréhender les rapports économiques. Dans cette optique, le juge, à l'instar de l'économiste, place le consommateur au cœur de son analyse. Par ailleurs, le juge de l'Organisation mondiale du commerce a recours à une méthodologie économique : l'élasticité prix croisée de la demande[1131] afin d'analyser la substituabilité des produits. Cette méthodologie n'est certes pas le critère décisif[1132] mais elle est révélatrice de l'impact de la nature économique des faits sur le raisonnement du juge. Enfin, ces critères permettent au juge de raisonner au cas par cas en fonction des rapports réels qu'entretiennent les produits sur le marché.

347. Le recours aux méthodologies économiques et la référence aux acteurs du marché dans le raisonnement du juge lorsqu'il détermine si les pouvoirs publics ont accordé un avantage à une entreprise, ou les rapports de similarité entre produits, sont le signe d'une adaptation du raisonnement du juge à la substance économique du droit. Les méthodologies économiques dont le juge fait usage sont peut être également le signe de la « porosité du droit »[1133] à la matière économique. A cet égard, la spécificité substantielle du droit économique implique une modification, et non une dénaturation, du contrôle juridictionnel.

[1129] CJCE, 7 mai 1987, Commission c/ Italie, aff. 184/85, Rec. p. 2085.

[1130] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R §§ 109 et 146. Si l'Organe d'appel reconnaît que les Groupes spéciaux peuvent analyser tous les critères, il relève que le critère du classement tarifaire n'est pas déterminant au sens où il a peu d'impact sur la similarité.

[1131] Japon — Boissons alcooliques, rapport du Groupe spécial du 11 juillet 1996, WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R, § 6.22 ; V. également Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 29 ; Corée – Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1999, WT/DS75/AB/R, §121 ; Thaïlande — Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, rapport du Groupe spécial du 15 novembre 2010, WT/DS371/R, § 7.451.

[1132] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 29.

B Un renouvellement mesuré du raisonnement juridictionnel

348. La prise en considération de la substance du droit économique dans le raisonnement du juge se matérialise à travers la référence au marché et l'usage de méthodologies issues de l'économie. Ces méthodologies économiques s'avèrent en effet particulièrement appropriées à l'appréhension des phénomènes économiques et à l'application de la règle économique. Toutefois, la place à accorder à l'économie et à ses méthodologies n'est pas évidente à déterminer, et le juge doit nécessairement trouver un juste milieu. Dès lors, si la substance du droit économique imprime sa spécificité au raisonnement du juge (1), son effet reste cependant mesuré, car le juge raisonne toujours en droit (2).

1 Une spécificité du raisonnement en droit économique

349. Les méthodologies économiques, telles que le standard de l'investisseur privé en économie de marché, la prise en considération du consommateur et des rapports de concurrence sur le marché, sont adaptées à l'application de la règle juridique aux faits économiques. A l'instar d'autres méthodes, comme la délimitation du marché pertinent, elles permettent l'adéquation entre le raisonnement du juge et la substance du droit économique. En la matière, la spécificité du raisonnement se vérifie par le recours à la casuistique pour appréhender les faits économiques, leur évolutivité ainsi que celle de la relation concurrentielle ou encore la référence exogène au marché.

350. La règle économique est très souvent formulée au moyen de notions indéterminées, cela permet de ne pas prédéterminer les faits auxquels elle va s'appliquer. La notion de « produit similaire » dans les Traités européens et multilatéraux remplit précisément cette fonction. Pour le juriste, cette appréhension de la réalité par le droit peut étonner. En effet, « la norme a pour rôle essentiel d'anticiper l'avenir, de rattraper en quelque sorte le futur trop fuyant en disant de quoi il sera fait »[1134]. En droit économique, les normes s'appliquent aux situations futures mais sans préjuger de leur contenu matériel. Au contraire, elles sont modelées afin d'être adaptables à la réalité des échanges, à l'évolutivité et à la complexité des faits économiques. Par conséquent, le raisonnement du juge en matière économique se

[1133] Selon l'expression de A.-L. SIBONY, « La porosité du droit : A propos des relations du droit avec d'autres disciplines », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2010, pp. 271-278.

singularise par une approche casuistique. Celle-ci ressort particulièrement de la jurisprudence de l'OMC. L'appréciation du rapport de similarité entre deux produits procède nécessairement pour l'Organe d'appel d'une appréciation au cas par cas[1135]. Comme le souligne M. Maddalon, cette approche casuistique est nécessaire puisque « chaque marché porte sur un produit spécifique dans sa structure, sa composition, son mode de consommation ou d'établissement du prix. Chaque cas ne vaut que pour lui-même, à un moment et en un lieu donnés »[1136]. Le recours à la casuistique se vérifie également dans le cadre de l'article 6 de l'Accord SMC. Selon cet Accord, toutes les subventions ne sont pas interdites, en revanche, certaines peuvent donner lieu à une action. Il en va ainsi notamment si elles sont à l'origine d'un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre[1137]. La notion de préjudice grave est elle-même visée à l'article 6 de l'Accord qui énonce les cas dans lesquels un tel préjudice existe. En vertu des articles 6.3 a) et 6.3 b)[1138], un préjudice grave peut être constaté si la subvention entrave ou détourne les importations du produit similaire sur le marché du Membre qui a accordé la subvention ou sur le marché d'un Etat tiers. L'Organe d'appel a souligné par rapport à ces dispositions que le champ du marché devait être apprécié au cas par cas. Le juge de l'OMC souligne ainsi « qu'il est probable que le champ du 'marché' à examiner aux fins de l'article 6.3 a) et 6.3 b) de l'Accord SMC varie d'une affaire à l'autre en fonction des circonstances factuelles particulières, y compris la nature des produits en cause, ainsi que des facteurs du côté de la demande et du côté de l'offre »[1139]. La délimitation du marché pertinent dans ce cadre dépend de nombreux facteurs propres à chaque différend comme la concurrence et le degré de concurrence entre les produits. Le raisonnement casuistique permet au juge de prendre en considération, lors de chaque espèce, la singularité des faits et leur complexité mais aussi les données économiques concrètes du litige, il offre

---

[1134] P. COPPENS, « La fonction du droit dans une économie globalisée », *RIDE*, 2012, pp. 269-294, sp. p. 271.

[1135] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 29.

[1136] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2006) », p. 529.

[1137] V. l'article 5 c) de l'Accord SMC selon lequel « aucun Membre ne devrait causer, en recourant à l'une quelconque des subventions visées aux paragraphes 1 et 2 de l'article premier, d'effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres, c'est-à-dire: (…) c) causer un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre ».

[1138] V. l'article 6.3 a) de l'Accord SMC selon lequel « la subvention a pour effet de détourner les importations d'un produit similaire d'un autre Membre du marché du Membre qui accorde la subvention ou d'entraver ces importations », et l'article 6.3 b) qui dispose que « la subvention a pour effet de détourner du marché d'un pays tiers les exportations d'un produit similaire d'un autre Membre ou d'entraver ces exportations ».

[1139] Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport de l'Organe d'appel du 18 mai 2011, WT/DS316/AB/R, § 1123.

ainsi une adéquation entre l'application de la règle de droit et les réalités du marché. La mise en œuvre de certaines notions du droit de l'Union ou du droit de l'OMC, qui impliquent la prise en compte des faits économiques, ne peut être que casuistique.

351. La prise en compte de la concurrence entre les produits suppose également du juge qu'il intègre dans son raisonnement le caractère évolutif de la concurrence. Son appréciation dépend alors des données économiques dont il dispose au moment où il statue mais également de leur éventuelle évolution. En ce sens, lorsque l'Organe d'appel et le juge européen évaluent le caractère substituable ou concurrent de deux produits, ils évaluent leur degré de concurrence au regard des préférences actuelles des consommateurs[1140] mais intègrent également le caractère évolutif de la concurrence. La notion de substituabilité qui ressort des termes mêmes du GATT et de la jurisprudence de la Cour[1141] introduit dans le raisonnement du juge une analyse fondée sur le marché[1142] et ses fluctuations. Ainsi, la théorie de la substituabilité implique non pas que les produits soient substitués par les consommateurs mais qu'ils puissent l'être. L'analyse du juge se fonde donc sur le marché qui, en tant que lieu de rencontre entre l'offre et la demande, n'est pas figé. Les rapports qui se nouent sur le marché sont par essence évolutifs, en ce sens, l'analyse de la substituabilité dans le raisonnement du juge montre qu'il intègre cette donnée et adapte son appréciation à cette fin.

352. Ces quelques éléments démontrent que le raisonnement du juge en droit économique se conforme aux spécificités du droit économique. Néanmoins, la spécificité du raisonnement dans ce cadre reste mesurée.

2 Une spécificité mesurée du raisonnement en droit économique

353. Le recours à la casuistique en matière économique et l'importance accordée aux faits doivent être mesurés. En effet, le droit ne doit pas s'effacer devant les faits[1143] et il faut

---

[1140] Corée — Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1999, WT/DS75/AB/R, § 114.

[1141] CJCE, 27 février 1980, Commission c/ France, aff. 168/78, pt. 41, la Cour met en évidence les « rapports de concurrence et de substitution » ; CJCE, 27 février 1980, Commission c/ Italie, aff. 169/78, pts 33 et 34 la Cour souligne que les produits entretiennent « un rapport de concurrence à tout le moins partielle avec les produits nationaux » et qu'ils constituent « une alternative de choix pour les consommateurs ».

[1142] Corée — Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1999, WT/DS75/AB/R, § 114.

[1143] J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, pp. 259-291, sp. p. 261.

prendre garde à ce que la spécificité des situations économiques ne détruise pas le phénomène même de la jurisprudence[1144]. Les opérateurs économiques ont tout autant besoin de flexibilité, permise par la casuistique, que de sécurité juridique. Ces deux exigences doivent alors être conciliées dans le raisonnement du juge. La prise en compte de la spécificité du droit économique doit être contrebalancée par la nature également juridique du raisonnement. Ainsi, la juge a, en droit économique, « recours à ses connaissances directes ou indirectes, de nature économique »[1145], toutefois, le raisonnement reste, et doit rester, juridique. Pour Monaco, cela implique que le juge use de « l'interprétation judiciaire quel que soit l'objet de son œuvre »[1146]. A ce titre, la coloration économique du raisonnement du juge doit être replacée dans le cadre plus général de l'interprétation et de l'application des règles du droit de l'Union et du droit de l'OMC. Le recours aux méthodologies économiques ne constitue qu'un moment du raisonnement du juge et côtoie des appréciations juridiques. En amont, il attribue un sens juridique à la règle et en aval il conclut à la conformité de la mesure ou du comportement étatique au regard de règles juridiques.

354. L'appréhension et la réglementation des phénomènes et comportements économiques par le droit sont donc possibles. La substance économique du droit engendre alors un renouvellement du raisonnement du juge. L'emprunt de méthodologies à l'économie, la référence aux acteurs du marché et à leur rationalité ou la prise en considération de la spécificité des rapports sur le marché en attestent. A cet égard, le raisonnement s'adapte à son objet pour mieux saisir les comportements et les faits économiques, mais il ne s'aliène pas complètement à l'économie. La coloration économique du raisonnement n'est cependant pas un phénomène constant. A cet égard, la forme à travers laquelle sont exprimées certaines obligations économiques est décisive.

Section II Les spécificités formelles du droit économique

355. Les spécificités du droit économique dans l'OMC et dans l'Union ne sont pas

---

[1144] M.-A. FRISON-ROCHE, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative. Mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE*, 2001, pp. 395-412, sp. p. 397.
[1145] R. MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour », préc., p. 185.
[1146] *Ibidem*.

uniquement d'ordre substantiel, elles sont également d'ordre formel. La spécificité formelle du droit économique répond à la nécessaire flexibilité des engagements étatiques et à la technicité du droit économique. Matérialisée par la souplesse de l'engagement par listes dans certains secteurs au sein de l'OMC et par le recours aux instruments de la *soft law* (§1er), la forme particulière dans laquelle est énoncée l'obligation juridique imprègne à son tour le raisonnement du juge et mène à un certain formalisme (§2nd).

Paragraphe I La matérialisation des spécificités formelles du droit économique

356. Les engagements économiques internationaux pèsent sur la souveraineté économique des Etats qui répugnent parfois à s'ouvrir frontalement au libre-échange. Ces difficultés peuvent être atténuées ou contournées en ménageant la portée de l'obligation souscrite. Cela se traduit à l'OMC par une recherche de flexibilité des engagements, laquelle se matérialise par des engagements à géométrie variable dans les listes de concessions et d'engagements spécifiques des Membres (A). En raison de son caractère technique et des difficultés liées à son adoption, le droit économique, dans l'Union et dans l'OMC, se singularise par un recours à des instruments de *soft law* (B).

A Les engagements par listes dans l'OMC

357. La technique des engagements par listes dans l'OMC est singulière, elle permet aux Membres de délimiter *ex ante* la portée de l'obligation juridique à laquelle ils souscrivent (1). Cette technique garantit une certaine souplesse des engagements et répond à la nécessité de permettre aux Membres de l'OMC de se préserver des règles juridiques (2).

1 La technique des engagements par listes

358. Dans certains domaines, les accords commerciaux multilatéraux édictent des obligations générales mais dont la portée matérielle peut être définie par chaque Membre. Par exemple, l'AGCS qui s'applique au domaine des services énonce des obligations générales, comme le principe du traitement national. Toutefois, ce principe ne s'applique pas à tous les domaines de services ou à tous les fournisseurs de services des Membres de l'OMC. En effet,

ils peuvent délimiter et réduire la portée matérielle de leur engagement en précisant dans leurs listes d'engagements quels services ils soumettent aux disciplines commerciales multilatérales. Cette forme particulière d'engagement, à géométrie variable ou à la carte, se retrouve tant dans le cadre des engagements multilatéraux que plurilatéraux. Ainsi, les Membres s'engagent à travers des listes de concessions tarifaires dans le cadre du GATT, à travers des listes de produits dans le cadre de l'Accord sur l'agriculture, à travers des listes de services dans l'Accord éponyme et à travers des listes de pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics. Dans tous ces domaines, chaque Membre de l'OMC peut définir des listes d'engagements qui lui sont propres.

359. Dans le cadre du GATT et de la libéralisation du commerce des marchandises, chaque Membre de l'OMC adopte, à l'issue des cycles de négociations commerciales, des engagements de concessions tarifaires. Ces concessions correspondent à des engagements de baisse des taux de droits perçus sur les marchandises. Concrètement, chaque Membre s'engage sur des taux maximaux ou taux consolidés pour des produits déterminés. Les obligations des Membres en la matière sont énoncées à l'article II du GATT. Chaque Membre de l'OMC se détermine au regard de deux éléments essentiels : les taux et les produits. Ces engagements attestent d'une certaine flexibilité au sens où la libéralisation s'opère progressivement. Les barrières tarifaires sont autorisées et utilisées, les concessions tarifaires permettent alors de faire diminuer progressivement ces barrières au gré des négociations entre les Membres.

360. Quant à l'AGCS, la flexibilité de cet accord a été de nombreuses fois soulignée par la doctrine[1147] et ressort notamment de sa comparaison avec le GATT. Pour M. Adlung « l'AGCS est significativement plus flexible que le GATT. Il n'y a virtuellement aucune sensibilité politique, protectionniste ou non, qui ne puisse s'accommoder formellement de sa structure »[1148]. La flexibilité des dispositions de cet Accord, pour critiquable qu'elle soit, en a permis la conclusion, car elle a permis de dépasser « la diversité, entre autres, des conditions institutionnelles et des préoccupations politiques des Membres »[1149]. Cette flexibilité est le

[1147] R. ADLUNG, « Services negotiations in the Doha round : lost in flexibility ? », *JIEL*, 2006, pp. 865-893.
[1148] *Idem*, p. 865, notre traduction « the GATS is significantly more flexible than the GATT. There are virtually no political sensivities, protectionist or not, that could not be formally accomodated within its structure ».
[1149] *Ibidem*, notre traduction « the diversity of institutional conditions, political concerns, and so on among

produit de deux volontés contradictoires des Membres de l'OMC. S'ils souhaitent libéraliser le commerce des services, ils veulent cependant éviter que cela ait des conséquences trop importantes. Ainsi, la partie IV de l'Accord est consacrée aux modalités de libéralisation progressive des services. Concrètement, les Membres de l'OMC doivent « engager des séries de négociations successives » afin « d'élever progressivement le niveau de libéralisation ». En effet, l'AGCS implique deux types d'obligations pour les Membres de l'OMC, des obligations générales et des engagements spécifiques matérialisés par les listes d'engagements. Au titre des obligations générales figure notamment la clause de la nation la plus favorisée à l'article II de l'Accord[1150]. Par ailleurs, le résultat des négociations de libéralisation progressive est formalisé dans des listes d'engagements spécifiques qui matérialisent les engagements de chaque Membre pour les services y figurant. Sur ce fondement, les Membres sont tenus d'accorder l'accès au marché[1151] ainsi que le traitement national[1152]. Dès lors, ils peuvent délimiter et formaliser *ex ante* la portée matérielle de leurs engagements en matière de services, puisqu'ils déterminent eux-mêmes les services auxquels s'appliquent les règles les plus contraignantes, l'accès au marché et le traitement national. Chaque Membre de l'OMC a également la possibilité, en vertu de l'article XVII de l'AGCS, de conditionner la portée du traitement national dans ses listes[1153]. Cette forme d'engagement présente un double écueil et n'emporte pas la conviction de tous les observateurs[1154]. En premier lieu, il est ardu de déterminer avec précision l'ouverture du marché des services consenti par chaque Membre. D'autre part, les obligations au titre de l'AGCS tiennent moins

---

participants ». V. également « flexibility was *a sine qua non* for the conclusion of the Agreement, given the diversity of institutional conditions, political concerns, and so on among participants ».

[1150] Toutefois, le paragraphe 2 de cette disposition nuance la portée de l'obligation puisque les Membres peuvent maintenir des exemptions à ces obligations.

[1151] V. l'article XVI de l'AGCS, c'est-à-dire que les Membres doivent accorder « aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste »

[1152] V. l'article XVII de l'AGCS, à ce titre, chaque Membre doit accorder « aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste » et « aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ».

[1153] L'obligation d'accorder le traitement national s'entend « dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées ». Pour un guide de rédaction des listes d'engagements et des conditions que les Membres peuvent poser voir les lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagement spécifiques dans le cadre de l'AGCS du conseil du commerce des services 28 mars 2001 S/L/92.

de l'accord entre les Membres que « de proclamations unilatérales et souveraines »[1155].

361. Les listes d'engagements sont également prévues au titre de l'Accord sur les marchés publics. S'il énonce des règles applicables en matière de passation des marchés publics, elles ne s'appliquent pas à tous les marchés. Chaque Membre partie à cet Accord énumère, dans une liste, les entités considérées comme des pouvoirs adjudicateurs au titre de l'Accord. Ainsi, les Membres ont le pouvoir de circonscrire en amont le champ matériel de leur obligation.

362. Enfin, le même phénomène peut être observé dans le cadre de l'Accord sur l'agriculture. Chaque Membre s'engage, dans une liste, à limiter pour des produits agricoles identifiés le soutien interne[1156], les subventions à l'exportation[1157] et à faciliter l'accès au marché et le respect des réductions tarifaires[1158]. A nouveau, l'Accord énonce des règles générales qui s'appliquent à chaque Membre en fonction de ses engagements spécifiques.

363. Dans tous ces domaines, les listes d'engagements partagent un point commun. Il appartient à chaque Membre de délimiter préalablement la portée matérielle de son engagement. A ce titre, les listes ont une importance fonctionnelle particulière : elles constituent un moyen de préserver la souveraineté de chaque Membre.

2 La fonction des engagements par listes

364. Les listes d'engagements constituent une technique classique mais minoritaire en droit de l'OMC. Le recours à cette forme d'engagement traduit la réticence des Membres à accepter des obligations internationales dans certains domaines. Ce faisant, elle permet à chaque Membre de protéger son autonomie et de préserver une part de souveraineté économique[1159] dans certains domaines sensibles. La libéralisation et l'ouverture de secteurs tels que les services, les marchés publics ou l'agriculture ne peut être réalisée que progressivement et au prix d'un engagement à géométrie variable des Membres de l'OMC. L'attribution des

---

[1154] C. BERR, « L'Accord général sur le commerce des services », *AFDI*, 1994, pp. 748-757.
[1155] *Idem*, p. 751.
[1156] V. l'article 6 de l'Accord sur l'agriculture.
[1157] V. l'article 9 de l'Accord sur l'agriculture.
[1158] V. l'article 4 de l'Accord sur l'agriculture.
[1159] P. MADDALON, « Les faits économiques dans les rapports de l'Organe d'appel de l'OMC », préc., p. 321.

marchés publics constitue par exemple un des leviers de protection et d'aides des entreprises nationales. De même, le secteur agricole est un secteur sensible, tant économiquement que politiquement. Enfin, la perception de droits à l'importation ou la libéralisation des services constituent, à des degrés différents, des questions sensibles pour lesquelles une libéralisation généralisée n'est pas encore envisageable. Ainsi, les droits de douane continuent de faire partie de la politique économique des Etats. De même, la sensibilité du domaine des services s'explique par la spécificité de ce domaine économique pour lequel le pouvoir réglementaire de l'Etat diffère.

365. Toutefois, les engagements par listes ont pour effet de renverser la dialectique de l'obligation. En effet, les Membres n'ont dans ce domaine d'autres obligations que celles qu'ils s'imposent et l'obligation commune cède alors le pas devant les volontés particulières. Néanmoins, même si elles sont limitées, les obligations des Membres dans ces domaines doivent être respectées. Ainsi, la technique des engagements par listes ne prémunit pas du contrôle du juge. Cependant, dans ce cadre, la forme de l'engagement détermine le raisonnement du juge, le raisonnement économique cédant le pas au formalisme.

366. La souplesse nécessaire au droit économique se vérifie également par le recours à des instruments souples ou instruments de *soft law*.

B Le recours à la *soft law*

367. A la flexibilité de l'engagement étatique en droit économique s'adjoint le recours à des règles souples. Ces instruments, qui relèvent de la *soft law*, sont particulièrement adaptés aux spécificités du droit de l'OMC et du droit de l'Union (1), néanmoins, leur portée juridique est assez insaisissable (2).

1 Un recours commun à la *soft law*

368. Le terme de *soft law* renvoie au droit dépourvu d'obligation ou de sanction[1160]. Au-delà de cette première caractéristique, la définition de la *soft law* ne s'impose pas d'elle-

[1160] C. THIBIERGE, « Le droit souple : Réflexions sur les textes du droit », préc. Pour un aperçu du débat doctrinal, voir I. DUPLESSIS, « Le vertige et *la soft law* : réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, 2007, pp. 246-268.

même. Cette notion est en effet « difficile à saisir, car elle désigne des phénomènes différents et des instruments à la normativité protéiforme »[1161]. Cette première difficulté est accentuée par un usage important de la notion dont les « contours ont fini par se brouiller »[1162]. Une première approche consiste à distinguer la *soft law* en tant qu'*instrumentum* et la *soft law* en tant que *negotium*[1163]. Dans la première hypothèse, le terme désigne non pas la règle en elle-même mais l'instrument dans lequel elle s'inscrit. Des instruments de type recommandatoire qui n'ont pas en eux-mêmes de caractère normatif font en ce sens partie de la *soft law*. D'autre part, la *soft law* peut être définie au regard du contenu de la norme quelle que soit sa forme. Dans ce cas, si le contenu normatif de la règle est fort, elle appartient à la *hard law* mais relève de la *soft law* si son contenu normatif est faible. Toutefois, il est possible que les deux aspects se mêlent et que le contenant et le contenu soient peu normatifs. Cette approche rejoint celle de M. Salmon, lequel considère que la *soft law* se caractérise par « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires soit parce que les dispositions en cause bien que figurant dans l'instrument contraignant ne créeraient pas d'obligations de droit positif ou ne créeraient des obligations que peu contraignantes »[1164]. Il apparaît que la *soft law* dans l'Union et dans l'OMC correspond davantage à la première hypothèse : les règles figurent dans des instruments juridiques atypiques dont la normativité n'est pas définie.

369. Le recours à la *soft law* n'est pas spécifique à l'Union et à l'OMC, en revanche elle remplit des fonctions particulièrement adaptées à ces deux systèmes juridiques. En effet, le droit économique est certes un droit de réglementation mais c'est aussi un droit de régulation. Celle-ci s'oppose à la réglementation qui constitue un modèle de droit adopté unilatéralement et appliqué de manière autoritaire. Au contraire, la régulation permet une approche plus souple. Ainsi, M. Ost et M. Van de Kerchove constatent que « la construction de l'ordre social et politique se fonde désormais moins sur un appareil autocentré et hiérarchique que sur un processus polycentrique et négocié, une multitude d'ajustements partiels, un réseau de

---

[1161] *Idem*, p. 249.
[1162] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc., p. 216.
[1163] *Idem*, p. 215.
[1164] J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

relations à la recherche de principes de coordination »[1165]. Le recours à la *soft law* au sein d'organisations telles que l'OMC et l'Union s'explique par leur nature internationale et supranationale. En effet, elle offre « aux acteurs internationaux une plus grande flexibilité par rapport aux sources traditionnelles du droit comme le traité »[1166] et permet la « régulation sans abdication de souveraineté »[1167]. Dans ce contexte, le recours à la *soft law*, sans être « pathologique »[1168], s'explique par les difficultés ou l'impossibilité d'adopter des textes contraignants. Par ailleurs, elle est adaptée à la régulation de domaines très techniques et permet à ce titre un accompagnement des règles juridiques dans l'Union et dans l'OMC. Ainsi, les Accords constituant le droit de l'Organisation mondiale du commerce renvoient à des nombreux instruments de la *soft law* internationale. La référence au *Codex alimentarius* dans le cadre de l'Accord SPS permet d'encadrer les mesures sanitaires des Membres sans pour autant les réglementer. Les mesures des Membres qui sont conformes à cet instrument de la « *soft law* internationale »[1169] sont présumées compatibles avec les dispositions de l'Accord SPS. Or le *Codex* comprend les standards applicables dans le domaine de la sécurité alimentaire. Dans ce domaine très technique, le renvoi à un tel instrument s'explique par la difficulté à négocier ce genre de règles au sein de l'OMC. L'Accord OTC, qui s'applique aux normes relatives aux caractéristiques des produits comme leur emballage ou leur composition, s'appuie également sur les instruments de *soft law* internationale. En effet, en vertu des articles 2.4 et 5.4 de cet Accord les Membres de l'OMC doivent fonder leurs réglementations techniques sur les règlements techniques internationaux. Ce renvoi aux instruments adoptés dans le cadre de l'Organisation internationale de normalisation ou de la Commission électrotechnique internationale qui édictent des normes non obligatoires correspond à une utilisation des règles de la *soft law* dans un domaine technique. Enfin, certains auteurs considèrent que la *soft law* se matérialise à l'OMC par le truchement des comités[1170], des recommandations de ces comités[1171], ou des déclarations et décisions ministérielles.

[1165] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*,, préc., p. 29.
[1166] I. DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », préc., p. 250.
[1167] P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica 2002, p. 257.
[1168] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », préc.
[1169] H. CULOT, « Soft law et droit de l'OMC », *RIDE*, 2005, pp. 251-289, sp. p. 269.
[1170] A. LANG, J. SCOTT, « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, pp. 575-614.
[1171] P. MAVROÏDIS, « No Outsourcing of Law ? WTO Law as Practiced by WTO Courts », *AJIL*, 2008, pp.

370. La *soft law* est également utilisée dans l'Union et dans l'OMC afin d'accompagner et d'expliquer le droit positif. Il en va ainsi du système de classification uniforme des services ou liste W-120, document préparé par le Secrétariat général de l'OMC et qui reprend la classification des Nations Unies en matière de services[1172]. De même, de nombreux textes de *soft law* visent à préciser la législation européenne ou la façon dont le droit de l'Union va être concrètement appliqué. Il en va ainsi de nombreux documents de la Commission dont les communications et lignes directrices qui interviennent dans des domaines très techniques. On peut citer à cet égard la communication relative aux « aides d'Etat et capital investissement »[1173], les lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du redéploiement rapide des réseaux de communication à haut débit[1174], la communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat[1175], les lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'Etat liées aux tests d'encéphalopathie spongiforme transmissible aux animaux trouvés morts et aux déchets d'abattoirs[1176], les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement[1177].

371. La *soft law* répond à deux besoins particuliers des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce : un besoin de règles dans des domaines très techniques et un besoin d'accompagnement, d'explication des règles économiques. Ces instruments se singularisent par une portée juridique assez insaisissable.

2 La normativité variable de la *soft law*

372. Les instruments de *soft law* se caractérisent, en premier lieu, par leurs procédures d'adoption. Ainsi, les lignes directrices et communications de la Commission peuvent difficilement être considérées comme des actes législatifs puisqu'elles n'ont pas été adoptées en vertu des procédures prévues. De même, la portée des documents du secrétariat général de

---

421-474.

[1172] UN CPC document OMC MTN.GNS/W/120 10 juillet 1991 Classification sectorielle des services Note du secrétariat.

[1173] JO n° C 235, 21 août 2001, p. 3.

[1174] JO n° C 235, 30 septembre 2009, p. 7.

[1175] JO n° C 257, 27 octobre 2009, p. 1.

[1176] JO C 324, du 24 décembre 2002, p. 2.

[1177] JO C 82, du 1er avril 2008, p. 33.

l'OMC ou des décisions ministérielles est problématique au sens où les règles relatives à l'adoption d'amendements ou d'interprétations authentiques ne sont pas respectées. Mais l'importance du recours à la *soft law* dans l'Union ou dans l'OMC ne permet pas d'occulter le problème de la normativité de ces instruments. De nombreuses réflexions actuelles initiées par l'émergence de la *soft law*[1178] et les interrogations au caractère post-moderne du droit[1179] ont mené à un renouvellement de la problématique liée à la normativité du droit. Cette réflexion d'abord cantonnée au droit international[1180] s'étend peu à peu et affecte aujourd'hui le droit interne[1181]. La normativité « désigne l'aptitude d'une règle à produire des effets normatifs »[1182]. Ainsi, serait normatif le texte qui, en raison de certaines caractéristiques, produit des droits et des obligations juridiques. La règle de droit précise, générale et impersonnelle serait normative en ce qu'elle serait obligatoire, contraignante et donc sanctionnée. Le droit dur, la *hard law* présenterait des caractéristiques bien déterminées : « précis dans son contenu, obligatoire dans son expression et contraignant dans ses sanctions »[1183]. Au contraire, la *soft law* qui n'est ni obligatoire, ni sanctionnée ne serait pas normative. Toutefois, il semble que la notion de normativité doive être appréhendée sous un angle différent et plus nuancé. Ainsi, pour M. Timsit, la normativité s'apprécie en fonction d'une échelle et « il existe une gradation de la normativité et de la juridicité qui fait d'elles des qualités susceptibles de variations, et non des états qui ne peuvent relever que de l'être ou du néant »[1184]. La force d'une norme, c'est-à-dire, sa capacité « à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation de juges, à orienter la création les représentations sociales du droit »[1185], se décline alors en une série d'effets[1186]. Dès lors, la *soft law* oblige à

[1178] I. DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », préc.

[1179] J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690.

[1180] P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47.

[1181] V. les débats suscités par le Conseil Constitutionnel et la sanction des dispositions non normatives figurant dans des textes législatifs, B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, p. 69 et s. ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, p. 63 et s.

[1182] F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, pp. 94-99, sp. p. 94.

[1183] C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc., p. 614.

[1184] G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993, p. 148. V. également l'échelle de densité normative de Mme Thibierge, C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc., p. 624. Cependant, certains auteurs continuent de penser la normativité dans le cadre d'une logique binaire, V. J. KLABBERS, « The Undesirability of *Soft Law* », *Nordic journal of international law*, 1998,)p. 381-391.

[1185] C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de 'force normative' », in *La force normative. Naissance d'un*

repenser la relation entre le droit, l'obligation et la contrainte[1187]. En effet, les règles non obligatoires ou non sanctionnées peuvent également être des règles de droit, des règles juridiques dotées d'une certaine normativité différente de la *hard law*. Le critère de la sanction longtemps considéré comme nécessaire à la juridicité est alors remis en cause[1188]. Le critère de la juridicité pourrait *in fine* être le recours au juge qui est « le plus approprié des révélateurs de la juridicité des normes »[1189].

373. La *soft law* qui figure parmi les sources du droit de l'Union et du droit de l'OMC remplit au sein de ces systèmes juridiques des fonctions particulières. Néanmoins, la normativité de ces instruments n'est pas clairement définie. Or, ils peuvent être sollicités durant un litige et il revient alors au juge d'en préciser la portée et les effets.

374. Le droit économique présente en droit de l'Union et en droit de l'OMC des spécificités formelles. Dans l'OMC, la technique des engagements par listes permet aux Membres de délimiter *ex ante* la portée matérielle de leurs obligations. Par ailleurs, il est fait recours au sein de ces deux organisations à des instruments de *soft law* dont la normativité est incertaine. Le droit de l'Union et de l'OMC présentent au regard de ces éléments des spécificités formelles que le juge ne peut ignorer. Il apparaît qu'elles conduisent à un retour du formalisme dans le raisonnement du juge.

Paragraphe II L'incidence des spécificités formelles sur le raisonnement

375. La substance économique du droit a pour effet d'introduire dans le raisonnement du

---

concept, C. THIBIERGE (dir.), Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, pp. 741-846, sp. p. 818.

[1186] Selon Mme Thibierge « la force normative se décline au pluriel : force contraignante ou coercitive, force exécutoire, force décisoire, force de chose jugée, force probante, force publique, force majeure, mais aussi force instituante, force interprétative, force recommandatoire ou informative, force dissuasive, force incitative, force harmonisatrice, force expressive, force pratique, force de persuasion, etc. », C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de 'force normative' », préc., p. 818.

[1187] H. CULOT, « *Soft law* et droit de l'OMC », *RIDE*, 2005, pp. 251-289, sp. p. 259.

[1188] A cet égard, M. Terré se démarque de la doctrine majoritaire et demande « pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique », cité par C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », préc., note 30. Pour un exposé de la doctrine majoritaire selon laquelle la sanction constitue le critère de la règle juridique V. D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997, pp. 74 et s.

[1189] H. DUMONT, « Coutumes constitutionnelles, conventions de la Constitution et paralégalité », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 257-287, sp. p. 270.

juge un recours aux méthodologies économiques et à l'appréciation casuistique. Au contraire, la forme particulière que revêt le droit économique par le recours à la *soft law* et aux engagements par listes à l'OMC donne lieu à un raisonnement formaliste du juge. Le formalisme s'explique par le nécessaire respect de la volonté étatique telle qu'elle s'exprime à travers l'engagement par listes (A). Quant à la *soft law*, les juges de l'Union européenne et de l'OMC s'appliquent à travers leur raisonnement à lui faire produire un effet limité (B).

A Le raisonnement formaliste conséquence de la technique des engagements par listes

376. Les listes d'engagement dans l'OMC opèrent une prédétermination de la portée de l'engagement des Membres. En effet, elles constituent une catégorisation juridique de produits, de services ou d'entités adjudicatrices pour lesquelles le Membre choisit de s'astreindre aux disciplines commerciales multilatérales. Cette forme de l'engagement tranche nettement avec la formulation traditionnelle des règles en matière économique. Ainsi, lorsque l'article III du GATT énonce l'interdiction des discriminations en matière d'impositions intérieures, il ne procède à aucune catégorisation puisque l'interdiction s'applique aux produits similaires. Dans ce cas, le champ d'application de la règle, les produits similaires, dépend de la relation économique qui existe sur le marché. Le raisonnement du juge ne peut donc être le même dans ces deux situations. Face aux engagements par listes, le juge rejette tout raisonnement fondé sur une approche économique (1) et toute interprétation subjective de l'engagement étatique (2).

1 Le rejet de l'approche économique des engagements par listes

377. Lorsque les Membres de l'OMC définissent *ex ante* les catégories de produits, de services ou les entités adjudicatrices dans des listes, ils prédéterminent juridiquement les services ou produits auxquels les disciplines de l'OMC s'appliquent. En cas de litige sur la portée ou le sens de ces engagements, le juge ne peut raisonner économiquement afin d'opérer une catégorisation des produits. Lorsque les Membres s'engagent à travers des listes « c'est la liste établie par l'État qui catégorise les échanges »[1190]. En conséquence, le juge raisonne à partir de la catégorisation opérée dans la liste et non à partir de la réalité du marché. Les listes

[1190] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel (2008) », préc., p. 450.

d'engagements des Membres de l'OMC font partie intégrante des Accords, tant au regard de l'AGCS[1191] qu'au regard du GATT[1192]. En cas de différend, dans l'hypothèse où un Membre considère que tel service relève en fait de la liste d'un autre Membre de l'OMC ou que tel produit aurait dû bénéficier d'un avantage, l'interprétation de la portée des listes est nécessaire. La jurisprudence montre que, dans ces situations, le juge ne raisonne pas au regard de données économiques et dans le cadre d'une référence au marché. Au contraire, le formalisme des engagements par listes est perpétué dans le raisonnement du juge qui les interprète comme n'importe quelle règle des Accords, en fonction des dispositions de la Convention de Vienne. Ce principe a été affirmé en matière de marchandises[1193]et en matière de services[1194]. De même, dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics, les Membres s'engagent à ouvrir aux entreprises étrangères les marchés passés par certaines entités adjudicatrices qui figurent sur la liste d'engagement au titre de cet Accord. Dans le différend Corée Mesures affectant les marchés publics[1195], la Corée et les Etats-Unis étaient en désaccord sur un point crucial : la Corée soutenait que le marché public contesté par les Etats-Unis ne pouvait l'être puisque l'entité responsable de la passation du marché litigieux ne figurait pas sur sa liste d'engagement. Le Groupe spécial a jugé que les listes d'engagement devaient, comme dans le cadre du GATT, être interprétées au moyen de la Convention de Vienne[1196]. Dès lors, le juge ne vérifie pas si l'entité en cause remplit une fonction adjudicatrice. Il vérifie si elle figure dans la liste d'engagements et en cas de doute interprète cette dernière. Cette approche est formaliste au sens où la réalité économique est alors niée en raison de la forme de l'engagement[1197]. Par exemple, le juge de l'OMC refuse qu'un service

---

[1191] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §§ 159-160.

[1192] Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R, §84.

[1193] Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R.

[1194] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R.

[1195] Corée — Mesures affectant les marchés publics, rapport du Groupe spécial du 1er mai 2000, WT/DS163/R.

[1196] Corée — Mesures affectant les marchés publics, rapport du Groupe spécial du 1er mai 2000, WT/DS163/R, § 7.9. Sur ce point, on notera la différence avec l'approche opérée par la Cour de justice de la notion de pouvoir adjudicateur, elle interprète assez largement cette notion V. CJCE, 15 mai 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-214/00, Rec. p. I-4667. De plus, lorsque les textes de droit dérivé fournissent des listes des entités adjudicatrices, elle vérifie au regard des critères qu'elle a établies que l'entité en cause remplit la fonction de pouvoir adjudicateur V. CJCE, 27 février 2003, Adolf Truley GMBH, aff. C-373/00, Rec. p. I-1931 ; CJCE, 16 octobre 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-283/00, Rec. p. I-11697.

[1197] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel (2008) », préc., p. 450, selon

puisse relever de deux secteurs distincts d'une même liste d'engagements[1198]. En conséquence, le service des « jeux et paris » ne peut relever simultanément des « services récréatifs », des « services sportifs » et des « services de spectacle ». Or, cette approche fondée sur une interprétation juridique ne correspond pas à la réalité du marché. En effet, les services de jeux et paris peuvent être en concurrence avec les services récréatifs ou les services sportifs. De même, dans le cadre du GATT, en cas de doute sur le classement tarifaire d'un produit, le juge considère qu'il faut uniquement tenir compte des « 'caractéristiques objectives' du produit en question au moment où il est présenté à la frontière pour être classé »[1199]. Le juge ne raisonne donc pas en fonction des utilisations du produit par les acteurs du marché mais selon un critère objectif sans lien avec la réalité du marché.

378. Le système de l'engagement par liste est ainsi extrêmement protecteur de la souveraineté économique des Membres de l'OMC et de leur volonté. Cette protection, postulée par la forme même de l'engagement, ne peut être remise en cause par le juge. Toutefois, cela ne signifie pas que le juge s'en remette exclusivement à la volonté subjective de l'auteur de la liste ou aux attentes subjectives de ses partenaires commerciaux.

2 L'approche objective des engagements par listes

379. La méthode d'interprétation des listes qui suit les prescriptions de la Convention de Vienne permet tout de même d'encadrer la volonté des Membres de l'OMC. En d'autres termes, l'approche objective prônée par le juge permet de contrebalancer le pouvoir des Membres.

380. L'Organe d'appel refuse par exemple d'interpréter restrictivement les listes de services dans le cadre de l'AGCS. En matière de services, ces listes traduisent le caractère hybride de

---

cet auteur « quelle que soit la réalité économique de fait, il revient à chaque activité économique d'entrer dans l'une des catégories fixées préalablement par les engagements étatiques ».

[1198] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, WT/DS285/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, §180.

[1199] Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport du Groupe spécial du 30 mai 2005, WT/DS269/R, § 7.321. Confirmé par l'Organe d'appel dans le même différend Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport de l'Organe d'appel du 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, § 246.

la libéralisation des services et le principe de libéralisation progressive de ce domaine. L'Organe d'appel l'a souligné avec force dans le rapport Chine Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels[1200]. Après avoir convenu que le principe de libéralisation progressive est consubstantiel à cet Accord et qu'il se matérialise dans les engagements spécifiques et graduels des listes, l'Organe d'appel refuse que ce principe puisse « étayer une interprétation qui réduirait le champ et la portée d'engagements spécifiques qui ont déjà été contractés par des Membres et par lesquels ces Membres sont liés »[1201]. La portée de l'engagement ne peut donc être réduite au regard de l'objectif de l'Accord. De même, l'Organe d'appel a jugé que l'interprétation a pour objet de déterminer « les intentions *communes* des parties »[1202]. Cela implique, d'une part, qu'un Membre de l'OMC ne peut interpréter seul la portée de sa liste. En cas de différend, une telle tâche incombe au Groupe spécial. Dans le différend Chine Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels[1203], le juge devait déterminer si la catégorie des « services de distribution d'enregistrements sonores » inscrit dans la liste chinoise incluait les services de distribution électronique de tels enregistrements. La Chine avançait un argument intéressant à cet égard. Elle soutenait ainsi qu'au moment où elle a rédigé sa liste et accédé à l'OMC, de tels services n'étaient pas faisables techniquement, en conséquence, elle ne pouvait avoir envisagé de les inclure dans sa liste. Pour l'Organe d'appel, la notion doit être interprétée selon son sens contemporain et non en fonction de la volonté subjective d'une partie[1204]. Le juge refuse donc que les listes soient interprétées en fonction de la seule volonté des Membres qui en sont les auteurs. S'il refuse de prendre en considération la volonté subjective de l'auteur de la liste, il exclut, d'autre part, d'interpréter cette dernière en fonction des attentes subjectives que

---

[1200] Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R, § 394.

[1201] *Ibidem*.

[1202] Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R, § 84.

[1203] Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R.

[1204] Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R, § 84.

peuvent nourrir les partenaires commerciaux à son encontre. Dans le différend Communautés européennes Classement tarifaire de certains matériels informatiques, il a censuré le Groupe spécial qui avait fondé son appréciation sur les attentes américaines et rappelé que le sens des listes doit être établi au regard des intentions communes des parties[1205]. Or, ces intentions ne peuvent pas « être établies sur la base des 'attentes' subjectives et déterminées de manière unilatérale [par] *une* des parties à un traité »[1206]. La seule méthode d'interprétation acceptable est celle fournie par la Convention de Vienne. Les listes sont de ce fait assimilées aux règles des Traités. Dès lors, l'interprétation de ces listes doit être objective et non influencée par les attentes subjectives des autres Membres de l'OMC et notamment du plaignant. Une interprétation subjective porterait atteinte à l'équilibre entre les droits et les obligations des Membres. Le même principe a été affirmé dans le cadre de l'AGCS, les listes doivent être interprétées selon l'intention commune et conformément à la Convention de Vienne[1207]. Ce principe s'applique même si les listes sont équivoques. Dans le différend Corée Mesures affectant les marchés publics, les Etats-Unis s'appuyaient sur le caractère équivoque pour fonder une attente subjective au regard de l'ouverture du marché contesté. Le Groupe spécial a rejeté cette approche. Plutôt que de se fonder sur une ambiguïté, les Etats-Unis auraient dû faire preuve de diligence et demander à la Corée des explications sur sa liste d'engagements[1208].

381. L'approche purement formaliste des engagements économiques contenus dans des listes de concession ou d'engagement démontre que le juge ne raisonne pas nécessairement au moyen de méthodologies économiques. Ainsi, la nature de l'engagement étatique et la prédétermination des flots d'échanges par la règle juridique contraint le juge à mener un raisonnement formaliste. Cette approche se justifie également au regard de la sensibilité des domaines économiques dans lesquels les Membres de l'OMC s'engagent à travers les listes. Toutefois, le juge refuse également toute interprétation restrictive et subjective des listes d'engagement en les assimilant aux obligations souscrites dans les Traités et en les

---

[1205] *Ibidem*.
[1206] *Ibid*.
[1207] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, WT/DS285/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, §180.
[1208] Corée — Mesures affectant les marchés publics, rapport du Groupe spécial du 1er mai 2000, WT/DS163/R, § 7.119.

interprétant comme ces derniers. La forme de la règle économique, telle qu'elle se matérialise dans les instruments de *soft law*, appelle également une certaine retenue du juge.

B Le raisonnement limitatif conséquence de la normativité variable de la *soft law*

382. Le juge de l'Union et le juge de l'OMC n'ignorent pas les instruments de *soft law*, néanmoins ils font montre d'une certaine réticence à leur égard. Cette réticence s'explique par le défaut intrinsèque de ces instruments. Leur portée ne peut être clairement définie puisque leur auteur ne leur a pas attribué le caractère obligatoire d'une norme de *hard law*. Par ailleurs, du fait de leurs conditions d'adoption ou de leur auteur, il pourrait être contestable que le juge les incorpore à son raisonnement en tant que règles contraignantes, alors même qu'elles n'émanent pas des organes habilités à édicter des règles juridiques ou qu'elles n'ont pas été adoptées selon les règles de procédure prévues dans les Traités. Si le juge de l'Union et le juge de l'OMC incorporent des instruments de *soft law* dans leurs raisonnements, ils font produire à ces textes des effets limités. Le juge peut ainsi faire intervenir la *soft law* à deux moments de son raisonnement. Il peut fait usage de la *soft law* au stade de l'interprétation du droit, ces textes sont alors utiles à l'interprétation ou à l'application d'autres dispositions. Cette incorporation *a minima* de la *soft law* lui confère une normativité interprétative (1). Le juge fait également produire un effet normatif à la *soft law*, néanmoins, cet effet normatif ne joue que par le biais de règles de *hard law* (2).

1 Un effet interprétatif gradué

383. La jurisprudence montre que le recours à la *soft law* pour interpréter le droit de l'Union ou le droit de l'OMC est variable. Certains instruments de *soft law* sont cités dans les rapports des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel au soutien de leur interprétation. Ainsi, les décisions et déclarations ministérielles sont utilisées par le juge de l'OMC qui, sans préciser leur valeur juridique, peut les prendre en compte pour déterminer la portée d'autres obligations[1209]. De même, les recommandations des comités jouent également un rôle en

[1209] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §§ 154 et 168, l'Organe d'appel mentionne la Décision des Ministres sur le commerce et l'environnement adoptée à Marrakech. V. cependant, Argentine — Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles, rapport du Groupe spécial du 25 novembre 1997, WT/DS56/AB/R, le texte est cité par le Groupe

matière d'interprétation[1210]. Dans l'affaire Inde Restrictions quantitatives[1211], le Comité de la balance des paiements avait déjà été saisi de la question, ce qui a été pris en compte par le Groupe spécial. Ce dernier a précisé que dans l'hypothèse où les mesures examinées avaient déjà été soumises au Comité de la balance des paiements, si celui-ci avait formulé des déterminations ou des recommandations, aucune raison ne pourrait l'empêcher d'en tenir compte de « façon judicieuse »[1212]. Cependant, il ne précise pas plus avant ce qu'il entend par la prise en compte « judicieuse ». Par ailleurs, il souligne que, si les conclusions du comité étaient contraignantes, il devrait les respecter. Mais il ne clarifie pas pour autant le statut, contraignant ou non, de ces conclusions. L'effet des recommandations apparaît *in fine* comme très ambivalent. Si ces recommandations ne sont visiblement pas dénuées d'effet, leur portée reste soumise à l'appréciation du juge. Dans l'affaire, Mexique Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz[1213], le Groupe spécial a fait référence à la recommandation du Comité des pratiques antidumping relative aux périodes de collecte des données pour les enquêtes en la matière[1214]. Ce texte comporte des lignes directrices en matière de fixation de la période ou des périodes de collecte des données appropriées aux fins de l'examen de l'existence d'un dumping et d'un dommage. Bien qu'il ait souligné le caractère non contraignant de cette recommandation, le Groupe spécial a estimé qu'elle constitue « un élément utile pour bien interpréter les obligations figurant dans le texte de l'Accord antidumping »[1215]. Contrairement à la recommandation du Comité de la balance des paiements, en matière de dumping, la recommandation du comité éponyme intervient au soutien de l'interprétation. Ce texte a éclairé l'interprétation d'autres Groupes spéciaux[1216] et

---

spécial mais sans effet textiles pp. 29-30 ;

[1210] P. MAVROÏDIS, « No Outsourcing of Law ? WTO Law as Practiced by WTO Courts », préc., pp. 432-434.

[1211] Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du Groupe spécial du 6 avril 1999, WT/DS90/R, § 5.93.

[1212] *Idem*, § 5.94

[1213] Mexique — Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, rapport du Groupe spécial du 6 juin 2005, WT/DS295/R.

[1214] Comité des pratiques antidumping de l'OMC, Recommandation concernant les périodes de collecte des données pour les enquêtes antidumping, adoptée par le Comité le 5 mai 2000, G/ADP/6 (16 mai 2000).

[1215] Mexique — Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, rapport du Groupe spécial du 6 juin 2005, WT/DS295/R, §7. 62.

[1216] Guatemala — Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique, rapport du Groupe spécial du 24 octobre 2000, WT/DS156/R, § 8.266. Le Groupe spécial fait référence à la recommandation et il précise que « la recommandation suit la pratique courante des Membres » ; États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport du Groupe spécial du 28 février 2001, WT/DS184/R, § 7.226, note de bas de page 152. Selon le Groupe spécial « Nous relevons que le Comité des pratiques antidumping a récemment adopté une

servi de fondement à l'interprétation du Groupe spécial dans le différend Argentine Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil[1217]. Le juge de l'OMC fait donc usage des recommandations du Comité Antidumping tout en soulignant leur caractère non obligatoire.

384. D'autres instruments de *soft law* interviennent au soutien de l'interprétation du juge de l'Organisation mondiale du commerce en guise de confirmation de l'interprétation donnée par le juge[1218]. La portée de ces références à la *soft law* est malaisée à définir. En effet, ces textes n'interviennent qu'au surplus d'autres éléments de l'interprétation, ils ne constituent dès lors pas l'instrument décisif de l'interprétation du juge.

385. L'effet interprétatif d'autres instruments de *soft law* est plus certain. Il en va ainsi, dans le cadre de l'AGCS, de la classification des services W120, de la Classification centrale des produits (CPC), ainsi que des lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993. Ces documents ont souvent été utilisés par les Membres pour établir leurs listes d'engagement

---

recommandation qui prévoit que "la période de collecte des données aux fins des enquêtes en matière de dommage devrait normalement être d'au moins trois ans". (…)Nous notons toutefois que cette recommandation a été adoptée après que l'enquête en cause dans le présent différend a été achevée. De plus, la recommandation est une directive non contraignante en vue d'une interprétation commune des Membres de la mise en oeuvre appropriée de l'Accord antidumping. Cependant, elle ne crée pas de nouvelles obligations pour les Membres ni ne soustrait ceux-ci à leurs obligations existantes au titre de l'Accord (Voir G/ADP/M/7, paragraphe 40, G/ADP/AHG/R/7, paragraphe 2). Ainsi, les obligations concernant la durée de la période couverte par l'enquête doivent, si tant est qu'il y en ait, être trouvées dans l'Accord lui-même » ; Communautés européennes — Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil, rapport du Groupe spécial du 7 mars 2003, WT/DS219/R, §. 7.321. Le Groupe spécial rappelle les termes de le recommandation et précise « Nous en déduisons qu'il est souhaitable qu'il y ait une coïncidence substantielle entre la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dumping et la période pendant laquelle l'existence d'un dommage a été constatée ».

[1217] Argentine — Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil, rapport du 22 avril 2003, WT/DS241/R, § 7.287. Le Groupe spécial a mentionné la recommandation afin de renforcer son raisonnement : « en outre, nous notons que la question des périodes pour l'examen a été examinée par le Comité des pratiques antidumping. Il a formulé une recommandation selon laquelle, en règle générale, 'la période de collecte des données aux fins des enquêtes en matière de dommage devrait normalement être d'au moins trois ans, à moins qu'une partie auprès de laquelle des données sont recueillies existe depuis moins longtemps, et devrait comprendre la totalité de la période de collecte des données aux fins de l'enquête en matière de dumping'. Il semblerait donc que la période pour l'examen concernant le dommage doit simplement 'comprendre' la totalité de la période pour l'examen concernant le dumping. Il n'y a rien dans la recommandation du Comité des pratiques antidumping qui laisse penser qu'elle ne devrait pas excéder (afin de comprendre des données plus récentes) la période couverte par l'examen du dumping ».

[1218] Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R, § 123. Lors de l'interprétation de l'évaluation du risque au titre de l'article 5.1 de l'Accord SPS, l'Organe d'appel confirme son appréciation en mentionnant l'interprétation des notions de « risque » et « d'évaluation des risques » de l'Office international des épizooties et des lignes directrices de cet Office pour l'évaluation des risques.

et le juge s'y réfère donc lorsqu'il doit interpréter les listes. Néanmoins, il refuse de leur attribuer un réel statut. La CPC est intervenue au soutien du raisonnement de l'Organe d'appel dans le différend sur les Bananes afin de confirmer la définition des fournisseurs de services de commerce de gros[1219]. La CPC a permis dans cette hypothèse de confirmer l'interprétation de l'Organe d'appel. Le Groupe spécial a fait le même usage de ce texte dans l'affaire Mexique Mesures visant les services de télécommunication. Après avoir rappelé que les Membres avaient établi leurs listes d'engagements à l'aide de ce texte, il a souligné que ce document confirmait son interprétation selon laquelle l'article I :2 a de l'AGCS ne subordonne pas la fourniture transfrontière d'un service au fait que l'opérateur soit présent des deux côtés de la frontière[1220]. Enfin, l'Organe d'appel a clarifié le statut de la classification W120 et des lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 dans l'affaire Etats-Unis Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris. Il a refusé, contrairement au Groupe spécial, de reconnaître que ces textes constituent un contexte pertinent au sens de l'article 31. 2 de la convention de Vienne dans le cadre de l'interprétation des listes d'engagements. Pour ce faire, il a souligné que ces documents, bien que rédigés par le secrétariat du GATT, ne peuvent être qualifiés d'accord entre les parties ou de textes acceptés par les Membres. En conséquence, ces textes ne peuvent être utilisés pour interpréter les listes d'engagement que lors de l'étude des travaux préparatoires[1221].

386. Enfin, certains instruments de *soft law* bénéficient d'un effet interprétatif renforcé et intègrent complètement la démarche interprétative de la Cour ou du juge de l'OMC. Ainsi, la Cour, utilise la *soft law* pour interpréter le droit douanier. A cet égard, les notes explicatives pour la nomenclature combinée de la Commission et les notes explicatives du Système Harmonisé du conseil de coopération douanière, bien que dépourvues de force contraignante, guident très largement les interprétations de la Cour en ce domaine[1222]. A l'OMC, l'effet

---

[1219] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, §§ 225-226.

[1220] Mexique — Mesures visant les services de télécommunication, rapport du Groupe spécial du 2 avril 2004, WT/DS204/R, §§ 7.35-7.45.

[1221] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §§ 171-178 et § 196.

[1222] CJCE, 15 septembre 2005, Intermodal, aff. C-495/03, rec. p. I-8161, pt. 48 pour la Cour « Les notes explicatives de la NC ainsi que celles du SH contribuent, pour leur part, de façon importante à l'interprétation de la portée des différentes positions tarifaires sans toutefois avoir force obligatoire de droit (…) La teneur desdites notes doit dès lors être conforme aux dispositions de la NC et ne saurait en modifier la portée ». V.

interprétatif renforcé implique que le juge intègre l'instrument de *soft law* lors de son interprétation au moyen de la Convention de Vienne. Pour l'Organe d'appel, la décision ministérielle de Doha, qui interprète en son § 5.2, la notion de délai raisonnable figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC, ne peut être qualifiée d'interprétation authentique au sens de l'article IX :2 de l'Accord OMC. En effet, elle n'a pas été adoptée selon la procédure de cette disposition. En revanche, elle relève de l'article 31.3a de la Convention de Vienne et constitue un accord ultérieur au sens de cette disposition[1223]. De même, le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises élaboré et administré par l'Organisation mondiale des douanes, bien qu'il ne fasse pas formellement partie de l'Accord sur l'OMC, présente un lien étroit avec certains accords commerciaux multilatéraux. De plus, il a recueilli un large consensus de la part des Membres en amont et durant le cycle d'Uruguay puisqu'il a servi de fondement aux listes tarifaires. Dès lors il constitue un contexte au sens de l'article de l'article 31.2 a) de la Convention de Vienne[1224].

387. Le recours aux instruments de *soft law* n'est pas un phénomène monolithique, certains textes n'interviennent qu'au soutien de l'interprétation du juge, alors que d'autres constituent de réels éléments à même de guider l'interprétation. Dans l'OMC, cette gradation est fonction de l'accord entre les Membres de l'organisation à propos de l'instrument de *soft law*. Si cet accord est avéré, alors le juge incorpore complètement le texte à son interprétation. Quant à l'effet normatif des instruments de *soft law* il est également variable.

2 Un effet normatif limité

388. Au-delà du recours à la *soft law* pour interpréter le droit de l'Union ou le droit de l'OMC, les juges font produire à ces textes des effets normatifs. Néanmoins, ces effets sont strictement délimités. Le juge de l'OMC maintient l'effet de présomption institué par certains accords à des règles de *soft law* (a). Quant au juge européen, il peut faire produire un effet obligatoire aux textes de *soft law* dans des conditions particulières et délimitées (b).

également CJCE, 16 juin 1994, Develop Dr. Eisbein, aff. C-35/93, Rec. p. I-2655, pt. 21 ; CJCE, 28 avril 1999, Mövenpick Deutschland, aff. C-405/97, Rec. p. I-2397, pt. 18.

[1223] Etats-Unis — Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle, rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012, WT/DS406/AB/R, § 268.

[1224] Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport de l'Organe d'appel du 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, § 199.

a Un effet de présomption

389. En vertu de l'article 3.1 de l'accord SPS, les Membres de l'OMC doivent baser leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur les diverses normes, directives et recommandations internationales qui existent dans ce domaine. En vertu de l'article 3.2 de cet accord, les mesures basées sur ces textes bénéficient d'un effet de présomption de conformité aux règles de cet accord, au sens, où leur caractère nécessaire est présumé établi. L'Organe d'appel refuse cependant de faire produire à ces recommandations internationales un effet normatif autre que cet effet de présomption. Dans l'affaire Hormones, il a infirmé la constatation du Groupe spécial qui rendait ces directives et recommandations internationales obligatoires pour les Membres[1225]. L'Organe d'appel justifie sa position en rappelant que les Membres n'ont pas entendu faire produire à ces textes un tel effet obligatoire. Il a adopté la même approche par rapport à l'article 2.4 de l'Accord OTC[1226]. Les articles 3.1 de l'Accord SPS et 2.4 de l'Accord OTC ne font que prescrire le recours aux instruments de *soft law* en matière sanitaire ou de réglementations techniques, en aucun cas ils n'obligent les Membres à y avoir recours.

390. Le raisonnement de l'Organe d'appel atteste de sa réticence à faire produire à ces textes des effets plus poussés que ceux que leur attribuent les Traités. Dans l'Union, la Cour peut faire produire des effets normatifs à certains textes de *soft law* mais dans des conditions très strictes.

b Un effet obligatoire conditionné

391. La Cour a déjà maintes fois affirmé que la *soft law* n'est pas contraignante[1227]. D'ailleurs, les textes assimilés à la *soft law* précisent parfois eux-mêmes qu'ils ne sont pas contraignants[1228]. Toutefois, elle encadre le recours à ces textes. Ainsi, la *soft law* ne peut déroger à la *hard law*[1229]. De même, sous couvert de *soft law*, la Commission ne peut imposer

---

[1225] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, § 162.

[1226] Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel du 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, § 274.

[1227] CJCE, 21 janvier 1993, Deutsche Shell, aff. C-188/91, Rec. p. 363 ; CJCE, 14 novembre 2002, SPKR, aff. C-112/01, Rec. p. I-10655 ; CJCE, 23 mars 2004, France c/ Commission, aff. C-233/02, Rec. p. I-2759.

[1228] V. la Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission, COM(2002)713, 11 décembre 2002.

[1229] CJCE, 14 avril 2005, Belgique c/ Commission, C-110/03, Rec. p. I-2801, pt. 33, la Cour souligne qu'« il y a

d'obligations nouvelles aux Etats surtout si ces derniers ont rejeté cette option lors de la procédure législative[1230].

392. Un domaine est néanmoins propice à ce que le juge fasse produire des effets normatifs à la *soft law*. Dans le cadre des aides d'Etat, la Commission est amenée à procéder à des appréciations économiques complexes, et dispose par ailleurs d'un large pouvoir d'appréciation. Afin d'exposer les modalités d'appréciation des mesures nationales ou de limiter son propre pouvoir d'appréciation, elle adopte de nombreux textes *a priori* non contraignants. Comme le souligne l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans le domaine des aides d'Etat « au sommet de l'édifice normatif, on peut mentionner le traité CE : ses articles 87 CE et 88 CE [devenus articles 107 et 108 TFUE] constituent la législation contraignante (« *hard law* ») applicable dans ce domaine, les lignes directrices étant des instruments non contraignants (« *soft law* ») servant à l'interprétation de ces articles »[1231]. Le juge européen a néanmoins fait produire des effets de droit à ces textes dans certaines conditions précises.

393. Le juge encadre le recours de la Commission à ces instruments. L'institution peut orienter ses propres pouvoirs d'appréciation « dans la mesure où ces actes contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par cette institution et qu'ils ne s'écartent pas des normes du traité »[1232]. Dans ce cadre, le juge tente de maintenir la marge d'appréciation de la Commission tout en protégeant les entreprises et les Etats qui accordent un certain crédit à ces textes. Néanmoins, la Commission ne peut se départir de ses propres orientations que sous certaines conditions. Elle doit ainsi motiver le choix qui s'écarte de ces orientations[1233]. Le

---

d'abord lieu de constater que le règlement attaqué a été adopté sur la base du règlement n° 994/98 et qu'il a, en vertu de l'article 249 CE, une force obligatoire et une portée générale. Les lignes directrices et l'encadrement multisectoriel n'ont, au contraire, de fondement juridique ni dans le traité ni dans un acte juridique adopté en vertu de celui-ci. Il en résulte qu'en cas de chevauchement, les dispositions du règlement attaqué priment celles des lignes directrices ou de l'encadrement multisectoriel (voir, en ce qui concerne la portée des lignes directrices par rapport aux normes du traité, arrêts du 5 octobre 2000, Allemagne/Commission, C-288/96, Rec. p. I-8237, point 62, et du 7 mars 2002, Italie/Commission, C-310/99, Rec. p. I-2289, point 52) ».

[1230] CJCE, 20 mars 1997, France c/Commission, aff. C-57/95, rec. p. I-1627, pts 23-24.

[1231] V. les Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous l'affaire CJCE, 2 avril 2009, Lodato Genaro c/ INPS SCCI, aff. C-415/07, Rec. p. 152.

[1232] CJCE, 5 octobre 2000, Allemagne c/ Commission, aff. C-288/96, Rec. p. I-8237, pt. 62 ; CJCE, 24 mars 1993, CIRFS c/Commission, aff. C-313/90, Rec. p. I-1125, pts 34 et 36.

[1233] TPICE, 29 mars 2003, aff. T-213/00, CMA CGM c/ Commission, Rec. p. II-913, pt. 27 ; CJCE, 9 octobre

juge fait produire à la *soft law* un effet à l'encontre de l'auteur de l'acte, mais cet effet passe par le truchement des principes d'égalité de traitement ou de confiance légitime[1234]. Enfin, la Cour peut faire produire à ces actes un effet obligatoire à l'encontre des Etats à condition que ces derniers aient clairement accepté les règles contenues dans l'acte de *soft law*[1235].

394. Les instruments de *soft law* ne sont intégrés au raisonnement du juge qu'avec parcimonie et il leur fait produire des effets mesurés. La *soft law* intervient au soutien de l'interprétation menée par le juge mais selon des modalités différenciées. De même, les effets normatifs de ces dispositions restent rares et sont cantonnés dans des hypothèses spécifiques. L'effet de présomption institué par les Accords SPS et OTC ne postule en aucun cas le caractère obligatoire de la *soft law* pour les Membres de l'OMC. Dans l'Union, cet effet s'impose à la Commission par le truchement de règles juridiques de *hard law*, ou aux Etats Membres à condition qu'ils aient consenti à la règle. La réticence du juge à l'égard de la *soft law* ne s'efface réellement qu'à partir du moment où les Membres de l'organisation ont manifesté un consensus à l'égard de ces règles.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

395. La nature économique des droits de l'Union et de l'OMC grave de son empreinte le raisonnement des juges au sein de ces deux organisations. La règle économique présente tout d'abord des spécificités substantielles marquées. Elle suppose au moment de son application que le juge intègre dans son raisonnement des méthodologies économiques et se réfère au critère exogène du marché. Le standard de l'opérateur économique rationnel en économie de marché en constitue une illustration. Par ce critère, le juge raisonne en prenant en compte la rationalité des acteurs du marché. Par ailleurs, la règle économique ne procède que rarement à une prédétermination des échanges et des faits économiques. A ce titre, la notion de produits

---

1984, Adam c/Commission, aff. 80/81 à 83/81 et 182/82 à 185/82, Rec. p. 3411, pt. 22 ; CJCE, 15 janvier 2002, Libéros c/Commission, aff. C-171/00 P, Rec. p. I-451, pt. 35 ; CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rorindusrie c/ Commission, aff. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425 ; CJUE, 2 décembre 2010, Holland Malt c/ Commission, aff. C-464/09 P, Rec. I-12443, pt. 211.

[1234] CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rorindusrie c/ Commission, aff. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425 ; CJUE, 2 décembre 2010, Holland Malt c/ Commission, aff. C-464/09 P, Rec. I-12443, pt. 46.

[1235] CJCE, 15 octobre 1996, Ijssel-Vliet Combinatie BV c/ Minister Van Economische Zaken, aff. C-311/94, Rec. I, p. 5023, pt. 44 ; CJCE, 24 mars 1993, CIRFS c/ Commission, aff. C-313/90, Rec. I, p. 1125, pt. 35.

similaires ou substituables suppose que le juge procède lui-même au moment de l'application de la règle à la catégorisation des produits. Pour ce faire, il doit tenir compte de la réalité des échanges et des rapports entre les produits au moment où il statue. A nouveau, le raisonnement se pare d'une coloration économique indéniable puisque le lieu qui matérialise cette réalité est le marché. Cette intégration de données et méthodologies économiques dans le raisonnement du juge ne modifie cependant pas la teneur juridique de ce dernier.

396. Le droit économique présente également des particularités formelles, la règle économique peut être formulée au moyen d'instruments divers. Dans certains domaines, les Membres de l'OMC délimitent *a priori* le champ d'application matériel des disciplines commerciales multilatérales au moyen d'engagements par listes. Cette forme d'engagement, en ce qu'elle prédétermine les catégories économiques, prévient tout raisonnement économique du juge. Le raisonnement retrouve alors un certain formalisme. Enfin, l'Union et l'OMC font appel à des instruments juridiques appartenant à la *soft law* dont la portée normative est incertaine. Les juges de l'Union et de l'OMC font montre d'une certaine réserve à leur endroit. Ils leur font produire des effets variables qui dépendent *in fine* de la volonté exprimée des Membres de l'organisation, de leur éventuel consensus ou d'autres règles juridiques.

CONCLUSION DU TITRE II

397. Le raisonnement du juge ne peut être analysé en dehors de toute réflexion sur les caractéristiques des règles juridiques qu'il doit appliquer. A cet égard, la comparaison des droits de l'Union et de l'OMC fait ressortir deux éléments significatifs : ces droits sont marqués par un phénomène d'indétermination d'une part, et sont de nature économique d'autre part. La formulation du droit de l'OMC et du droit de l'Union au moyen de notions indéterminées s'explique par les fonctions que remplissent ces notions dans ces systèmes ainsi que par la nature économique du droit. Si l'indétermination est le fondement d'une marge de liberté conséquente des juges de l'OMC et de l'Union, leurs raisonnements sont tout de même soumis à des contraintes. Ces contraintes de portée variable sont méthodologiques et axiologiques. La contrainte méthodologique semble peser davantage sur le raisonnement du juge de l'Organisation mondiale du commerce que sur celui du juge de l'Union. A ce titre,

leurs démarches interprétatives divergent. Le juge de l'OMC suit avec rigueur la méthodologie préconisée par la Convention de Vienne alors que le juge européen suit une démarche plus éclectique visant à faire produire aux règles communes leur effet maximal. Ces démarches paraissent *in fine* intimement liées aux structures et objectifs des Traités et expliquent alors les différences observées. Quant à la contrainte axiologique, elle constitue, *ultima ratio*, le facteur explicatif de l'interprétation. Ce processus s'inscrit dans une relation entre l'auteur, l'interprète et les valeurs véhiculées par les normes. Le respect de la contrainte axiologique, qui se vérifie dans la jurisprudence de l'Union européenne et de l'OMC, constitue un facteur de légitimité et d'acceptabilité de l'interprétation. Il apparaît également que le raisonnement du juge est déterminé par la nature économique des droits de l'Union et de l'OMC. La substance économique du droit teinte le raisonnement des juges d'appréciations économiques et de références au marché et à ses acteurs. A cet égard, il est symptomatique que le juge de l'OMC et le juge européen raisonnent de façon semblable, ils font appel aux mêmes critères et mènent des appréciations analogues. En ce sens, la portée de la contrainte normative est indéniable. Celle-ci se vérifie également au regard des spécificités formelles du droit économique. La prédétermination des rapports économiques dans certaines règles du droit de l'OMC engendre un retour du formalisme dans le raisonnement du juge. Enfin, l'analyse des raisonnements au regard des instruments de *soft law* atteste une fois encore de l'influence de la forme du droit sur le raisonnement. Les juges de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce partagent en effet une certaine réticence envers ces instruments auxquels ils ne font produire dans leurs raisonnements que des effets modérés. L'étude des déterminants normatifs fait donc apparaître des lignes de comparaison intéressantes du raisonnement des juges. Face à des règles de droit aux caractéristiques comparables, ils raisonnent de façon semblable.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

398. La place accordée au juge au sein du système juridique, la fonction qui lui est assignée, les caractéristiques des systèmes en ce qu'ils sont incohérents et incomplets, la texture ouverte du droit ou sa substance économique sont autant d'éléments qui déterminent le raisonnement du juge européen et du juge de l'OMC. Face à des phénomènes similaires, ces derniers raisonnent la plupart du temps de la même façon. Confronté à des incohérences, le

juge raisonne tout d'abord par évitement, il raisonne également de façon à mettre en cohérence les dispositions qui ne le sont pas. Le juge européen et le juge de l'OMC raisonnent de façon semblable face aux lacunes. Si le raisonnement les dispense de reconnaître l'existence de certaines insuffisances du droit, il leur permet surtout de résorber ces insuffisances. A cet égard, ils ont recours aux mêmes modes de raisonnement et privilégient l'analogie et l'application des principes. Le caractère indéterminé de certaines règles juridiques de l'Union et de l'OMC offre au juge une marge de manœuvre similaire en termes d'interprétation. En revanche, leur méthode interprétative n'est pas nécessairement comparable. Les différences entre les Traités et entre les fonctions assignées aux juges prennent alors tout leur sens. Enfin, la substance économique des règles juridiques atteste également d'une comparabilité des modes de raisonnement du juge de l'Union et du juge de l'OMC. Ils s'adaptent à cette substance et intègrent des éléments de rationalité économique. De même, la forme, parfois particulière, que revêt la règle économique a une influence sur le raisonnement du juge qui retrouve le formalisme propre au droit. Les raisonnements du juge européen et du juge de l'OMC sont ainsi déterminés par des éléments qui leur sont extérieurs. Néanmoins, le raisonnement de ces juges est également mis au service d'une fin.

Partie II Les finalités du raisonnement

399. Selon Mme Jouannet, « toutes les normes et institutions juridiques [sont] de simples outils permettant la régulation des conduites et qui, en tant que tels, sont ainsi destinés à être utilisés suivant la fin pour laquelle ils ont été institués »[1236], il en va naturellement de même du raisonnement du juge. En effet, le raisonnement du juge constitue un outil nécessairement mis au service du rôle que cet organe doit tenir au sein des systèmes juridiques. Naturellement, le raisonnement est mené, avant tout, afin de trancher le litige soumis au juge. Mais le raisonnement doit être envisagé au-delà de chaque litige particulier. A cet égard, la jurisprudence fait clairement apparaître deux finalités poursuivies par le juge de l'OMC et le juge européen dans leurs raisonnements.

400. En premier lieu, le raisonnement poursuit une finalité inhérente à la fonction du juge dans une organisation internationale ou supranationale, à savoir la réalisation des objectifs énoncés par les Traités. Le raisonnement des juges constitue l'instrument à travers lequel ils participent à la réalisation des objectifs de leurs organisations respectives. A cet égard, la

[1236] E. JOUANNET, « La saisine ou la simplicité dans la diversité », in *La saisine des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL, (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2006, pp. 307-317, sp. p. 308.

nécessaire neutralité du juge envers les prétentions des parties ne fait pas obstacle à ce qu'il participe à l'intégration européenne ou à la libéralisation des échanges dans l'OMC (Titre I).

401. En second lieu, le juge, par son raisonnement, poursuit un objectif d'acceptabilité de ses décisions. Cette finalité est consubstantielle à la fonction même du juge car elle facilite le respect et la mise en œuvre de ses décisions et de la jurisprudence. Son importance est naturellement accrue au sein de l'Union européenne et de l'OMC au vu de la relation que le juge entretient avec les parties ou les Membres de ces organisations. Le raisonnement du juge de l'OMC et du juge européen est ainsi mis au service de l'acceptabilité de leurs jugements et de la jurisprudence (Titre II).

Titre I Les objectifs des Traités : une finalité du raisonnement

402. La création de l'Union européenne et l'OMC répond à certains objectifs identifiés dans les Traités. L'instauration du juge, organe indépendant et impartial chargé de trancher les litiges et d'imposer le respect des règles communes, n'est pas fortuite. Au contraire, elle symbolise la volonté des Membres de se soumettre aux règles communes et constitue, pour tous, la garantie du respect de ces règles. De plus, elle est un moyen de parvenir à la réalisation de ces objectifs. En effet, en imposant à chaque Membre le respect de ses obligations, le juge œuvre à la suppression des obstacles au libre-échange dans l'OMC et à la réalisation de l'objectif d'intégration dans l'Union. Cette fonction du juge européen et du juge de l'OMC s'apparente au « juge-arbitre » décrit par M. Ost. Dans cette acception, le juge « exerce une fonction comparable à celle de l'arbitre dans une compétition sportive : il est chargé uniquement d'assurer le respect des règles du jeu »[1237]. Mais la fonction du juge, dans l'Union et dans l'OMC, dépasse ce simple rôle. En effet, dans ces organisations, il « est responsable de la conservation et de la promotion d'intérêts finalisés par des objectifs socio-

[1237] F. OST, « Juge –pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judicaire. Transformations et déplacements*, P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE

économiques »[1238]. Il devient alors un « juge-entraîneur » qui « s'efforce de concourir à la victoire collective »[1239]. Dans l'Union européenne et dans l'OMC, cette « victoire collective » suppose d'une part l'effectivité des règles communes et d'autre part la réconciliation d'intérêts divergents.

403. Le raisonnement du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce est un outil mis au service de la réalisation des objectifs de l'Union et de l'OMC. Naturellement, la comparaison trouve ici certaines de ses limites car les objectifs respectifs de l'Union et de l'OMC ne sont pas identiques. Néanmoins, elle se justifie car la finalisation du raisonnement reste similaire en ce qu'elle donne corps aux règles communes et assure leur effectivité (Chapitre I).

404. La poursuite d'objectifs communs au sein de l'Union et de l'OMC n'est cependant pas exclusive de l'existence d'intérêts propres à chacun de leurs Membres. La réalisation des objectifs des Traités nécessite ainsi du juge qu'il parvienne à réconcilier ces intérêts divergents. A cet égard, le raisonnement du juge constitue un élément de conciliation d'intérêts divers au sein de l'Union et de l'OMC (Chapitre II).

(dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, pp. 1-70, sp. p. 44.

[1238] *Idem*, p. 47.

[1239] *Id*, p. 45.

Chapitre I Le raisonnement : un vecteur d'effectivité des règles communes

405. L'Union européenne et l'OMC ont été créées afin de parvenir à la réalisation d'objectifs identifiés : l'union sans cesse plus étroite et l'intégration économique dans la première, la libéralisation des échanges dans la seconde. La réalisation de ces objectifs, reflets de l'accord politique des Membres, ne peut être atteinte sans l'intervention du juge chargé de faire respecter les règles négociées. Mais au-delà de cette fonction de juge-arbitre, la nature et les caractéristiques des systèmes de l'Union européenne et de l'OMC supposent l'intervention du juge-entraîneur. En effet, la formulation du droit en des termes vagues implique nécessairement que les juges interprètent la règle avant de l'appliquer et cette interprétation du droit a souvent pour conséquence que les juges « complètent, modèlent, transforment le droit et même, assez souvent, qu'ils créent un droit nouveau »[1240]. De même, les lacunes ou les carences du droit sont autant d'interstices que le juge peut exploiter. Enfin, la permanence du juge s'oppose à l'intermittence de l'expression de la volonté politique[1241]. Sur ces fondements, la réalisation des objectifs communs constitue nécessairement une finalité du raisonnement du juge.

406. Certes, cela pose la question de l'activisme de l'organe juridictionnel. A cet égard, trois remarques doivent être formulées. Tout d'abord, la distinction entre l'activisme et le fait de donner plein effet aux obligations souscrites n'est pas évidente. De plus, le juge est l'organe qui se trouve directement aux prises avec les problèmes d'application et d'interprétation du droit et contrairement au pouvoir politique, il ne peut se détourner de ces demandes, qui lui sont parfois faites en raison du silence des décideurs politiques. Enfin, la comparaison entre la Cour et le juge de l'OMC doit nécessairement prendre en compte, ici, la fonction attribuée au juge dans l'intégration européenne et l'enceinte commerciale

---

[1240] M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, préc., p. 69.

[1241] Certains auteurs se demandent même si le système multilatéral ne se caractérise pas par un déséquilibre des pouvoirs au profit du juge, V. C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., pp.

multilatérale. Alors qu'une mission extrêmement large est attribuée à la Cour, le système de règlement des différends est envisagé sous un angle plus nuancé. Un certain nombre de limites sont posées à la fonction du juge. Dès lors, même si la Cour et le juge de l'OMC structurent leur raisonnement autour des principes fondamentaux des Traités (Section I) ou utilisent les défaillances des Traités afin de donner plein effet aux obligations (Section II), il existe une différence entre la jurisprudence de la Cour et celle des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Le raisonnement de la Cour est, sans conteste, irrigué par l'intérêt commun né de l'intégration européenne. Au sein de l'OMC, le juge doit, en revanche, tenir compte de l'équilibre du système issu de la négociation, de l'équilibre entre les droits et obligations de chaque Membre et de l'équilibre entre les droits des Membres[1242].

Section I Le raisonnement par les principes fondamentaux des Traités

407. Certaines règles du droit de l'Union et du droit de l'OMC revêtent une importance particulière. Parmi celles-ci figurent les composantes matérielles de la Constitution économique et les principes structurants de l'Union et de l'OMC. Les principes fondamentaux de la Constitution économique constituent un élément central du raisonnement du juge afin de garantir l'effectivité des entreprises communes (§1er). Ces principes sont complétés par des obligations de comportement plus générales – les principes de coopération loyale et de bonne foi – qui innervent l'ensemble des obligations (§2nd).

Paragraphe I La Constitution économique : condition de l'effectivité

408. Les éléments du système de valeurs exprimé dans les Traités constituent naturellement des outils dont le juge peut faire usage. Ainsi, la Constitution économique a « une fonction structurante »[1243], et la Cour en a instrumentalisé les moyens et les fins afin de donner leur

632-637.

[1242] Mme Ruiz Fabri montre ainsi que « l'équilibre su système » est un objectif du juge multilatéral, selon cet auteur, « le juge de l'OMC paraît bien avoir une téléologie qu'on peut résumer sous le terme d'équilibre du système », H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 57, V. également H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans l'Organisation mondiale du commerce », préc., pp. 724-725 ; H. RUIZ FABRI, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC, trois ans après, quinze rapports plus tard… », *RGDIP*, 1999, pp. 49-127, sp. p. 126

[1243] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc. p. 87.

effet maximum aux dispositions du Traité. Au sein de l'OMC, les principes de la nation la plus favorisée et du traitement national constituent également de tels instruments. Les principes de la Constitution économique structurent le raisonnement du juge autour d'obligations jugées fondamentales. A cet égard, le juge donne corps aux obligations qui permettent de construire le marché intérieur et d'assurer la libéralisation des échanges. Le raisonnement est, d'une part, un vecteur d'ouverture aux échanges et un garant de la libre circulation (A), d'autre part, le raisonnement du juge est un instrument de garantie de l'égalité concurrentielle (B).

A L'ouverture aux échanges et la libre circulation

409. En raison des objectifs d'édification du marché intérieur dans l'Union et d'ouverture aux échanges des Membres de l'OMC, le principe de non discrimination s'accompagne dans ces deux organisations d'autres obligations. Le principe de libre circulation dans l'Union (1) et l'interdiction des restrictions quantitatives dans l'OMC (2) permettent également la réalisation des objectifs communs.

1 Le marché intérieur

410. Le principe de libre circulation dans l'Union est lié à la reconnaissance de libertés économiques dans les Traités originaires. L'affirmation de ces libertés économiques et leur effectivité étant une des conditions de réussite de l'entreprise commune, ces libertés constituent des piliers de la Constitution économique européenne[1244]. Dans un premier temps l'exercice de ces libertés était intrinsèquement liée au principe de non discrimination. Mais même interprété largement celui-ci ne constituait pas le fondement de l'interdiction de certaines mesures applicables aux produits et opérateurs nationaux et étrangers mais affectant davantage les seconds. Le principe de libre circulation est alors intervenu en soutien, voire en relais, du principe de non discrimination dans le raisonnement du juge. Cet aspect constitue d'ailleurs une des différences fondamentales entre l'Union et l'OMC, en effet, au-delà du principe de non discrimination les quatre libertés économiques constituent des piliers du marché commun puis intérieur.

[1244] L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E », préc., p. 249.

411. La libre circulation des marchandises est tour à tour qualifiée de « principe fondamental du traité »[1245], de « liberté fondamentale garantie par le traité »[1246], de « règle fondamentale » de l'Union européenne[1247]. Les autres libertés de circulation connaissent les mêmes qualificatifs, et « constituent des libertés fondamentales dans le système de la Communauté »[1248]. Pour le juge, ces libertés sont fonctionnelles. En effet, elles « servent à atteindre un des objectifs essentiels de la Communauté, notamment celui de la réalisation du marché intérieur »[1249]. Interprétées à la lumière de cet objectif les libertés de circulation ont été interprétées largement par le juge. Pour ce faire, il a structuré son raisonnement autour du caractère fondamental de ces libertés et de leur importance au regard de la construction et de l'effectivité du marché.

412. Le principe de libre circulation doit dans un premier temps être mis en relation avec l'interdiction des restrictions tarifaires. Le Traité interdit les droits de douane et les taxes d'effet équivalent aux droits de douane mais ne définit pas cette notion indéterminée. Pour la Cour, constitue une telle taxe une « charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères en raison du fait qu'elles franchissent la frontière »[1250]. De surcroît, l'effet de la taxe est indifférent. Une charge qui « n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en occurrence avec une production nationale »[1251] est néanmoins interdite. Cette définition est intéressante à plusieurs égards : le juge ne fait aucune référence à un éventuel caractère discriminatoire et il exclut tout critère *de minimis*[1252]. Ainsi, la Cour ne tient pas compte de l'effet réel de la taxe et n'exige pas que celle-ci présente un caractère protectionniste[1253]. Cette définition extensive mais objective doit s'analyser au regard du principe de libre circulation. En effet, c'est précisément parce que les

---

[1245] CJCE, 5 juin 2007, Rosengren et a. aff. C-170/04, Rec. p. I-4071, pt. 31 ; CJUE, 28 janvier 2010, Commission c/ France, aff. C-333/08, Rec. p. I-757, pt. 73
[1246] CJCE, 13 mars 2008, Commission c/ Belgique, aff. C-227/06, Rec. p. I-46, pt. 61.
[1247] CJCE, 20 février 1979, Société Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. p. 649, pt. 14.
[1248] CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663.
[1249] Trib. UE, 2 mars 2010, Arcelor SA c/ Parlement et Conseil, aff. T-16/04, Rec. p. II-211, pt. 174.
[1250] CJCE, 14 décembre 1962, Commission c/ Luxembourg et Belgique, aff. jtes 2 et 3/62, Rec. p. 813.
[1251] CJCE, 1er juillet 1969, aff. 24/68, Commission c/ Italie, Rec. p. 193.
[1252] CJCE, 1er juillet 1969, Commission c/ Italie, aff. 24/68, Rec. p. 193 ; CJCE, 10 octobre 1973, , F. lli Variola SpA c/ Administration des finances italiennes, aff. 34/73, Rec. p. 981.
[1253] CJCE, 1er juillet 1969, Commission c/ Italie, aff. 24/68, Rec. p. 193, pt. 6 ; CJCE, 1er juillet 1969, Sociaal Fonds voor de Diamentarbeids c/ SA Ch. Brachfeld & Sons et Chougol Diamond Co, aff. jtes 2/69 et 3/69, Rec. p. 93.

marchandises doivent pouvoir circuler que l'interdiction est si intransigeante. Cela se remarque à la lecture de la jurisprudence relative à la notion de frontières puisque celle-ci englobe également les frontières au sein d'un même Etat[1254].

413. Il en va de même des libertés de circulation puisque le juge les interprète très largement et prend en compte dans son raisonnement l'évolution des modalités de protection des marchés nationaux. Ainsi, la Cour raisonne de façon à appréhender le plus largement possible toutes les restrictions au principe de libre circulation.

414. Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, c'est tout d'abord la définition des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives qui le montre. Cette notion indéterminée fondamentale dans le système du Traité puisque de son interprétation et de son application dépend très largement le démantèlement des entraves à la libre circulation des marchandises n'est pas définie dans le droit originaire. Au sujet de cette notion M. Simon a relevé qu'il s'agit « d'une notion 'fonctionnelle', dont la portée ne peut être déterminée que par rapport à l'objectif poursuivi par les auteurs du Traité »[1255]. Cette notion indéterminée a nécessairement était interprétée et définie par le juge européen. La Cour a, dans l'arrêt Dassonville, défini de façon extrêmement large la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Constitue une telle mesure « toute réglementation commerciale des États Membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »[1256]. Le recours aux adverbes par la Cour montre bien l'effet extensif souhaité. Par ailleurs, il suffit que de telles mesures soient « susceptibles » d'entraver. Sont interdites, les mesures qui affectent en elles-mêmes les produits importés et qui sont des entraves directes, ainsi que les entraves indirectes. Une mesure nationale « bien qu'elle ne conditionne pas directement les importations, est cependant de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu'elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés »[1257]. Un autre aspect fondamental est que la définition se réfère aux entraves potentielles. Ainsi, il n'est « pas

---

[1254] CJCE, 16 juillet 1992, Legros, aff. C-163/90, Rec. p. I-4625 ; CJCE, 9 septembre 2004, Carbonati Apuani c/ Comune di Carrare, aff. C-72/03, Rec. p. I-8027.
[1255] D. SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 44.
[1256] CJCE 11 juillet 1974, Dassonville, aff. 8/74, Rec. p. 837.
[1257] CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ France, aff. 152/78, Rec. p. 2299.

nécessaire d'établir que des mesures restreignent effectivement les importations des produits concernés, mais il suffit qu'elles aient un effet potentiel sur les importations qui pourraient avoir lieu en leur absence »[1258]. Enfin, la formule « Dassonville » a également été complétée par la jurisprudence Cassis de Dijon[1259], le caractère extensif de l'interdiction des mesures d'effet équivalent est réaffirmé puisque cette jurisprudence pose explicitement le principe de l'interdiction des mesures spécifiquement applicables.

415. L'appréhension très large de la notion de restriction en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services a la même finalité.

416. L'affaire Webb constitue une prémisse de l'interdiction des mesures spécifiquement applicables dans le cadre de la libre prestation de services, mais la Cour a définitivement franchi le pas avec les affaires « guides touristiques »[1260] confirmés quelques mois plus tard[1261]. La libre prestation de services exige désormais « non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États Membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État Membre, où il fournit légalement des services analogues »[1262]. Ici encore la définition est non seulement extensive mais favorable à la libre circulation, puisque sont interdites non seulement les mesures qui « prohibent » mais également les mesures qui « gênent » or la distinction entre les deux est fondamentale. De même, la Cour refuse de prendre en compte tout critère relatif à l'ampleur de la restriction ou de l'entrave[1263] et constitue ainsi une entrave une mesure

---

[1258] CJCE, 16 décembre 1986, Commission c/ Grèce, aff. 124/85, Rec. p. 3935.
[1259] CJCE, 20 février 1979, Société Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. p. 649.
[1260] CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, aff. C-154/89, Rec. p. I- 659 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, aff. C-180/89, Rec. p. I-691 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Grèce, aff. C-198/89, Rec. p. I-709.
[1261] CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays Bas, aff. C-353/89, Rec. p. I-4069 ; CJCE, 25 juillet 1991, Säger et Dennemeyer, aff. C-76/90, Rec. p. I-4221.
[1262] Pour la liberté d'établissement CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663 ; CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165.
[1263] CJCE, 1er avr. 2008, aff. C-212/06, Gouvernement de la Communauté française : Rec. p. I-1683 ; Europe 2008, comm. 182, obs. L. Driguez.

nationale qui affecte le commerce « sans qu'il soit nécessaire que ces mesures soient de nature à affecter sensiblement les échanges intracommunautaires »[1264].

417. Dans ce mouvement jurisprudentiel, le caractère fondamental de la libre circulation est réaffirmé et mis en lien avec les objectifs du Traité. Ainsi, quand la Cour juge dans l'affaire de la guerre des fraises[1265] qu'une mesure d'effet équivalent s'entend également de l'abstention des autorités nationales à rendre effective la libre circulation des marchandises, elle procède à plusieurs rappels liminaires : le caractère fondamental de la libre circulation des marchandises, les caractéristiques du marché intérieur qui implique la libre circulation et la suppression des obstacles à cette liberté.

418. Ce mouvement jurisprudentiel continue à s'étoffer malgré les difficultés engendrées par la jurisprudence Keck et Mithouard[1266]. La libre circulation s'accompagne aujourd'hui du principe de l'accès au marché[1267] car pour le juge « l'article 34 TFUE reflète le principe de libre accès au marché »[1268]. Ces jurisprudences attestent bien de l'instrumentalisation du principe de libre circulation. Dans l'OMC, un tel principe est exclu, cependant, c'est le recours au principe d'ouverture et de participation aux échanges qui seconde et renforce le principe de non discrimination.

2 L'OMC

419. Le principe d'ouverture aux échanges se traduit notamment dans l'OMC par l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation. Au-delà de cette règle, le principe tend aujourd'hui à être facilité par les Accords OTC et SPS, mais le cœur de l'interdiction réside dans l'article XI : 1 du GATT[1269]. Cette disposition prohibe les

---

[1264] CJCE, 13 mars 1984, Prantl, aff. 16/83, Rec. p. 1299, pt. 20.
[1265] CJCE 9 décembre 1997, Commission c/ France C-265/95
[1266] CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097.
[1267] CJCE 10 févrer 2009, Commission c/ Italie, aff. C-110/05, Rec. p. I-519 ; CJCE 4 juin 2009, Mickelsson et Roos, aff. C-142/05, Rec. p. I-4273 ; CJCE, 30 avril 2009, Fachverband der Buchund Medienwirtschaft, aff. C-531/07, Rec. p. I-3717.
[1268] CJCE 10 févrer 2009, Commission c/ Italie, aff. C-110/05, Rec. p. I-519, pt 34 ; CJUE 2 décembre 2010, KerOptika, aff. C-108/09, Rec. p. I-12213, pt. 48 ; CJUE, 18 octobre 2012, Elenca SRL, aff. C-385/10, pt. 23.
[1269] V. l'article XI :1 GATT en vertu duquel « aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au

restrictions quantitatives notamment à l'importation. Cette interdiction est interprétée largement et reflète alors clairement la méfiance de l'enceinte commerciale multilatérale à l'encontre de ces mesures.

420. Le juge de l'OMC, dans le différend Inde restrictions quantitatives, a souligné que « l'article XI contient l'un des principes fondamentaux du système juridique du GATT/de l'OMC, la prohibition générale des restrictions quantitatives »[1270]. En raison du caractère fondamental de l'interdiction, celle-ci doit nécessairement avoir la portée la plus vaste possible. Déjà sous l'empire du GATT, et encore aujourd'hui cette disposition « a un caractère global : elle s'applique à toutes les mesures instituées ou maintenues par [un Membre] pour prohiber ou restreindre l'importation, l'exportation ou la vente pour l'exportation de produits, sauf si ces mesures [prennent] la forme de droits de douane, taxes ou autres impositions »[1271]. Au-delà du champ d'application de l'interdiction, l'appréciation de la violation est également effectuée en tenant compte de l'importance de la prohibition affirmée par le texte. Ainsi, les régimes de licence d'importation peuvent être condamnés sur le fondement de cette disposition. Tel fut le cas dans une affaire sous l'empire du GATT[1272]. Les produits étaient normalement soumis à des restrictions quantitatives or celles-ci n'avaient pas été adoptées, les autorisations d'importation étaient donc délivrées sur demande aux opérateurs économiques. Pour le Groupe spécial du GATT, ce régime dès lors qu'il ne prévoit pas « la délivrance automatique de licences » constitue une restriction quantitative. De même dans l'affaire Japon Commerce des semi-conducteurs[1273], les pratiques de l'administration nationale japonaise en matière de licences d'exportation ont été qualifiées de restrictions à l'exportation. En effet, les licences n'étaient pas délivrées automatiquement mais avec plusieurs mois de retard. Plus récemment dans l'affaire Inde restrictions quantitatives, l'Organe d'appel a qualifié de restriction le régime indien de licences applicable aux marchandises figurant dans la Liste négative d'importations. Comme dans les affaires du

---

moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé ».

[1270] Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du groupe spécial du 6 avril 1999, WT/DS90/R, § 5.127.

[1271] *Ibidem*, § 5.128. Le Groupe spécial reprend sur ce point le Rapport du Groupe spécial du GATT dans le différend Japon - Commerce des semi-conducteurs, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, § 104.

[1272] Rapport du Groupe spécial du GATT dans le différend Restrictions quantitatives à l'importation de certains produits en provenance de Hong Kong, adopté le 12 juillet 1983, IBDD, S30/135, § 31.

[1273] Rapport du Groupe spécial du GATT dans le différend Japon - Commerce des semi-conducteurs, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126.

GATT, c'est le caractère non automatique et donc discrétionnaire du système qui emporte la conviction du juge, en effet, « les régimes de licences discrétionnaires ou non automatiques, en raison de leur nature même, ont l'effet de limitations de l'action car certaines importations peuvent ne pas être autorisées »[1274]. Ainsi, c'est bien la nature du système qui était en cause et non son application réelle. Dans le même différend, les Etats-Unis mettaient également en cause le système de licence à l'importation en ce qu'il réserve les licences aux utilisateurs effectifs, c'est-à-dire aux industriels, en opposition aux utilisateurs non effectifs. Le juge accueille cette argumentation et rappelle l'interdiction globale « des restrictions à l'importation que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé »[1275]. L'expression « de tout autre procédé » permet ainsi d'appréhender un large évantail de mesures nationales comme les limitations relatives aux points de vente de la bière importée[1276], les régimes de prix minimal à l'importation[1277] ou les mesures limitant les exportations au dessous d'un certain niveau de prix[1278]. Enfin, l'article XI : 1 prohibe également les restrictions *de facto*. Les Communautés européennes ont par exemple allégué qu'une résolution argentine qui ne limitait pas en elle-même les exportations de peaux de bovins, constituait une restriction. Elles soutenaient que la participation des représentants du secteur privé argentin à l'inspection des peaux de bovins brutes exportées constituait une restriction *de facto* aux importations. L'Argentine tentait de se défendre en affirmant que l'expression « tout autre procédé » doit s'entendre d'une mesure publique ou privée contraignante. Pour le Groupe spécial, il importe peu que la mesure ait pour objet de limiter les échanges ou qu'elle ne soit pas contraignante. Seul son effet importe et il juge que « les disciplines prévues à l'article XI:1 englobent les restrictions qui sont *de facto* par nature »[1279]. Dans une mesure moindre qu'au sein de l'Union européenne mais de façon

---

[1274] Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du groupe spécial du 6 avril 1999, WT/DS90/R, § 5.129.

[1275] Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du groupe spécial du 6 avril 1999, WT/DS90/R, § 5.142.

[1276] Rapport du Groupe spécial du GATT dans le différend Canada - Importation, distribution et vente de boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation, adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/38, § 4.24.

[1277] Rapport du Groupe spécial du GATT dans le différend CEE - Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes adopté le 18 octobre 1978, IBDD, S25/75, § 4.9.

[1278] Rapport du Groupe spécial du GATT dans le différend Japon - Commerce des semi-conducteurs, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, § 105.

[1279] Argentine — Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis, rapport du Groupe spécial du 19 décembre 2000, WT/DS155/AB/R, § 11.17.

significative la prohibition des restrictions quantitatives est interprétée largement dans l'OMC afin de donner corps à l'interdiction absolue de ces restrictions.

B L'égalité dans les échanges

421. Dans les relations économiques, l'égalité concurrentielle est fondamentale. En effet, les mesures qui tendent à protéger certains produits entraînent nécessairement des distorsions de concurrence et des effets protectionnistes. Le principe de non discrimination est une des pierres angulaires du raisonnement du juge européen (1) et du juge de l'OMC (2).

1 Le marché intérieur

422. « [I]nscrit au cœur du projet européen »[1280], le principe de non discrimination « est conçu comme un principe qui fonde le système juridique communautaire. Il en constitue une pierre angulaire qui permet d'assurer sa stabilité et sa solidité »[1281]. Dans une perspective économique, le principe doit permettre l'égalité concurrentielle des marchandises ou des opérateurs économiques.

423. Ce principe, qualifié de « disposition fondamentale établissant le marché commun »[1282], vise dans le cadre de la construction européenne à interdire toutes les discriminations en raison de la nationalité. Le critère de nationalité est loin d'être dépourvu d'incidence au regard de l'objectif d'intégration économique. En effet, il « revêt une dimension très particulière en droit de l'Union, dès lors qu'il constitue, pour commencer, la manifestation la plus flagrante du protectionnisme national »[1283]. C'est donc le lien entre la discrimination fondée sur la nationalité et la construction du marché qui explique l'instrumentalisation du principe dans le raisonnement du juge.

424. La Cour a interprété cet objet comme impliquant « la parfaite égalité de traitement des personnes se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire avec les

---

[1280] R. HERNU, « Le principe de non-discrimination : principe d'ordonnancement des politiques de l'Union européenne », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, V. Michel (dir), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 373-387, spéc. 376.
[1281] *Idem*, p. 378.
[1282] CJCE, 21 décembre 1954, France c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 1/54, Rec. p. 7.
[1283] V. le point 129 des Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon sous l'affaire CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, aff. C-47/08, Rec. p. I-4105.

ressortissants de l'État Membre »[1284]. Dans une perspective économique, il doit permettre d'éliminer toutes les mesures qui désavantagent ou imposent au ressortissant d'un autre Etat Membre des conditions plus rigoureuses qu'aux opérateurs nationaux[1285]. En matière de libre circulation des marchandises, la discrimination ostensible est interdite mais la Cour sanctionne également les mesures qui favorisent uniquement les produits nationaux[1286]. Cependant, l'objectif économique d'intégration suppose que soit dépassée la discrimination formelle. Ainsi, les mesures qui entraînent une discrimination indirecte sont également appréhendées car le principe interdit « toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »[1287]. Par ailleurs, le juge européen ne raisonne pas en fonction de l'auteur de la discrimination. Ainsi, il est indifférent pour la Cour qu'elle soit le fait de l'Etat, de la puissance publique ou d'un organisme privé[1288].

425. L'application du principe a permis l'interdiction d'un certain nombre de mesures. Ont ainsi été qualifiées de discriminations directes des conditions de nationalité pour accéder à certaines professions[1289] telles que la profession de notaires ou l'exigence imposée aux seuls ressortissants étrangers de devoir constituer une société pour obtenir une licence de pêche[1290]. De telles discriminations sont également interdites dans le cadre de la libre prestation de services. L'application par les autorités allemandes d'une convention entre cet Etat et la Pologne qui aboutit à réserver aux seules entreprises établies en Allemagne la possibilité d'avoir recours au détachement de travailleurs d'entreprises polonaises est directement discriminatoire[1291]. La Cour a pu également qualifier de discrimination indirecte les législations nationales qui subordonnent l'octroi d'un avantage fiscal au fait que la prestation de services soit accomplie sur le territoire national[1292] ou l'obligation de résider depuis au

[1284] CJCE, 2 févrer 1989, Cowan c/ Trésor public, aff. 186/87, Rec. p. 195, pt. 10.
[1285] CJCE, 13 décembre 1984, Haug-Adrion c/Frankfurter Versicherungs-AG, aff. 251/83, Rec. p. 4277.
[1286] CJCE, 24 novembre 1982, Commission c/ Irlande, aff. 249/81, Rec. p. 4005.
[1287] CJCE, 12 février 1974, Sotgiu c/ Deutsch Bundespost, aff. 152/73, Rec. p. 153.
[1288] CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921.
[1289] CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Grèce, aff. 38/87, Rec. p. 4415.
[1290] CJCE, 4 octobre 1991, Commission c/ Irlande, aff. C-93/89, Rec. p. I-4569.
[1291] CJUE, 21 janvier 2010, Comm. c/ Allemagne, aff. C-546/07, Rec. p. I-439.
[1292] CJCE, 10 mars 2005, Laboratoires Fournier, aff. C-39/04, Rec. p. I-2057.

moins un an sur le territoire national pour pouvoir bénéficier de certaines allocations familiales[1293].

426. Le principe de non-discrimination constitue donc un levier privilégié de l'intégration européenne, qui selon la vision pragmatique de la Cour a permis d'appréhender de nombreuses législations nationales. Mais la Cour a également imposé aux Etats Membres le respect du principe dans des domaines qui ne relèvent pas des compétences de l'Union car l'importance de la suppression des discriminations justifie que les Etats membres doivent respecter ce principe[1294]. La discrimination est la marque la plus flagrante du protectionnisme ou de la préférence accordée aux opérateurs économiques nationaux. A ce titre, elle heurte l'objectif d'intégration du marché et doit être éliminée. Dès lors, le juge raisonne en fonction de cet objectif et cherche à appréhender toutes les formes de discrimination. Formulée différemment au sein de l'OMC, l'interdiction des discriminations n'en constitue pas moins un enjeu fondamental de la libéralisation des échanges.

2 L'OMC

427. Au sein de l'OMC, le principe de non discrimination s'entend de deux obligations complémentaires : la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national.

428. La clause de la nation la plus favorisée a été qualifiée de « pierre angulaire du GATT de 1994 » et de « pilier du système commercial multilatéral »[1295]. Ce principe, qui vise à interdire les discriminations envers des produits similaires originaires de différents Membres[1296], est important au contentieux mais également lors des négociations. Comme le souligne le juge, il a « régulièrement servi de base et d'élément moteur essentiel pour l'octroi

---

[1293] CJCE, 10 mars 1993, Commission c/ Luxembourg, aff. C-111/91, Rec. p.I-817.

[1294] CJCE, 14 févr. 1995, Schumacker, aff. C-279/93, Rec. I. 225, pt. 21

[1295] Communautés européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, § 101 ; Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS139/AB/R, § 69 ; États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, rapport de l'Organe d'appel du 2 janvier 2002, WT/DS176/AB/R, § 297, dans ce rapport l'Organe d'appel a souligné que « tout comme l'obligation de traitement national, l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée est depuis longtemps l'un des piliers du système commercial mondial. Cela fait plus de 50 ans que l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée, énoncée à l'article premier du GATT de 1994, est à la fois centrale et essentielle pour assurer le succès d'un système mondial fondé sur des règles pour le commerce des marchandises ».

[1296] Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000,

de concessions pendant les négociations commerciales »[1297] et permet d'étendre à tous les Membres de l'OMC des concessions négociées entre deux Membres[1298]..

429. L'importance de ce principe guide ainsi l'interprétation des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Pour l'Organe d'appel, « l'aspect essentiel des obligations de non-discrimination est que des produits similaires doivent être traités de la même manière, quelle que soit leur origine »[1299]. Cette obligation est fondamentale dans le système commercial multilatéral et fait l'objet d'une approche assez stricte. La confrontation d'une mesure avec ce principe implique une démarche en trois temps : identifier l'avantage, déterminer si les produits sont similaires et si l'avantage identifié a été ou non étendu aux produits similaires. Dans un premier temps du raisonnement du juge, la notion d'avantage est interprétée largement et l'Organe d'appel insiste sur la portée de cette notion. Selon le juge, elle vise « tous les avantages, faveurs et immunités »[1300] accordés à « un produit, c'est-à-dire à n'importe quel produit »[1301]. A titre d'exemple, une exemption de droits à l'importation constitue un tel avantage[1302]. Dans un deuxième temps, la clause de la nation la plus favorisée exige que l'avantage soit accordé aux produits similaires de tous les Membres de l'OMC et non aux produits de certains Membres seulement[1303]. En outre, pour l'Organe d'appel, ce principe interdit non seulement les discriminations *de jure* mais également les discrimination *de facto*[1304]. En effet, l'article I :1 ne précise pas que seules les discriminations *de jure* sont interdites, dès lors, cet article doit être interprété comme visant à interdire les discriminations *de jure* et *de facto*[1305]. En conséquence, une mesure *a priori* neutre quant à l'origine des produits peut être interdite s'il s'avère qu'elle ne l'est pas. Enfin, les avantages et autres

---

WT/DS139/AB/R, § 84.

[1297] Communautés européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, § 101.

[1298] Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS139/AB/R, § 84.

[1299] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 190.

[1300] Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS139/AB/R, § 79.

[1301] *Ibidem*.

[1302] *Idem*, § 76.

[1303] *Id*., § 79.

[1304] *Id*, § 78.

[1305] *Id*, § 79. Le juge souligne que « les termes de l'article I:1 n'en restreignent pas la portée aux seules situations dans lesquelles le refus d'accorder un 'avantage' aux produits similaires de tous les autres Membres ressort à première vue de la mesure ni à celles où il peut être démontré en s'appuyant sur les termes de la mesure ».

faveurs doivent être étendus aux produits similaires des autres Membres « immédiatement et sans condition ». Pour le juge, cela implique que l'avantage soit étendu à tous les Membres de l'OMC[1306], et que le bénéfice de l'avantage ne soit subordonné à aucune condition[1307].

430. L'AGCS s'applique en vertu de son article I :1 « aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services ». Avant d'examiner si une mesure est compatible avec l'obligation NPF dans le cadre de cet Accord, le Groupe spécial doit tout d'abord vérifier que la mesure entre dans son champ d'application[1308] et qu'elle affecte effectivement le commerce des services. La condition relative à l'affectation est définie largement. Ainsi, l'Organe d'appel a jugé que cette expression « reflète l'intention des rédacteurs de donner une large portée à l'AGCS. Le sens ordinaire de l'expression 'qui affectent' implique qu'il s'agit de mesures qui ont 'un effet sur', ce qui indique un vaste champ d'application »[1309]. L'article II de cet Accord prescrit, dans le cadre de la nation la plus favorisée, d'accorder « un traitement non moins favorable » que celui accordé « aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ». La différence de rédaction observée entre le GATT et l'AGCS n'a pas mené à une différence d'appréciation quant aux discrimination interdites. Les discriminations *de jure* et *de facto* sont également interdites en matière de services[1310]. Pour justifier l'interdiction des discriminations *de facto*, l'Organe d'appel se fonde sur plusieurs éléments. Il souligne que les rédacteurs de l'AGCS n'ont pas précisé que l'article II vise uniquement les discriminations *de jure*. Il s'appuie également sur le « caractère absolu » de l'interdiction et sur les risques de contournement de l'interdiction pour asseoir son argumentation[1311]. C'est donc en fonction de l'objet de l'interdiction et de son importance que l'Organe d'appel interprète le champ d'application et la portée du principe. Son caractère fondamental interdit alors toute interprétation restrictive. Il en va de même du traitement national.

[1306] *Id*, § 85.
[1307] Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, §§14.143-14.146.
[1308] Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS139/AB/R, § 152.
[1309] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 220.
[1310] *Idem*, § 233.
[1311] *Id*., § 234.

431. Dans le cadre du commerce des marchandises, l'obligation du traitement national énoncée à l'article III du GATT se décomposent en plusieurs obligations distinctes. L'article III : 2 impose la règle du traitement national en matière d'impositions intérieures. Ainsi, en vertu de la première phrase de cette disposition les produits importés similaires aux produits nationaux ne doivent pas faire l'objet d'une taxation plus lourde. En vertu de la seconde phrase de cette disposition, les produits importés directement concurrents ou substituables aux produits nationaux ne doivent pas faire l'objet d'une taxation différente appliquée afin de protéger les produits nationaux. Enfin l'article III :4 implique que les produits importés ne soient pas soumis à un traitement moins favorable que celui appliqué aux produits nationaux similaires en matière en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Chacune de ces dispositions nécessite une appréciation en trois temps : l'appréciation de la similarité ou du caractère concurrent des produits nationaux et importés, l'examen de la mesure nationale afin de déterminer si elle entre dans le champ d'application de l'article III et enfin l'appréciation de l'effet de la mesure sur les produits importés. L'appréciation des rapports de similarité et de substituabilité tout d'abord est une approche pragmatique selon des critères définis par le juge. L'analyse nécessite ensuite de déterminer si la mesure nationale relève du champ d'application de l'article III. Par rapport à l'article III : 4 sont visées les mesures internes qui affectent la vente, le transport, la distribution des produits. Enfin quant à la différence de traitement, les deux phrases de l'article III :2 formulent des interdictions différentes. Pour les produits similaires, il est interdit de taxer plus lourdement les produits importés, en ce qui concerne les produits directement concurrents ou substituables il est interdit d'opter pour une différence de taxation qui soit élaborée de façon à protéger les produits nationaux. Enfin, l'article III :4 interdit que les produits importés soient soumis à un traitement moins favorable.

432. Fondamentalement, le principe du traitement national interdit à un Membre de privilégier les produits nationaux par rapport aux produits importés originaires d'autres Membres de l'OMC. Ce principe qui sous tend le GATT[1312] et a pour objectif « d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieures sont

[1312] États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, rapport de l'Organe d'appel du 2 janvier 2002, WT/DS176/AB/R, §§ 242-243.

appliquées »[1313]. Dans ce cadre, le juge raisonne afin de protéger l'égalité des rapports de concurrence des produits nationaux et étrangers. En conséquence, ce principe tend à protéger « les anticipations relatives à l'égalité du rapport compétitif entre les produits importés et les produits nationaux »[1314]. En outre, dans le cadre du traitement national, la discrimination prohibée est la discrimination *de jure* mais également la discrimination *de facto*[1315].

433. En matière tarifaire, la différence de rédaction des deux phrases de l'article III a été interprétée par l'Organe d'appel comme impliquant une différence de régime juridique. En effet, ces obligations reposent sur des postulats différents et doivent être différenciées : dans la première phrase, les produits sont similaires alors que dans la deuxième ils sont directement concurrents ou substituables. Cette différence n'est pas seulement théorique, elle implique en pratique une distinction assez fondamentale. Par rapport à la taxation elle-même, l'Organe d'appel a jugé que dans le cadre de l'obligation figurant à l'article III :2 première phrase « le plus petit dépassement serait de trop »[1316]. Dès lors, il rejette toute application du principe *de minimis* pour cette obligation. Cette interprétation de l'article III :2 première phrase repose sur le postulat selon lequel « l'interdiction des taxes discriminatoires énoncée à la première phrase de l'article III : 2 n'est pas subordonnée à l'existence d'effets sur le commerce »[1317]. En revanche, l'expression « n'est pas frappé d'une taxe semblable » dans le cadre de l'article III : 2 deuxième phrase afin de déterminer signifie qu'une taxation illicite est nécessairement une taxation supérieure au seuil *de minimis*. Dès lors, pour prouver une violation de cette disposition il est nécessaire de prouver que la taxation n'est pas *de minimis* et qu'elle est appliquée de manière à protéger les produits nationaux. Dès lors, le juge de l'OMC ne prohibe pas, dans ce cadre, toutes les différences de taxation, et ce d'autant plus qu'une fois prouvée que la taxe dépasse le seuil *de minimis*, il fait prouver que cette différence est appliquée de manière à protéger les produits nationaux. Quant à l'appréciation du caractère *de minimis* de

---

[1313] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 20.
[1314] *Idem*, p. 21.
[1315] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R ; Corée — Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1999, WT/DS75/AB/R ; Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 13 décembre 1999, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R.
[1316] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 26.
[1317] *Idem*, p. 26.

la taxation, elle est opérée au cas par cas[1318]. La justification de cette jurisprudence par le juge est intéressante. Selon le Groupe spécial dans le différend Chili Boissons alcooliques, l'écart de taxation est relatif car son effet dépend des relations de concurrence ou de similitude entre les produits[1319]

434. Quant à l'article III : 4, la condition d'affectation figurant dans cette disposition est interprétée assez largement. En effet, le terme « affecter » est interprété comme dans le cadre de l'AGCS et vise ainsi les mesures qui ont un « effet sur »[1320]. De même, en référence au GATT, cette disposition s'applique aux « lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d'achat mais aussi toutes lois ou tous règlements qui pourraient altérer les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés »[1321]. Enfin, ces prescriptions peuvent émaner de personnes privées en cas d'influence des pouvoirs publics sur les entreprises privées[1322]. L'Organe d'appel, dans le différent Corée Diverses mesures affectant la viande de bœuf, a censuré le Groupe spécial pour lequel toute différence de traitement fondé sur l'origine du produit ou sa nationalité contrevenait à l'article III :4. Pour l'Organe d'appel, cette disposition n'interdit la différence de traitement que pour autant qu'elle aboutisse à un traitement moins favorable du produit[1323]. Ce traitement moins favorable doit s'apprécie au regard des rapports de concurrence sur le marché et une mesure qui altère les conditions de concurrence contrevient à l'obligation[1324].

435. Bien qu'interprété largement le principe de non-discrimination ne constitue pas le seul moyen de réaliser les objectifs des Traités. Ainsi, le principe de libre circulation, interprété à la lumière des objectifs de la Constitution économique prend le relais dans le raisonnement du juge européen. Dans l'OMC, le principe d'ouverture aux échanges n'a pas la même importance que le principe de libre circulation dans l'Union mais il constitue un principe fondamental également. Les principes économiques sont instrumentalisés dans le

---

[1318] *Id.*, p. 31.
[1319] Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport du Groupe spécial du 15 juin 1999, WT/DS87/R, WT/DS110/R, § 7.90.
[1320] Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du groupe spécial du 11 février 2000, WT/DS139/R, § 10.80.
[1321] *Idem*, § 10.80.
[1322] *Idem*, § 10.106-10.107.
[1323] Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, §135
[1324] *Ibidem*.

raisonnement du juge au afin de garantir l'effectivité des engagements communs. Ces principes économiques ne sont pas exclusifs d'autres principes comme le principe de coopération loyale ou de bonne foi.

Paragraphe II Les principes structurants : condition de l'effectivité

436. Parmi les principes fondamentaux des Traités ne figurent pas uniquement des principes à portée économique. En effet, des règles qui régissent les rapports entre les Membres ou entre les Membres et l'organisation sont tout aussi nécessaires. Il en va ainsi des principes de coopération loyale dans l'Union (A) et de bonne foi dans l'OMC (B). Selon les spécificités de l'ordre juridique européen et de celui de l'OMC, ces principes interviennent dans le raisonnement du juge afin de renforcer d'autres obligations ou de créer des obligations nouvelles. En effet, leur caractère vague et indéterminé se prête aisément à une instrumentalisation par le juge.

A Le principe de coopération loyale dans l'Union européenne

437. Pour M. Blanquet, les « concepts de bonne foi, de fidélité, de coordination, de loyauté (…) prennent corps et se concrétisent en des devoirs juridiques dès lors que deux caractéristiques se rencontrent : une communauté d'intérêt et une action régulatrice du juge »[1325]. Dans l'Union, ces deux éléments sont remplis : la communauté d'intérêt est postulée par les Traités alors que l'action du juge est largement permise. Mais en même temps qu'elle fait respecter cet intérêt commun, la jurisprudence de la Cour en définit les contours ainsi que la substance. La définition du principe, les obligations qu'il engendre (1) ainsi que son caractère sanctionné (2) montrent qu'il intervient dans le raisonnement du juge afin de protéger l'intérêt commun.

1 Une obligation au service de l'intérêt commun

[1325] M. BLANQUET, « Acceptation et consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire in *Vers une culture juridique européenne ?*, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), Paris, Montchrestien, 1998, p. 145 et s. sp. p. 151.

438. Le principe de coopération loyale est aujourd'hui explicitement énoncé à l'article 4§ 3 TUE[1326]. La mention de ce principe au sein même du Traité constitue une innovation issue du Traité de Lisbonne. En effet, les articles 5 TCEE et 10 TCE[1327] ne comprenaient pas de référence explicite à ce principe. Néanmoins, ces dispositions ont largement inspiré la reconnaissance du principe par le juge européen ainsi que sa substance. Ainsi, pour le juge, le devoir de coopération loyale « trouve son expression dans l'obligation, prévue à l'article 5 [devenu article 4§ 3 TUE] du traité »[1328]. Ce principe implique, dans le raisonnement du juge, le dépassement des intérêts particuliers de chacun des Membres de l'Union au nom de la primauté de l'intérêt commun. L'affirmation du devoir de coopération loyale des Etats Membres de l'Union permet l'effectivité des règles communes. En conséquence, elle assure la prééminence de l'intérêt commun et la réalisation de l'objectif d'intégration.

439. En premier lieu, l'obligation de coopération loyale joue dans les relations entre les Etats Membres de l'Union. A ce titre, la coopération loyale intervient dans le raisonnement de la Cour afin de renforcer l'obligation de coopération entre les autorités des différents Etats Membres de l'Union. En effet, cette coopération constitue un des vecteurs de d'effectivité des règles communes[1329]. En outre, le principe exige une assistance mutuelle entre les Etats membres dans le cadre de leurs obligations européennes[1330]. Toutefois, le principe trouve une expression particulière dans les relations entre les Etats Membres et l'Union européenne.

[1326] V. l'article 4§ 3 du TUE aux termes duquel « en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

[1327] Selon l'article 5 du TCEE et l'article 10 TCE « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Sur cette disposition V. M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994.

[1328] CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, Rec. p. 29. Il ressort cependant de certains arrêts de la Cour que le principe de coopération loyale dépassait l'article 5 du Traité CEE. Il en va ainsi lorsqu'elle mentionne la « règle imposant aux États Membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération loyale qui inspire notamment l'article 5 du traité CEE », CJCE, 22 mars 2001, Commission c/ France, aff. C-261/99, Rec. p. I-2437, pt. 24.

[1329] CJCE, 11 juin 1991, Athanasopoulos, aff. C-251/89, Rec. p. 2797, pt. 57.

[1330] CJCE, 27 septembre 1988, Matteucci, aff. C-235/87, Rec. p. 5589, pt. 19.

440. Au-delà des relations entre les Etats, le principe de coopération loyale régit les obligations des Etats au titre de leur appartenance à l'Union ainsi que relations entre les Etats et les institutions. Dans ce cadre, il est nécessaire de rappeler que l'objectif d'intégration ne saurait être atteint sans la participation des autorités nationales. En effet, l'exécution et la mise en œuvre des politiques communes dépendent en grande partie des administrations nationales. En outre, l'uniformité et l'effectivité des règles communes sont subordonnées à leur application au sein des ordres juridiques nationaux. Il résulte de ces particularités de l'intégration européenne qu'elle nécessite la participation pleine et entière des Etats Membres. En conséquence, le principe de coopération loyale implique que les Etats ne doivent pas uniquement respecter les règles communes, ils doivent également s'abstenir de porter atteinte au projet commun. L'obligation de coopération loyale s'adresse dès lors « à toutes les autorités des États Membres »[1331], y compris les instances judiciaires[1332] et les autorités décentralisées[1333]. Ce principe intervient au soutien du raisonnement de la Cour afin de limiter la liberté des Etats Membres dans l'exercice de leurs compétences retenues[1334]. En vertu de l'obligation de coopération loyale, les Etats Membres doivent « prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire »[1335]. Ces mesures se déclinent en une série d'obligations. Par exemple, le principe de coopération loyale implique « l'obligation de tout faire pour assurer l'effet utile de l'ensemble des dispositions du règlement »[1336] et de prendre toutes les mesures permettant d'atteindre le résultat prescrit par une directive[1337]. La Cour a déduit de l'obligation de s'abstenir d'adopter des mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du Traité l'interdiction pour les Etats d'appliquer des normes qui pourraient porter atteinte à l'efficacité du droit de l'Union ou des droits qu'il engendre pour les particuliers[1338] et l'obligation d'assurer l'effectivité des libertés de circulation[1339]. Mais le principe de coopération loyale est également intervenu au soutien d'autres dispositions afin de garantir l'effectivité du droit de l'Union dans les ordres

---

[1331] CJCE, 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, Rec. p. 3969, pt 12.
[1332] CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kaman, aff. 14/83, Rec. p. 1891, pt. 26.
[1333] CJCE, 18 mars 1986, Commission c/ Belgique, aff. 85/85, Rec. p. 1149, pts 22-23.
[1334] CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, Rec. p. 1045.
[1335] CJCE, 21 septembre 1989, Commission c/ Grèce, aff. C-68/88, Rec. p. 2965.
[1336] CJCE, 17 décembre 1970, Scheer, aff. 30/70, Rec. p. 1197, pt. 20.
[1337] CJCE, 10 avril 1984, Van Colson et Kaman, 14/83, rec. 1891, pt. 26
[1338] CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, Rec. p. 1045, pts 28 et 37 ; CJCE, 19 juin 1990, Factortame e.a., aff. C-213/89, Rec. p. 2433, pt. 21.
[1339] CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/ France, aff. C-265/95, Rec. p. 6959.

juridiques internes des Etats. Il appartient donc aux juges nationaux de veiller à cet objectif[1340]. A ce titre, il leur incombe d'assurer la « protection juridique découlant de l'effet direct des dispositions communautaires »[1341]. Enfin, le principe de coopération loyale constitue un des fondements de la reconnaissance par la Cour du principe de responsabilité de l'Etat en droit interne pour violation du droit de l'Union[1342]. Le principe de coopération loyale permet ainsi d'assurer l'effectivité du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes des Etats Membres. Le principe structure également les relations entre les Etats Membres et les institutions européennes[1343]. L'obligation de coopération loyale suppose alors que les Etats collaborent avec la Commission. Elle génère ainsi l'obligation de lui fournir les renseignements susceptibles de faciliter la mission sa mission de gardienne des Traités[1344].

441. Il ressort de la jurisprudence que le principe de coopération intervient dans le raisonnement du juge afin de renforcer l'effectivité du droit de l'Union et les obligations figurant dans le Traité. Les obligations déduites du principe de coopération loyale sont d'autant plus essentielles à la défense de l'intérêt commun puisqu'elles sont assorties de sanctions.

2 Une obligation sanctionnée

442. Le sens et la portée du principe de coopération loyale se déduisent au gré de la jurisprudence de la Cour qui en dessine les contours. Ainsi, la Cour a affirmé par rapport à l'ancien article 5 du traité CEE qu'il « énonce une obligation générale des Etats Membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité ou des règles qui se dégagent de son système général »[1345]. Cette affirmation de la Cour illustre deux aspects fondamentaux du principe de coopération loyale. En premier lieu, la coopération

---

[1340] CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, aff. 33/76, Rec. p. 1989 ; CJCE, 25 juillet 1991, Emmott, aff. C-208/90, Rec. p. 4269 ; CJCE, 2 août 1993, Marshall, aff. C-271/91, Rec. p. 4367, pts 30 et 34-35.
[1341] CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, aff. 33/76, Rec. p. 1989 ; CJCE, 27 février 1980, aff. 68/79, Just, Rec. p. 501.
[1342] CJCE, 19 novembre 1991, Francovich e.a., aff. jtes C-6/90, et C-9/90, Rec. p. 5357, pts 33-36.
[1343] CJCE, ord., 13 juillet 1990, Zwartveld, aff. C-2/88, Rec. p. 3365, pt. 17. Selon la Cour, « les relations entre les États Membres et les institutions communautaires sont régies en vertu de l'article 5 du traité CEE, par un principe de coopération loyale »
[1344] CJCE, 25 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, aff. 96/81, Rec. p. 1863, pt. 7 ; CJCE, 24 mars 1994, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-40/92, Rec. p. 989.
[1345] CJCE, 18 juin 1971, Deutsche Gramophon, aff. 78/70, Rec. p. 499, pt. 5.

loyale est une obligation juridique « indéterminée »[1346] et il incombe à la Cour d'en préciser le sens. En second lieu, l'obligation énoncée par le Traité est générale, sa portée dépend donc d'obligations plus spécifiques auxquelles elle peut être couplée. En ce sens, l'obligation énoncée dans le Traité a une double fonction, elle permet de « renforcer une obligation préexistante » et de « fonder, en l'absence de règles spécifiques, une sorte d'obligation de diligence à la charge des États »[1347].

443. Si le principe de coopération loyale intervient en renfort d'obligations préexistantes, il ne devrait pas faire l'objet d'une constatation de manquement. Il s'agit d'ailleurs de la jurisprudence classique de la Cour[1348]. Toutefois, dans certains cas, elle constate le manquement au regard d'une obligation classique et au regard du principe[1349]. Enfin, l'Etat peut être condamné en manquement pour la seule violation du principe de coopération loyale. Ainsi lorsque la Commission sollicite des informations de la part des Etats et que ceux-ci s'abstiennent de transmettre les informations sollicitées, si aucune disposition du droit de l'Union n'impose la transmission des informations, la Cour condamne l'Etat sur le seul fondement du principe de coopération[1350].

444. Le principe de coopération loyale ne saurait être assimilé purement et simplement au principe de droit international selon lequel les États exécutent de bonne foi leurs engagements. En effet, ce principe permet la pérennité de l'intégration européenne par le renforcement de l'effectivité du droit de l'Union car il implique le dépassement des intérêts particuliers au nom de l'intérêt commun. De façon plus nuancée, le principe de bonne foi intervient dans le raisonnement du juge de l'OMC pour garantir l'exécution des obligations et pour assurer l'équilibre des droits et obligations des Membres.

[1346] M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE, recherche sur les obligations de fidélité des États Membres de la Communauté*, préc., p. 244 et s.

[1347] V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden, Nomos-Verlag, 1987, pp. 97-114, sp. p. 110.

[1348] CJCE, 2 mai 1996, Commission c/ Belgique, aff. C-133/94, Rec. p. I-2323.

[1349] CJCE, 5 novembre 2002, Commission c/ Suède, aff. C-468/98, Rec. p. I-9575.

[1350] CJCE, 13 décembre 1991, Commission c/ Italie, aff. C-33/90, Rec. p. I-5987 ; CJCE, 22 mars 1994, Commission c/ Espagne, aff. C-375/92, Rec. p. I-923.

B Le principe de bonne foi dans l'OMC

445. Le droit de l'OMC ne renferme aucune référence générale au principe de bonne foi[1351]. Néanmoins, quelques dispositions des Accords y font référence. Ainsi, le mémorandum d'accord sur le règlement des différends renferme quelques références éparses à la bonne foi par exemple, l'article 4.3 du MARD impose aux Membres de l'OMC d'engager des consultations de bonne foi. En outre, l'article 3.10 de ce texte précise que « tous les Membres engageront ces procédures de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend ». Enfin, une référence indirecte à la bonne foi pourrait être déduite de l'article 3.2 du MARD en vertu duquel le droit de l'OMC doit être interprété « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». En dehors du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, le Mémorandum d'Accord sur l'Interprétation de l'Article XXIV de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994 impose de mener les négociations « de bonne foi en vue d'arriver à des compensations mutuellement satisfaisantes ». Enfin l'article 24 de l'accord sur les ADPIC comprend plusieurs références à la bonne foi.

446. En dépit de l'absence de reconnaissance claire et directe du principe de bonne foi, le juge de l'OMC fait application de ce principe. D'un point de vue procédural, le principe de bonne foi joue un rôle fondamental dans la délimitation des règles du procès (1). D'un point de vue substantiel, le principe guide l'interprétation du droit de l'OMC, et intervient également dans le raisonnement du juge avec ses deux corollaires : le principe *pacta sunt servanda* et l'abus de droit (2).

1 Des obligations procédurales

447. En matière procédurale, le principe de bonne foi est assez fondamental. Il constitue en effet le fondement de l'affirmation des règles relatives à la régularité du procès à l'OMC.

448. En premier lieu, la bonne foi intervient, conformément à l'article 4.3 du MARD, en matière de consultations. La référence au principe semble tout d'abord difficile à évaluer car il peut avoir dans ce cadre deux significations possibles. Il peut s'agir d'une obligation dont les

[1351] Sur le principe de bonne foi en droit international, V. E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977.

Membres sont seuls juges, dans ce cas si les consultations ne sont pas menées de bonne foi et ne sont pas fructueuses, l'établissement d'un Groupe spécial est demandé. Mais, la référence à la bonne foi peut également être interprétée comme une véritable obligation de mener les consultations de bonne foi obligation qui doit alors faire l'objet d'un contrôle par les Groupes spéciaux. La jurisprudence montre que l'Organe d'appel lorsqu'il est saisi de l'examen des consultations opéré par un Groupe spécial impose un certain nombre d'obligations mais sans référence explicite au principe de bonne foi. Ainsi, il fait référence à des notions telles que le caractère « raisonnable » de l'identité des allégations dans le cadre des consultations et dans la demande d'établissement du Groupe spécial[1352]. De même, lorsqu'il délimite les obligations qui naissent de cette disposition, il semble peu enclin à faire référence à la bonne foi postulée dans l'article. L'Organe d'appel semble alors avoir une vision complètement objectivisée de l'obligation formulée dans le MARD qui exclut dès lors toute référence, et donc tout contrôle de la bonne foi[1353]. Cette position contraste avec le sens qu'il attribue à l'article 3.7 du MARD, disposition qui ne fait pas référence à cette norme de conduite[1354]. Ainsi, il a considéré que la première phrase de l'article 3.7 exprime « un principe fondamental voulant que les Membres devraient avoir recours au règlement des différends de l'OMC de bonne foi et ne pas mettre en branle de manière abusive les procédures envisagées dans le Mémorandum

---

[1352] Mexique — Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, rapport du groupe spécial du 6 juin 2005, WT/DS295/R, § 7.41 ; Mexique — Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, rapport de l'Organe d'appel du 29 novembre 2005, WT/DS295/AB/R, § 137 ; Brésil — Programme de financement des exportations pour les aéronefs, rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999, WT/DS46/AB/R, § 132.

[1353] Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, §§ 54-59. Au § 59, l'Organe d'appel précise que « l'article 4:3 du Mémorandum d'accord établit un rapport entre le comportement de la partie défenderesse à l'égard des consultations et le droit de la partie plaignante de demander l'établissement d'un Groupe spécial. Lorsque la partie défenderesse ne répond pas à une demande de consultations ou refuse d'engager des consultations, la partie plaignante peut se passer de consultations et demander l'établissement d'un Groupe spécial. En pareil cas, la partie défenderesse, par son comportement, renonce aux avantages qu'elle pourrait éventuellement tirer de ces consultations ».

[1354] V. l'article 3.7 du MARD selon lequel « avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile. Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable. En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés. Il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé. Le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise ».

d'accord »[1355]. La mention de la bonne foi dans une disposition n'est donc pas nécessairement un critère de prise en compte ou de reconnaissance du principe par le juge de l'OMC.

449. Cependant, la bonne foi exprimée dans l'article 3.10 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends a été largement interprétée et instrumentalisée par le juge de l'Organisation mondiale du commerce. La bonne foi est alors intimement liée avec l'exigence de *due process*. Le principe de bonne foi constitue à ce titre le fondement du devoir de coopération des parties avec le Groupe spécial. De façon plus générale, l'affirmation de l'obligation du « règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux » découle de cette disposition au soutien de laquelle intervient le principe de bonne foi. Ainsi, pour l'Organe d'appel « l'article 3:10 du Mémorandum d'accord fait obligation aux Membres de l'OMC, si un différend survient, d'engager les procédures de règlement des différends 'de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend'. Cela est une autre manifestation concrète du principe de la bonne foi qui, comme nous l'avons déjà indiqué, est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international »[1356]. Mais l'obligation déborde assez largement le seul stade de l'engagement de la procédure. En effet, le principe de bonne foi impose au plaignant et au défendeur de respecter la procédure afin que les défendeurs bénéficient d'une « protection intégrale et la pleine possibilité de se défendre, conformément à la lettre et à l'esprit des règles de procédure »[1357]. Sur le fondement de l'article 3.10 l'obligation imprime alors l'intégralité de la procédure[1358]. La bonne foi intervient dans le raisonnement du juge de l'OMC comme un instrument d'équilibre entre les droits des parties au différend. Cela se vérifie de façon plus évidente encore lorsque le juge a eu recours à la bonne foi afin d'encadrer des comportements qui, sans remettre en cause la procédure, la prolongent ou portent atteinte à l'exercice des droits de la partie adverse ou des tiers. Cela ressort du différend sur la Dénomination commerciale des sardines. Le juge confronte à l'article 3.10 du MARD et à l'obligation d'engager les procédures de bonne foi, la

---

[1355] Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, § 73.

[1356] États-Unis — Traitement fiscal des 'sociétés de ventes à l'étranger', rapport de l'Organe d'appel du 24 février 2000, WT/DS108/AB/R, § 166.

[1357] États-Unis — Traitement fiscal des 'sociétés de ventes à l'étranger', rapport de l'Organe d'appel du 24 février 2000, WT/DS108/AB/R, § 166.

[1358] Communautés européennes — Subventions à l'exportation de sucre, rapport de l'Organe d'appel du 28 avril 2005, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, §§ 301 et s.

condition attachée à leur déclaration d'appel par les Communautés européennes. Si l'Organe d'appel a jugé dans cette affaire que le comportement européen n'a pas porté atteinte aux droits du Pérou, il précise néanmoins que certains comportements même s'ils ne sont pas abusifs pourraient tout de même aboutir à un rejet du retrait de l'appel et de la nouvelle déclaration d'appel[1359]. En matière procédurale, le juge fait usage, dans son raisonnement, afin d'assurer l'équilibre des parties. Mais, le principe intervient également dans le raisonnement du juge afin de renforcer des obligations substantielles et d'assurer l'équilibre entre les droits des Membres de l'OMC. L'utilisation de la bonne foi s'inscrit alors dans l'objectif, plus général, d'équilibre des droits et obligations des Membres de l'enceinte commerciale multilatérale.

2 Des obligations substantielles

450. Le principe de bonne foi intervient tout d'abord en matière d'interprétation du droit de l'OMC. En effet, les règles doivent être interprétées, conformément à la convention de Vienne, « de bonne foi ». Toutefois, le recours à la bonne foi dans le raisonnement du juge se fait au prisme des particularités de l'OMC. Ainsi, alors que l'interprétation de bonne foi peut faire intervenir dans le processus interprétatif les attentes légitimes, facette subjective de la bonne foi, l'Organe d'appel rejette catégoriquement cette conception. Il fait prévaloir, dans l'interprétation de bonne foi, une interprétation objective fondée sur « l'intention commune » des parties[1360] qui perpétue l'équilibre issu de la négociation.

451. Le principe de bonne foi intervient également dans les rapports de l'Organe d'appel et des Groupes spéciaux avec deux corollaires : le principe *pacta sunt servanda* et le principe de l'abus de droit. La bonne foi dans l'un et l'autre cas fait l'objet d'un traitement différencié.

[1359] Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel du 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, § 147. L'Organe d'appel souligne « qu'il existe des circonstances qui, bien que ne constituant pas des 'pratiques abusives', seraient contraires au Mémorandum d'accord, et nous obligeraient donc à ne pas admettre le retrait conditionnel d'une déclaration d'appel de même que le dépôt d'une déclaration de remplacement. Par exemple, si le retrait conditionnel ou le dépôt d'une nouvelle déclaration devait intervenir après le délai de 60 jours fixé à l'article 16:4 du Mémorandum d'accord pour l'adoption des rapports de Groupes spéciaux, cela contournerait effectivement la prescription voulant que les procédures d'appel soient engagées dans les 60 jours à compter de la distribution des rapports de Groupes spéciaux. En pareilles circonstances, nous rejetterions le retrait conditionnel et la nouvelle déclaration d'appel ».

[1360] Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, § 84.

452. La bonne foi, en liaison avec le principe *pacta sunt servanda* figurant à l'article 26 de la Convention de Vienne, n'intervient que très rarement dans le raisonnement et ne semble pas imposer d'obligations substantielles. L'Organe d'appel a tout d'abord imposé une présomption selon laquelle il faut supposer « que les Membres de l'OMC se conformeront à leurs obligations conventionnelles de bonne foi, comme le prescrit le principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne.[1361] ». Le corollaire de cette présomption est que les Groupes spéciaux ne peuvent, lors de l'examen d'une mesure contestée, présumer qu'en adoptant une nouvelle mesure remplaçant une mesure discriminatoire un Membre a eu l'intention de maintenir une discrimination. L'Organe d'appel interdit donc la « présomption de mauvaise foi »[1362]. Si la bonne foi est présumée, les Groupes spéciaux peuvent vérifier qu'un Membre a exécuté ses obligations de bonne foi[1363]. En effet, après avoir rappelé la teneur des article 31 et 26 de la Convention de Vienne, l'Organe d'appel considère qu'il « existe donc manifestement une base permettant à un Groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de déterminer, dans une affaire appropriée, si un Membre n'a pas agi de bonne foi »[1364]. Toutefois, en pratique la violation de cette obligation est très difficile à montrer. Elle ne se présume pas et ne se confond donc pas avec la violation des Accords OMC. En revanche, c'est dans le cadre des recours en situation de non violation que la bonne foi pourrait avoir des conséquences substantielles importantes. Selon le Groupe spécial établi dans le différend Corée Marchés publics, les Membres de l'OMC auraient convenu que l'exécution de bonne foi s'applique à l'encontre des mesures adoptées après les négociations et « qui pourraient annuler ou compromettre les avantages auxquels les autres parties aux négociations en question

---

[1361] Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel du 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, §278 ; Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 158, note de bas de page 50 ; Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 13 décembre 1999, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, § 74.

[1362] Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 13 décembre 1999, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, § 74.

[1363] États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 2003, WT/DS217/AB/R, §§ 196 à 297.

[1364] États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 2003, WT/DS217/AB/R, §§ 196 à 297.

s'attendent raisonnablement à bénéficier »[1365]. La bonne foi permet alors de rétablir l'équilibre issu de la négociation et remis en cause unilatéralement par un Membre de l'OMC.

453. Enfin c'est surtout le recours au principe de bonne foi dans le cadre de l'interprétation de l'article XX du GATT et la reconnaissance de l'abus de droit qui montrent la spécificité du principe à l'OMC. L'article XX du GATT définit les exceptions générales au commerce des marchandises. Divers motifs permettent ainsi de déroger aux obligations issues du droit de l'OMC, le chapeau de l'article XX précise toutefois que les mesures en cause ne doivent pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ». Dans un premier temps, le juge a qualifié les exceptions de l'article XX de « droit légal »[1366]. Ce statut doit toutefois s'accommoder de l'objectif de libéralisation des accords de l'OMC mais également des droits des autres Membres. L'Organe d'appel a nuancé les prérogatives accordées aux Membres de l'OMC par cette disposition. Il a jugé que dans le cadre de l'article XX du GATT, « le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'Accord général »[1367]. Sur ces prémisses, l'Organe d'appel a fait déployer au principe de bonne foi tous ses effets dans le rapport Etats-Unis Crevettes. Le juge précise en prolégomènes que « le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États »[1368]. L'Organe d'appel fait ainsi coïncider le sens d'une disposition du droit de l'OMC avec le principe de bonne foi. Il ne s'agit cependant que d'un temps du raisonnement, en effet, la bonne foi n'est reconnue que pour assurer le truchement vers le principe de l'abus de droit. En l'espèce ce qui semble guider l'Organe d'appel, c'est l'équilibre entre les droits des Membres de l'OMC. Cet argument apparaît d'ailleurs dans les développements qui précèdent la reconnaissance de l'abus de droit. Il souligne que l'article XX suppose nécessairement un

---

[1365] Corée — Mesures affectant les marchés publics, rapport du groupe spécial du 1er mai 2000, WT/DS163/R, § 7.94. Le Groupe spécial ne semble pas faire de distinction entre les plaintes en situation de violation et de non violation toutefois cette précision a été faite lors de l'examen d'une allégation situation de non violation.

[1366] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 25.

[1367] *Ibidem*.

[1368] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 158.

équilibre entre le droit d'un Membre d'invoquer les exceptions et les « droits fondamentaux » des autres Membres. L'abus du premier peut « éroder » ou « réduire à néant » ceux des autres Membres. Dès lors, le principe de bonne foi et l'abus de droit interviennent dans le raisonnement du juge au soutien du maintien des droits et obligations de tous les Membres et de l'équilibre entre ces droits et obligations.

454. Les principes fondamentaux interviennent dans le raisonnement du juge afin de donner corps aux règles communes et de garantir leur effectivité. Les principes de la Constitution économique sont, dans ce cadre, essentiels. En effet, ils définissent les obligations des Membres de l'Union et de l'OMC et peuvent faire l'objet d'une approche finalisée dans le raisonnement du juge. Quant aux principes structurants, ils participent de modes de raisonnement similaires du juge européen et du juge de l'OMC mais servent des fins différenciées. Le principe de coopération loyale est un garant de l'intérêt commun et de l'effectivité du droit dans l'Union. Au sein de l'OMC, le principe de bonne foi apparaît, dans le raisonnement du juge, comme le garant d'équilibres procéduraux et substantiels entre les droits et obligations des Membres. Afin d'assurer la réalisation des objectifs communs, le raisonnement du juge instrumentalise également les défaillances des règles communes.

Section II L'utilisation des défaillances des règles communes

455. Les défaillances du droit de l'Union et du droit de l'OMC offrent au juge une certaine latitude. En conséquence, le raisonnement du juge peut être finalisé, mené afin de garantir les objectifs des Traités. A ce titre, le raisonnement permet au juge, au regard des manques du droit (§1er) et du faible encadrement dont il fait l'objet (§2nd), de garantir l'effectivité des règles communes.

Paragraphe I L'incomplétude du droit

456. Le caractère incomplet du droit, les silences de la législation, les carences du législateur ne peuvent rester sans conséquence. En dehors du débat théorique quant au rôle du juge face à ces situations, il est évident que ce dernier doit trancher le litige dont il est saisi. Ainsi, les carences du législateur européen ont mené la Cour à adopter des positions audacieuses propres à garantir malgré tout l'intérêt commun. En attestent la reconnaissance de

l'effet direct de certaines dispositions du Traité ou l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle des législations nationales (A). De même pour le juge de l'OMC, les silences, notamment méthodologiques, des Accords lui ont permis d'encadrer très nettement les Membres de cette organisation (B).

A Les carences du législateur européen

457. La position de la Cour face aux carences du législateur européen a été parfaitement résumée par Pescatore[1369]. Il souligne que la Cour a l'obligation de trancher les litiges même lorsque « le législateur communautaire s'abstient de lui fournir des critères de solution »[1370], et montre qu'elle s'en remet alors « aux fondements et aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire ». Ces fondements essentiels et les objectifs des Traités constituent le soubassement de la jurisprudence qui vise à « pallier les carences de la volonté politique des États Membres ou des institutions dans la réalisation des objectifs inscrits dans les traités »[1371]. Ainsi, l'absence d'adoption par le législateur européen de mesures nécessaires à la libre circulation a conduit le juge à s'appuyer sur l'effet direct du droit de l'Union (1) ou à reconnaître le principe de reconnaissance mutuelle (2). La jurisprudence apparaît alors comme le moyen de « faire avancer tant bien que mal le navire de la construction européenne » lorsque « le vent de l'intégration européenne est tombé »[1372].

1 Recours à l'effet direct

458. Alors que la volonté politique est nécessaire à l'intégration européenne, il arrive qu'elle fasse défaut. Dans une telle situation « la logique interne de la construction communautaire suppose que soient néanmoins respectées les finalités définies par les auteurs du traité »[1373]. La reconnaissance de l'effet direct des dispositions du droit primaire relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service en atteste.

[1369] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 13.
[1370] *Ibidem*.
[1371] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, préc., p. 773.
[1372] D. SIMON, « Les juges de la Cour européenne de justice : un gouvernement des juges ? », préc., p.48.
[1373] *Idem*, p. 50.

459. Alors que la question de l'effet direct du droit de l'OMC est très problématique, même pour le juge de l'OMC[1374], la reconnaissance de l'effet direct du droit communautaire est intervenue très tôt. Ainsi, dans l'arrêt Van Gend en Loos[1375], la Cour a reconnu que les dispositions du droit communautaire peuvent « créer directement des droits ou des obligations dans le chef des particuliers, droits ou obligations que ces derniers peuvent invoquer devant le juge national »[1376]. Si jusqu'alors l'effet direct des règles du droit international n'était pas exclu, sous réserve que les parties à l'accord en cause aient eu l'intention de leur faire produire un tel effet[1377], ce dernier restait néanmoins exceptionnel précisément du fait de cette condition. En revanche, selon la Cour, l'intégralité du droit de l'Union peut produire un tel effet à condition que la disposition soit claire, inconditionnelle et juridiquement parfaite[1378].

460. La reconnaissance de l'effet direct du droit de l'Union repose ainsi sur la nature spécifique du projet européen et sur ses objectifs. En effet, le marché commun intéresse en premier lieu les particuliers et dépasse le cadre traditionnel des seules relations interétatiques. Cette reconnaissance, symptomatique de la démarche interprétative de la Cour[1379], a joué un rôle fondamental dans la construction européenne. En effet, « l'effet direct a pour conséquence de ne pas laisser les États Membres seuls maîtres de la mise en œuvre des traités »[1380] et les particuliers sont « devenus acteurs du jeu communautaire et disposent de la faculté de contraindre les autorités nationales à se conformer au droit communautaire »[1381]. Il s'agissait d'ailleurs très certainement d'un des objectifs du juge puisque la Cour avait elle-même souligné, dans la jurisprudence Van Gend en Loos, que « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 [devenus art. 258 et 269 TFUE] confient à la diligence de la Commission et des États Membres ». La reconnaissance de l'effet direct a alors été une façon pour la Cour de contourner les limites des compétences qui lui ont été attribuées par le Traité

[1374] Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R, § 7.72.
[1375] CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3.
[1376] J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 587.
[1377] CPJI, avis du 13 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, série B, n° 15.
[1378] CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3.
[1379] V. également CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141.
[1380] J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2009, p. 587.
[1381] *Ibidem*.

et de contraindre les Etats à honorer leurs obligations communautaires[1382]. Ainsi, « l'appréciation spécifique de l'effet direct du droit de l'Union par la Cour de justice a renforcé considérablement son effectivité dans les ordres juridiques nationaux »[1383].

461. Le recours aux dispositions du Traité et l'affirmation de leur effet direct a été particulièrement utile lorsque les dispositions de droit dérivé nécessaires à la mise en œuvre de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services prévues par le Traité n'ont pas été adoptées. Ainsi, face à l'inaction du législateur européen, la Cour a reconnu l'effet direct des articles 52, 59 et 60 TCEE[1384] dans les arrêts Reyners[1385] et Van Binsbergen[1386] montrant ainsi que l'exercice de ces libertés fondamentales et nécessaires à la réalisation du marché commun ne pouvait être subordonné uniquement à l'action positive du législateur. A cet égard, les Conclusions de l'Avocat général Mayras sous l'affaire Reyners sont saisissantes. Après avoir rappelé en prolégomènes que « l'intégration économique que tend fondamentalement à réaliser le traité de Rome implique le développement des échanges dans un marché unique, ainsi que la libre circulation des produits et des hommes », il confronte l'ancien article 52 du Traité CE aux conditions de l'effet direct. Il constate très rapidement que la règle est suffisamment claire et précise et qu'elle est inconditionnelle mais s'attarde davantage sur la troisième condition. En effet, pour produire un effet direct, la règle doit être juridiquement parfaite, « elle doit se suffire à elle-même »[1387]. Les restrictions à la liberté d'établissement devaient être supprimées par l'adoption de mesures communautaires avant le 1er février 1970, or si le programme général prévu par le Traité avait effectivement été adopté, un certain nombre de directives d'harmonisation faisait encore défaut. Pour l'Avocat général, l'élimination des restrictions à la liberté économique n'était pas subordonnée à l'adoption de ces textes, de plus, la substance de l'intervention du législateur était largement prédéterminée puisque celui-ci était en situation de « compétence liée ». De plus, pour l'Avocat général, non seulement l'ancien article 52 TCEE imposait au Conseil d'agir, mais il faisait surtout peser

---

[1382] R. LECOURT, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », préc.
[1383] M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 9-282, sp. p. 267.
[1384] Devenus les articles 49, 56 et 57 TFUE.
[1385] CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. p. 631.
[1386] CJCE, 3 décembre 1974, Van Binsbergen, aff. 33/74, Rec. p. 1299.
[1387] V. les Conclusions de l'Avocat général Mayras sous l'affaire CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. p. 631.

sur l'institution, comme sur les Etats Membres, une obligation de résultat dont ils ne pouvaient « modifier le contenu ». L'effet direct apparaît alors largement comme la sanction de l'inaction. Sanction nécessaire, puisque l'intérêt commun l'impose, et efficace au regard des potentialités de l'effet direct. Quant à la Cour, elle fait dans cette affaire référence par deux fois au principe de non-discrimination en raison de la nationalité[1388] en soulignant le caractère fondamental de ce principe. A l'instar de l'Avocat général, elle souligne que « l'article 52 [devenu article 49 TFUE] prescrit ainsi une obligation de résultat précise, dont l'exécution devait être facilitée, mais non conditionnée, par la mise en oeuvre d'un programme de mesures progressives »[1389], et que cette obligation subsiste en dépit de sa non exécution. Il ressort de cette affaire que le raisonnement du juge a plus que comblé les lacunes du droit et les carences du législateur commun. Le raisonnement du juge constitue alors le moyen de garantir l'effectivité des libertés de circulation et de construire le marché commun.

462. En l'absence d'adoption des textes d'harmonisation, les principes fondamentaux du Traité ont permis l'effectivité des libertés de circulation grâce à la reconnaissance de l'effet direct de ces règles. Cependant, cette reconnaissance n'est pas nécessairement suffisante pour assurer l'effectivité et l'ouverture complète et automatique de certaines activités[1390]. Le principe de reconnaissance mutuelle constitue alors une autre réponse appropriée à la carence du législateur.

2 Recours à la reconnaissance mutuelle

463. Les carences du législateur européen et le renouveau d'un « protectionnisme diffus »[1391] ont conduit la Cour à reconnaître et à imposer le principe de reconnaissance mutuelle. L'intégration européenne en ce qu'elle vise à supprimer les obstacles à l'établissement du marché constitue en premier lieu une intégration dite négative. Cette approche n'est pas suffisante. Comme le souligne M. Mattera « dans de nombreux cas en effet, il est indispensable de parachever 'l'action de libéralisation' engagée sur la base des règles précitées du Traité par une action de création de structures normatives communes ou

[1388] CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. p. 631, pts 15 et 24.
[1389] CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. p. 631, pt. 26.
[1390] CJCE, 17 décembre 1981, Webb, aff. 279/80, Rec. p. 3305.
[1391] L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 4ème éd., 2006, p. 294.

harmonisées qui se substituent, en totalité ou en partie, aux structures nationales existantes, et assurent la réalisation de l'objectif communautaire recherché »[1392].

464. Le processus d'harmonisation des législations nationales n'ayant pas fonctionné, de nombreuses règles compliquaient la libre circulation des marchandises et hypothéquaient la réalisation du marché commun. Face à ce problème et aux défaillances politiques, la Cour a imposé aux Etats de reconnaître l'équivalence de leurs législations afin d'assurer la libre circulation des marchandises[1393], imposant ainsi un principe qui « irradie aujourd'hui la construction européenne » et renouvelle « la technique d'intégration suivie par les institutions communautaires »[1394]. Ce principe permet d'évincer l'harmonisation du droit des Etats Membres et donc de pallier les réticences et défaillances du pouvoir politique.

465. L'affaire Cassis de Dijon a donné lieu à une communication interprétative de la Commission[1395]. L'institution positive mise à la charge des Etats ressort très nettement de ce texte, en effet, celui-ci dispose que « tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État Membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État Membre »[1396]. Cela signifie que même si un produit « est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits »[1397], un Etat doit accepter que le produit soit commercialisé sur son territoire. Alors que le Traité interdit les restrictions aux libertés de circulation et impose aux Etats une obligation d'abstention, la reconnaissance mutuelle est une obligation positive. Celle-ci permet aux Etats de réglementer le marché à condition que le législateur inscrive « le principe de reconnaissance mutuelle dans la réglementation nationale »[1398]. Ainsi, le principe de reconnaissance « va plus loin que la simple élimination des entraves à la libre circulation »[1399]. Il interdit aux Etats Membres de

---

[1392] A. MATTERA, *Le Marché Unique Européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, p. 163.
[1393] CJCE, 20 février 1979, Société Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. p. 649.
[1394] V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *Annuaire de droit européen*, 2004/2, pp. 31-50, sp. p. 31.
[1395] Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt Cassis, JOCE, n° C 256, 3 octobre 1980, p. 2.
[1396] *Ibidem*. Selon la Commission, un produit est légalement fabriqué « s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation ».
[1397] *Ibid.*
[1398] I. GOVAERE, « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : De l'état régulateur souverain aux organisations d'intégration régionale promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, 2003 pp. 313 à 337, sp. p. 325 ; V. également CJCE, 22 octobre 1998, Commission c/ France Aff. C-184/96, Rec. p. I-6169.
[1399] V. HATZOPOULOS, *Le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, *Bruylant*, 1999, p. 59.

l'Union de limiter les libertés de circulation dès lors que les marchandises, les prestataires de services ou les personnes qualifiées sont conformes aux réglementations de leurs partenaires, à condition que ces réglementations garantissent un niveau de protection équivalent au niveau recherché par la réglementation nationale. Dans le cadre de la libre prestation de services, par exemple, la Cour a jugé que les Etats doivent prendre en compte les obligations auxquelles le prestataire est soumis dans son Etat Membre d'origine. Cela implique qu'un Etat ne peut exiger d'une entreprise qu'elle remplisse des conditions, en matière d'autorisation ou d'agrément préalable, sans prendre en considération les conditions auxquelles elle est soumise dans l'Etat Membre dans lequel elle est établie. Dans le cadre de la liberté d'établissement, les Etats restent libres de conditionner l'accès au marché à des règles de qualification professionnelle. Néanmoins, ils doivent également prendre en compte et reconnaître les qualifications obtenues dans l'Etat Membre d'origine.

466. Enfin, le principe de reconnaissance mutuelle, tel que reconnu par la Cour et utilisé par les institutions et notamment par la Commission, implique un renouvellement profond et certainement salutaire de la méthode d'intégration européenne. Elle permet ainsi la libre circulation et l'effectivité du marché intérieur tout évitant le processus d'harmonisation des législations nationales. La réalisation des objectifs du Traité n'est pas subordonnée aux aléas institutionnels et politiques qu'implique l'adoption de directives d'harmonisation. Mais surtout le principe permet le maintien des législations nationales et *in fine* le respect des valeurs nationales protégées par celles-ci. Le raisonnement du juge européen offre ici une solution à la continuation du projet d'intégration qui n'est plus freiné par les aléas politiques mais respecte, dans une certaine mesure, les particularités nationales. Le raisonnement apparaît alors comme un instrument de garantie des objectifs des Traités.

467. Dans le système de l'OMC, les silences et lacunes des Traités ont également induit l'intervention du juge. Néanmoins, les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel témoignent d'une approche prudente de la question certainement motivée par la volonté de ne pas accroître ou diminuer les droits et obligations des Membres.

B Les lacunes des accords de l'OMC

468. Le silence du mémorandum d'accord sur le règlement des différends quant à la charge de la preuve ainsi que les nécessités pratiques du contentieux ont conduit l'Organe d'appel à déterminer, conformément aux principes communément admis en la matière, le régime probatoire de l'OMC[1400]. Ainsi, la charge de la preuve pèse sur « la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur »[1401]. Toutefois, lorsque celle-ci « établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est établi est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas de preuves suffisantes pour réfuter la présomption »[1402]. Enfin le régime probatoire, notamment en termes de « qualité » de la preuve et d'éléments à apporter, dépend fondamentalement de l'Accord et de la disposition auxquels la mesure étatique est confrontée[1403]. La réponse que l'Organe d'appel apporte au silence quant à la charge de la preuve montre à quel point il est respectueux, dans l'esprit du MARD, des équilibres entre les allégations des parties.

469. D'autres lacunes ont été identifiées mais non comblées par l'Organe d'appel. A titre d'exemple peut être cité le différend États-Unis Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon. L'Organe d'appel se borne ici à identifier une lacune sans la combler puisque l'appel ne soulevait « pas la question de savoir comment remédier à cette lacune sur la base du texte actuel de l'Accord antidumping »[1404].

470. En revanche, d'autres lacunes appelaient nécessairement une prise de position de l'Organe d'appel. Il en va ainsi de l'article 22.8 du MARD relatif aux suspensions de concessions. Cette disposition détermine les conditions dans lesquelles ces suspensions doivent prendre fin, mais ne précise pas quelle procédure ou quel moyen suivre pour

---

[1400] C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., op. 618-619.

[1401] États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, p. 15.

[1402] *Idem*, p. 16.

[1403] *Ibidem*.

[1404] États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R, § 126 ; Communautés européennes — Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège, rapport du

déterminer si ces conditions sont remplies. Il n'est pas étonnant que l'Organe d'appel ait refusé de laisser aux parties au différend et notamment au Membre mis en cause le pouvoir déterminer que les conditions étaient remplies, et qu'il ait jugé qu'une telle appréciation supposait qu'une procédure soit engagée à cette fin[1405]. Le raisonnement de l'Organe d'appel par rapport à l'article 2.1 de l'Accord Antidumping est assez semblable. Selon cette disposition, l'existence du dumping est avérée si un produit est introduit sur le marché d'un autre Membre à un prix inférieur à sa valeur normale ou si le prix à l'exportation de ce produit est inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour le produit similaire destiné à la consommation dans le pays exportateur. Dans ce cadre, l'existence de ventes « au cours d'opérations commerciales normales » peut notamment impliquer un test visant à déterminer si des « ventes à des prix inférieurs aux coûts » ont lieu. Or, l'Accord antidumping ne donne qu'une méthode d'appréciation à cette fin. L'Organe d'appel a souligné en conséquence que l'article 2.1 ne contient pas une liste exhaustive des méthodes qui permettent de déterminer si des ventes ont lieu « au cours d'opérations commerciales normales »[1406]. En conséquence, il a jugé « que l'Accord antidumping laisse aux Membres de l'OMC le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment faire en sorte que la valeur normale ne soit pas faussée par l'inclusion de ventes qui n'ont pas lieu "au cours d'opérations commerciales normales" »[1407]. Néanmoins, le pouvoir discrétionnaire des Membres doit naturellement s'accommoder des droits des autres Membres. Ce pouvoir doit donc être « exercé d'une manière *impartiale* qui soit équitable pour toutes les parties touchées par une enquête antidumping »[1408]. Le souci de maintenir l'équilibre des droits et obligations des différents Membres de l'OMC ressort clairement de cette position de l'Organe d'appel. Il lui est difficile d'ajouter une interdiction au texte, la possibilité ménagée nécessite qu'en contrepartie celui qui en fait usage ne la détourne pas à son profit. Ces prises de position du

---

Groupe spécial du 16 novembre 2007, WT/DS337/R, §§ 7.350-7.351.

[1405] Canada — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones, rapport de l'Organe d'appel du 16 octobre 2008, WT/DS321/AB/R, § 310

[1406] États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R, § 147. L'Organe d'appel souligne également que cette disposition ne précise pas les « méthodes possibles permettant de déterminer si des ventes à bas prix ont lieu 'au cours d'opérations commerciales normales' » et souligne qu'elle « indique une méthode permettant de déterminer si les ventes entre deux parties *quelconques* ont lieu 'au cours d'opérations commerciales normales' » mais ne « traite *pas* de la question plus spécifique des transactions entre parties affiliées ».

[1407] *Idem*, § 148.

[1408] *Ibidem*, italiques dans l'original.

juge de l'OMC soulignent à quel point son raisonnement vise à protéger les équilibres des accords et leur effectivité. Le raisonnement n'empiète pas outre mesure sur les prérogatives du pouvoir politique de définir la substance des Accords. En revanche, il comble les lacunes de ces derniers lorsque celles-ci risquent de mettre à mal le fonctionnement de l'OMC et les équilibres instaurés par les Accords.

471. Le juge de l'OMC et le juge européen ont fait usage des manques crées par les lacunes afin de renforcer les disciplines communes ou, dans le cadre de l'OMC, de maintenir une relation équilibrée entre les Membres. Les insuffisances des règles encadrant la fonction même du juge constituent un autre élément instrumentalisé par le juge.

Paragraphe II Les insuffisances du droit

472. Le juge de l'Organisation mondiale du commerce et la Cour ont interprété assez largement les règles, peu précises, relatives à leur fonction. Cela leur a permis, d'une part, d'ouvrir leur prétoire afin de contrôler plus largement les Membres de l'Union et de l'OMC (A). D'autre part, les règles relatives au contrôle opéré sur les Membres ont elles aussi fait l'objet d'une approche visant à renforcer ce contrôle (B).

A La possibilité du contrôle des Membres

473. Tout jugement au fond suppose que le juge ait établi sa compétence pour trancher le litige et admis la recevabilité de celui-ci. A cet égard, l'appréciation de la recevabilité des recours constitue un préalable essentiel au contrôle des Membres de l'Union et de l'OMC. Sur ce point, tant le juge de l'Union (1) que le juge de l'OMC (2) ont fait preuve de pragmatisme et, dans le sillage des règles des Traités, ils ont interprété largement les dispositions relatives à la recevabilité.

1 L'interprétation large des règles de recevabilité par le juge de l'Union

474. En droit de l'Union, le contrôle du comportement étatique passe avant tout par le recours en manquement dont le caractère objectif ressort du Traité et dicte assez largement la jurisprudence (a). Cependant, le rôle du renvoi préjudiciel ne peut être éludé et le pragmatisme de la Cour doit alors être mis en avant (b).

a Le caractère objectif du recours en manquement

475. Le recours en manquement constitue une des spécificités de l'intégration européenne par rapport aux autres organisations internationales. Bien que le juge ne puisse pas annuler ou nullifier les actes nationaux, ce recours est une « procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États »[1409]. Son objectif est *in fine* de faire « prévaloir les intérêts communautaires consacrés par le Traité contre l'inertie et contre la résistance des États Membres »[1410]. Le contentieux du manquement est ainsi un contentieux objectif qui tend à « assurer le respect de la légalité communautaire ». Cette prévalence de l'intérêt commun explique pourquoi la Commission dans son rôle de gardienne des Traités n'a pas à apporter la preuve de son intérêt à agir[1411] et dispose d'un véritable pouvoir discrétionnaire quant à la saisine de la Cour suite à la phase précontentieuse[1412].

476. L'appréciation large de la recevabilité des recours introduits par la Commission constitue alors une évidence. En effet, comme l'a souligné la Cour, le recours en manquement n'a pas pour objet de « protéger les droits propres de la Commission »[1413]. Au contraire l'institution agit « dans l'intérêt général communautaire », en conséquence, elle n'a pas à démontrer l'existence de son intérêt à agir. De ce fait, il est très rare qu'un recours en manquement soit jugé irrecevable, l'intérêt commun permettant, dans le raisonnement du juge, d'accorder une certaine marge d'appréciation à la Commission. Cependant, et dans de très rares hypothèses, la Cour peut, au nom des droits des Etats membres de l'Union, juger un recours irrecevable. Il en va ainsi lorsque la Commission laisse un délai dérisoire à l'Etat dans sa lettre de mise en demeure[1414]. La Cour sanctionne alors le fait que l'Etat membre ait vu ses droits remis en cause par cette brièveté. Le caractère objectif du recours en manquement implique corrélativement que les Etats Membres ne peuvent se défendre en excipant de l'absence d'effet du manquement sur le marché commun[1415]. En effet, l'existence d'un

[1409] CJCE, 15 juillet 1960, Italie c/ Haute Autorité, aff. 20/59, Rec. p. 663.
[1410] CJCE, 15 juillet 1960, Italie c/ Haute Autorité, aff. 20/59, Rec. p. 663.
[1411] CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France, aff. 167/73, Rec. p. 359.
[1412] CJCE, 21 janvier 1999, Commission c/ Belgique, aff. C-207/97, Rec. p. I-275.
[1413] CJCE, 10 avril 2003, Commission c/Allemagne, aff. jtes C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609.
[1414] CJCE, 2 février 1988, Commission c/ Belgique, aff. 293/85, Rec. p. 305.
[1415] CJCE, 11 avril 1978, Commission c/ Pays-Bas, aff. 95/77, Rec. p. 863 ; CJCE, 18 octobre 2007, Commission c/ Danemark, aff. C-19/05, Rec. p. I-8597.

préjudice n'est pas une condition de reconnaissance du manquement[1416]. Instrument destiné à protéger l'intérêt commun au sein de l'Union, le recours en manquement est donc logiquement un recours très largement ouvert. Le recours en manquement constitue une voie directe de contrôle des Etats membres de l'Union. Le mécanisme du renvoi préjudiciel est devenu, en pratique, un moyen indirect de procéder à ce même contrôle.

b L'absence de formalisme du mécanisme préjudiciel

477. Le renvoi préjudiciel en interprétation est un élément fondamental de l'intégration européenne. Et il est symptomatique que bon nombre des « grands arrêts » de la Cour ait été rendu dans ce cadre. Dans une organisation visant à la création d'un grand marché par le respect du droit, il est nécessaire que les règles communes soient non seulement interprétées mais également appliquées de façon uniforme. Dès lors, le mécanisme préjudiciel est « essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par le traité »[1417]. En effet, seule l'uniformité permet d'éviter les distorsions de concurrence et donc l'altération du fonctionnement du marché. En conséquence, les règles communes doivent être interprétées par le juge de l'Union et non en fonction des seuls droits nationaux. Comme le souligne la Cour « la qualification juridique d'une mesure nationale d'après le droit de l'Union ne dépend pas de la façon dont cette mesure a été perçue ou appréciée dans le cadre national. La nécessité d'assurer une application uniforme des dispositions des traités exige une interprétation autonome »[1418]. Le mécanisme préjudiciel remplit précisément cette fonction puisque l'uniformité d'application du droit de l'Union est la « fonction inhérente au mécanisme du renvoi préjudiciel »[1419]. Cet impératif d'uniformité justifie que la Cour accepte de répondre à des renvois préjudiciels alors que le juge national, saisi d'un litige purement interne, lui demande d'interpréter une notion qui, quoique européenne, figure dans une règle de droit interne[1420]. La Cour admet sa compétence en se fondant sur l'intérêt à interpréter de façon uniforme les notions du droit de l'Union reprises en droit national afin d'éviter toute divergence d'interprétation.

[1416] CJCE, 1er février 2001, Commission c/ France, aff. C-333/99, Rec. p. I-1025.
[1417] CJCE, 16 janvier 1974, Rheinmuhlen, aff. 166/73, Rec. p. 33.
[1418] CJCE, 29 avril 1982, Pabst & Richarz KG, aff. 17/81, Rec. p. 1331, pt. 18.
[1419] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 676.
[1420] CJUE, 18 octobre 2012, Punch Graphix Prepress Belgium, aff. C-371/11 ; CJCE, 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763.

478. L'importance du renvoi préjudiciel justifie l'intransigeance de la Cour qui refuse que les conditions du renvoi, en dehors de celles imposées par le Traité, soient déterminées par le droit des Etats. Ainsi, elle condamne toutes les législations qui empêchent le juge national de former un renvoi préjudiciel ou le soumettent à des conditions[1421]. Elle précise en outre les conditions dans lesquelles les juges nationaux peuvent s'abstenir de former un renvoi en interprétation[1422]. De plus, elle considère que la notion de juridiction relève uniquement du droit de l'Union. Comme elle l'a affirmé à de nombreuses reprises, cette notion « revêt un caractère communautaire »[1423]. Dès lors, la qualification de juridiction s'apprécie au regard de critères européens c'est-à-dire fixés par la Cour elle-même[1424].

479. Quant à la recevabilité proprement dite des renvois préjudiciels, la jurisprudence de la Cour est guidée par l'objet du mécanisme et le rôle du juge national. En effet, le renvoi préjudiciel, « instrument de coopération judiciaire »[1425], permet la mise en place d'un véritable dialogue entre le juge national et le juge de l'Union, dialogue d'autant plus fondamental que le juge national constitue le véritable « juge communautaire de droit commun ». A ce titre, il lui incombe d'appliquer le droit de l'Union et sa coopération avec le juge européen est déterminante[1426]. Ainsi, en dépit des précisions de la Cour quant à l'obligation de renvoi, ce dialogue de juge à juge dépend des juges nationaux et la Cour fait preuve d'une certaine bienveillance à l'endroit des renvois préjudiciels. Elle considère ainsi que les juridictions nationales sont normalement seules juges de la nécessité et de la pertinence des renvois préjudiciels. En conséquence, les questions bénéficient d'une présomption de pertinence et elle s'estime, en principe, tenue de répondre[1427]. De plus, elle considère que les juridictions nationales ont « la faculté la plus étendue de saisir la Cour », faculté dont elles peuvent faire usage à tout moment de la procédure[1428]. Dès lors, les hypothèses d'irrecevabilité sont rares. Le fait que l'interprétation demandée n'a pas de rapport

---

[1421] CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov, aff. C-173/09, Rec. p. I-8889.
[1422] CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT c/ Ministère de la Santé, aff. 283/81, Rec. p. 3415.
[1423] CJCE, 30 mars 1993, Corbiau, aff. C-24/92, Rec. p. I-1277, pt. 15.
[1424] CJUE, 31 janvier 2013, Belov, aff. C-394/11, pt. 38.
[1425] CJCE, 15 mai 2003, Salzmann, aff. C-300/01, Rec. p. I-4899, pt. 28.
[1426] CJCE, 1er décembre 1965, Firma Schwarze, aff. 16/65, Rec. p. 1081. Selon la Cour « les juridictions nationales et la Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États Membres ».
[1427] CJUE, 7 juillet 2011, Agafiței et a, aff. C-310/10, Rec. p. I-5989 ; CJUE, 21 décembre 2011Cicala, aff. C-482/10 ; CJUE, 8 novembre 2012, Techniko Epimelitirio Elladas e.a aff. C-271/11.

avec la réalité ou l'objet du litige au principal constitue une de ces hypothèses[1429]. Le caractère fictif ou artificiel du litige au principe[1430] ou le manque d'informations livrées à la Cour par le juge national[1431] constituent d'autres hypothèses d'irrecevabilité. Néanmoins, elle applique sa jurisprudence de façon bienveillante afin de maintenir la confiance des juridictions nationales et la pérennité du mécanisme.

480. Par ailleurs, alors qu'en principe la Cour n'est pas compétente pour statuer sur la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union[1432], il n'est pas rare que les juridictions nationales l'interrogent afin d'obtenir une telle appréciation. Si la Cour rappelle le principe, elle « accepte de reformuler la question afin d'en faire une question de pure interprétation de la disposition communautaire en cause »[1433]. Dans ce cadre le renvoi préjudiciel est alors, comme le soulignait la Cour dès l'affaire Van Gend en Loos, une procédure complémentaire au recours en manquement. L'interprétation par la Cour des conditions de recevabilité des renvois préjudiciels lui offre ainsi la possibilité de contrôler plus largement les Etats membres de l'Union.

481. Le raisonnement du juge européen en matière de recevabilité des recours se caractérise par la volonté de faire prévaloir les nécessités de l'intérêt commun. A cette fin, l'intérêt général porté par la Commission suffit à la recevabilité des recours en manquement. Par ailleurs, la prévalence de l'intérêt européen justifie que le juge fasse preuve de pragmatisme en matière préjudicielle. En effet, ce mécanisme participe de l'effectivité de l'intégration européenne car il assure l'uniformité des règles communes et permet un contrôle indirect des Etats membres. La finalité du raisonnement du juge de l'OMC en la matière est similaire. Il s'agit d'ouvrir largement le prétoire. Cependant, la jurisprudence des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est davantage guidée par des considérations relatives à la nature politique et économique des différends.

1428 CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov, aff. C-173/09, Rec. p. I-8889.

1429 CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra AG, aff. C-379/98, rec. p. I-2099 ; CJCE, 5 décembre 2006, Cipolla e.a., aff. jtes C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421.

1430 CJCE, 16 décembre 1981, Foglia c/ Novello, aff. 244/80, Rec. p. 3045.

1431 CJCE, 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo E.A., aff. jtes C-320 à 322/90, Rec. p. I-393, pts 6-10.

1432 CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141 ; CJCE, 12 octobre 1978, Eggers c/ Freie Hansestadt Bremen, aff. 13/78, Rec. p. 1935, pt. 19 ; CJCE, 16 janvier 1997, USSL n° 47 di Biella, aff. C-134/95, Rec. p. I-195, pt. 17.

1433 F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, p. 127 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 688.

2 L'intérêt commercial des Membres de l'OMC

482. Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent résoudre des différends commerciaux et pourtant aucune disposition du mémorandum d'accord sur le règlement des différends ou des autres accords de l'OMC ne définit cette notion. Le MARD énonce cependant les conditions de saisine du juge de l'OMC et celles-ci reflètent assez largement l'esprit de l'article XXIII du GATT 1947[1434].

483. Le mémorandum d'accord sur le règlement des différends prévoit des plaintes en situation de violation et de non violation. La possibilité de plainte en situation de non violation, reconnaissance des attentes légitimes des Membres de l'OMC[1435], repose sur le postulat selon lequel « les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises, non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci »[1436]. La notion de plainte en situation de non violation atteste de la spécificité des différends commerciaux. En effet, les équilibres commerciaux issus de la négociation peuvent parfois être remis en cause par des comportements qui ne sont pas formellement contraires aux règles communes. Ce recours permet de protéger des équilibres commerciaux mais est dépourvu de considérations relatives à la légalité des mesures adoptées par les Membres. Ces considérations, plus commerciales que juridiques, innervent également le raisonnement du juge lorsqu'il examine les plaintes en situation de violation.

484. Dans le cadre des plaintes en situation de violation, l'Organe d'appel a souligné que les Membres de l'OMC peuvent recourir au mécanisme de règlement des différends dès lors qu'ils considèrent que leurs « avantages se trouvent annulés ou compromis du fait des

---

[1434] L'article XXIII de l'Accord général de 1947 précise les principes gouvernant la résolution des différends sur ce fondement. L'article XXIII de l'Accord général de 1947 précise que « 1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait : a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord; c) ou qu'il existe une autre situation, ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites ».

[1435] Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'O.M.C. », préc.

[1436] Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, rapport dopté le

circonstances indiquées à l'article XXIII »[1437]. La saisine du juge suppose néanmoins que soit soulevée la question de l'intérêt à agir. Sur ce point, la lecture du MARD et de l'article XXIII montre que les négociateurs « ne voulaient manifestement pas qu'une plainte déposée repose uniquement sur des considérations juridiques »[1438]. En effet, l'article XXIII du GATT de 1947, relatif à la Protection des concessions et avantages et non au Règlement des différends, montre que « les procédures prévues par cette disposition étaient principalement destinées à protéger l'équilibre des intérêts négocié entre les parties contractantes et non leurs droits sur le plan juridique »[1439]. Le passage du GATT à l'OMC n'a pas fondamentalement changé cet état de fait[1440] et le raisonnement du juge quant à l'intérêt à agir prend en compte la nature particulière des différends commerciaux.

485. L'intérêt à agir est interprété de manière souple. En premier lieu, l'Organe d'appel considère que les Membres de l'OMC ont « un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre en vertu du Mémorandum d'accord »[1441]. En second lieu, le juge de l'OMC envisage l'intérêt des Membres largement. En pratique, un Membre doit justifier de la mise en cause d'un intérêt réel pour initier une procédure de règlement des différends, néanmoins le juge de l'OMC n'exige pas que les Membres prouvent que leurs intérêts économiques ou juridiques pour lui adresser une demande. L'intérêt des Membres pour engager un différend n'est pas un intérêt juridique. Selon l'Organe d'appel, l'exigence d'un intérêt de cette nature ne ressort ni implicitement ni explicitement du mémorandum d'accord sur le règlement des différends ou des autres accords commerciaux[1442]. Par ailleurs, cette approche souple se traduit par l'admissibilité de recours

---

25 janvier 1990, IBDD, S37/91, et DS28/R, p. 135, § 144.

[1437] États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, § 13.

[1438] J. BURDA, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *RQDI*, 2005, pp. 1-37, sp. 29.

[1439] F. ROSSMER, « Évolutions du système de règlement des différends du GATT/de l'OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, SFDI, Colloque de Nice, Paris, Pedone, 1996, pp. 307 et s., sp. p. 309, cité par J. BURDA, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *RQDI*, 2005, pp. 1-37, p. 13, note 46.

[1440] On peut souligner que l'article 3.1 du MARD précise que « les Membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent mémorandum d'accord ».

[1441] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 135.

[1442] *Idem*, § 132. Selon l'Organe d'appel « ni l'article 3:3 ni l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, ni aucune

au motif, par exemple, que le Membre exporte ses produits vers le marché du Membre mis en cause. Ainsi, « même à supposer qu'il soit exigé sous une forme ou une autre qu'il y ait un intérêt économique »[1443], celui-ci est apprécié largement.

486. L'Organe d'appel a été plus loin et a accepté que cet intérêt ne soit que potentiel. Ainsi, il a jugé dans l'affaire des Bananes que les Etats-Unis, en tant que producteur de bananes, ont un intérêt potentiel à l'exportation. Il a également considéré que l'intérêt des Etats-Unis pouvait reposer sur l'interdépendance des marchés. En effet, le régime européen peut avoir un impact sur le marché mondial, notamment en termes de prix, impact qui peut ensuite se répercuter sur le marché américain. Ainsi, se fondant sur « l'interdépendance croissante de l'économie mondiale », l'Organe d'appel juge qu'« il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux »[1444]. L'intérêt pour introduire une demande entendu largement doit également être mis en relation avec l'article 3.8 du MARD. En effet, comme le souligne Mme Ruiz Fabri, la présomption de préjudice a historiquement « pour but de fonder l'intérêt à agir et d'éviter d'avoir à prouver l'existence d'un préjudice qui justifie la demande de retrait de la mesure incriminée »[1445]. Le raisonnement du juge quant à l'intérêt des Membres à introduire des recours respecte et concilie la nature double nature, juridique et politique, du mécanisme ainsi que le caractère économique des différends[1446].

487. La nature économique des différends fonde l'appréciation large des recours par le juge de l'OMC. Toutefois, le juge tempère quelque peu la marge d'appréciation dont disposent les Membres de l'OMC lorsqu'ils souhaitent introduire un recours. En effet, il s'est fondé sur l'article XXIII : 1 du GATT de 1994 et sur l'article 3.7 du MARD pour rappeler aux Membres qu'ils doivent en ce domaine « faire preuve d'une grande discipline pour décider si

---

autre disposition du Mémorandum d'accord, ne contient de prescription exigeant explicitement qu'un Membre ait un 'intérêt juridique' pour pouvoir demander l'établissement d'un Groupe spécial », en conséquence, les membres de l'Organe ne sont pas « d'avis que la nécessité d'avoir un 'intérêt juridique' ressort implicitement du Mémorandum d'accord ou d'une quelconque autre disposition de l'Accord sur l'OMC ».

[1443] Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport du Groupe spécial du 21 juin 1999, WT/DS98/R, § 7.14.

[1444] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 136.

[1445] H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », préc., p. 721.

[1446] J. BURDA, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure

une action serait 'utile' »[1447]. Il faut cependant souligner que cette précision a peu d'effet sur l'appréciation de la recevabilité des demandes adressées au juge. Cela découle, d'une part, de la présomption selon laquelle les recours ont été jugé utiles par les Membres qui les initient[1448]. D'autre part, l'Organe d'appel considère que l'article 3.7 du MARD « n'oblige ni n'autorise un Groupe spécial à s'interroger sur cette décision du Membre ni à remettre en question son jugement »[1449].

488. Quant au fondement du différend, l'article 3.3 du MARD[1450] implique que seules les « mesures prises par un autre Membre » peuvent être soumises à l'examen du juge. Cette question relève donc de la recevabilité des recours. De façon générale, l'Organe d'appel considère tout d'abord que les Groupes spéciaux ne peuvent éluder les interrogations relatives au fondement de leur compétence pour trancher le différend et ils doivent vérifier qu'ils sont effectivement compétents[1451]. Suivant un principe classique du droit international, le juge de l'OMC considère que constitue une mesure « tout acte ou omission imputable à un Membre de l'OMC peut être une mesure de ce Membre aux fins d'une procédure de règlement des différends. Les actes ou omissions qui sont ainsi imputables sont habituellement les actes ou omissions des organes de l'État, y compris ceux du pouvoir exécutif »[1452]. En outre, l'Organe d'appel impose une approche matérielle et non formelle des mesures. L'appréciation des Groupes spéciaux doit, à ce titre, « être fondée sur le contenu et le fond de l'instrument et pas

---

prévisibilité du système commercial multilatéral », préc., pp. 8 et s.

[1447] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 135.

[1448] États-Unis — Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 15 décembre 2003, WT/DS244/AB/R, § 86.

[1449] *Ibidem*.

[1450] Selon l'article 3.3 du MARD, « le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres ».

[1451] Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, §§ 36 et 53. Selon l'Organe d'appel, les Groupes spéciaux « ne peuvent simplement faire abstraction de questions qui touchent au fondement de leur compétence – c'est-à-dire à leur pouvoir de traiter et de régler des questions. Les Groupes spéciaux doivent plutôt traiter ces questions – si nécessaire de leur propre chef – afin de s'assurer eux-mêmes qu'ils sont habilités à connaître de l'affaire ».

[1452] États-Unis — Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 15 décembre 2003, WT/DS244/AB/R, § 81.

simplement sur sa forme ou sa nomenclature »[1453]. Ainsi, un *policy bulletin* non contraignant mais qui établissait des orientations administratives et était ainsi à l'origine d'attentes des acteurs privés a été qualifié de mesure[1454]. De plus, il est indifférent que la mesure figure dans un quelconque document écrit[1455] et le juge de l'OMC n'exige pas que les mesures aient un caractère impératif[1456]. Le caractère économique des litiges rejaillit également sur l'appréciation de la notion de mesures. Le juge accepte que soient contestés des « actes établissant des règles ou des normes censées être appliquées de manière générale et prospective »[1457]. Cette appréciation montre bien que l'Organe d'appel cherche à appréhender « l'effet économique potentiel (une mesure non encore appliquée) aussi bien que l'effet économique avéré (une mesure déjà appliquée à des cas particuliers) »[1458]. De la même façon, le juge de l'OMC n'exclut pas qu'une mesure qui n'est plus en vigueur puisse être contestée. Pour le juge, la question de l'affectation du marché par une telle mesure dépend de la situation factuelle et relève dès lors du fond de l'affaire[1459].

489. Le raisonnement du juge de l'OMC en matière de recevabilité des recours prend en compte la nature économique des différends. La souplesse du raisonnement sur ce point est la conséquence directe de la spécificité des différends commerciaux. Ces derniers permettent aux Membres de l'OMC de faire valoir la défense de leurs intérêts commerciaux tels qu'issus des négociations. Au contraire, l'interprétation large des règles de recevabilité dans l'Union est la conséquence des spécificités de l'intégration européenne. Elle s'explique par la nécessité de faire prévaloir l'intérêt commun dans le cadre du recours en manquement et l'application uniforme du droit de l'Union en matière préjudicielle. L'appréciation de la recevabilité ne constitue cependant qu'un préalable au contrôle au fond. Or, c'est l'intensité

[1453] *Idem*, note de bas de page 87.
[1454] *Idem*, § 187.
[1455] États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro), rapport de l'Organe d'appel du 18 avril 2006, WT/DS294/AB/R, §§ 192-193.
[1456] États-Unis — Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 15 décembre 2003, WT/DS244/AB/R, § 89.
[1457] *Idem*, § 82.
[1458] P. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC (2006) », préc., p. 527.
[1459] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, § 262, selon l'Organe d'appel « la question de savoir si des mesures dont le fondement législatif est venu à expiration affectent actuellement le fonctionnement d'un accord visé est une question qui doit être réglée à partir des faits de la cause en l'espèce ».

de ce contrôle qui permet *in fine* de garantir l'effectivité des règles communes. Ainsi, un contrôle approfondi des comportements étatiques est le signe, non pas nécessairement d'un activisme judiciaire, mais d'une volonté du juge de faire respecter les engagements conventionnels.

B L'effectivité du contrôle des Membres

490. Dans le cadre des Accords de l'OMC, l'Organe d'appel a indiqué que le critère d'examen approprié d'une mesure soumise à l'appréciation du juge est énoncé à l'article 11 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends (1). En revanche, les Traités européens ne précisent pas quelle doit être l'intensité du contrôle opéré par le juge européen sur les mesures nationales (2). Que ce soit à l'OMC ou dans l'Union, les juges ne font pas preuve d'une déférence totale envers les mesures étatiques, en effet, un contrôle trop restreint compromet nettement l'effectivité du contrôle contentieux.

1 Le critère d'examen équilibré dans l'OMC

491. La question du critère d'examen fait partie des plus controversées à l'OMC. Elle définit en effet la ligne de partage entre la souveraineté des Membres et le contrôle du juge et donc finalement l'allocation du pouvoir entre le Membre et le juge[1460]. Par exemple, les Membres de l'OMC conservent leur pouvoir réglementaire national en matière de protection de la moralité publique, néanmoins, si leur législation est contraire à leurs engagements conventionnels alors ils devront essayer de justifier leur mesure au regard de l'article XX du GATT ou de l'article XIV de l'AGCS. Lorsque le Groupe spécial est saisi de la mesure il devra déterminer le degré de déférence avec lequel il va examiner la mesure nationale au regard de ces dispositions. Lors de l'appréciation du caractère nécessaire de la mesure, laisser une marge d'appréciation au Membre en cause revient finalement à augmenter son pouvoir de porter atteinte aux règles communes. Il appartient donc aux Groupes spéciaux, sous le contrôle de l'Organe d'appel, de déterminer le critère d'examen approprié. A cet égard, l'article 11 du mémorandum d'accord, identifié par l'Organe d'appel comme la disposition de référence, laisse au juge une certaine marge d'appréciation. En effet, cette disposition l'autorise à mettre en œuvre différents critères d'examen. Or, il apparaît qu'il n'existe pas de

critère d'examen universel. Dans certains domaines, la déférence est plus ou moins de mise alors que dans d'autres non. Certains rapports tendent d'ailleurs à montrer que l'Organe d'appel lui-même le reconnaît de façon implicite. Pour preuve, dans l'affaire Hormones, il a jugé que « le critère d'examen approprié pour les procédures au titre de l'Accord SPS, il va de soi, doit tenir compte de l'équilibre établi dans cet accord entre les sphères de compétence cédées par les Membres à l'OMC et les sphères que les Membres se sont réservées. Adopter un critère d'examen qui n'est pas clairement fondé sur les dispositions de l'Accord SPS lui-même risque fort de modifier cet équilibre soigneusement établi et ni un Groupe spécial ni l'Organe d'appel ne sont autorisés à le faire »[1461]. La détermination du critère d'examen approprié s'opère au cas par cas au regard de l'Accord et des circonstances du différend.

492. Selon l'article 11 du MARD, « un Groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés ». Cette disposition implique en premier lieu que le juge de l'OMC est le juge du fait, puisqu'il doit évaluer les faits, ainsi que le juge du droit, puisqu'il doit se prononcer sur l'applicabilité des dispositions du droit de l'OMC. En vertu de l'article 11 du MARD, le juge doit procéder à « une évaluation objective de la question dont il est saisi », obligation que le juge a interprété. Quant à l'établissement des faits, l'Organe d'appel a précisé que « le critère applicable n'est ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la 'déférence totale', mais 'l'évaluation objective des faits' »[1462]. Dès lors, les Groupes spéciaux ne doivent pas effectuer un « réexamen complet »[1463] des appréciations factuelles menées par les autorités des Membres. Ils ne peuvent néanmoins s'en remettre aux constatations des Membres, car cela « ne saurait garantir 'l'évaluation objective' prévue par l'article 11 du Mémorandum d'accord" »[1464]. Quant aux questions de droit, le juge doit interpréter les règles en fonction de la prescription

---

[1460] V. Chapitre I, Titre I, Partie I.
[1461] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte du Canada, rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, WT/DS48/R, § 115.
[1462] *Idem*, § 117.
[1463] *Ibidem*.
[1464] *Ibid*.

figurant dans le MARD et donc faire appel aux règles coutumières d'interprétation du droit international public afin de juger de la compatibilité ou de l'incompatibilité des mesures[1465].

493. En réalité, il n'y a pas un critère d'examen qui serait pertinent pour tous les différends et pour tous les accords. Ainsi, tant par rapport à l'établissement des faits ou du droit de très bonnes et fortes raisons plaident pour une certaine déférence[1466]. Néanmoins l'ORD ne s'est pas complètement engagé dans cette voie sans pour autant avoir mis en œuvre un critère d'examen proche de l'activisme. En matière d'interprétation du droit, les Groupes spéciaux ne s'en remettent pas aux interprétations nationales[1467] mais cela semble correct étant donné qu'il appartient aux instances commerciales multilatérales d'interpréter les accords OMC. Quant à l'examen des faits, l'évaluation objective suppose de parvenir à un certain équilibre. Dans le différend entre les Etats-Unis et le Pakistan relatif à la mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan, l'Organe d'appel a déterminé la méthodologie applicable à cette question[1468]. Les Groupes spéciaux ne peuvent procéder à une évaluation *de novo.* En revanche, ils doivent vérifier que les autorités ont pris en compte tous les éléments de faits pertinents et s'assurer que ces éléments soutiennent valablement les conclusions adoptées sur leur fondement. Il appartient également aux Groupes spéciaux de s'assurer que les autorités internes ont correctement pris en compte la nature et l'éventuelle complexité des données factuelles et évalué toutes les interprétations de ces données. Ainsi, les Groupes spéciaux ne peuvent « substituer leur jugement à celui de l'autorité compétente » mais ils doivent déterminer si les autorités internes ont procédé à un examen complet et impartial des données factuelles.

494. Le critère d'examen symbolise l'équilibre entre le nécessaire contrôle opéré par le juge et le pouvoir des Membres de l'OMC. La jurisprudence montre que le juge de l'OMC fait varier le critère d'examen en fonction des circonstances et de l'équilibre, établi dans chaque Accord, entre les engagements conventionnels et le pouvoir conservé par les membres de l'enceinte commerciale multilatérale. A ce titre, l'article 11 du mémorandum d'accord est

---

[1465] *Idem*, § 118.
[1466] M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », préc.
[1467] C.-D. EHLERMANN, N. LOCKHART, « Standard of review in WTO law », préc., p. 498.
[1468] États-Unis — Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan, rapport de l'Organe d'appel du 8 octobre 2001, WT/DS192/AB/R, §§ 69-74.

révélateur des limites qui s'imposent à l'appréciation du juge de l'OMC. Au contraire, les Traités européens laissent au juge une marge manœuvre plus importante.

2 Le contrôle approfondi dans l'Union

495. La Cour de justice dispose des moyens juridiques pour contrôler effectivement les comportements étatiques. Alors qu'elle a expressément pour mission d'assurer le respect et d'interpréter le droit de l'Union, celui-ci fourmille de notions indéterminées ou de notions, telles que les aides d'Etat, qui appellent non seulement une interprétation du juge mais également, compte tenu de la nécessité de protéger l'intégration européenne, une intreprétation large voire créatrice. Ainsi, l'indétermination de certaines notions fondamentales du Traité comme les taxes d'effet équivalent, les mesures d'effet équivalent ou encore le manquement, a engendré une jurisprudence créatrice. De plus, les dispositions du Traité relatives aux compétences de la Cour sont finalement peu détaillées et laissent alors une nécessaire marge de manœuvre au juge. Si le Traité prévoit un recours en constatation de manquement et détaille la procédure de ce recours, il ne définit pas la notion en elle-même et n'encadre aucunement le juge quant à l'intensité du contrôle qu'il opère dans ce cadre. Dès lors, c'est la Cour elle-même, sur le fondement des moyens de la Commission gardienne de l'intérêt commun, qui a défini les contours de cette notion au gré des condamnations étatiques. Elle a ainsi interprété largement la notion de manquement et interprété restrictivement les faits justificatifs du manquement.

496. Le manquement doit être distingué de la faute[1469] et implique que l'Etat membre ait manqué à une de ses obligations. La notion d'Etat est ici encore interprétée largement. Pour la Cour, « quel que soit l'organe de l'Etat dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante »[1470] la manquement est imputé à l'Etat. Il en va de même du comportement des entités infra-étatiques même si elles sont constitutionnellement autonomes[1471]. Si ces positions peuvent s'expliquer au regard de la théorie de l'unité de l'Etat que la Cour ne peut ignorer, le cas des manquements liés au comportement des particuliers est en revanche plus audacieux. En effet,

[1469] CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, Rec. p. 1003.
[1470] CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, aff. 77/69, Rec. p. 237.
[1471] CJCE, 13 décembre 1991, Commission c/ Italie, aff. C-33/90, Rec. p. 5987.

la Cour considère que le comportement de personnes privées peut constituer un manquement imputable à l'Etat[1472]. Dans l'affaire Guerre des Fraises, la Commission poursuivait la France du fait des barrages routiers et d'actions contre des transporteurs de fraises d'Espagne. La Cour juge tout d'abord que l'interdiction des restrictions à la libre circulation des marchandises impose « aux États Membres non seulement de ne pas adopter eux-mêmes des actes ou des comportements susceptibles de constituer un obstacle aux échanges, mais également, en liaison avec l'article 5 du traité [devenu article 4§ 3 TUE], de prendre toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire » la libre circulation des marchandises. Elle apprécie ensuite le comportement des autorités françaises et souligne que leur inaction a duré plus de dix ans. En conséquence, elle impute à l'Etat les barrages et les actions menés par des personnes privées. Par ailleurs, le manquement peut être reconnu si l'Etat a méconnu le droit primaire[1473] ou le droit dérivé[1474]. Enfin, par rapport à la violation en elle-même, la Cour considère « qu'une abstention, tout autant qu'un comportement positif, est susceptible de constituer (..) un manquement »[1475]. En conséquence, elle sanctionne tout autant l'abstention, comme la non transposition des directives, que les insuffisances[1476], comme l'insuffisance des contrôles[1477].

497. En parallèle de cette interprétation extensive du manquement, elle a réduit les hypothèses dans lesquelles les Etats peuvent espérer s'exonérer de leur responsabilité. A nouveau, l'absence de mention d'éventuels faits justificatifs dans le Traité a permis à la Cour d'en refuser certains et d'en accepter d'autres sous conditions. Ainsi, elle refuse catégoriquement l'invocation de l'exception de réciprocité[1478], ce rejet est fondé tant sur la nature de l'Union[1479], qui dépasse les seules relations entre Etats, que sur la logique économique du Traité puisque l'effectivité des règles communes est subordonnée à leur application uniforme. Enfin, impossibilité absolue d'exécuter ou l'invocation de la force

---

[1472] CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/ France, aff. C-265/95, Rec. p. 6959.
[1473] CJCE, 24 février 1988, Commission c/ Belgique, aff. 260/86, Rec. p. 955 ; CJCE, 10 novembre 2005, Commission c/ Portugal, aff. C-432/03, Rec. p. I-9665.
[1474] CJCE, 10 décembre 1969, Commission c/ France, aff. jtes 6 et 11/69, Rec. p. 523 ; CJCE, 7 février 1973, Commission c/ Italie, aff. 39/72, Rec. p. 101.
[1475] CJCE, 17 févrer 1970, Commission c/ Italie, aff. 31/69, Rec. p. 25.
[1476] V. MICHEL, « Manquement », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 25.
[1477] CJCE, 22 décembre 2008, Commisison c/ Espagne, aff. C-189/07, Rec. p. I-195.
[1478] CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729 ; CJCE, 14 février 1984, Commission c/ Allemagne, aff. 325/82, Rec. p. 777 ; CJCE, 26 février 1976, Commission c/ Italie, aff. 52/75, Rec. p. 277 ; CJCE, 9 juillet 1991, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-146/89, Rec. p. 3533.

majeure sont subordonnées à des conditions très strictes. Pour cette dernière, il faut montrer l'existence des circonstances étrangères qui rendent impossible la réalisation de l'action attendue. La Cour exige, d'une part, que l'Etat montre qu'il a fait face à des « difficultés anormales » et « indépendantes » de sa volonté et, d'autre part, qu'il a fait preuve de toute la diligence possible[1480]. Ces éléments montrent qu'à travers le recours en manquement, la Cour est à même d'exercer un réel contrôle sur les Etats Membres et donc d'imposer le respect des règles communes. Au sein de l'OMC, le constat est plus nuancé. En effet, le contrôle des Membres ne peut s'émanciper complètement des équilibres entre les droits et obligations des Membres propres à chaque Accord et de l'équilibre général entre le contrôle du juge et le pouvoir des Membres.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

498. Dans l'Union et dans l'OMC, la figure du juge d'apparente à celle du juge-arbitre mais également à celle du juge-entraîneur. A ce titre, il participe à la réalisation des objectifs communs. Pour ce faire, il finalise son raisonnement au regard de ces objectifs. L'analyse montre que le juge européen et le juge de l'OMC privilégient deux méthodes semblables. En premier lieu, ils instrumentalisent dans leurs raisonnements les principes fondamentaux de leurs systèmes respectifs. En second lieu, ils font un usage constructif des défaillances des règles communes. L'effectivité des règles communes est tout d'abord assurée par une approche volontariste des principes de la Constitution économique dans le raisonnement du juge. Ainsi, les principes de libre circulation, de non discrimination et d'ouverture aux échanges offrent au juge un matériau adéquat afin de participer à la construction du marché intérieur et à la libéralisation des échanges. Par ailleurs, les juge ont recours aux principes de coopération loyale et de bonne foi. Au sein de l'Union, le principe de coopération loyale constitue un instrument propre à garantir le respect des obligations communes par les Etats Membres. En effet, en imposant un devoir de coopération loyale aux autorités nationales chargées d'appliquer et de mettre en œuvre les règles de l'Union, le juge résorbe les hypothèses de violation et garantit l'uniformité d'application du droit au nom de l'intérêt commun. Dans l'OMC, la bonne foi occupe une place différente dans le raisonnement du

---

[1479] CJCE, 26 février 1976, Commission c/ Italie, aff. 52/75, Rec. p. 277.
[1480] CJCE, 17 septembre 1987, Commission c/Grèce, aff. 70/86, Rec. p. 3545.

juge. Elle lui permet de maintenir l'équilibre des parties au différend ainsi que l'équilibre des droits entre les droits des Membres. Enfin, les défaillances des règles de l'Union et de l'OMC jouent un rôle déterminant dans le raisonnement du juge. Les carences du législateur européen ont justifié la reconnaissance de l'effet direct de certaines dispositions du droit de l'Union et l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle. Dans ce cadre, le raisonnement du juge apparaît comme le relais d'une volonté politique défaillante et, par la reconnaissance de ces principes, comme un instrument de réalisation des objectifs communs. Enfin, le juge appréhende largement dans son raisonnement les dispositions qui lui permettent d'opérer un contrôle des Membres de l'Union et de l'OMC. Ainsi, la recevabilité des recours est interprétée largement dans l'Union et dans l'OMC mais sur des fondements différents. Le juge de l'Organisation mondiale du commerce raisonne en fonction de la nature hybride des litiges à l'OMC et veille ainsi à maintenir l'équilibre entre les Membres. Au sein de l'Union, la Cour raisonne davantage en fonction de la nécessaire uniformité du droit dans le cadre préjudiciel et du caractère objectif du manquement dans le contentieux éponyme. En outre, le contrôle opéré par les juges est un contrôle approfondi. La fonction du juge au sein de l'Union européenne et de l'OMC suppose également qu'il concilie les intérêts divergents des Membres et de l'organisation à laquelle ils appartiennent.

Chapitre II Le raisonnement : un vecteur de conciliation d'intérêts divers

499. Les objectifs d'intégration économique dans l'Union et de libéralisation des échanges dans l'OMC impliquent pour les Membres de ces organisations des obligations de nature économique. Ainsi, les règles communes encadrent et limitent le pouvoir des Membres de réglementer les échanges et le marché. Toutefois, les réglementations des membres de l'Union et de l'OMC dans le domaine économique peuvent également tendre à protéger des intérêts de nature non économique. Si des dispositions régissant la composition de l'essence, la composition des produits ou encadrant le domaine des jeux et des paris ont un effet sur le marché, elles visent à protéger des intérêts et des valeurs non économiques. La cloison entre les intérêts économiques et les intérêts non économiques est assez fine et ces intérêts divers et divergents se rencontrent nécessairement[1481]. Les valeurs non économiques protégées et portées par les Membres de l'Union et de l'OMC peuvent être appréhendées de différentes façons. Dans l'Union, elles peuvent faire l'objet de compétences attribuées à l'organisation ; la mise en œuvre de ces politiques suppose alors l'adoption d'actes de droit dérivé. Par ailleurs, lorsque la protection de ces intérêts non économiques ressort encore des Etats membres, en tout ou en partie, sa mise en œuvre peut heurter les principes du marché intérieur. Ces intérêts sont alors appréhendés à travers les exceptions aux libertés de circulation. Au sein de l'OMC, ces intérêts non économiques sont appréhendés de deux façons. D'une part, les Membres peuvent invoquer le bénéfice des dispositions leur permettant de déroger aux disciplines communes et donc d'édicter des règles ou des mesures qui contredisent ou contreviennent à l'objectif commun. D'autre part, dans le domaine des obstacles techniques au commerce et des mesures sanitaires et phytosanitaires, ces intérêts font dans l'OMC, en opposition au GATT, l'objet d'une nouvelle approche. Ces deux

[1481] J. TRACHTMAN, « Trade and…Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity », *EJIL*, 1998, pp. 32-85.

Accords reconnaissent aux Membres de l'OMC le droit d'adopter des réglementations dans ces domaines à condition de respecter certaines conditions[1482].

500. En droit de l'Union, des dérogations aux règles communes sont prévues à l'article 36 du TFUE[1483] en matière de libre circulation des marchandises, à l'article 45§ 3 en matière de libre circulation des travailleurs[1484], à l'article 52§ 1er en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services[1485], à l'article 65 en matière de libre circulation des capitaux. Enfin l'article 346§ 1er b permet de déroger, sous certaines conditions, aux règles du Traité pour des motifs de sécurité nationale[1486]. Dans l'OMC, l'article XX du GATT[1487] et l'article

---

[1482] S. ZLEPTNIG, Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements, préc. ; M. ANDENAS, S. ZLEPTNIG, « Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective », Texas international law journal, 2007, pp. 371-423, sp. p. 405, comme le soulignent ces auteurs, les intérêts non économiques sont appréhendés de deux façons distinctes dans l'OMC, « public policy exceptions, which limit the scope of legal rules and provide for derogations from main treaty obligations (e.g., GATT Article XX), and positive obligations imposed on Members by the SPS and TBT Agreements. These positive obligations lay down substantive criteria for domestic regulation to ensure that domestic regulation does not impose too burdensome constraints on international trade ».

[1483] V. l'article 36 TFUE selon lequel « les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États Membres ».

[1484] V. l'article 45 §3 TFUE qui dispose que « sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ».

[1485] V. l'article 52§1er TFUE aux termes duquel « les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». Selon l'article 62 du Traité l'article 52§1er est applicable en matière de libre prestation de services « Les dispositions des articles 51 à 54 inclus sont applicables à la matière régie par le présent chapitre ».

[1486] En vertu de l'article 346 §1 b TFUE « tout État Membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ».

[1487] V. l'article XX GATT au titre duquel « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures *a)* nécessaires à la protection de la moralité publique; *b)* nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; *c)* se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent; *d)* nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à

XIV de l'AGCS[1488] constituent des exceptions générales permettant aux Membres d'adopter des mesures poursuivant divers intérêts jugés dignes de protection au niveau national. Les exceptions concernant la sécurité sont énoncées aux articles XXI du GATT, XIV bis de l'AGCS et 73 de l'Accord sur les ADPIC. Cet Accord autorise également les Membres à exclure la brevetabilité de certaines inventions pour des motifs tenant à la protection de l'ordre public, de la moralité publique ou d'autres intérêts[1489]. Outre leur proximité

---

induire en erreur; *e)* se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons; *f)* imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique; *g)* se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales; *h)* prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et non désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et n'est pas désapprouvé par elles ; *i)* comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles des- dites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non- discrimination; *j)* essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les PARTIES CONTRACTANTES examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa. ».

[1488] V. l'article XIV AGCS qui dispose que « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures: a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent: i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services; ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels; iii) à la sécurité; .d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres; e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié ».

[1489] V. l'article 5. 2 et 5. 3 de l'Accord ADPIC qui énonce que « 2 les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation. 3 Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité: a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux; b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés

sémantique, ces dispositions du droit de l'Union et du droit de l'OMC partagent une même fonction, elles constituent des clauses de dérogation aux règles communes. Pour schématiser, ces dispositions dans l'une et l'autre organisation relèvent de trois catégories. Elles reflètent la souveraineté réglementaire des Membres, c'est-à-dire de ce qui a trait à la police administrative et police sanitaire[1490], par la protection de la santé publique, de l'ordre public, de la moralité publique. Elles garantissent leur autonomie en matière de sécurité. Enfin, elles ont trait à des intérêts divers comme la protection des droits de propriété intellectuelle ou la protection des trésors nationaux. Enfin, dans l'OMC, l'approche positive de ces intérêts se matérialise au sein des Accords SPS et OTC. L'objet de ce dernier est d'encadrer le droit des Membres d'adopter des règlements techniques. Ainsi, ils peuvent adopter de tels règlements qui sont nécessaires pour protéger des intérêts légitimes comme la préservation de la santé ou de l'environnement[1491]. L'article 5.7 de l'Accord OTC permet de faire échec à certaines obligations de cet Accord[1492]. Enfin, l'Accord SPS vise à encadrer le droit des Membres de l'OMC d'adopter les mesures sanitaires et phytosanitaires nécessaires à la protection de la

---

non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ».

[1490] L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, préc., pp. 264-265, Ce lien avec le concept de police ressort par ailleurs de l'argumentaire allemand dans l'affaire Omega dans laquelle était en cause une mesure de police. De même, en droit administratif français l'autorité détentrice du pouvoir de police, comme le maire, peut réglementer certaines activités au nom de la défense de l'ordre public c'est-à-dire le bon ordre, la sécurité, la sûreté et la salubrité publiques (Art. L. 2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales).

[1491] En vertu de l'article 2.2 de l'Accord OTC « les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits ».

[1492] V. l'article 5.7 de l'Accord OTC qui dispose que « sous réserve des dispositions de la partie introductive du paragraphe 6, si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posent ou menacent de se poser à un Membre, celui-ci pourra, selon qu'il le jugera nécessaire, omettre telle ou telle des démarches énumérées au paragraphe 6, à condition qu'au moment où il adoptera la procédure: 5.7.1 il notifie immédiatement aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, la procédure en question et les produits visés, en indiquant brièvement l'objectif et la raison d'être de la procédure, y compris la nature des problèmes urgents; 5.7.2 il fournisse, sur demande, aux autres Membres le texte des règles de la procédure; 5.7.3 il ménage, sans discrimination, aux autres Membres la possibilité de présenter leurs observations par écrit, discute de ces observations si demande lui en est faite, et tienne compte

santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Les Membres de l'OMC peuvent adopter des réglementations en la matière à condition de respecter les prescriptions de l'Accord SPS[1493].

501. Si ces dispositions permettent aux Membres de l'Union et de l'OMC de déroger aux disciplines communes, cette possibilité reste sous le contrôle du juge. En effet, ces dérogations sont encadrées par les Traités. Il incombe alors au juge de vérifier que les conditions énoncées dans ces textes sont respectées. Le raisonnement du juge constitue le lieu de rencontre des intérêts économiques véhiculés par les règles communes et des intérêts non économiques portés par les Membres. Mais ce contentieux est, dans l'Union comme dans l'OMC, source de difficultés pour le juge en raison de la nature des intérêts que les Membres peuvent invoquer au soutien de la dérogation ou dans le cadre des Accords SPS et OTC. En effet, les intérêts non économiques sont propres à chaque Membre, à sa société et aux intérêts essentiels qu'il entend protéger.

502. Ces préférences peuvent être intégrées dans le raisonnement du juge au moment où il statue sur la portée de l'obligation. Ainsi, le juge européen a considéré que les mesures relevant de la politique économique et sociale des Membres, comme la législation allemande interdisant le travail de nuit dans les boulangeries ou l'interdiction opposée au commerce au détail d'ouvrir le dimanche[1494], relèvent « de la politique économique et sociale » de chaque Etat Membre de l'Union. Elles ne sont pas contraires au droit de l'Union si elles s'appliquent sur le fondement de critères objectifs à toutes les entreprises du secteur et sans créer de discrimination[1495]. Au sein de l'OMC, l'Organe d'appel a intégré la toxicité des produits dans son analyse de la similarité au regard de l'article III :4 du GATT[1496]. Dans le différend portant

---

de ces observations écrites et des résultats de ces discussions ».

[1493] Selon l'article 2.2 de l'Accord SPS, « les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 ». Par ailleurs, l'article 5.6 de cet Accord précise que « Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3, lorsqu'ils établiront ou maintiendront des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique ».

[1494] CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council contre B & Q plc, aff. C-145/88, Rec. p. 3851.

[1495] CJCE, 14 juillet 1981, Oebel, aff. 155/80, Rec. p. 1993, pt. 16.

[1496] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe

sur l'amiante, il a jugé que les produits contenant de l'amiante et ceux n'en contenant pas ne pouvaient être considérés comme similaires. La toxicité des produits est intégrée à l'analyse de la comparaison des caractéristiques physiques. Cette démarche du juge permet de prendre en compte des intérêts non commerciaux dès l'analyse de l'obligation[1497].

503. Toutefois, le terrain d'expression privilégié de ces intérêts protégés par les Membres reste l'invocation des dérogations. Or, les préférences collectives des Membres de l'Union et de l'OMC, ou leurs intérêts essentiels, ne peuvent être absolus précisément parce qu'ils font obstacle aux objectifs d'intégration et de libéralisation des échanges. L'analyse de la jurisprudence est ici riche d'enseignement. Les deux juges confrontent les mesures nationales à ces dispositions de façon comparable et le raisonnement est un vecteur de conciliation de ces intérêts divers. Néanmoins, cette conciliation doit être analysée avec précaution. D'une part, les juges semblent s'ouvrir à la finalité de la mesure et aux préférences collectives des Membres de l'Union et de l'OMC. D'autre part, la nature de leurs contrôles, contrôle de proportionnalité[1498] et raisonnement par balancement[1499], montre *a priori* qu'ils mettent en balance les intérêts économiques communs et les intérêts propres invoqués par les Membres. Or, sur ces deux points, si l'on accepte de dépasser les apparences, il apparaît que l'ouverture

---

d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, §§ 104-132, sp. §§ §§ 115-122. Pour une approche similaire dans le cadre de la notion de similarité figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC V. États-Unis — Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012, WT/DS406/AB/R, §§ 117-120.

[1497] P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Protectionism or Reasonable National Regulation? The Protection of Non-Economic Interests as Barriers to the Free Movement of Goods: A Comparison of EC Law and WTO Law », préc., pp. 160 et s. ; P. EECKHOUT, « A Comment on Peter-Christian Müller-Graff's Paper 'Protectionism or Reasonable National Regulation?' », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (ed.), New-York, Springer, 2008, pp. 169-179, sp. 174-178. Cette approche doit cependant être différenciée du test « aim and effect ». Le juge de l'OMC refuse lors du contrôle des mesures des Membres au titre de l'article III :2 du GATT de prendre en considération l'objet de la mesure afin de déterminer si la différence de taxation entre produits nationaux et produits importés est appliquée afin de protéger les premiers, V. Japon – Boissons alcooliques, rapport du groupe spécial du 11 juillet 1996, WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R, § 6.15 ; Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 16 ; Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 241. Ce rejet du test « aim and effet » est parfois critiqué, V. R. E. HUDEC, « GATT / WTO Constraints on National Regulation : Requiem for an 'Aims and Effects' Test », *International Lawyer*, 1998, pp. 619-649.

[1498] Sur le contrôle de proportionnalité des mesures nationales dans l'Union, V. M. TINC, *Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges. Un instrument de légalité au service de l'intégration*, Thèse, Université de Strasbourg, 2009.

[1499] A.-C. MARTINEAU, « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », préc.

du raisonnement du juge aux préférences collectives est une ouverture limitée et consentie par lui-même (Section I). Par ailleurs, si la méthode de raisonnement mise en œuvre aux fins du contrôle peut apparaître comme un moyen de déférence du juge envers les intérêts des Membres, l'intensité du contrôle opéré suppose de nuancer cette conclusion. Le raisonnement des juges est alors mis au service des objectifs poursuivis par l'Union et l'OMC. L'appréhension restrictive des mesures portant atteinte à l'édification et au fonctionnement du marché intérieur ou à la libéralisation des échanges permet de résorber les hypothèses de perturbation des échanges (Section II).

Section I La réception des intérêts non économiques des Membres

504. Le raisonnement du juge peut être un vecteur de protection des préférences collectives et des intérêts légitimes des Membres de l'Union et de l'OMC. A cet égard, il est notable que le juge ouvre assez largement son appréciation à ces intérêts non économiques. L'introduction de motifs de dérogations non expressément prévus dans les Traités par le juge européen atteste de cette ouverture. Elle est cependant conditionnée puisqu'elle relève uniquement de la décision du juge. Dans l'OMC, la prise en compte des intérêts non économiques s'opère selon des modalités plus classiques. Cette ouverture des raisonnements des juges est conduite selon des modalités variables dans l'Union et dans l'OMC (§ 1er). Cette ouverture se vérifie également lors du contrôle de finalité de la mesure dérogeant aux disciplines communes. L'intensité variable de ce contrôle montre que le juge européen et le juge de l'OMC, de leur propre chef, prédéterminent les modalités d'invocation des intérêts non économiques par les Membres de l'Union et de l'OMC (§2nd).

Paragraphe I Des modalités variables de prise en compte

505. Les Membres de l'Union et de l'OMC ne peuvent invoquer n'importe quel intérêt pour justifier une règle contraire aux disciplines communes. En effet, les motifs admis sont énumérés par les Traités. Néanmoins, il appert que la Cour a reconnu d'autres motifs permettant aux Etats Membres de porter atteinte aux libertés de circulation (A). Ce phénomène se retrouve à l'OMC dans des proportions et selon des modalités différentes (B).

A L'acceptation aboutie dans l'Union

506. L'ouverture du raisonnement de la Cour aux valeurs ou aux préférences collectives des Membres de l'Union s'observe dans deux hypothèses, la reconnaissance des exigences impératives et des exigences impérieuses d'intérêt général (1) et la reconnaissance des droits fondamentaux comme motifs d'exception aux libertés de circulation (2).

1 Les exigences impératives et impérieuses d'intérêt général

507. Dans l'affaire Cassis de Dijon, la Cour a reconnu que des mesures étatiques poursuivant un but d'intérêt général « de nature à primer » le principe de libre circulation peuvent échapper à l'interdiction découlant du Traité[1500]. Par la reconnaissance de ces exigences impératives et impérieuses[1501], le raisonnement du juge s'ouvre aux conceptions nationales de l'intérêt général. Toutefois, cette ouverture doit être nuancée au regard de trois éléments. En premier lieu, les exigences impératives ne sont normalement pas assimilées aux dérogations textuelles, elles interviennent à des temps différents du raisonnement du juge. Par ailleurs, les exigences impératives ne peuvent théoriquement être invoquées qu'à l'égard des mesures nationales indistinctement applicables. Enfin, même si le juge a reconnu de nombreuses exigences impératives, force est de constater que l'ouverture ainsi opérée aux intérêts des Membres est contingente et relève de la seule volonté du juge.

508. Dans le raisonnement de la Cour, les exigences impératives interviennent non pas au moment de la justification de la mesure mais au moment de sa qualification. Théoriquement, les exigences impératives ne constituent pas des dérogations aux libertés de circulation puisqu'elles permettent simplement à une mesure nationale « d'échapper » à la qualification d'entrave. Ainsi, l'ouverture du raisonnement à travers les exigences impératives ne saurait être assimilée à une dérogation, celles-ci sont donc des exceptions créées par le juge à la qualification et non des dérogations *stricto sensu*. Néanmoins, cette distinction théorique est assez largement remise en cause par la jurisprudence. La Cour affirme ainsi, dans certaines affaires, qu'une mesure d'effet équivalent « ne peut être justifiée que par l'une des raisons

[1500] CJCE, 20 février 1979, Société Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. p. 649, pt. 14 (affaire dite « Cassis de Dijon »).

[1501] Le principe des exigences impératives a été transposée dans le cadre de la libre circulation des personnes, CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663, CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-

d'intérêt général énumérées à l'article 30 CE [devenu article 30 TFUE] ou par des exigences impératives »[1502].. A ce titre, la différence fonctionnelle entre les dérogations textuelles et les exigences impératives tend à s'amenuiser[1503].

509. La reconnaissance des exigences impératives dans l'affaire Cassis de Dijon a été concomitante à l'élargissement de la notion de mesure d'effet équivalent. Jusqu'alors, seules les mesures spécifiquement applicables aux produits importés, et donc clairement discriminatoires, entraient dans le champ de l'interdiction. En conséquence, les exigences impératives s'appliquent aux seules mesures indistinctement applicables. Ces mesures sont celles qui affectent en droit comme en fait et de la même manière les marchandises, les services nationaux et issus des autres Etats Membres. Dès lors, la Cour juge que les réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables et « qui sont, dès lors, discriminatoires ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse »[1504]. Une première nuance doit ainsi être apportée quant aux exigences impératives ; elles ne peuvent être invoquées au soutien de toutes les mesures nationales[1505]. Il faut cependant souligner que cette distinction cède parfois le pas à

55/94, Rec. p. I-4165.

[1502] CJCE, 8 septembre 2005, Yonemoto, aff. C-40/04, Rec. p. I-7755, pt. 55 ; CJUE, 6 octobre 2011, Bonnarde, aff. C-443/10, Rec. p. I-9327, pt. 32.

[1503] B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, Etude 1, pp. 6-12 ; P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Protectionism or Reasonable National Regulation? The Protection of Non-Economic Interests as Barriers to the Free Movement of Goods: A Comparison of EC Law and WTO Law », préc., p. 154 et pp. 162-163 ; P. EECKHOUT, « A Comment on Peter-Christian Müller-Graff's Paper 'Protectionism or Reasonable National Regulation?' », préc., p. 170 ; P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », *RIDE*, 2002, pp. 259-291, sp. p. 276.

[1504] CJCE, 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, aff. 352/85, Rec. p. 2085, pt. 32. Cette formule ressort d'autres jurisprudences de la Cour. Dans l'affaire, Weinvertriebs-GmbH, elle précise qu'elle a « déclaré itérativement depuis son arrêt du 20 février 1979 (Rewe, affaire 120/78, Recueil 1979, p. 649) que notamment la protection des consommateurs pouvait justifier des obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de disparités des réglementations nationales, le caractère discriminatoire de la réglementation en cause exclut cependant 1 application de ce critère qui ne concerne que les dispositions des législations », CJCE, 20 avril 1983, Weinvertriebs-GmbH, 59/82, Rec. p. 1217, pt. 11. De même, dans l'affaire Royal Bank of Scotland, après avoir reconnu le caractère discriminatoire de la mesure nationale, elle souligne qu'il faut « examiner si une discrimination telle que celle en cause dans l'affaire au principal peut être justifiée. Selon une jurisprudence constante, seule une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 56 du traité CE, pourrait rendre une telle discrimination compatible avec le droit communautaire », CJCE, 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Rec. p. I-2651, pt. 32.

[1505] Il semble cependant que dans quelques affaires la Cour accepte de confronter des mesures discriminatoires à une exigence impérative. Dans l'affaire Rémy Schmit, la Cour constate que la mesure est discriminatoire (pts 17-19) puis elle juge que la réglementation « n'est pas apte à satisfaire les exigences invoquées tenant à la défense des consommateurs ou à la loyauté des transactions commerciales » (pt. 24), CJCE, 27 juin 1996,

un certain pragmatisme du juge. Ainsi, certaines mesures discriminatoires peuvent, parfois, être justifiées au regard des exigences impératives[1506]. Par ailleurs, l'ouverture du raisonnement du juge à des considérations d'intérêt général, non expressément prévues par le Traité, apparaît comme le corollaire de l'élargissement du champ de l'interdiction par la Cour et de l'appréhension des mesures nationales non discriminatoires[1507].

510. Enfin, l'ouverture de la Cour aux intérêts protégés par les Etats Membres de l'Union à travers les exigences impératives est, à notre sens, une ouverture consentie et contingente. Elle est en premier lieu contingente puisqu'elle se matérialise au gré des affaires soumises à la Cour et des argumentaires étatiques. Dès lors, même si la catégorie des exigences impératives est virtuellement sans limites, encore faut-il que les conditions de reconnaissance d'une exigence soient réunies. Par ailleurs, la reconnaissance d'une exigence impérative est consentie au sens où seule la Cour peut attribuer ce statut à un intérêt invoqué par un Etat Membre[1508]. Les Etats n'ont donc pas de réelle maîtrise de cette catégorie.

511. La Cour a reconnu de nombreuses exigences impératives dans le cadre des libertés de circulation. Certaines ont trait à l'identité culturelle ou aux intérêts culturels des Etats

---

Rémy Schmit, aff. C-240/95, Rec. p. I-3179.

[1506] Ce mouvement se vérifie notamment en matière d'environnement. En effet, cet intérêt ne figure pas parmi les dérogations du Traité, en conséquence, seules les mesures indistinctement applicables devraient être examinées au regard de la protection de l'environnement qui constitue une exigence impérative. Or, dans certaines affaires, en dépit du caractère discriminatoire de la mesure, le juge de l'Union a recours à l'exigence de protection de l'environnement, V. CJCE, 14 juillet 1998, Aher-Waggon GmbH, aff. C-389/96, Rec. p. I-4473 ; CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra AG, aff. C-379/98, Rec. p. I-2099. Cette tendance de la Cour est mise en évidence voire critiquée par les Avocats généraux, V. les points 227-229 des Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra AG, aff. C-379/98, Rec. p. I-2099 et les points 86 à 98 des Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire C-204/12.

[1507] P. EECKHOUT, « A Comment on Peter-Christian Müller-Graff's Paper 'Protectionism or Reasonable National Regulation?' », préc., p. 172 ; B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », préc., p. 6 ; V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », préc. ; P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité ce », préc., p. 275, cet auteur souligne ainsi que « la création de cette deuxième catégorie de justifications, qui n'a pas un caractère limitatif, a en fait été rendue nécessaire par l'élargissement de la notion de restriction à l'importation que la doctrine Cassis de Dijon consacrait. À défaut, les États membres auraient été privés de leur pouvoir de réglementation chaque fois que celui-ci aurait été exercé en vue d'atteindre des objectifs d'intérêt public ne figurant pas à l'ancien article 36 (devenu 30) du Traité, tels la protection des consommateurs, la protection de la loyauté des transactions commerciales ou la protection de l'environnement ».

[1508] La Cour peut refuser à un intérêt invoqué par un Etat membre la qualité d'exigence impérative ou impérieuse. Ainsi, elle a jugé qu'un objectif de qualité des produits alimentaires ne peut permettre de justifier une mesure nationale restrictive, V. CJCE, 14 septembre 2006, Alfa Vita Vassilopoulos, aff. jtes C-158 et 159/04, Rec. p. I-8135, pt. 23.

Membres de l'Union comme la conservation[1509] ou la valorisation[1510] du patrimoine national. D'autres sont liées à des intérêts aussi divers que le pluralisme de la presse[1511], l'efficacité des contrôles fiscaux[1512], la protection de la santé publique[1513], la protection des consommateurs[1514], le caractère pluraliste des programmes de télévision[1515], ou la protection de la cohérence du système fiscal[1516]. Cette liste, non exhaustive, atteste du caractère éclectique des exigences impératives et impérieuses d'intérêt général. Si elle témoigne d'une ouverture du juge à des intérêts divers, elle ne signifie pas que la Cour accepte tous les intérêts invoqués par les Etats. Les exigences impératives semblent constituer un exemple topique de l'instrumentalisation du raisonnement de la Cour lors du contrôle des mesures nationales restrictives aux échanges. Cette reconnaissance lui a, en effet, permis d'élargir le champ de l'interdiction édictée par le Traité, de plus, le juge choisit ou non d'ouvrir son raisonnement aux intérêts invoqués par les Etats. La réception des intérêts non économiques invoqués par les Etats membres de l'Union se traduit également par l'ouverture du raisonnement du juge aux droits fondamentaux.

2 Les droits fondamentaux

512. Les droits fondamentaux ne font pas partie des exceptions aux libertés de circulation admises par le Traité. Dans un premier temps, la Cour a jugé que la justification d'une mesure nationale entravante devait être interprétée « à la lumière »[1517] des droits fondamentaux. Cette affirmation de la Cour laissait déjà entrevoir le saut qualitatif opéré quelques années plus tard lorsqu'elle a reconnu que ces droits pouvaient faire échec aux libertés de circulation[1518].

513. Dans l'affaire Schmidberger, la Cour a été directement confrontée à la problématique

---

[1509] CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, aff. 180/89, Rec. p. I-709, pt. 20.
[1510] CJCE, 26 février1991, Commission c/ Grèce, aff. 198/89, Rec. p. I-727, pt. 21.
[1511] CJCE, 26 juin 1997, Vereinigte Familiapress, aff. C-368/95, Rec. p. I-3689, pt. 18.
[1512] CJCE, 20 février 1979, Société Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. p. 649, pt. 8.
[1513] CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec. p. 2445 ; CJCE, 12 mars 1987, Commission c/ Allemagne, aff. 178/84, Rec.p. 1227.
[1514] CJCE, 16 mai 1989, Buet et autres c/ Ministère public, aff. 382/87, Rec. p. 1235, pt. 10.
[1515] CJCE, 13 décembre 2007, United Pan-Europe, aff. C-250/06, Rec. p. I-11135, pts 41-42.
[1516] CJCE, 28 janvier 1992, Bachmann, aff. C-204/90, Rec. p. I-249, pt. 28.
[1517] CJCE, 18 juin 1991, ERT c/ DEP, aff. C-260/89, Rec. p. I-2925, pt. 43.
[1518] Si l'ouverture du raisonnement du juge aux droits fondamentaux est avérée, il est en revanche plus difficile de saisir à quel titre ils permettent de faire échec aux libertés de circulation. En effet, il n'est pas évident de déterminer s'ils constituent des intérêts légitimes, des principes généraux ou des exigences impératives, V. B.

de la tension entre les libertés économiques et les droits fondamentaux. Etait en cause l'autorisation implicite d'organiser une manifestation sur l'autoroute du Brenner ; cette manifestation, ayant entraîné un blocage de l'axe routier, avait eu un effet sur la libre circulation des marchandises. Afin de justifier cette mesure, les autorités autrichiennes invoquaient la protection des libertés d'expression et de réunion protégées par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Constitution nationale. La Cour a jugé que la protection des droits fondamentaux est « un intérêt légitime » susceptible de justifier une mesure nationale limitant la libre circulation[1519]. Cette affaire n'est pas isolée et la Cour a raisonné de la même façon dans plusieurs affaires postérieures[1520]. Indéniablement, ces affaires attestent de l'ouverture du raisonnement du juge à des motifs non commerciaux, à des valeurs protégées par les Etats Membres. Néanmoins, la Cour souligne que la protection des droits fondamentaux n'est pas l'apanage des Etats Membres et que ces droits sont également protégés dans l'ordre juridique européen[1521].

514. Dans l'affaire Omega, une autorité municipale allemande avait interdit l'installation d'un jeu de « *laserdrome* » ; elle considérait que ce jeu, consistant à tirer au laser sur des personnes, portait atteinte à la dignité humaine. Cette interdiction allemande était confrontée à la libre prestation de services dans la mesure où Omega utilisait du matériel conçu et fabriqué par Pulsar, une société anglaise. La défense allemande reposait sur la spécificité du principe de dignité humaine en Allemagne qui autorisait de telles mesures. Dans cette affaire, la Cour semble lier la protection des droits fondamentaux dans l'Union et leur qualification d'intérêt légitime susceptible de justifier une restriction à la libre circulation[1522]. De plus, alors que l'argumentation allemande était fondée sur la place particulière de la dignité humaine dans cet Etat, la Cour, sans remettre en cause cette spécificité nationale, érige le principe de dignité

BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », préc., pp. 6-7.

[1519] CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659, pt. 74.

[1520] CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, Rec. p. I- 9609 ; CJCE, 25 mars 2004, Herbert Karner, aff. C-71/02, Rec. p. I-3025 ; CJCE, 14 février 2008, Dynamic medien, aff. C-244/06, Rec. p. I-505.

[1521] CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659. La Cour met ainsi longuement en évidence la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen (pts 71-75).

[1522] CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, Rec. p. I- 9609, pt. 34. La Cour souligne ainsi que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome ».

humaine en principe général du droit de l'Union[1523]. Dès lors, il semble que l'ouverture du raisonnement du juge aux droits fondamentaux dans ce cadre s'opère par le truchement de leur protection dans l'ordre juridique européen.

515. Cette tendance perceptible dans les affaires Omega et Schmidberger ressort également des affaires Herbert Karner[1524] et Dynamic Medien[1525]. Dans cette dernière affaire, les restrictions à la libre circulation découlaient de la législation allemande qui interdit la vente par correspondance de vidéogrammes non contrôlés par l'autorité chargée de déterminer à partir de quel âge les enfants peuvent les voir. Après avoir souligné que les droits de l'enfant sont protégés par divers textes internationaux, la Cour rappelle que « la protection de l'enfant est également consacrée dans des instruments élaborés dans le cadre de l'Union européenne, tels que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »[1526].

516. La Cour a reconnu que les droits fondamentaux sont des intérêts légitimes propres à justifier une restriction aux libertés de circulation reconnues dans le Traité. Par ce biais, elle contribue à assouplir les obligations résultant de la libre circulation puisque les droits fondamentaux ne figurent pas parmi les justifications permises par le Traité. La portée de ces jurisprudences ne peut donc être remise en cause. En revanche, le fondement sur lequel elle repose est plus incertain. En effet, à la lecture de la jurisprudence, il n'apparaît pas que la protection de ces droits dans les ordres juridiques des Etats Membres soit le motif essentiel de l'ouverture du raisonnement du juge. Au contraire, il prend soin de préciser que ces droits sont également reconnus et protégés par le droit de l'Union.

517. En reconnaissant que les Etats Membres de l'Union peuvent invoquer des exigences impératives ou les droits fondamentaux pour justifier des mesures restrictives aux échanges, la Cour a incontestablement élargi le champ matériel des dérogations. Cette affirmation peut cependant être nuancée dans la mesure où cette ouverture du raisonnement du juge n'est pas automatique, la Cour est libre de reconnaître, ou non, de nouvelles exigences impératives. Par ailleurs, les droits fondamentaux ne représentent plus des intérêts purement nationaux, ils sont

---

[1523] CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, Rec. p. I- 9609, pt. 34.
[1524] CJCE, 25 mars 2004, Herbert Karner, aff. C-71/02, Rec. p. I-302, pt. 48.
[1525] CJCE, 14 février 2008, Dynamic medien, aff. C-244/06, Rec. p. I-505.
[1526] CJCE, 14 février 2008, Dynamic medien, aff. C-244/06, Rec. p. I-505, pt. 41.

également protégés par le droit de l'Union. A l'OMC, l'ouverture à des intérêts non directement prévus par les Traités est nettement moins marquée et s'opère selon des modalités différentes.

B Les prémisses de l'acceptation dans l'OMC

518. Par certains aspects, l'approche du juge de l'Organisation mondiale du commerce peut être comparée à l'introduction de nouveaux motifs de dérogation par la Cour. Bien que celui-ci n'ait pas, *stricto sensu*, admis des motifs de dérogation ne figurant pas dans les accords de l'OMC, il a tout de même contribué à un élargissement réel ou potentiel du champ des dérogations. Pour ce faire, le juge peut avoir recours à l'article 2.2 de l'Accord OTC (1). De manière plus indirecte, il peut également interpréter largement certains motifs figurant à l'article XX du GATT (2).

1 La méthode directe

519. En vertu de l'article 2.2 de l'Accord OTC, les règlements techniques adoptés par les Membres de l'OMC en vue de protéger certains intérêts qu'ils jugent légitimes ne doivent pas créer d'obstacles aux échanges. Cette disposition énumère un certain nombre d'objectifs légitimes que les Membres peuvent chercher à protéger à travers les règlements techniques, au nombre desquels figurent la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé, la protection de l'environnement…..L'emploi de l'expression « entre autres » dans cette disposition signifie que la liste des intérêts légitimes énumérés n'est pas limitative. Cette approche est confirmée par l'Organe d'appel qui estime que cette disposition va au-delà de la liste exemplative[1527]. Cette interprétation, qui repose largement sur le texte de l'Accord, permet donc d'envisager une extension des motifs légitimes protégés par les Membres de l'OMC au moyen des règlements techniques. Si un Membre se prévaut de cette interprétation, il revient alors au juge de l'OMC d'accepter ou

[1527] Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel du 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, § 286 ; États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R, § 313, selon le juge « l'utilisation des termes 'entre autres' à l'article 2.2 laisse entendre que la disposition n'énonce pas une liste fermée d'objectifs légitimes mais énumère plutôt plusieurs exemples d'objectifs légitimes » ; États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays

non le caractère légitime de l'objectif poursuivi par le règlement technique. L'Organe d'appel a jugé qu'un objectif légitime « est une visée ou une cible qui est licite, justifiable ou juste »[1528]. En outre, il a précisé que deux éléments doivent être pris en considération pour apprécier le caractère légitime d'un motif ne figurant pas à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Ainsi, « les objectifs expressément énumérés » dans cette disposition doivent être pris en compte, de même que d'autres dispositions des Accords de l'OMC[1529]. Lorsqu'un Membre de l'OMC invoque un intérêt non énuméré à l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial ne doit pas s'en remettre à l'appréciation du Membre. Au contraire, il lui appartient, d'une part, d'évaluer les objectifs poursuivis par la mesure[1530]. D'autre part, il doit déterminer « si un objectif particulier est légitime »[1531]. Ont été reconnus comme poursuivant des objectifs légitimes des mesures visant à « faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon contiennent du thon capturé d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins »[1532], à « contribuer à la protection des dauphins, en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins »[1533], ou encore à « fournir aux consommateurs des renseignements sur l'origine des produits carnés »[1534].

520. En vertu de cette disposition telle qu'interprétée par l'Organe d'appel, il incombe au

---

d'origine, rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, § 370.

[1528] États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R, § 313 ; États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, § 370.

[1529] États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R, § 313 ; États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, § 370.

[1530] Sur l'importance de cette évaluation par le Groupe spécial et la méthodologie à mettre en œuvre dans ce cadre, V. États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, §§ 382-396.

[1531] États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R, § 314 ; États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, § 371.

[1532] États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport du Groupe spécial du 15 septembre 2011, WT/DS381/R, §§ 7.401 et 7.413, non contesté en appel.

[1533] *Idem*, §§ 7.401 et 7.425, non contesté en appel.

[1534] États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport du Groupe

juge de l'OMC de décider du caractère légitime ou non d'un objectif poursuivi par un Membre. Toutes proportions gardées, le pouvoir du juge de l'OMC s'apparente ici à celui que la Cour s'est attribué en matière d'exigences impératives[1535]. Le juge peut, au gré des affaires, reconnaître ou non la légitimité d'un intérêt invoqué par un Membre et ne figurant pas dans le Traité.

521. Un second mouvement jurisprudentiel au sein de l'OMC semble également significatif, l'interprétation large de certains motifs figurant à l'article XX du GATT.

2 La méthode indirecte

522. L'article XX du GATT énumère les motifs sur le fondement desquels les Membres de l'OMC peuvent essayer de justifier une mesure contraire au libre-échange. En vertu de l'article XXg, les Membres sont autorisés à adopter des mesures « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ». Dans le différend Etats-Unis Essence, cette disposition a été invoquée pour justifier une législation réglementant la composition de l'essence, adoptée pour lutter contre la pollution[1536]. Dans ce différend, le juge de l'OMC a interprété la notion de ressource naturelle épuisable et considéré que l'air pur constitue une telle ressource[1537]. De façon plus symptomatique encore, la notion de ressource naturelle épuisable a également été interprétée très largement dans le cadre du différend Etats-Unis Crevettes. Pour justifier l'interdiction d'importer des crevettes pêchées selon des techniques susceptibles de nuire aux tortues marines, les Etats-Unis invoquaient notamment le bénéfice de l'article XXg au motif que les tortues marines peuvent être qualifiées de ressource naturelle épuisable[1538]. Cette interprétation ne faisait pas nécessairement l'unanimité. Elle était par exemple rejetée par l'Inde, le Pakistan et la Thaïlande. Ces Etats opéraient une distinction entre les ressources finies et les ressources

---

spécial du 18 novembre 2011, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, § 7. 651.

[1535] S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., p. 374.

[1536] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, V. la description de la législation américaine, p. 2.

[1537] *Idem*, pp. 16-21.

[1538] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 25.

biologiques ou renouvelables, seules les premières étant susceptibles d'être protégées au titre de l'article XXg[1539]. L'Organe d'appel a rejeté cette approche en soulignant que les ressources telles que les tortues marines sont certes renouvelables, puisqu'elles peuvent se reproduire, mais qu'elles peuvent également se raréfier et qu'à ce titre elles constituent des ressources épuisables[1540].

523. Cette interprétation évolutive de la notion par le juge autorise ainsi une lecture et une application plus larges du motif figurant à l'article XXg. A ce titre, elle peut constituer une ouverture du raisonnement aux intérêts protégés par les Membres de l'OMC en ce qu'elle permet de justifier des mesures protégeant des intérêts nationaux, alors qu'une lecture restrictive ne le permettrait pas. Cette ouverture est à nouveau une ouverture consentie du juge puisqu'elle résulte de l'interprétation large de motifs figurant à l'article XX du GATT.

524. Dans le cadre du contrôle des mesures contraires aux disciplines communes, le raisonnement du juge constitue en premier lieu un moyen d'ouverture aux intérêts invoqués par les Membres de l'Union et de l'OMC. Cela se manifeste par l'introduction de nouveaux motifs de dérogation ou par l'interprétation large des motifs existant à l'OMC. Cette ouverture est cependant relative au sens où elle est le fruit de la volonté du juge, ce constat se vérifie également s'agissant du contrôle de finalité des mesures dans l'Union et dans l'OMC.

Paragraphe II L'appréciation de la finalité des mesures

525. En droit de l'Union et en droit de l'OMC, une mesure nationale restrictive peut être justifiée sous réserve de satisfaire à certaines conditions. Ainsi, le juge procède à un contrôle de finalité de la mesure, par lequel il examine l'adéquation entre la justification invoquée par le Membre et la finalité de la mesure nationale[1541] (B). Dans l'Union, le juge vérifie au

---

[1539] *Idem*, § 127.
[1540] *Id.*, §§ 128-134.
[1541] Le contrôle de finalité n'englobe pas à notre sens le test des discriminations arbitraires ou des restrictions déguisées. Ce test n'intervient dans le raisonnement du juge qu'à l'issue du contrôle de proportionnalité ou du raisonnement par balancement. L'ordre des étapes dans le raisonnement du juge de l'OMC est très clair, V. États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, V. la description de la législation américaine, p. 24 ; Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §§ 118-119. Cet ordre est depuis respecté. Dans l'Union, la Cour vérifie dans un premier temps si la mesure étatique est justifiée au regard des exceptions prévues par les

préalable que la mesure nationale ne poursuit pas un motif économique (A).

A Le contrôle de la finalité économique de la mesure dans l'Union

526. Lors du contrôle de la finalité poursuivie par la mesure nationale, le juge de l'Union vérifie en premier lieu que la mesure ne poursuit pas un objectif économique. En effet, cette finalité est interdite (1). Ce contrôle semble toutefois s'assouplir à certains égards et la Cour accepte que l'intérêt général s'enrichisse de considérations économiques (2).

1 Le principe d'interdiction des motifs économiques

527. La Cour a reconnu le caractère limitatif des motifs de dérogation contenus dans le Traité, en conséquence, elle vérifie que les mesures nationales ne poursuivent pas d'autres objectifs que ceux énumérés par les textes[1542]. Dans ce cadre, elle focalise notamment son attention sur les motifs économiques[1543]. Pour le juge, « l'article 36 [devenu l'article 36 TFUE] vise à sauvegarder des intérêts de nature non économique »[1544] et ne constitue pas « une clause de sauvegarde générique » s'ajoutant aux mécanismes prévus à cet effet et dérogeant à leurs procédures[1545]. Cette interdiction s'entend assez largement. Ainsi, alors que l'Italie invoquait la défense de sa monnaie pour justifier une mesure imposant la constitution d'une caution de garantie ou d'une garantie bancaire des importateurs de marchandises, la Cour répond de façon lapidaire que le Traité ne vise que des intérêts de nature non économique[1546]. De même, le juge refuse de considérer les argumentaires reposant sur « le

---

Traités puis détermine si la mesure nationale constitue une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée. Ce test sera donc traité dans la Section II.

[1542] CJCE, 17 juin 1981, Commission c/ Irlande, aff. 113/80, Rec. p. 1625 ; CJCE, 10 janvier 1985, Leclerc c/ Au blé vert, aff. 229/83, Rec. p. 1.

[1543] CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, aff. 7/61, Rec. p. 633 ; CJCE, 25 octobre 2001, Commission c/ Grèce, aff. C-398/98, Rec. p. I-7915 ; CJCE, 9 juin 1982, Commission c/ Italie, aff. 95/81, Rec. p. 2187, pt. 27 ; CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays Bas, aff. C-353/89, Rec. p. I-4069 ; CJCE, 14 mars 2000, Église de Scientologie, aff. C-54/99, Rec. p. I-1335, pt. 17.

[1544] CJCE, 10 juill. 1984, Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie, aff. 72/83, Rec. p. 2727 ; CJCE, 9 juin 1982, Commission c/ Italie, aff. 95/81, Rec. p. 2187 ; CJCE, 7 février 1984, Duphar c/ Pays-Bas, aff. 238/82, Rec. p. 523

[1545] CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, aff. 7/61, Rec. p. 633. Sur ce point V. J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », préc., pp. 197 et s.

[1546] CJCE, 9 juin 1982, Commission c/ Italie, 95/81, Rec. p. 2187, pt. 27.

bon fonctionnement de l'économie nationale »[1547]. La censure du juge était ainsi attendue en ce qui concerne une mesure des autorités grecques : celles-ci cherchaient à justifier une mesure rendant obligatoire l'adoption d'un contrat de travail pour les guides touristiques et interdisant *de facto* l'exercice indépendant de cette activité au motif qu'elle permettait de mettre un terme au conflit social affectant le secteur et donc l'économie nationale. Il en va de même lorsque l'Etat cherche à protéger une entreprise nationale, pour la Cour une mesure dérogatoire ne peut être justifiée « par le souci d'un Etat Membre d'assurer la survie d'une entreprise »[1548].

528. Ce rejet de principe est justifié au regard de plusieurs considérations. Il repose tout d'abord sur la lecture du Traité, en effet, seules des considérations d'intérêt général permettent normalement de justifier une mesure dérogatoire. Il n'appartient donc pas au juge de remettre en cause cette dichotomie opérée entre l'intérêt général, qui reste de la responsabilité des Etats, et la compétence économique partagée avec l'Union. Par ailleurs, admettre des justifications de nature économique mettrait en cause l'effectivité des libertés de circulation. Elle permettrait en effet aux Etats Membres de l'Union de contourner les règles communes. En dépit de cette interdiction de principe, il semble que la Cour ait pu dans certaines affaires ouvrir son raisonnement à des motifs de nature économique.

2 Un assouplissement limité

529. A la lecture de certaines jurisprudences, la Cour semble fléchir sa position et accepter l'invocation de motifs économiques. Dans l'affaire Campus Oil, la mesure irlandaise imposait aux importateurs une obligation d'achat auprès de la raffinerie nationale de pétrole. Le gouvernement irlandais invoquait, pour justifier cette mesure qualifiée de mesure d'effet équivalent, la défense de la sécurité publique. A ce titre, il soutenait qu'en raison de la dépendance de l'Irlande aux importations de pétrole, il était nécessaire de maintenir une raffinerie sur le territoire nationale. La Cour a considéré qu'au regard de l'importance de l'approvisionnement en pétrole, cette considération « dépasse des considérations purement

[1547] CJCE, 5 juin 1997, Syndesmos c/ Ypourgos Ergasias, C-398/95, Rec. p. I-3091, pt. 23 ; CJCE, 4 mai 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos, aff. C-17/92, Rec. p. I-2239, pt. 17.

[1548] CJCE, 28 mars 1995, The Queen contre Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd, aff. C-324/93, Rec. p. I-563, pt. 36.

économiques » car, au-delà de l'enjeu économique, l'approvisionnement en pétrole peut avoir des conséquences sur les institutions et sur la population ; cette considération relève donc de la sécurité publique[1549]. Si cette jurisprudence peut surprendre, elle augure une distinction opérée par la Cour entre les motifs purement économiques et les motifs économiques accessoires à un motif d'intérêt général. Certains motifs d'intérêt général s'enrichissent d'une dimension économique et sont acceptés comme tels par le juge alors que les motifs purement économiques sont rejetés[1550]. Ainsi, la législation espagnole qui limite l'implantation des grands établissements commerciaux ne peut être justifiée. Alors que l'Espagne tentait de légitimer la mesure au regard de la protection des consommateurs, la Cour souligne que lors de la procédure d'autorisation, les effets de l'implantation sur la structure commerciale sont pris en compte. Puisque les effets sur le commerce sont analysés, la Cour considère que cela relève davantage de considérations économiques que de la protection des consommateurs. Ce motif purement économique est donc rejeté[1551]. De même, constitue un motif purement économique rejeté par la Cour l'argumentation selon laquelle autoriser les détaillants de tabac à importer des produits de tabac manufacturés d'autres Etats membres de l'Union leur donnerait un avantage compétitif exagéré[1552]. Au contraire, dans l'affaire Preussen Elektra, l'obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables est, pour la Cour, justifiée au regard de la protection de l'environnement[1553]. Or, si cette mesure vise effectivement à protéger cet intérêt, elle comporte également un aspect économique incontestable puisqu'elle permet de mettre en place un marché de l'électricité « verte ».

530. La distinction entre le motif économique et le motif purement économique ressort de l'affaire Duphar[1554]. Constitue une mesure purement économique « une mesure qui vise avant tout un objectif budgétaire en recherchant une réduction des frais de fonctionnement d'un

---

[1549] CJCE, 10 juill. 1984, Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie, aff. 72/83, Rec. p. 2727, pt. 35.

[1550] P. EECKHOUT, « A Comment on Peter-Christian Müller-Graff's Paper 'Protectionism or Reasonable National Regulation?' », préc., pp. 170-172. Selon cet auteur, « under traditional doctrine the concept does not include 'economic' policies. The Court has not reformulated this doctrine, but some of the recent case-law reveals that there can be an economic dimension to a mandatory requirement ».

[1551] CJUE, 24 mars 2011, Commission c/Espagne, aff. C-400/08, Rec. p. I-1915, pt. 98.

[1552] CJUE, 26 avril 2012, ANETT, aff. C-456/10, pt. 53.

[1553] CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra AG, aff. C-379/98, rec. p. I-2099, pt. 81. La Cour d'attarde longuement (pts 73 à 80) sur la protection de l'environnement.

[1554] CJCE, 7 février 1984, Duphar c/ Pays-Bas, aff. 238/82, Rec. p. 523.

système d'assurance maladie »[1555]. En revanche, la mesure qui vise « à régler la consommation de produits pharmaceutiques dans l'intérêt de l'équilibre financier »[1556] de ce système est justifiée au regard de la protection de la santé publique, le motif économique étant accessoire à un motif d'intérêt général. De même, la Cour considère que le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général[1557], le motif d'intérêt général s'enrichit d'une dimension économique certaine.

531. Ce mouvement jurisprudentiel a été analysé par l'Avocat général Jääskinen[1558]. Il souligne ainsi que la Cour distingue entre les motifs purement économiques et les motifs économiques qui poursuivent également un autre motif, acceptant les premiers et rejetant les seconds. Par ailleurs, il met en évidence le fait que le refus des motifs d'ordre purement économiques par la Cour serait moins fondé sur leur caractère économique que sur « la finalité protectionniste implicite de cette justification explicite »[1559]. Cette approche de l'Avocat général montre que la Cour accepte une vision renouvelée de l'intérêt général qui ne se limite pas à une pure dimension non économique. En revanche, par le rejet des motifs qui seraient d'ordre protectionniste, la Cour maintient finalement un des principes fondamentaux de l'intégration européenne.

532. Le contrôle de finalité opéré par la Cour au regard de l'interdiction des motifs économiques montre que, si elle accepte que l'intérêt général s'enrichisse de considérations économiques, elle rejette toujours les motifs d'ordre purement économiques. Après avoir vérifié que la mesure nationale ne poursuit pas de motif purement économique, la Cour procède au contrôle de finalité de la mesure nationale au regard du motif invoqué par l'Etat mis en cause.

[1555] CJCE, 7 février 1984, Duphar c/ Pays-Bas, aff. 238/82, Rec. p. 52, pt. 23.
[1556] CJCE, 7 février 1984, Duphar c/ Pays-Bas, aff. 238/82, Rec. p. 523, pt. 16.
[1557] CJUE, 27 octobre 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-255/09, Rec. p. I-10547, pt. 73.
[1558] V. les Conclusions de l'Avocat général Jääskinen du 16 avril 2013 sous les affaires jointes C-105/12, C-106/12 et C-107/12, Essent.
[1559] V. le point 59 des V. les Conclusions de l'Avocat général Jääskinen du 16 avril 2013 sous les affaires jointes C-105/12, C-106/12 et C-107/12, Essent.

B Le contrôle de finalité de la mesure dans l'Union et l'OMC

533. A l'instar du juge européen, le juge de l'OMC[1560] module l'intensité de son contrôle en fonction de l'objectif invoqué par le Membre (1). Cette position est justifiée au regard de la nature des exceptions invoquées et des organisations étudiées (2).

1 La modulation du contrôle de finalité

534. Le contrôle de finalité permet au juge de déterminer si la mesure relève de l'intérêt invoqué par le Membre de l'Union ou de l'OMC[1561]. Le juge européen vérifie que l'intérêt correspond à « la finalité réelle de la mesure nationale »[1562]. Quant au juge de l'OMC, il s'assure que la mesure mise en cause « traite l'intérêt particulier »[1563] invoqué par le Membre. Le contrôle de finalité de la mesure au regard de l'intérêt invoqué par un Membre de l'Union ou de l'OMC met en évidence une analogie dans le raisonnement des juges. L'intensité du contrôle est en effet modulée en fonction de l'intérêt invoqué.

535. Lorsque les Membres invoquent la protection de la moralité publique ou l'ordre public, le contrôle de finalité est restreint. Le juge de l'OMC a reconnu une certaine marge d'appréciation aux Membres de cette organisation en matière de protection de la moralité publique et de l'ordre public. Ces derniers disposent d'une certaine « latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de 'moralité publique' et 'd'ordre public' sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs »[1564]. En

---

[1560] D'un point de vue méthodologique, il est nécessaire de souligner ici que dans le raisonnement du juge multilatéral, le test de finalité constitue une des deux étapes du test de nécessité. Le test de nécessité qui vise déterminer s'il « existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé » est divisé en deux étapes. L'Organe d'appel a précisé que le « Groupe spécial devrait d'abord déterminer si la mesure contestée relève du champ d'application de l'un des paragraphes de l'article XIV. Il faut pour cela que la mesure contestée traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe et qu'il existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé », V. États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §§ 292 et 296. Le test de finalité dans l'OMC vise donc à déterminer si la mesure mise en cause « traite l'intérêt particulier » invoqué par le Membre.

[1561] Il doit donc être distingué du test d'aptitude qui vise à déterminer si la mesure est apte à protéger l'intérêt invoqué, ce test est examiné dans la Section II.

[1562] D. SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*, § 116.

[1563] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §§ 292 et 296

[1564] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport du Groupe spécial du 10 novembre 2004, WT/DS285/R, § 6.461. Cela a été confirmé par le différend Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains

conséquence, le juge s'assure surtout que la mesure nationale vise la moralité publique telle qu'elle est définie par le Membre mis en cause. La Cour raisonne de façon similaire. Elle reconnaît qu'il appartient « à chaque État Membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle de valeurs, et dans la forme qu'il a choisie »[1565], et se livre à un contrôle restreint. Il en va de même en matière d'ordre public. Ainsi, le juge européen vérifie le lien entre la mesure nationale et l'ordre public mais ne procède pas à une nouvelle évaluation de la menace pour l'ordre public[1566].

536. Ce contrôle est plus poussé quand les Membres invoquent d'autres motifs. Il en va ainsi en matière de sécurité publique ou de santé publique dans l'Union. En matière de santé publique, la Cour vérifie que la législation vise à protéger cet intérêt[1567], même si elle reconnaît qu'il appartient aux Etats de définir le niveau de protection de la santé publique[1568]. La position de la Cour est la même en matière de jeux, loteries ou paris, en raison de la « nature particulière »[1569] de ces activités et « des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les loteries comme les autres jeux d'argent dans tous les États Membres »[1570]. Elle reconnaît aux Membres de l'Union une marge d'appréciation importante dans ce domaine et concède, aux termes d'un contrôle peu poussé, que leurs législations visent à protéger les consommateurs et à prévenir des atteintes à l'ordre social[1571]. Une autonomie comparable a été reconnue aux Membres de l'OMC en matière de protection de la santé et de l'environnement. Ainsi, le Membre est libre de déterminer « les objectifs en

---

produits de divertissement audiovisuels, rapport du Groupe spécial du 12 août 2009, WT/DS363/R, § 7.759 (non infirmé par l'Organe d'appel).

[1565] CJCE, 14 décembre 1979, Regina c/ Henn et Darby, aff. 34/79, Rec. p. 3795 ; CJCE, 11 mars 1986, Conegate c/ HM Customs et Excise, aff. 121/85, Rec. p. 1007 ; CJCE, 11 juill.et1990, Quietlynn et Richards, aff. C-23/89, Rec. p. I-3059.

[1566] CJCE, 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille, aff. jtes 115 et 116/81, Rec. p. 1665, pt. 7 ; CJCE, 18 mai 1989, Commission c/ Allemagne, aff. 249/86, Rec. p. 1263, pt. 19.

[1567] CJCE, 25 mai 1993, LPO, aff. C-271/92, Rec. p. I-2899, pt. 11.

[1568] CJCE, 23 septembre 2003, Commission c/ Danemark, aff. C-192/01, Rec. p. 9693, pt. 42 ; CJCE, 5 février 2004, Greenhamet Abel, aff. C-95/01, Rec. p. I-1333 ; CJCE, 5 février 2004, Commission c/ Italie, aff. C-270/02, Rec. p. I-1559 ; CJCE, 5 février 2004, Commission c/ France, aff. C-24/00, Rec. p. I-1277 ; CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Allemagne, aff. C-387/99, Rec. p. I-3751 ; CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Autriche, aff. C-150/00, Rec. p. I-3887.

[1569] CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92, Rec. p. I-039, pt. 59.

[1570] CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92, Rec. p. I-039, pt. 59.

[1571] CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92, Rec. p. I-039 ; CJCE, 6 mars 2007, aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Placanica, Palazzese et Sorrichio, Rec. p. I-1891.

matière de santé publique ou d'environnement qu'il cherche à atteindre »[1572] mais également « le niveau de protection qu'il souhaite obtenir au moyen de la mesure ou de la politique qu'il choisit d'adopter »[1573]. Toutefois, lorsque les Membres de l'OMC invoquent la protection de la santé publique, le juge vérifie l'existence d'un risque pour la santé publique[1574]. A titre d'exemple, la mesure américaine visant à réduire la pollution liée à la consommation d'essence a été reconnue comme relevant de la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de la préservation des végétaux[1575]. De même, dans l'affaire Amiante, l'interdiction de l'amiante chrysotile rentre « dans la catégorie des politiques destinées à protéger la vie et la santé des personnes »[1576].

537. Néanmoins, le contrôle de finalité est plus poussé au sein de l'OMC lorsque les Membres se prévalent de l'article XXd du GATT. Selon cette disposition, une mesure restrictive peut être justifiée si elle est nécessaire pour « assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions » du GATT. En effet, l'Organe d'appel considère que la mesure « doit avoir pour objet » d'assurer le respect des lois et règlements[1577].

538. La modulation du contrôle de finalité en fonction des intérêts invoqués par les Membres de l'Union et de l'OMC se justifie au regard de la nature de certains de ces intérêts.

2 La justification de la modulation du contrôle

[1572] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 33.

[1573] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 168.

[1574] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000, WT/DS135/R, § 8.170 ; Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport du Groupe spécial du 12 juin 2007, WT/DS332/R, §§ 7.42-7.43.

[1575] Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, rapport du Groupe spécial du 29 janvier 1996, WT/DS2/R, § 6.21.

[1576] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000, WT/DS135/R, §§ 8.186, 8.193 et 8.194 ; Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 162.

[1577] Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, § 157 ; Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006, WT/DS308/AB/R, § 67.

539. Le contrôle assez limité de la Cour et du juge de l'Organisation mondiale du commerce en matière de moralité, de santé ou d'ordre publics s'explique très largement par la relativité de ces notions. Ces dernières dépendent fondamentalement des conceptions et des valeurs propres à chaque Membre de ces organisations. Ces conceptions, qui varient nécessairement dans le temps et dans l'espace, ne peuvent être univoques. Ainsi, il ne peut y avoir au sein de l'OMC une seule et même vision de l'ordre public ou de la moralité publique. De même, la protection de la santé constitue un choix politique propre à chaque société. Le point de référence du contrôle ne peut être la vision commune, le juge est dès lors contraint de limiter l'intensité de son contrôle. Ce caractère limité découle alors de l'impossibilité à l'OMC ou de la difficulté dans l'Union de dégager une conception commune de la moralité publique ou de l'ordre public. Il n'est pas exclu que cette approche doive être nuancée dans l'Union. En effet, la proximité, géographique mais aussi culturelle, entre les Membres y est plus grande et l'intégration y est plus poussée. Si en 1974 l'Avocat général Mayras constatait que « les États jouissent seuls du pouvoir de prendre les mesures qu'impose la protection de la sécurité publique sur le territoire et d'apprécier en quoi cette sécurité peut être mise en péril »[1578] et qu' « une telle notion demeure, actuellement du moins nationale », l'emploi de l'adverbe « actuellement » montre bien que pour ce dernier cette conception pouvait évoluer. Ainsi, dans l'Union, le recours à l'ordre public pour justifier une mesure restrictive en matière de libre circulation des personnes est de plus en plus encadrée par la Cour. Si celle-ci ne nie pas la compétence nationale pour définir cette notion, elle encadre l'exercice de cette compétence et les limitations des libertés de circulation au nom de l'ordre public doivent être conformes aux exigences du droit de l'Union. Sous certaines limites, la définition du contenu de l'intérêt général demeure alors essentiellement nationale. Ainsi, le caractère limité du contrôle de finalité du juge est finalement assez respectueux de l'allocation des responsabilités de chacun : il appartient aux autorités politiques nationales de définir ce qui relève de l'intérêt général mais il appartient au juge de vérifier que les mesures adoptées dans ce cadre ne heurtent pas plus que de raison leurs engagements. Ces exceptions constituent *in fine* un moyen de reconnaissance de la souveraineté de l'Etat qui se manifeste alors par la

[1578] V. les Conclusions de l'Avocat général Mayras sous l'affaire CJCE, 4 décembre1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. p. 1337.

possibilité de promouvoir certains de ces intérêts[1579].

540. Ce lien avec la détention du pouvoir de décision est mis en évidence en droit de l'Union. En effet, dès lors que la mesure étatique relève d'un domaine harmonisé, dans lequel les Etats ont perdu leur pouvoir de légiférer en fonction de l'intensité de l'harmonisation, l'invocation de l'exception est impossible. Or, ces intérêts sont fondamentaux en ce qu'ils sont souvent le reflet de choix opérés par le législateur dans des domaines qui regardent intimement les valeurs de la société et les préférences collectives[1580]. Ces possibilités de déroger aux règles communes constituent, pour les Membres de ces organisations, de véritables « soupapes de sécurité »[1581] qui leur permettent, au nom de leur souveraineté, « de pouvoir assurer la protection de certains intérêts fondamentaux »[1582]. Ces motifs non économiques et les réglementations nationales adoptées pour leur défense reflètent *in fine* les choix collectifs de société des Membres des organisations puisque « dans sa conception la plus simple et la plus traditionnelle (celle de la 'belle époque' du XIXème siècle), l'ordre public comprend la défense d'intérêts généraux qui sont vitaux pour la société »[1583]. Ces notions sont donc au cœur de la souveraineté étatique et des missions traditionnelles de l'Etat.

541. Au contraire, l'article XXd du GATT ne poursuit pas des valeurs abstraites, comme la moralité publique, et contingentes, comme la santé publique. Le contrôle du juge est alors resserré puisque dans ce cadre il n'a pas à juger directement d'un choix de société mais d'un choix de législation.

542. L'analyse du raisonnement du juge européen et du juge de l'OMC par rapport aux

---

[1579] J. H. JACKSON, *The World Trading System Law and policy of international economic relations*, Cambridge, MIT press, 2ème ed., 1998, p. 233.

[1580] T. FLORY, *L'Organisation Mondiale du Commerce. Droit Institutionnel et Substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

[1581] Le terme ressort d'un rapport d'un Groupe spécial selon lequel « si les règles de l'OMC ne prévoyaient pas une 'soupape de sécurité' pour les situations dans lesquelles, par suite de la libéralisation des échanges, les importations augmentent de façon telle qu'elles causent ou menacent de causer un dommage grave à une branche de production nationale, les Membres pourraient être dissuadés d'accorder des concessions tarifaires additionnelles et de poursuivre la libéralisation des échanges. C'est pour cette raison que le mécanisme de sauvegarde établi par l'article XIX a toujours fait partie intégrante du GATT », V. Etats — Unis Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie, rapport du Groupe spécial du 21 décembre 2000, WT/DS177R, WR/DS178R, §7.77.

[1582] U. EHRICKE, « Les principes de libération et de libéralisation : De l'ouverture des marchés à l'adaptation aux conditions de la concurrence globale. L'exemple de la CE », préc., p. 365.

[1583] G. FARJAT, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation »,

finalités des mesures permettant de déroger aux règles communes permet tout d'abord de montrer une même ouverture du raisonnement aux intérêts des Membres. Cette ouverture résulte de l'introduction de nouveaux motifs de dérogation par la Cour ou d'une interprétation large de certaines dispositions du GATT par le juge de l'OMC. Elle permet une conciliation entre des intérêts divers : les intérêts non économiques des Membres et la libéralisation des échanges ou l'intégration économique. Ce phénomène doit néanmoins être nuancé dans la mesure où les Membres de l'OMC et de l'Union n'ont que peu de prise sur la reconnaissance des exigences impératives ou sur l'interprétation du juge de l'OMC. Par ailleurs, l'ouverture se vérifie également lors du contrôle de finalité opéré par le juge. Sur ce point, la Cour rejette les motifs purement économiques mais enrichit les motifs d'intérêt général de considérations économiques. Enfin, le contrôle de finalité est peu intrusif. Lors du contrôle de compatibilité de la mesure, les raisonnements menés par le juge européen et le juge de l'OMC présentent également des similitudes en termes de méthode de raisonnement et d'intensité du contrôle.

Section II L'appréhension des intérêts non économiques des Membres

543. *Stricto sensu*, la Cour et le juge de l'OMC utilisent des méthodes différentes pour contrôler la compatibilité d'une mesure nationale aux dérogations prévues par les Traités ou la compatibilité d'une mesure avec les Accords OTC et SPS dans l'OMC. Néanmoins, l'analyse des modalités du contrôle permet de rapprocher le contrôle de proportionnalité, le raisonnement par balancement et le contrôle de nécessité des mesures contestées au regard des Accords OTC et SPS (§1er). De plus, l'intensité du contrôle opéré tant par la Cour que par le juge de l'Organisation mondiale du commerce montre un véritable rapprochement en termes de finalités poursuivies par le contrôle (§2nd).

Paragraphe I Des méthodes de raisonnement comparables

544. Les mesures nationales qui contreviennent aux règles communes peuvent, dans l'Union et dans l'OMC, être justifiées par divers intérêts. Dans ce cadre, les juges opèrent un

---

RIDE, 2003, pp. 511-531, sp. p. 522.

contrôle de compatibilité de la mesure au regard des conditions inscrites dans les Traités. Pour ce faire, la Cour contrôle la proportionnalité de la mesure nationale ; quant au juge de l'OMC, il raisonne par balancement. Le contrôle de proportionnalité de la Cour et le raisonnement par balancement du juge de l'OMC présentent des similitudes matérielles (B) qui permettent de rapprocher ces deux méthodes *a priori* différentes (A).

A Des méthodes de raisonnement *a priori* différentes

545. Lors de l'appréciation de la justification d'une mesure restrictive, le juge européen raisonne en termes de proportionnalité alors que le juge de l'Organisation mondiale du commerce raisonne par balancement (2). Ces différences conceptuelles s'expliquent par le statut différent des exceptions pour le juge européen et le juge de l'OMC (1).

1 Des postulats différents

546. Les méthodes de raisonnement du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce sont fondées sur une vision différente du statut des exceptions dans chacune des organisations[1584].

547. Ainsi, dans l'Union, le juge n'établit *a priori* pas de hiérarchie entre ces motifs et les libertés économiques[1585]. Toutefois les dérogations sont, pour la Cour, d'interprétation stricte[1586]. Elle juge, en effet, qu'une dérogation « n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États Membres, mais admet que les législations nationales fassent exception au principe de libre circulation dans la mesure où cela est ou demeure nécessaire pour atteindre les objectifs visés par cet article »[1587]. Sur ce fondement, le

---

[1584] S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., pp. 106-107.

[1585] F. GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, Thèse, Université de Strasbourg, 2001. Comme le souligne Mme Gazin, « l'application d'un test de proportionnalité assure une pesée des intérêts en jeu et leur conciliation raisonnable, sans poser, *a priori*, de principe hiérarchique entre eux », pp. 507-508.

[1586] CJCE, 14 décembre 1972, Marimex c/ Amministrazione delle finanze dello Stato, aff. 29/72, Rec. p. 1309 ; CJCE, 25 janvier 1977, Bauhuis, aff. 46/76, Rec. p. 5 ; CJCE, 9 mars 2000, Commission c/ Belgique, aff. C-355/98, Rec. p. I-1221 ; CJCE, 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille, aff. 115/81 et 116/81, Rec. p. 1665 ; CJCE, 22 décembre 2008, Commission c/ Autriche, aff. C-161/07, Rec. p. I-10671.

[1587] CJCE, 12 juillet 1979, Commission c/ Allemagne, aff. 153/78, Rec. p. 2555, pt. 5 ; CJCE, 15 décembre 1976, Simmenthal c/ Ministère des finances italien, aff. 35/76, Rec. p. 1871 ; CJCE, 5 octobre 1977, Tedeschi c/ Denkavit, aff. 5/77, Rec. p. 1555.

juge vérifie, au moyen du contrôle de proportionnalité, que la mesure nationale respecte une juste mesure entre le principe de libre circulation et l'intérêt protégé.

548. Dans l'OMC, le statut des dispositions telles que l'article XX du GATT ou l'article XVI de l'Accord AGCS est autrement plus discuté[1588]. Si ces dispositions constituent des exceptions, alors elles devraient être, selon l'adage *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, d'interprétation stricte. Ce n'est pas le chemin emprunté par le juge de l'OMC. Pour ce dernier, la possibilité de déroger aux règles communes figurant à l'article XX du GATT et dans les dispositions similaires des autres accords, constitue un « droit de valeur égale »[1589]. En conséquence, elle ne doit pas faire l'objet d'une interprétation stricte puisqu'elle se trouve au même niveau hiérarchique que les autres dispositions conventionnelles. Sous le GATT, l'article XX était clairement considéré comme une exception d'interprétation stricte[1590] alors que sous l'OMC le statut de cette disposition est plus ambigu. Ainsi, dans le rapport Essence l'Organe d'appel a considéré, par rapport au chapeau introductif de l'article XX, que ce texte « repose sur le principe que, si les exceptions prévues à l'article XX peuvent être invoquées en tant que droits légaux, le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'Accord général »[1591]. L'emploi des termes « droits légaux » et « exception » instille alors le doute quant au statut de cette disposition. Néanmoins, il faut souligner que pour le juge de l'OMC la qualification d'exception ne justifie pas que la disposition soit interprétée restrictivement[1592]. Dès lors, ce qui détermine

---

[1588] K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de droit*, 2002, pp. 651-684, sp. p. 656 ; S. ZLEPTNIG, Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements », préc., pp. 105 et s.

[1589] K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », préc., p. 656 ; A.-C. MARTINEAU, « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », préc.

[1590] Etats-Unis — L'article 337 de la Loi douanière de 1930, Rapport du Groupe spécial adopté le 7 novembre 1989, L/6439.

[1591] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 25.

[1592] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, §104. L'Organe d'appel a considéré que « le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle 'd'exception' ne justifie pas en soi une interprétation 'plus stricte' ou 'plus étroite' de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens ordinaire du libellé du traité considéré dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier ou, autrement dit, en appliquant les règles normales d'interprétation des traités ».

fondamentalement le statut des exceptions est leur qualification de droit légal. En effet, ce droit légal doit être « mis en équilibre »[1593] au regard des droits commerciaux. Autrement dit, le juge de l'OMC doit « localiser et circonscrire le point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond (….) du GATT »[1594]. Dans la mesure où le juge doit ainsi confronter deux droits égaux, traduisant des valeurs égales mais qui s'opposent, il ne peut que raisonner par une mise en balance de ces valeurs et de ces droits[1595]. Corrélativement, le statut de droit égal justifie que l'objet du chapeau de l'article XX, à savoir « le maintien du système commercial multilatéral », ne soit pas interprété trop largement[1596].

549. Fondées sur des postulats divergents, les méthodes de raisonnement du juge multilatéral et du juge européen se présentent différemment.

2 Les techniques de contrôle

550. Le juge européen et le juge de l'OMC apprécient la comptabilité des mesures restrictives au moyen de techniques *a priori* différentes. Dans ce cadre, la Cour procède à un contrôle de proportionnalité (a). En revanche, son homologue de l'Organisation mondiale du commerce raisonne par balancement entre les droits et les valeurs en cause (b).

a Le contrôle de proportionnalité dans l'Union

551. Pour être légitime au regard d'une justification textuelle ou des exigences impératives, la mesure nationale doit « respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint »[1597]. Ce contrôle de proportionnalité se subdivise en trois étapes distinctes en théorie mais qui tendent parfois à se confondre dans la jurisprudence. Ainsi, le

---

[1593] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 159.
[1594] *Ibidem*.
[1595] A.-C. MARTINEAU, « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », préc. ; K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », préc., pp. 667-668.
[1596] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, § 116.
[1597] CJCE, 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital, aff. C-390/99, Rec. p. I-607, pt. 43.

juge vérifie l'aptitude à protéger l'intérêt invoqué, sa nécessité en s'assurant que d'autres mesures moins restrictives ne peuvent être mises en œuvre, et il contrôle la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure[1598]. Enfin, le contrôle de proportionnalité se complète de la vérification par le juge de l'absence de discrimination arbitraire ou de restriction déguisée.

552. Le juge de l'Union vérifie tout d'abord que la mesure est apte à protéger l'intérêt invoqué. Selon la Cour, cette condition signifie que la mesure doit permettre « une protection efficace de ces intérêts »[1599]. Dans cette première étape du contrôle, le juge détermine la capacité de la mesure à remplir l'objectif invoqué et protégé par celle-ci. Les termes employés par le juge le montrent, il vérifie si la mesure est « propre à »[1600] assurer une protection efficace de l'intérêt invoqué. Concrètement, il s'assure de l'utilité de la mesure[1601] en évaluant la relation entre les risques qu'elle doit pallier et les moyens déployés. Au contraire, si la mesure nationale n'est pas utile ou adéquate pour protéger l'intérêt invoqué, elle n'est pas considérée comme nécessaire[1602]. Dans cette étape du contrôle, le juge vérifie donc la pertinence de la mesure mais également son efficacité pour la protection de l'intérêt général[1603]. Ainsi, la réglementation allemande limitant à deux par an les dates de péremption qui peuvent figurer sur les médicaments n'est pas apte à éviter la consommation de médicaments périmés. En effet, pour la Cour, le fait d'anticiper les dates de péremption ne

---

[1598] En dépit de quelques divergences sémantiques, ce schéma est explicité dans les Conclusions des Avocats généraux, V. les points 24 à 26 des Conclusions de l'Avocat général Maduro sous l'affaire CJCE, 28 septembre 2006, Procédure pénale c/ Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik, aff. C-434/04, Rec. p. I-9171 ; V. le point 30 des Conclusions de l'Avocat général Van Gerven sous les affaires CJCE, 16 décembre 1992, Rochdale Borough Council, aff. 306/88, Rec. p. I-6457, CJCE, 16 décembre 1992, Reading Borough Council, aff. 304/90, Rec. p. I-6493, CJCE, 16 décembre 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council, aff. C-169/91, Rec. p. I-6635.

[1599] CJCE, 2 février 1989, Commission c/ Allemagne aff. 274/87, Rec. p. 229 ; CJCE, 20 mai 1976, De Peijper,aff. 104/75, Rec. p. 613 ; CJCE, 4 février 1988, Commission c/Royaume-Uni, aff. 261/85, Rec. p. 547.

[1600] CJCE, 16 février 1999, Arblade, aff. jtes C-369 et C-376/96, Rec. p. I-8453, pt. 35 ; CJCE, 22 janvier 2002, Canal Satélite, aff. C-390/99, Rec. p. I-607, pt. 33 ; CJCE, 8 mai 2003, Atral SA, aff. C-14/02, Rec. p. I-4431, pt. 64 ; CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921, pt. 104 ; CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663, pt. 32 ; 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165, pt. 37 ; CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-353/89, Rec. p. I-4069, pt. 15 ; CJUE, 6 octobre 2011, Bonnarde, aff. C-443/10, Rec. p. I-9327, pt. 32.

[1601] CJCE, 3 décembre 1974, Van Binsbergen, aff. 33/74, Rec. p. I-1299, pt. 12 ; CJCE, 26 novembre 1975, Coenen, aff. 39/75, Rec. p. 1547, pt. 9 ; CJCE, 25 février 1988, Commission c/ Allemagne, aff. 427/85, Rec. p.1123, pt. 30 ; CJCE, 12 juillet 1984, Klopp, aff. 107/83, Rec. p. 2971, pt. 20 ; CJCE, 19 janvier 1988, Gullung, aff. 292/86, Rec. p. 111, pt. 29 ; CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165, pt. 37.

[1602] CJCE, 17 juillet 2008, Corporación Dermoestética SA, aff. C-500/06, Rec. p. I-5785.

[1603] CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921, pt. 109.

permet pas de corriger les erreurs éventuelles de dates[1604]. De même, le fait de soumettre l'activité de représentant fiscal à l'existence d'un établissement sur le territoire autrichien n'est pas apte à assurer que les professionnels du domaine disposent du niveau de compétence adéquat. La Cour souligne que l'exigence d'un établissement en Autriche n'a « aucun rapport » avec cet intérêt puisque « le fait que le représentant fiscal délivrant la preuve de revenus considérés comme distribués soit établi en Autriche ne garantit nullement que ledit intéressé possède des compétences professionnelles particulières en droit fiscal autrichien »[1605]. Le test d'aptitude mène également la Cour à vérifier la cohérence de la mesure nationale. En effet, « une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique »[1606]. Ainsi, la Cour vérifie que l'intégralité de la législation nationale vise à garantir l'intérêt protégé de manière cohérente et systématique. Ces conditions mettent « face à leurs contradictions les États qui adoptent des systèmes protectionnistes au nom de l'intérêt général »[1607]. Ainsi, un régime d'interdiction de la publicité pour les traitements médicaux et chirurgicaux n'est pas cohérent dans la mesure où la publicité est interdite sur les chaînes nationales mais autorisée sur les chaînes locales[1608]. En conséquence, il n'est pas apte à protéger la santé publique. Le contrôle de proportionnalité suppose que le juge s'assure ensuite de la nécessité de la mesure.

553. Le contrôle de proportionnalité implique ensuite que la Cour vérifie que la mesure satisfait au test dit de la mesure la moins entravante ou de l'entrave minimale. La Cour raisonne en deux temps : elle vérifie l'existence de mesures alternatives moins entravantes et s'assure, le cas échant, que ces mesures garantissent un même niveau de protection de l'intérêt invoqué. Ainsi, dans l'hypothèse où une autre mesure moins restrictive pouvait être adoptée et garantir l'intérêt protégé, la mesure ne passe pas ce test. Le juge s'assure que les autorités nationales ne pouvaient adopter de mesures moins restrictives mais permettant tout

---

[1604] CJCE, 1er juin 1994, Commission c/ Allemagne, aff. C-317/92, Rec. I-2039, pt. 17.
[1605] CJUE, 29 septembre 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-387/10, Rec. p. I-142.
[1606] CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, aff. C-67/98, Rec. p. I-7289, pt. 36 ; CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-243/01, Gambelli, Rec. p. I-13031, pt. 67 ; CJCE, 6 mars 2007, Placanica, aff. jtes C-338/04, aff. C-359/04 et aff. C-360/04, Rec. p. I-1891, pt. 53 ; CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, aff. C-42/07, Rec. p. I-4733, pt. 61 ; CJUE, 21 décembre 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-28/09, pt. 125.
[1607] E. BERNARD, « La Cour précise les règles du jeu », *Europe*, 2010, étude 12, pp. 7-11, sp. p. 10.

aussi bien de garantir l'intérêt invoqué. La Cour est très claire : « si un État Membre dispose d'un choix entre différentes mesures aptes à atteindre le même but, il lui incombe de choisir le moyen qui apporte le moins d'obstacles à la liberté des échanges »[1609]. Si le même niveau de protection de l'intérêt général peut être assuré par des mesures moins entravantes, la réglementation nationale sera considérée comme étant illicite. En revanche, si le juge estime que, parmi les différentes solutions qui s'offraient à elles, les autorités ont adopté celle qui apporte le moins de restriction à la liberté des échanges, la mesure réussira le test de nécessité. De manière topique, les mesures nationales dont l'effet est d'interdire complètement l'importation ou la commercialisation de certains produits ne satisfont pas cette exigence de la Cour[1610]. Ici le juge recherche réellement si une autre mesure est envisageable. Dès lors, il accepte des mesures qui ont un effet important sur les échanges mais ne peuvent objectivement pas être remplacées par une mesure moins entravante. En matière de liberté d'établissement, une obligation de résidence ne constitue pas la mesure la moins entravante puisque la sauvegarde des intérêts des créanciers pourrait être simplement assurée par une caution[1611] ou un contrat d'assurance[1612]. De même, est considérée comme une restriction à la libre circulation des marchandises une législation nationale qui impose l'obtention d'une autorisation préalable et le respect de toutes les formalités nécessaires à l'exploitation d'une boulangerie pour commercialiser des produits *bake-off*, des produits congelés et précuits. Selon la Cour, elle ne peut être justifiée par la protection du consommateur. En effet, il existe des mesures moins restrictives, comme l'étiquetage, qui permettent d'avertir le consommateur que le *bake-off* n'est pas du pain traditionnel[1613]. Le contrôle de proportionnalité suppose en dernier lieu que le juge apprécie la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure.

554. Enfin, la Cour opère une mise en balance des intérêts en jeu et procède alors à une appréciation *stricto sensu* de la proportionnalité. Autrement dit, elle vérifie l'adéquation entre le niveau de protection choisi par l'Etat et les exigences objectives liées à la protection de

---

[1608] CJCE, 17 juillet 2008, Corporación Dermoestética, aff. C-500/06, Rec. p. I-5785, pt. 40.
[1609] CJCE, 10 novembre 1982, Walter Rau, aff. 261/81, Rec. p. 3961, pt. 12.
[1610] CJCE, 10 novembre 1982, Walter Rau, aff. 261/81, Rec. p. 3961 ; CJCE, 14 juillet 1988, Smanor, aff. 298/87, Rec. p. 4489
[1611] CJCE, 6 juin 1996, Commission c/ Italie, aff. C-101/94, Rec. p. I-2691, pts 22-23 ; CJCE, 29 octobre 1998, Commission c/ Espagne, aff. C-114/97, Rec. p. I-6717, pt. 47 ; CJCE, 9 mars 1999, Centros, aff. C-212/97, Rec. p. I-1459, pt. 37.
[1612] CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Portugal, aff. C-171/02, Rec. p. I-5645, pts 43 et 55.

l'intérêt général. Dans ce cadre, la Cour « met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises »[1614]. Comme le souligne l'Avocat général Poares Maduro, ce test correspond au test de proportionnalité *stricto sensu* et signifie que « plus la mise en cause du principe de la libre circulation des marchandises est importante, plus doit être élevée l'importance de garantir l'intérêt public invoqué par l'État Membre »[1615]. Le juge européen vérifie donc la corrélation entre le niveau de protection de l'intérêt par l'Etat membre et le degré de l'entrave aux échanges. L'obligation, soumise à agrément, de commercialiser des bières et des boissons rafraîchissantes dans des emballages qui peuvent être réutilisés ne remplit pas les conditions exigées par la Cour. Elle reconnaît que cette obligation couplée au système de reprise des emballages garantit un taux élevé de réutilisation. Néanmoins, la mesure n'est pas proportionnée car son effet restrictif sur les échanges est trop important au regard de son effet sur l'environnement. La mesure limite fortement les importations alors que la reprise d'emballages de produits importés est minime au regard de la quantité de boissons consommées dans cet Etat[1616]. Ces trois tests – aptitude, nécessité et proportionnalité *stricto sensu* – permettent au juge européen de déterminer si la mesure nationale satisfait au contrôle de proportionnalité. Le cas échéant, elle ne doit pas non plus s'analyser comme une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée au commerce.

555. Si la mesure nationale satisfait au contrôle de proportionnalité, elle doit également être analysée au regard du test des discriminations arbitraires. Selon les termes du traité, la mesure ne doit constituer « ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États Membres »[1617]. Ce test permet au juge de vérifier si les mesures nationales ne défavorisent pas en réalité les produits importés par rapport aux produits nationaux. Ainsi, le juge constate l'existence d'une discrimination arbitraire ou injustifiée lorsque la réglementation française, qui interdit la publicité pour les boissons alcoolisées, ne

---

[1613] CJCE, 14 septembre 2006, Alfa Vita Vassilopoulos, aff. jtes C-158 et 159/04, Rec. p. I-8135, pt. 25.

[1614] CJCE, 16 décembre 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council, aff. C-169/91, Rec. p. I-6635, pt. 15.

[1615] V. les points 24 à 26 des Conclusions de l'Avocat général Maduro sous l'affaire CJCE, 28 septembre 2006, Procédure pénale c/ Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik, aff. C-434/04, Rec. p. I-9171.

[1616] CJCE, 20 septembre 1988, Commission c/ Danemark, aff. 302/86, Rec. p. 4607, pt. 21.

[1617] Selon l'article 36 TFUE les interdictions ou restrictions d'importation ou d'exportation peuvent être justifiées pour des motifs non économiques mais « ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen

concerne en réalité que les produits importés similaires, puisque pour les alcools nationaux la publicité est autorisée[1618]. Lorsque le juge vérifie si la mesure constitue une restriction déguisée, il détermine si la mesure nationale, sous couvert de protéger l'intérêt général, introduit une restriction quantitative aux échanges. Il en va ainsi de l'interdiction d'importation de volailles, qui bien que justifiée par un risque pour la santé, constituait en fait une restriction déguisée aux importations de ces produits[1619]. Ce test permet *in fine* au juge de déterminer si les restrictions justifiées par un motif d'intérêt sont « détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard de marchandises originaires d'autres États Membres ou à protéger indirectement certaines productions nationales »[1620]. Ainsi, il peut être légitime, au nom de la moralité publique, d'interdire l'importation de poupées gonflables sauf s'il s'avère que de telles poupées sont fabriquées et commercialisées dans l'Etat en question[1621].

556. Face à des intérêts divergents – un intérêt non économique invoqué par un Etat membre et le principe de libre circulation – le juge européen recherche, par le contrôle de proportionnalité, une juste mesure entre ces deux intérêts. Le contrôle du juge de l'Organisation mondiale du commerce se présente quelque peu différemment.

b Le raisonnement du juge de l'OMC

557. Le juge de l'OMC peut être confronté à des intérêts divergents dans deux hypothèses distinctes. En premier lieu, les Membres de l'OMC peuvent invoquer le bénéfice d'intérêts non économiques afin de justifier une mesure contraire aux disciplines commerciales multilatérales. Le juge raisonne alors par balancement (α). En second lieu, le juge de l'OMC fait face à des intérêts divergents lorsqu'une mesure adoptée par un Membre est contestée au regard des Accords OTC ou SPS (β).

α Le raisonnement par balancement dans le cadre des exceptions générales

---

de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États Membres ».

[1618] CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ France, aff. 152/78, Rec. p. 2299, pt. 18.

[1619] CJCE, 15 juillet 1982, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 40/82, Rec. p. 2793.

[1620] CJCE, 14 décembre 1979, Henn et Darby, aff. 34/79, Rec. p. 3795, pt. 21.

[1621] CJCE, 11 mars 1986, Conegate c/ HM Customs et Excise, aff. 121/85, Rec. p. 1007.

558. Dans l'OMC, le raisonnement du juge se présente en deux temps. Le juge doit tout d'abord vérifier que la mesure du Membre relève effectivement de l'une des exceptions contenues dans l'article XX, chaque exception protégeant un intérêt différent et devant répondre à des conditions particulières. Ensuite, il doit s'assurer que la mesure remplit les conditions du chapeau introductif de l'article XX du GATT. Le raisonnement se présente donc en deux temps. La mesure est confrontée à la disposition spécifique de l'article XX invoquée par le Membre ; si elle remplit les conditions propres à cette disposition, elle est provisoirement justifiée. Dans un second temps, le juge vérifie que la mesure est conforme au chapeau de l'article XX[1622].

559. Cette méthodologie a été fixée par l'Organe d'appel dans l'affaire Etats-Unis Crevettes[1623]. Censurant le Groupe spécial, il a jugé que « l'ordre des étapes indiqué ci-dessus à suivre pour analyser une allégation concernant une justification au titre de l'article XX ne dénote pas un choix fortuit ou aléatoire, mais plutôt la structure et la logique fondamentales de l'article XX »[1624]. Concrètement, cela signifie que les Groupes spéciaux doivent tout d'abord déterminer si la mesure du Membre relève effectivement de l'exception invoquée et vérifier ensuite le respect des conditions du chapeau introductif. Dans le cadre de l'AGCS, la démarche du juge est semblable[1625]. A l'instar de l'article XX du GATT, l'AGCS suppose un examen en deux temps : il faut tout d'abord déterminer s'il « existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé » puis vérifier si cette mesure respecte le texte introductif de l'article XVI[1626].

[1622] Sous l'empire du GATT, le raisonnement se présentait différemment, V. D. AKOTH OSIRO, « GATT/WTO Necessity Analysis : Evolutionary Interpretation and its Impact on the Authority of Domestic Regulation », LEIE, 2002, pp. 123-141.

[1623] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 24. L'Organe d'appel précise que « pour que la protection conférée par l'article XX puisse s'appliquer à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières – paragraphes a) à j) – énumérées à l'article XX; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX. En d'autres termes, l'analyse est double: premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève de l'article XX g); deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX ».

[1624] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §119.

[1625] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 291.

[1626] *Idem*, §292.

560. Lors de la première étape du contrôle, une fois que le Groupe spécial a déterminé si la mesure relève effectivement d'un objectif protégé par les exceptions générales du GATT ou de l'AGCS, il doit ensuite vérifier si les conditions juridiques propres à chaque alinéa sont respectées.

561. Certains alinéas reposent sur un critère de nécessité alors que d'autres impliquent que la mesure se « rapporte à »[1627]. Ces différences sémantiques sont importantes car elles commandent une appréciation différente du juge. A ce titre, l'Organe d'appel s'est justifié en jugeant qu'il n'est pas « raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC entendaient exiger, en ce qui concerne chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'Etat que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser »[1628]. Dès lors, le contrôle opéré sur les mesures des Membres doit être spécifique au regard des termes employés dans les différents alinéas de l'article XX du GATT. Cela signifie concrètement que les expressions « nécessaire » et « se rapportant à » sont des critères différents appréciés selon des modalités propres.

562. Dans le cadre de l'article XXg, l'expression « se rapportant » est différenciée par le juge de l'OMC de l'expression « nécessaire à » et l'appréciation de la première doit être moins rigoureuse[1629]. L'Organe d'appel exige l'existence d'une « relation substantielle » entre la mesure litigieuse et l'intérêt invoqué[1630]. La mesure ne doit pas viser « qu'incidemment ou qu'accidentellement »[1631] à la protection de l'intérêt. Enfin, l'expression « appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationale » implique que la législation soit impartiale et qu'elle s'applique aux marchandises nationales et

---

[1627] L'article XX b dispose que les mesures doivent être nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux alors que l'article XX g exige une mesure « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ».

[1628] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 24.

[1629] *Idem*, pp. 19-20.

[1630] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 21 ; Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §§ 136-141.

[1631] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 21.

étrangères[1632]. L'Organe d'appel exige un lien substantiel entre la mesure et l'intérêt invoqué, les restrictions doivent être appliquées de concert aux marchandises ou à la consommation nationale. En revanche, il n'exige pas que la mesure ait pour objet de donner effet aux restrictions nationales[1633].

563. Le critère de nécessité est énoncé aux alinéas b) et d) de l'article XX[1634] ainsi que dans l'AGCS, le test de nécessité pend la même forme sous ces deux Accords[1635]. Le test de nécessité a été précisé par l'Organe d'appel dans l'affaire Corée Bœuf[1636]. Il a tout d'abord indiqué le sens et la portée du terme « nécessaire ». Après avoir souligné que les sens ordinaire et juridique du terme n'étaient pas univoques, il a considéré que « dans le contexte de l'article XX d), la portée du mot 'nécessaire' n'est pas limitée à ce qui est 'indispensable', 'd'une nécessité absolue' ou 'inévitable' »[1637]. En effet, le terme nécessaire peut avoir un double sens : les mesures doivent être « soit indispensables, soit d'une nécessité absolue ou inévitables ». De façon plus nuancée, il peut signifier simplement que les mesures favorisent l'objectif invoqué. L'Organe d'appel adopte une position médiane et considère que la mesure doit être indispensable.

564. Le juge a également précisé les conditions d'appréciation de la nécessité. Pour ce faire, le juge doit « soupeser et mettre en balance une série de facteurs »[1638]. Au titre de ces facteurs, il identifie l'importance de la valeur ou de l'intérêt invoqué ainsi que l'effet de la mesure sur le commerce. La méthode a ensuite été affinée. Le test de nécessité présente un double aspect, il implique de mettre en balance les intérêts invoqués et le caractère restrictif

---

[1632] *Idem*, pp. 22-24.

[1633] Ces prescriptions ont été rappelées dans le rapport Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, rapports de l'Organe d'appel du 30 janvier 2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, §§ 355-361. Et l'Organe d'appel a censuré le Groupe spécial qui avait précisément exigé que les restrictions visent à donner effet aux restrictions nationales.

[1634] En général sur le test de nécessité V. P. DELIMATSIS, « Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services The Best is Yet to Come », *EJIL* , 2008, pp. 365-408, sp. pp. 370-371.

[1635] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 306 ; Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R, §§ 239 et s.

[1636] V. notamment J. NEUMANN, E. TÜRK, « Necessity Revisited : Proportionality in world Trade Organization Law After Korea—Beef, EC—Asbestos and EC—Sardines », *JWT*, 2003, pp. 199-233.

[1637] Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, § 161.

de la mesure. Mais il suppose également de déterminer si d'autres mesures, moins restrictives pour le commerce mais garantissant le même degré de protection de l'intérêt invoqué, auraient pu être adoptées[1639]. L'examen des mesures alternatives doit se faire au regard de l'importance de l'intérêt invoqué. De plus, l'appréciation de l'existence de mesures alternatives obéit à une logique du raisonnable[1640]. En conséquence, une mesure n'est pas raisonnablement disponible si elle est purement théorique, si elle ne permet pas de préserver l'intérêt invoqué avec le même degré de protection ou encore si elle implique des charges financières ou techniques trop lourdes[1641]. Quant à la mise en balance des différents éléments, elle nécessite de soupeser trois facteurs : l'étendue de la contribution à la réalisation de l'objectif de la mesure, le caractère restrictif de cette mesure pour le commerce, ces deux premiers facteurs doivent être analysés à la lumière de l'importance des intérêts ou des valeurs en jeu. Pour le juge, la mesure contribue à la réalisation de l'objectif « lorsqu'il y a une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens »[1642]. Dès lors celle-ci ne peut être « marginale ou insignifiante » mais elle doit être « à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif »[1643].

565. Enfin, le contrôle opéré dans le cadre de l'article XX comprend une ultime étape. Le juge doit vérifier que les conditions du chapeau introductif de l'article XX sont respectées : les mesures nationales ne doivent pas être appliquées de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international. Dès le rapport Etats-Unis Essence, le juge de l'OMC a affirmé que l'exercice par un Membre de son droit légal interdit que les mesures soient appliquées « de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'Accord général »[1644]. De

---

[1638] *Idem*, § 164.

[1639] Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport de l'Organe d'appel du 3 décembre 2007, WT/DS332/AB/R, § 178.

[1640] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 174 ; République dominicaine — Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 2005, WT/DS302/AB/R, § 70.

[1641] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 308 ; Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport de l'Organe d'appel du 3 décembre 2007, WT/DS332/AB/R, § 156.

[1642] Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport de l'Organe d'appel du 3 décembre 2007, WT/DS332/AB/R, § 210.

[1643] *Idem*, § 150.

[1644] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du

façon plus explicite encore, l'Organe d'appel a affirmé que le chapeau constitue une expression du principe de bonne foi dont un des éléments est d'interdire l'abus de droit[1645]. Dans le rapport Crevettes, l'Organe d'appel a déterminé les critères qui permettent d'apprécier cette condition. Trois éléments sont nécessaires : le juge doit tout d'abord vérifier l'existence d'une discrimination, celle-ci doit être « de nature arbitraire ou injustifiable » et doit se produire « entre les pays où les mêmes conditions existent »[1646]. L'appréciation du caractère discriminatoire de la mesure obéit à des critères différents de ceux utilisés lors de la confrontation de la mesure nationale avec le principe de la nation la plus favorisée ou le traitement national. Le caractère injustifiable de la mesure est avéré « lorsque les raisons données quant à cette discrimination n'ont pas de lien rationnel avec l'objectif relevant d'un alinéa de l'article XX, ou iraient à l'encontre de cet objectif »[1647]. Enfin, l'appréciation de l'existence d'une « restriction déguisée au commerce international » dépend de trois critères : la publication officielle de la mesure[1648], la prise en compte du caractère de discrimination arbitraire ou injustifiable de la mesure et enfin l'étude de « la conception, des principes de base et de la structure révélatrice »[1649] de la mesure en cause.

566. Les Accords SPS et OTC sont plus précis quant aux critères à prendre à compte afin d'apprécier les mesures adoptées dans ces domaines.

β Le contrôle dans le cadre des Accords SPS et OTC

567. Le test de nécessité dans le cadre des Accords SPS et OTC n'est pas mené alors que le Membre de l'OMC invoque une exception. Au contraire, le juge apprécie dans ce cas le respect d'une obligation[1650]. L'Accord OTC encadre le droit des Membres de l'OMC

---

29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 28.

[1645] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 158.

[1646] *Idem*, § 150.

[1647] Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport de l'Organe d'appel du 3 décembre 2007, WT/DS332/AB/R, § 227.

[1648] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 28.

[1649] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000, WT/DS135/R, § 8.236.

[1650] P. DELIMATSIS, « Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services The Best is Yet to Come », préc., p. 370 ; S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc. ; M. ANDENAS, S. ZLEPTNIG, « Proportionality and

d'adopter des mesures techniques, quant à l'Accord SPS il procède de même dans les domaines sanitaire et phytosanitaire. Ces Accords visent à favoriser le libre-échange et à faire en sorte que l'accès au marché soit rendu possible en dépit des législations dans ces domaines. Ces Accords énoncent un certain nombre de conditions que les mesures des Membres doivent respecter. Au titre de ces conditions, l'article 2.2 de l'Accord OTC dispose que « l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait ». Quant à l'Accord SPS, l'article 2.3 précise que les mesures sanitaires et phytosanitaires ne doivent pas créer de discriminations arbitraires ou injustifiables ou de restrictions déguisées au commerce. De plus, l'article 5.6 de cet Accord exige que les mesures ne doivent pas être plus restrictives pour le commerce que ce que le niveau de protection de l'intérêt protégé requiert. En outre, une note à cette disposition définit la notion de mesure plus restrictive, ainsi, « une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce ».

568. Il ressort de ces dispositions un lien de filiation assez évident avec l'article XX du GATT[1651]. Le sens de l'article 2.3 de l'Accord SPS renvoie au chapeau de l'article XX du GATT, quant aux articles 2.2 de l'Accord OTC et 5.6 de l'Accord SPS ils peuvent être comparés avec le test de nécessité. Néanmoins, les prescriptions de ces deux Accords sont plus détaillées que celles du GATT ou encore de l'AGCS. L'Organe d'appel a précisé les éléments à prendre en compte lors de l'appréciation du caractère nécessaire d'une mesure au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Trois éléments entrent en considération : le caractère restrictif de la mesure, la contribution qu'elle apporte à l'intérêt qu'elle poursuit, et les risques qui pèseraient sur cet intérêt en l'absence d'une telle mesure[1652]. Par ailleurs, l'article 2.2 ne

---

Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective », préc.

[1651] S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, préc., pp. 384-385.

[1652] États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R, § 318.

prohibe que les restrictions dont l'effet sur le commerce va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger l'intérêt en cause. A ce titre, l'analyse des mesures alternatives permet de juger du caractère restrictif de la mesure ainsi que de la réalité des risques qui pèsent sur l'intérêt protégé par la mesure[1653]. Quant au contrôle des mesures au regard des conditions figurant au sein de l'article 5.6 de l'Accord SPS, le raisonnement s'appuie assez largement sur le sens de cette disposition et les précisions de la note. Ainsi, dès le Différend Australie Mesures visant les importations de saumons, le juge a souligné que, conformément à la note, l'incompatibilité d'une mesure est établie si une autre mesure SPS est envisageable. Pour ce faire, le juge doit prendre en considération trois critères cumulatifs. En premier lieu, le Groupe spécial doit apprécier si une autre mesure est « raisonnablement applicable » au regard d'éléments techniques et économiques. En deuxième lieu, le juge doit apprécier si cette mesure permettrait effectivement d'atteindre le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire souhaité par le Membre de l'OMC. Enfin, la mesure de rechange doit avoir des effets moins restrictifs sur le commerce que la mesure contestée[1654]. Pour déterminer si une mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis, ces trois éléments doivent être pris en compte. L'incompatibilité de la mesure contestée avec l'article 5.6 de l'Accord SPS ne peut être établie que si ces trois éléments sont réunis.

569. En dépit de différences sémantiques, le contrôle mené dans le cadre des Accords SPS et OTC ainsi que le raisonnement par balancement du juge de l'Organisation mondiale du commerce peuvent être comparés au contrôle de proportionnalité.

B Le rapprochement des méthodes

570. La comparabilité des méthodes de raisonnement des juges au regard des intérêts divergents doit tout d'abord être détachée de la problématique, plus générale, de la proportionnalité au sein de l'OMC. En effet, la doctrine peine à s'accorder quant à l'existence d'un principe général de proportionnalité au sein du système commercial multilatéral. Certains auteurs soutiennent qu'il n'y a aucun fondement pour la reconnaissance d'un

---

[1653] *Idem*, § 322.

[1654] Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R, § 194, Japon — Mesures visant les produits agricoles, rapport de l'Organe d'appel du 22 février 1999, WT/DS76/AB/R, § 95, Australie — Mesures affectant l'importation de pommes en provenance

principe général et non-écrit de proportionnalité au sein de l'OMC mais reconnaissent que la proportionnalité se matérialise lorsqu'il y a une base textuelle comme l'article XX du GATT ou l'Accord OTC[1655]. Au contraire, M. Hilf considère que « le principe de proportionnalité est un des principes qui sous-tend le système commercial multilatéral »[1656]. Enfin, selon Mme Cass le juge de l'OMC a recours à la technique de la proportionnalité et cela participe de la constitutionnalisation du droit de l'OMC[1657]. Le rapprochement matériel du raisonnement du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce doit cependant être dissocié de cette problématique plus générale.

571. En outre, la comparabilité des méthodes suppose de dépasser les différences terminologiques et conceptuelles entre le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement. Le premier s'applique dès lors que le juge doit statuer dans le cadre d'une dérogation interprétée strictement. Le second suppose que le juge opère un balancement entre des intérêts d'égale valeur entre lesquels il ne procède à aucune hiérarchisation. La distinction théorique entre ces deux méthodes est assez difficile et doit être confrontée à la réalité du raisonnement du juge. Or, il apparaît que la comparabilité des méthodes de raisonnement et de contrôle est très souvent soulignée[1658]. Cette mise en évidence de leur caractère comparable se vérifie à l'aune des différents éléments du raisonnement du juge.

572. Le test d'adéquation ou d'aptitude se retrouve tant dans le raisonnement du juge européen que dans celui du juge de l'OMC. Dans cette organisation, le juge exige, dans le

---

de Nouvelle-Zélande, rapport de l'Organe d'appel du 29 novembre 2010, WT/DS367/AB/R, § 337

[1655] A. DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », *JIEL*, 2001, pp. 441-480, sp. pp. 478-479.

[1656] M. HILF, « Power, rules and principles - which orientation for WTO/GATT law ? », *JIEL*, 2001, pp. 111-130, sp. p. 120, notre traduction, « the principle of proportionality is one of the more basic principles underlying the multilateral trading system » ; M. HILF, S. PUTH, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », in *European Integration and International Coordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann,* A. VON BOGDANDY, P.C. MAVROIDIS, AND Y. MENY (dir.), The Hague, Kluwer, 2002, pp. 199-218.

[1657] D. Z. Cass, « The 'constitutionalization' of international trade law : judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade », *EJIL*, 2001, pp. 39-75.

[1658] M. ANDENAS, S. ZLEPTNIG, « Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective », préc. ; P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Protectionism or Reasonable National Regulation? The Protection of Non-Economic Interests as Barriers to the Free Movement of Goods: A Comparison of EC Law and WTO Law », préc., pp. 163 et s. ; P. DELIMATSIS, « Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services The Best is Yet to Come », préc., pp. 390-391 ; M. HILF, S. PUTH, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », préc., pp. 211 et s. ; A. DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », préc., p. 476 ; I. Venzke, « Making General Exceptions : The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy », *GLJ*, 2011, pp. 1111-1140,

cadre des exceptions générales, un lien entre la mesure mise en cause et l'intérêt invoqué. Si la mesure « se rapporte à » un intérêt alors le juge exige l'existence d'une « relation substantielle » entre la mesure litigieuse et l'intérêt invoqué[1659] et celle-ci ne doit pas viser « qu'incidemment ou qu'accidentellement » à la protection[1660]. Si la mesure doit être « nécessaire à » un intérêt, cela signifie pour le juge qu'elle doit être indispensable à la protection de l'intérêt invoqué. Il ressort de ces éléments que le juge européen et le juge de l'OMC apprécient la relation entre la mesure en cause et l'intérêt invoqué afin de déterminer si la mesure participe de la protection de cet intérêt.

573. Une conclusion similaire peut être formée quant au test de nécessité. Dans l'Union, celui-ci implique que le juge évalue si une autre mesure, portant moins atteinte aux échanges, aurait pu être adoptée. Cette mesure alternative doit cependant offrir la même protection de l'intérêt invoqué. Il appert que ce test n'est pas absent du raisonnement du juge de l'Organisation mondiale du commerce. En premier lieu, cela se vérifie lors de l'appréciation de la compatibilité des réglementations techniques, sanitaires et phytosanitaires. L'examen de la compatibilité des mesures dans ces domaines implique fondamentalement que le juge détermine l'existence de mesures alternatives. Ces dernières doivent permettre de garantir un même niveau de protection de l'intérêt invoqué mais avoir un effet restrictif moindre sur les échanges. En second lieu, l'examen d'éventuelles mesures alternatives constitue un temps fort du raisonnement par balancement. Dans le cadre des exceptions générales, le juge vérifie l'existence ou l'absence de mesures moins restrictives mais garantissant le même niveau de protection de l'intérêt invoqué par le Membre.

574. Quant au test de proportionnalité *stricto sensu*, il suppose que soit évalué le degré de la restriction aux échanges et l'importance à garantir l'intérêt invoqué. Dans l'OMC, la vérification de la nécessité d'une mesure donne lieu à une mise en balance des intérêts qui vise à évaluer la relation entre les effets restrictifs de la mesure, les intérêts en jeu et la

---

sp. pp. 1129 et s.

[1659] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 21 ; Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §§ 136-141.

[1660] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 21.

contribution de la mesure nationale à l'intérêt invoqué. Le juge met en balance la contribution de la mesure à la protection de l'intérêt et son effet restrictif.

575. Enfin, le test du chapeau du juge de l'OMC peut également être comparé au test des discriminations arbitraires dans l'Union. En effet, ce test permet au juge de s'assurer *in fine* que l'objectif d'intérêt général invoqué par le Membre n'est pas détourné afin de discriminer ses partenaires commerciaux ou les marchandises des autres Etats Membres.

576. Il ressort de ce panorama que les raisonnements des juges, certes fondés sur des postulats différents, présentent des éléments de contrôle communs et des similitudes indéniables. La différence terminologique masque sur ce point la convergence méthodologique. Au-delà de cette convergence des méthodes de raisonnement, il ressort de la jurisprudence que la finalité des contrôles respectifs du juge européen et du juge de l'OMC est comparable.

Paragraphe II Une finalité comparable du contrôle

577. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement peuvent être appliqués plus ou moins rigoureusement. Un contrôle rigoureux aura pour effet de rendre plus difficile la justification de la mesure litigieuse. Au contraire, un contrôle moins rigoureux peut être le signe d'une plus grande déférence envers certains intérêts invoqués par les Membres. Sur ce point, il semble que le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement oscillent entre une logique de conciliation et une logique plus intégrative mais, dans l'Union comme dans l'OMC, le contrôle est globalement resserré (A). Cependant, les deux juges procèdent à une modulation de l'intensité du contrôle (B).

A Un contrôle de conciliation et d'intégration

578. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement sont *a priori* conçus comme des méthodes de conciliation (1), il appert que l'intensité du contrôle montre que ces instruments sont mis au service du respect des obligations communes (2).

1 Des méthodes de conciliation

579. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement sont des méthodes permettant d'opérer une conciliation entre des valeurs ou des intérêts divergents. Les libertés de circulation ou les obligations commerciales multilatérales sont édictées par le Traité au même titre que les exceptions. Dès lors, il n'existe pas de relation hiérarchique entre ces dispositions mais une relation conflictuelle. La distinction est importante au sens où elle implique un rôle différent du juge. En effet, dans l'Union comme à l'OMC l'invocation d'une exception prévue par le Traité fait ressortir un conflit entre deux règles prévues par le texte, ce conflit de règles masquant en réalité un conflit de valeurs. Dès lors, le juge ne peut faire prévaloir une règle sur l'autre, il doit au contraire en assurer la conciliation, c'est-à-dire vérifier au cas par cas et en fonction des circonstances qu'un juste rapport ou qu'une juste proportion s'établit entre les deux éléments du conflit. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement montrent qu'il n'est pas établi de hiérarchie entre les objectifs économiques et d'autres valeurs. En effet, la nature de la méthode de contrôle démontre que le juge n'écarte jamais complètement les secondes au profit des premiers. Cette conciliation se vérifie même si le juge, notamment dans l'Union, interprète les obligations de façon extensive et les exceptions de façon restrictive. Ces interprétations ne préjugent pas d'une conciliation des intérêts et valeurs lors de l'examen de la mesure nationale. En effet, il s'agit de deux temps distincts du raisonnement du juge. L'interprétation stricte de la dérogation ne préjuge pas de la méthode d'appréciation de la mesure nationale restrictive. Il appert cependant que la méthode de raisonnement ne peut être analysée sans référence à l'intensité du contrôle.

2 Des méthodes au service de l'intégration

580. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement sont des contrôles de légalité et non d'opportunité des mesures nationales. Ainsi, l'opportunité et le choix politique afférent relèvent des autorités internes des Membres. Néanmoins, la jurisprudence montre que le contrôle du juge européen et du juge de l'OMC est globalement sévère.

581. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement sont des contrôles de légalité, ils permettent au juge de vérifier qu'une mesure nationale est conforme aux prescriptions des Traités. Le contrôle de légalité doit être distingué du contrôle de l'opportunité d'une mesure qui est défini en opposition au premier. Ainsi le contrôle de

l'opportunité s'entend comme l' « ensemble des considérations d'intérêts, d'utilité et de justice amenant une autorité à faire tel acte ou à donner telle solution à une affaire dont elle est saisie »[1661]. La légalité de la mesure relève du contrôle juridictionnel alors que l'opportunité de celle-ci incombe aux autorités nationales, donc aux détenteurs du pouvoir politique. En droit interne, ces deux notions sont également distinctes et le juge ne procède qu'à un contrôle de légalité. Le Conseil d'Etat considère qu'il « ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir »[1662]. De même, pour le Conseil Constitutionnel, l'opportunité des mesures législatives incombe au législateur et il ne peut contrôler ce choix qui relève des appréciations politiques[1663]. Cette limitation du contrôle est dictée, dans l'ordre juridique interne, européen ou international, par le respect de la séparation des pouvoirs[1664].

582. La distinction entre la légalité et l'opportunité est en pratique plus ténue. Le terme d'opportunité est parfois employé par les Avocats généraux[1665]. Ces formules des Avocats généraux montrent bien que certains tests menés par les juges lors du contrôle de proportionnalité et du raisonnement par balancement comportent une « nécessaire part d'opportunité inhérente au contrôle »[1666]. Cependant, cette part d'opportunité dans le contrôle du juge ne signifie pas que ce contrôle confine nécessairement à l'opportunité car le ne préjuge normalement pas des choix politiques propres aux Membres. En revanche, le contrôle opéré par le juge de l'Organisation mondiale du commerce et le juge européen est assez rigoureux. Le choix de protéger certains intérêts relève des Membres de l'Union et de l'OMC mais la mise en œuvre de ce choix se fait sous le contrôle du juge.

583. La « pression » que le juge fait peser sur les mesures des Membres dans l'OMC et dans l'Union est relativement forte. En ce sens, le contrôle de proportionnalité et le

---

[1661] G. CORNU, « Opportunité », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 625.
[1662] CE, 14 janvier 1916, Camino, Rec. Lebon, p. 15.
[1663] CC, 28 juillet 1989, décision n° 89-261 DC, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France.
[1664] CJCE, 21 février 1979, Stölting, aff. 138/78, Rec. p. 713, pt. 7 ; CJCE, 9 juillet 1985, Bozzetti, ff. 179/84, Rec. p. 2301, pt. 30.
[1665] V. le point 4 des Conclusions de l'Avocat général Tesauro sous l'affaire CJCE, 21 janvier 1992, Pressler Weingut-Weingroßkellerei c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff. C-319/90, Rec. p. I-203 ; V. le point 56 des Conclusions de l'Avocat général Colomer sous l'affaire CJCE, 14 avril 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, aff. C-6/03, Rec. p. I-2753.
[1666] B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », préc., p. 9.

raisonnement par balancement, qui procèdent normalement d'une logique de conciliation, sont mis par le juge au service de la protection des disciplines communes.

584. Cela ressort notamment de la jurisprudence de l'OMC qui, dans le cadre de la condition de nécessité, refuse que la détermination de l'importance de l'intérêt soit uniquement fonction du niveau de protection mis en œuvre par le Membre. A ce titre, les Groupes spéciaux ne peuvent se contenter d'acquiescer à ce choix du Membre. Au contraire, ils doivent, au regard de divers éléments - approche réglementaire, déclarations d'organismes publics ou de fonctionnaires - apprécier le caractère nécessaire de la mesure. L'Organe d'appel a synthétisé l'appréciation que doit mener le Groupe spécial dans cette situation : « un Groupe spécial doit, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, évaluer de façon indépendante et objective la 'nécessité' de la mesure dont il est saisi. »[1667]. Une approche similaire ressort de l'appréciation de l'existence et de la disponibilité des mesures alternatives. L'Organe d'appel a précisé que les Groupes spéciaux ne peuvent s'en remettre aux appréciations du Membre mis en cause « dans la détermination de la question de savoir si une mesure de rechange compatible avec l'Accord sur l'OMC, dont on pourrait 'raisonnablement attendre' du Membre concerné 'qu'il y ait recours', est à sa disposition, ou de la question de savoir si une mesure moins incompatible avec l'Accord sur l'OMC est 'raisonnablement disponible' »[1668]. Ainsi, l'appréciation de l'existence de mesures alternatives ne peut dépendre de la seule approche subjective du Membre mis en cause, il est nécessaire d'envisager divers facteurs[1669]. L'appréciation de la nécessité d'une mesure donne ainsi lieu à un encadrement fort des Membres. Le juge de l'OMC contrôle à ce titre l'importance de l'intérêt invoqué et procède lui-même à l'appréciation de l'existence de mesures alternatives. Le juge européen adopte une démarche similaire, l'appréciation des mesures nationales restrictives ne dépend pas uniquement de l'approche subjective de l'Etat membre mis en cause. Au contraire, la Cour contrôle la proportionnalité de la mesure en fonction des situations factuelles et juridiques propres à chaque affaire et au regard des arguments soulevés par les parties.

[1667] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, § 304.

[1668] Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, § 166.

[1669] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 170.

585. L'intensité du contrôle des mesures des Membres est cependant modulée par le juge. Cette modulation, consentie par le juge, résulte de l'acceptation par le juge de l'importance vitale de l'intérêt soulevé par le Membre. En revanche, dans l'Union, la modulation de l'intensité du contrôle est plus contingente.

B La modulation de l'intensité du contrôle

586. La modulation de l'intensité du contrôle se retrouve dans le raisonnement du juge de l'Organisation mondiale du commerce et dans celui du juge européen. Liée à l'importance de l'intérêt invoqué pour le Membre dans l'OMC (1), la modulation est plus contingente dans l'Union (2).

1 La modulation du contrôle au regard du caractère vital de l'intérêt invoqué dans l'OMC

587. Le test de nécessité à l'OMC est moins strict que dans le cadre du GATT, cela ressort clairement du rapport Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée. La condition de nécessité est appréciée moins strictement qu'auparavant, le juge de l'OMC considère qu'il existe des degrés de nécessité. En conséquence, les Membres de l'OMC peuvent adopter des mesures situées dans un « accordéon de la nécessité »[1670]. Ainsi, par rapport au GATT, le changement réside dans la prise en compte de l'objectif poursuivi par le Membre[1671]. Ce changement de paradigme est maintenu par l'Organe d'appel alors que les Groupes spéciaux semblent parfois enclins à procéder à un retour en arrière[1672]. Cet assouplissement du test de nécessité par rapport au GATT s'accompagne de la prise en compte de la nature et de l'importance de l'intérêt poursuivi et protégé par la mesure.

588. Dans le rapport Corée Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, l'Organe d'appel a mis en évidence deux éléments déterminants dans l'appréciation de la nécessité d'une mesure au sens de l'article XX. Ainsi, l'appréciation du caractère nécessaire dépend d'une part « de l'importance relative de l'intérêt commun ou des

---

[1670] H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *La nécessité en droit international*, SFDI, Paris, Pedone, 2007, pp. 189-221, sp. p. 202.

[1671] G. MARCEAU, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties », *JWT*, 2001, pp. 1081-1131, sp. p.1098

[1672] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport du Groupe

valeurs communes que la loi ou le règlement que l'on veut faire respecter est censé protéger »[1673], et, d'autre part, de « la mesure suivant laquelle elle favorise la réalisation de l'objectif poursuivi »[1674]. L'appréciation de la nécessité est, pour le juge, corrélée à l'importance de l'intérêt commun invoqué. Plus cet intérêt est important, plus le caractère nécessaire sera acquis facilement. De même, plus la mesure du Membre favorise la protection de l'objectif invoqué, moins le test de nécessité est rigoureux.

589. Ces éléments ont été particulièrement mis en évidence dans le rapport Communautés européennes Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant. Dans ce différend, le décret français d'interdiction de l'amiante était mis en cause par le Canada. La défense européenne se fondait sur l'invocation de l'article XXb du GATT, il fallait donc déterminer si la mesure était « nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». Le rapport de l'Organe d'appel est ici fondamental sur deux points. Il confirme le lien entre l'importance de l'intérêt ou de la valeur commune et l'appréciation du test de nécessité. Surtout, il souligne que la préservation de la vie et de la santé des personnes est une valeur à la fois « vitale » et « importante au plus haut point ». L'Organe d'appel a mené son analyse au regard de ces données[1675]. Cette approche a été confirmée par les différends République dominicaine Cigarettes et Brésil Pneus rechapés[1676]. La mise en balance des intérêts dépend fondamentalement de l'intérêt ou de la valeur protégés par la mesure puisqu'ils imprègnent les deux étapes du raisonnement tel que décrit par l'Organe d'appel dans l'affaire Jeux et Paris[1677]. Si l'importance de la valeur guide finalement toute l'appréciation de la nécessité, il faut souligner qu'aucune indication n'est fournie quant à la détermination de l'importance de l'intérêt en cause. En effet, l'Organe d'appel fait référence à un intérêt commun ou à une valeur commune sans préciser sur quels critères l'intérêt ou la valeur sont considérés comme communs. Pour Mme Ruiz Fabri, deux

---

spécial du 10 novembre 2004, WT/DS285/R.

[1673] Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, § 162.

[1674] *Idem*, § 163.

[1675] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, § 172.

[1676] République dominicaine — Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur, rapport du Groupe spécial du 26 novembre 2004, WT/DS302/R, §§ 7.214 et s. ; Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport du Groupe spécial du 12 juin 2007, WT/DS332/R, §7.104.

[1677] États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe

hypothèses sont envisageables. L'intérêt peut être commun parce qu'il fait l'objet d'un consensus au sein du Membre. Mais l'intérêt peut également être commun s'il se dégage un consensus parmi les Membres de l'OMC. Pour cet auteur, « les deux hypothèses ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais la première, en raison de sa subjectivité et de la difficulté de l'apprécier, suscitera plus vraisemblablement la méfiance que la seconde, dans laquelle on peut voir un écho à la présomption de nécessité que les accords SPS et OTC confèrent aux mesures conformes aux normes internationales pertinentes, dans lesquelles on peut voir précisément des règles reflétant un point de vue partagé »[1678]. Toutefois, cet assouplissement du contrôle doit se concilier avec le contrôle opéré par le juge. Ainsi, même lorsqu'il assouplit la condition de nécessité, le juge ne délivre pas un blanc-seing aux Membres de l'OMC. Si l'importance de l'intérêt est fonction du niveau de protection souhaité et mis en place par le Membre, le juge exerce tout de même un contrôle sur ce point.

590. Dans l'Union, la jurisprudence montre qu'en règle générale le degré d'européanisation de l'intérêt invoqué fait varier l'intensité du contrôle. Par ailleurs, le contrôle peut être plus ou moins souple dans certains domaines où le juge reconnaît une marge d'appréciation importante aux Etats Membres.

2 Une modulation plus contingente dans l'Union européenne

591. L'intensité du contrôle de la Cour est corrélée à l'intensité de l'intégration européenne (a). En revanche, le juge n'adapte pas nécessairement l'intensité de son contrôle à l'étendue de la marge d'appréciation qu'il reconnaît aux Etats Membres dans certains domaines (b).

a La corrélation entre le degré d'intégration et l'intensité du contrôle

592. Au-delà du caractère nécessairement casuistique du contrôle de proportionnalité, l'analyse de la jurisprudence montre que le juge européen varie l'intensité du contrôle qu'il opère sur les mesures nationales. A cet égard, il semble que l'intégration européenne soit un facteur explicatif de cette modulation. Si l'intégration européenne est forte, le contrôle est poussé ; au contraire, il est plus restreint dans les secteurs à faible coloration européenne.

---

d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §§ 306-307.

[1678] H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », préc., p. 207.

Ainsi, en matière d'ordre et de sécurité publics, le contrôle est assez limité. Pour M. Picod, cela s'explique parce que ces domaines « touchent aux assises de la puissance publique »[1679]. De même, en l'absence de vision commune de la moralité publique, le contrôle de la Cour est plus souple. En revanche, si le domaine est fortement intégré, le contrôle du juge est beaucoup plus sévère. En atteste l'exigence de preuves scientifiques en matière de santé publique[1680].

593. La reconnaissance de l'existence d'une marge nationale d'appréciation pourrait également constituer un facteur d'analyse de la jurisprudence. Cependant, il ne semble pas y avoir de lien pérenne entre l'intensité du contrôle et la reconnaissance de cette marge d'appréciation.

b L'absence de corrélation entre la marge nationale d'appréciation et l'intensité du contrôle

594. La modulation du contrôle de proportionnalité par la Cour semble contingente. Ainsi, la comparaison de deux domaines dans lesquels elle a reconnu une large marge d'appréciation aux autorités nationales montre que cette marge ne préjuge pas de l'intensité du contrôle de proportionnalité. Si le contrôle peut apparaître comme relativement souple en matière de droits fondamentaux, il est plus poussé dans la jurisprudence relative aux entraves dans le domaine des jeux.

595. Lorsqu'un Etat Membre de l'Union porte atteinte à une liberté de circulation afin de garantir ou de protéger un droit fondamental, la Cour procède à un contrôle de proportionnalité de la mesure étatique. Il semble que dans ce cadre particulier une marge d'appréciation importante soit accordée aux Etats Membres et qu'en conséquence le contrôle de la Cour soit moins strict. Dans l'affaire Schmidberger, la Cour souligne que « les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation »[1681] afin de mettre en balance les exigences liées aux libertés de circulation et celles relatives à la protection des droits fondamentaux. En dépit de la marge d'appréciation reconnue aux autorités autrichiennes, elle souligne qu'« il y a néanmoins lieu de vérifier si les restrictions apportées aux échanges

---

[1679] F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises,* Thèse, Université de Strasbourg, 1994, p. 385.
[1680] CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec. p. 2445 ; CJCE, 12 mars 1987, Commission c/ Allemagne, aff. 178/84, Rec.p. 1227.
[1681] CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659, pt. 82.

intracommunautaires sont proportionnées au regard du but légitime poursuivi »[1682]. L'analyse de la Cour commence par les éléments factuels. Ces derniers sont scrupuleusement analysés et permettent au juge de différencier cette espèce de l'affaire « Guerre de fraises ». Elle considère enfin que l'atteinte portée à la liberté économique n'excède pas ce qui est nécessaire pour protéger les droits fondamentaux. Dans cette affaire, la Cour ne porte aucune appréciation sur le degré de protection des droits fondamentaux. Enfin, quant au test de l'entrave minimale, la motivation de la Cour est symptomatique ; elle rappelle « le large pouvoir d'appréciation des autorités nationales »[1683] et juge qu'une interdiction de la manifestation aurait été démesurée. De même, quant à la possibilité d'encadrer davantage la manifestation, la Cour affirme que cela « aurait pu être perçu comme constituant une restriction excessive de nature à priver l'action d'une partie substantielle de sa portée »[1684]. En conséquence, au regard « du large pouvoir d'appréciation » des autorités nationales, la Cour juge qu'il n'y avait pas de mesures moins restrictives. Dans cette affaire, le lien entre la marge d'appréciation dont dispose l'Autriche et la souplesse du contrôle est assez évident. Il en va de même dans l'affaire Omega. A nouveau, la Cour ne s'interroge pas au sujet des appréciations circonstancielles des autorités nationales. La singularité du statut de la dignité humaine n'est pas non plus questionnée par le juge. Enfin la jurisprudence Karner semble confirmer la souplesse du contrôle de la Cour en matière de droits fondamentaux. La Cour met à nouveau en évidence la marge d'appréciation des autorités nationales pour déterminer le point d'équilibre entre les droits fondamentaux et d'autres intérêts[1685], puis sans s'appesantir elle juge que la restriction de publicité en cause n'est ni déraisonnable ni disproportionnée. Cependant, le contrôle de la Cour semble s'être intensifié dans les affaires Viking et Laval[1686]. En effet, même si elle y réaffirme la marge d'appréciation des autorités nationales, le contrôle opéré n'est pas nécessairement souple.

596. Le secteur des jeux et paris est en revanche révélateur de la dissociation parfois opérée entre la marge d'appréciation et la souplesse du contrôle. Le domaine des jeux, loteries et

---

[1682] CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659, pt. 82.
[1683] CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659, pt. 89.
[1684] CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659, pt. 90.
[1685] CJCE, 25 mars 2004, Herbert Karner, aff. C-71/02, Rec. p. I-3025, pt. 51.
[1686] CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, aff. C-438/05, Rec. p. I-10779 ; CJCE, 18 décembre 2007, Laval, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767.

paris n'est pas harmonisé par le droit de l'Union, dès lors ces activités relèvent des règles générales du Traité et notamment des libertés de circulation. Ces domaines présentent des spécificités, ces activités sont bien souvent fortement encadrées par l'Etat afin de protéger l'ordre social ainsi que les joueurs en luttant contre la dépendance aux jeux. Cependant, ces activités ne sont pas nécessairement interdites en tant que telles dans les Etats Membres de l'Union, mais peuvent faire l'objet d'un régime d'autorisation ou être gérées en monopole par l'Etat. Ce régime implique un certain nombre de considérations fiscales et financières. Nombre de législations des Etats Membres de l'Union ont été contestées au regard des règles du Traité et notamment de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Dans ce cadre la Cour a reconnu une marge d'appréciation au profit des autorités étatiques. Celle-ci s'explique par le caractère spécifique du domaine et par les considérations notamment morales qui déterminent le régime juridique et attestent alors de réelles divergences de conception entre les Etats. Néanmoins, le contrôle de proportionnalité de ces mesures n'est pas un contrôle souple. Cela ressort du contrôle opéré par la Cour elle-même ou des indications données au juge national en cas de renvoi préjudiciel. Dans l'affaire Schindler, elle avait considéré, aux termes d'un contrôle limité, que la législation anglaise, interdisant l'importation de matériels destinés à permettre aux ressortissants anglais de participer à des loteries en dehors du territoire cet Etat Membre, ne portait pas atteinte à la libre prestation de services, dès lors que de telles loteries et la publicité pour ces activités étaient interdites dans cet Etat. Toutefois, dès l'affaire Zenatti[1687] la Cour prend soin d'affiner l'analyse menée dans l'affaire Schindler. En effet, elle souligne que la législation italienne n'interdit pas complètement la collecte de paris puisque cette activité peut être exercée par certains organismes. Quant au contrôle de proportionnalité, après avoir jugé que la législation italienne peut porter atteinte à la libre prestation de services, elle indique au juge national qu'il lui appartient de déterminer si la mesure peut être justifiée. Toutefois, elle relève que « en ce qui concerne l'exploitation de machines à sous, le fait que les paris en cause ne sont pas totalement interdits ne suffit pas à démontrer que la législation nationale ne vise pas réellement à atteindre les objectifs d'intérêt général qu'elle prétend poursuivre et qui doivent être considérés dans leur ensemble ». Elle indique au juge national qu'il doit déterminer si la

[1687] CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, aff. C-67/98, Rec. p. I-7289.

législation italienne répond « effectivement » et « véritablement »[1688] aux objectifs invoqués par l'Italie et si elle est motivée ou non par des considérations financières. De même, dans l'affaire Gambelli[1689], elle invite le juge national à vérifier si les sanctions pénales prévues par la loi italienne répondent aux objectifs poursuivis et si ce type de sanction n'est pas disproportionné. Enfin, dans des affaires plus récentes[1690], elle exerce un contrôle assez poussé de la cohérence de la législation nationale[1691].

CONCLUSION DU CHAPITRE II

597. Le raisonnement du juge permet, dans l'Union et dans l'OMC, la conciliation d'objectifs contradictoires : les intérêts propres à chaque Membre et l'effectivité des règles communes. Cette conciliation suppose tout d'abord que le juge ouvre son raisonnement aux intérêts et valeurs propres à chaque Membre. Cette prise en compte s'opère selon deux modalités. Dans l'Union, la juge a reconnu de nouveaux intérêts permettant de faire échec aux règles économiques communes. Au sein de l'OMC, le juge a recours à des techniques plus classiques comment l'interprétation large des motifs de dérogation. Toutefois, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce et son interprétation par le juge peuvent laisser présager une reconnaissance plus importante des intérêts légitimes des Membres de l'OMC. Cette prise en compte des intérêts des Membres de ces deux organisations se manifeste également lors du contrôle de finalité des mesures portant atteinte aux disciplines communes mais susceptibles d'être justifiées par des intérêts légitimes. Le caractère restreint de ce contrôle montre que le juge s'immisce très peu dans la définition des choix collectifs par nature propres à chaque société. Si le juge consent à ouvrir son raisonnement aux intérêts des Membres de l'Union et de l'OMC, il contrôle néanmoins la compatibilité de leurs mesures aux exigences communes. Le caractère comparable des raisonnements menés à cette fin doit être souligné. Typiques du raisonnement juridictionnel, le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement permettent au juge de concilier les intérêts en cause. Cette finalité commune du

---

[1688] CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, aff. C-67/98, Rec. p. I-7289, pts 36-37.
[1689] CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-243/01, Gambelli, Rec. p. I-13031.
[1690] CJUE, 8 septembre 2010, Stoß, aff. jtes C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, Rec. p. I-8069 ; CJUE, 8 septembre 2010, Carmen Media Group, aff. C-46/08, Rec. p. I-8149 ; CJUE, 9 septembre 2010, Engelmann, aff. C-64/08, Rec. p. I-8219.
[1691] E. BERNARD, « La Cour précise les règles du jeu », préc.

mode de raisonnement se double d'une véritable convergence méthodologique des contrôles menés. En outre, le raisonnement par balancement et le contrôle de proportionnalité offrent aux juges une marge d'appréciation considérable et leur permettent de faire varier l'intensité du contrôle opéré. Sur ce point, il apparaît que le contrôle est globalement resserré et permet l'effectivité des disciplines communes. Néanmoins, le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce veillent à concilier cet impératif avec les intérêts des Membres en modulant l'intensité de leur contrôle. Ce faisant, ils laissent aux Membres de l'Union et de l'OMC une certaine latitude nécessaire à la protection d'intérêts légitimes au détriment des règles économiques.

CONCLUSION DU TITRE I

598. Dans l'Union européenne et dans l'OMC, le raisonnement du juge est un outil au service des objectifs d'intégration et de libéralisation des échanges. A cette fin, les juges instrumentalisent les principes économiques des organisations afin de garantir, d'une part, l'ouverture aux échanges et, d'autre part, l'égalité des échanges. Par ailleurs, les principes structurants de l'Union et de l'OMC permettent, à travers le raisonnement du juge, la prévalence de l'intérêt commun dans l'Union et le respect des équilibres dans l'OMC. Ils ont également contribué à ces objectifs en dépit des lacunes et silences du droit. La reconnaissance de l'effet direct de certaines dispositions du droit de l'Union et le principe de reconnaissance mutuelle constituent sur ce point des leviers puissants de l'intégration européenne. Enfin, les juges ont largement ouvert leurs prétoires. Cette ouverture qui repose sur des fondements différents permet, dans l'Union comme dans l'OMC, le contrôle des Membres. Le raisonnement du juge dans l'Union et dans l'OMC est également un moyen de concilier des intérêts divergents. Les intérêts communs et les intérêts propres des Membres de ces deux organisations doivent nécessairement être conciliés. A cet égard, les juges raisonnent tout d'abord de façon à intégrer les intérêts et valeurs des Membres. Ensuite, ils raisonnement de façon à concilier les intérêts divergents. A cette fin, le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement constituent des modes de raisonnement idoines autorisant le juge à chercher un juste équilibre entre les intérêts communs et les intérêts particuliers. Outre cette conciliation, ces modes de raisonnement permettent également aux juges de moduler l'intensité du contrôle opéré. Cette modulation permet, elle aussi, de maintenir un équilibre

entre les intérêts opposés. La participation à la réalisation des objectifs communs constitue une finalité inhérente du raisonnement du juge dans une organisation internationale ou supranationale. Mais, par son raisonnement, le juge peut également poursuivre une autre fin. Ainsi, comme tous les juges, le juge européen et le juge de l'OMC finalisent leur raisonnement afin d'assurer l'acceptabilité de leurs décisions.

Titre II L'acceptabilité des décisions : une finalité du raisonnement

599. Finalité du raisonnement du juge, l'exécution d'une décision de justice internationale est fonction de deux paramètres. Naturellement, l'obligatoriété de la décision du juge induit normalement sa mise en œuvre par les Membres de l'Union ou de l'OMC. Il appert également que l'exécution dépend du caractère acceptable de la décision et de la force de conviction du juge. Ainsi, l'effectivité des décisions des juges peut être définie comme « la capacité du juge à obtenir par la contrainte ou la persuasion la mise en conformité avec ses décisions »[1692]. Ce constat est partagé[1693] et M. Verhoeven[1694] montre ainsi que le respect des jugements est davantage une question de légitimité et de conviction que de force contraignante. De cette manière, l'exécution par les Etats de jurisprudences qui leur sont défavorables rejoint

---

[1692] L. R. HELFER, A.- M. SLAUGHTER, « Toward a theory of effective supranational adjudication », préc., p. 278, notre traduction « in terms of a court's basic ability to compel or cajole compliance with its judgments ».

[1693] W.M. REISMAN, « The Enforcement of International Judgments », *AJIL*, 1969, pp.1-27, sp. p. 6. Selon cet auteur « organized communities enforce their authority in two ways: by direct enforcement they supervise the physical transfer of what was decreed in authoritative decision. By indirect enforcement they impose sanctions on the miscreant in order to persuade him to comply with community norms ».

[1694] J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 9-434, sp. pp. 358 et s.

l'hypothèse selon laquelle « un système juridique stable est celui qui repose sur l'acceptation des règles par leurs destinataires plutôt que sur l'imposition de ces règles »[1695]. A cet égard, il a été souligné que les décisions de l'ORD « revêtent (…) une véritable nature décisionnelle fondée non pas sur une nature juridiquement contraignante, mais plutôt sur un caractère délibéré, volontairement consenti »[1696], ou « que les Etats doivent aussi avoir le sentiment d'être liés par les recommandations de l'ORD »[1697]. Ce caractère délibéré ou consenti est la conséquence d'un travail d'un juge qui par son raisonnement s'attache à rendre la décision acceptable pour l'ensemble de ses destinataires. En conséquence, le respect des décisions du juge repose en partie sur leur caractère sanctionné mais également sur l'acceptation volontaire de la décision en raison de son caractère acceptable. Cela se vérifie pour le juge européen et le juge de l'OMC qui cherchent à obtenir l'assentiment voire l'adhésion des parties, des Membres de l'organisation, de leurs auditoires. Pour ce faire, ils instrumentalisent leurs raisonnements afin de rendre acceptables les jugements et la jurisprudence. L'analyse du raisonnement dans cette dimension d'acceptabilité permet également de comprendre pourquoi la jurisprudence est acceptée et de surmonter le « paradoxe de l'acquiescement »[1698]. Autrement dit, il permet de comprendre pourquoi les Membres de l'Union et de l'OMC, en dépit du caractère parfois novateur de la jurisprudence, ne la remettent pas en cause. L'acceptabilité ne doit toutefois pas être confondue avec la légitimité. Certains auteurs ont ainsi démontré que la légitimité de l'Organe d'appel provient de sa participation plus qu'essentielle à la mise en place du régime procédural au sein de l'OMC[1699]. L'approche suivie ici est quelque peu différente. Il ne s'agit pas de mettre en lumière la légitimité de la

---

[1695] A. MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 9-516, sp. p. 90.

[1696] D. ROCA, *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire : droits communautaire et de l'OMC comparés*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 298.

[1697] V. PACE, *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 223.

[1698] R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2ème éd., 1997, p. 103.

[1699] M. IOANNIDIS, « A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication : Developing Standards of Participation in WTO Law », *GLJ*, 2011, pp. 1175-1202 ; A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, « On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking », *GLJ*, 2011, pp. 1341-1370, sp. pp. 1361 et s. ; V. TOMKIEWICZ, *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004 ; sur cette approche quelque soit le juge V. B. MERCADAL, « La légitimité du juge », *RIDC*, 2002, pp. 277-291, sp. pp. 283 et s. ; J. L. GIBSON, G. A. CALDEIRA, « The Legitimacy of Transnational Legal Institutions : Compliance, Support, and the European Court of Justice », *American Journal of Political Science*, 1995, pp. 459-489.

Cour ou du juge de l'Organisation mondiale du commerce, mais de montrer que le raisonnement du juge est un élément d'acceptabilité des jugements et de la jurisprudence[1700]. Il apparaît à cet égard que l'acceptabilité comprend deux dimensions : une dimension formelle et une dimension matérielle[1701]. D'un point de vue formel, le raisonnement, en ce qu'il appartient au jugement motivé et y apparaît, est un élément d'acceptabilité des décisions des juges de l'Union et de l'OMC. D'un point de vue matériel, le raisonnement constitue également un élément d'acceptabilité de la jurisprudence. Ainsi, la dimension formelle du raisonnement à travers la motivation sera analysée (Chapitre I). L'instrumentalisation matérielle du raisonnement par les choix de l'ouverture et de la cohérence du raisonnement sera ensuite démontrée (Chapitre II).

[1700] Sur la distinction entre le jugement et la jurisprudence par rapport à la logique argumentative V. P. MOOR, « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », préc.

[1701] C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », préc., p. 486. M. Ehlermann souligne par rapport à l'Organe d'appel que : « on one hand, the reasoning should be as thorough and convincing as possible. On the other hand, care must be taken not to use arguments that could lead to incorrect results in future cases. Legal security and predictability would not be served by an apparently richer motivation offered today if that motivation or reasoning has to be changed or corrected in a future case ».

Chapitre I La dimension formelle

600. En droit, la motivation peut être définie comme « l'exposé, dans le jugement, des motifs de fait et de droit qui justifient le dispositif et non l'ensemble des raisons, des mobiles qui, dans l'esprit des juges, dans le cours de la discussion du délibéré, les poussent à prendre le jugement »[1702]. Cette approche permet de circonscrire la notion de motivation. La motivation ne peut être confondue avec les mobiles psychologiques des juges qui sont inaccessibles. En ce sens, elle ne s'exprime qu'à travers le jugement motivé. Mais la motivation ne peut être réduite au seul dispositif[1703], comme le souligne Perelman « c'est dans le jugement motivé que nous pouvons retrouver l'ensemble des éléments qui permettent de dégager les caractéristiques du raisonnement juridique »[1704]. Cette première approche ne permet cependant pas de saisir la motivation dans toute sa complexité[1705]. En effet, il ressort d'une étude préliminaire de la motivation qu'elle est plurielle : c'est une opération de fondation du jugement, de justification du pouvoir et de persuasion de l'auditoire. Le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce ont développé chacun à leur manière leur propre style de motivation. Ces styles sont cependant comparables en de nombreux points. Ils sont en premier lieu la conséquence, dans l'Union et dans l'OMC, de

---

[1702] D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI et J.M SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, pp. 157-165, sp. p.157. Selon M. Cornu, la motivation est « l'ensemble des motifs d'un jugement », cet auteur définit le motif comme « la raison de fait ou de droit qui commande la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif ; dans leur ensemble, raisons (nécessaires ou surabaondantes, exactes ou erronées, suffisantes ou non), que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer comme il l'a fait », V. G. CORNU, « Motif », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 590 et G. CORNU, « Motivation », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 590. Ces précisions sont nécessaires afin de distinguer la motivation en droit de ce concept en dehors de la sphère juridique car comme l'a montré M. PERELMAN la notion de motivation « peut être comprise tantôt comme l'indication des raisons qui motivent le jugement, comme c'est le cas dans la terminologie française, et tantôt comme l'indication des mobiles psychologiques d'une décision », C. PERELMAN, « Les motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 415-426, p. 415.

[1703] E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », préc., p. 277. Ce point est mis en évidence par Mme Jouannet pour laquelle « il est évident que la motivation est de loin beaucoup plus intéressante que le dispositif et qu'elle est même essentielle en tant qu'objet d'étude ».

[1704] C. PERELMAN « Le raisonnement juridique. Une logique de l'argumentation », in *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 563-668, sp. p. 576.

[1705] E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », préc., p. 272.

l'obligation de motivation renforcée à laquelle sont soumis les deux juges (Section I). En second lieu, ils découlent des conditions de la construction de la motivation du juge de l'Union et du juge de l'OMC (Section II).

Section I Des styles de motivation : fonction de l'obligation de motivation

601. La motivation a une double fonction[1706]. Sa fonction première est une fonction de fondation du jugement et de justification du pouvoir du juge, en ce sens, elle est inhérente à la fonction de juger. Néanmoins, comme l'a montré Perelman « le droit est simultanément acte d'autorité et œuvre de raison et de persuasion. Le droit autoritaire, celui qui s'impose par le respect et la majesté, n'a guère à motiver. Celui qui se veut démocratique, oeuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée »[1707]. La motivation comprend alors une seconde fonction qui relève davantage de la persuasion et de la pédagogie. Ces deux fonctions de la motivation se retrouvent tant dans l'Union que dans l'OMC. La motivation s'impose de façon classique au juge de l'OMC et au juge européen en tant qu'obligation juridique (§1er). Au-delà de cette obligation, la motivation constitue pour ces juges une nécessité pratique qui répond à l'exigence d'acceptabilité de la jurisprudence (§2nd).

Paragraphe I La motivation : une obligation juridique

602. La motivation est avant tout une obligation qui découle de la dialectique entre le pouvoir et l'encadrement de ce pouvoir, en ce sens, la motivation peut être perçue comme inhérente à la fonction juridictionnelle (A). Pour le juge de l'Union et le juge de l'OMC, cette

[1706] F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Dalloz*, 2007, pp. 1553-1560 Cette double dimension de la motivation est mise en évidence par M. ZENATI-CASTAING. Pour cet auteur, motiver un jugement « c'est en exprimer les raisons. On a tendance à identifier raison et règle, ce qui conduit à ajouter aussitôt que le juge est tenu de dire en vertu de quelle règle, loi ou règlement il s'est prononcé. Mais il n'y a pas que cela dans les motifs, le jugement motivé comporte fondamentalement un essai de persuasion, car les jugements sont, comme les conclusions et les plaidoiries des parties, des actes rhétoriques et argumentatifs. Il y a donc une ambivalence dans la notion de motivation. D'un côté elle est un procédé discursif, de l'autre elle est un moyen de contrôle, un 'mouchard'. Ces deux conceptions de la motivation correspondent à deux conceptions de la justice. L'une confie au juge le soin de découvrir le juste à partir du discours des parties, l'autre consiste à faire application de la loi ».

obligation ressort des disposions du droit de l'Union et du droit de l'OMC au titre desquelles ils doivent exposer les motifs de leurs décisions (B).

A La motivation : une obligation inhérente à la fonction de juger

603. La motivation du juge se présente tout d'abord comme un élément de fondation du jugement car elle oblige le juge à exposer les motifs de sa décision (1). La fonction de juger matérialise également le pouvoir du juge. La motivation est alors un élément de contrôle de l'organe juridictionnel et une garantie contre l'arbitraire (2).

1 La motivation : un élément de fondation du jugement

604. Une première approche de la motivation permet de faire ressortir la dialectique entre cette obligation et la notion de pouvoir. Aujourd'hui, le pouvoir induit la motivation. Cela n'a pas toujours été le cas comme en atteste l'absence de motivation du pouvoir royal[1708]. L'obligation de motivation n'est donc pas spécifique à la fonction juridictionnelle mais elle s'applique nécessairement à cette fonction[1709]. En effet, la décision du juge, revêtue de l'autorité de la chose jugée, est la manifestation du pouvoir du juge à l'égard des parties[1710]. En vertu de l'obligation de motivation, le juge doit alors fonder sa décision et exposer les raisons qui l'ont mené à la prendre. Cette obligation est d'autant plus prégnante pour le juge que l'acte de juger consiste, la plupart du temps, à faire un choix. En effet, le juge fait un choix entre plusieurs interprétations de la règle juridique, il procède à un choix lors de l'analyse des faits et des éléments de preuve, enfin, il opère un choix entre les prétentions des parties. Dans la plupart des litiges soumis au juge « le choix d'une solution, qui paraît la meilleure (…) revient à renoncer à une solution différente qui, elle aussi, pouvait se prévaloir de raisons solides »[1711]. La motivation impose alors au juge de justifier ces choix et donc son jugement.

[1707] C. PERELMAN, « Les motivation des décisions de justice, essai de synthèse », préc., p. 425.
[1708] T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53, sp. p. 45 et s.
[1709] D'un point de vue historique cette assertion doit être nuancée, V. S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *Revue Historique de Droit Français et étranger*, 2004, pp. 171-188.
[1710] E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », préc., p. 259.
[1711] J.-P. ANCEL, « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, Paris, pp. 21-30, sp. p.

605. La motivation, en ce qu'elle oblige le juge à donner à voir les raisons qui ont fondé son choix, induit alors qu'il fonde son jugement sur de telles raisons. Comme le montre M. Sauvel, obliger le juge à exposer les raisons au fondement de sa décision « c'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir »[1712]. Par le jugement motivé, le juge démontre aux parties que son choix n'est pas arbitraire. Cet aspect de la motivation est d'autant plus crucial que de nombreux observateurs ont mis en évidence que l'acte de juger n'est pas déductif mais que le juge entrevoit souvent la solution à apporter au litige de façon inductive[1713]. La motivation l'oblige alors à confronter cette intuition, fondée sur l'expérience, sur la connaissance des textes et les prétentions des parties, aux règles et à la raison juridiques. Si cette obligation permet avant tout aux parties de saisir les raisons du jugement, la motivation est également un moyen pour le juge de vérifier lui-même que son jugement est fondé, et que sa décision est justifiée[1714].

606. La motivation est enfin l'expression de la refondation de la décision du juge. Les raisons exprimées dans le jugement ne sont pas nécessairement celles sur lesquelles le juge a forgé sa conviction. Le raisonnement est alors reconstruit dans la motivation. Comme l'écrit Mme Jouannet, « il demeure un décalage irréductible et à jamais infranchissable entre deux types de savoir : la façon dont le juge raisonne qui n'est pas forcément décrite comme telle dans sa motivation et la façon dont il motive qui n'est pas forcément la façon qui lui a permis de trouver la solution et de prononcer sa décision »[1715]. Ainsi, le raisonnement tel qu'il est exprimé dans le jugement motivé n'est certainement pas le raisonnement originel du juge. En revanche, il est le raisonnement fondé en droit et au regard des faits. L'expression de ce raisonnement est fondamentale, elle constitue, en effet, un rempart contre l'arbitraire du juge et un moyen de le contrôler.

29.

[1712] T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », préc., pp. 5-6.

[1713] Cela ne signifie pas nécessairement que le juge choisisse de régler le litige conformément à cette première « intuition ». Comme le souligne M. Dumon, « en présence de l'œuvre complexe et difficile, variée, qui s'offre à lui, [le juge] entrevoit certes souvent la possibilité de solutions différentes, tel ou tel principe, telle ou telle règle ou tel ou tel raisonnement, pouvant être pris en considération, mais c'est le devoir du juge d'approfondir, de peser, de réfléchir, en faisant abstraction de tout ce qui peut être sa préférence ou ses préférences, afin d'arriver à la conclusion qui s'impose à son esprit », F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-52.

[1714] C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 176.

[1715] E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », préc., p. 252.

2 La motivation : un élément de contrôle du jugement

607. La problématique de la motivation des jugements s'insère dans une réflexion plus large sur l'arbitraire du juge, la procédure et les garanties du procès équitable. A l'origine, la Révolution a instauré l'obligation de motivation afin de soumettre les juges à la loi et de contrôler qu'ils la respectaient[1716]. Cette obligation a toutefois évolué. Si cette première fonction de contrôle n'a pas disparu, la motivation s'analyse également comme une garantie de la procédure et du justiciable. Elle tend à « réduire, et même parfois à supprimer, les risques d'arbitraire »[1717] et permet un double contrôle du juge. En effet, elle est « l'amorce du droit de contester »[1718] puisqu'elle s'adresse au justiciable et constitue un moyen pour lui de contester le jugement en appel ou en cassation. Cependant, ce contrôle ne peut être exercé si le jugement n'est pas motivé car c'est à travers la motivation que le juge d'appel ou de Cassation vérifie que le jugement est fondé. La motivation devient alors une garantie de la procédure et du procès équitable. Le justiciable peut contester le jugement en tant que tel, comme il apparaît dans la motivation, mais il peut également contester l'absence de motivation. Par exemple, figure parmi les moyens admissibles au soutien d'un pourvoi devant la Cour le défaut de motivation de la décision du Tribunal[1719]. Perçue comme une garantie des justiciables, l'obligation de motivation est rattachée aux droits de la défense pour le Conseil Constitutionnel[1720]. Pour le Conseil d'Etat, elle est un « principe général de procédure »[1721]. Enfin, alors que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne contient aucune référence explicite à la motivation, la Cour européenne des droits de l'Homme considère qu'en vertu de l'article 6§ 1er, les tribunaux doivent motiver leurs décisions[1722]. Selon le juge des droits de l'Homme, « la motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense. La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire »[1723]. Si la Cour reconnaît que l'étendue de l'obligation varie selon

---

[1716] F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », préc.
[1717] C. ALBIGES, « Rapport introductif », *Revue Lamy Droit civil*, 2012, pp. 63-64, sp. p. 64.
[1718] M. GRIMALDI, « Introduction », *in La Motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome III, « La motivation », Paris, LGDJ, 2000, pp. 1-3, sp. p. 2.
[1719] CJCE, 8 mai 2003, T Port c/ Commission, aff. C-122/01 P, Rec. p. I-4261, pts 19-22.
[1720] CC, 18 janvier 1995, Décision n° 84-182 DC.
[1721] CE, 5 décembre 1924, Légillon, Rec. Lebon p. 985.
[1722] CEDH, 19 février 1998, Higgins et autres c/ France, Req. 20124/92, § 42.
[1723] CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet c/ Belgique, Req. 926/05, § 43.

les décisions et les circonstances[1724], il est nécessaire que les décisions indiquent « de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent »[1725].

608. L'obligation de motivation en vertu de laquelle le juge doit exposer les motifs de sa décision est un moyen de le contraindre à fonder sa décision sur des motifs juridiques, la publicité des motifs permet au justiciable de comprendre le sens et le fondement de la décision du juge. Elle lui offre également l'opportunité de la contester. Cette première acception de la motivation n'est naturellement pas absente des systèmes juridiques européen et multilatéral.

B Une obligation mise en œuvre dans l'Union européenne et dans l'OMC

609. Le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce doivent exposer les motifs qui président à leurs décisions. Si les fondements de cette obligation doivent être analysés (1), il faut également mettre en évidence la perception de cette obligation par le juge (2).

1 Les fondements de l'obligation de motivation dans l'Union et dans l'OMC

610. Dans l'Union européenne, l'obligation de motivation ne s'impose pas seulement au juge. Elle constitue une obligation plus générale, énoncée à l'article 296 TFUE, en vertu de laquelle « les actes juridiques sont motivés et visent les propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités »[1726]. Le système juridique européen énonce néanmoins des règles spécifiques en matière de motivation des décisions du juge. En vertu de l'article 66 du Statut de la Cour, « les arrêts sont motivés ». Pour Pescatore, le juge doit selon cette disposition « révéler explicitement ses raisons »[1727]. Deux autres règles, figurant dans le règlement de procédure de la Cour, méritent d'être mentionnées.

[1724] CEDH, 9 décembre 1994, Ruiz Torija et Hiro Balani c/ Espagne, req. 18390/91, § 29. De plus, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que les juges ne sont pas tenus de répondre à tous les arguments soulevés par les parties, V. CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c/ Pays-Bas, req. 16034/90, § 61.

[1725] CEDH, décision sur la recevabilité, 15 novembre 2001, Papon c/ France, req. 54210/00, § 6 f).

[1726] Sur l'obligation de motivation des actes en droit de l'Union européenne V. C. HEN, « La motivation des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1977, pp. 49-89 ; F. SCHOCKWEILER, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », CDE, 1989, pp. 3-40 ; S. BENILSI, « La motivation des directives de l'Union Européenne », *Revue Lamy Droit civil*, 2012, pp. 68-70.

[1727] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 12.

L'article 32 §3 du règlement de procédure énonce que les juges doivent motiver leurs décisions lorsqu'ils participent au délibéré[1728]. Cette disposition montre que la motivation n'est pas nécessairement conçue dans l'Union comme une pure obligation de forme. La motivation préexiste à la décision du juge puisqu'elle imprègne déjà le délibéré. Un Membre de la formation de jugement ne peut exposer son opinion sur l'affaire sans faire part des fondements de celle-ci. Enfin, le règlement de procédure en son chapitre 9 énonce les différents éléments qui doivent figurer dans les arrêts et les ordonnances du juge européen. Au nombre de ces éléments figurent naturellement les motifs[1729]. Dans l'Union européenne, l'obligation de motivation des actes juridiques irrigue l'intégralité du système juridique. A ce titre, le juge européen n'échappe pas à cette obligation qui lui est spécifiquement adressée dans le Statut de la Cour et le règlement de procédure.

611. Le mémorandum d'accord sur le règlement des différends est relativement disert quant à la motivation des décisions des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. En effet, le terme de motivation n'est pas expressément employé dans le mémorandum. En revanche, selon l'article 12.7 de cet accord, les rapports des Groupes spéciaux doivent comprendre « leurs constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations »[1730]. Cette disposition qui impose aux Groupes spéciaux de dévoiles les « justifications fondamentales » de leurs recommandations doit être entendue commele fondement de motivation dans l'OMC.

612. Si l'obligation faite au juge européen et à son homologue de de l'OMC de motiver leurs décisions est incontestable, elle est en revanche peu précise quant aux modalités de sa mise en œuvre. Il incombe donc au juge de l'Union et au juge de l'OMC d'interpréter le sens

---

[1728] V. l'article 32 §3 du règlement de procédure de la Cour « chacun des juges participant aux délibérations exprime son opinion en la motivant ».

[1729] V. les articles 87 et 89 du règlement de procédure de la Cour.

[1730] Article 12.7 du MARD. Ce texte dispose que « dans les cas où les parties au différend ne seront pas arrivées à élaborer une solution mutuellement satisfaisante, le Groupe spécial présentera ses constatations sous la forme d'un rapport écrit à l'ORD. Dans ces cas, les Groupes spéciaux exposeront dans leur rapport leurs constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations. Dans les cas où un règlement sera intervenu entre les parties au différend, le Groupe spécial se bornera dans son rapport à exposer succinctement l'affaire et à faire savoir qu'une solution a été trouvée ».

et la portée de cette obligation. Cela leur confère une certaine liberté quant au style de motivation qu'ils adoptent[1731].

2 L'interprétation de l'obligation par le juge européen et le juge multilatéral

613. L'importance que la Cour attribue à la motivation des actes juridiques et des décisions de justice ressort de sa jurisprudence en matière de pourvoi et lorsqu'elle statue dans le cadre du recours en annulation contre des actes européens (a). Le juge de l'OMC a également précisé le sens et la portée de l'article 12.7 du MARD (b).

a L'interprétation de l'obligation de motivation par la Cour

614. La façon dont la Cour envisage la motivation ainsi que la portée et l'étendue de cette obligation transparaît à travers sa jurisprudence.

615. En premier lieu, le contrôle par la Cour du respect de l'obligation énoncée à l'article 296 TFUE dans le cadre du recours en annulation renseigne sur la façon dont elle conçoit la motivation des actes juridiques de l'Union. L'absence ou le défaut de motivation peut naturellement conduire à l'annulation de l'acte litigieux pour violation des formes substantielles. Il s'agit d'un moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office[1732]. Pour que l'acte soit jugé comme suffisamment motivé, la Cour exige que la motivation fasse « apparaître d'une façon claire et non équivoque les raisons sur lesquelles l'acte est fondé »[1733]. Elle justifie cette obligation au regard de la fonction de la motivation des actes. Pour la Cour, la motivation « vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits, [et] à la Cour d'exercer son contrôle »[1734]. Par ailleurs, la motivation d'un acte dépend des circonstances, il n'existe donc pas de motivation type[1735]. En revanche, la motivation doit « faire ressortir de façon même succincte mais claire et pertinente », « les principaux points de

---

[1731] V. §2nd , Section II.
[1732] CJCE, 20 février 1997, Commission c/ Daffix, aff. C-166/95 P, Rec. p. I-983, pt. 24; CJCE, 2 avril 1998, Commission c/ Sytraval et Brink's France, aff. C-367/95 P, Rec. p. I-1719, pt. 67; CJCE, 30 mars 2000, VBA c/ Florimex, aff. C-265/97 P, Rec. p. I-2061, pt. 114.
[1733] CJCE, 9 juillet 1969, aff. 1/69, Italie c/Commission, Rec., p. 277, pt. 9.
[1734] CJCE, 17 mars 1983, Control Data c/ Commission, aff. 294/81, Rec. p. 911, pt. 14.
[1735] CJCE, 8 février 1968, Mandelli, aff. 3/67, Rec. p. 35.

droit et de fait »[1736] sur lesquels l'acte est fondé. Il ressort de ces jurisprudences que la Cour attache beaucoup d'importance au fait que les institutions fassent clairement apparaître les « raisons » des actes, c'est-à-dire les éléments de droit et de fait sur lesquels elles s'appuient.

616. En second lieu, la façon dont la Cour perçoit la motivation ressort de la jurisprudence en matière de pourvoi. Au-delà de l'obligation de motivation inscrite dans le Statut de la Cour, elle a reconnu l'existence d'un « d'un principe général qui impose à toute juridiction l'obligation de motiver ses décisions »[1737]. Cette exigence, qui pèse ainsi sur le Tribunal, repose sur deux fondements. La motivation doit d'une part permettre aux parties de comprendre les raisons pour lesquelles il a, ou non, fait droit à leurs demandes. D'autre part, la motivation doit être suffisante pour que la Cour puisse exercer son contrôle en cas de pourvoi[1738]. Dans ce cadre, la Cour accepte que la motivation du Tribunal soit implicite à condition que ces exigences soient respectées[1739]. Enfin, si le juge n'est pas tenu de répondre à tous les arguments qui auraient été soulevés par les parties, il doit néanmoins statuer sur l'ensemble des violations avancées[1740]. La Cour sanctionne le Tribunal dès lors que la motivation est contradictoire ou insuffisante[1741]. Toutefois, elle ne sanctionne pas l'abondance de motifs. En effet, dans le cadre des pourvois, elle juge que les moyens dirigés contre des motifs surabondants ne peuvent entraîner l'annulation d'un arrêt du Tribunal[1742]. Pour la Cour, il y a lieu de distinguer les motifs qui justifient la décision du Tribunal de ceux qui sont « sans influence sur le dispositif de l'arrêt attaque »[1743]. En conséquence, le Tribunal peut aller au-delà des « motifs centraux » et délivrer ce que l'Avocat général Kokott a qualifié de

---

[1736] CJCE, 4 juillet 1963, Allemagne c/ Commisison, aff. 24/62, Rec. p. 131, sp. p. 143.
[1737] CJCE, 1er octobre 1991, Vidrányi c/ Commision, aff. C-283/90 P, Rec. p. I-4339, pt. 29.
[1738] CJCE, 18 mai 2006, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/Commission, aff. C-397/03 P, Rec. p. I-4429, pt. 60 ; CJCE, 4 octobre 2007, Naipes Heraclio Fournier c/ OHMI, aff. C-311/05 P, rec. p. I-130, pts 51-53.
[1739] CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c/ Commission, aff. C-105/04 P, Rec. p. I-8725, pt. 72 ; CJCE, 9 octobre 2008, Chetcuti c/ Commission, C-16/07 P, Rec. p. I-7469, pt. 87.
[1740] CJCE, 25 octobre 2007, Komninou c/ Commission, aff. C-167/06 P, Rec. p. I-141, pt. 22.
[1741] CJCE, 16 mars 2000, Cie maritime belge transports c/ Commission, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, : Rec. I, p. 1365.
[1742] CJCE, 18 mars 1993, Parlement c/ Frederiksen, aff. C-35/92 P, Rec. p. I-991, pt. 31 ; CJCE, 8 mai 2003, T. Port c/ Commission, aff. C-122/01 P, Rec. p. I-4261, pt. 17 ; CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri c/ Commission, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, pt. 148.
[1743] CJCE, 18 mars 1993, Parlement c/ Frederiksen, aff. C-35/92 P, Rec. p. I-991, pt. 31.

« considérations supplémentaires »[1744]. S'il est logique que des considérations du Tribunal qui n'ont « tranché ni effectivement ni nécessairement un point de droit »[1745] et ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée ne puissent être annulées, il est également symptomatique que le Tribunal motive abondamment ses décisions[1746] et qu'il ait recours à des considérations qui vont au-delà de ce qui était nécessaire pour trancher le litige.

617. Ces éléments montrent que la Cour attache une grande importance à l'obligation de motivation. Une motivation est jugée suffisante si les fondements juridiques et factuels apparaissent dans l'acte. La Cour n'impose donc pas qu'il soit fait recours à un genre de motivation spécifique ni que la motivation soit particulièrement longue. En revanche, afin que la motivation puisse pleinement remplir sa fonction, l'auteur de l'acte ou le Tribunal doivent par la motivation donner à voir ou à comprendre les raisons, au sens des fondements juridiques notamment, de l'acte ou de l'arrêt. Dans l'OMC, les exigences en matière de motivation ont également été précisées de manière prétorienne.

b L'interprétation de l'obligation de motivation par le juge de l'OMC

618. L'interprétation de l'obligation de motivation par l'Organe d'appel ne peut se départir du lien entre la motivation et la fonction juridictionnelle[1747]. La spécificité, voire l'ambiguïté, du mémorandum d'accord se retrouve quant à l'obligation de motivation. Mais l'interprétation de cette obligation par l'Organe d'appel et la façon dont lui-même motive ses décisions montrent que l'approche conciliatoire a été dépassée au profit d'une approche juridictionnelle.

[1744] V. le point 71 des Conclusions de l'Avocat général Kokott sous l'affaire CJCE, 10 juillet 2008, Bertelsmann AG et Sony Corporation of America, aff. C-413/06 P, Rec. p. I-4951.

[1745] CJCE, 29 mars 2011, aff. C-352/09 P, ThyssenKrupp c/ Commission, Rec. p. I-2359, pt. 132.

[1746] La motivation abondante du Tribunal peut résulter de deux facteurs. D'une part, l'éventualité du pourvoi. D'autre part, la nature des contentieux qu'il doit trancher. Comme le souligne M. Ritleng, la concurrence ou le dumping impliquent de la part du juge des appréciations, notamment factuelles, complexes qui ont pour effet d'alourdir la motivation, V. D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 160 ; P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI et J.M SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, pp. 135-155, sp. p. 146.

[1747] H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI et J.M SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, pp. 103-132, sp. p. 104.

619. L'article 12.7 du MARD ne donne que très peu d'indications quant à la motivation des rapports des Groupes spéciaux. Le sens de cette disposition, ainsi que la portée de l'obligation de motivation, ont été précisés par l'Organe d'appel dans l'affaire Mexique Sirop de maïs[1748]. Dans la mesure où le MARD n'emploie pas le terme de « motifs » mais l'expression « justifications fondamentales », il était nécessaire que l'Organe d'appel procède à une première clarification sémantique. Après avoir consulté les dictionnaires, il a indiqué que « l'article 12.7 établit un critère minimal en ce qui concerne les motifs que les Groupes spéciaux doivent fournir à l'appui de leurs constatations et recommandations. Les Groupes spéciaux doivent fournir des explications et des raisons suffisantes pour faire connaître la justification essentielle ou fondamentale de leurs constatations et recommandations »[1749]. La lecture de cette définition montre tout d'abord que le juge conçoit l'article 12.7 comme le fondement d'une obligation qui est très clairement une obligation de motivation. Ainsi, il emploie le terme de « motifs ». De même, il cite *in extenso* les définitions des termes « justification » et « essentielle », desquelles il ressort que l'obligation d'exposer ces justifications consiste à fournir « la raison essentielle ou profonde qui justifie quelque chose ou lui sert de fondement »[1750]. Il s'avère que motiver une décision consiste précisément à fournir les motifs ou les raisons qui lui servent de fondement. Quant à la portée de l'obligation, l'Organe d'appel l'envisage *in abstracto* dans cette définition mais deux éléments méritent cependant d'être soulevés. D'une part, il considère que l'article 12.7 n'établit qu'un critère minimal, ce qui signifie que la motivation pourrait être plus étoffée que ce que requiert cette disposition. En outre, il précise l'objet de cette obligation qui vise à « faire connaître » ces justifications. L'objet de la motivation est plus largement rattaché par l'Organe d'appel « aux principes d'équité fondamentale et de régularité de la procédure »[1751], et la motivation doit permettre aux Membres de l'OMC de saisir le sens des rapports afin notamment de pouvoir faire appel. Ces précisions de l'Organe d'appel montrent que la

---

[1748] Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, §§ 106 et s.
[1749] *Ibidem*.
[1750] *Ibid*., définition du *The New Shorter Oxford English Dictionary*, sous la direction de Lesley Brown, Clarendon Press, vol. I, 1993, page 2482 telle que citée dans le rapport.
[1751] *Idem*, § 107.

motivation à l'OMC correspond, en termes de fondement et d'objet, à l'obligation de motivation dans les autres systèmes juridiques.

620. Quant à la portée de l'obligation de motivation, l'Organe d'appel n'impose aucun modèle préétabli. En effet, le caractère adéquat de la motivation ne peut être déterminé qu'au cas par cas[1752]. En revanche, les justifications fondamentales doivent clairement faire ressortir les faits, les règles juridiques sur lesquelles le Groupe spécial s'appuie, et ce qui justifie d'appliquer les secondes aux premiers. De plus, il doit y avoir une adéquation entre les justifications apportées par le Groupe spécial et les constatations et recommandations de son rapport au sens où les justifications doivent nécessairement se rapporter aux constatations et aux recommandations formulées. Enfin, le double degré de juridiction accentue l'obligation de motivation pesant sur les Groupes spéciaux ; en effet, l'insuffisance de la motivation peut être soulevée en appel[1753]. L'Organe d'appel exerce alors un contrôle de la motivation des Groupes spéciaux. Sur ce point, la pratique de l'économie jurisprudentielle pourrait être problématique. En effet, les Groupes spéciaux ne sont pas tenus d'examiner l'intégralité des allégations de la partie plaignante et peuvent mettre un terme à leur examen s'ils ont conclu que la mesure mise en cause est incompatible avec le droit multilatéral. L'Organe d'appel ne s'oppose pas à cette pratique[1754] qui s'explique tant par des raisons temporelles que politiques[1755] mais il encadre cette procédure. A ce titre, il a précisé que « si le principe d'économie jurisprudentielle *permet* à un Groupe spécial de s'abstenir d'examiner des allégations autres que celles qui sont nécessaires pour régler le différend, il n'*oblige* pas un Groupe spécial à faire ainsi preuve de modération. En même temps, si un Groupe spécial ne

---

[1752] *Id.*, § 108.

[1753] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, § 495 ; États-Unis — Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier, rapport de l'Organe d'appel du 10 novembre 2003, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, §§ 500-507.

[1754] Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, §§ 112-114. Au § 114, l'Organe d'appel précise que « pour s'acquitter de ses fonctions au titre des articles 7 et 11 du Mémorandum d'accord, un Groupe spécial n'est pas tenu d'examiner *toutes* les allégations juridiques dont il est saisi. Il peut appliquer le principe d'économie jurisprudentielle ». V. également, États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, pp. 20-21 ; Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R, § 223.

[1755] H. RUIZ-FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., pp. 129-131.

formule pas de constatations au sujet d'allégations alors que de telles constatations sont nécessaires pour régler le différend, cela constituerait alors une application inappropriée du principe d'économie jurisprudentielle et une erreur de droit »[1756]. En d'autres termes, les Groupes spéciaux doivent examiner toutes les allégations qui sont nécessaires pour régler le différend.

621. La motivation, telle qu'elle est envisagée par le droit de l'Union européenne et par le droit de l'OMC, est le reflet d'une obligation inhérente à la fonction de juger. Dans ce cadre, la fonction de la motivation ne présente pas de réelles particularités. Elle est, dans l'Union et dans l'OMC, un élément de fondation du jugement ainsi qu'une garantie des justiciables. Toutefois, la motivation est un phénomène pluriel. Dans sa première acception, elle signifie que le juge doit exposer les raisons qui fondent son jugement. Mais la motivation constitue, au-delà de cette obligation juridique, un élément d'acceptabilité de la décision du juge. En ce sens, elle relève également de ce que Perelman nomme la logique rhétorique et la pédagogie. La motivation permet alors l'acceptabilité de la décision du juge par la pédagogie et l'argumentation qui lui permettent d'emporter l'adhésion de son auditoire. Cette seconde fonction de la motivation est particulièrement prégnante dans l'Union et dans l'OMC.

Paragraphe II La motivation : une nécessité pratique

622. Comme le souligne M. Gaudemet, les « décisions ne sont pas des confessions ; elles n'ont pas pour objet de révéler les états d'âmes successifs du juge, mais bien de trancher un litige et de convaincre du bien-fondé de la solution adoptée »[1757]. La décision motivée constitue en effet un moyen dont le juge dispose pour convaincre son auditoire et rendre son jugement acceptable. A ce titre, l'obligation de motivation est renforcée. En effet, la décision ne doit pas simplement exposer les motifs mais emporter la conviction. La notion de motivation s'enrichit alors de deux dimensions, la pédagogie et l'argumentation (A). Cette seconde acception de la motivation est présente dans l'Union et dans l'OMC où les juges sont soumis à une obligation renforcée de motivation, en raison de leurs auditoires particuliers (B).

[1756] Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés, rapport de l'Organe d'appel du 30 août 2004, DS276/AB/R, § 133.
[1757] Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 51.

A Le choix des techniques du juge

623. Selon M. Sauvel, la motivation a pour effet de remplacer « l'affirmation par un raisonnement et le simple exercice de l'autorité par un exercice de persuasion »[1758]. Cet exercice de persuasion dont l'objet est de parvenir à l'acceptabilité de la décision par l'auditoire implique de solliciter deux figures du juge : le juge pédagogue[1759] (1) et le juge rhétorique (2). Si ces deux figures semblent parfois difficiles à distinguer, il semble pourtant qu'elles ont une influence différente sur la motivation : dans la première le juge explique[1760] et justifie, dans la seconde il argumente.

1 Le juge pédagogue

624. Dans un premier temps, la motivation oblige le juge à fonder sa décision en droit au regard des faits et des prétentions qui lui sont adressées. La motivation dépasse néanmoins ce stade de fondement du jugement, elle constitue également un vecteur d'explication voire de justification de la décision de justice[1761]. En effet, en exposant par le jugement motivé les fondements de sa décision, le juge s'expose à la critique de son jugement, la motivation devient alors le moyen de s'assurer l'assentiment des destinataires du jugement.

625. Au sens strict, la notion de pédagogie renvoie à un univers étranger au jugement, elle relève en effet du monde de l'éducation ou de l'instruction[1762]. Et pourtant, la pédagogie s'invite dans la motivation du juge car elle présente cette singularité de s'opposer à l'autorité tout en étant source d'autorité[1763]. Comme le souligne M. Picod « la pédagogie judiciaire doit conduire à convaincre, à persuader que la solution dégagée dans le cadre du règlement d'un

---

[1758] T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », préc., pp. 5-6.

[1759] Sur la notion de juge pédagogue V. F. BLANCO, « Le Conseil d'Etat, juge pédagogue. A propos des arrêts Société à objet sportif 'Toulouse Football Club' (CE, Section, 25 juin 2001), Vassilikiotis (CE, Assemblée, 29 juin 2001) et Titran (CE, 27 juillet 2001) », *RRJ*, 2003, pp. 1513-1562.

[1760] Sur la relation entre la motivation et l'explication V. E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », préc., p. 279.

[1761] V. C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006.

[1762] V. G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 281-293, sp. p. 281.

[1763] Sur ce point V. L. COUTRON, « Rapport introductif », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 1-25, sp. pp. 4-13

litige et, à l'appui de la solution, l'ensemble du raisonnement sur lequel repose la décision, s'imposent »[1764]. Alors que le juge autoritaire impose sa décision, le juge pédagogue cherche à la faire accepter. La pédagogie est donc intimement liée à la persuasion. Le juge qui fait usage de pédagogie prend en premier lieu soin d'expliquer sa décision, il cherche à en faire comprendre le sens et les raisons. Il cherche ensuite à faire accepter sa décision aux parties et plus largement à son auditoire. En ce sens, la pédagogie suppose que le juge explique et justifie sa décision. Enfin, le recours à la pédagogie est un moyen pour le juge de persuader les parties et l'auditoire que la décision s'impose au-delà de l'autorité de la chose jugée dont le jugement est normalement revêtu. La pédagogie apparaît alors comme un moyen d'apaiser le conflit entre les parties et d'assurer la bonne exécution du jugement[1765]. A ce titre, la demande de pédagogie émane implicitement des parties. Comme le remarque M. Sauvel « nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions non pas être seulement jugés, mais si possible persuadés, ce qui est bien autre chose »[1766]. Mais les parties ne constituent pas le seul auditoire du juge qui s'adresse également à la communauté juridique, à d'autres juges ou à la société. En conséquence, la pédagogie est également un moyen d'imposer non pas le jugement mais la jurisprudence, c'est-à-dire le corps de règles qui prend forme à mesure de l'interprétation et de l'application du droit positif par le juge[1767]. Par l'acceptation progressive des jugements et le phénomène de sédimentation qui en découle se crée la jurisprudence. Or ce mouvement ne peut être envisagé si les sédiments, les différents jugements, sont remis en cause.

626. La figure du juge pédagogue renouvelle l'approche de la motivation. Elle ne constitue plus uniquement l'instrument de la fondation du jugement, elle est également un moyen

---

[1764] F. PICOD, « Pédagogie et persuasion », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 49-65, sp. p. 50.

[1765] Comme s'interroge M. Martens, « le jugement n'apparaît-il pas comme une forme de violence d'autant plus inadmissible qu'elle émane d'une institution à laquelle on demande d'assurer la pacification avec des moyens qui ont gardé la marque de la belligérance ? », P. MARTENS, « Réflexions sur le maniérisme judiciaire », *RTDH*, 2002, pp. 335-344, sp. p. 343. La motivation serait un des moyens d'apaiser et d'atténuer la « violence » du jugement. Sur la vertu apaisante de la motivation V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean FOYER, Auteur et législateur*, Paris, PUF, 1997, pp.463-476, sp. pp. 468-469.

[1766] T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », préc.

[1767] Le lien entre le raisonnement du juge et le phénomène de « jurisprudence » est analysé dans le Chapitre II, Titre II, Partie II.

d'expliquer et de justifier le jugement. Le juge pédagogue explique et justifie en vue de persuader, cette figure se rapproche de celle du juge rhétorique qui cherche également à convaincre mais par le recours à l'argumentation.

2 Le juge rhétorique

627. La figure du juge rhétorique ainsi que le caractère argumentatif du jugement ont été mis en évidence par Perelman. Pour cet auteur, l'argumentation « a pour objet l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment »[1768]. La rhétorique suppose la réunion de trois éléments : un orateur, qui va argumenter, un discours, l'argumentation, et enfin un auditoire, auquel l'argumentation est destinée. L'objectif de l'orateur est de susciter, par l'argumentation, l'adhésion de l'auditoire. Le discours est donc mené en fonction de l'auditoire auquel il s'adresse et doit être adapté à chaque auditoire. Pour Perelman, la rhétorique trouve à s'appliquer au jugement. Pour ce faire, il remet tout d'abord en cause la place de la logique formelle dans le jugement et les thèses positivistes. Il constate en effet que le droit n'est pas exempt de lacunes, d'antinomies et que le sens des règles est à déterminer par l'interprète. Cela implique, d'une part, que la règle de droit à appliquer par le juge n'est jamais « donnée » par le système juridique et qu'il ne peut donc l'appliquer mécaniquement. D'autre part, Perelman considère que le juge se situe au centre de la controverse des parties qui présentent des argumentations et proposent des interprétations des règles. Or, pour Perelman, le juge doit mettre fin à cette controverse par un jugement acceptable car il est raisonnable. Cela implique, d'une part, que le raisonnement ne s'épuise pas dans le droit positif : le juge peut faire appel à des valeurs ou à des principes généraux afin de réconcilier le droit positif avec les attentes de l'auditoire. D'autre part, le juge doit prendre en compte les arguments soulevés par les parties, les évaluer, les confronter. Enfin, pour faire accepter le jugement, il doit également avoir recours à l'argumentation et à des techniques discursives. En effet, le jugement dans ce cas n'est plus le résultat logique et incontestable de l'application mécanique du droit mais au contraire « le domaine de l'argumentation est celui du vraisemblable, du plausible, du

[1768] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1976, 3ème éd., p. 5.

probable, dans la mesure où celui-ci échappe aux certitudes du calcul »[1769]. Ces techniques rhétoriques visent à convaincre l'auditoire du caractère acceptable de la décision de justice. L'auditoire, poM. Perelman, n'est pas monolithique, le juge s'adresse en effet aux parties, à la communauté juridique, à la société et *in fine* à l'auditoire universel soit « l'ensemble de ceux qui sont considérés comme des hommes raisonnables et compétents en la matière »[1770]. En conséquence, le juge doit adapter son argumentation à l'auditoire qu'il cherche à convaincre. Les travaux de Perelman montrent que le jugement est empreint d'argumentation, la fonction de la motivation évolue en conséquence. En effet, le recours à la rhétorique se fait à travers la motivation afin de convaincre l'auditoire.

628. Les figures du juge pédagogue et du juge rhétorique renouvellent et enrichissent la motivation et sa fonction. Le juge ne motive plus uniquement son jugement pour le fonder, il le motive également, et surtout, pour persuader et convaincre l'auditoire du caractère acceptable de la décision. Cette dimension de la motivation est particulièrement importante pour le juge de l'Union et pour le juge de l'OMC.

B L'importance des destinataires

629. Le raisonnement du juge tel qu'il se matérialise dans le jugement motivé est un vecteur d'acceptabilité de la décision et de la jurisprudence. La pédagogie et l'argumentation visent toutes deux à convaincre les destinataires de la décision et l'auditoire du juge du bien-fondé et de l'acceptabilité du jugement. Cette seconde dimension se retrouve dans l'Union européenne et dans l'OMC. En effet, la Cour et le juge de l'Organisation mondiale du commerce font face à la nécessité de convaincre leurs auditoires. Les juges ont nécessairement des auditoires différents[1771] mais il semble que la Cour et le juge de l'OMC partagent un auditoire comparable dont la nature rend plus prégnante cette obligation (1). Pour la Cour, cette obligation de motivation découle également de son auditoire privilégié que sont les juridictions nationales (2).

[1769] *Idem*, p. 1.
[1770] C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, 193 p., sp. p. 122.
[1771] V. par exemple pour les auditoires d'un juge suprême au sein d'un ordre juridique interne L. WELAMSON, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », *RIDC*, 1979, pp. 509-519.

1 Les destinataires communs du juge européen et du juge de l'OMC

630. Un premier élément permet de comparer la situation du juge de l'Organisation mondiale du commerce et du juge de l'Union européenne, ils ne bénéficient pas nécessairement de la légitimité historique dont jouissent les juridictions nationales[1772]. Ces dernières, ancrées dans le système juridique et dans une tradition ancienne, bénéficient de l'autorité morale que seul le temps apporte mais également d'une autorité acquise au gré des affaires qui leur ont été soumises. Au contraire, le juge européen et le juge de l'OMC ont dû, à un moment donné, s'affirmer en tant que juges. Rivero souligne ainsi que la Cour « institution neuve, ayant à s'imposer à des plaideurs puissants, (..) a choisi la mesure ; emporter leur conviction dans chaque cas d'espèce lui a paru plus sage que 'dire le droit' par voie autoritaire »[1773]. Le même constat peut être dressé au sujet du juge multilatéral. Certes, il pouvait apparaître comme l'héritier du système de règlement des différends du GATT mais certains héritages sont encombrants et l'inefficacité de ce système en fait partie. De plus, le nouveau mécanisme de règlement des différends a été instauré comme un organe hybride qui devait d'autant plus s'affirmer en tant que juge, tout en prenant garde à ne pas dépasser les limites de ses attributions. Alors qu'ils doivent construire leur autorité, le juge européen et le juge del'OMC exercent leur fonction au sein de systèmes qui sollicitent le juge. En effet, les droits de l'Union et de l'OMC sont lacunaires et frappés d'indétermination, la résolution des contentieux par le juge suppose, plus que dans d'autres ordres juridiques, qu'il interprète voire qu'il découvre des règles. Dans ce cadre, l'obligation renforcée de motivation est le fruit du double rôle des Etats dans l'Union et l'OMC, ils sont parties au contentieux (a) mais la communauté des Membres est également un interlocuteur du juge (b).

a Les Membres de l'organisation, parties au contentieux

631. Le juge européen et le juge de l'OMC doivent en premier lieu convaincre les parties au litige.

632. A l'OMC, la notion de « parties » se confond avec celle de Membre puisque le système n'est pas ouvert aux particuliers. Sur ce point, deux éléments font peser sur les

[1772] En ce qui concerne la Cour, elle n'en bénéficiait pas au début de la construction européenne.
[1773] J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté

Groupes spéciaux une obligation de porter une attention toute particulière à la motivation des rapports. Le MARD en son article 15 prévoit une phase de réexamen intérimaire lors de la procédure[1774]. En vertu de cette disposition, le rapport du Groupe spécial fait l'objet d'un va-et-vient avec les parties. Le Groupe spécial communique aux parties un rapport intérimaire qui contient ses constatations et ses conclusions. Sur ce fondement, les parties peuvent lui demander de procéder au réexamen de certains éléments du rapport. Cette phase de réexamen a été conçue afin de « permettre aux Groupes spéciaux de tenter une véritable conciliation entre les parties et donc de faciliter une solution acceptable par tous »[1775]. Elle a néanmoins un effet indéniable sur la motivation dans la mesure où le rapport final du Groupe spécial doit préciser les demandes de réexamen qui ont été émises et les réponses apportées par le Groupe spécial. Le réexamen intérimaire constitue une contrainte importante sur la motivation puisque le Groupe spécial est « amené à modifier, renforcer, compléter sa motivation »[1776]. La seconde particularité procédurale au regard de laquelle les Groupes spéciaux doivent porter une attention particulière à leur motivation réside dans la possibilité ouverte aux deux parties de faire appel[1777].

633. En dépit de ces particularités, une comparaison peut être opérée avec le juge européen notamment lorsque les Etats Membres sont mis en cause à travers le recours en manquement ou lorsqu'un renvoi préjudiciel en interprétation soulève en réalité la question de la

---

Européenne du Charbon et de l'Acier », *AFDI*, 1958. pp. 295-308, sp. p. 300.

[1774] V. l'article 15 du MARD « 1. Après l'examen des communications et arguments oraux présentés à titre de réfutation, le Groupe spécial remettra aux parties au différend les sections descriptives (éléments factuels et arguments) de son projet de rapport. Dans un délai fixé par le Groupe spécial, les parties présenteront leurs observations par écrit. 2. Après l'expiration du délai fixé pour la réception des observations des parties au différend, le Groupe spécial remettra à celles-ci un rapport intérimaire comprenant aussi bien les sections descriptives que ses constatations et conclusions. Dans un délai fixé par le Groupe spécial, une partie pourra demander par écrit que celui-ci réexamine des aspects précis de son rapport intérimaire avant de distribuer le rapport final aux Membres. A la demande d'une partie, le Groupe spécial tiendra une nouvelle réunion avec les parties pour examiner les questions identifiées dans les observations présentées par écrit. Si aucune observation n'est reçue d'une partie durant la période prévue à cet effet, le rapport intérimaire sera considéré comme étant le rapport final du Groupe spécial et distribué dans les moindres délais aux Membres. 3. Les constatations du rapport final du Groupe spécial comprendront un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire. La phase de réexamen intérimaire sera menée à bien dans le délai indiqué au paragraphe 8 de l'article 12 ». Sur ce mécanisme V. A. STEINBACH, « The DSU Interim Review—Need for its Elimination or Extension to the Appellate Body Stage », préc.

[1775] H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., p. 111.

[1776] *Ibidem*.

[1777] V. l'article 17.4 du MARD qui précise que « Seules les parties au différend, et non les tierces parties, pourront faire appel du rapport d'un Groupe spécial. Les tierces parties qui auront informé l'ORD qu'elles ont un intérêt substantiel dans l'affaire conformément au paragraphe 2 de l'article 10 pourront présenter des

compatibilité du droit national avec le droit de l'Union. L'obligation qui pèse dans ce cas sur le juge européen et le juge de l'OMC est double. Il s'agit autant de montrer concrètement la violation des règles communes que de convaincre de cette violation. Ceci facilite non seulement l'acceptabilité de la décision mais également la mise en conformité. Ainsi, l'acceptabilité peut éviter à l'OMC une procédure en appel ou des difficultés lors de la phase de mise en conformité, et dans l'Union le recours à la procédure de manquement sur manquement.

634. Enfin, la motivation s'adresse également aux tierces parties ou aux autres Etats de l'Union, qu'ils soient intervenus ou non lors de la procédure. En effet, la tierce intervention peut être l'objet de véritables stratégies tant devant le juge européen que devant le juge de l'OMC. Favorisée par l'indétermination des règles qui « offre souvent aux parties au litige les outils nécessaires à la construction d'argumentaires valides et convaincants »[1778], elle implique pour le juge de prendre en considération, explicitement ou implicitement, les arguments et interprétations proposés dans ce cadre. Le MARD prévoit un mécanisme d'intervention des tierces parties[1779] et conditionne assez peu ce procédé. En effet, le Membre qui souhaite faire usage de ce mécanisme doit faire état d'un « intérêt substantiel », que celui-ci soit juridique ou non, et il lui incombe de décider de ce caractère puisque les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel ne peuvent refuser l'intervention. Dans la tierce intervention, qui est une pratique courante à l'OMC, les Membres peuvent fonder leur intervention sur « leur intérêt systémique » dans l'interprétation de l'Accord sur l'Agriculture et de l'Accord SMC[1780], ou affirmer simplement qu'ils sont « heureux d'avoir la possibilité d'exposer leurs vues »[1781]. Dans l'Union, ce mécanisme est prévu aux articles 23 et 40 du protocole sur le Statut de la Cour et aux articles 129 et suivants du règlement de procédure de la Cour[1782].

---

communications écrites à l'Organe d'appel et avoir la possibilité de se faire entendre par lui ».

[1778] R. BACHAND, T. LAPOINTE, « Beyond Presentism : Rethinking the Enduring Co-constitutive Relationships between International », préc., p. 279. Notre traduction « generally equips opposing parties in a dispute with the tools they need to build valid and convincing arguments ».

[1779] La tierce intervention devant les Groupes spéciaux est régie par l'article 10 du MARD et par l'article 17.4 du MARD pour l'appel.

[1780] V. la communication complémentaire du Canada en tant que tierce partie dans le différend États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport du Groupe spécial du 8 septembre 2004, WT/DS267/R.

[1781] V. la communication des Etats-Unis en tant que tierce partie dans le différend Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, rapport du Groupe spécial du 28 janvier 2002, WT/DS222/R.

[1782] La Cour de justice semble d'ailleurs soucieuse de protéger la tierce intervention, elle souligne ainsi qu' « il

Dans l'Union comme dans l'OMC, la tierce intervention des Membres de l'organisation peut poursuivre une pluralité d'objectifs : la défense des intérêts propres du Membre, influencer le droit, proposer une certaine vision de l'Union ou de l'OMC[1783]. Dans des organisations internationales en construction, le juge est souvent saisi de litiges dont l'enjeu dépasse souvent celui des parties au litige[1784], la tierce intervention constitue alors un moyen d'influence des Membres sur le devenir de l'organisation. Tant dans l'Union que dans l'OMC, certaines tierces interventions révèlent des tentatives claires d'influencer le juge[1785]. Elles peuvent être le fait d'un Membre ou de plusieurs Membres. Elles obligent le juge à renforcer sa motivation notamment lorsque se dessine un consensus sur certaines questions

---

importe de souligner que les informations contenues dans les décisions de renvoi servent non seulement à permettre à la Cour de fournir des réponses utiles, mais également à donner aux gouvernements des États Membres ainsi qu'aux autres intéressés la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne. Il incombe à cette dernière de veiller à ce que cette possibilité soit sauvegardée, compte tenu du fait que, en vertu de cette disposition, seules les décisions de renvoi sont notifiées aux intéressés arrêts », CJUE, ord. 13 décembre 2012, Debiasi, aff. C-560/11, pt. 25 ; V. également CJCE, 1er avril 1982, Holdijk, aff. jtes 141/81 à 143/81, Rec. p. 1299 ; CJCE, 8 novembre 2007, Schwibbert, aff. C-20/05, Rec. p. I-9447.

[1783] M-P. GRANGER, « When governments go to Luxembourg, the influence of governments on the Court of Justice », *ELR*, 2004, p. 1-31, sp. pp. 11-13.

[1784] Récemment les enjeux des affaires Pringle (CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, aff. C-370/12) ou les recours en annulation introduits par l'Espagne et l'Italie opposées à la coopération renforcée en matière de brevet (CJUE, 16 avril 2013, Espagne c/ Conseil et Italie c/ Conseil, aff. jtes C-274/11 et C-295/11 : *Europe*, 2013, comm. 252, obs. D. SIMON) dépassaient les enjeux habituels des renvois préjudiciels ou des recours en annulation et ont largement mobilisé les gouvernements des Etats massivement intervenus lors de ces procédures.

[1785] V. par exemple les affaires « notaires » dans lesquels les différents Etats mis en cause par la Commission sont intervenus au soutien des uns des autres CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, aff. C-47/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ France, aff. C-50/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-51/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-52/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-53/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Allemagne, aff. C-54/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Grèce, aff. C-61/08 : *Europe* 2011, com. 248, obs. V. MICHEL. Dans l'OMC, la tierce intervention a, par exemple, été utilisée par les Communautés européennes au sujet de la méthode du *Zeroing* mise en œuvre par les Etats-Unis pour calculer les marges de dumping. Elle est ainsi intervenue dans les différends États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport du Groupe spécial du 13 avril 2004, WT/DS264/R, États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'organe d'appel du 11août 2004, WT/DS264/AB/R ; États-Unis — Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction, rapport du Groupe spécial du 20 septembre 2006, WT/DS322/R, États-Unis — Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction, rapport de l'Organe d'appel du 9 janvier 2007, WT/DS322/AB/R ; États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport du Groupe spécial du 20 décembre 2007, WT/DS344/R, États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R ; États-Unis — Utilisation de la réduction à zéro dans les mesures antidumping concernant des produits en provenance de Corée, rapport du Groupe spécial du 18 janvier 2011, WT/DS402/R.

controversées entre la communauté des Membres[1786]. Cette communauté constitue en effet un autre destinataire des décisions du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce.

b La communauté des Membres de l'Union et de l'OMC

635. Le juge de l'OMC et le juge européen doivent également convaincre la communauté des Membres[1787]. Cela est particulièrement saillant à l'OMC puisque le rapport est adopté par l'ORD, institution politique composée des Membres de l'OMC. Certes, le jeu du consensus négatif confère un caractère quasi automatique à ce mécanisme, mais l'article 16.2 du MARD permet aux Membres de l'OMC de faire part de leurs objections aux rapports. Ces objections sont distribuées à tous les Membres de l'ORD[1788]. Par ailleurs, quand bien même cette procédure n'a jamais été utilisée, l'article IX : 2 des Accords de Marrakech permet aux Membres de l'OMC d'adopter une interprétation des accords multilatéraux[1789]. Cette procédure pourrait être utilisée pour neutraliser la jurisprudence. La motivation du juge doit en conséquence être toujours à même d'emporter la conviction des Membres de l'OMC ou à tout le moins d'une majorité d'entre eux. La Cour doit également composer avec la communauté des Etats Membres de l'Union et les persuader du bien-fondé de ses interprétations et de ses jugements. Certes l'hypothèse est rarissime mais la collectivité des Etats a, par deux fois, remis en cause la jurisprudence de la Cour avec l'interprétation du protocole Barber[1790] et la nouvelle rédaction de l'article 352 TFUE suite à l'affaire Kadi[1791].

[1786] Mme Granger met ainsi en évidence des stratégies des Etats Membres de l'Union qui coordonnent leurs interventions ainsi que les arguments soumis à la Cour, V. M-P. GRANGER, « When governments go to Luxembourg, the influence of governments on the Court of Justice », préc., p. 22.

[1787] M. Dumon a souligné que la possibilité dont dispose les Etats Membres de l'Union de modifier ou de préciser les Traités n'engendre qu'une obligation théorique pour le juge de faire preuve de prudence. En effet, selon cet auteur, « les juges tranchent avec la même conscience et la même prudence, qu'il y ait ou non un contrôle possible », F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-21. C'est précisément parce que les juges exercent leur fonction, sans faire nécessairement preuve de prudence quant au fond de leurs décisions, qu'ils doivent renforcer la motivation et chercher à rendre leurs décisions acceptables.

[1788] En vertu de l'article 16.2 du MARD « les Membres ayant des objections au sujet du rapport d'un Groupe spécial exposeront par écrit les raisons de leurs objections, afin que ces exposés soient distribués au moins 10 jours avant la réunion de l'ORD au cours de laquelle le rapport sera examiné ». Par ailleurs, l'article 16.4 du MARD qui énonce la procédure d'adoption des rapports précise que « cette procédure d'adoption est sans préjudice du droit des Membres d'exprimer leurs vues sur le rapport d'un Groupe spécial ».

[1789] Sur cette disposition V. Chapitre I, Titre I, Partie I.

[1790] Protocole sur l'article 157 du TFUE qui interprète la jurisprudence CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, Rec. p. I-1889. Il est cependant nécessaire de souligner que la communauté des Etats peut également

La Cour ne peut ignorer la communauté des Etats qui figure également au nombre des destinataires qu'elle doit persuader[1792]. La motivation révèle ici son ambiguïté. Elle est un moyen de conviction dont dispose le juge, mais comme le souligne Pescatore en motivant sa décision le juge « s'expose ainsi au contrôle et à la critique des gouvernants »[1793]. La motivation du juge européen doit se parer de pédagogie et d'argumentation afin de susciter l'adhésion des parties au litige mais également des Membres de l'organisation. La Cour doit, de surcroît, adapter sa motivation aux juridictions nationales qui sont, pour elle, un auditoire particulier.

2 Les destinataires spécifiques du juge européen

636. Le juge national est dans l'Union européenne, le juge « communautaire de droit commun » ; il lui incombe, par l'effet combiné de l'immédiateté, de la primauté et de l'effet direct, d'appliquer le droit de l'Union. Cette fonction particulière du juge national suppose que la Cour adapte sa motivation afin que le juge national dispose de tous les éléments pour appliquer le droit de l'Union (a). Elle suppose également un effort de pédagogie de la Cour en ce que le droit de l'Union bouleverse assez profondément l'office du juge national (b).

a Le juge national et l'application du droit de l'Union européenne

637. En tant que juge « communautaire » de droit commun, le juge national est le premier garant de l'uniformité d'application du droit de l'Union. Or, cette exigence est particulièrement importante, elle constitue en effet une des conditions de la réussite du projet d'intégration européenne. Ainsi, le principe d'interprétation uniforme du droit européen,

---

entériner les jurisprudences audacieuses de la Cour, ainsi, les traités de Maastricht et de Nice ont consacré, dans la lignée de la jurisprudence, les légitimations passive et active du Parlement devenu un requérant institutionnel à part entière. Enfin, dans certaines hypothèses, la communauté des Etats laisse inchangé le Traité en dépit d'une interprétation audacieuse des dispositions par la Cour. Il en va ainsi des dispositions relatives au renvoi préjudiciel, la lecture du Traité par la Cour à travers les jurisprudences Cilfit et Foto Frost, n'a donné lieu à aucune réaction du constituant européen, V. R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 67-107, sp. pp. 92-93.

[1791] TPICE, 21 sept. 2005, aff. T-315/01, Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil : Rec. p. II-3649.

[1792] J. H. WEILER, A. COLLOVALD, F. BASTIEN, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, 1995. pp. 119-138, sp. p. 132 et s.

[1793] P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », préc., p. 12.

fondamental pour la Cour[1794], s'appuie assez largement sur le renvoi préjudiciel[1795] et constitue un des éléments de préservation du caractère commun du droit de l'Union[1796]. D'ailleurs, la Cour accepte de répondre à des renvois préjudiciels relatifs à une règle de droit national renvoyant au droit de l'Union en se fondant sur l'intérêt de l'application uniforme des notions du droit de l'Union[1797]. Cette exigence suppose que les juridictions nationales respectent les interprétations du droit de l'Union de la Cour et qu'elles-mêmes prennent en compte les spécificités du droit de l'Union lorsqu'elles l'interprètent[1798]. Or, une telle démarche n'est possible qu'à la condition que les juridictions nationales reconnaissent le caractère acceptable des interprétations de la Cour et qu'elles identifient clairement sa démarche afin, le cas échéant, de la reproduire. La motivation est particulièrement importante, elle est en effet le lieu de rencontre privilégié du juge national et du droit de l'Union. C'est par la pédagogie de la motivation que la Cour explique concrètement au juge national comment interpréter et appliquer le droit de l'Union. Or, les méthodes mises au point par la Cour, comme le contrôle de proportionnalité, ou l'interprétation du droit de l'Union sont spécifiques à cette branche du droit, il est donc nécessaire que la Cour prenne soin de motiver particulièrement les décisions qui s'adressent au juge national afin qu'il accepte cette spécificité et la mette en œuvre. Cette entreprise nécessite également de la Cour qu'elle s'adresse à des juges nationaux de traditions juridiques différentes et donc qu'elle adapte sa motivation en conséquence. Mais l'intégration européenne suppose que soient dépassées les différences nationales. Ainsi les notions autonomes, notions qui ont un sens propre au droit de l'Union, doivent être appliquées dans les ordres juridiques nationaux en fonction de leur sens européen tel qu'interprété par la Cour. A nouveau, le dialogue qui s'instaure avec le juge national est fondamental en ce qu'il permet à la Cour d'éclairer et de justifier le sens de ces notions. La relation entre le juge national et le juge européen constitue pour M. Maddalon un

---

[1794] CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. p. 419, pt. 3.
[1795] CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, aff. jtes 28 à 30/62, Rec. p. 61.
[1796] CJCE, 16 janvier 1974, Rheinmuhlen-Dusseldorf, aff. 166/73, Rec. p. 33, pt. 2.
[1797] CJUE, 18 octobre 2012, Punch Graphix Prepress Belgium, aff. C-371/11 ; CJCE, 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-37/63 ; CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, aff. C-28/95, Rec. p. I-4161 ; CJUE, 2 mars 2010, Salahdine Abdula, aff. jtes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, Rec. p. I-4193 ; CJUE, 20 mai 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, aff. C-352/08, Rec. p. I-4303 ; CJUE, 10 novembre 2011, Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA, aff. C-126/10 : *Europe* 2012, comm. 10, obs. D. SIMON.
[1798] La Cour a précisé les modalités d'interprétation du droit de l'Union en fonction de ses spécificités CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81, Rec. p. 3415.

facteur explicatif de la motivation substantielle de la Cour. Il relève à cet égard que « les juridictions communautaires n'ont peut-être pas encore atteint ce stade du langage commun avec les juges nationaux »[1799]. Par ailleurs, la position du juge national implique que la Cour motive rigoureusement ses décisions, en effet, le juge national doit également imposer le droit de l'Union dans son ordre juridique interne. Ainsi, le respect des arrêts de la Cour « dépend essentiellement de l'assistance des juridictions nationales »[1800]. Sur ce point, la motivation de la Cour et notamment « la rationalité, la logique de déduction et la cohérence systémique et temporelle sont des artefacts sur lesquels les juges nationaux peuvent s'appuyer pour imposer le droit communautaire dans leur ordre juridique national »[1801].

638. Enfin, la pédagogie de la Cour doit également se manifester en matière de renvoi préjudiciel, ce mécanisme suppose que s'établisse une relation de confiance entre le juge national et la Cour. La Cour doit non seulement motiver particulièrement ses réponses afin qu'elles soient accessibles et utiles au juge national, mais elle doit aussi faire preuve de prudence en matière de recevabilité des questions qui lui sont adressées. A cette fin, il est rare que les questions soient jugées irrecevables[1802]. De même, les questions posées ne sont pas nécessairement claires, la Cour choisit alors de les reformuler et d'en extraire l'essentiel avant d'y répondre[1803]. Dans ce cadre, la pédagogie de la Cour se justifie au regard de la finalité du renvoi préjudiciel, l'interprétation fournie doit être utile au juge national. La motivation de la Cour est également déterminée par la modification de l'office du juge national sous l'effet du droit de l'Union.

b La modification de l'office du juge national

639. Le droit de l'Union implique une mutation profonde de l'office du juge national et même une « transgression par le juge de son propre droit par rapport à des principes ou

---

[1799] P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », préc., p. 155.
[1800] O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, Tome I, pp. 273- 282, spéc. p. 273.
[1801] H. WEILER, A. COLLOVALD, F. BASTIEN, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs », préc., p. 127.
[1802] V. cependant CJUE, ord. 13 décembre 2012, Debiasi, aff. C-560/11.
[1803] CJCE, 17 juillet 1997, Krüger, aff. C-334/95, Rec. p. I-4517, pts 22-23 ; CJUE, 4 octobre 2012, aff. C-249/11, Byankov, pts 57 et 66.

mécanismes tirés d'autres systèmes »[1804]. Ce phénomène de transgression se mesure à l'aune de certaines obligations que fait peser le droit de l'Union sur le juge national. Il en va ainsi de l'affirmation de la responsabilité du législateur par exemple. Il se mesure également à l'aune de deux contentieux : le contentieux de la deuxième génération[1805] et plus récemment le contentieux des clauses abusives[1806]. Les exigences de protection effective, du justiciable ou du consommateur, mènent la Cour à faire peser sur l'office du juge national certaines contraintes. Ainsi, dans l'affaire Factortame[1807] la Cour a jugé que le juge national devait écarter la règle de droit national qui l'empêchait d'accorder des mesures provisoires et de suspendre l'application d'une loi nationale contraire au droit de l'Union. De même, les affaire Johnston[1808] ou San Giorgio[1809] engendrent pour le juge une transgression des règles en matière de charge de la preuve. Actuellement, la jurisprudence de la Cour relative aux clauses abusives modifie, au nom de la protection du consommateur, l'office du juge national. Dans ce cadre, la motivation et la pédagogie sont deux éléments essentiels. La motivation de la Cour permet de justifier la transgression, elle en exprime les raisons profondes. Par ailleurs, comme le relève M. Picod, dans la plupart de ces affaires, la Cour prend garde à ménager au juge national une certaine marge d'appréciation[1810]. La Cour fait ainsi peser sur le juge national la charge de la protection du justiciable mais tout en lui laissant une certaine marge de manœuvre. Autrement dit, il est plus ou moins libre des moyens à mettre en œuvre à cette

---

[1804] G. CANIVET, « Le droit communautaire et le juge national ou comment un demi-siècle de droit communautaire a libéré le juge judicaire français de deux siècles de soumission absolue à la loi interne », in *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, D. SIMON (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 81-95, sp. p. 85.

[1805] D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges J. Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 481-493. Le contentieux de deuxième génération est le contentieux relatif aux conséquences que le juge national doit tirer de la primauté du droit de l'Union, V. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc. pp. 417 et s.

[1806] La Cour est très régulièrement sollicitée par les juridictions nationales pour interpréter les dispositions de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JOCE n° L 95, 21 avr. 1993, p. 29). Dans ce cadre, elle a précisé les obligations du juge national en matière de relevé d'office des clauses, V. CJUE, 30 mai 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse c/ Jahani BV, aff. C-488/11 ; CJUE, 30 mai 2013, Erika Jorös c/ Aegon Magyarország Hitel Zrt, aff. C-397/11 ; CJUE, 14 mars 2013, Mohamed Aziz, aff. C-415/11 ; CJUE, 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, aff. C-618/10 ; CJUE, 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt, aff. C-137/08, Rec. p. I-10847 ; CJUE, ord., 16 novembre 2010, Pohotovost, aff. C-76/10, Rec. p. I-11557 ; CJCE, 4 juin 2009, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyórfi, aff. C-243/08, Rec. p. I-4713.

[1807] CJCE, 19 juin 1990, The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, aff. 213/89, Rec. p. I-2433.

[1808] CJCE, 15 mai 1986, Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84, Rec. p. 1651.

[1809] CJCE, 9 novembre 1983, Amministrazione delle finanze dello Stato c/ San Giorgio, aff. 199/82, Rec. p. 3595.

fin. Cette volonté de pédagogie ressort de nombreuse formulations jurisprudentielles. Ainsi, dans l'affaire Marshall, la réparation pécuniaire « doit être adéquate en ce sens qu'elle doit permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis du fait du licenciement discriminatoire »[1811], ce faisant la Cour laisse au juge national la charge de déterminer ce qui est adéquat, elle n'en préjuge pas.

640. L'obligation de motivation dans l'Union européenne et dans l'OMC est de facture classique : le juge doit exprimer les motifs ou les justifications fondamentales de ses jugements. Le juge européen et le juge multilatéral doivent faire apparaître, dans le jugement motivé, le raisonnement au fondement de la décision. Cette obligation première est renforcée par la nécessité, qu'elle soit réelle ou que le juge la considère comme telle, de persuader les destinataires de la décision. Dans cette perspective, la motivation s'enrichit et fait appel à la pédagogie et à l'argumentation afin de rallier les parties, la communauté des Etats et le juge national. Le style particulier de la motivation découle également des conditions de sa construction dans l'Union et dans l'OMC.

Section II Des styles de motivation, fonction de la construction de la motivation

641. Le style de motivation[1812] du juge dépend en premier lieu de la nature de cette obligation, la motivation peut être un simple exercice de mise à jour des motifs ou une véritable entreprise de persuasion. La nature plurielle de l'obligation dans l'Union et dans l'OMC imprime à la motivation ce double caractère. Le style de motivation du juge de l'Union et du juge de l'OMC dépend également du cadre (§2nd) et des influences (§1er) qui président à la construction de la motivation de ces deux juges.

[1810] F. PICOD, « Pédagogie et persuasion », préc. p. 50.
[1811] CJCE, 2 août 1993, Marshall, aff. C-271/91, rec. p. I-4367, pt. 26.
[1812] La notion de « style » est employée par la doctrine quant à la forme et aux caractéristiques notamment discursives des décisions des juges, V. L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009 pp. 643-676 ; R. J. SPENCER, « Quelques observations préliminaires », *RIDC*, 1998. pp. 823-826, sp. pp. 824-825.

Paragraphe I Le style de motivation et les sources d'inspiration du juge

642. Le style de la motivation d'une juridiction supranationale n'est pas dicté par un quelconque héritage historique ou une tradition séculaire. Le style de la motivation du juge européen et du juge de l'OMC (B) est la conséquence d'un choix parmi les différentes sources d'inspiration ou d'une conciliation des différents courants en termes de style de motivation (A).

A Les sources d'inspiration du juge européen et du juge de l'OMC

643. Pour une juridiction supranationale, la problématique des sources d'inspiration de la motivation est essentielle. En effet, ces juridictions sont par nature composées de juges issus de systèmes juridiques différents au sein desquels la conception de la motivation, et donc le style de celle-ci, divergent. La Cour est composée d'un juge par Etat et de nombreuses traditions juridiques, *common law*, romano-germanique, influence nordique ou issue des pays de l'Est, se retrouvent et s'entrecroisent dans ce cadre. Elles se retrouvent également à l'OMC, au niveau des Groupes spéciaux dont la composition est très variable, et au niveau de l'Organe d'appel dont la composition en cinq Membres doit être représentative de celle de l'OMC[1813]. Le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce ne peuvent pas échapper à ce jeu d'influences croisées. Comme le souligne M. Coutron « l'atavisme des Membres de la juridiction communautaire les conduit en effet, dans une large mesure, à chercher à perpétuer des méthodes acquises dans le 'sérail national' »[1814]. Cependant, le choix d'un style de motivation parmi les différentes sources n'est pas uniquement le signe de l'influence déterminante d'un juge. En effet, les styles de motivation au sein des traditions juridiques sont fondamentalement le reflet de la position du juge au sein de l'ordre juridique et d'une certaine conception de la motivation. Ces influences doivent être présentées en deux temps, elles relèvent, d'une part, de la conception du juge et de la motivation dans certains systèmes juridiques (1) et, d'autre part, des écoles de la motivation (2).

[1813] V. l'article 17 du MARD.

[1814] L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », préc., p. 643. V. également D. EDWARD, « How the Court of Justice works », *ELR*, 1995, pp. 539-558, sp. pp. 548-549.

1 La motivation et le système juridique

644. Les deux grands systèmes de droit, la *common law* et le droit romano-germanique[1815] se retrouvent au sein de l'Union et de l'OMC. Ces systèmes se distinguent au regard de la place respective qu'y occupent la loi et la jurisprudence. Dans le premier, le droit est davantage jurisprudentiel que dans le second où la loi prime. Bien que ces différences soient relativisées, elles sont à l'origine d'une conception et d'une pratique de la motivation différentes dans le système de la *common law* et dans le système romano-germanique[1816]. Elles peuvent en ce sens aider à comprendre la motivation du juge européen et du juge de l'OMC.

645. Dans le système de *common law*, « le juge cherche moins à être bref qu'à se faire comprendre. Il décide, certes, mais il veut en même temps convaincre », il explique et « la partie perdante sait vraiment pourquoi elle perd. Les juristes qui lisent la décision savent pourquoi elle a été rendue »[1817]. Cette spécificité de la motivation s'explique à l'aune de plusieurs éléments. Le système du précédent, le caractère oral de la procédure, les opinions dissidentes sont autant d'éléments qui « invitent le juge de ce système juridique à l'usage d'un style personnel »[1818]. De plus, le juge de la *common law* recherche une véritable adéquation avec les faits de l'espèce, son raisonnement intègre alors des éléments factuels au détriment de considérations théoriques[1819].

646. Le juge de la *common law* bénéficie d'un certain recul par rapport à la loi, le jugement est donc un moment de reconstruction ou de création du droit[1820]. L'autorité de la décision du juge ne provient pas de l'autorité de la loi mais du jugement. En outre, le système du

---

[1815] Sur ces systèmes de droit V. R. DAVIS et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc.

[1816] Sur le lien entre le système juridique et la motivation V. F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », préc. ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Présentation », *RIDC*, 1998, pp. 755-761, sp. pp. 756-757. Naturellement, la motivation traduit alors les liens différents entre le raisonnement du juge et le droit positif, V. G. SAMUEL, « Quelques observations sur la convergence actuelle des méthodes de raisonnement et des styles législatifs », in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, S. ROBIN-OLIVIER, D. FASQUELLE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 255-271.

[1817] A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDC*, 1974, pp. 487-508, sp. p. 491.

[1818] O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », préc., p. 274.

[1819] *Ibidem*.

précédent implique une motivation particulière puisque l'autorité des précédents dépend « de leur valeur persuasive et didactique, à n'importe quel degré de juridiction »[1821]

647. L'aspect formel du jugement et de la motivation dans la *common law* sont une seconde conséquence de l'autorité moindre de la loi. En effet, le jugement ne découle pas de la rationalité et de la logique législative. En conséquence, celle-ci ne constitue ni le point de départ ni la trame du raisonnement du juge. Il n'existe donc pas de forme préétablie du jugement dans ce système, au contraire, le juge « procède librement, employant des techniques d'exposition différenciées, des raisonnements de préférence inductifs, des exemples et des considérations tirés aussi bien de l'expérience juridique que de l'expérience commune »[1822]. Le jugement de la *common law* s'apparente alors réellement au schéma de pensée et de raisonnement du juge[1823] et ne se fond pas dans un modèle particulier. En conséquence, il peut intégrer les arguments des parties, y répondre pour les rejeter ou les accepter.

648. Si le juge de la *common law* peut faire référence à l'expérience commune, il intègre également dans sa décision motivée des éléments extra juridiques. Les motifs du juge de la *common law* ne correspondent pas nécessairement à la notion de motifs juridiques. Le juge expose tous les motifs, économiques, sociaux, axiologiques et naturellement juridiques qui fondent sa décision. Une autre caractéristique du jugement de la *common law*, qui dérive de l'inclusion d'éléments extra juridiques et du caractère peu technique de la décision tant matériellement que linguistiquement, est que celle-ci ne s'adresse pas uniquement à la communauté juridique. Au contraire, le jugement s'adresse à tous et peut être compris par les « profanes »[1824].

649. Le jugement de *common law* ne garantit donc pas nécessairement la cohérence ou la rationalité, et il est parfois difficile de cerner parmi tous les motifs invoqués par le juge la « raison de la décision » ou *ratio decidendi* en ce qu'elle semble se diluer dans un foisonnement de motifs juridiques ou non, d'arguments que le juge accepte ou refuse, de

---

[1820] A. DE VITA, « Aperçu comparatif », *RIDC*, 1998. pp. 809-815, sp. p. 813.
[1821] *Ibidem*.
[1822] *Ibid*.
[1823] S. SEDLEY, « La prise de décision par le juge anglais », *RIDC*, 1998, pp. 817-819

précédents et non dans la continuité logique de la loi. Dans l'Union et dans l'OMC, cette influence se double de celle du droit romain.

650. Dans le système juridique fondé sur la domination de la loi, celle-ci est le point de départ du raisonnement du juge et du jugement. Le jugement n'est pas inductif mais déductif, le juge s'appuie sur la règle juridique et lui confronte les faits. Ce caractère déductif s'imprègne de logique puisque le jugement est appréhendé sous la forme d'un syllogisme. La majeure, la loi, commande donc logiquement la solution du litige au regard de la mineure, les faits. Le système français représente une des formes les plus respectueuses de ce système[1825]. Le rôle central de la loi dicte largement le mode de présentation et de rédaction de la décision de justice. La prémisse du raisonnement du juge est nécessairement la loi, toute la logique du raisonnement et du jugement repose sur elle, cela exclut notamment le recours à des motifs extra juridiques. Les considérations économiques ou axiologiques ne peuvent s'immiscer dans l'application logique de la règle aux faits et concurrencer la loi. En conséquence, la présentation du jugement obéit à un « postulat méthodologique »[1826] qui commande au juge de présenter le litige, d'exposer ses motifs et de conclure par le dispositif[1827].

651. Ces conceptions du jugement emportent des conséquences importantes en termes de motivation, deux Ecoles de la motivation peuvent à cet égard être distinguées. En pratique, les influences de ces Ecoles se mêlent dans de nombreux jugements.

2 Les Ecoles de la motivation

652. Selon les Ecoles de la motivation, la décision du juge est « un acte d'autorité » ou « un acte de persuasion »[1828]. Lorsque la décision du juge est un acte d'autorité, elle s'impose en raison de la logique qu'elle véhicule, le dispositif est la conséquence inéluctable de l'application de la loi aux faits de l'espèce. Au contraire, le jugement appréhendé comme acte

---

[1824] A. DE VITA, « Aperçu comparatif », RIDC, 1998. pp. 809-815, sp. p. 813.
[1825] F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », préc.
[1826] J.-P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », *RIDC*, 1998. pp. 841-852, sp. p. 845.
[1827] Sur les inconvénients de la présentation de la décision du juge comme un syllogisme V. L. WELAMSON, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », préc., p. 514. Pour cet auteur, le syllogisme présente la décision du juge comme « une déduction théorique (…) propre à donner l'impression que la motivation est plus inattaquable qu'elle n'est effectivement dans la plupart des cas ».
[1828] M.-C. PONTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif

de persuasion ne s'impose pas logiquement, il s'impose parce qu'il a su convaincre. Les Membres des juridictions de l'Union et de l'OMC sont imprégnés de ces courants qui présentent des mérites respectifs. Les différences entre ces deux Ecoles ne sont pas exclusivement formelles, ces dernières véhiculent une différence de perception du rôle de la décision du juge. Comme le souligne Rivero « la technique, en pareil domaine, touche au fond des choses ; la méthode de rédaction commande dans une mesure certaine le rayonnement d'une jurisprudence, en même temps qu'elle révèle l'attitude profonde du juge »[1829].

653. Le juge pour lequel l'acte juridictionnel est un acte d'autorité rattache les prémisses du raisonnement à l'autorité du texte juridique. D'un point de vue formel, la décision juridique se présente comme un acte logique, rédigé de façon très brève sous forme d'attendus ou de considérants, qui ne laisse pas de place aux arguments des parties dans le raisonnement du juge. Chaque considérant ou attendu constitue une étape du raisonnement qui s'inscrit dans la logique d'ensemble du raisonnement mais chaque attendu a une « unité »[1830], le jugement est alors une suite logique d'attendus ou d'« idées claires et distinctes »[1831]. Cette articulation suppose également que le juge ne mentionne pas nécessairement tous les motifs, même juridiques, intervenus au soutien de sa décision. En effet, l'acte d'autorité implique une cohérence ou une harmonie de la démarche qui exclut certains motifs mais également les éventuels doutes ou hésitations du juge. Ces derniers ne sont pas intégrés au jugement parce qu'ils mettraient en cause sa rationalité et sa cohérence. De ce fait, la motivation est brève et concise, le juge ne retient que l'essentiel des motifs, ceux qui sont incontestables et donnent corps à la logique d'ensemble[1832].

654. Le juge qui considère l'acte de juger comme un acte de persuasion ne se fonde pas sur la logique du texte à appliquer, ni sur son autorité. Le style discursif s'inscrit davantage dans la résolution d'un litige, notamment au regard des arguments des parties, que dans une

---

français », *RDP*, 1994, pp. 747-765, sp. p. 748.

[1829] J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier », préc., p. 297.

[1830] *Ibidem*.

[1831] *Ibid*.

[1832] Il est cependant nécessaire de souligner qu'en France la brièveté traditionnelle des décisions des juges fait peu à peu place à une motivation plus étoffée, V. par exemple CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, Rec. Lebon p. 155. Sur cette problématique V. F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation) : Contribution à l'étude des*

opération mécanique d'application du droit. Le juge intègre à son raisonnement les argumentations des parties et les données factuelles du litige qui constituent le point de départ de son raisonnement. Par ailleurs, le juge cherche à convaincre de la justesse de la solution qu'il apporte au litige, il va donc avancer des arguments au soutien de cette décision, reprendre certains arguments des parties ou en rejeter. La décision du juge s'apparente alors à une dissertation qui démontre, mais également à un lieu de « conversation » avec les parties. En effet, en intégrant les parties à son raisonnement, le juge doit nécessairement justifier le rejet ou l'acceptation de leurs arguments. Quant à ces deux modèles, Rivero souligne que « l'attendu, en facilitant la lecture de l'arrêt, accroît le rayonnement de la jurisprudence ; la forme dissertation, en liant davantage l'arrêt à l'espèce, le destine plus directement aux parties, dont il suit pas à pas les argumentations ; de plus, il est parfois difficile de déceler, à travers ses méandres, l'affirmation décisive appelée à faire jurisprudence »[1833]. Du fait de leurs mérites respectifs ces deux modèles sont souvent mêlés dans les décisions.

655. La formation de la motivation dans l'Union et dans l'OMC ne peut être envisagée en dehors de ces représentations et pratiques de la motivation. En effet, les Membres des juridictions de ces organisations sont nécessairement issus de systèmes juridiques privilégiant une approche de la motivation. Par ailleurs, les différentes Ecoles de la motivation ne véhiculent pas uniquement des idées divergentes quant à la forme de la décision du juge, elles traduisent surtout des conceptions différentes du juge. A cet égard, le choix opéré par le juge de l'Union et le juge de l'OMC et le style de motivation auquel ils adhèrent n'est pas anodin.

B Le style de motivation du juge européen et du juge de l'OMC

656. Les modèles de présentation de la décision de justice et les Ecoles de la motivation se retrouvent dans l'Union et dans l'OMC. Les deux juges ont fait le choix de présenter leurs décisions comme des syllogismes (1) auxquels ils adjoignent un style discursif et conversationnel (2).

1 Le choix du modèle syllogistique

---

représentations de la justice, Paris, Dalloz, 2013.

[1833] J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté

657. La Cour et le juge de l'Organisation mondiale du commerce présentent leurs décisions sous forme de syllogisme. Les rapports du juge de l'OMC et les arrêts de la Cour comprennent nécessairement les éléments suivants : la règle juridique, la présentation des faits, l'application de la règle aux faits et le dispositif.

658. Le choix du recours à la forme syllogistique n'est certes pas original mais il n'est pas anodin. En effet, la fonction de juge se traduit alors comme une fonction d'application du droit, le point de départ du raisonnement du juge étant la règle juridique. Cette technique permet au juge de l'OMC d'affirmer sa fonction juridictionnelle. En effet, le mécanisme de règlement des différends vise, certes, à faciliter une approche positive des conflits entre les Membres. Mais une fois les organes saisis du différend, l'adoption des rapports leur confère force obligatoire. Le MARD n'impose aucun modèle de présentation formelle des rapports. Pour Mme Ruiz Fabri, le choix des organes de l'OMC « est lié historiquement à une certaine tradition, à une volonté de conjurer l'arbitraire du juge mais aussi à la vision du juge comme appliquant 'logiquement' une règle de droit »[1834]. A ce titre, le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce présentent leurs décisions comme des déductions logiques partant de la règle juridique, matériau dont ils ne disposent pas puisqu'il leur est donné dans les Traités ou le droit dérivé pour la Cour. Si le juge de l'OMC ne présente pas ses décisions sous forme d'attendus, la Cour a usé de cette méthode formelle jusqu'à l'arrêt France c/ Royaume-Uni du 4 octobre 1979[1835]. Si ce changement peut apparaître comme une conséquence de l'adhésion aux Communautés du Royaume-Uni, il a surtout manifesté le souci de la Cour de mettre finalement en adéquation le style et le contenu de ses décisions[1836]. Le juge de l'Union et le juge de l'OMC n'ont en effet pas complètement adopté la démarche syllogistique et pratiquent un style de motivation visant à convaincre.

2 Un style discursif

659. Le modèle syllogistique s'accompagne normalement d'une brièveté de la motivation. La Cour et le juge de l'Organisation mondiale du commerce n'ont pas fait ce choix. Au

---

Européenne du Charbon et de l'Acier », préc., p. 299.

[1834] H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., p. 125.

[1835] CJCE, 4 octobre 1979, France c/ Royaume-Uni, aff. 141/78, Rec. p. 2923.

[1836] V. en ce sens L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence

contraire, ils justifient assez longuement leurs décisions afin de les faire apparaître comme des actes de persuasion et non comme des actes d'autorité.

660. Le style de la motivation de la Cour a évolué. Elle s'est inspirée des traditions diverses tout en intégrant les contraintes propres à sa fonction afin de forger son propre style de motivation. Au moment de sa création, la Cour était naturellement composée de juges ou d'Avocats généraux issus des Etats Membres et donc porteurs de traditions différentes notamment en termes de motivation. Ainsi, les traditions des six Etats fondateurs se clivaient en deux groupes. Alors que la concision prédomine en France et dans les Etats du Bénélux, les traditions allemande et italienne commandent un style discursif qui vise davantage à convaincre qu'à imposer autoritairement. Le choix entre ces deux traditions s'avérait naturellement problématique. D'une part, chacune d'elles véhicule plus qu'un style formel mais aussi porte une conception propre du rôle du juge. Ces différences ne devaient pas être sous-estimées, d'autant plus que la Cour devait s'affirmer comme une juridiction naissante. Par ailleurs, la Cour devait pouvoir s'adresser à l'ensemble de ses destinataires : des Etats, des juges et des plaideurs aux traditions différentes. Dès lors, un choix tranché ne pouvait prévaloir en ce qu'il aurait signifié le rejet d'une tradition au profit d'une autre. Si les premières années ont pu faire apparaître quelques flottements[1837], la Cour a, dans un premier temps, fait le choix de présenter ses arrêts sous forme d'attendus. Il ne faut toutefois pas y déceler une influence forte de la tradition française portée par la langue de cet Etat comme langue de travail. En effet, la rédaction sous forme d'attendus s'est accompagnée d'une mise à l'écart de *l'imperatoria brevitas* au profit d'une motivation longue et étoffée issue des influences allemande et italienne. Le style discursif atteste d'une véritable volonté d'emporter l'adhésion des destinataires des jugements, ce style se justifie d'ailleurs au regard de la position institutionnelle de la Cour. La volonté de convaincre s'est accrue avec l'arrivée de l'influence de la *common law* à la Cour et s'est accompagnée d'un changement de méthode délaissant la forme des attendus. Le style de motivation de la Cour s'est forgé sous l'effet conjugué de plusieurs influences mais il a également acquis sa propre originalité. Par ailleurs,

---

communautaire ».

[1837] J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier », préc., p. 298.

la motivation intègre davantage les faits depuis que les rapports d'audience ne sont plus publiés[1838].

661. La motivation de la Cour présente la particularité de s'enrichir d'un « dialogue » avec les parties, formalisé par l'exposé des arguments des parties. Cependant, le juge intègre également ces arguments à son raisonnement, qu'il les accepte ou au contraire les rejette. Ainsi, dans le cadre d'un recours en manquement contre la France[1839], la Commission mettait en cause la procédure française du marché de définition au regard de la directive 2004/18. La France articulait en partie sa défense autour de la jurisprudence CEI et Bellini[1840]. La Cour reprend cette argumentation dans son raisonnement pour la rejeter mais aux termes d'une véritable démonstration[1841]. Elle s'engage ainsi dans un véritable dialogue avec les parties. L'argument français n'est pas rejeté implicitement par la Cour lors de l'interprétation de la directive ou de sa jurisprudence antérieure, la Cour démontre soigneusement à la France à quel titre elle rejette son argumentation. De même, dans une affaire en manquement contre l'Espagne[1842], elle vise expressément les arguments de cet Etat Membre dans son raisonnement pour les rejeter[1843].

662. Par ailleurs, la motivation de la Cour est abondante et déborde très souvent le cadre des motifs nécessaires pour fonder son jugement. Le recours à l'*obiter dictum* a plusieurs fonctions dans la jurisprudence de la Cour[1844]. Selon Mme Charrier, l'*obiter dictum* a deux fonctions principales : une fonction « déclaratoire » et une fonction « exploratoire »[1845]. L'*obiter dictum* déclaratoire est utilisé par la Cour pour en quelque sorte préparer le terrain à une évolution prochaine du droit. Au contraire, dans la seconde hypothèse, l'*obiter dictum* constitue en lui-même cette évolution. L'*obiter dictum* exploratoire est pour la Cour un moyen d'affirmer son pouvoir jurisprudentiel de manière graduelle ou en douceur. En effet, il prépare les destinataires des règles à une évolution certaine et « autorise des spéculations qui

---

[1838] P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », préc., p. 135.
[1839] CJUE, 10 décembre 2009, Commission c/ France, aff. C-299/08, Rec. p. I-11587.
[1840] CJCE, 9 juillet 1987, CEI ET Bellini, aff. jtes 27 à 29/86, Rec. p. 3347.
[1841] CJCE, 10 décembre 2009, Commission c/ France, , aff. C-299/08, Rec. p. I-11587. pts 30-34.
[1842] CJCE, 6 octobre 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-562/07, Rec. p. I-9553.
[1843] CJCE, 6 octobre 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-562/07, Rec. p. I-9553, pts 49-51.
[1844] Sur ce point, V. C. CHARRIER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, pp. 79-103.
[1845] C. CHARRIER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés

permettent à une idée (..) d'être acceptée »[1846]. Il appert également que l'*obiter dictum* a une fonction de justification notamment dans le cadre du recours en annulation[1847]. Néanmoins, le recours à cette technique présente un revers non négligeable, il a pour effet d'obscurcir le raisonnement du juge. La distinction entre les motifs qui ont déterminé la solution et ceux qui sont superflus mais ont pour fonction d'emporter l'adhésion de l'auditoire est parfois ténue. Dans ce cadre, l'*obiter dictum* peut avoir un effet inattendu dans la mesure où il est par la suite invoqué devant le juge par les parties. Les Avocats généraux portent sur cette technique des appréciations divergentes. Pour l'Avocat général Roemer, il est « d'une importance secondaire de rechercher dans les arrêts là où cessent les motifs déterminants et là où se trouvent éventuellement les mentions indiquées en passant. En tout cas, toutes les opinions énoncées dans le texte de l'arrêt sont l'expression de la volonté de la Cour »[1848]. Cette affirmation accrédite l'hypothèse selon laquelle le choix d'une motivation abondante est le reflet de la volonté du juge. En outre, il ressort des propos de l'Avocat général que l'ensemble des motifs est adressé aux destinataires du jugement. En revanche, lorsque l'*obiter dictum* induit une contradiction dans la jurisprudence de la Cour, les Avocats généraux sont plus critiques. L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, par rapport à l'équilibre entre les délais de forclusion du droit national et la nécessaire effectivité du droit de l'Union, a largement critiqué les considérants d'un arrêt de la Cour[1849]. Il a souligné « qu'il s'agit d'*obiter dicta* qui ne se reflètent pas sur le dispositif des arrêts, il s'agit d'assertions tautologiques, dépourvues de toute motivation, qui n'explicitent pas pour quelles raisons de fond un délai de cette durée satisferait au principe d'effectivité. Pour la Cour, le droit communautaire admet les délais raisonnables, et un délai de trois ans l'est, sans autre explication »[1850]. Si elles remplissent une fonction importante dans la justification du juge européen car elles étoffent la motivation, les considérations surabondantes peuvent aussi altérer la compréhension du raisonnement du juge.

---

européennes », préc., p. 86.

[1846] *Ibidem*.

[1847] L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », préc.

[1848] V. les Conclusions de l'Avocat général Roemer sous l'affaire CJCE, 12 juillet 1962, Pays-Bas c/ Haute Autorité, aff. 9/61, Rec. p. 413.

[1849] CJCE, 15 septembre 1998, Edis, aff. C-231/96, Rec. p. I-4951, pts 35 et 44 ; CJCE, 15 septembre 1998, Spac, aff. C-260/96, Rec. p. I-4997, pts 19 et 27.

663. Enfin on peut mettre en évidence une autre technique de la Cour favorisant l'acceptabilité de ses décisions. Dans certaines affaires, elle apporte par des considérations liminaires certaines précisions quant au litige et à son appréciation. Si cette technique est parfois utilisée pour circonscrire son appréciation lorsque les parties sont en désaccord sur la portée de certains éléments[1851] ou pour circonscrire la portée temporelle du droit applicable[1852], elle est également utilisée à une fin d'acceptabilité de la décision. Ainsi, le contentieux des notaires suscitait beaucoup d'inquiétudes de la part des Etats Membres dont les législations étaient mises en cause par la Commission[1853]. Il est symptomatique que la Cour ait pris le soin de préciser que le grief de la Commission portait uniquement sur la condition de la nationalité dans le cadre de la liberté d'établissement. Comme le souligne Mme Michel « il en résulte deux conséquences : elle ne jugera pas du statut et de l'organisation du notariat dans les États Membres ; par ailleurs, le droit de l'Union pertinent ne comprend pas la libre prestation de services, ce qui exclut les débats qui auraient inévitablement conduit à envisager les incidences, sur l'application du droit primaire et le raisonnement du juge, que peut avoir l'exclusion des notaires du champ d'application de la directive services »[1854]. Cette précision permet *ex ante* d'apaiser les conséquences de la jurisprudence de la Cour puisque ses effets sont circonscrits.

664. D'un point de vue formel, le style de motivation du juge multilatéral s'inscrit dans la tradition continentale, néanmoins, comme Mme Ruiz Fabri l'a mis en évidence, il est « dans son contenu, sous forte influence anglo-saxonne »[1855]. Celle-ci résulte, pour cet auteur, de la prédominance du recours à l'anglais par les juges puisque le rapport est rédigé en anglais, avant d'être traduit. Le premier matériau du juge, le texte des Accords, est donc utilisé dans sa version anglaise notamment en termes d'interprétation. De plus, le juge de l'OMC s'entoure

---

[1850] V. les Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous l'affaire CJCE, 16 juin 2004, Rechio - Cash & Carry, aff. C-30/02, Rec. I-6051, pt. 24.
[1851] CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Commission c/ Pays-Bas.
[1852] CJUE, 8 décembre 2011, aff. C-157/10, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.
[1853] CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, aff. C-47/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ France, aff. C-50/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-51/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-52/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-53/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Allemagne, aff. C-54/08 ; CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Grèce, aff. C-61/08 : *Europe* 2011, com. 248, obs. V. MICHEL.
[1854] V. MICHEL, Europe 2011, com. 248.
[1855] H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., p. 127.

principalement de personnels issus d'universités ou de cabinets d'avocats américains, ce qui imprime aux rapports une influence de cette vision de la motivation.

665. Un premier élément d'acceptabilité de la motivation ressort de la méthode interprétative du juge multilatéral. En effet, l'identification des méthodes et le rattachement à la Convention visent à « fonder la légitimité de la démarche interprétative adoptée. Cette méthodologie sert sans doute, mieux que toute autre, l'objectif vers lequel l'Organe d'appel oriente tout l'exercice de sa compétence d'interprétation »[1856]. Le recours à la Convention de Vienne permet au juge de fonder l'interprétation sur le texte des Accords et de la confirmer au regard du contexte et de l'objet de la disposition. De cette façon, l'interprétation des dispositions des accords selon leur sens ordinaire « a largement évité à l'Organe d'appel les critiques quant au fait que ses rapports aient accru ou diminué les droits ou obligations contenus dans les Traités »[1857]. Cette méthode est en outre respectueuse de la volonté des Membres qui est une préoccupation majeure du juge de l'Organisation mondiale du commerce[1858]. De même, l'affirmation par le juge selon laquelle l'interprétation doit veiller au respect « du texte et de l'équilibre voulu par les négociateurs »[1859] atteste de sa volonté de ne pas dépasser le cadre de sa mission et de ne pas augmenter ou diminuer les droits des Membres de l'OMC. L'acceptabilité de ses décisions constitue un souci constant pour le juge de l'OMC, notamment au regard de la question récurrente de son activisme. En conséquence, il adopte dans ses rapports une approche très casuistique et prend soin de circonscrire précisément ce qu'il juge ou ne juge pas, ce qu'il exprime ou n'exprime pas. De cette façon, l'Organe d'appel précise dans certains rapports la motivation du Groupe spécial[1860]. Il circonscrit également la portée de ses appréciations. Dans le rapport Mexique — Sirop de

---

[1856] H. RUIZ FABRI, « La procédure et la jurisprudence », Secrétariat d'Etat au commerce extérieur, L'O.M.C. et son tribunal, Notes bleues de Bercy, n° spécial, juillet 2000.

[1857] C. D. EHLERMANN, « Reflections on the Appellate Body of the WTO », préc., p. 699, notre traduction « has largely protected the appellate body from criticism that its reports have added to or diminished the rights and obligations in the covered agreements ».

[1858] H. RUIZ FABRI, « La procédure et la jurisprudence », préc.

[1859] *Ibidem*.

[1860] Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, § 131, les Membres de l'Organe d'appel précise qu' « a [leur] avis, le Groupe spécial ne donnait pas à entendre, dans cette phrase, que l'interprétation par le SECOFI des dispositions légales applicables était 'admissible' ».

maïs[1861], il prend par deux fois le soin de préciser qu'il ne se prononce pas sur une question. Par rapport à l'applicabilité des obligations générales en matière de consultations préalables dans le cadre du recours à l'article 21.5 du MARD, il précise « que même si les obligations de nature générale énoncées dans le Mémorandum d'accord concernant les consultations préalables étaient applicables aux recours au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord – question sur laquelle nous ne nous prononçons pas – le manquement à ces obligations n'aurait pas pour effet d'ôter au Groupe spécial la compétence de traiter et de régler la question ». Dans le même rapport, il souligne qu'il ne se prononce qu'au regard d'une seule des quatre exigences déduites de l'article 6.2 du MARD en matière de consultations préalables[1862]. Par ailleurs, il faut relever que le juge multilatéral est moins réceptif que la Cour à la technique de l'*obiter dictum*. Si l'Organe d'appel ne condamne pas le recours à cette technique par les Groupes spéciaux[1863], il évite de se prononcer sur les points non nécessaires à la résolution du différend qui lui est soumis[1864].

666. Enfin, les arguments des parties, voire des tierces parties, sont complètement intégrés dans la motivation du juge. En effet, ils apparaissent naturellement dans la présentation du litige mais le juge multilatéral ne se contente pas de les énoncer, il les intègre à son raisonnement pour les accepter ou les réfuter. Cela lui permet, d'une part, de montrer aux parties que leurs arguments ont été pris en compte correctement, par l'exposé dans le rapport, et d'autre part, d'expliquer précisément pourquoi certains arguments ne sont pas retenus. Ce mouvement est d'autant plus perceptible lorsque le juge doit interpréter une notion pour la première fois. Dans le différend Canada aéronefs, alors qu'il devait se prononcer sur la notion d'avantages dans le cadre de l'Accord SMC et déterminer si cette notion devait s'entendre comme un coût pour les pouvoirs publics, il reprend les arguments canadiens dans son

---

[1861] *Idem*, §§ 65 et 69.
[1862] *Id.*, § 69.
[1863] Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R, § 110, l'Organe d'appel qualifie certains éléments du rapport du Groupe spécial d' « observation purement factuelle et gratuite » et estime qu'il ne s'agit donc pas d'une « une constatation ou conclusion juridique » qu'il doit examiner en appel.
[1864] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, § 510. Les Membres de l'Organe d'appel précisent « par conséquent, bien que nous reconnaissions qu'il puisse y avoir des affaires dans lesquelles il serait utile que nous examinions une question nonobstant le fait que fait que notre décision ne conduirait pas à l'adoption de décisions et recommandations par l'ORD, nous ne voyons aucune raison impérative de le faire en l'espèce ».

raisonnement pour les rejeter systématiquement[1865]. De même, dans l'affaire États-Unis Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada[1866], il devait interpréter la notion de biens ; il rejette l'approche que le Canada proposait mais non sans avoir réfuté les arguments de cet Etat.

667. Le juge de l'Union et le juge de l'OMC ont développé leur propre style de motivation. S'ils partagent la même volonté de convaincre, elle n'engendre pas nécessairement le recours à des techniques similaires. Certes, les deux juges intègrent les arguments des parties dans leur motivation, notamment pour les réfuter et circonscrivent la portée de leur jugement dans certaines affaires. Toutefois, la motivation abondante de la Cour intègre de nombreux *obiter dicta*, technique à laquelle le juge multilatéral a moins recours. Cette différence s'explique certainement par les positions institutionnelles différenciées des juges, l'Organe d'appel doit encore asseoir son autorité. Enfin, la volonté de convaincre et la motivation abondante ont nécessairement un effet sur le volume du jugement. A cet égard, M. Dumon souligne que les arrêts de la Cour « ont la longueur ou l'étendue que commandent les nécessités de répondre aux moyens produits et de fournir une motivation structurée, compréhensive et suffisante »[1867]. On peut toutefois objecter que la longueur excessive de certains arrêts ou de certains rapports limite l'accessibilité et l'intelligibilité de la décision du juge[1868].

668. L'obligation de motivation qui pèse sur le juge européen et sur le juge multilatéral, leur position institutionnelle et les influences auxquelles ils sont soumis, les ont menés à motiver leurs décisions dans un style particulier. Ces styles peuvent présenter des ressemblances en ce qu'ils véhiculent la même volonté de persuader. L'étude de la motivation

---

[1865] Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, rapport du Groupe spécial du 14 avril 1999, WT/DS70/R §§ 9.111-9.120 ; Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, rapport de l'Organe d'appel du 12 août 1999, WT/DS70/AB/R, §§152 et s.

[1866] États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R, §§ 61-67.

[1867] F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », préc., p. III-29 et s.

[1868] Pour l'Union le phénomène se manifeste surtout en droit de la concurrence, pour une critique de ce phénomène à l'OMC V. A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, « On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking », préc., p. 1349, ces auteurs relèvent que l'accessibilité de la décision « also militates against decisions whose reasoning is so long and complex that even most experts are unable to criticize it with any depth, not least for time constraints. The WTO provides a number of examples for lengthy reports that are for that reason hard to understand and to critique » ; RUIZ FABRI, « La motivation

suppose enfin que soient analysées les modalités de construction de la motivation au sein de la juridiction.

Paragraphe II Le style de la motivation et l'organisation de la juridiction

669. La motivation de la décision du juge européen ou du juge de l'OMC n'est pas le fruit de l'arbitraire, au contraire, elle est naturellement le résultat d'un compromis au sein de la juridiction (B). Cependant, avant cette ultime étape qui scelle le jugement, la formation de la motivation fait également intervenir l'Avocat général à la Cour (A).

A Le rôle de l'Avocat général dans l'Union

670. Initialement, les rédacteurs des Traités européens n'avaient pas envisagé d'adjoindre à la Cour des Avocats généraux[1869]. Pourtant, la fonction a été créée, sur proposition française, alors que le secret du délibéré interdisait de prévoir le mécanisme des opinions dissidentes à la Cour. L'Avocat général a ainsi été conçu afin de permettre qu' un « large débat public puisse s'ouvrir sur les questions soumises à la Cour »[1870] en l'absence d'opinions dissidentes. En dépit de cette généalogie, l'Avocat général se présente comme une institution originale qui s'est émancipée de la figure du Commissaire du gouvernement français et qui, par ailleurs, ne représente pas nécessairement la dissidence à la Cour. M. Darmon a ainsi souligné que parmi

---

des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., p. 105.

[1869] P. LEGER, « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer. L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p. 260-278, sp. pp. 262-263 ; A. BARAV, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1974. pp. 809-826, sp. p.p 819-820. Sur la fonction de l'Avocat général V. L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; J.A. CARRILLO SALCEDO, « La figura del abogado general en las comunidas supranacionales europeas : naturaleza jurídica y función », *Revista Española de Derecho Internacional*, 1959, pp. 119-130 ; P. GORI, « L'avocat général à la Cour de Justice des Communautés européennes », *CDE*, 1976, pp. 375-393 ; K. BORGSMIDT, « The Advocate General at the European Court of Justice : A Comparative Study », *ELR*, 1988, pp. 10-119 ; M. DARMON, « La fonction d'avocat général à la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 75-81 ; T. TRIDIMAS, « The role of the Advocate General in the development of Community Law : Some reflections », *CMLR*, 1997, pp. 1349-1387.

[1870] P. LEGER « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communauté européenne », préc., p. 263.

« les systèmes juridictionnels des Etats Membres, l'avocat général à la Cour de justice a peut-être quelques cousins éloignés. Il n'a pas de frères. Encore moins a-t-il de jumeaux »[1871].

671. En vertu du Traité, les Avocats généraux « assistent »[1872] la Cour. Plus précisément, « l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui, conformément au statut de la Cour de justice de l'Union européenne, requièrent son intervention »[1873]. La figure de l'Avocat général est singulière, il prononce ses conclusions en son nom propre alors que les juges sont soumis au principe de collégialité. Mais surtout, il est à la croisée des chemins : il n'est pas une partie, pas un juge et ne peut être apparenté à la doctrine. Il occupe un statut particulier au sein de la Cour, celle-ci a précisé que « l'avocat général participe ainsi publiquement et personnellement au processus d'élaboration de la décision de la Cour et, partant, à l'accomplissement de la fonction juridictionnelle confiée à cette dernière. Les conclusions sont d'ailleurs publiées avec l'arrêt de la Cour »[1874]. Organes indépendants, puisque les Avocats généraux « ne sont pas chargés de la défense de quelque intérêt que ce soit »[1875], ils participent à la mission de la Cour mais leurs conclusions ne lient pas le juge[1876]. Malgré cela, leur rôle par rapport à la motivation est fondamental. Selon M. Lagrange « que les conclusions soient conformes ou contraires à la solution adoptée, celle-ci se trouve éclairée et même confortée ; que ce soit par analogie ou par opposition »[1877], en ce sens les conclusions aident à la compréhension de la motivation et du jugement de la Cour. M. Ritleng dresse un constat similaire et considère que les conclusions « participent de la motivation de l'arrêt »[1878]. A l'instar de M. Lagrange, il souligne que les conclusions enrichissent implicitement la motivation du juge parce qu'elles permettent de mieux saisir la décision

---

[1871] M. DARMON, « La fonction d'avocat général à la Cour de Justice des Communautés européennes », préc., p. 76.
[1872] V. l'article 19§2 TUE au titre duquel « la Cour de justice est composée d'un juge par État Membre. Elle est assistée d'avocats généraux », l'article 252 TFUE précise que « la Cour de justice est assistée de huit avocats généraux ».
[1873] Article 252 alinéa 2 TFUE.
[1874] CJCE, ord. 4 février 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98, Emesa Sugar, Rec. p. I-675, pt. 15.
[1875] CJCE, ord. 4 février 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98, Emesa Sugar, Rec. p. I-675, pt. 12.
[1876] V. notamment CJUE, 11 avril 2013, Novartis Pharma, aff. C-535/11, pt. 31.
[1877] M. LAGRANGE cité par A. BARAV, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. 820, note 58.
[1878] D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 161. Pour un point de vue similaire V. R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », préc., p. 76.

adoptée. Mais le rôle de l'Avocat général va au-delà d'un simple éclairage de la jurisprudence. Ainsi, il existe une dialectique entre les arrêts et les conclusions. En outre, l'Avocat général est celui qui offre, parfois, un regard critique sur la jurisprudence. Enfin l'Avocat général est en quelque sorte l'interface entre la doctrine, le monde extérieur au droit et le juge.

672. La première fonction de l'Avocat général est de proposer une solution à la Cour. A ce titre, il peut participer de l'enrichissement de la motivation de la décision du juge. D'une part en ce qu'il propose une solution[1879], celle-ci peut être reprise ou rejetée par le juge[1880]. Les conclusions constituent alors le contrepoint de l'arrêt de la Cour. D'autre part, les conclusions peuvent également participer directement de la motivation lorsque la Cour renvoie explicitement aux conclusions de l'Avocat général[1881]. Ce renvoi du juge aux Conclusions a plusieurs fonctions. Le renvoi aux conclusions permet, tout d'abord « d'alléger »[1882] la motivation. Ainsi, la Cour opère un renvoi aux conclusions par rapport à certains éléments de faits ou, en matière préjudicielle, par rapport au droit national[1883]. Mais lorsque le juge renvoie directement aux conclusions par rapport à un point de droit, celles-ci enrichissent la motivation[1884]. M. Mehdi souligne que ce type de renvoi s'opère « à titre confortatif ». Dans cette hypothèse, le renvoi « tend à parer le point de vue adopté par la Cour d'une évidence

---

[1879] Sur ce point M. Léger souligne l'absence de spécialisation des Avocats généraux, il est donc possible qu'une même chambre soit au même moment en possession de plusieurs jeux de conclusions proposant des solutions concordantes ou divergentes sur un même thème. Pour cet auteur, ce phénomène permet d'autant plus à la chambre de prendre en considération toutes les données du problème. V. P. LEGER, « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communauté européenne », préc., pp. 266-267.

[1880] En cas de divergence entre la décision du juge et les conclusions, M. Ritleng souligne que les conclusions peuvent alimenter le désaccord, voire les critiques, à l'encontre de la solution de la Cour en ce qu'elles « donnent à voir qu'une autre solution était possible », D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 161.

[1881] V. par exemple CJCE, 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine, , aff. C-127/07, p.I- 9895, pts 36, 45, 63 ; CJUE, 21 mars 2013, RWE Vertrieb, aff. C-92/11, pts 28, 37 54 ; CJUE, 11 juillet 2013, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-576/10, pts 31, 52, 61.

[1882] O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 183-207, sp. p. 194.

[1883] V. par exemple CJUE, 21 mars 2013, RWE Vertrieb, aff. C-92/11, pt. 37.

[1884] Cette pratique est reçue de façon diverse par la doctrine. Il peut être souligné que le renvoi aux conclusions interpelle lorsque la Cour ne suit pas les conclusions V. D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 162. De même, M. Dubos s'étonne d'un renvoi aux conclusions alors que la Cour aurait pu se référer à sa propre jurisprudence, O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », préc., pp. 194-195. Enfin, M. Coutron critique également cette pratique qui serait source d'insécurité juridique notamment L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », préc., p. 676.

constatée de manière convergente par la formation de jugement et l'avocat général »[1885]. Dans ce cas, la Cour cherche à mettre en lumière par la convergence le caractère inexorable de sa décision. En dehors de ces hypothèses, les conclusions participent de la motivation et de la compréhension de la jurisprudence par d'autres voies.

673. Alors que les juges sont tenus de trouver un compromis qui peut parfois obscurcir la motivation, les conclusions ne reflètent aucun compromis mais bien souvent toutes les solutions envisageables. Elles offrent ainsi à l'observateur un panorama des solutions possibles mais qui n'ont pas été retenues dans le jugement et que le juge a rejeté implicitement. De plus, les conclusions comprennent très souvent l'enjeu concret soulevé car l'affaire soumise à la Cour[1886]. Par ailleurs, l'Avocat général élargit l'analyse du contexte et du droit applicable au litige. Contrairement à la Cour, qui a fait le choix de tenir hors de la motivation les éléments extra juridiques tels que des données sociales, politiques ou économiques, l'Avocat général est libre de faire référence à ces données, voire de les utiliser[1887]. La lecture des conclusions éclaire alors le jugement à l'aune d'éléments extra juridiques et offre une mise en perspective. En outre, l'Avocat général est l'interface entre la doctrine et le juge[1888]. Enfin, les conclusions offrent également un retour parfois critique sur la jurisprudence de la Cour. A cet égard, les conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire UPA sont topiques[1889]. Alors que les difficultés de l'accès au prétoire des requérants non privilégiés étaient en jeu, l'Avocat général précise, dès le début de ses conclusions, qu'il propose à la Cour de modifier sa jurisprudence en matière d'affectation individuelle, se faisant le porte-parole de critiques émanant de Membres de la Cour ou de la doctrine. Dans cette optique, l'opposition des Avocats généraux à la jurisprudence de la Cour en matière

---

[1885] R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », préc., p. 76.

[1886] V. par exemples les Conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous l'affaire CJUE, 12 mai 2011, Ving Sverige, aff. C-122/10, Rec. p. I-3903. Dans ses Conclusions, l'Avocat général précise que cette affaire suppose que la Cour définisse pour la première fois la notion d'invitation à l'achat figurant dans la directive 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JO n° L 149, 11 juin 2005, p. 22).

[1887] V. par exemple les Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, aff. C-42/07, Rec. p. I-4733. Aux points 15 à 32 de ses Conclusions l'Avocat général expose la variété des jeux d'argent dans les société actuelles, les enjeux économiques de ces activités ainsi que les risques des jeux d'argent .

[1888] V. Chapitre II, Titre II, Partie II.

[1889] V. les Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil, Rec. p. I-6677.

d'effet direct horizontal des directives non transposées[1890], et les arguments de ces derniers, constituent un contrepoint à la motivation et au raisonnement de la Cour.

674. Dans l'Union, les conclusions de l'Avocat général interviennent en amont du délibéré, c'est-à-dire avant le moment où les juges se réunissent pour trancher le litige. Cette phase de prise de décision au sein de la juridiction et les conditions qui l'entourent emportent également des conséquences en termes de motivation des décisions de la Cour et du juge de l'OMC.

B Le compromis au sein de la juridiction

675. En dehors de quelques hypothèses, le jugement n'est pas, dans l'Union et dans l'OMC, l'œuvre d'un seul Membre de la juridiction[1891]. La « fabrication » du jugement fait donc intervenir plusieurs juges à la Cour ou Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Il en découle un nécessaire compromis, sinon entre tous les Membres, au moins entre une majorité d'entre eux. L'analyse des conditions de ce compromis (1) permet de mettre en évidence les conséquences qu'il peut avoir sur la motivation (2).

1 Les conditions du compromis

676. La Cour peut statuer en formations de jugement différentes, elle est composée de chambres comprenant trois ou cinq juges, elle peut également siéger en grande chambre ou en assemblée plénière[1892]. A l'OMC, les Groupes spéciaux sont normalement composés de trois

---

[1890] V. les Conclusions de l'Avocat général Van Gerven sous l'affaire CJCE, 2 août 1993, Marshall, aff. C-271/91, Rec. p. I-4367 ; les Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 3 mars 1994, Vaneetveld, aff. C-316/93, Rec. p. I-763 ; les Conclusions de l'Avocat général Lenz sous l'affaire CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. p. I-3325.

[1891] Toutefois, au sein de l'OMC, un arbitre peut statuer seul en matière de délais conformément à l'article 21.3c du MARD. Dans l'Union, le Président et le Vice Président de la Cour et le Président du Tribunal statuent seuls sur les demandes de mesures provisoires en vertu de l'article 39 du Statut de la Cour.

[1892] V. l'article 16 du Statut de la Cour « La Cour de justice constitue en son sein des chambres de trois et de cinq juges. Les juges élisent parmi eux les présidents des chambres. Les présidents des chambres à cinq juges sont élus pour trois ans. Leur mandat est renouvelable une fois. La grande chambre comprend quinze juges. Elle est présidée par le président de la Cour. Font aussi partie de la grande chambre le vice-président de la Cour ainsi que, dans les conditions déterminées par le règlement de procédure, trois des présidents des chambres à cinq juges et d'autres juges. La Cour siège en grande chambre lorsqu'un État Membre ou une institution de l'Union qui est partie à l'instance le demande. La Cour siège en assemblée plénière lorsqu'elle est saisie en application de l'article 228, paragraphe 2, de l'article 245, paragraphe 2, de l'article 247 ou de l'article 286, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En outre, lorsqu'elle estime qu'une

Membres[1893], quant à l'Organe d'appel, il est composé de sept Membres mais seuls trois Membres siègent lors de l'examen d'un différend[1894]. Il n'est pas anodin que le droit de l'Union et de droit de l'OMC prévoient que les juges statuent à plusieurs. Ce principe de collégialité permet en effet de garantir l'impartialité des juges ainsi qu'un échange de vues qui témoigne d'une réflexion dans la résolution des litiges. En effet, « c'est la délibération qui distingue l'homme de l'automate »[1895]. Ce principe de collégialité est d'ailleurs particulièrement important au sein de l'Organe d'appel[1896]. Il figure à l'article 4 des Procédures de travail pour l'examen en appel. Cette disposition prévoit que la section qui examine un différend doit échanger avec les autres Membres de l'Organe d'appel avant de rendre son rapport[1897]. Le principe de collégialité implique ainsi que les juges délibèrent pour adopter leurs décisions. Le délibéré est secret dans l'Union[1898] comme dans l'OMC[1899], le secret du délibéré visant selon le Conseil d'Etat à « assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions »[1900]. S'il est impossible de déterminer comment se déroulent les délibérations, il est en revanche certain que celles-ci supposent un accord ou un

---

affaire dont elle est saisie revêt une importance exceptionnelle, la Cour peut décider, l'avocat général entendu, de renvoyer l'affaire devant l'assemblée plénière ».

[1893] V. l'article 8.5 du MARD « les Groupes spéciaux seront composés de trois personnes, à moins que les parties au différend ne conviennent, dans un délai de 10 jours à compter de l'établissement du Groupe spécial, que celui-ci sera composé de cinq personnes. Les Membres seront informés dans les moindres délais de la composition du Groupe spécial ».

[1894] V. l'article 17.1 du MARD « Un organe d'appel permanent sera institué par l'ORD. Cet organe connaîtra des appels concernant des affaires soumises à des Groupes spéciaux. Il sera composé de sept personnes, dont trois siégeront pour une affaire donnée. Les personnes faisant partie de l'Organe d'appel siégeront par roulement. Ce roulement sera déterminé dans les procédures de travail de l'Organe d'appel ».

[1895] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Rhétorique et philosophie. Pour une théorie de l'argumentation en philosophie*, Paris, PUF, 1952, p. 42.

[1896] V. DONALDSON, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », préc., p. 1325. D'anciens Membres de l'Organe d'appel ont souligné l'importance du principe au sein de l'Organe d'appel, V. C-D. EHLERMANN, « Reflections on the Appellate Body of the WTO », préc. : C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », préc., pp. 612-613 ; P. VAN DEN BOSSCHE, « From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », préc.

[1897] Article 4 des Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/W/9.

[1898] V. l'article 2 du Statut de la Cour et l'article 35 du Statut de la Cour, V. J.-P. PUISSOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis,* Paris, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 121-132 ; A. TOUFFAIT, « Réflexion d'un magistrat français sur son expérience de juge à la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1983, pp. 283-299.

[1899] V. l'article 14 du MARD pour les Groupes spéciaux et l'article 17 pour les Groupes spéciaux.

[1900] CE, 17 novembre 1922, Légillon, Rec. Lebon p. 849.

compromis entre les Membres de la Cour et de l'Organe d'appel ou entre une majorité d'entre eux[1901].

677. Dans l'Union, les Membres de la Cour ne peuvent exprimer d'opinions séparées qu'elles soient dissidentes ou concordantes. En revanche, les Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel peuvent exprimer des avis anonymes qui sont insérés dans les rapports[1902]. Ces éléments qui entourent la « fabrication » des décisions du juge ont une influence sur la motivation adoptée.

2 L'effet du compromis

678. Dans l'Union, l'absence d'opinions séparées a pour effet de donner une certaine autorité aux jugements qui sont imputables à la juridiction et non à quelques-uns de ses Membres. Cela est d'ailleurs renforcé par le fait que les arrêts mentionnent le nom des juges siégeant au sein de la chambre ainsi que celui du juge rapporteur, mais ne précise pas si l'arrêt a été adopté à la majorité ou à l'unanimité[1903]. Ces deux éléments renforcent également le sentiment qu'il n'y a qu'une seule issue possible au litige, le jugement ne porte pas la critique ou les doutes de certains de ses Membres, ce qui en accroît l'acceptabilité en lui assurant son autorité.

679. A l'OMC, le choix d'autoriser des avis anonymes constitue une solution médiane entre l'absence de dissidence et la publication d'opinions nominales des juges. L'avis figure directement dans le rapport après le passage que le Membre souhaite désapprouver, compléter

---

[1901] V. l'article 17 du Statut de la Cour « la Cour de justice ne peut valablement délibérer qu'en nombre impair. Les délibérations des chambres composées de trois ou de cinq juges ne sont valables que si elles sont prises par trois juges. Les délibérations de la grande chambre ne sont valables que si onze juges sont présents. Les délibérations de la Cour siégeant en assemblée plénière ne sont valables que si dix-sept juges sont présents. En cas d'empêchement de l'un des juges composant une chambre, il peut être fait appel à un juge faisant partie d'une autre chambre dans les conditions déterminées par le règlement de procédure ». A l'OMC, l'article 3.2 des procédures de travail précise que le consensus doit être recherché mais qu'à défaut le principe majoritaire s'applique. Comme le souligne M. Dubos, le délibéré implique la « recherche d'un 'compromis', pour sinon dessiner un consensus, du moins dégager une majorité », O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », préc., p. 190.

[1902] V. l'article 14. 3 du MARD en vertu duquel « les avis exprimés dans le rapport du Groupe spécial par les personnes faisant partie de ce groupe seront anonymes » et l'article 17.11 du MARD selon lequel « les avis exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel par les personnes faisant partie de cet organe seront anonymes ».

[1903] Au contraire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par exemple.

ou conforter[1904]. Les Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ont peu recours à cette pratique[1905], évitant ainsi la « cacophonie »[1906] de certaines juridictions. Quant à la portée des avis, elle est naturellement difficile à déterminer. Ces avis peuvent affaiblir le caractère persuasif de la motivation, et ce d'autant plus qu'il sont insérés dans le rapport, les destinataires en ayant ainsi nécessairement connaissance. En dépit de leur absence de force obligatoire, ces avis anonymes mettent à mal l'unité des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. En cas d'avis divergent, la mise en lumière des « doutes » ou de la « déviance »[1907] peut alimenter l'argumentation des Membres de l'OMC dans des différends ultérieurs[1908]. Mme Ruiz Fabri souligne cependant que l'avis anonyme permet de présenter la décision du juge, en évitant « des compromis susceptibles d'altérer sa compréhensibilité (tentation des non-dits, des ambiguïtés, voire contradictions), de la rendre artificielle, tout en réduisant la sécurité juridique et la prévisibilité à une façade »[1909]. En effet, la motivation est le fruit d'un compromis. Dès lors, les désaccords entre les juges, dont la possibilité croît avec le nombre de juges siégeant[1910], peut nuire à la motivation. En cas de désaccord, la plus simple façon de parvenir à un compromis « consiste le plus souvent à rayer une phrase controversée dans le projet d'arrêt, ou à rechercher une formule 'neutre' susceptible d'exprimer deux ou plusieurs opinions »[1911]. La dissidence constituerait alors un gage de lisibilité de la décision du juge et de la motivation[1912]. Certains arrêts de la Cour attestent de ces difficultés[1913] et donnent le

---

[1904] Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 28 mars 2001, WT/DS135/AB/R, §§ 149-154.

[1905] V. cependant Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, rapport du Groupe spécial du 12 mars 1998, WT/DS69/R, §§ 289-292, un Membre du Groupe spécial précise ne pas souscrire à une conclusion du Groupe spécial ; États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport du Groupe spécial du 6 janvier 1997, WT/DS33/R, §§ 7.18-7.19 ; États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 17 juillet 2009, WT/DS/165/R, §§ 6.60-6.61 ; États-Unis — Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, rapport du Groupe spécial du 3 juillet 2002, WT/DS213/R, §§ 10.1-10.15 ; États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R, §§ 631-641.

[1906] Selon l'expression de M. FLAUSS par rapport à la Cour européenne des droits de l'Homme, J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1996, p. 1005.

[1907] C. JAUFFRET-SPINOSI, « Présentation », préc., p. 760.

[1908] V. par exemple Taiwan qui, en tant que tierce partie, se réfère à une opinion dissidente dans le différend États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro), rapport de l'Organe d'appel du 18 avril 2006, WT/DS294/AB/R, § 104.

[1909] H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., p. 108.

[1910] L. WELAMSON, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », préc., p. 516.

[1911] *Ibidem*.

[1912] *Ibid*.

sentiment que, faute d'accord entre les Membres de la Cour, celle-ci a délibérément recours à une motivation assez sibylline[1914] qui pourra s'accommoder de plusieurs évolutions futures sans nuire à la cohérence d'ensemble de la jurisprudence.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

680. La motivation est l'expression du raisonnement du juge. L'obligation de motivation pèse sur le juge européen et le juge de l'OMC en raison de la fonction qu'ils exercent. L'obligation de motivation est alors le contrepoids de leur pouvoir. Cette obligation est néanmoins plus prégnante pour ces deux juges qui doivent également faire accepter leurs décisions. En conséquence, leurs styles de motivation s'enrichissent de techniques de persuasion ou de procédés rhétoriques visant à persuader leurs auditoires respectifs. Cette contrainte sur la motivation du juge de l'Union européenne et du juge de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les influences auxquelles ils sont soumis, ont mené ces juges à développer leur style propre en la matière. Adeptes de motivations abondantes, ils présentent leurs décisions comme des syllogismes ou des successions de syllogismes tout en ayant recours à un style discursif qui inclut largement les arguments des parties. Ils mêlent ainsi la dimension formelle de l'autorité et de la rationalité avec un style discursif qui est davantage empreint de persuasion. Enfin, la formation de la motivation au sein de ces juridictions relève de conditions différentes. Le rôle de l'Avocat général près la Cour de justice est à cet égard décisif, les conclusions étant très souvent une façon d'enrichir ou d'éclairer la motivation du juge européen. Par ailleurs, le compromis entre les Membres de la juridiction peut mener à deux constats divergents. Il est facteur d'autorité car la juridiction endosse la décision qui s'impose comme étant la seule possible. A ce titre, l'absence de dissidence à la Cour a participé de la construction de son autorité. A l'OMC, la dissidence est permise mais encadrée. Les avis sont anonymes et les Membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel y ont peu recours, renforçant l'unité du juge et son autorité. Néanmoins, le

---

[1913] V. CJUE, 8 mars 2001, aff. C-34/09, Zambrano, Rec. p. I-1177 ; CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, aff. C-438/05, Rec. p. I-10779.

[1914] Comme le souligne M. Dubos « la rédaction de certains arrêts témoigne de la difficulté qu'ont probablement eue les juges à s'accorder sur une solution », O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », préc., p. 190.

compromis qui s'avère nécessaire entre les juges peut également nuire à la motivation. Le raisonnement du juge apparaît alors comme peu clair. La motivation ne constitue que la dimension formelle de l'acceptabilité de la décision du juge, en effet, la teneur matérielle du raisonnement est également un vecteur d'acceptabilité des jugements et de la jurisprudence.

Chapitre II La dimension matérielle

681. L'acceptabilité de la décision de justice est un phénomène difficile à appréhender tant il semble fonction de l'auditoire du juge et finalement de chaque destinataire de la décision. Si la motivation de la décision est fondamentale, elle ne constitue pas le seul facteur d'acceptabilité. Naturellement, dans l'OMC, la partie qui l'emporte adhère plus facilement aux constatations. De même dans l'Union européenne, l'Etat mis en cause par la Commission mais pour lequel la Cour reconnaît qu'il n'a pas manqué à ses obligations, accepte la décision du juge et l'accueille avec soulagement. Néanmoins, il s'agit là d'une acceptabilité subjective qui explique l'acceptation des jugements par certaines parties mais n'explique finalement pas l'acceptabilité de la jurisprudence. Il appert que ce phénomène d'adhésion peut également dépendre du raisonnement mené par le juge. Une première analyse montre que l'ouverture du raisonnement à des rationalités externes constitue un facteur d'acceptabilité. Le juge ouvre son appréciation et y intègre des rationalités qui lui sont extérieures, elles peuvent être techniques ou doctrinales (Section I). Le second élément expliquant l'acceptabilité de la décision du juge et de la jurisprudence est la cohérence. Le raisonnement du juge est à ce titre un instrument qui peut être mis au service de cet impératif de construction de la cohérence de la juridiction et de la jurisprudence (Section II).

Section I L'ouverture aux rationalités externes

682. « Le juge est source exclusive de justice sans être source exclusive de lumière. Il a ses lumières mais il a besoin de celles des autres »[1915]. Si le juge ne peut ignorer les savoirs qui lui sont extérieurs, il est nécessaire d'analyser lesquels il intègre éventuellement dans son raisonnement et la raison pour laquelle il a recours à ce processus. Deux types de rationalités doivent être différenciées ici. Le juge peut en premier lieu s'ouvrir à des rationalités expertales. Ce faisant, il ouvre son raisonnement à des savoirs, techniques ou doctrinaux, qui

[1915] G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, G. CORNU (dir.), Paris, PUF, 1976, p. 107, sp. p. 108.

lui sont extérieurs (§1er). Cette porosité du raisonnement du juge se vérifie en second lieu à l'aune de l'ouverture du raisonnement à des rationalités juridiques. Le juge de l'Union et le juge de l'OMC intègrent alors à leur appréciation des règles juridiques extérieures à l'Union ou à l'OMC, voire la jurisprudence d'autres juges (§2nd).

Paragraphe I Rationalités expertales

683. L'ouverture du juge à des rationalités expertales signifie qu'il incorpore à son raisonnement, au soutien de son discours ou de son appréciation, des références à des domaines extérieurs au droit et donc à sa propre rationalité (A). Ces rationalités techniques se différencient de la référence à la doctrine qui entretient, notamment pour la doctrine juridique, des relations d'analyse voire de critique avec le travail du juge (B).

A Rationalités techniques

684. Des domaines qui ne relèvent pas du droit s'invitent dans le contentieux à l'OMC ou dans l'Union et justifient le recours à des rationalités techniques. La notion de rationalité expertale est entendue largement. Certes la première hypothèse consiste naturellement pour le juge à consulter lui-même des experts[1916]. Mais il apparaît également que le juge est confronté

[1916] Dans l'Union, cette possibilité est prévue à l'article 70 du règlement de procédure « Expertise : 1. La Cour peut ordonner une expertise. L'ordonnance qui nomme l'expert précise la mission de celui-ci et lui fixe un délai pour la présentation de son rapport. 2. Après la présentation du rapport et sa signification aux parties, la Cour peut ordonner que l'expert soit entendu, les parties convoquées. À la demande d'une des parties ou d'office, le président peut poser des questions à l'expert. 3. La même faculté appartient à chaque juge et à l'avocat général. 4. Sous l'autorité du président, des questions peuvent être posées à l'expert par les représentants des parties ». A l'OMC, l'article 13 du MARD prévoit la possibilité pour le juge de demander des renseignements V. l'article 13 du MARD « *Droit de demander des renseignements* 1. Chaque Groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques. Toutefois, avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre. Les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un Groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés. Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis. 2. Les Groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les Groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts. Les règles régissant l'établissement d'un tel groupe et les procédures de celui-ci sont énoncées dans l'Appendice 4 ». Dans l'OMC, cette possibilité est interprétée largement par l'Organe d'appel qui a précisé que les Groupes spéciaux sont à mêmes de décider s'ils ont ou non besoin de renseignements ou d'avis techniques, ils peuvent décider des sources auxquelles ils

à l'économie ou à la science à travers les moyens de preuve présentés par les parties. Enfin, l'emprunt à des rationalités expertales peut simplement découler du choix du juge. Ainsi, l'économie et la science sont deux disciplines auxquelles le juge européen et le juge multilatéral sont confrontés. L'économie s'invite naturellement de par la nature du contentieux. Quant à la science, elle se convie dans le prétoire par un effet retour des règles de l'Union et de l'OMC. Postuler la libre circulation des biens implique nécessairement d'encadrer les législations adoptées, par exemple, pour des raisons de santé publique ou des raisons techniques, leurs fondements scientifiques constituent alors une difficulté pour le juge. Le raisonnement du juge peut s'ouvrir à la rationalité économique (1) et à la rationalité scientifique (2).

1 Rationalité économique

685. Selon M. Savadogo « le recours aux connaissances d'un expert ne se justifie que dans la stricte mesure où les faits litigieux soulèvent des questions de nature technique que le juge ne peut résoudre lui-même. On a donc présumé qu'il manquait la lanterne de Diogène au simple expert du droit qu'est le juge »[1917]. Le recours à l'expertise permet alors au juge de s'armer des connaissances d'un expert pour trancher le litige qui lui est soumis. Dans le différend Inde Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels[1918], le Groupe spécial a par exemple consulté le Fonds monétaire international afin d'obtenir des renseignements quant à la situation des réserves monétaires et de la balance des paiements de l'Etat mis en cause. Dans l'Union, le recours à l'expertise économique est relativement rare. Ce recours relève du choix discrétionnaire du juge et, dans certaines affaires, le juge européen a refusé des demandes d'expertise[1919].

686. Le droit de la concurrence a néanmoins donné lieu à des consultations d'experts dans

---

s'adressent, enfin, il leur appartient de juger de l'importance à accorder à ces renseignements, V. Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 104.

[1917] L. SAVADOGO, « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004. pp. 231-258, sp. p. 244.

[1918] Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du Groupe spécial du 6 avril 1999, WT/DS90/R.

[1919] CJCE, 6 mars 1974, Comercial Solvents c/ Commission, aff. 7/73, Rec. p.223 ; TPICE, 10 mars 1992, Shell c/Commission , aff. T-11/89, Rec. p. II-757.

des affaires extrêmement compliquées et pour lesquelles le juge était aux prises avec des arguments économiques extrêmement divergents[1920]. Dans ce cadre, le juge ouvre son raisonnement à une rationalité extérieure au droit afin de pouvoir précisément exercer sa fonction en disposant des outils économiques nécessaires à cette fin. Par ailleurs, l'appréciation, voire la réfutation, d'arguments économiques soulevés par les parties est facilitée par ce recours à l'expertise. Dans le même temps, elle assure aux parties que le juge a apprécié leurs arguments à l'aune d'une connaissance suffisante de la matière. En ce sens l'expertise peut constituer un élément d'acceptabilité de la décision du juge.

687. S'il apparaît cependant que le juge recourt finalement assez peu à l'expertise économique, les parties y ont massivement recours, la question de l'expertise ressurgit alors au moment où le juge doit statuer sur les dépends[1921]. En effet, la partie qui succombe supporte normalement les dépends de la partie adverse. Or, dans des affaires très complexes les parties ont largement recours aux experts afin d'étayer leurs conclusions et la qualification de ces frais d'expertise économique est fondamentale, notamment au regard des dépends récupérables. Pour le juge, la nature économique des appréciations peut justifier que les parties aient recours à des experts économiques[1922]. S'il reconnaît ainsi l'utilité de l'expertise pour les parties, il encadre néanmoins son impact en matière de dépends. Les expertises doivent être nécessaires au regard du litige, il relève sur ce point que « tel peut notamment être le cas lorsque l'expertise se révèle décisive pour le résultat du litige, de sorte que sa production par une partie a épargné au Tribunal la nécessité d'ordonner une expertise dans le cadre des pouvoirs d'instruction qu'il détient au titre des articles 25 du statut de la Cour de justice et 65 du règlement de procédure du Tribunal »[1923]. Ainsi, même si le juge de l'Union

---

[1920] CJCE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries c/ Commission, aff. 48/69, Rec. p. 619 ; CJCE, 14 juillet 1972, BASF c/ Commission, aff. 49/69, Rec. p. 713 ; CJCE, 14 juillet 1972, Bayer c/ Commission aff. 51/69, Rec. p. 745 ; CJCE, 14 juillet 1972, Geigy AG c/ Commission, aff. 52/69, Rec. p. 787 ; CJCE, 14 juillet 1972, Sandoz c/ Commission, aff. 53/69, Rec. p. 845 ; CJCE, 14 juillet 1972, Francolor c/ Commission, aff. 54/69, Rec. p. 851 ; CJCE, 14 juillet 1972, Cassella Farbwerke Mainkur AG, aff. 55/69, Rec. p. 887 ; CJCE, 14 juillet 1972, Farbwerke Hoechst AG, aff. 56/69, Rec. p. 927 ; CJCE, 14 juillet 1972, Azienda Colori Nazionali - ACNA SpA, aff. 57/69, Rec. p. 933 ; CJCE, 31 mars 1993, Alhström c/ Commission, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117, 125 et 129/85, Rec. p. I-1307 ; TPICE, 27 octobre 1994, Deree c/ Commission , aff. T-35/92, Rec.1994, p. II-957.

[1921] TPICE, ord. 19 décembre 2006, WestLB AG c/ Commision, aff.T-228/99 DEP ; TPICE, ord. 29 octobre 2004, Schneider Electric c/ Commission, aff. T-77/02 DEP. Sur cette problématique V. A.-L. SIBONY, « De l'expertise économique devant le juge communautaire », Revue Lamy de la Concurrence, 2007, pp. 83-85.

[1922] TPICE, ord. 19 décembre 2006, WestLB AG c/ Commision, aff.T-228/99 DEP, pt. 78.

[1923] TPICE, ord. 19 décembre 2006, WestLB AG c/ Commision, aff.T-228/99 DEP, pt. 79.

n'appelle pas lui-même à l'expertise, il intègre dans son raisonnement des éléments apportés par les expertises des parties.

688. Au sein de l'OMC, dans l'affaire États-Unis Coton Upland, le Groupe spécial examine les recherches d'experts économiques citées par les parties. En effet, il souligne que ces recherches ne sont pas unanimes en matière d'incidence des versements anticycliques sur la production[1924]. Si le juge de l'OMC refuse de faire usage de modèles économiques déterminés[1925], il s'appuie sur le discours économique pour justifier certaines de ses appréciations. Dans l'affaire Airbus[1926], les Membres de l'Organe d'appel étayent la définition du terme de marché à laquelle ils ont conclu, en précisant que cette « interprétation est compatible avec la notion économique fondamentale selon laquelle un marché comprend uniquement les produits qui exercent des contraintes concurrentielles les uns sur les autres »[1927]. Enfin, la rationalité économique intervient au moment de l'appréciation du juge, le standard de l'investisseur privé en économie de marché ou l'appel implicite à la théorie des facilités essentielles en attestent[1928].

689. L'ouverture du juge à la rationalité économique s'explique par la nature du contentieux. Elle peut intervenir sous l'impulsion du juge qui, face à des argumentaires divergents des parties, consulte des experts. La rationalité économique intervient également pour soutenir le discours ou l'appréciation du juge. Ces éléments se retrouvent en matière de rationalité scientifique.

[1924] États-Unis — Subventions concernant le coton upland, Recours à l'article 21.5, rapport du Groupe spécial du 18 décembre 2007, WT/DS267/RW, §§ 10.85-10.95.

[1925] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007 », préc., pp. 707-708. Ainsi, le Groupe spécial dans le différend Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée, rapport du Groupe spécial du 13 juillet 2007, WT/DS336/R, précise qu'« aucun jugement abstrait n'a été porté quant à la question de savoir si les décisions étaient conformes ou non à un modèle économique fixe. Les affirmations d'Hynix et de Micron sont toutes deux des arguments qui concernent des modèles économiques et ne sont pas fondées sur des éléments de preuve scientifiques conduisant aux décisions prises par les diverses banques de participer aux mesures de sauvetage. En conséquence, elles ne peuvent pas être acceptées » § 7.128.

[1926] Communautés européennes – Mesure affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport de l'Organe d'appel du 18 mai 2011, WT/DS316/AB/R.

[1927] Communautés européennes – Mesure affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport de l'Organe d'appel du 18 mai 2011, WT/DS316/AB/R, §1120.

[1928] Ce phénomène est particulièrement prégnant en droit de la concurrence, V. P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », préc., pp. 150-151 ; A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc.

2 Rationalité scientifique

690. La rationalité scientifique s'invite presque naturellement dans le raisonnement du juge. Ainsi, dans l'Union, les règles en matière de libre circulation des marchandises heurtent frontalement le pouvoir réglementaire des Membres en matière de mesures destinées à protéger la santé publique. Dans l'OMC, le constat est encore plus frappant : les mesures sanitaires et phytosanitaires ainsi que les obstacles techniques au commerce constituent une part non négligeable des mesures portant atteinte au libre-échange. Le système juridique multilatéral encadre de façon spécifique le pouvoir règlementaire des Membres de cette organisation à travers les Accords SPS et OTC. Dans le cadre du premier, les Membres restent libres d'adopter des normes sanitaires et phytosanitaires sous réserve de respecter certaines conditions. Ainsi, les normes fondées sur les directives ou recommandations internationales sont présumées compatibles avec cet Accord[1929]. Si un Membre souhaite assurer une protection plus élevée de ces impératifs, il doit prouver, en cas de contentieux, l'existence d'un risque sanitaire[1930]. Cette disposition fait alors assez naturellement surgir la rationalité scientifique dans le cadre de l'OMC. En effet, cette démonstration suppose bien souvent l'invocation de preuves scientifiques, de même, l'appréciation de ces éléments par le juge implique une ouverture de son raisonnement à la rationalité scientifique.

691. Cela engendre en premier lieu un large recours à l'expertise de la part du juge de l'Organisation mondiale du commerce[1931]. De cette façon, le juge recherche les connaissances qui lui permettent d'appréhender le différend qui lui est soumis dans son entièreté. En effet, il ne peut reconnaître que la mesure en cause est fondée sur un risque sanitaire uniquement au regard des déclarations du Membre mis en cause. Cependant, le juge ne dispose pas nécessairement des compétences idoines pour exercer sa fonction dans ce cadre. Le recours à

[1929] V. les articles 3.1 et 3.2 de l'Accord SPS.
[1930] V. l'article 3.3 de l'Accord SPS.
[1931] V. parmi de nombreux exemples Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte des Etats-Unis, rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, WT/DS26/R ; Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte du Canada, rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, WT/DS48/R ; Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R ; Japon — Mesures visant les produits agricoles, rapport du Groupe spécial du 27 octobre 1998, WT/DS76/R ; Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000, WT/DS135/R ; Australie — Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande, rapport du Groupe spécial du 9 août 2000, WT/DS367/R.

la rationalité scientifique a une double fonction. D'une part, elle livre au juge un avis extérieur et impartial sur le risque sanitaire invoqué par le Membre de l'OMC afin qu'il puisse apprécier ce risque et trancher le différend. D'autre part, cette ouverture du raisonnement est un facteur propre à assurer l'acceptabilité de la décision du juge en assurant aux parties qu'il a exercé sa fonction à l'aune de données objectives et scientifiques. Néanmoins, la complexité de ces différends au regard des appréciations scientifiques et l'attitude du juge mènent à nuancer ce constat. En premier lieu, survient la problématique de la partialité des experts, souvent peu nombreux dans des domaines très précis[1932]. En second lieu, l'appréciation que le juge peut mener à l'aune des évaluations expertales semble problématique. Normalement les Groupes spéciaux sont libres de déterminer les conséquences à tirer des conclusions des experts. Néanmoins, les juges ne disposent pas nécessairement des clés pour évaluer les avis des experts et éventuellement prendre de la distance au regard de ces derniers. Il en résulte parfois l'impression que les Groupes spéciaux se reposent trop sur les conclusions et la rationalité expertales[1933]. Par ailleurs, les parties elles-mêmes appuient leurs allégations sur des expertises. Il est alors difficile pour le juge de justifier pour quelles raisons il s'appuie sur certains avis et pour quelles raisons il en écarte d'autres[1934] ; cela engendre alors des doutes quant à sa partialité. L'ouverture du juge à la rationalité scientifique engendre deux

---

[1932] Le problème de la partialité des experts se pose sous deux angles différents. En premier lieu et de façon classique, la partialité d'un expert peut être questionnée s'il entretient des liens avec une des parties, V. Australie — Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande, rapport du Groupe spécial du 9 août 2000, WT/DS367/R. En second lieu, la mise en cause partialité dans le cadre du recours à l'expertise a émerger de la pratique des Groupes spéciaux de ne pas faire appel à des groupes d'experts mais à des experts à titre individuel, V. Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte des Etats-Unis, rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, WT/DS26/R, § 6.2, Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000, WT/DS135/R, § 5.2.

[1933] Ce qui a d'ailleurs conduit l'Organe d'appel à rappeler les Groupes spéciaux à l'ordre, V. États-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones, rapport de l'Organe d'appel du 16 octobre 2008, WT/DS320/AB/R, §592-612. Sur cette problématique V. E. TRUILHE-MARENGO, « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC : la gouvernance aux experts ? », *VertigO – Revue juridique de science et de l'environnement*, 2009, http://vertigo.revues.org/8994. Cette question n'est pas nécessairement propre aux contentieux sanitaire et environnemental. Dans le différend Inde — Restrictions quantitatives, l'Inde avait soutenu que le Groupe spécial avait « délégué au FMI la tâche de procéder à une évaluation objective de la question » en ce qu'il s'était trop fondé sur l'avis de ce dernier. L'Organe d'appel a rejeté cette allégation soulignant que le Groupe spécial avait au contraire « une analyse critique et a aussi pris en compte d'autres données et opinions pour formuler ses conclusions », Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport de l'Organe d'appel du 23 août 1999, WT/DS90/AB/R, §§ 146-152.

[1934] Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, §§ 7.3098 et 7/3120.

conclusions contradictoires. Si elle constitue un élément d'acceptabilité de la décision, cette ouverture peut apparaître comme un élément de contestation du raisonnement dès lors que le juge ne prend pas de distance au regard des avis des experts ou qu'il se montre partial[1935].

692. Le juge de l'Union peut être confronté à la même problématique lors du contrôle des mesures nationales au regard du principe de libre circulation des marchandises. Dans ce cadre, les Etats Membres peuvent adopter des législations visant à protéger la santé publique mais qui sont constitutives de restrictions aux échanges. En premier lieu, la jurisprudence montre que le juge s'ouvre à l'incertitude scientifique. Ainsi, en cas d'incertitude scientifique et en l'absence de mesures d'harmonisation, il appartient *in fine* aux Etats de définir le niveau de protection de la santé[1936]. Ces législations doivent cependant respecter le droit de l'Union et les Etats doivent montrer qu'ils s'appuient sur des recherches scientifiques. Ainsi, une législation nationale en vertu de laquelle la commercialisation de pain dont la teneur en sel dépasse les 2% est interdite, mais elle pourrait être justifiée par la protection de la santé publique. L'Etat mis en cause, la Belgique, avançait que la législation était justifiée pour limiter la consommation moyenne de sel. La Cour considère au contraire que l'Etat doit démontrer qu' « une augmentation de la consommation de sel dans les proportions mentionnées ci-dessus présente un véritable risque pour la santé humaine ». Pour ce faire, le risque invoqué par l'Etat Membre doit être mesuré « sur la base de recherches scientifiques pertinentes » et précises[1937]. Ainsi, la Cour, afin de pouvoir valablement apprécier ce genre de réglementations nationales, exige des preuves scientifiques à l'aune desquelles elle peut mener son analyse. Cette volonté de s'ouvrir à la rationalité scientifique dans ce genre de contentieux est symptomatique. La Cour ne s'en remet pas à l'évocation d'allégations formulées par l'Etat mais exige des preuves scientifiques pour juger valablement la mesure. Ainsi, lorsque l'Etat mis en cause présente des éléments scientifiques propres à étayer

---

[1935] Dès 2002, M. Pauwelyn soulevait cette problématique. Saluant le recours aux experts, il mettait en garde le juge multilatéral en soulignant que le juge doit rester maître de l'interaction avec l'expertise, J. PAUWELYN, « The use of experts in the WTO dispute settlement system », *International and comparative law quarterly*, pp. 325-364.

[1936] CJCE, 17 décembre 1981, FransNederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, aff. 272/80, Recueil p. 3277 ; CJCE, 6 juin 1984, Melkunie, aff. 97/83, Rec. p. 2367, pt. 18 ; CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec. p. 2445, pt. 16 ; CJCE, 12 mars 1987, Commission c/ Allemagne, aff. 178/84, Rec.p. 1227, pt. 41.

[1937] CJCE 14 juill. 1994, Van der Veldt, aff. C-17/ 93, Rec. p. I3537, pt. 17 ; CJCE, 12 mars 1987, Commission c/ Allemagne, aff. 178/84, Rec.p. 1227, pts 48-49 ; CJCE, 5 février 2004, Commission c/ France, aff. C-

l'invocation du risque, la Cour s'ouvre à ces considérations. Alors qu'une réglementation suédoise encadrait assez sévèrement l'utilisation d'une substance chimique, le trichloréthylène, la Cour souligne que « compte tenu des derniers travaux de la recherche médicale en la matière, mais aussi des difficultés de détermination, en l'état actuel de cette recherche, du seuil critique à partir duquel l'exposition au trichloréthylène constituerait un risque sérieux pour la santé humaine, aucun élément du dossier ne permet à la Cour de constater qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé »[1938]. L'expertise scientifique qui soutient l'argumentation suédoise permet de justifier la réglementation nationale, elle assure également à la Cour qu'elle dispose de toutes les données pour se livrer à son contrôle.

693. L'ouverture du raisonnement du juge à des rationalités non juridiques mais économiques ou scientifiques apparaît nécessaire à plusieurs égards. Ce procédé offre d'une part au juge les moyens de maîtriser l'ensemble des éléments inhérents à son contrôle, mais il permet également au juge de montrer aux parties qu'il s'est livré à ce contrôle. L'ouverture à la doctrine relève d'une autre logique.

B Rationalités doctrinales

694. La doctrine peut être définie comme une « prise de position ponctuelle, nettement et publiquement définie, d'une école de pensée ou d'un individu sur un problème spécial, généralement délicat et sujet à controverses »[1939]. Ce terme connaît également une acception spécifique à la matière juridique, la doctrine correspond alors aux « interprétation(s), opinion(s) propre(s) à tel(s) jurisconsulte(s) sur un point de droit »[1940]. Il existe naturellement de nombreux liens entre le juge et la doctrine, la seconde scrute la jurisprudence alors que le premier ne se désintéresse pas des échos de ses jugements dans la doctrine. Les Membres des juridictions publient également des articles doctrinaux[1941]. En dehors de ces relations d'observation mutuelle, les juges et les Membres de la doctrine peuvent se rencontrer ou

---

24/00, Rec. p. I-1277, pts 58-70.

[1938] CJCE 11 juill. 2000, Toolex Alpha, aff. C473/ 98, Rec. p. I-5681, pt. 45.

[1939] Dictionnaire du centre national de ressources textuelles et linguistiques en ligne. http://www.cnrtl.fr/.

[1940] Dictionnaire du centre national de ressources textuelles et linguistiques en ligne. http://www.cnrtl.fr/.

[1941] De nombreux Membres de la juridiction européenne ou de l'Organe d'appel ont publié ou publient des contributions importantes, il est ainsi possible de citer MM. Pescatore, Due, Mertens de Wilmar, Everling,

échanger lors de manifestations scientifiques. Il existe ainsi une nécessaire porosité entre ces deux mondes et la doctrine et le juge entretiennent de nécessaires liens de filiation[1942]. Cette porosité prend naturellement une autre dimension lorsque le juge ouvre explicitement son raisonnement à la doctrine par des renvois. A cet égard, les positions du juge européen et du juge multilatéral se différencient nettement. Le juge de l'OMC n'hésite pas à renvoyer ou à s'appuyer sur des travaux doctrinaux, ce qui n'est pas le cas de la Cour (1). Bien que les Avocats généraux près la Cour aient souvent recours à cette technique, les positions du juge de l'OMC et du juge européen ne semblent pas réconciliables (2).

1 Des postures divergentes

695. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que l'Organe d'appel fait référence à la doctrine dans certains de ses rapports. Ces références ne sont pas systématiques, cependant il apparaît que le juge s'appuie sur la doctrine lorsqu'il énonce ou fait référence à des points sensibles. Par exemple, le renvoi aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne, ainsi que le rapport méthodologique inhérent à ce renvoi, se sont accompagnés de références doctrinales[1943]. De même, confronté au problème de la charge de la preuve dans l'affaire Etats-Unis Chemises et chemisiers en provenance d'Inde[1944], il a étayé son analyse au regard de la doctrine en la matière. Il apparaît globalement que l'Organe d'appel s'en remet à la doctrine pour appuyer certaines analyses sensibles. Ainsi, le rejet du principe de précaution dans l'affaire Hormones est soutenu par un renvoi à une doctrine abondante. Il en va de même concernant la référence au principe *in dubio mitius*[1945]. Enfin les références doctrinales ne

---

Lenaerts, Ehlermann, Van den Bossche.

[1942] J.-D. BREDIN, « Remarques sur la Doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse 1981, p. 111 s.

[1943] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, notes de bas de page 33, 34, 45 ; Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, notes de bas de page 17, 20, 24 et 25.

[1944] États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, notes de bas de page 15 et 16. V. pour d'autres références Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, rapport de l'Organe d'appel du 19 décembre 1997, WT/DS50/AB/R, § 65.

[1945] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, § 165 par rapport au principe *in dubio mitius*, d'autres renvois à la doctrine figurent au § 115 par rapport au critère d'examen pertinent, enfin, au § 123 le juge renvoie à des références doctrinales relatives au statut du principe de précaution.

sont pas exclusivement juridiques, en matière de subventions par exemple, le juge de l'OMC peut renvoyer à la doctrine économique[1946].

696. La nature de ces renvois n'est pas univoque. Ainsi, elle pourrait être qualifiée de « raisonnement d'autorité », c'est-à-dire d'un raisonnement qui se fonde sur « la simple affirmation d'un auteur dont la personnalité suffit à convaincre »[1947]. En ce sens, face à des questions juridiques sensibles ou controversées, le juge choisirait de se référer à une figure d'autorité afin de rendre son raisonnement acceptable. Si cet argument est en partie valable, au sens où les références doctrinales montrent que le juge s'inscrit dans un courant de pensée et d'analyse juridiques, il semble également que ces références aient pu constituer pour l'Organe d'appel un moyen d'asseoir plus précisément sa compétence juridique. Au regard de la nature des différends portés à sa connaissance et de certaines ambiguïtés conceptuelles quant à la fonction qui lui est attribuée par le mémorandum d'accord sur le règlement des différends, ces références permettent d'affirmer le caractère juridique des appréciations menées.

697. Au contraire du juge de l'OMC, la Cour ne se réfère pas à la doctrine dans ses jugements[1948]. Quelques références se retrouvent néanmoins lorsque le juge européen doit, en vertu de la loi applicable à un contrat, appliquer un droit autre que celui de l'Union[1949]. Cette absence de références doctrinales dans la jurisprudence de la Cour pourrait s'expliquer par les renvois très fréquents des Avocats généraux en la matière, il semble toutefois que cette assertion n'emporte pas tout à fait la conviction.

2 Des positions irréconciliables

698. Le renvoi à la doctrine par les Avocats généraux n'est pas systématique[1950]. En

---

[1946] Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport de l'Organe d'appel du 18 mai 2011, WT/DS316/AB/R, §1120.

[1947] C. PUIGELIER, « Le raisonnement d'autorité en droit privé », *APD*, 2005, pp. 337-363, sp. p. 340.

[1948] V. cependant sur les liens entre la doctrine et le droit de l'Union F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

[1949] Trib. UE, 24 novembre 2010, Commission c/ Irish Electricity Generating, aff. T-323/09, Rec. p. II-254, pts 63, 65..

[1950] V. parmi de nombreux exemples les Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon sous l'affaire CJUE, 25 octobre 2012, Prete, aff. C-367/11 ; les Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJCE, 17 juillet 2008, Corporación Dermoestética SA contre To Me Group Advertising Media, aff. C-500/06, Rec. p. I-5785.

revanche, ces références sont présentes dès lors que la problématique soulevée est sensible ou nouvelle[1951]. Si ces références permettent aux Avocats généraux d'appuyer leurs conclusions, il n'est pas certain que la Cour endosse par ricochet ces références doctrinales et ouvre ainsi de façon explicite son raisonnement à la doctrine. En effet, il est toujours difficile, en dehors des cas où le juge procède à un renvoi direct aux Conclusions, de déterminer leur portée par rapport au raisonnement du juge. Ainsi, la Cour et l'Avocat général peuvent parvenir à des conclusions similaires par le biais de raisonnements différents.

699. A travers les Conclusions, le juge de l'Union dispose dans certains cas de renseignements sur les positions doctrinales. Cependant, la Cour a fait le choix de ne pas s'appuyer sur la doctrine contrairement au juge de l'OMC qui, pour soutenir certains de ses raisonnements, renvoie directement et explicitement à de telles références. Ces postures différentes peuvent s'expliquer par les fonctions qui leur sont respectivement attribuées. La fonction de la Cour est de faire respecter le droit, celle du juge de l'Organisation mondiale du commerce est moins claire. Le concernant, l'ouverture à la doctrine contribue alors à un double objectif : assurer l'acceptabilité de la décision et affirmer la compétence juridique de son auteur.

700. L'ouverture du raisonnement du juge à des rationalités scientifiques est un facteur d'acceptabilité de la décision de justice sous réserve que le juge n'abandonne pas sa fonction pour s'en remettre aux seules appréciations des experts. Dans cette optique d'acceptabilité de ses décisions, le juge peut également ouvrir son raisonnement à des rationalités juridiques externes au système qui est le sien.

Paragraphe II Rationalités juridiques

701. Selon le juge de l'OMC, le droit de cette organisation ne doit pas être isolé

[1951] V. parmi de nombreux exemples les Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil, Rec. p. I-6677 ; les Conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous l'affaire CJUE, 4 juillet 2013, Argenta Spaarbank NV contre Belgische Staat, aff. C-350/11 ; les Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJCE, 23 avril 2009, Markku Sahlstedt e.a. contre Commission des Communautés européennes, aff. C-362/06 P, Rec. p. I-2903 ; les Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJUE, 28 mai 2013, Abdulbasit Abdulrahim, C-239/12 P ; les Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJUE, 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, aff. C-304/08, Rec. p. I-217.

« cliniquement » du droit international. Le juge européen a, quant à lui, largement œuvré à l'autonomisation du droit de l'Union. De prime abord, ces positions semblent divergentes et la tentative de comparaison peut s'avérer ardue si ce n'est impossible. Pourtant, le juge européen et le juge de l'OMC ouvrent leurs raisonnements à des règles juridiques extérieures ou à la jurisprudence d'autres juges qui sont alors dotées d'une autorité persuasive[1952]. Naturellement, ils ne s'ouvrent pas aux mêmes rationalités juridiques. Le juge de l'Organisation mondiale du commerce privilégie les références internationales (A) alors que la Cour a puisé dans des sources plus proches comme les droits nationaux ou la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

A Une ouverture affichée du juge de l'OMC

702. Le juge multilatéral ouvre assez largement son raisonnement à des dispositions juridiques externes au droit de l'OMC. Ces références, qu'elles soient textuelles ou jurisprudentielles, lui ont permis d'ancrer le droit de l'OMC dans le droit international[1953] ; elles ont également constitué des justifications importantes à certaines interprétations.

703. En vertu de l'article 3.2 du MARD, le droit de l'OMC doit être clarifié « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». Pour l'Organe d'appel, cette directive signifie qu' « il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »[1954], marquant ainsi sa volonté de ne pas prédéterminer *a priori* les relations entre le droit international et le droit de l'OMC[1955]. Par

---

[1952] A.-M SLAUGHTER, « A global community of courts », *Harvard international law journal*, 2003, pp. 191-219 ; S. ROBIN-OLIVER, « La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats Membres de l'Union européenne », in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*,S. ROBIN-OLIVIER, D. FASQUELLE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 141-153, sp. pp. 147-148.

[1953] J. BURDA, « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », préc., pp. 17-23

[1954] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, p. 19.

[1955] Sur cette problématique V. notamment J. CAZALA, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments juridiques extérieurs à l'organisation », *RBDI*, 2005, p. 527-558 ; J. PAUWELYN, « The role of public international law in the wto: how far can we go ? », *AJIL*, 2001, pp. 535-578 ; J. PAUWELYN, « How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law ? Questions of Jurisdiction and Merits », *JWT*, 2003, pp. 997-1030 ; J. CAMERON, K. R. GRAY, « Principles of international law in the WTO dispute settlement body », préc. ; J. HU, « The role of international law in the development of wto law », *JIEL*, 2004, pp.143-167 ; L. BARTELS, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *JWT*, 2001, p. 499-519 ; D. PALMENTER, P. C. MAVROIDIS, « The WTO Legal System : Sources of Law », *AJIL*, 1998, p. 398-413 ; J. P. TRACHTMAN, « The Domain of WTO

ailleurs, le mémorandum d'accord sur le règlement des différends est silencieux quant à la possibilité pour le juge de l'OMC de se référer à la jurisprudence d'autres juges. A nouveau, il a fait preuve d'ouverture en se référant expressément à la jurisprudence externe à l'OMC. Cette attitude de l'Organe d'appel se traduit par des références assez constantes au droit international, coutumier ou conventionnel, ainsi que par des références à la jurisprudence d'autres juges.

704. L'interprétation du droit de l'OMC obéit ainsi à la méthodologie de la Convention de Vienne dont les règles correspondent aux prescriptions de l'article 3.2 du MARD. Il est également notable que les premiers rapports de l'Organe d'appel en la matière, ceux à travers lesquels il a imposé cette méthode, contiennent de nombreuses références à la Cour internationale de justice[1956]. Le juge s'est ainsi fondé sur la CIJ pour qualifier les règles de la Convention de Vienne de droit coutumier[1957]. L'ouverture au droit international, postulée par l'article 3.2 du MARD, a été largement interprétée et appliquée par le juge multilatéral afin de légitimer sa démarche et l'appel à certaines règles du droit international[1958]. Le renvoi à la Convention de Vienne lui permet ainsi, à travers le truchement de l'article 31.3 c) de ce texte, de faire appel à des règles affirmées et éprouvées dans l'ordre international. Il a ainsi fait référence à l'article 28 de la Convention de Vienne en matière de non rétroactivité des traités dans le différend Brésil Mesures visant la noix de coco desséchée[1959] ou au projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États[1960].

705. Les références au droit international permettent également au juge d'asseoir son interprétation de certaines dispositions des Accords OMC. Il a jugé que le chapeau introductif de l'article XX du GATT « n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit

---

Dispute Resolution », préc.

[1956] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R p. 17 ; Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 14.

[1957] *Ibidem*.

[1958] I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », EJIL, préc. ; I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, préc.

[1959] Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21 février 1997, WT/DS22/AB/R, p. 16.

[1960] États-Unis — Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan, rapport de l'Organe d'appel du 8 octobre 2001, WT/DS192/AB/R, § 119.

international, régit l'exercice des droits que possèdent les États »[1961]. Alors qu'il n'était pas évident pour le juge de trouver au sein des Accords un fondement textuel clair en matière de bonne foi, le renvoi aux principes du droit international assure un tel fondement dans le raisonnement du juge.

706. Enfin, il semble même que le juge de l'Organisation mondiale du commerce ouvre son raisonnement au droit coutumier. Le Groupe spécial dans l'affaire Corée Marchés publics a ainsi souligné que « le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC »[1962]. Cette affirmation du Groupe spécial doit cependant être nuancée au regard de l'affaire Hormones[1963]. Les Communautés européennes invoquaient le principe de précaution, devenu selon ces dernières une règle coutumière du droit international général ou un principe général du droit, afin de neutraliser les effets de l'articles 5 de l'Accord SPS en matière d'évaluation du risque sanitaire. L'Organe d'appel a rejeté les prétentions européennes au motif que le statut de ce principe n'était pas clairement défini. L'ouverture du raisonnement du juge à des rationalités juridiques externes semble ainsi être fonction du statut de la règle. Par rapport au principe de précaution, il a relevé que le statut du principe n'était pas défini mais également que ce statut faisait encore débat entre les Membres de l'OMC. En conséquence, le juge opère un filtrage des recours aux rationalités externes, il rejette l'application de certains principes mais peut avoir recours à des conventions internationales afin de justifier l'interprétation de certaines dispositions des accords multilatéraux.

707. Cela ressort notamment du différend Etats-Unis Prohibition à l'importation de

---

[1961] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 158.

[1962] Corée — Mesures affectant les marchés publics, rapport du Groupe spécial du 1er mai 2000, WT/DS163/R, § 7.96, le rapport du Groupe spécial n'a pas fait l'objet d'un appel.

[1963] Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de

certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes[1964]. Les Etats-Unis invoquaient l'article XXg du GATT et soutenaient que la mesure en cause se rapportait à la préservation des ressources naturelles épuisables. Le débat s'était cristallisé autour de l'interprétation de la notion de « ressources naturelles épuisables ». Afin de justifier une interprétation évolutive de la notion, l'Organe d'appel a tout d'abord fait référence au préambule de l'Accord sur l'OMC, lequel précise que les rapports commerciaux doivent avoir entre autres objectifs le relèvement du niveau ou l'accroissement de la production « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir ». Mais il fait également intervenir au soutien de son interprétation de nombreuses conventions internationales. La référence à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 lui permet, dans un premier temps, d'affirmer que la notion de ressources naturelles épuisables inclut les ressources biologiques. Dans un second temps, il se fonde sur l'Annexe I de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction pour juger que les espèces de tortues marines protégées par la mesure américaine sont des espèces menacées d'extinction et sont donc épuisables au sens de l'article XXg du GATT[1965]. La référence à ces conventions internationales permet l'acceptabilité de l'interprétation menée. En effet, il apparaît ainsi que le raisonnement est fondé non pas seulement sur la volonté de l'interprète mais également sur des textes juridiques fussent-ils extérieurs à l'OMC.

708. Le juge de l'Organisation mondiale du commerce a, dès les premiers rapports, marqué sa volonté de s'inscrire pleinement dans le champ du droit international. Initiée par l'article 3.2 du MARD, cette volonté s'est traduite par une large ouverture du raisonnement du juge qui poursuit des finalités distinctes. D'une part, l'ouverture à des textes extérieurs aux accords commerciaux permet au juge de renforcer son argumentation lorsque sont en jeu des valeurs non commerciales. D'autre part, le juge de l'OMC s'appuie sur les principes juridiques du droit international public général et la jurisprudence internationale afin d'appliquer des

---

l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R.

[1964] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R.

[1965] Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 132.

principes juridiques au sein du système commercial. Ce recours à « des principes non exclusivement attachés à la nature commerciale »[1966] de l'OMC et qui sont « inhérents »[1967] à tout système juridique lui permet, en dépit de la nature particulière du contentieux commercial multilatéral, de s'affirmer en tant que juge à part entière d'un système juridique. Cette affirmation du juge apparaît plus acceptable dès lors que les principes retenus ont déjà été reconnus dans d'autres textes juridiques ou par d'autres juges. Néanmoins, la nature du système commercial multilatéral suppose nécessairement un tempérament à l'ouverture du raisonnement du juge au regard des particularités du système auquel il appartient. Cela ressort par exemple de l'affaire des Bananes et de la problématique de l'intérêt à agir au sein de l'OMC. En appel, les Communautés européennes contestaient les constatations du Groupe spécial sur ce point. Elles s'appuyaient notamment sur le fait que la jurisprudence internationale et le droit international ne reconnaissent pas l'*actio popularis*[1968]. L'Organe d'appel prend ses distances avec la jurisprudence internationale au regard des spécificités de l'OMC[1969].

709. Les références exogènes deviennent plus rares aujourd'hui. Le temps de fondation ayant permis la mise en place d'une jurisprudence au sein de l'OMC, le juge renvoie dorénavant davantage à ses propres rapports[1970]. Dans l'Union, l'ouverture du raisonnement du juge à des sources juridiques externes, bien que réelle, est cependant tempérée par l'autonomie de l'ordre juridique européen.

B Une ouverture modérée par l'autonomie du droit de l'Union européenne

710. L'analyse du raisonnement de la Cour montre une dialectique entre l'autonomie du droit de l'Union et l'existence d'influences nationales ou internationales. Ces influences sont palpables mais diffuses[1971].

[1966] P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2005) », préc., p. 507.
[1967] *Ibidem*.
[1968] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, §§ 15-16.
[1969] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, §§ 132-138.
[1970] H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », préc., p. 127.
[1971] Voir T. KOOPMANS, « The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions », *AJIL*, 1991, pp.

711. La Cour a affirmé l'autonomie du droit de l'Union[1972] et fondé une partie de sa légitimité sur son rôle de « gardien du temple »[1973]. Ainsi, dès l'affaire Van Gend en Loos, elle a souligné que l'ordre juridique européen était un « nouvel ordre juridique international »[1974]. La jurisprudence Costa a marqué un saut qualitatif en la matière puisque « à la différence des traités internationaux ordinaires », le traité communautaire a, pour la Cour, « institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats Membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction »[1975]. De même, dans l'avis 1/91 elle a affirmé que « le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit »[1976]. Cette affirmation de l'autonomie peut confiner au « mythe »[1977] mais traduit la vision qu'a la Cour de l'intégration européenne. La Cour s'envisage davantage comme le juge interne de l'Union que comme un juge international[1978]. C'est cette idée que l'Avocat général Lagrange véhicule lorsque, s'adressant à la Cour, il affirme « notre Cour n'est pas une juridiction internationale, mais la juridiction d'une Communauté créée par six Etats, sur un type qui s'apparente beaucoup plus à une organisation fédérale qu'à une organisation internationale, et le Traité, dont la Cour a pour mission d'assurer l'application, s'il a bien été conçu dans la forme des traités internationaux, et s'il en est un, n'en constitue pas moins, du point de vue matériel, la Charte de la Communauté, les règles juridiques qui s'en dégagent constituant le droit interne de la Communauté »[1979].

712. Cette affirmation de l'autonomie du droit de l'Union ne doit cependant pas masquer l'ouverture réelle du raisonnement du juge au droit des Etats Membres (1) et à certaines conventions relatives aux droits fondamentaux (2).

500-505.

[1972] Sur l'autonomie du droit de l'Union V. D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », préc.

[1973] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 451.

[1974] CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos : Rec. p. 3.

[1975] CJCE 15 juillet 1964 Costa c/ ENEL, 6/64, Rec. p. 1141.

[1976] CJCE, 14 décembre 1991, Avis 1/91, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen Rec. p. I-06079, pts 20-21.

[1977] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 453.

[1978] J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier », préc.

[1979] V. les Conclusions de l'Avocat général Lagrange sous l'affaire CJCE, 16 juillet 1956 Fédéchar, 8/55, Rec. p. 291.

1 L'ouverture au droit des Etats Membres

713. Selon M. Lenaerts « l'approche comparative vise aussi à conférer à l'ordre juridique communautaire un 'socle' d'acceptabilité auprès des ordres juridiques nationaux »[1980]. M. Pescatore traduit la même idée lorsqu'il affirme que « le droit comparé, entre les mains des juges, est une affaire autant de psychologie et de pragmatisme que de recherche scientifique et de réflexion discursive »[1981]. Le recours au droit comparé par le juge européen est une conséquence nécessaire de la nature du droit de l'Union, mais il constitue en même temps un vecteur d'acceptabilité de ce même droit. Ce recours au droit comparé doit être distingué de l'hypothèse dans laquelle le juge européen applique le droit d'un Etat Membre à un litige contractuel[1982].

714. Le recours au droit comparé est une conséquence nécessaire de la nature de l'intégration européenne car comme le rappelle la Cour « le droit communautaire, issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des États Membres, doit tenir compte des principes et conceptions communs aux droits de ces États »[1983]. D'ailleurs, comme le souligne M. Soulier le recours au droit comparé est postulé par le Traité, l'article 340 TFUE constituant une « invitation express »[1984] à ce procédé.

715. Très souvent visible dans les Conclusions des Avocats généraux[1985], le recours au droit comparé ne ressort pas nécessairement des motifs[1986] de la Cour mais n'en constitue pas moins une technique utilisée par le juge. Elle peut se révéler utile lorsque le juge est confronté à une absence de règles en droit de l'Union[1987]. De même le constat par le juge qu'un principe est reconnu par une majorité d'Etats Membres lui permet d'imposer le respect de ce principe

---

[1980] K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 487-528, sp. p. 495.

[1981] P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres », *RIDC*, 1980, pp. 337-359, sp. p. 358.

[1982] Trib. UE, 19 septembre 2012, Commission c/ SEMEA et Commission c/ Commune de Millau, aff. jtes T-168/10 et T-572/10.

[1983] CJCE, 18 mai 1982, AM & S Europe Limited c/ Commission, aff. 155/79, Rec. p. 1575, pt. 18.

[1984] G. SOULIER, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », *in Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, D. SIMON (dir.), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80, sp. p. 76.

[1985] V. les points 49 à 86 des Conclusions de l'Avocat général Mischo sous l'affaire CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst c/ Commission, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859.

[1986] V. cependant CJCE, 12 juillet 1957, Algera e.a. c/ Assemblée commune, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, Rec. p. 81.

aux autres Etats tout en s'appuyant sur le fond commun mis en évidence par le recours au droit comparé[1988]. Cela ressort particulièrement des affaires Brasserie du Pêcheur et Factortame[1989]. Le Traité ne renferme aucune règle relative à la responsabilité des Etats Membres en cas de violation du droit de l'Union. Afin de reconnaître l'existence de ce principe, la Cour s'appuie sur la mission générale que lui confie le Traité et a recours aux « principes généraux communs aux systèmes juridiques des États Membres »[1990]. Elle souligne ensuite que les conditions du régime de responsabilité « dans un grand nombre de systèmes juridiques nationaux »[1991] ont été mises en place par le juge. Cette référence aux jurisprudences nationales est propre à justifier sa propre jurisprudence et en l'espèce à faire accepter que ce soit elle qui détermine les conditions de la responsabilité des Etats Membres en cas de violation du droit de l'Union. Si le recours au droit comparé et l'ouverture du raisonnement du juge ont une fonction particulière d'acceptabilité de la jurisprudence européenne, cette méthode doit cependant s'adapter aux particularités de l'ordre juridique européen.

716. Le recours au droit comparé ne signifie pas que le juge recherche nécessairement une solution en accord avec le droit de tous les Etats Membres. Le juge ne cherche pas à s'inspirer d' « une sorte de 'moyenne' plus ou moins arithmétique entre les diverses solutions nationales »[1992]. Au contraire, comme l'Avocat général Roemer l'avait mis en évidence, il faut « procéder d'une manière critique et (…) tenir compte des objectifs spécifiques du traité ainsi que des particularités des structures communautaires »[1993]. Dans cette perspective, la Cour a adopté des principes reconnus par le seul droit allemand comme le principe de proportionnalité ou le principe de confiance légitime.

[1987] CJCE, 17 décembre 1970, aff. 25/70, Köster, Rec. p. 1161.
[1988] CJCE, 15 mai 1986, Johnston, aff. 222/84, Rec. p. 1651.
[1989] CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres, aff. jes, C-46/93 et C-48/93 : Rec. p. I-1029.
[1990] CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres, aff. jes, C-46/93 et C-48/93 : Rec. p. I-1029, pt. 27.
[1991] CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres, aff. jes, C-46/93 et C-48/93 : Rec. p. I-1029, pt. 30.
[1992] Selon les termes de l'Avocat général Lagrange dans ses Conclusions sous l'affaire CJCE, 12 juillet 1962, Hoogovens c/ Haute Autorité, aff. 14/61, Rec. p. 539.
[1993] V. les Conclusions de l'Avocat général Roemer sous l'affaire CJCE, 2 décembre 1971, Zuckerfabrick, aff. 5/71, Rec. p. 975.

717. Comme l'a montré Pescatore, le recours au droit comparé ressort finalement peu de la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, la comparaison a nécessairement lieu, ce qui permet de « faire coïncider deux exigences : élaborer des solutions adaptées aux besoins de la construction communautaire et à sa logique propre, tout en évitant des conflits avec les règles constitutionnelles de tel ou tel Etat Membre particulier »[1994]. Toutefois, le juge s'est également ouvert au droit des Etats Membres de façon un peu plus contrainte. L'affirmation du principe de primauté absolue du droit de l'Union, conjuguée à l'épineuse question de la protection des droits fondamentaux dans l'Union, a mené la Cour à entreprendre une démarche proactive en ce domaine. Ceci notamment après plusieurs jurisprudences des Cours constitutionnelles allemande et italienne qui menaçaient de faire échec au principe de primauté au nom du respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution[1995]. L'ouverture aux traditions constitutionnelles des Etats Membres s'est accompagnée de l'ouverture aux instruments de protection des droits fondamentaux.

2 L'ouverture aux droits fondamentaux

718. En l'absence de dispositions relatives à la protection des droits fondamentaux dans les Traités, la Cour a usé de deux sources principales : « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États Membres ont coopéré ou adhéré » [1996] et les traditions constitutionnelles nationales[1997]. Le juge européen fait ainsi référence et applique de nombreux textes en la matière, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1998], des conventions de l'Organisation internationale du travail[1999], la convention relative aux droits de l'enfant[2000]. La référence principale en ce domaine reste cependant la Convention européenne des droits de l'Homme à laquelle la Cour

---

[1994] P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres », préc., p. 341.
[1995] Cour constitutionnelle allemande, 18 oct. 1967, BVerfGE, 22, p. 293 ; Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, Internationale Handesgeselschaft / EVG, affaire dite « Solange I » ; Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, Frontini e pozani, arrêt n° 183/73.
[1996] CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73, Rec. p. 491
[1997] CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, Rec. p. 1125.
[1998] CJCE, 18 octobre 1989, Orkem c/ Commission, aff. 374/87, Rec. p. 3283 ; CJCE, 17 février 1998, Grant, aff. C-249/96, Rec. p. I-621.
[1999] CJCE, 15 juin 1978, Defrenne c/ Sabena, aff. 149/77, Rec. p. 1365.
[2000] CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, Rec. p. I-5769.

s'est référée dès la ratification de ce texte par la France[2001]. Plus spécifiquement, par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme, le juge de l'Union applique parfois directement les dispositions de ce texte[2002]. La protection des droits fondamentaux et la référence aux traditions constitutionnelles nationales ont, d'une part, permis à la Cour de protéger ces droits en l'absence de catalogue dans l'Union et, d'autre part, d'apaiser les tensions avec certaines juridictions constitutionnelles nationales. Il est toutefois notable que la Cour s'est également émancipée de l'interprétation de la Convention par la Cour de Strasbourg. Ainsi, l'interprétation de droits fondamentaux protégés dans le droit de l'Union doit « être effectuée de manière autonome, tout en restant dans le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH »[2003]. De même, le nouveau statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne conduit la Cour à s'émanciper du texte de la Convention au profit de la référence interne qu'est la Charte[2004].

719. Le juge de l'Union et le juge de l'OMC intègrent dans leurs raisonnements des rationalités extérieures au droit comme la science ou l'économie ainsi que des rationalités juridiques en vue de garantir l'acceptabilité de la jurisprudence. Ces références extérieures leur permettent de montrer qu'ils disposent de tous les éléments pour appréhender un litige. Elles interviennent également au soutien d'appréciations du juge. Enfin, les références au droit international ont permis au juge de l'Organisation mondiale du commerce d'asseoir sa fonction et d'importer des principes juridiques de ce système dans l'OMC. Quant à la Cour, le recours au droit comparé constitue un gage d'acceptabilité de la jurisprudence et un outil au service de la création d'un fond commun entre le droit de l'Union et le droit des Etats Membres. L'ouverture du raisonnement du juge à des rationalités exogènes n'est pas le seul

---

[2001] CJCE, 28 octobre 1975, Rutili c/ Ministre de l'Intérieur, aff. 36/75, Rec. p. 1219.

[2002] TPICE, 10 mars 1992, Shell c/ Commission, aff. T-11/89, Rec. p. II-757, pt. 39 ; TPICE, ord., 19 juin 1995, Kik c/ Conseil et Commission, aff. T-107/94, Rec. p. II-1717, pt. 39 ; CJCE, 20 mai 2003, Osterreichischer Rundfunk, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, pt. 71 ; CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, Rec. p. I- 5769, pts 66, 85 et 98. Sur les relations entre les deux juges européens et les références de la Cour de justice à la Convention et à la jurisprudence de son homologue de Strasbourg V. D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : 'je t'aime, moi non plus' ? », *Pouvoirs*, 2001, pp. 31-49.

[2003] CJCE, 17 février 2009, Elgafaji, aff. C-465/07, Rec. p. I-921.

[2004] La Charte est, d'une part, visée très souvent dans les questions préjudicielles adressées à la Cour par les juridictions nationales, V. par exemple CJUE, 17 janvier 2013, Mohamad Zakaria, aff. C-23/12. D'autre part, le juge européen vise également directement et spontanément ce texte, V. CJUE, 26 septembre 2013, Polyelectrolyte Producers Group GEIE, aff. C-625/11 P.

facteur à même d'assurer l'acceptabilité de ses décisions. Le raisonnement du juge est également un facteur d'acceptabilité de la jurisprudence en ce qu'il est un vecteur de cohérence.

Section II La construction de la cohérence

720. A propos de la légitimité du juge européen, M. Simon souligne que « la légitimité d'une instance juridictionnelle est toujours un mystère, irréductible à des explications univoques, indissociable de justifications axiologiquement connotées, et insaisissable sans prise en compte de considérations concrètes, intégrant des dimensions de sociologie judiciaire »[2005]. Afin d'appréhender la légitimité du juge européen, M. Simon relève ensuite que la Cour a fait le choix de la cohérence. Il apparaît à cet égard que la cohérence est également un moyen pour le juge d'assurer l'adhésion à la jurisprudence. La cohérence renvoie à la notion d'harmonie ou d'absence de contradiction. Or, le raisonnement du juge peut être un instrument de cohérence. En premier lieu, la cohérence de la juridiction en elle-même, avec la fonction qui lui est attribuée et entre les différents degrés de juridiction, est un des éléments qui facilitent l'acquiescement à la jurisprudence. Il appert que le raisonnement peut être mis au service de cet objectif (§ 1er). En second lieu, le raisonnement du juge est l'instrument qui permet non seulement la construction de la jurisprudence mais qui en garantit également la cohérence (§ 2nd).

Paragraphe I Cohérence de la juridiction

721. La cohérence de la juridiction est fonction de deux éléments. Le juge doit, d'une part, raisonner de façon harmonieuse avec la fonction qui lui est attribuée (A). Cet aspect fonctionnel de la cohérence se double d'un aspect organique. A cet égard, le raisonnement constitue un facteur de cohérence entre les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel d'une part et au sein de la Cour de justice de l'Union européenne d'autre part (B).

[2005] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 459.

A Cohérence fonctionnelle

722. Les Traités européens et les accords de l'OMC attribuent au juge des fonctions particulières. L'affirmation dans le raisonnement du juge qu'il respecte la volonté des auteurs des Traités est un élément propre à montrer le lien cohérent entre la jurisprudence et cette volonté. Elle contribue alors à l'acceptation de la jurisprudence. Cela se vérifie tant pour le juge européen (2) que pour le juge de l'Organisation mondiale du commerce (1).

1 Le respect de sa fonction par le juge de l'OMC

723. La fonction du juge telle qu'elle ressort des dispositions du mémorandum d'accord sur le règlement des différends n'est pas nécessairement très claire. Ainsi, le mécanisme de règlement des différends vise à « assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral », il doit « préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés », enfin les « recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »[2006]. Afin de ne pas contrevenir à ces dispositions, le juge multilatéral a fait, selon M. Weiler, preuve de « modestie institutionnelle »[2007]. Cela se traduit dans la jurisprudence de l'OMC par deux éléments distincts : une clarification de la mission du juge ainsi que la mention expresse, dans certains rapports, de ce que le rapport ne dit pas.

724. Le juge de l'OMC a précisé les limites qui s'imposent à sa fonction. Ainsi, l'Organe d'appel a précisé qu'au regard de l'objectif du mécanisme de règlement des différends, l'article 3.2 du MARD n'est pas censé « encourager ni les Groupes spéciaux ni l'Organe d'appel à 'légiférer' en clarifiant les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier »[2008]. La mission du juge est alors circonscrite par chaque différend et limitée à la clarification du droit de l'OMC. Cela implique

---

[2006] V. l'article 3.2 du MARD.

[2007] J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats–Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *JWT*, 2001, pp. 191-207, sp. p. 200, notre traduction « institutional modesty ». V. également J. P. KELLY, « Judicial Activism at the World Trade Organization : Developing Principles of Self-Restraint », *Northwestern journal of international law and business*, 2002, pp. 353-388 ; T. KLEINLEIN, « Judicial Lawmaking by Judicial Restraint ? The Potential of Balancing in International Economic Law », *GLJ*, 2011, p. 1141-1174.

[2008] États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, p. 21.

également que le juge n'a pas à se prononcer sur « ce que devraient être les règles et procédures du Mémorandum d'accord », en effet, cette fonction « relève clairement de la seule responsabilité des Membres de l'OMC »[2009]. Cette volonté de montrer qu'il exerce sa fonction en cohérence avec les dispositions du MARD a également mené l'Organe d'appel à affirmer dans l'affaire Chili Boissons alcooliques qu'il lui « est difficile d'imaginer les circonstances dans lesquelles un Groupe spécial pourrait accroître les droits et obligations d'un Membre de l'OMC si ses conclusions traduisent une interprétation et une application correctes des dispositions des accords visés »[2010]. Après avoir délimité la fonction du juge dans le système de règlement des différends, il précise que cette fonction, exercée en cohérence avec le MARD, ne peut contrevenir à cet accord.

725. Dans certains différends, le juge de l'Organisation mondiale du commerce prend également le soin de rappeler et de délimiter très précisément sa fonction. Dans l'affaire Telmex, le Groupe spécial a ainsi souligné que la tâche qui lui incombe dans le cadre de ce différend consiste à « se prononcer sur les allégations juridiques, dans le cadre d'un différend particulier, en tenant compte du 'sens ordinaire' des dispositions de l'Accord sur l'OMC, 'dans leur contexte', et à lumière de 'l'objet et [du] but' de l'Accord »[2011]. Le Groupe spécial a également précisé que ses constatations étaient « circonscrites au sens et à la portée contestés de certaines obligations et de certains engagements contractés par le Mexique au titre de l'AGCS dans le contexte très particulier de ce différend bilatéral »[2012]. Autrement dit, le Groupe spécial a rappelé la méthode suivie pour régler le litige et la portée de ses constatations. Ce faisant, il montre qu'il exerce sa fonction en cohérence avec les dispositions du MARD. Dans ce cadre, l'Organe d'appel a parfois refusé de se prononcer sur certaines questions indirectement soulevées par un différend, mais dont la résolution n'était pas nécessaire pour traiter les allégations soulevées[2013].

[2009] États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport de l'Organe d'appel du 12 décembre 2000, WT/DS/165/AB/R, § 92.

[2010] Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 13 décembre 1999, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, §79.

[2011] Mexique — Mesures visant les services de télécommunication, rapport du Groupe spécial du 2 avril 2004, WT/DS204/R, § 7.512.

[2012] *Idem*, §7.3.

[2013] V. les techniques d'évitement du juge face aux incohérences ou lacunes du droit de l'OMC, Chapitre I, Titre II, Partie I.

726. Enfin, il n'est pas rare que le juge de l'OMC, afin de parer à toute critique ou à toute lecture erronée de ses constatations, précise ce que son rapport dit et ce qu'il ne dit pas. Dans l'affaire Communautés européennes Produits biotechnologiques, le Groupe spécial a précisé qu' « il ne faudrait pas déduire du fait que nous traitons des effets négatifs potentiels des OGM mentionnés dans la directive 2001/18 (…) que nous convenons nécessairement que tous les OGM, voire des OGM spécifiques, produisent effectivement de tels effets ou peuvent en produire »[2014]. L'Organe d'appel a également eu recours à cette technique dans le différend Etats-Unis Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes[2015], et un des derniers paragraphes du rapport est entièrement consacré à ce que le rapport ne dit pas.

727. Il est assez symptomatique que le juge de l'OMC ait précisé très tôt les limites qui s'imposent à sa fonction. Cela atteste de sa volonté de montrer qu'il agit en cohérence avec la fonction qui lui est attribuée afin de favoriser l'acceptabilité de ses constatations et recommandations. Cette volonté, partagée par le juge européen, se traduit par des affirmations analogues.

2 Le respect de sa fonction par le juge européen

728. En vertu du Traité, il appartient à la Cour d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union. Cette fonction, bien que très largement définie, trouve sa limite dans la volonté des auteurs des Traités. Certes, la Cour a pu être à l'origine d'interprétations très constructives, en attestent les jurisprudences Foto-Frost[2016], les

---

[2014] Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, § 7.195.

[2015] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §185. L'Organe d'appel précise qu'« en formulant ces conclusions, nous tenons à insister sur ce que nous n'avons pas décidé dans cet appel. Nous n'avons pas décidé que la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont. Nous n'avons pas décidé que les nations souveraines qui sont Membres de l'OMC ne peuvent pas adopter de mesures efficaces pour protéger les espèces menacées telles que les tortues marines. Il est évident qu'elles le peuvent et qu'elles le doivent. Et nous n'avons pas décidé que les États souverains ne devraient pas agir de concert aux plans bilatéral, plurilatéral ou multilatéral, soit dans le cadre de l'OMC, soit dans celui d'autres organismes internationaux, pour protéger les espèces menacées ou protéger d'une autre façon l'environnement. Il est évident qu'ils le doivent et qu'ils le font ».

[2016] CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, Rec. p. 4199.

Verts[2017] ou TWD[2018] dans lesquelles elle apporte à la lettre du Traité. En revanche dans d'autres affaires, elle fait montre de plus de déférence affichant la cohérence de son analyse avec le Traité. Or, comme l'a montré M. Simon « c'est cette cohérence revendiquée qui permettra au juge communautaire de légitimer sa capacité à dire le droit sans être accusé de faire le droit aux lieux et places du législateur ou, pire encore, du constituant, c'est-à-dire des Etats »[2019]. Dans plusieurs affaires, la Cour a dessiné les limites de la fonction qui lui est attribuée. En 1954, elle avait ainsi souligné qu'il « n'appartient pas à la Cour de s'exprimer sur l'opportunité du système imposé par le traité ni de suggérer une révision du traité »[2020]. En effet, sa fonction consiste à « assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité tel qu'il est établi »[2021].

729. L'affaire UPA est venue confirmer les limites qui, selon le juge, s'imposent à sa fonction[2022]. Ce pourvoi soulevait la très délicate question de la recevabilité des recours en annulation des requérants non privilégiés. Selon la lettre du Traité, ces derniers devaient être directement et individuellement concernés par l'acte réglementaire attaqué. La Cour a refusé de remettre en cause ces conditions, figurant dans le Traité, et de faire droit à l'argumentation relative au droit à une protection juridictionnelle effective. Pour le juge, « une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter la condition en cause, qui est expressément prévue par le traité, sans excéder les compétences attribuées par celui-ci aux juridictions communautaires »[2023]. La Cour précise en revanche qu'il appartient aux Etats Membres de remettre en cause ces conditions dans le cadre d'une révision du Traité. Le juge européen met en évidence la différence entre l'interprétation constructive, qui ne va pas à l'encontre de ce qui figure expressément dans le Traité, et les limites de sa fonction, écarter des conditions de recevabilité déterminées par les auteurs des Traités. Cette reconnaissance des limites de la fonction juridictionnelle atteste que la Cour juge en cohérence avec la fonction qui lui est attribuée. Elle est de nature à faciliter l'acceptabilité de la jurisprudence puisqu'elle montre, par un raisonnement *a contrario*, que certaines jurisprudences, même audacieuses, relevaient

---

[2017] CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts » c/ Parlement, aff. C-294/83, Rec. p. 1339.
[2018] CJCE, 9 mars 1994, TWD Textilwerke, aff. C-188/92, Rec. p. I-833.
[2019] D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », préc., p. 459.
[2020] CJCE, 21 décembre 1954, France c/ Haute autorité, aff. 1/54, Rec. p. 7.
[2021] CJCE, 21 décembre 1954, France c/ Haute autorité, aff. 1/54, Rec. p. 7.
[2022] CJCE, 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores, aff. C-50/00 P, Rec. p. 6677.
[2023] CJCE, 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores, aff. C-50/00 P, Rec . p. 6677, pt. 44.

encore de la fonction juridictionnelle que les Traités lui attribuent.

730. Le raisonnement du juge est un élément qui lui permet de montrer qu'il agit en cohérence avec la fonction qui lui est attribuée. Il apparaît également que le raisonnement est un facteur de cohérence de la juridiction en elle-même.

B Cohérence organique

731. Le raisonnement est un facteur de cohérence de la juridiction. En effet, les Groupes spéciaux à l'OMC et le Tribunal dans l'Union peuvent, dans le cadre d'un appel ou d'un pourvoi, voir leurs raisonnements censurés par l'Organe d'appel (1) ou la Cour (2). La police du raisonnement permet de garantir un traitement cohérent des litiges au sein de la juridiction.

1 Le contrôle des raisonnements des Groupes spéciaux par l'Organe d'appel

732. En vertu du MARD, les parties à un différend peuvent faire appel des constatations du Groupe spécial devant l'Organe d'appel. Selon l'article 17.6 du mémorandum, l'appel est « limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci ». Dans le cadre de cette procédure, l'Organe d'appel peut donc contrôler les raisonnements des Groupes spéciaux et, au fil des rapports, unifier ces derniers[2024]. Cela est également facilité par le caractère permanent de l'Organe d'appel. Alors que les Membres des Groupes spéciaux sont désignés au cas par cas, le caractère permanent de l'Organe d'appel et les méthodes de travail qu'il a adoptées[2025] assurent une continuité nécessaire à la cohérence. Le contrôle des Groupes spéciaux par l'Organe d'appel se matérialise, en premier lieu, par le contrôle de l'interprétation effectuée par les Groupes spéciaux. Dans le différend Inde Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, l'Organe d'appel a censuré la méthode d'interprétation de l'Accord ADPIC mise en œuvre par le Groupe spécial. Ce dernier avait jugé que l'interprétation de cet Accord implique la prise en compte des

[2024] Sur ce point, Mme Ruiz Fabri a montré que dans ce cadre de l'appel, l'Organe d'appel dispose d'un pouvoir d'unification qui, allié à son pouvoir d'interprétation, lui a permis d'affirmer sa compétence juridictionnelle, V. H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 51. Ces pouvoirs d'unification et d'interprétation sont également des facteurs de cohérence.

[2025] En vertu des procédures de travail de l'Organe d'appel, les trois Membres siégeant dans un différend

attentes légitimes des parties, il avait également suivi une méthode mise en œuvre dans le cadre du GATT par les panels en vertu de laquelle l'interprète doit prendre en compte le principe de protection des conditions de concurrence. L'Organe d'appel a censuré ce raisonnement, d'une part, parce qu'il n'avait pas correctement suivi ce principe datant du GATT et, d'autre part, en ce qu'il a mal appliqué la méthodologie d'interprétation de la Convention de Vienne. Sur ce point, il souligne que « le Groupe spécial applique mal l'article 31 de la Convention de Vienne. Il interprète mal le concept des attentes légitimes dans le contexte des règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même »[2026]. Il lui rappelle ensuite la méthodologie d'interprétation dégagée dans le rapport Essence[2027]. Ce différend est assez symptomatique de la discipline interprétative dégagée par l'Organe d'appel et imposée aux Groupes spéciaux.

733. De même, s'il se contente parfois de relever des erreurs et d'infirmer des constatations du Groupe spécial sans pour autant infirmer le sens des conclusions auxquelles ce dernier a abouti[2028], il n'est pas rare que l'Organe d'appel confirme les constatations du Groupe spécial mais censure le raisonnement de ce dernier[2029]. Dans le différend Etats-Unis Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle[2030], l'Organe d'appel a abouti à la même conclusion que le Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC, mais sur le fondement d'une analyse différente. Lors de l'examen des raisonnements des Groupes spéciaux, l'Organe d'appel impose une unification des méthodes de raisonnement tant au niveau de l'interprétation du droit que de la qualification des faits.

échangent avec les autres Membres de l'Organe d'appel, V. Chapitre I, Titre II, Partie I.

[2026] Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, rapport de l'Organe d'appel du 19 décembre 1997, WT/DS50/AB/R, §45.

[2027] États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, page 23.

[2028] V. les conclusions de l'Organe d'appel dans les différends Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 1999, WT/DS34/AB/R, Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 21 juillet 2000, WT/DS70/AB/RW.

[2029] Japon — Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée, WT/DS336/AB/R, rapport de l'Organe d'appel du 28 novembre 2007, §§184-185.

[2030] États-Unis — Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012, WT/DS406/AB/R, §160.

734. Cette unification des méthodes de raisonnement implique également que l'Organe d'appel puisse imposer ses interprétations aux Groupes spéciaux. Dans le différend États-Unis Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, l'Organe d'appel a affirmé que « le fait que le Groupe spécial [n'ait] pas suivi des rapports de l'Organe d'appel adoptés précédemment qui traitaient des mêmes questions compromet la constitution d'une jurisprudence cohérente et prévisible clarifiant les droits et les obligations des Membres au titre des accords visés ainsi qu'il est prévu par le Mémorandum d'accord »[2031]. Dès lors, même si les rapports ne s'imposent qu'aux parties à un différend, l'Organe d'appel estime que « cela ne veut pas dire que les Groupes spéciaux ultérieurs sont libres de ne pas tenir compte des interprétations du droit et du *ratio decidendi* figurant dans les rapports antérieurs de l'Organe d'appel qui ont été adoptés par l'ORD »[2032].

735. Le contrôle du raisonnement mené par l'Organe d'appel permet ainsi de mettre en œuvre une véritable cohérence des raisonnements à l'OMC, cette cohérence garantit la continuité des appréciations et l'égalité des parties, en conséquence elle est un moyen de forger l'acceptabilité des décisions du juge. Il en est de même dans l'Union.

2 La cohérence au sein de la Cour de justice de l'Union

736. Pendant très longtemps, la cohérence à la Cour supposait seulement la cohérence entre quelques juges. L'augmentation du nombre de ces derniers, et du nombre d'affaires, a rendu cette exigence plus problématique. De plus, la création du Tribunal a eu pour effet de diviser les contentieux *via* les attributions respectives de la Cour et du Tribunal. La procédure du pourvoi est de nature à garantir la cohérence des raisonnements entre la Cour et le Tribunal.

737. En vertu de l'article 58 du Statut de la Cour, le pourvoi est limité aux questions de droit, et peut être fondé sur « des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du droit de l'Union par le Tribunal ». Concrètement, le pourvoi n'est pas une procédure par laquelle une partie peut demander à la Cour de réexaminer le litige porté devant

[2031] États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, Rapport de l'Organe d'appel du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R, § 161.
[2032] États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, Rapport de

le Tribunal[2033]. Au contraire, le pourvoi vise à soumettre à la Cour la façon dont le Tribunal a interprété et appliqué le droit de l'Union. La Cour contrôle donc le raisonnement du Tribunal et peut imposer une cohérence en la matière. Ce constat est renforcé puisque si la Cour décide d'annuler l'arrêt du Tribunal et de lui renvoyer l'affaire, ce dernier « est lié par les points de droit tranchés par la décision de la Cour »[2034]. Par ailleurs, la procédure de réexamen prévue à l'article 256 TFUE permet au premier Avocat général de proposer à la Cour de réexaminer un arrêt du Tribunal en cas « de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union »[2035]. Cette procédure atteste de l'importance de la cohérence du droit dans l'Union.

738. Le raisonnement du juge peut contribuer à l'acceptabilité de la jurisprudence en ce qu'il matérialise la cohérence du juge avec la fonction qui lui est attribuée. De plus, l'unification des méthodes de raisonnement au sein de la juridiction contribue également à maintenir une cohérence des raisonnements, or cette cohérence des raisonnements est également à même de garantir la cohérence de la jurisprudence et donc son acceptabilité.

Paragraphe II Cohérence de la jurisprudence

739. Le raisonnement du juge est un vecteur de cohérence de la jurisprudence. Au-delà des cas d'espèce dont le juge est saisi et qui donnent lieu à des jugements, un phénomène de jurisprudence est à l'œuvre dans l'Union et dans l'OMC[2036]. La distinction entre le jugement et la jurisprudence doit néanmoins être précisée. A cet égard, il apparaît que le jugement « est l'acte de volonté émanant d'un juge investi de cette fonction de juger et qui dit le droit pour

---

l'Organe d'appel du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R, § 161.

[2033] CJCE, ord. 25 mars 1998, FFSA c/ Commission, aff. C-174/97 P, Rec. p. I-1303, pt. 24.

[2034] V. l'article 61 du Statut de la Cour de justice.

[2035] Dans le cadre particulier du contentieux de la fonction publique européenne, le Tribunal est compétent pour statuer sur les pourvois contre les décisions du Tribunal de la fonction publique de l'Union. Afin de garantir « la cohérence et l'unité du droit de l'Union », l'article 256 TFUE prévoit que « Les décisions rendues par le Tribunal en vertu du présent paragraphe peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de justice ». En vertu de l'article 62 du Statut de la Cour, le premier Avocat général peut proposer à la Cour de procéder à un réexamen d'une décision du Tribunal, il appartient ensuite à la Cour de décider si elle doit procéder à ce réexamen. Cette procédure a donné lieu à plusieurs arrêts de réexamen, V. CJUE, 17 décembre 2009, M. c/ EMEA, aff. C-197/09 RX-II, Rec. p. I-12033 ; CJUE, 28 février 2013, Arango Jaramillo e.a. c/ BEI, aff. C-334/12 RX-II ; CJUE, 19 septembre 2013, Commission c/Strack, aff. C-579/12 RX-II.

[2036] Sur la notion de jurisprudence V. M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », préc. ; P. ORIANNE, « Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique », *RRJ*, 1993, pp. 1295-1311 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329-372.

un acte particulier »[2037]. Au contraire, la jurisprudence « contient les solutions généralement données par les tribunaux à des questions de droit »[2038]. La fonction attribuée au juge de l'OMC dans le mémorandum d'accord sur le règlement des différends n'implique pas nécessairement la naissance de ce phénomène de jurisprudence[2039]. Toutefois, ce phénomène se concrétise au gré des rapports sous l'effet conjugué de plusieurs facteurs[2040]. En premier lieu, deux facteurs institutionnels ont favorisé l'apparition d'une jurisprudence à l'OMC : le double degré de juridiction et le caractère permanent de l'Organe d'appel. Le double degré de juridiction et le pouvoir d'unification de l'Organe d'appel favorisent la cohérence organique alors que le caractère permanent de l'Organe d'appel permet une continuité des rapports[2041]. En second lieu, la création de la jurisprudence résulte du « goût » pour la jurisprudence du juge multilatéral[2042]. Enfin, l'émergence de la jurisprudence est en quelque sorte favorisée par les Membres de l'OMC qui se prévalent des rapports précédents devant le juge montrant ainsi leur préférence pour la stabilité du droit de l'OMC[2043]. Le juge de l'OMC a lui-même reconnu l'existence de la jurisprudence au sein de cette organisation. Dans le différend États-Unis Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique[2044], il a reproché au Groupe spécial de ne pas avoir suivi certains de ses rapports et d'avoir en

---

[2037] J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *APD*, 1994, pp. 181-190, sp. p. 181.

[2038] *Ibidem*. Ces définitions reflètent la distinction opérée généralement. Ainsi, pour Mme Deguergue, « le jugement est l'acte de volonté du juge qui dit le droit pour un cas concret et particulier », alors que la jurisprudence « renferme des solutions abstraites et générales données à des questions de droit par les tribunaux », M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », préc., p. 886.

[2039] M. Maddalon souligne ainsi régulièrement les difficultés soulevées par le phénomène de jurisprudence à l'OMC, V. P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2006) », préc., pp. 523-524 ; P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », préc., pp. 711-715 ; P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », préc., pp. 458-460.

[2040] Nombre d'auteurs ont souligné le phénomène de jurisprudence à l'OMC, V. H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 49 ; R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., pp. 253 et s. ; I VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », préc., pp. 614 et s. ; J. H. JACKSON, « The European Union and the WTO. Some constitutional tensions », préc., p. 99 ; J. CAMERON, K. GRAY, « Principles of international law in the WTO dispute settlement body », préc., pp. 251 et s.

[2041] M. Steinberg souligne ainsi que « permanent bodies that face a shadow of the future are more likely to think in terms of legal precedent and incremental development of law », R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints », préc., p. 256.

[2042] Selon l'expression de Mme Ruiz Fabri, V. H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », préc., p. 49.

[2043] V. par exemple les arguments des tierces parties dans le différend États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport du Groupe spécial du 20 décembre 2007, WT/DS344/R, §§ 7.16-7.24.

[2044] États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R, § 161.

conséquence compromis « la constitution d'une jurisprudence cohérente et prévisible ». Il est intéressant de relever ici que l'Organe d'appel met en évidence la jurisprudence mais qu'il exige également qu'elle soit cohérente. Cette assertion est fondamentale. Il semble qu'il se tisse un lien serré entre la cohérence de la jurisprudence et son acceptation par les destinataires. Le juge européen et le juge multilatéral font montre d'une véritable volonté sur ce point (A). Cette volonté d'assurer une cohérence de la jurisprudence se traduit par la mise en œuvre de certaines techniques (B).

A Une volonté de cohérence

740. En dépit de l'absence de reconnaissance formelle du système du précédent dans l'Union et l'OMC, le juge européen et son homologue de l'OMC font preuve d'une volonté d'assurer la cohérence de la jurisprudence. Cette volonté répond à une double nécessité. La cohérence de la jurisprudence est une exigence technique (1), elle permet également d'en garantir l'autorité (2).

1 La cohérence : une nécessité technique

741. Selon M. Salmon, la *stare decisis* est un « principe fondant l'autorité normative générale de la jurisprudence dans certains systèmes juridiques, notamment anglo-saxons. Selon cette règle, 'les principes de droit posés par une décision judiciaire ont force obligatoire, tant qu'ils n'ont pas été abandonnés par une décision ultérieure, émanant d'une juridiction supérieure ou de même rang'[2045]. En dehors des pays de *common law*, le précédent jurisprudentiel n'a qu'une valeur d'exemple, avec l'autorité qui s'attache à la qualité de l'organe selon les conditions dans lesquelles ce précédent a été adopté. La transposition en droit international de cette règle n'est pas reconnue »[2046]. Ce principe ne s'applique formellement ni dans l'Union ni dans l'OMC, il ne peut donc constituer le fondement de la cohérence de la jurisprudence. Néanmoins, le phénomène de la « jurisprudence constante » traverse l'Union et l'OMC. En ce sens, les juges, alors qu'ils n'y sont pas formellement tenus, accordent de l'importance à leurs décisions passées et veillent à maintenir une cohérence d'ensemble de la jurisprudence en inscrivant leurs décisions « dans la suite des précédents

[2045] J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international public*, Paris, Sirey, 1960, p. 581.

jurisprudentiels »[2047].

742. Cette volonté découle de plusieurs facteurs. Au sein de l'OMC, elle est intrinsèquement liée à l'objectif assigné au système de règlement des différends. Celui-ci est en effet « un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »[2048]. Or, la sécurité et la prévisibilité du système commercial supposent nécessairement la prévisibilité du droit. Cette dernière est à même de permettre aux Membres de l'OMC d'anticiper les règles et de les appliquer, en conséquence elle a un effet régulateur des comportements des Membres de l'OMC. La volonté de l'Organe d'appel d'instaurer une certaine cohérence entre les rapports se décèle dès les premiers différends qui lui ont été soumis. Dans le différend Japon Boissons alcooliques, alors qu'il devait clarifier le statut des rapports de panels issus du GATT, il a précisé également que les rapports des Groupes spéciaux n'ont pas de force obligatoire sauf entre les parties au différend. Ce faisant, il précise en note qu' « il convient de noter que le Statut de la Cour internationale de justice prévoit expressément, à l'article 59, des dispositions semblables. Elles n'ont toutefois pas empêché la Cour (ni son prédécesseur) de créer une jurisprudence qui accorde de toute évidence une importance considérable à la valeur des décisions précédentes »[2049]. Même si l'Organe d'appel n'affirme pas encore la place des rapports, ni la valeur qu'il souhaite leur attribuer, cette assertion est symptomatique. En effet, elle montre que l'Organe d'appel n'est pas insensible à la démarche de la CIJ. L'Organe d'appel a finalement franchi le pas en s'appuyant sur la sécurité et la prévisibilité du système commercial mentionnées à l'article 3.2 du MARD. Pour le juge, cette prescription signifie que « en l'absence de raisons impérieuses, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure »[2050]. Le juge de l'OMC justifie cette règle par le fait que les Membres de cette organisation tiennent compte des interprétations et des raisonnements figurant dans les rapports lorsqu'ils adoptent des réglementations internes. En conséquence, le juge ne peut se

---

[2046] J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1051.
[2047] D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 164. Cette remarque formulée par M. Ritleng par rapport au juge européen peut s'appliquer au juge multilatéral.
[2048] V. l'article 3.2 du MARD.
[2049] Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, pp. 15 à 17 spécialement note 30 p. 17.
[2050] États-Unis - Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, Rapport de l'Organe d'appel du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R, § 162.

départir de ses appréciations passées. De plus, il a reconnu que les rapports adoptés « suscitent des attentes légitimes » des Membres de l'OMC et que ces rapports doivent donc être pris en compte lorsque le juge doit trancher d'autres différends[2051]. Cette pratique de l'Organe d'appel est appréciée de façon différenciée par la doctrine. Pour certains, un ancien rapport jouit d'une autorité persuasive et constitue « *non-binding precedent* »[2052], d'autres au contraire qualifient la pratique de l'Organe d'appel de « *de facto stare decisis* »[2053], voire de système de « *stare decisis* »[2054]. Quelle que soit la qualification employée, il semble possible de reconnaître *a minima* que le juge de l'OMC accorde de l'importance à la cohérence de la jurisprudence multilatérale.

743. Cette problématique est également présente dans l'Union[2055]. La Cour n'a jamais déterminé si ses arrêts pouvaient être qualifiés de précédents bien que les Avocats généraux recourent parfois à ce terme[2056]. Néanmoins, comme le relève l'Avocat général Maduro, « la Cour a toujours procédé avec déférence vis-à-vis d'une ligne de jurisprudence bien établie »[2057] afin de protéger « les valeurs de cohérence, d'uniformité et de sécurité juridique inhérentes à tout système de droit »[2058]. L'exigence de sécurité juridique trouve à cet égard une importance toute particulière en droit de l'Union du fait de sa nature économique et évolutive. D'une part, les relations économiques sur le marché ne peuvent se déployer en dehors de règles juridiques stables. D'autre part, le droit de l'Union est un « droit des 'fins', tendu vers la réalisation d'un projet, le droit communautaire est par essence évolutif »[2059], à ce

---

[2051] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW, § 109.

[2052] D. PALMETER P. MAVROIDIS, « The WTO Legal System – Sources of Law », *AJIL*, 1998, pp. 398-413, sp. p. 401.

[2053] R. BHALA, « The Precedent Setters: *De Facto* Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy) », *American University international law review*, 1999, pp. 845-956.

[2054] R. BHALA, « The Power of the Past : Towards *De Jure* Stare Decisis in WTO Adjudication », *The George Washingtion International law review*, 2001, pp. 873-978.

[2055] Ainsi, M. Mehdi souligne que dans l'ordre juridique européen qui est « complexe et pluriel », « l'exigence de précision, de certitude ou de prévisibilité (…) est impérative », R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », préc., p. 73.

[2056] V. le point 35 des Conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous l'affaire CJUE, 30 septembre 2010, Commission c/ Belgique, aff. C-132/09, Rec. p. I-8695 ; V. le point 136 des Conclusions de l'Avocat général Mengozzi l'affaire CJUE, 16 décembre 2010, Commission c/ France, aff. C89/09, Rec. p. I-12941.

[2057] V. le point 28 des Conclusions de l'Avocat général Maduro sous les affaires jointes CJCE, 5 décembre 2006, Cipola, aff. C-94/04 et CJCE, Macrino, 5 décembre 2006, aff. C-202/04, Rec. p. I-11241.

[2058] V. le point 28 des Conclusions de l'Avocat général Maduro sous les affaires jointes CJCE, 5 décembre 2006, Cipola, aff. C-94/04 et CJCE, Macrino, 5 décembre 2006, aff. C-202/04, Rec. p. I-11241.

[2059] R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », préc., p. 71.

titre, il est en perpétuelle tension avec le principe de sécurité juridique et la cohérence de la jurisprudence peut être un moyen d'atténuer ces tensions.

744. Il appert également que la cohérence et l'uniformité revêtent une dimension particulière dans l'Union. En effet, l'uniformité d'application du droit de l'Union est en grande partie dépendante du juge national. La cohérence de la jurisprudence de la Cour est, dans ce cadre, un élément permettant d'assurer une uniformité d'application du droit de l'Union[2060]. Une jurisprudence cohérente et bien établie est plus accessible et plus facilement applicable par les juridictions nationales. Au contraire une jurisprudence trop fluctuante, qui ne sera pas nécessairement reçue par les juges nationaux, pourrait remettre en cause l'uniformité. Enfin, la cohérence est un gage d'égalité de traitement des justiciables, elle assure que des affaires présentant des similitudes soient traitées par les juges de façon équivalente.

745. La Cour et le juge de l'OMC ont clairement fait le choix d'assurer la cohérence de leurs jurisprudences respectives. Ce choix est en partie dicté par l'objet des règles communes, les rapports économiques, qui ont besoin de stabilité. Il est également induit par le respect du principe de sécurité juridique ou de l'exigence d'uniformité. Enfin, il semble dicté par la recherche d'autorité de la jurisprudence.

2 La cohérence et l'autorité de la jurisprudence

746. La cohérence de la jurisprudence est également un moyen d'en assurer l'autorité. La métaphore de Dworkin du roman écrit à la chaîne montre par quel ressort et à quelles conditions la cohérence détermine l'autorité de la jurisprudence[2061]. Selon Dworkin, le juge peut être comparé à un romancier, il écrit un chapitre du roman et le transmet à un autre juge qui va à son tour en écrire un chapitre. Chaque romancier s'inscrit dans la chaîne d'écriture du roman et « interprète les chapitres qu'il a reçus pour écrire un nouveau chapitre, qui vient

[2060] P. DEMARET, « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la CJCE », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, R. JACOB (dir.), Paris, LGDJ, 1996, pp. 303-377, sp. p. 342.

[2061] R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1ère éd., 1994, pp. 251-252 ; R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, pp. 61-98 ; J. ALLARD, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in *Argumentation et narration*, E. DANBLON, E. DE JONGE, E. KISSINA, L. NICOLAS (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 67-80.

alors s'ajouter à ce que reçoit le romancier suivant, et ainsi de suite, chacun doit écrire son chapitre pour aider à la meilleure élaboration possible du roman »[2062]. Lors de l'écriture, le romancier doit nécessairement tenir compte des chapitres précédents, de ce qu'il peut lui-même apporter au roman, mais également « de l'apport que voudront ou pourront ajouter ses successeurs »[2063]. Son écriture n'est alors pas complètement libre, elle doit revêtir une « dimension de convenance »[2064] par rapport aux interprétations précédentes, à l'intrigue du roman et son interprétation doit être celle qui s'adapte le mieux possible au reste du roman. Chaque romancier, en dehors du premier, doit « interpréter le matériau qu'il doit considérer comme faisant partie intégrante du roman à la rédaction duquel il participe »[2065] et dans le même temps anticiper les interprétations futures. Pour Dworkin, si ces deux conditions sont réunies, le jugement, ou le roman, bénéficie d'une autorité persuasive. En effet, pour cet auteur : « une proposition de droit est vraie, si elle apparaît comme la meilleure interprétation du processus juridique en son entier, comprenant à la fois l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle, ou si elle découle d'une telle interprétation »[2066].

747. La cohérence de la jurisprudence permet dans ce cadre d'en asseoir l'autorité. La volonté du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce d'assurer une cohérence de la jurisprudence participe de son autorité et de son acceptabilité. Chaque décision s'inscrit dans un mouvement d'ensemble et participe d'une sédimentation en douceur de la jurisprudence. Le raisonnement du juge est un instrument adéquat pour parvenir à cette fin, et plusieurs moyens peuvent être déployés.

B Une cohérence mise en œuvre

748. La mise en cohérence de la jurisprudence est le résultat de deux mouvements distincts. D'une part, le juge peut recourir dans son raisonnement à certaines techniques qui peuvent assurer la cohérence de la jurisprudence (1). D'autre part, cette mise en cohérence résulte d'un phénomène d'auto référence des juges de l'Union européenne et de l'OMC (2).

[2062] R. DWORKIN, *L'empire du droit*, préc., pp. 251-252.
[2063] *Ibidem*.
[2064] R. DWORKIN, « La chaîne du droit », préc., p. 64.
[2065] *Idem*, p. 53.
[2066] *Id*., p. 51.

1 Les techniques autorisant la cohérence de la jurisprudence

749. Le raisonnement du juge peut constituer un instrument assurant la cohérence de la jurisprudence. A cette fin, il peut mettre en œuvre différentes techniques qui témoignent de la volonté d'assurer la cohérence de la jurisprudence. L'impératif de cohérence suppose, au contraire, que le juge n'ait recours à d'autres techniques, comme le revirement de jurisprudence, qu'avec prudence et parcimonie.

750. Si le juge souhaite assurer la cohérence de la jurisprudence, il est tout d'abord nécessaire qu'il pose les jalons de la jurisprudence. A cette fin, le juge peut énoncer un principe dans ce qui à vocation à devenir « un grand arrêt »[2067] sur le fondement duquel il rend plusieurs arrêts ultérieurs. Il crée ainsi une continuité de la jurisprudence ou une « ligne jurisprudentielle »[2068]. Dans le cadre d'une ligne jurisprudentielle, la jurisprudence est une « jurisprudence presque constante, précisée, clarifiée par une série d'arrêts »[2069]. A côté de cette première approche, le juge peut, comme l'a montré Mme Bertrand, énoncer sa jurisprudence au sein d'une « chaîne jurisprudentielle ». Dans cette hypothèse, il est nécessaire, pour saisir la jurisprudence, de se référer à plusieurs décisions qui se complètent sans se contredire[2070].

751. Plusieurs techniques peuvent ensuite être mises en œuvre par le juge afin d'assurer la cohérence de la jurisprudence. Une première approche consiste, pour le juge, à raisonner à partir de la règle juridique à appliquer et non à partir des faits de l'espèce qui lui est soumise. Cette approche a été mise en évidence par MM. Due[2071] et Maddalon[2072]. M. Due montre ainsi que le juge peut raisonner de façon spécifique ou générale. Dans la première hypothèse, les faits et les circonstances de l'espèce constituent le point de départ du raisonnement, cette façon de raisonner évite « toute généralisation non nécessaire à la conclusion »[2073]. Dans la seconde hypothèse, le juge raisonne en fonction de la règle qu'il applique ensuite aux faits. La

---

[2067] G. BRAIBANT, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, pp. 1428-1430.
[2068] B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2013, pp. 740-770.
[2069] B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », préc., p. 746.
[2070] *Ibidem*.
[2071] O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », préc., p. 276.
[2072] P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », préc., p. 139.
[2073] O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », préc., p. 276.

première méthode permet la construction et donc *in fine* la cohérence de la jurisprudence mais uniquement à l'issue de nombreuses affaires. Il intervient donc une période au cours de laquelle la jurisprudence apparaît comme peu stabilisée et donc incohérente. Au contraire, si le juge recourt à la seconde méthode, il développe la règle dans l'affaire qui lui est soumise mais cette interprétation générale lui permet de l'appliquer aisément et rapidement à d'autres cas. M. Maddalon traduit la même idée lorsqu'il souligne que « définir permet de fonder des solutions de principe alors que qualifier rapproche de la solution d'espèce »[2074]. Le juge, lorsqu'il définit une notion, pourra appliquer la définition à d'autres affaires, au contraire, s'il se contente de qualifier, cette généralisation est plus ardue. Le juge, s'il choisit de raisonner en généralité ou de définir une notion, pourra en quelque sorte répliquer son raisonnement à d'autres affaires postérieures de façon très cohérente.

752. Dans ce cadre, le juge peut être conduit à préciser à nouveau ses interprétations et appréciations afin d'assurer la cohérence de la jurisprudence. A l'OMC, plusieurs rapports de l'Organe d'appel montrent la nécessité pour le juge de préciser et d'approfondir l'interprétation fournie dans un premier rapport. Par exemple, dans le différend Communautés européennes Certaines questions douanières[2075], il précise l'interprétation donnée de l'article X : 3 a du GATT dans deux différends précédents[2076]. De même, le rapport de l'Organe d'appel dans le différend Chine Mesures affectant les importations de pièces automobiles, permet de clarifier certaines des appréciations menées dans le différend Communautés européennes Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés quant au rôle du système harmonisé en matière d'interprétation[2077].

753. Un autre outil dont dispose le juge à cette fin est l'encadrement de son pouvoir d'appréciation. Dans ce cadre, le contrôle de proportionnalité ou le raisonnement par

---

[2074] P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », préc., p. 139.

[2075] Communautés européennes — Certaines questions douanières, rapport de l'Organe d'appel du 13 novembre 2006, WT/DS315/AB/R, § 200.

[2076] Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, § 200 et Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, rapport du Groupe spécial du 12 mars 1998, WT/DS69/R, § 115.

[2077] Chine — Mesures affectant les importations de pièces automobiles, rapport de l'Organe d'appel du 15 décembre 2008, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R, § 149 ; Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport de l'Organe d'appel du 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, § 197.

balancement permettent au juge de déterminer une méthode à l'aune de laquelle il apprécie la compatibilité des mesures nationales restrictives aux règles communes. La détermination de la méthode est un élément de stabilité de la jurisprudence puisque toutes les mesures nationales sont appréhendées à travers le même prisme. Néanmoins, la méthode assure encore au juge une marge de manœuvre qui lui permet d'individualiser chaque jugement en application d'une méthode unique. Quant à cette technique, M. Simon relève que, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, « même s'il n'est pas juridiquement lié par ses propres précédents, le juge communautaire aura tendance à mettre en oeuvre les instruments du contrôle de proportionnalité dans des conditions identiques à la nature et à l'intensité du contrôle opéré dans des situations techniquement voisines. En tout état de cause, un éventuel infléchissement, par exemple dans le sens d'un renforcement de l'intensité du contrôle, devra être dûment motivé dès lors qu'il s'écarte des modalités antérieurement retenues »[2078]. Cette technique présente alors un double avantage au regard de l'objectif de cohérence du juge. C'est une méthode répétable, qui pourra être utilisée dans des litiges ultérieurs, et l'intensité du contrôle a également vocation à être dupliquée. Les modalités d'appréciation du caractère similaire ou non de deux produits à l'aune des critères énoncés par le juge multilatéral peuvent s'analyser de façon comparable. Ainsi, le juge ne définit pas la similarité mais l'apprécie au cas par cas en fonction des mêmes critères. Le raisonnement mené est donc le même, mais il est appliqué dans chaque litige en fonction des spécificités des produits en cause.

754. Si ces techniques assurent la continuité de la jurisprudence, le revirement de jurisprudence est quant à lui plus problématique. Le revirement de jurisprudence est un « abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise, l'adoption d'une solution contraire à ce qu'ils consacraient, le renversement de tendance dans la manière de juger »[2079]. Le revirement, en ce qu'il crée une discontinuité, une rupture au sein de la jurisprudence, pose naturellement un problème de cohérence. Néanmoins, le revirement peut parfois être nécessaire. Comme le souligne M. Mehdi, le revirement de jurisprudence

---

[2078] D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Petites Affiches*, 2009, pp. 17-25, sp. p. 28.
[2079] G. CORNU, « Jurisprudence », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006, p. 520.

peut dans certains cas « améliorer la cohérence du système juridique dans son ensemble »[2080] et garantir la nécessaire évolution du droit. L'équilibre à trouver par le juge entre ces deux exigences est subtil. Le juge de l'OMC n'a encore jamais remis en cause sa jurisprudence. Au contraire dans l'Union, le juge a dû faire face à la nécessité, réelle ou supposée, de changer de jurisprudence. La volonté de cohérence de la Cour se répercute sur sa façon d'envisager le revirement. Les revirements explicites et assumés sont peu nombreux. La jurisprudence Keck et Mithouard[2081] en constitue l'exemple le plus clair dans la jurisprudence de la Cour. Le revirement opéré par l'arrêt Keck constitue certes une rupture de la jurisprudence, mais la rupture de la cohérence en ce qu'elle est « affichée »[2082] et assumée comme telle permet normalement la cohérence de la jurisprudence pour l'avenir. Au contraire, du fait de sa volonté de ne pas opérer de ruptures brusques et assumées dans d'autres domaines, la Cour a procédé à des revirements de jurisprudence « clandestins »[2083], « larvés »[2084] ou « dissimulés derrière un écran de fumée »[2085]. En raison de l'impératif de cohérence, le juge fait un usage modéré du revirement. Par ailleurs, lorsqu'il a recours à cette technique, il le fait souvent de façon dissimulée afin de ne pas donner le sentiment qu'il rompt la cohérence de la jurisprudence et de maintenir l'apparence de la cohérence de la jurisprudence et son acceptabilité.

755. Les juges ont recours à divers procédés techniques qui assurent la cohérence de la jurisprudence, ils s'accompagnent, dans l'Union et dans l'OMC, d'une pratique développée et ancrée d'auto référence.

[2080] R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », préc., p. 90.
[2081] CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267 et 268/91, Rec. p. I-6097.
[2082] Selon le terme de D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 165.
[2083] Selon le terme de M. D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », préc., p. 164. M. Ritleng vise dans ce cadre le revirement de la Cour dans l'avis 1/94 relatif à la notion de politique commerciale commune.
[2084] Selon le terme de M. O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », préc., p. 200. M. Dubos désigne par cette expression le revirement résultant de la jurisprudence Mangold (CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04, Rec. p. I-9981) par rapport à la doctrine de la Cour résultant de la jurisprudence Foglia (CJCE, 11 mars 1980, Foglia, aff. C-104/79, rec. p. 745 et CJCE, 16 décembre 1981, Foglia, aff. 204/80, Rec. p. 3045).
[2085] Selon le terme de M. R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », préc., p. 100. Par cette expression, M. Mehdi se réfère au revirement opéré dans l'affaire Fantask (CJCE, 2 décembre 1997, Fantask, aff. C-188/95, Rec. p. I-6783) par rapport à la jurisprudence Emmott (CJCE, 25 juillet 1991, Emmott, aff. C-208/90, Rec. p. I-4269).

2 L'auto référence et la cohérence de la jurisprudence

756. La Cour et le juge de l'OMC pratiquent l'auto référence. Ils s'appuient sur et citent leur propre jurisprudence dans les arrêts et les rapports. Il est indéniable en pratique que le juge, au moment où il tranche le litige qui lui est soumis, recherche si d'autres affaires similaires ont déjà été tranchées. L'originalité de la démarche de la Cour et du juge de l'Organisation mondiale du commerce réside en ce qu'ils intègrent ces éléments à leurs décisions. Cette pratique est un facteur de cohérence mais aussi d'acceptabilité de la jurisprudence. Comme le souligne M. Puissochet « la meilleur façon de convaincre est de montrer que la Cour s'est déjà prononcée sur une espèce, sinon topique, du moins très approchante »[2086]. En effet, en citant des décisions antérieures et en s'appuyant sur ces décisions, le juge donne l'impression que la règle préexiste. En conséquence, il crée ainsi une continuité de la jurisprudence propre à en garantir l'acceptabilité. De cette façon, il ne donne jamais l'impression de sortir de son office et justifie une jurisprudence créatrice sur le fondement de jurisprudences passées. Ces références montrent que la jurisprudence se crée dans un mouvement continu par un effet de sédimentation.

757. Le recours à cette technique peut néanmoins s'avérer problématique. En premier lieu, elle sème le doute quant à l'individualisation de la solution. Le juge se contente de justifier sa décision en s'appuyant sur une affaire précédente[2087] sans prendre soin de préciser et d'expliquer en quoi le principe dégagé dans cette affaire s'applique à l'espèce dont il est saisi. Elle peut ensuite avoir un effet de paralysie de la jurisprudence, le juge s'en tient à des principes passés sans faire évoluer la jurisprudence[2088].

758. En second lieu, certains auteurs ont montré que le juge européen use de cette technique de façon parfois tendancieuse[2089], et justifie une solution à l'aune d'une jurisprudence passée sans lien suffisamment étroit avec le cas qui lui est soumis ou qui n'est

---

[2086] J.-P. PUISSOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. 131.

[2087] Comme le souligne M. Puissochet « certains arrêts donnent l'impression de ne justifier que par le seul précédent », J.-P. PUISSOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes », préc., p. 129.

[2088] L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », préc.

[2089] A. ARNULL, « Owning Up to fallibility : Precedent and the Court of justice », *CMLR*, 1993, pp. 247-266, sp. p. 253.

pas pertinente au regard du litige qu'elle tranche[2090].

759. Enfin, c'est surtout la méthodologie, ou l'absence de méthodologie, de citation par la Cour de ses propres précédents qui fait l'objet de critiques[2091]. M. Coutron affirme ainsi que « le renvoi aux précédents est anarchique : il n'obéit à aucune logique ce qui induit un manque de lisibilité de la jurisprudence »[2092] et souligne que la Cour se réfère peu à l'arrêt de principe mais renvoie à « une jurisprudence récente sans intérêt »[2093]. Cette critique doit être tempérée à l'aune de deux éléments. D'une part, la Cour fait souvent référence à plusieurs précédents à la fois et se réfère alors à l'arrêt de principe ainsi qu'à des affaires plus récentes[2094]. D'autre part, il apparaît que la Cour privilégie, dans les arrêts en manquement, les références à des jurisprudences récentes ou non mais qui concernent directement l'Etat mis en cause[2095]. Ainsi, la Cour met en œuvre quelques techniques de références à sa propre jurisprudence. En se référant à des affaires récentes, elle montre que la jurisprudence est constante et cohérente et qu'elle se construit par sédimentation progressive. Par ailleurs, dans le cadre du recours en manquement, elle privilégie les références relatives à l'Etat mis en cause afin de montrer qu'il ne pouvait ignorer cet aspect de la jurisprudence.

760. L'auto référence du juge européen et du juge multilatéral permet de donner corps à la jurisprudence et de signifier la continuité de l'appréciation du juge. En ce sens, cette technique permet assurément de mettre la jurisprudence en cohérence ou, à tout le moins, d'en donner le sentiment. En outre, par la cohérence que cette technique construit, elle assure

---

[2090] V. sur ce point la démonstration de M. Dubos quant à l'utilisation par la Cour de la jurisprudence Guerre des fraises (CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/ France, aff. C-265/95, Rec. p. 6959) dans l'affaire Viking (CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, aff. C-438/05, Rec. p. I-10779).

[2091] L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », préc. ; O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », préc.

[2092] L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », préc., p. 672.

[2093] *Ibidem*.

[2094] Par exemple dans une affaire en manquement contre la France en matière de restrictions quantitatives du fait de l'interdiction de certains additifs, elle juge que la législation française est une mesure d'effet équivalent et se réfère à l'arrêt Dassonville mais également à une affaire plus récente en la matière et portant spécifiquement sur une mesure nationale limitant les additifs, V. le pt. 22 de l'affaire CJCE, 5 février 2004, Commission c/ France, aff. C-24/00, Rec. p. I-1277.

[2095] V. par exemple CJUE, 20 octobre 2011, Commission c/ France, aff. C-549/09, Rec. p. I-155 qui fait référence à trois arrêts en manquement antérieurs concernant la France ou les affaires CJCE, 18 novembre 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-48/10, Rec. p. I-151 et CJUE, 18 novembre 2010, Commission c/ Irlande, aff. C-226/09, Rec. p. I-11807 dans laquelle la Cour renvoie à des affaires en manquement visant ces

l'acceptabilité de la jurisprudence en ce qu'elle montre la cohérence et la continuité des règles.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

761. Le raisonnement du juge est un instrument dont il peut user en vue de faciliter l'adhésion des destinataires du jugement à sa décision. A cette fin, le juge européen et le juge de l'OMC usent de deux techniques semblables. En premier lieu, ils ouvrent leurs raisonnements à des rationalités externes. Cette ouverture s'opère par deux canaux principaux. Le juge de l'Union et le juge de l'OMC s'appuient tout d'abord sur des rationalités extérieures au droit, comme la rationalité économique ou scientifique. Cette ouverture facilite l'acceptation de la décision du juge en ce qu'elle atteste, dans des contentieux souvent techniques, que le juge s'est armé de tous les éléments nécessaires à la compréhension et à l'appréhension du litige. De même, le juge de l'Organisation mondiale du commerce fait dans ses rapports des références directes à la doctrine, juridique mais aussi économique. Ce renvoi lui permet, sur des questions sensibles, d'adosser son raisonnement juridique à des figures d'autorité et par là de bénéficier de cette autorité par ricochet. En revanche, le juge européen ne procède pas à de tels renvois à la doctrine et il semble peu raisonnable de présumer que le juge fait siens les renvois observés dans les conclusions des Avocats généraux. Enfin, le juge européen et le juge de l'OMC ouvrent leurs raisonnements à des rationalités juridiques. Ce mouvement commun d'ouverture à des textes ou de la jurisprudence extérieures à l'Union et à l'OMC ne doit cependant pas masquer ici des différences notables. Si l'ouverture du raisonnement poursuit une même fonction d'acceptabilité de la jurisprudence, elle suppose des modalités différentes. Le juge de l'Union s'ouvre aux droits des Etats Membres afin de constituer le droit commun de l'Union. Par ailleurs, il a pendant longtemps ouvert son raisonnement aux textes de protection des droits fondamentaux faute de catalogue et de protection interne de ces droits. Le juge de l'OMC privilégie quant à lui les renvois aux textes ou à la jurisprudence internationale. Ce faisant, il consolide sa compétence juridique en s'appuyant sur des principes de cette nature.

762. La comparaison montre également que le raisonnement du juge est, dans l'Union

---

Etats.

comme dans l'OMC, un instrument de cohérence. Cet objectif de cohérence participe de l'acceptabilité de la décision du juge. En premier lieu, la cohérence se fonde sur le raisonnement qui permet d'unifier la juridiction. Le raisonnement constitue également un levier de cohérence fonctionnelle. Ainsi, le raisonnement constitue la manifestation du respect par le juge de la fonction qui lui est attribuée. Enfin, le raisonnement est un vecteur de cohérence de la jurisprudence. Dans ce cadre, la cohérence est une nécessité qui assure l'autorité et l'acceptabilité de la jurisprudence. Mise en œuvre par des techniques similaires dans l'Union et dans l'OMC, la cohérence, en ce qu'elle matérialise la continuité et la sédimentation progressive de la jurisprudence, montre que la règle préexiste à l'espèce et favorise l'adhésion des parties.

CONCLUSION DU TITRE II

763. L'acceptabilité des décisions du juge est une finalité poursuivie par le juge européen et le juge de l'OMC dans leurs raisonnements. L'acceptabilité en ce qu'elle favorise l'adhésion et le respect des décisions du juge est une finalité intrinsèque à la fonction juridictionnelle. Concrètement, elle se matérialise à travers deux dimensions distinctes du raisonnement. La comparaison montre que c'est tout d'abord la dimension formelle du raisonnement, la motivation, qui offre cette acceptabilité. Sur ce point, il apparaît que le juge de l'Union et le juge de l'OMC ont développé des styles de motivation comparables qui mêlent l'autorité, par le syllogisme, à la persuasion et à la pédagogie. Ainsi, la motivation constitue pour ces juges plus qu'une obligation juridique, elle est une véritable nécessité pratique. Elle est également le fruit de diverses influences et des conditions de construction de la motivation dans l'Union et dans l'OMC. Le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce motivent tous deux abondamment leurs décisions et usent d'un style discursif qui discute les arguments des parties.

764. Le raisonnement, dans sa dimension matérielle, peut également être mené afin d'assurer l'acceptabilité de la décision. Il appert que le juge de l'Union et le juge de l'OMC ouvrent tous deux leurs raisonnements à des rationalités techniques ou juridiques afin d'assurer l'acceptabilité de leurs décisions. Cette ouverture poursuit une finalité comparable mais peut se matérialiser par des modalités distinctes. L'appel à des rationalités techniques se

vérifie tant dans le raisonnement du juge européen que dans celui du juge de l'OMC. En revanche, seul le juge de l'OMC s'ouvre directement à la doctrine. De même, ils font tous deux appel à des règles de droit extérieures à l'Union ou à l'OMC afin de justifier certaines de leurs décisions. Cependant, le juge européen privilégie le recours au droit comparé alors que le juge de l'OMC s'appuie sur le droit international public et la jurisprudence internationale. Enfin, le raisonnement, en ce qu'il permet la cohérence, favorise l'acceptabilité des décisions de ces juges. Sur ce point, l'analyse montre que le raisonnement est l'instrument de cohérence de la juridiction. L'unification du raisonnement au sein de la Cour de justice et entre les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel favorise la cohérence organique. De même, c'est à travers leurs raisonnements que les juges font émerger la jurisprudence et en assurent la cohérence.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

765. Le juge de l'Union européenne et le juge de l'Organisation mondiale du commerce instrumentalisent leurs raisonnements afin de parvenir à deux objectifs : participer à la réalisation des objectifs des Traités européens et des Accords OMC, et assurer l'acceptabilité de leurs jugements. Afin de faire respecter aux Membres de l'Union et de l'OMC leurs engagements, les juges usent en premier lieu des éléments de la constitution économique des Traités. Le principe de non discrimination et celui de libre circulation sont symptomatiques de cette démarche. De même, les principes de coopération loyale et de bonne foi ont permis au juge européen de donner son effet maximal à l'intégration européenne. A l'OMC, la bonne foi assure d'une part l'équilibre des droits et obligations des Membres et prémunit d'autre part contre l'abus de droit. En parallèle, le raisonnement du juges européen et du juge de l'OMC a su tirer profit des défaillances des systèmes juridiques. Dans ce cadre, ils ont usé des mêmes techniques de raisonnement. Les règles de recevabilité des recours ont fait l'objet d'interprétations larges, et le contrôle du juge est poussé. Par ailleurs, le juge européen et le juge de l'OMCappréhendent au moyen de méthodes de raisonnement comparables les mesures nationales restrictives aux échanges. Le contrôle de proportionnalité et le raisonnement par balancement leur offrent de concilier les règles communes et les valeurs et intérêts protégés par les Membres.

766. Le juge de l'OMC et le juge européen instrumentalisent également leurs raisonnements en vue de garantir l'acceptabilité des jugements. Dans leur dimension formelle, à travers la motivation, les raisonnements du juge européen et du juge de l'Organisation mondiale du commerce présentent des similitudes. Ils motivent abondamment leurs décisions au moyen de styles comparables : présentée sous la forme d'un syllogisme, la décision est rédigée au moyen d'un style conversationnel. Enfin dans leur dimension matérielle, les raisonnements du juge européen et du juge multilatéral offrent d'autres perspectives de comparaison. En effet, les deux juges font appel à des rationalités extérieures au droit ou à d'autres rationalités juridiques afin de justifier leurs appréciations. De même, leurs raisonnements sont des vecteurs de cohérence, que ce soit envers leur propre fonction et envers la jurisprudence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

767. L'objectif de cette étude était de proposer une analyse de la boîte noire que constitue le raisonnement du juge. Proposant un éclairage particulier, utilisant une méthodologie inductive fondée sur l'analyse comparée de la jurisprudence, cette étude met en lumière plusieurs éléments importants du raisonnement du juge européen et du juge de l'OMC. Au-delà de cette conclusion immédiate, l'étude menée permet également de mettre en exergue les mécanismes au moyen desquels les organes de l'Organisation mondiale du commerce, Groupes spéciaux et Organe d'appel, ont affirmé leur propre fonction juridictionnelle.

768. Le juge de l'Union européenne et le juge de l'OMC raisonnent de façon comparable. Certaines caractéristiques du droit comme les incohérences ou les lacunes engendrent des raisonnements similaires de ces deux juges qui raisonnent par évitement ou tentent de remédier à ces vices du droit par la conciliation, l'interprétation large ou le recours aux principes. De même, le droit de l'Union et le droit de l'OMC sont fortement marqués par l'indétermination des règles juridiques. Le recours aux notions indéterminées, nécessaire au droit international et au droit européen et consubstantiel au droit économique, attribue à chacun de ces juges une certaine liberté d'interprétation. En effet, il appartient *in fine* au juge d'attribuer un sens à ces notions afin de pouvoir appliquer le droit et trancher les litiges. Il appert que la liberté du juge est cependant régulée. Le recours à certaines méthodes d'interprétation s'explique moins par la nature de ces méthodes que par la nature et les caractéristiques de l'Union et de l'OMC. Mais il ressort de l'analyse que la marge d'appréciation du juge est *ultima ratio* régulée par les valeurs de chaque système juridique. Enfin, la substance économique du droit marque de son empreinte le raisonnement des deux juges. Elle fonde le recours à la rationalité du marché et de ses acteurs dans le raisonnement du juge ainsi que le recours à des méthodologies économiques. Toutefois, le droit économique se caractérise également par la forme particulière qu'il revêt parfois. La technique des engagements par listes au sein de l'OMC et le recours à la *soft law* dans l'Union et l'OMC engendrent un formalisme du raisonnement du juge. La prédétermination de la portée de l'obligation juridique dans les listes et la normativité incertaine de la *soft law* conduisent en

effet les juges à raisonner prudemment au sens où la portée de ces textes fait l'objet d'un raisonnement limitatif. Au-delà des déterminants du raisonnement, l'analyse doit nécessairement prendre en compte les finalités de ce dernier.

769. Sur ce point, le raisonnement est un outil au service des objectifs de l'organisation à laquelle le juge appartient. Dans ce cadre, la comparaison met en lumière certaines différences. En effet, le juge européen dispose, dans les Traités, d'un matériau plus développé que le juge de l'Organisation mondiale du commerce. A ce titre, si les juges ont recours aux mêmes modes de raisonnement, comme l'appel aux principes, les objectifs propres à l'Union européenne et à l'OMC induisent nécessairement des différences quant à la substance du raisonnement. Dans l'Union européenne, le raisonnement du juge est guidé par la prévalence de l'intérêt commun alors que dans l'OMC le raisonnement vise à réduire le protectionnisme mais également à protéger les droits et obligations des Membres et à préserver l'équilibre issu des négociations. Par ailleurs, le nécessaire équilibre entre les disciplines communes et le droit des Membres de protéger certains intérêts ou valeurs non économiques pousse à la convergence du raisonnement des juges. Le principe de proportionnalité du juge européen et le raisonnement par balancement du juge de l'OMC présentent ainsi de grandes similitudes matérielles en dépit de leurs fondements différents. Méthodes de conciliation, ces modes de raisonnement peuvent également être appliqués avec plus ou moins de sévérité. A cet égard, la modulation du contrôle participe de l'équilibre entre ces intérêts divergents. Enfin, les deux juges sont confrontés à la même exigence d'entre d'acceptabilité de leurs décisions. De cette exigence découlent à nouveau des lignes de comparaison fortes. La motivation, qui correspond à la dimension formelle du raisonnement, se présente de façon similaire dans l'Union et dans l'OMC. Obligation juridique classique, elle est pour le juge européen et le juge de l'Organisation mondiale du commerce, une véritable nécessité pratique en ce qu'elle participe de l'acceptabilité de leurs décisions. Il est notable que les juges motivent leurs décisions de façon comparable. Le recours au syllogisme fournit la posture logique alors que la motivation abondante et le dialogue avec les parties apportent le nécessaire élément de conviction et de persuasion. De même, l'analyse du raisonnement, dans sa dimension matérielle, montre que les deux juges ont fait des choix fondamentaux, l'ouverture et la cohérence, identiques. La première fournit au juge les connaissances pour traiter des contentieux économiques ou ayant trait à la science. L'ouverture du raisonnement du juge de

l'OMC au droit international lui a permis de s'affirmer en tant que juge et de faire entrer à l'OMC le droit international général. Quant à la Cour, l'ouverture au droit des Etats Membres est finalement bien plus qu'un élément d'acceptabilité de la jurisprudence, elle est la condition d'existence du droit commun. Enfin, le choix de la cohérence opéré tant par le juge européen que par le juge de l'OMC et la mise en œuvre de celle-ci par leurs raisonnements constitue certes un facteur d'acceptabilité de la jurisprudence mais peut-être, et surtout, la condition de l'émergence de la jurisprudence.

770. Le raisonnement du juge européen et du juge multilatéral est finalement un composite. Il mêle la rigueur inhérente au droit, la logique formelle qui autorise la posture d'autorité, la logique floue qui permet d'appréhender la complexité, l'argumentation et la logique du raisonnable parce que le juge cherche toujours à convaincre. En ce sens, le raisonnement du juge n'est jamais asservi à la règle juridique, mais il n'est jamais libre. Il n'est jamais asservi à la règle parce que celle-ci s'offre rarement au juge sans qu'il ait besoin de l'interpréter, de la compléter ou de la mettre en cohérence avec d'autres règles. Néanmoins, le juge ne raisonne jamais complètement librement. Il est le juge d'un système juridique et d'un droit de nature économique, autant d'éléments qui façonnent directement ou indirectement son raisonnement. La nature du raisonnement reste finalement difficile à appréhender en tant que telle car elle est plurielle. En revanche, l'analyse du raisonnement en mouvement, qui se matérialise et prend forme à travers la jurisprudence, est instructive en ce qu'elle donne à voir la diversité du raisonnement. L'analyse du raisonnement n'a finalement de sens qu'à travers une réflexion sur le juge. Elle permet en effet de démystifier certains aspects de la fonction juridictionnelle. A ce titre, l'analyse du raisonnement montre que celui-ci est profondément déterminé par l'ordre juridique, ses caractéristiques et ses valeurs, par la texture et la nature de la règle de droit et par la nécessaire acceptabilité du jugement.

771. Ces conclusions ne sont cependant pas propres au juge de l'Union européenne et à celui de l'Organisation mondiale du commerce. En effet, d'autres juges, internes ou internationaux peuvent être confrontés aux mêmes déterminants. Ainsi, les incohérences, les lacunes ou l'indétermination des règles juridiques ne sont pas des phénomènes spécifiques aux systèmes juridiques de l'Union et de l'OMC. Les modes de raisonnement mis en œuvre par d'autres juges face à ces éléments sont comparables à ceux des juges de l'Union et de

l'OMC. En attestent le recours aux principes face à l'incomplétude du droit ou la recherche de conciliation en présence d'incohérences qui se vérifie dans d'autres ordres juridiques. De même, l'interprétation juridictionnelle est, dans tous les ordres juridiques, davantage contrainte par les valeurs du système juridique que par les méthodes d'interprétation. Par ailleurs, la nature économique de certaines règles de droit se vérifie dans d'autres ordres juridiques que ceux de l'Union et de l'OMC et imprime également une coloration économique du raisonnement du juge. Enfin, le raisonnement du juge est classiquement un moyen d'assurer l'effectivité des règles de droit ou la conciliation d'intérêts divergents. A ce titre, le contrôle de proportionnalité ou le raisonnement par balancement sont des modes de raisonnement dont font usage d'autres juges internes ou internationaux. De même, tous les juges prennent garde à l'acceptabilité de leurs décisions et usent de la motivation ou de la cohérence de la jurisprudence à cette fin. Cette absence de spécificité du raisonnement du juge de l'Union européenne et du juge de l'Organisation mondiale du commerce permet alors de mettre en exergue deux éléments fondamentaux. En premier lieu, il existe des modes de raisonnement typiquement juridictionnels car leur usage se vérifient dans de nombreux systèmes juridiques. En second lieu, cette absence de spécificité est très révélatrice de la posture adoptée par le juge de l'OMC. En effet, si ce dernier n'a pas nécessairement été conçu comme un juge, le fait qu'il ait pris soin de raisonner comme un juge et d'avoir recours à des modes de raisonnement juridictionnels lui a permis de s'affirmer comme tel. En ce sens, le raisonnement a largement participé de la juridictionnalisation du système de règlement des différends car il constitue le moyen à travers lequel l'Organe d'appel et les Groupes spéciaux se sont appropriés la fonction juridictionnelle.

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et dictionnaires

D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy – PUF, coll. Quadrige, 2003

J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international public*, Paris, Sirey, 1960

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006

R. DAVIS et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11ème éd., 2002

L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 4ème éd., 2006

P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 2002

G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, Paris, A. Colin, 8e éd., 2001

J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2009

J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001

D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* Paris, PUF, 3ème éd., 2001

Ouvrages, thèses, et monographies

A

D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994

P. AMSELEK, (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989

P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995

B

B. BALASSA, *The theory of economic integration*, Irwin, Homewood, 1961

H. DE BALZAC, *La Cousine Bette*, Furne, Paris, volume 17, 1848

S. BARBOU DES PLACES (dir), *Aux marges du traité, Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011

C. BARFIELD, *Free Trade, Sovereignty, Democracy : The Future of the World Trade Organization*, Washington, AEI Press, 2001

D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997

S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges*, LGDJ, Paris, 1974

E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010

F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires, Paris, Dalloz, 2003*

M. BLANQUET*, L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994

D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), *Lire le droit– Langage, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992

G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, LGDJ, 1984

C

E. CANAL-FORGUES, *L'Institution de la conciliation dans le cadre du GATT – Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993

E. CANAL-FORGUES, *Le Système de règlement des différends de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 3ème éd., 2008
M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990
E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012
S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013
S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008
S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012
S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (dir.), *Law in the Service of Human Dignity Essays in honor of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University press, 2005
P. CLAUDEL, *Le soulier de satin*, Paris, Gallimard, 1957
L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011
J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966
L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome II : La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974
L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome III : La science des droits comparés*, Paris, Economica, 1983
V. CONSTANTINESCO V. MICHEL, « Compétences communautaires », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*
O. CORTEN, *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997
O. CORTEN, P. KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006
T. COTTIER, P. MAVROIDIS (dir.), *The Role of the judge in international regulation – Experience and Lessons for the WTO,* University of Michigan, Michigan University Press, 2003
M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris LGDJ, 1995

D

O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008
R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2ème éd., 1997
M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986
M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 2ème éd. 2004
M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Tome II : Le pluralisme ordonné*, Paris Seuil, 2006
P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica 2002
P. DEUMIER, *Le raisonnement juridique ; recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013
C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviances,* Paris, Le Publieur, 2005
O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle des Etats Membres au sein de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001
R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1ère éd., 1994

F

G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, Coll. Thémis, 1ère edition, 1971
G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004

T. FLORY, *L'Organisation Mondiale du Commerce. Droit Institutionnel et Substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999
L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2011
B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005

G

Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972
F. GAZIN, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, Thèse, Université de Strasbourg, 2001
S. GRILLER (dir.), *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, New-York, Springer, 2008
C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2006.

H

E. B. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces* (1950-1957), Stanford, Stanford University Press, 1958
J. HABERMAS, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997
H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1976
M. HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986
F. A. HAYEK, *Prices and Production*, London, Routledge, 1931
A. HERVE, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse, Rennes 1, 2011

I

M.-L. IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF Coll. Thémis droit privé, 2001

J

J. H. JACKSON, *The World Trading System Law and policy of international economic relations*, Cambridge, MIT press, 2ème ed., 1998
A. JACQUEMIN, G. SCHRANS, *Le droit économique*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1982

K

W. KAISER, B. LEUCHT, M. RASMUSSEN, *The history of the European Union : origins of a trans and supranational polity 1950-72*, Routledge, New York, 2008
H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème éd. Traduite par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962
P. KRUGMAN, *Pourquoi les crises reviennent toujours*, Paris, Seuil, 2009

L

E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préface F. MODERNE, Paris, Dalloz, 2005
B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002
R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, Genève, Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, Coll. de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1970
R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976
P. LEGRAND (dir), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009
J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980
H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007

U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, New-York, Springer 2007

D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce - Analyse critique*, Bruylant, Bruxelles, 2004

M

F. MACHLUP (dir.), *Economic integration worldwide, regional, sectoral*, London, Macmillan, 1976

P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, New-York, Springer, 2005

P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* Paris, LGDJ*,* 2007

P. MADDALON (dir.), *Les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2012

F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation) : Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, 2013

G. MALINVERNI, *Le Règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Leiden Genève, 1962

K. MARX, *Salaires, prix et profits*, Genève, ré-éd Entremonde, 2010

P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.), *La fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009

V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, Editions L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2003

V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Gallimard, Coll. Folio Essais, 1995

N

J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965

O

OCDE, *Perspectives économiques de l'OCDE*, 2008

M. OESCH, *Standards of review in WTO Dispute Resolution*, New York, Oxford University Press, 2003

P. OLERON, *Le raisonnement*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 5ème éd, 1996

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002

F. OST, *Dire le droit, Faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007

P

V. PACE, *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2000

R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1996

B. PASCAL, *Pensées*, Paris, Philippe Sellier, Classique de poche, 2000

J.PAUWELYN, *Conflict of norms in public international law, the exemple of the WTO : internal hierarchy and how the WTO law relates to the others rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

J. PELKMANS, *European integration. Methods and economic analysis*, Edinburgh, Pearson, 3ème éd., 2006

C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Rhétorique et philosophie. Pour une théorie de*

l'argumentation en philosophie, Paris, PUF, 1952
C. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965
C. PERELMAN (dir.), *Droit et logique. Les lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1967
C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976
C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 3ème éd., 1976
C. PERELMAN, *L'empire rhétorique : Rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977, p. 40
C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978
C. PERELMAN (dir.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1979
C. PERELMAN, L. OLBRECHTS TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1983
C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984
C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984
J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Paris, Litec, 2001
P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960
P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, A. W. Sijthoff-Leiden, 1972, réimp., Bruxelles, Bruylant, 2005
E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, tome II
F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises,* Thèse, Université de Strasbourg, 1994
F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009

R

N. REICH, H.-W. MICKLITZ, *Le droit de la consommation dans les pays membres de la CEE, une analyse comparative*, Londres, Van Nostrand Reinhold, 1981
D. RICARDO, *On the principles of political economy and taxation*, London, John Murray, 1817
J. RIDEAU (dir), *Les aspects juridiques de l'intégration économique*, Leiden, Sijthoff, 1972
J. RIDEAU (dir.), *La transparence de l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999
G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955
D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse, Strasbourg, 1998
D. ROCA, *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire : droits communautaire et de l'OMC comparés*, Paris, L'Harmattan, 2007
S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. de la 2e éd. de *l'Ordinamento giuridico* par L. FRANCOIS, P. GOTHOT, 2e éd., Dalloz, 2002
H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.) *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2008
M.-C. RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales. Reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, Paris, LGDJ, 2010

S

D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010

A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008
D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, A. Pedone, 1981
H. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, Macmillan, 1947
L. SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, Paris, LDGJ, 1959
A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, London, Strahan and Cadell, 1776
J.-J. SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001
S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974

T

C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009
G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991
G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993
G. TIMSIT, *Gouverner ou juger*, Paris, PUF, 1995
M. TINC, *Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges. Un instrument de légalité au service de l'intégration*, Thèse, Université de Strasbourg, 2009
V. TOMKIEWICZ, *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004
T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2006
M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994
M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2003

V

I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009
L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005
C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation en droit international public*, Paris, Pedone, 1963

W

J. WALTUCH, *La réglementation des services à l'épreuve des normes de libéralisation européennes et multilatérales. L'impact du droit de l'Union européenne et du droit de l'Organisation mondiale du commerce sur la réglementation des services en Europe*, Thèse, Strasbourg, 2010
J.H.H. WEILER (dir.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford, Oxford University Press, 2005
N. WIENER, *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*, New York, Wiley, 1948

Z

S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law: Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*. Martinus Nijhoff Publishers, 2010
E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977

Articles et Contributions

A

R. ADLUNG, « Services negotiations in the Doha round : lost in flexibility ? », *JIEL*, 2006, pp. 865-893

D. AKOTH OSIRO, « GATT/WTO Necessity Analysis : Evolutionary Interpretation and its Impact on the Authority of Domestic Regulation », *LEIE*, 2002, pp. 123-141

C. ALBIGES, « Rapport introductif », *Revue Lamy Droit civil*, 2012, pp. 63-64

J. ALLARD, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in *Argumentation et narration*, E. DANBLON, E. DE JONGE, E. KISSINA, L. NICOLAS (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp. 67-80

A. ALVAREZ-JIMENEZ, « The WTO Appellate Body's Decision-Making Process: A Perfect Model For International Adjudication? », *JIEL*, 2009, pp. 289-331

P. AMSELEK, « A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, 1988, pp. 283-299

P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », *RDP,* 1991, p. 1199-1216

J.-P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », *RIDC*, 1998. pp. 841-852

J.-P. ANCEL, « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, Paris, pp. 21-30

M. ANDENAS, S. ZLEPTNIG, « Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective », *Texas international law journal*, 2007, pp. 371-423.

M. J. ANDRIANARIVONY, « Un panel institué dans le cadre de l'OMC n'est-il pas une juridiction ? », *RRJ*, 2000, pp. 1181-1202

N. ANGELET, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Pedone, Paris, Coll. Contentieux international, 2005, pp. 207-238

K. A. ARMSTRONG, « Legal integration : theorizing the legal dimension of European integration », *Journal of common market studies*, 1998, pp.155-174

A. ARNULL, « Owning Up to fallibility : Precedent and the Court of justice », *CMLR*, 1993, pp. 247-266

C.-J. ARUP, « The State of Play of Dispute Settlement 'Law' at the WTO », *JWT*, 2003, pp. 897-920

H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, SFDI, Paris, Pédone, 2003, pp. 163-202

L. AZOULAI, « L'Union, une communauté de valeurs ? », *RTDE*, 2008, pp.1-3

L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008 pp. 29-46

B

R. BACHAND, T. LAPOINTE, « Beyond Presentism : Rethinking the Enduring Co-constitutive Relationships between International », *Law and International Relations, International Political Sociology*, 2010, pp. 271–286

B. BALASSA, « Types of economic integration », in *Economic integration worldwide, regional, sectoral*, F. MACHLUP (dir.), London, Macmillan, 1976, pp. 17-31

A. BARAV, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1974. pp. 809-826

K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance

concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de droit*, 2002, pp. 651-684
L. BARTELS, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *JWT*, 2001, p. 499-519
L. BARTELS, « The Separation of Powers in the WTO : How to Avoid Judicial Activism », *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, pp. 861-895
L. BARTELS, « Treaty Conflicts in WTO Law – A Comment on William J. Davey's Paper 'The Quest for Consistency' », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (dir.), New-York, Springer, 2008, pp. 129-148.
K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de droit*, 2002, pp. 651-684
H. BAUER-BERNET, « Notions indéterminées en droit communautaire », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 269-287
D. DE BECHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, 2001, pp. 107-122
D. DE BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Dalloz*, 2002, pp. 973-978
S. BELAID, S. BOURAOUI, S. BEN ACHOUR-DEROUICHE, S. LAGHMANI, « Mutations des systèmes juridiques. Note pour une modélisation », *Droit et société*, 1990, pp. 173-180
S. BENILSI, « La motivation des directives de l'Union Européenne », *Revue Lamy Droit civil*, 2012, pp. 68-70
M. BENNOUNA, « Le règlement des différends peut-il limiter le 'droit' de se faire justice à soi-même ? », *EJIL*, 1994, pp. 61-64
J.-S. BERGE, « Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie », *RTDE*, 2002, pp. 627-652
J.-L. BERGEL, « Introduction générale », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 12-25
E. BERNARD, « La Cour précise les règles du jeu », *Europe*, 2010, étude 12
C. BERR, « L'Accord général sur le commerce des services », *AFDI*, 1994, pp. 748-757
F. BERROD, « Aides d'Etat », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*
B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, Etude 1, pp. 6-12.
B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2013, pp. 740-770
R. BHALA, « The Precedent Setters: *De Facto* Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy) », *American University international law review*, 1999, pp. 845-956
R. BHALA, « The Power of the Past : Towards *De Jure* Stare Decisis in WTO Adjudication », *The George Washingtion International law review*, 2001, pp. 873-978
T. BLAGOJEVIC BORISLAV, « Quelques caractéristiques du droit économique international actuel », *RIDC*, 1968. pp. 273-285
F. BLANCO, « Le Conseil d'Etat, juge pédagogue. A propos des arrêts Société à objet sportif 'Toulouse Football Club' (CE, Section, 25 juin 2001), Vassilikiotis (CE, Assemblée, 29 juin 2001) et Titran (CE, 27 juillet 2001) », *RRJ*, 2003, pp. 1513-1562
M. BLANQUET, « Acceptation et consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire », in *Vers une culture juridique européenne ?*, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), Paris, Montchrestien, 1998, p. 145 et s.
O. BLIN, « Les sanctions dans l'organisation mondiale du commerce », *JDI*, 2008, doctrine 5
N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *Essais de théorie du droit*,

Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998, pp. 89-103
L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'Arbitrage à l'OMC », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, pp. 949-988
L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Arbitration at the WTO : A *Terra Incognita* to be Further Explored », in *Law in the Service of Human Dignity Essays in honor of FLorentino Feliciano*, S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (dir.), Cambridge, Cambridge University press, 2005, pp. 181-201.
K. BORGSMIDT, « The Advocate General at the European Court of Justice : A Comparative Study », *ELR*, 1988, pp. 10-119
J.H. BOURGEOIS, « Some reflections on the WTO dispute settlement system from a practitioner's perspective », *JIEL*, 2001, pp. 145-154
G. BRAIBANT, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, 2006, pp. 1428-1430
C. BRECHON-MOULENES, « La place du juge administratif dans le contentieux économique », *AJDA*, septembre 2000, pp. 679-686
J.-D. BREDIN, « Remarques sur la Doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse 1981, p. 111 s.
M. BRONCKERS, N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *JIEL*, 2005, pp. 101-126
J. BURDA, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *RQDI*, 2005, pp. 1-37

C

J. CAMERON, K. GRAY, « Principles of international law in the WTO dispute settlement body », *International and comparative law quarterly*, 2001, pp. 248-298
E. CANAL-FORGUES, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *RGDIP*, 2001, pp. 5-24
G. CANIVET, « Le droit communautaire et le juge national ou comment un demi-siècle de droit communautaire a libéré le juge judicaire français de deux siècles de soumission absolue à la loi interne », in *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, D. SIMON (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 81-95
G. CANIVET, « Introduction », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 293-295
J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *APD*, 1963
J.A. CARRILLO SALCEDO, « La figura del abogado general en las comunidas supranacionales europeas : naturaleza jurídica y función », *Revista Española de Derecho Internacional*, 1959, pp. 119-130
D. Z. CASS, « The 'constitutionalization' of international trade law : judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade », *EJIL*, 2001, pp. 39-75
L. CAVARE, « La notion de juridiction internationale », *AFDI*, 1956, pp. 496-509
J. CAZALA, « La contestation de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes. Etude des relations entre divers systèmes internationaux de règlement des différends », *RTDE*, 2004, pp. 505-532.
J. CAZALA, « Les renvois opérés par le droit de l'Organisation mondiale du commerce à des instruments juridiques extérieurs à l'organisation », *RBDI*, 2005, p. 527-558
A. CHALANDON, « Le droit moteur de l'Europe », *Revue administrative*, 1986, pp. 427-430
C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, p. 215
C. CHAMPAUD, « L'apport du droit communautaire au droit économique », *CDE*, 1970, pp. 557-567

C. CHAMPAUD, « L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies », *Justice Dalloz*, 1994, pp. 61-79
C. CHAMPAUD, « Mondialisation et droit économique. Introduction », *RIDE*, 2002, pp. 171-174
V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi et Diritto*, 2001, pp. 59-70
J.-P. CHAPDELAINE, « À la recherche d'une éthique en droit international économique », *Revue générale du droit*, 1991, pp. 471-475
S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO trade sanctions », *AJIL*, 2001, pp. 792-832
S. CHARNOVITZ, « Judicial Independence in the World Trade Organization », in *International Organizations and International Dispute Settlement : Trends and Perspectives*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. P.R. ROMANO, R. MACKENZIE (dir.), New-York, Ardsley, 2002, pp. 219-240
S. CHARNOVITZ, « The enforcement of WTO judgments », *Yale Journal of International Law*, 2009, pp.558-564
C. CHARRIER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, pp. 79-103.
J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, J. CHEVALLIER (dir.),Paris, PUF, 1984, pp. 7-49
J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690
A. COHEN, « Sous la robe du juge. Le recrutement social de la Cour », in *La fabrique du droit européen*, P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 11-30
A. COHEN, « Dix personnages majestueux en longue robe amarante. La formation de la Cour de justice des Communautés européennes », *RFSP*, 2010, pp. 227- 246
J. COMBACAU, « Le droit international, bric à brac ou système ? », *APD*, 1986, pp. 85-105
B. CONDON, « Lost in translation : plurilingual interpretation of WTO law », *JIDS*, 2010, pp. 191-216
L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la C.E.E », *RTDE*, 1977 pp. 244-281
L.-J. CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-Constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? (Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne) », in *Mélanges F. Dehousse*, vol. 2, Paris, Nathan-Labor, 1979, pp.19-27
V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden, Nomos-Verlag, 1987, pp. 97-114
V. CONSTANTINESCO, « La structure du traité instituant l'Union européenne, les dispositions communes et finales, les nouvelles compétences », *CDE*, 1993, p. 251-284
V. CONSTANTINESCO V. MICHEL, « Compétences communautaires », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*
A. G. CONTE, « Décision, complétude, clôture, à propos des lacunes en droit », in *Droit et logique. Les lacunes en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 67-84
G. CONWAY, « Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », *European Law Journal*, 2008, pp. 787–805
P. COPPENS, « La fonction du droit dans une économie globalisée », *RIDE*, 2012, pp. 269-294
G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, G. CORNU (dir.), Paris, PUF, 1976, p. 107
G. CORNU, « Opportunité », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7ème éd., 2006
O. CORTEN, « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne :

approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? », *RGDIP*, 2011, pp. 351-366

P. A. COTE, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes », in *Lire le droit– Langage, texte et cognition*, D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), Paris, LGDJ, 1992, pp. 133-154

T. COTTIER, P. MAVROIDIS, « The Role of the Judge in International Trade Regulation: An overview *»,* in *The Role of the judge in international regulation – Experience and Lessons for the WTO*, T. COTTIER, P. MAVROIDIS (dir.), University of Michigan, Michigan University Press, 2003, pp. 1-7

T. COTTIER, « Les tâches de l'OMC : Évolution et défis », *RIDE*, 2004, pp. 273-291

T. COTTIER, « From progressive liberalization to progressive regulation in WTO law », *JIEL*, 2006, pp. 779-821

L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009 pp. 643-676

L. COUTRON, « Rapport introductif », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 1-25

S. CROLEY, J. JACKSON, « WTO dispute procedures, standard of review, and deference to national governments », *AJIL*, 1996, pp. 193-213

H. CULOT, « Une injustice des sanctions à l'OMC », », in *International Organizations and International Dispute Settlemen : Trends and Perspectives*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. P.R. ROMANO, R. MACKENZIE (dir.), New-York, Ardsley, 2002, pp. 283-308

H. CULOT, « Soft law et droit de l'OMC », *RIDE*, 2005, pp. 251-289

R. O. CUNNINGHAM, T. H. CRIBB, « Dispute Settlement Through the Lens of 'Free Flow of Trade': A Review of WTO Dispute Settlement of US Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures », *JIEL*, 2003, pp. 155-170

D

M. DARMON, « La fonction d'avocat général à la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 75-81

S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *Revue Historique de Droit Français et étranger*, 2004, pp. 171-188

W. L. DAVEY, « Has the WTO dispute settlement system exceeded its authority ? A consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques », *JIEL*, 2001, pp. 79-110

W. J. DAVEY, « Institutional Framework », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume II, pp. 51- 88

W. J. DAVEY, « The Quest for Consistency: Principles Governing the Interrelation of the WTO Agreements », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (dir.), New-York, Springer, 2008, pp. 101-128

P. DELIMATSIS, « Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services The Best is Yet to Come », *EJIL* , 2008, pp. 365-408

M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *Dalloz*, 1995, pp. 1-4

P. DEMARET, « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la CJCE », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, R. JACOB (dir.), Paris, LGDJ, 1996, pp. 303-377

P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du traité CE », *RIDE*, 2002, pp. 259-291

A. DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », *JIEL*, 2001, pp. 441-480, sp. pp. 478-479

V. DONALDSON, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1277-1340

J. DREXL, « La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, 2011, pp. 419-454

O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 183-207

L. DUBOUIS, « Rapport de synthèse », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 357-367

O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, Tome I, pp. 273- 282

F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*., Luxembourg, O.P.O.C.E., 1976, p III-50

H. DUMONT, « Coutumes constitutionnelles, conventions de la Constitution et paralégalité », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 257-287

I. DUPLESSIS, « Le vertige et *la soft law* : réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, 2007, pp. 246-268

J. P. DURLING, « Deference, But Only When Due : WTO Review of Anti-Dumping Measures », *JIEL*, 2003, pp. 125-153

R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, p. 61-98

R. DWORKIN, « La complétude du droit », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P. AMSELEK (dir.), Paris, PUF, 1989, pp. 127-135

E

D. EDWARD, « How the Court of Justice works », *ELR*, 1995, pp. 539-558

P. EECKHOUT, « A Comment on Peter-Christian Müller-Graff's Paper 'Protectionism or Reasonable National Regulation?' », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (ed.), New-York, Springer, 2008, pp. 169-179

J. EFREMOFF, « La conciliation internationale », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1927, pp. 1-148.

C.-D. EHLERMANN, « Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler : The Economic Constitution of the European Community-From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal*, 1995, pp. 84-85

C.-D. EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the 'World Trade Court'- Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *JWT*, 2002, pp. 605-639

C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas international law journal*, 2003, pp. 469-488

C.-D. EHLERMANN, « Reflections on the Appellate Body of the WTO », *JIEL*, 2003, pp. 695-708

C.-D. EHLERMANN, N. LOCKHART, « Standard of review in WTO law », *JIEL*, 2004, pp. 491-521

U. EHRICKE, « Les principes de libération et de libéralisation : De l'ouverture des marchés à l'adaptation aux conditions de la concurrence globale. L'exemple de la CE », *RIDE*, 2003, pp. 357-372

B. ENGLICH, T. MUSSWEILER, F. STRACK, « Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making », *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2006, pp.188-200

F

M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 9-282

G. FARJAT, « La notion de droit économique », *APD*, 1992, pp. 27 à 62

G. FARJAT, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, pp. 511-531

G. FARJAT, « La constitution économique de l'Europe et le couplage doit-économie », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 59-99

A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », *RTDE*, 2001, pp. 235-270

J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1996, p. 1005

T. FLORY, « Les accords du Tokyo round du GATT et la réforme des procédures de règlement des différends dans le système commercial interétatique », *RGDIP*, 1982, pp. 235-253

A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, pp. 74-78

P. FORIERS, « Les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 22

P. FORIERS, « Les lacunes du droit », », in *Droit et logique. Les lacunes en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 9-29

V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991, pp. 755-768

M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean FOYER, Auteur et législateur*, Paris, PUF, 1997, pp.463-476

M.-A. FRISON-ROCHE, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative. Mise en regard de la jurisprudence judiciaire », *RIDE*, 2001, pp. 395-412

M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de Règlement des Différents de l'Organisation Mondiale du Commerce », *in Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux international, 2004, pp.125-148

B. FRYDMAN, « Les formes de l'analogie », *RRJ*, 1995, pp. 1053-1064

Y. FUKUNAGA, « Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System : Implementation of DSB Recommendations », *JIEL*, 2006, pp. 383-426

G

N. GAROUPA, T. GINSBURG, « Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence », *AJCL*, 2009, pp.103-134

Y. GAUDEMET, « Méthodes du juge », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003

T. GEORGOPOULOS, « Le concept de constitution économique de l'UE », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 3-32

D.J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *AJCL*, 1994, pp. 25-84

S. GERVASONI, « Les sanctions de la non exécution des arrêts de la Cour de justice », in *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, I. PINGEL (dir.), Paris, Pedone, 2006, pp. 29-38.

H. GHERARI, « Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques. Le système de règlement des différends de l'O.M.C. », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GHERARI (dir.), Paris, Pedone, 2004, pp. 937-952

S.A. GHIAS, « International judicial lawmaking: a theoretical and political analysis of the WTO appellate body », *Berkeley Journal of International Law*, 2006, pp. 534-553

J. L. GIBSON, G. A. CALDEIRA, « The Legitimacy of Transnational Legal Institutions : Compliance, Support, and the European Court of Justice », *American Journal of Political Science*, 1995, pp. 459-489

P. GORI, « L'avocat général à la Cour de Justice des Communautés européennes », *CDE*, 1976, pp. 375-393

F. GOUTTEFARDE, « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *RQDI*, 2004, pp. 33-79

M-P. GRANGER, « When governments go to Luxembourg, the influence of governments on the Court of Justice », *ELR*, 2004, p. 1-31

J. GREENWALD, « WTO Dispute Settlement: an Exercise in Trade Law Legislation? », *JIEL*, 2003, pp. 113-124

M. GRIMALDI, « Introduction », *in La Motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome III, « La motivation », Paris, LGDJ, 2000, pp. 1-3, sp. p. 2.

R. GUASTINI, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, 1986, pp. 17-28

H. GUERARI, « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in *La Preuve devant les juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.) Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2007, pp 69-98

A. T. GUZMAN, « Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes », *Cornell International Law Journal*, 2009, pp. 45-76

H

M. HECQUARD-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTDE*, 1990, pp. 693-711

P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329-372

L. R. HELFER, A.- M. SLAUGHTER, « Toward a theory of effective supranational adjudication », *Yale Law Journal,* 1997, pp. 273-391

L. HELFER, A.-M. SLAUGHTER, « Why States Create International Tribunals : A Response to Professors Posner and Yoo », *California law review*, 2005, pp. 899-956

C. HEN, « La motivation des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1977, pp. 49-89

R. HERNU, « Le principe de non-discrimination : principe d'ordonnancement des politiques de l'Union européenne », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face*

à l'impératif de cohérence, V. Michel (dir), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 373-387
J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *APD*, 1994, pp. 181-190
J. HU, « The role of international law in the development of wto law », *JIEL*, 2004, pp.143-167
R. E. HUDEC, « GATT / WTO Constraints on National Regulation : Requiem for an 'Aims and Effects' Test », *International Lawyer*, 1998, pp. 619-649
M. HILF, « Power, rules and principles - which orientation for WTO/GATT law ? », *JIEL*, 2001, pp. 111-130
M. HILF, S. PUTH, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », in *European Integration and International Coordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann,* A. VON BOGDANDY, P.C. MAVROIDIS, AND Y. MENY (dir.), Kluwer, 2002, pp. 199-218
J. HIPPLER BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less Is More », *AJIL*, 1996, pp. 416-418

I

M. IOANNIDIS, « A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication : Developing Standards of Participation in WTO Law », *GLJ*, 2011, pp. 1175-1202
M.-L. IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC*, 2001. pp. 289-325

J

J.H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of a Legal Obligation », *AJIL*, 1997, pp.60-64
J. H. JACKSON, « The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms : Seven 'Mantras' Revisited », *JIEL*, 2001, pp. 67-78
J. H. JACKSON, « Sovereignty-modern : a new approach to an outdated concept », *AJIL*, 2003, pp.782-802
J. H. JACKSON, « The European Union and the WTO. Some constitutional tensions », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, Volume II, pp. 93-106
J. H. JACKSON,« International law status of WTO dispute settlement reports : obligation to comply or option to 'buy out' ? », *AJIL*, 2004, pp. 109-125
A. JACQUEMIN, « L'économique, serviteur de l'économie », *RTDCom*, 1972, p. 283
B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *RIDC*, 2005, pp. 29-48
C. JAMIN, « Economie du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 578-581
C. JAUFFRET-SPINOSI, « Présentation », *RIDC*, 1998. pp. 755-761
A. JEAMMAUD, « Conflit/litige », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 255-256
E. JOUANNET, « La saisine ou la simplicité dans la diversité », in *La saisine des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL ? (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2006, pp. 307-317
E. JOUANNET, « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, R. HUESA VINAIXA, K. WELLENS, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115-154

E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2008, pp. 251-285

E. JOUANNET, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2010, pp. 271-301

T. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *JWT*, 2005, pp. 327-339,

D. JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », *RIDC*, 2000, pp. 781-796

K

G. KARYDIS, « Le principe de 'l'opérateur économique privé', critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE », *RTDE*, 2003, pp. 389-413

J. P. KELLY, « Judicial Activism at the World Trade Organization : Developing Principles of Self-Restraint », *Nothwestern journal of international law and business*, 2002, pp. 353-388

K. KENNEDY, « Special and Differential Treatment of Developing Countries », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp.1523-1570

J. KLABBERS, « The Undesirability of *Soft Law* », *Nordic journal of international law*, 1998, p. 381-391

J. KLABBERS, « The Meaning of Rules », *International relations*, 2006, pp. 295-301

A. KLEBES-PELISSIER, « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine », *RTDE*, 2002, pp. 183-207

T. KLEINLEIN, « Judicial Lawmaking by Judicial Restraint ? The Potential of Balancing in International Economic Law », *GLJ*, 2011, p. 1141-1174

T. KOOPMANS, « The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions », *AJIL*, 1991, pp. 500-505

R. KOVAR, « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne », in *Mélanges Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 357-377

R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline,* Paris, Dalloz, 2002, pp. 607-628

P. KRUGMAN, « What Should Trade Negotiators Negotiate About ? », *Journal of Economic Literature*, 1997, pp. 113-120

H. KUTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, O.P.O.C.E., 1976, pp. I-3-I-53

I. KVESKO, « Is there Anything Left Outside the Reach of the European Court of Justice? », *LIEI*, 2006, pp. 405-422

L

F. DE LA BARRA, « La médiation et la conciliation internationales », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1923, pp. 553-568

M. LAGRANGE, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RMC*, 1961, pp. 33-44

A. LANG, J. SCOTT, « The Hidden World of WTO Governance », *EJIL*, 2009, pp. 575-614

C. LAROUER, « WTO Non-Violation Complaints: A Misunderstood Remedy at the Heart of the WTO Dispute Settlement System », *Netherlands international law review*, 2006, pp 97-126

P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, pp. 127-150
V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *Dalloz*, 2006
A. DE LAUBADERE, « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1964, pp. 527-602
A. DE LAUBADERE, « Existe-t-il en France un droit administratif économique ? », *RRJ*, 1976, p. 14
C. LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, pp. 143-155
C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
R. LECOURT, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 349-361
S. LEFEVRE, « L'influence de l'organisation mondiale du commerce sur la Constitution économique de la Communauté », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 343-355
H. LEGAL, « Composition et fonctionnement des Cours européennes », *Pouvoirs*, 2001, pp. 65-84
P. LEGER, « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer. L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p. 260-278
P. LEGRAND, « Comparer », *RIDC*, 1996, pp. 279-318
K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 487-528
K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen,* F. R. VAN DER MENSBRUGGHE (dir.), Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, pp. 111-168
M. LENNARD, « Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements », *JIEL*, 2002, pp. 17-89
E. H LEROUX, « What is a 'Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority' under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services ? », *JWT*, 2006, pp. 345-385
U. LINDERFALK, « Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna convention real or not ? Interpreting the rules of interpretation », *Netherland International Law review*, 2007, pp.133-154

M

N. MACCORMICK, « *On reasonableness* », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 131-156
N. MACCORMICK, « La texture ouverte des règles juridiques », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P. AMSELEK, (dir.), Paris, PUF, 1989, pp. 109-126
R. MACKENZIE, P. SANDS, « International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge », *Harvard international law journal*, 2003, pp. 271-285
P. MADDALON, « La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne : actes du*

colloque de Poitiers 12, 13 et 14 octobre 2000, F. HERVOUET, P. NOREL (dir.), Paris, La Documentation Française, pp. 79-89
P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2005) », *AFDI*, 2005, pp. 603-632
P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2006) », *AFDI*, 2006, pp. 505-531
P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », *AFDI*, 2007, pp. 697-717
P. MADDALON, « Les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *AFDI*, 2008, pp. 445-465
P. MADDALON, « Pourquoi est-il difficile d'identifier la constitution économique européenne ? », in *La constitution économique de l'Union européenne*, O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 103-121
P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI et J.M SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, pp. 135-155
P. MADDALON, « Les faits économiques dans les rapports de l'Organe d'appel de l'OMC », *RGDIP*, 2009, pp. 305-331
A. MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 9-516
P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, pp. 131-137
J. MALENOVSKÝ, « L'indépendance des juges internationaux », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 9-276
G. MARCEAU, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions : The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties », *JWT*, 2001, pp. 1081-1131
G. MARCEAU, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *EJIL*, 2002, pp. 753-814
G. MARCEAU, « Balance and Coherence by the WTO Appellate Body : Who could do better ? », in *WTO at Ten : The Role of the Dispute Settlement System*, J. BOHANES, G. SACERDOTI, A. YANOVICH (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 326-347
P. MARTENS, « Réflexions sur le maniérisme judiciaire », *RTDH*, 2002, pp. 335-344
A.-C. MARTINEAU, « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », *RDP*, 2007, pp. 991-1030
B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, p. 69
M. MATSUSHITA, « Some Thoughts on the Appellate Body », », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1389-1404
P. C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *EJIL*, 2000, pp.763-813
P. C. MAVROÏDIS, « No Outsourcing of Law ? WTO Law as Practiced by WTO Courts », *AJIL*, 2008, pp. 421-474
B. MCGRADY, « Necessity Exceptions in WTO Law: Retreaded Tyres, Regulatory Purpose and Cumulative Regulatory Measures », *JIEL*, 2009, pp. 153-173
D. MCRAE, « What is the Future of WTO Dispute Settlement ? », *JIEL*, 2004, pp. 3-21
R. MEHDI « Variations sur le principe de sécurité juridique », in *Le droit de l'Union européenne en principes Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Paris, Apogée, 2006, pp.177-198

R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 67-107
E. MENEZES DE CARVALHO, The decisional juridical discourse of the Appellate body of the WTO : among treaties and dictionaries as referents, *International Journal for the Semiotics of Law*, 2007, pp. 327–352
P. MENGOZZI, « Les valeurs de l'intégration européenne face à la globalisation des marchés », *RMUE*, 1998, pp. 5-8
B. MERCADAL, « La légitimité du juge », *RIDC*, 2002, pp. 277-291
J. MERTENS DE WILMARS, J. STEENBERGEN, « The Court of Justice of the European Communities and Governance in an Economic Crisis », *Michigan Law Review*, 1984, pp. 1377-1398
J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, pp. 5-20
V. MICHEL, « Les actes annexés au traité », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 150
V. MICHEL, « Manquement », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*
V. MICHEL, « Traité de Lisbonne», *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*
V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *Annuaire de droit européen*, 2004/2, pp. 31-50
V. MICHEL, « Les juridictions des Communautés européennes », in *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2010, pp. 9-30
V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », in *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, E. NEFRAMI (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 177-210
H.-W. MICKLITZ, « La Constitution économique européenne revisitée. Introduction », *RIDE*, 2011/4 numéro spécial, pp. 411-417
T. M. J. MÖLLERS, « The Role of Law in European Integration », *AJCL*, 2000, pp.679-711
R. MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des communautés européennes », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 217-227
R. MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour », in *Dix ans de jurisprudence de la CJCE*, Cologne, 1965, pp. 177-186
C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, pp. 303-337
P. MOOR, « Dire le droit », *Revue européenne des sciences sociales*, 1997, p. 33-55
P. MOOR, « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, 2008, pp. 37-62
E. MORDECHAI KREININ, M. G. PLUMMER, « Economic Principles of International Trade », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume II, pp. 3-22
K. MORTELMANS, « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, pp. 410-436
J.-D. MOUTON, « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme comme actes de discours. Contribution à la méthodologie de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges offerts à C. CHAUMONT, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Paris, Pedone, 1984, pp. 407-431
H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, pp. 503-527

P.-C. MÜLLER-GRAFF, « Protectionism or Reasonable National Regulation? The Protection of Non-Economic Interests as Barriers to the Free Movement of Goods: A Comparison of EC Law and WTO Law », in *At the crossroads : The World Trading System and the Doha Round*, S. GRILLER (ed.), New-York, Springer, 2008, pp. 147-168

N

J. NEUMANN, E. TÜRK, « Necessity Revisited : Proportionality in world Trade Organization Law After Korea—Beef, EC—Asbestos and EC—Sardines », *JWT*, 2003, pp. 199-233

Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *AFDI*, 2000, pp. 654-670

Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'O.M.C. », *AFDI*, 2001, pp. 461-474

Y. NOUVEL, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *AFDI*, 2002. pp. 657-674

O

M. OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », *JIEL*, 2003, pp. 635-659

P. ORIANNE, « Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique », *RRJ*, 1993, pp. 1295-1311

F. OST, « Juge –pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judicaire. Transformations et déplacements*, P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, pp. 1-70

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in *Interprétation et droit*, P. AMSELEK (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 135-153

F. OST, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, Faire justice*, F. OST, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79-102

P

D. PALMETER, P. C. MAVROIDIS, « The WTO Legal System : Sources of Law », *AJIL*, 1998, p. 398-413

R. PAPADOPOULOU, « Souveraineté et surveillance dans le cadre de la Communauté européenne ou comment concilier deux exigences contradictoires », *AFDI*, 2005. pp. 699-724.

J. PAUWELYN, « Enforcement and countermeasures in the WTO : rules are rules - toward a more collective approach », *AJIL*, 2000, pp. 335-347

J. PAUWELYN, « The role of public international law in the wto: how far can we go ? », *AJIL*, 2001, pp. 535-578

J. PAUWELYN, « The nature of WTO obligations », *Jean Monnet Working Paper*, 2002, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/02/020101.html>

J. PAUWELYN, « The use of experts in the WTO dispute settlement system », *International and comparative law quarterly*, 2002, pp. 325-364

J. PAUWELYN, « How to Win a WTO Dispute Based on Non-WTO Law ? Questions of Jurisdiction and Merits », *JWT*, 2003, pp. 997-1030

J. PAUWELYN, « The transformation of world trade », *Michigan Law Review*, 2005, pp.1-65

J. PAUWELYN, « The Sutherland report: a missed opportunity for genuine debate on trade, globalization and reforming the WTO », *JIEL*, 2005, pp. 329–346

D. PAVOT, « The Use of Dictionary by the WTO Appellate Body—Beyond the Search of Ordinary Meaning », *JIDS*, 2013, pp. 29-46

P. PEDROT, « Le processus juridictionnel et droit des personnes : argumentation et délibération », », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 283-292

G. PEKASSA NDAM, « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2012, pp. 347-377
A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *in Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1994, vol IV-2, pp. 193-271
C. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit. Essai de synthèse », in *Droit et logique. Les lacunes en droit*, C. PERELMAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 537-552
C. PERELMAN, « Les motivations des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 415-426
C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 363-374
C. PERELMAN « Le raisonnement juridique. Une logique de l'argumentation », in *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 563-668
P. PESCATORE, « La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Bénélux et les Communautés européennes », in *Mélanges Victor Gothot*, Liège, Vaillant-Carmanne*,* 1962, p. 495-546
P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice : contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch : studia ab discipulis amicisque in honorem agregii professoris*, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tome II, pp. 325-363
P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *RIDC*, 1974. pp. 5-19
P. PESCATORE, « Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne », *CDE*, 1974, pp. 499-514
P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres », *RIDC*, 1980, pp. 337-359
P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 559- 580
P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 164 CEE », in *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUE, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), Paris, Economica, 1992, p. 941.
O. PFERSMANN, « Antinomie », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
C. PHILIP, « La Cour de Justice des Communautés et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *AFDI*, 1975. pp. 383-407
E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, pp.55-75
F. PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 289-334
F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, pp. 94-99

F. PICOD, « Pédagogie et persuasion », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 49-65

I. PINGEL, « Rapport introductif », in *Les sanctions contre les Etats en droit communautaire*, I. PINGEL (dir.), Paris, Pedone, 2006, pp. 5-15

G. PIROU, « Introduction à l'étude de l'économie politique », *Recueil Sirey*, 1939, pp. 111-112

M.-C. PONTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, pp. 747-765

E. A. POSNER, J. C. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », *California law review*, 2005, pp. 1-74

S. PRINCEN, « EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics », *EJIL*, 2004, pp. 555-574

C. PUIGELIER, « Le raisonnement d'autorité en droit privé », *APD*, 2005, pp. 337-363

J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, pp. 98-105

J.-P. PUISSOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis,* Paris, Dalloz, 2002, pp. 121-132

R

J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, pp. 259-291

C. M. REINHART, K. S. ROGOFF, « Is the 2007 US sub-prime financial crisis so different? An historical comparison », *NBER working paper* n°W13761, 2008

W.M. REISMAN, « The Enforcement of International Judgments », *AJIL*, 1969, pp.1-27

Y. RENOUF, « Les mécanismes d'adoption et de mise en oeuvre du règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C. sont-ils viables ? », *AFDI*, 1994. pp. 776-791

Y. RENOUF, « Commentaire », in H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.) *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, Coll. Contentieux international, 2010, pp. 215-224

P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit » in *Problèmes de droit des gens. Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283

J. RIDEAU, « Aspects juridiques de l'intégration économique en Europe : les Communautés européennes », in *Les aspects juridiques de l'intégration économique*, J. RIDEAU (dir.), Leiden, Sijthoff, 1972, pp. 188-278

D. RITLENG, « Commentaire de l'article de Philippe Maddalon », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI et J.M SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, pp. 157-165

J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier », *AFDI*, 1958. pp. 295-308

S. ROBIN-OLIVER, « La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne », in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, S. ROBIN-OLIVIER, D. FASQUELLE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 141-153

F. ROESSLER, P. GAPPAH, « A Re-Appraisal of Non-Violation Complaints Under the WTO Dispute Settlement Procedures » in *The World Trade Organization : legal, economic and*

political analysis, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1371-1388
P. ROMLAER, G. LAMBERT, « Décisions d'investissement et rationalités », in *Images de l'investissement*, G. CHARREAUX (dir.), Paris, Vuibert, 2001, pp. 169-230
A. ROSAS, « Implementation and enforcement of WTO dispute settlement findings : an EU perspective », *JIEL*, 2001, pp. 131-144
F. ROSSMER, « Évolutions du système de règlement des différends du GATT/de l'OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, SFDI, Colloque de Nice, Paris, Pedone, 1996, pp. 307 et s.
J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », in *Dix ans de jurisprudence de la CJCE*, Cologne, 1965, pp. 13-30
H. RUIZ FABRI, « Règlement des différends économiques interétatiques », *Encyclopédie Dalloz Droit international*
H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, 1997, pp. 709-755
H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *JDI*, 1999, pp. 453-506
H. RUIZ-FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, 2000, pp.605-645.
H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, C. LEBEN, E. LOQUIN, M. SALEM (Dir.), Paris, Litec, 2000, pp. 303-334
H. RUIZ FABRI, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. », *in L'effectivité des organisations internationales – Mécanismes de suivi et de contrôle*, H. RUIZ FABRI, L.-A. SICILIANOS, J.-M. SOREL (dir.), Athènes/Paris, Sakkoulas/Pedone, 2000, pp. 155-173.
H. RUIZ FABRI, « La procédure et la jurisprudence », Secrétariat d'Etat au commerce extérieur, L'O.M.C. et son tribunal, *Notes bleues de Bercy*, n° spécial, juillet 2000
H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 881-947
H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, pp. 39-83
H. RUIZ FABRI, « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *La nécessité en droit international*, SFDI, Paris, Pedone, 2007, pp. 189-221
H. RUIZ FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de l'OMC », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. RUIZ FABRI et J.M SOREL (dir.), Paris, Pedone, coll. Contentieux International, 2008, pp. 103-132
H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *APD*, 2009, pp.97-120
D. RUIZ-JARABO COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Gazette du palais*, 2008, n° 170 à 171, pp. 23-30

S

G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *RGDIP*, 2006, pp. 769-797
J. A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, pp. 257-414

J.A. SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit,* C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 251-268

G. SAMUEL, « Quelques observations sur la convergence actuelle des méthodes de raisonnement et des styles législatifs », in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*,S. ROBIN-OLIVIER, D. FASQUELLE (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 255-271

C. SANTULLI, « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, pp. 58-81

C. SANTULLI, « Les juridictions de l'ordre international : essai d'identification », *AFDI*, 2001, pp. 45-61

T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-53

L. SAVADOGO, « Le recours des juridictions internationales à des experts », *AFDI*, 2004. pp. 231-258

R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *Dalloz,* 1965

N. SCANDAMIS, « L'Etat dans l'Union européenne. Passion d'un grand acteur », *RDP*, 2012, pp. 1339-1380

F. SCHOCKWEILER, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *CDE*, 1989, pp. 3-40

S. SEDLEY, « La prise de décision par le juge anglais », *RIDC*, 1998, pp. 817-819

P. SHAHRJERDI, V. TOMKIEWICZ, « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation mondiale du commerce », in *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs,* H. RUIZ FABRI (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 269-290

Y. SHANY, « Assessing the Effectiveness of International Courts : A Goal-Based Approach », *AJIL*, 2012, pp. 225-270

A.-L. SIBONY, « De l'expertise économique devant le juge communautaire », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, pp. 83-85

A.-L. SIBONY, « La porosité du droit : A propos des relations du droit avec d'autres disciplines », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2010, pp. 271-278

D. SIMON, « Recours en constatation de manquement. Nature du manquement », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 380

D. SIMON, « Recours en constatation de manquement. Procédure de constatation », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 380-1

D. SIMON, « Effet des arrêts en manquement. Procédures spécifiques », *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 381

D. SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Encyclopédie Dalloz Droit communautaire*

D. SIMON, « La Cour de justice des Communautés européennes : un gouvernement des juges ? » in *Démocratiser la Communauté*, Paris, Etudes et perspectives européennes, 1977

D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? » in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 707-719

D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges J. Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 481-493

D. SIMON, « La lisibilité du droit communautaire », *in La transparence de l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?*, J. RIDEAU (dir.), Paris, LGDJ, 1999, pp. 79-129

D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 219-249

D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime moi non plus ? », *Pouvoirs*, 2001, pp. 31-49
D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues, dérive ou déviance de la normativité ? », in *Dérives et déviances,* C. Dubouin (dir.), Paris, Le Publieur, 2005, pp. 43-59
D. SIMON, « Avant-propos », Rapport annuel de la Cour de Cassation, 2006, p. 92
D. SIMON, « Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, p. 1
D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in *L'Office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 septembre 2006*, G. DARCY, M. DOAT, V. LABROT (dir.), Paris, Publications du Sénat, Coll. Les colloques du Sénat, 2008, pp. 447-468
D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Petites Affiches*, 2009, pp. 17-25
D. SIMON, « La procédure de sélection des Membres de la Cour et du Tribunal », *Europe*, 2010, repère 4
A.-M SLAUGHTER, « A global community of courts », *Harvard international law journal*, 2003, pp. 191-219
M. SLOTBOOM, « Do Public Health Measures Receive Similar Treatment in European Community and World Trade Organization Law ? », *JWT*, 2002, pp. 553-596
J.-M. SOREL, « Commentaire de l'article 31 (règle générale d'interprétation) », in O. CORTEN, P. KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. II, pp. 1289-1338
G. SOULIER, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », in *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, D. SIMON (dir.), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80
R. J. SPENCER, « Quelques observations préliminaires », *RIDC*, 1998. pp. 823-826
C. STAMATIS, « La concrétisation pragmatique des normes juridiques », *RRJ*, 2005, pp.2979-2990
B. STAUDER, « L'exemple du droit de la consommation », in *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Publication de l'institut suisse de droit comparé, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 11- 39
D. STEGER, « The Challenges to the Legitimacy of the WTO », in *Law in the Service of Human Dignity Essays in honor of Florentino Feliciano*, S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (dir.), Cambridge, Cambridge University press, 2005, pp. 202-221
R. H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », *AJIL*, 2004, pp 247-275
B. STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, pp. 257-303
B. STERN, « The Intervention of Private Entities and States as 'Friends of the Court' in WTO Dispute Settlement Proceedings », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, Volume I, pp.1427-1458
N. STOCKWELL, S. SCHØNBERG, « Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires », *RTDE*, 2003, p. 415-440.
M. STREIT, W. MUSSLER, « The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal*, 1995, Mars 1995, pp. 5-30
P. SUTHERLAND, « The Politics of Trade Policy Development—the New Complexity », in *The World Trade Organization : legal, economic and political analysis*, P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER (dir.), New-York, Springer, 2005, pp. 27-38

F. TERRAL, « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta : journal des traducteurs*, 2004, pp. 876-890
F.-X. TESTU, « Casuistique » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTDC*, 2003, pp. 599-628
C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de 'force normative' », in *La force normative. Naissance d'un concept*, C. THIBIERGE (dir.), Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, pp. 741-846
G. TIMSIT, « La science juridique, science du texte », in *Lire le droit– Langage, texte et cognition*, D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), Paris, LGDJ, 1992, pp. 457-464
G. TIMSIT, « Raisonnement juridique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
G. TIMSIT, « L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 103-114
A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDC*, 1974, pp. 487-508
A. TOUFFAIT, « Réflexion d'un magistrat français sur son expérience de juge à la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1983, pp. 283-299
J. TRACHTMAN, « Trade and… Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity », *EJIL*, 1998, pp. 32-85
J. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », *Harvard International law journal*, 1999, pp. 333-377
T. TRIDIMAS, « The role of the Advocate General in the development of Community Law : Some reflections », *CMLR*, 1997, pp. 1349-1387
M. TROPER « La motivation des décisions constitutionnelles », in *La motivation des décisions de justice*, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 287-302
M. TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, 1985, pp. 83-94
M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 48- 63
M. TROPER, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
M. TROPER, « Normativisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Paris, Lamy – PUF, coll. « Quadrige », 2003
E. TRUILHE-MARENGO, « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC : la gouvernance aux experts ? », *VertigO – Revue juridique de science et de l'environnement*, 2009, http://vertigo.revues.org/8994
G. TUSSEAU, « Critique d'une méta-notion fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *RFDA*, pp. 641-656
A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, « Judgment under uncertainty: Heuristics and biases », *Science*, 1974, pp. 1124-1131

V

I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », *EJIL*, 2010, pp. 605–648
I. VAN DAMME, « On 'Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding'—A Reply to Professor Chang-Fa Lo », *JIDS*, 2011, pp. 231–239

M. VAN DE KERCHOVE, « Langage Juridique et Langage Usuel : Vrais ou Faux Amis ? », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2012, pp. 1-16

P. VAN DEN BOSSCHE, « From Afterthought to Centerpiece. The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », *Maastricht Working paper*, 2005

C. G. VAN DER PLAS, « The limit of the judicial function and the conflict of laws », *Netherlands international law review*, 2006, pp. 439-470

A. VAN WAEYENBERGE, « Les glissements du paradigme communautaire: un marché libre ou efficace? », in *La main visible - Perspectives européennes et globales sur la régulation des marches financiers*, F. SNYDER, A. SONNTAG, W. SHEN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 371-399

G. VANDERSANDEN, « Conclusions générales », in *Pédagogie judiciaire et application du droit communautaire et européen,* L. COUTRON (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2012, pp. 281-293

A. VAUCHEZ, « A quoi 'tient' la Cour de justice des Communautés européennes ? Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational », *RFSP*, 2010, pp. 247-270

G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? » in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.A.E., 1981, Tome II, pp.767-783

J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 9-434

M. E. VILLIGER. « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties :40 Years After », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011

A. DE VITA, « Aperçu comparatif », *RIDC*, 1998. pp. 809-815

M. VOGLIOTTI, « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », *RIEJ*, 2009, pp. 107-124

A.VON BOGDANDY, « Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 609-674

A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, « On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking », *GLJ*, 2011, pp. 1341-1370

A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, « In Whose Name ? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification », *EJIL*, 2012, pp. 7-41

E. VRANES, « The definition of norm conflict in international law and legal theory », *EJIL*, 2006, pp. 395-418

W

M. WAELBROECK, « Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre du traité CEE », *CDE*, 1982, pp. 345-380

L. WAGNER, Aides d'État : La Commission confrontée au risque systémique », *Europe*, 2009, étude 1

M WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, pp. 613-632

N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, pp. 317-359

P. WEIL, « Le droit international économique : mythe ou réalité ? », in *Aspects du droit international économique*, SFDI, Paris, Pedone, 1972, pp. 3-34

P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47

P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 9-370

J. H.H. WEILER, A. COLLOVALD, F. BASTIEN, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, 1995. pp. 119-138

J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats–Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *JWT*, 2001, pp. 191-207

J.H.H. WEILER, « Cain and Abel – convergence and divergence in internation trade law », in *The EU, the WTO and the NAFTA*, J.H.H. WEILER (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2005, pp 1-4

J.H.H. WEILER, « Epilogue: Towards a common law of international trade », in *The EU, the WTO and the NAFTA*, J.H.H. WEILER (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2005, pp 201-232

L. WELAMSON, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », *RIDC*, 1979, pp. 509-519

G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 575-586

B. WILSON, « Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings : The Record to Date », *JIEL*, 2007, pp. 397-403

B. DE WITTE, « Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE*, 1984, pp. 425-454

J. WROBLEWSKI, « Fuzziness of legal system », in *Essays in legal theory in honor of Kaarle Makkonnen*, XVI-Oikeustiede jurisprudentia, 1983, pp. 311-320

J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société*, 1988, pp. 15-30

Y

M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, 1976, pp. 1-114

Z

A. ZADEH, « Fuzzy sets », *Information and Control*, 1965, pp. 338-353

M. ZAMBELLI, « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *RIDE*, 2005, pp. 197-218

E. ZEITLER, « Good Faith in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism? », *JIEL*, 2005, pp. 721-758

F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Dalloz*, 2007, pp. 1553-1560

S. ZLEPTNIG, « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », *European Integration online Papers*, 2002, www.eiop.or.at/eiop/texte/2002-17a.htm

S. ZLEPTNIG, *Non-Economic Objectives in WTO Law : Justification Provisions of GATT, GATS, SPS and TBT Agreements*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010

Jurisprudence européenne

1950-1960

CJCE, 21 décembre 1954, France c/ Haute autorité, aff. 1/54, Rec. p. 7

CJCE, 16 juillet 1956 Fédéchar, 8/55, Rec. p. 291

CJCE, 29 novembre 1956, Fédération charbonnière de Luxembourg c/ Haute autorité, aff. 8/55, Rec. p. 291

CJCE, 12 juillet 1957, Algera e.a. c/ Assemblée commune, aff. 7/56 et 3 à 7/57, Rec. p. 81

CJCE, 21 juin 1958, Groupement des Hauts fourneaux et Aciéries belges c/ Haute Autorité CECA, aff. 8/57, Rec. p. 223

CJCE, 12 décembre 1959, Société des fonderies de Pont à Mousson c/ Haute autorité, aff. 14/59, Rec. p.445

CJCE, 4 mars 1960, Avis 1/60, Procédure de révision au titre de l'article 95, alinéas 3 et 4, du traité CECA, Rec. p. 93
CJCE, 15 juillet 1960, Italie c/ Haute Autorité, aff. 20/59, Rec. p. 663.
CJCE, 15 juillet 1960 Luxembourg et Pays-Bas c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 20/59 et 25/59, Rec. pp. 708 et 781
CJCE, 15 juillet 1960, Campolongo c/ Haute Autorité, aff. jtes 27/59 et 39/59, Rec. p. 795
CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, aff. 6/60, Rec. p. 1125

1961-1970

CJCE, 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c Haute Autorité, aff. 30/59, Rec p. 39
CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, aff. 7/61, Rec. p. 633

CJCE, 27 février 1962, Commission c/ Luxembourg, aff. 10/61, Rec. p. 1
CJCE, 6 avril 1962, Bosch, aff. 13/61, Rec. p. 89
CJCE, 18 mai 1962, Comptoirs de vente du charbon et de la Rhur, aff. 13/60, Rec. p. 167
CJCE, 12 juillet 1962, Pays-Bas c/ Haute Autorité, aff. 9/61, Rec. 413
CJCE, 12 juillet 1962, Hoogovens c/ Haute Autorité, aff. 14/61, Rec. p. 539

CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3
CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, aff. jtes 28 à 30/62, Rec. p. 61
CJCE, 28 mai 1963, Italie c/ Commission, aff. 13/63, Rec. p. 337
CJCE, 4 juillet 1963, Allemagne c/ Commisison, aff. 24/62, Rec. p. 131

CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141
CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, aff. jtes 90 et 91/63, Rec. p. 1217

CJCE, 1er décembre 1965, Firma Schwarze, aff. 16/65, Rec. p. 1081

CJCE, 8 février 1968, Mandelli, aff. 3/67, Rec. p. 35.
CJCE, 4 avril 1968, Firma Fink Frucht GmbH, aff. 27/67, Rec. p. 327.
CJCE, 10 décembre 1968, Commission c/ Italie, aff. 7/68, Rec. p. 617
CJCE, 19 décembre 1968, Commission c/Italie, aff. 7/68, Rec. p. 617

CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, Rec. p. 16

CJCE, 1er juillet 1969, Sociaal Fonds voor de Diamentarbeids c/ SA Ch. Brachfeld & Sons et Chougol Diamond Co, aff. jtes 2/69 et 3/69, Rec. p. 93
CJCE, 1er juillet 1969, Commission c/ Italie, aff. 24/68, Rec. p. 193
CJCE, 2 juillet 1969, Sociaal fonds voor de diamantarbeider c/ Brachfeld, aff. jtes 2/69 et 3/69, Rec. p.21
CJCE, 9 juillet 1969, Italie c/Commission, aff. 1/69, Rec., p. 277
CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. p. 419
CJCE, 10 décembre 1969, Commission c/ France, aff. jtes 6 et 11/69, Rec. p. 523

CJCE, 17 février 1970, Commission c/ Italie, aff. 31/69, Rec. p. 25
CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, aff. 77/69, Rec. p. 237
CJCE, 15 décembre 1970, Deutsche Getreide und Futtermittel Handelsgesellschaft mbH c/ Hauptzollamt Hamburg-Altona, aff. 31/70, Rec. p. 1055
CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, Rec. p. 1125
CJCE, 17 décembre 1970, Köster, aff. 25/70, Rec. p. 1161
CJCE, 17 décembre 1970, Scheer, aff. 30/70, Rec. p. 1197

1971-1980

CJCE, 18 juin 1971, Deutsche Gramophon, aff. 78/70, Rec. p. 499
CJCE, 2 décembre 1971, Zuckerfabrick, aff. 5/71, Rec. p. 975
CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, Rec. p. 1003

CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, aff. 48/71, Rec. p. 529
CJCE, 14 juillet 1972, Imperial chemical industries c/ Commission, aff. 48/69, Rec. p. 619
CJCE, 14 juillet 1972, BASF c/ Commission, aff. 49/69, Rec. p. 713
CJCE, 14 juillet 1972, Bayer c/ Commission aff. 51/69, Rec. p. 745
CJCE, 14 juillet 1972, Geigy AG c/ Commission, aff. 52/69, Rec. p. 787
CJCE, 14 juillet 1972, Sandoz c/ Commission, aff. 53/69, Rec. p. 845
CJCE, 14 juillet 1972, Francolor c/ Commission, aff. 54/69, Rec. p. 851
CJCE, 14 juillet 1972, Cassella Farbwerke Mainkur AG, aff. 55/69, Rec. p. 887
CJCE, 14 juillet 1972, Farbwerke Hoechst AG, aff. 56/69, Rec. p. 927
CJCE, 14 juillet 1972, Azienda Colori Nazionali - ACNA SpA, aff. 57/69, Rec. p. 933
CJCE, 14 décembre 1972, Marimex c/ Amministrazione delle finanze dello Stato, aff. 29/72, Rec. p. 1309

CJCE, 7 février 1973, Commission c/ Italie, aff. 39/72, Rec. p. 101
CJCE, 21 février 1973, Europembalage, aff. 6/72, Rec. p. 215
CJCE, 13 juillet 1973, Commission c/ Luxembourg, aff. 70/72, Rec. p. 828
CJCE, 13 mars 1973, Mij PPV, aff. 61/72, Rec. p. 301
CJCE, 10 octobre 1973, F. lli Variola SpA c/ Administration des finances italiennes, aff. 34/73, Rec. p. 981

CJCE, 16 janvier 1974, Rheinmuhlen-Dusseldorf, aff. 166/73, Rec. p. 33
CJCE, 30 janvier 1974, Hannoversche Zucker AG Rethen-Weetzen, aff. 159/73, Rec. p. 121
CJCE, 12 février 1974, Sotgiu c/ Deutsch Bundespost, aff. 152/73, Rec. p. 153
CJCE, 6 mars 1974, Comercial Solvents c/ Commission, aff. 7/73, Rec. p.223
CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France, aff. 167/73, Rec. p. 359

CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73, Rec. p. 491
CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec., p. 631
CJCE 11 juillet 1974, Dassonville, aff. 8/74, Rec. p. 837
CJCE, 30 octobre 1974, Officier van Justitie c/ J. W. J. van Haaster, aff 190/73
CJCE, 3 décembre 1974, Van Binsbergen, aff. 33/74, Rec. p. 1299
CJCE, 4 décembre1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. p. 1337
CJCE, 10 décembre 1974, Charmasson, aff. 48/74, Rec. p. 1383

CJCE, 20 février 1975, Adolf Reich, aff. 64/74, Rec. p. 261
CJCE, 28 octobre 1975, Rutili c/ Ministre de l'Intérieur, aff. 36/75, Rec. p. 1219
CJCE, 26 novembre 1975, Coenen, aff. 39/75, Rec. p. 1547

CJCE, 3 février 1976, ,Manghéra, aff. 59/75, Rec. p. 91
CJCE, 17 février 1976, REWE, aff. 45/75, Rec. p. 181
CJCE, 17 février 1976, Miritz, aff. 91/75, Rec. p. 217
CJCE, 26 février 1976, Commission c/ Italie, aff. 52/75, Rec. p. 277
CJCE, 20 mai 1976, De Peijper,aff. 104/75, Rec. p. 613
CJCE, 15 décembre 1976, Simmenthal c/ Ministère des finances italien, aff. 35/76, Rec. p. 1871
CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, aff. 33/76, Rec. p. 1989

CJCE, 25 janvier 1977, Bauhuis, aff. 46/76, Rec. p. 5 ; CJCE, 9 mars 2000, Commission c/ Belgique, aff. C-355/98, Rec. p. I-1221
CJCE, 22 mars 1977, Steinike, aff. 78/76, Rec. p. 595
CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, Fonds européen d'immobilisation de la navigation, Rec. p. 741
CJCE, 5 octobre 1977, Tedeschi c/ Denkavit, aff. 5/77, Rec. p. 1555
CJCE, 27 octobre 1977, Régina c/ Pierre Bouchereau, aff. 30/77, Rec. p. I-1999

CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. p. 629
CJCE, 15 juin 1978, Defrenne c/ Sabena, aff. 149/77, Rec. p. 1365
CJCE, 11 avril 1978, Commission c/ Pays-Bas, aff. 95/77, Rec. p. 863
CJCE, 11 juillet 1978, Union française des céréales, aff. 6/78, Rec. p. 1675
CJCE, 12 octobre 1978, Eggers c/ Freie Hansestadt Bremen, aff. 13/78, Rec. p. 1935
CJCE, 30 novembre 1978, Bussone, aff. 31/78, Rec. p. 2429

CJCE, 18 janvier 1979, Van Wesemael. aff. jtes 110 et 111/78, Rec. p. 35
CJCE, 20 février 1979, Société Rewe-Zentral AG, aff. 120/78, Rec. p. 649
CJCE, 21 février 1979, Stölting, aff. 138/78, Rec. p. 713
CJCE, 29 mars 1979, Commission c/Royaume-Uni, aff. 231/78, Rec. p. 1447
CJCE, 12 juillet 1979, Commission c/ Allemagne, aff. 153/78, Rec. p. 2555
CJCE, 12 juillet 1979, Koschniske, aff. 9/79, Rec. p. 2717
CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, Rec. p. 2729
CJCE, 4 octobre 1979, France c/ Royaume-Uni, aff. 141/78, Rec. p. 2923
CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. 44/99, Rec. p. I-3541
CJCE, 14 décembre 1979, Henn et Darby, aff. 34/79, Rec. p. 3795

CJCE, 27 février 1980, Commission c/ France, aff. 168/78, Rec. p. 347
CJCE, 27 février 1980, Commission c/ Italie, aff. 169/78, Rec. p. 385
CJCE, 27 février 1980, Commission c/ Danemark, aff. 171/78, Rec. p. 447

CJCE, 27 février 1980, Just, aff. 68/79, Rec. p. 501
CJCE, 11 mars 1980, Foglia, aff. C-104/79, rec. p. 745
CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79, Rec. p. 2033
CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ France, aff. 152/78, Rec. p. 2299
CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/Royaume-Uni, aff. 32/79, Rec. 1980, p. 2403

1981-1990

CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, Rec. p. 1045
CJCE, 27 mai 1981, Essevi et Salengro, aff. jtes 142 et 143/80, Rec. p. 1413
CJCE, 17 juin 1981, Commission c/ Irlande, aff. 113/80, Rec. p. 1625
CJCE, 9 juillet 1981, Administration des douanes c/ Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini, aff. 169/80 : Rec. 1981, p. 1931
CJCE, 14 juillet 1981, Oebel, aff. 155/80, Rec. p. 1993
CJCE, 16 décembre 1981, Foglia c/ Novello, aff. 244/80, Rec. p. 3045
CJCE, 17 décembre 1981, FransNederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, aff. 272/80, Recueil p. 3277
CJCE, 17 décembre 1981, Webb, aff. 279/80, Rec. p. 3305

CJCE, 1er avril 1982, Holdijk, aff. jtes 141/81 à 143/81, Rec. p. 1299
CJCE, 29 avril 1982, Pabst & Richarz KG, aff. 17/81, Rec. p. 1331
CJCE, 5 mai 1982, Gaston Schul, aff. 15/81, Rec. p. 1409
CJCE, 18 mai 1982, AM & S Europe Limited c/ Commission, aff. 155/79, Rec. p. 1575
CJCE, 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille, aff. jtes 115 et 116/81, Rec. p. 1665
CJCE, 25 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, aff. 96/81, Rec. p. 1863
CJCE, 26 mai 1982, Commission c/ Belgique, aff. 149/79, Rec. p. 1845
CJCE, 9 juin 1982, Commission c/ Italie, aff. 95/81, Rec. p. 2187
CJCE, 15 juillet 1982, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 40/82, Rec. p. 2793
CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT c/ Ministère de la Santé, aff. 283/81, Rec. p. 3415
CJCE, 10 novembre 1982, Walter Rau, aff. 261/81, Rec. p. 3961
CJCE, 24 novembre 1982, Commission c/ Irlande, aff. 249/81, Rec. p. 4005

CJCE, 17 mars 1983, Control Data c/ Commission, aff. 294/81, Rec. p. 911
CJCE, 20 avril 1983, Weinvertriebs-GmbH, 59/82, Rec. p. 1217
CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec. p. 2445
CJCE, 9 novembre 1983, Amministrazione delle finanze dello Stato c/ San Giorgio, aff. 199/82, Rec. p. 3595
CJCE, 17 novembre 1983, Merck, aff. 292/82, Rec. p. 3781
CJCE, 13 décembre 1983, Commission c/ Conseil, aff. 218/82, Rec. p. 4063

CJCE, 7 février 1984, Duphar c/ Pays-Bas, aff. 238/82, Rec. p. 523
CJCE, 14 février 1984, Commission c/ Allemagne, aff. 325/82, Rec. p. 777
CJCE, 28 mars 1984, Procédures d'appel administratif introduites contre une mesure disciplinaire par Pluimveeslachterij Midden-Nederland BV et Pluimveeslachterij C. Van Miert BV, aff. jtes 47 et 48/83, Rec. p. 1721
CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kaman, aff. 14/83, Rec. p. 1891
CJCE,17 mai 1984, Denkavit Nederland, aff. 15/83, Rec. p. 2171
CJCE, 6 juin 1984, Melkunie, aff. 97/83, Rec. p. 2367

CJCE, 10 juillet 1984, Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie, aff. 72/83, Rec. p. 2727
CJCE, 12 juillet 1984, Klopp, aff. 107/83, Rec. p. 2971
CJCE, 9 octobre 1984, Adam c/Commission, aff. 80/81 à 83/81 et 182/82 à 185/82, Rec. p. 3411
CJCE, 14 novembre 1984, S.A. Intermills c/ Commission, aff. 323/82, Rec. p. 3809.
CJCE, 13 décembre 1984, Haug-Adrion c/Frankfurter Versicherungs-AG, aff. 251/83, Rec. p. 4277

CJCE, 10 janvier 1985, Leclerc c/ Au blé vert, aff. 229/83, Rec. p. 1
CJCE, 9 juillet 1985, Bozzetti, aff. 179/84, Rec. p. 2301
CJCE, 24 octobre 1985, aff. 239/84, Gerlach, Rec. p. 3507
CJCE, 12 décembre 1985, Krohn, aff 165/84, Rec. p. 3997

CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, Rec. p. 29
CJCE, 4 mars 1986, John Walker & Sons Ltd, aff. 243/84, Rec. p. 875
CJCE, 11 mars 1986, Conegate c/ HM Customs et Excise, aff. 121/85, Rec. p. 1007
CJCE, 18 mars 1986, Commission c/ Belgique, aff. 85/85, Rec. p. 1149
CJCE, 23 avril 1986, Les Verts c/Parlement, aff. 294/83, Rec. p. 1339
CJCE, 15 mai 1986, Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84, Rec. p. 1651
CJCE, 5 juin 1986, Commission c/ Italie, aff. 103/84, Rec, p. I-1759
CJCE, 12 juin 1986, Ten Holder, aff. 302/84, Rec. p. 1821
CJCE, 24 juin 1986, AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/Commission, aff. 53/85, Rec. p. 1965
CJCE, 10 juillet 1986, Belgique c/ Commission, aff. 234/84, Rec. 2263
CJCE, 16 décembre 1986, Commission c/ Grèce, aff. 124/85, Rec. p. 3935

CJCE, 12 mars 1987, Commission c/ Allemagne, aff. 178/84, Rec.p. 1227
CJCE, 7 mai 1987, Commission c/ Italie, aff. 184/85, Rec. p. 2085
CJCE, 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, aff. 352/85, Rec. p. 2085
CJCE, 11 juin 1987, Pretore di salo, aff. 14/86, Rec. p. 2545
CJCE, 17 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 154/85, Rec. p. 2717
CJCE, 9 juillet 1987, CEI ET Bellini, aff. jtes 27 à 29/86, Rec. p. 3347
CJCE, 17 septembre 1987, Commission c/Grèce, aff. 70/86, Rec. p. 3545
CJCE, 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, Rec. p. 3969
CJCE, 14 octobre 1987, Allemagne c/ Commission, aff. 248/84, Rec. p. 4013
CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, Rec. p. 4199

CJCE, 19 janvier 1988, Gullung, aff. 292/86, Rec. p. 111
CJCE, 2 février 1988, Commission c/ Belgique, aff. 293/85, Rec. p. 305
CJCE, 4 février 1988, Commission c/Royaume-Uni, aff. 261/85, Rec. p. 547
CJCE, 24 février 1988, Commission c/ Belgique, aff. 260/86, Rec. p. 955
CJCE, 25 février 1988, Commission c/ Allemagne, aff. 427/85, Rec. p.1123
CJCE, 5 mars 1988, Molenaar, aff. C-160/96, Rec. p. I-843
CJCE, 21 juin 1988, Commission c/ Italie, aff. 257/86, Rec. 1988, p. 3249
CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Grèce, aff. 38/87, Rec. p. 4415
CJCE, 14 juillet 1988, Smanor, aff. 298/87, Rec. p. 4489
CJCE, 20 septembre 1988, Commission c/ Danemark, aff. 302/86, Rec. p. 4607
CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, aff. 31/87, Rec 1988, p. 4635

CJCE, 22 septembre 1988, Land de Sarre c/ Ministre de l'Industrie, aff. 187/87, Rec. p. 5013
CJCE, 27 septembre 1988, Matteucci, aff. C-235/87, Rec. p. 5589

CJCE, 2 février 1989, Cowan c/ Trésor public, aff. 186/87, Rec. p. 195
CJCE, 2 février 1989, Commission c/ Allemagne aff. 274/87, Rec. p. 229
CJCE, 14 février 1989, Star Fruit Company, aff. 247/87, Rec. p. 29
CJCE, 16 mai 1989, Buet et autres c/ Ministère public, aff. 382/87, Rec. p. 1235
CJCE, 18 mai 1989, Commission c/ Allemagne, aff. 249/86, Rec. p. 1263
CJCE, 18 mai 1989, Lieselotte Hartmann Troiani contre Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, aff. 368/87, Rec. p. 1333
CJCE, 11 juillet 1989, Schräder, aff. 265/87, Rec. p. 2237
CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst c/ Commission, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859
CJCE, 21 septembre 1989, Commission c/ Grèce, aff. C-68/88, Rec. p. 2965
CJCE, 18 octobre 1989, Orkem c/ Commission, aff. 374/87, Rec. p. 3283 ; CJCE, 17 février 1998, Grant, aff. C-249/96, Rec. p. I-621
CJCE, 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council contre B & Q plc, aff. C-145/88, Rec. p. 3851
CJCE, 6 décembre, 1989, Commission c/ Grèce, aff. 329/98, Rec. p. 4159

CJCE, 21 mars 1990, Belgique c/ Commission, aff. C-142/87, Rec. I. 959
CJCE, 27 mars 1990, Milk Marketing Board of England and Wales c/ Cricket St. Thomas Estate, aff. 372/88, Rec. p. I-1345
CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, Rec. p. I-1889
CJCE, 19 juin 1990, The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, aff. 213/89, Rec. p. I-2433
CJCE, 11 juillet 1990, Quietlynn et Richards, aff. C-23/89, Rec. p. I-3059
CJCE, ord., 13 juillet 1990, Zwartveld, aff. C-2/88, Rec. p. 3365
CJCE, 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-37/63

1991-2000

CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, aff. C-154/89, Rec. p. I- 659
CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, aff. C-180/89, Rec. p. I-691
CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Grèce, aff. C-198/89, Rec. p. I-709
CJCE, 21 mars 1991, Italie c/ Commission aff. 303/88, Rec. p. I-1433
CJCE, 11 juin 1991, Athanasopoulos, aff. C-251/89, Rec. p. 2797
CJCE, 18 juin 1991, ERT c/ DEP, aff. C-260/89, Rec. p. I-2925
CJCE, 9 juillet 1991, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-146/89, Rec. p. 3533
CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays Bas, aff. C-353/89, Rec. p. I-4069
CJCE, 25 juillet 1991, Säger et Dennemeyer, aff. C-76/90, Rec. p. I-4221
CJCE, 25 juillet 1991, Emmott, aff. C-208/90, Rec. p. I-4269
CJCE, 1er octobre 1991, Vidrányi c/ Commision, aff. C-283/90 P, Rec. p. I-4339
CJCE, 4 octobre 1991, Commission c/ Irlande, aff. C-93/89, Rec. p. I-4569
CJCE, 19 novembre 1991, Francovich e.a., aff. jtes C-6/90, et C-9/90, Rec. p. 5357
CJCE, 13 décembre 1991, Commission c/ Italie, aff. C-33/90, Rec. p. 5987
CJCE, 14 décembre 1991, Avis 1/91, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen Rec. p. I-6079

CJCE, 21 janvier 1992, Pressler Weingut-Weingroßkellerei c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff. 319/90, Rec. p. I-203
CJCE, 28 janvier 1992, Bachmann, aff. C-204/90, Rec. p. I-249
CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Rec. p. I-2821
CJCE, 9 juillet 1992, Commission c/ Belgique, aff. C-2/90, Rec. p. I-4431
CJCE, 16 juillet 1992, Legros, aff. C-163/90, Rec. p. I-4625
CJCE, 16 décembre 1992, Rochdale Borough Council, aff. 306/88, Rec. p. I-6457
CJCE, 16 décembre 1992, Reading Borough Council, aff. 304/90, Rec. p. I-6493
CJCE, 16 décembre 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council, aff. C-169/91, Rec. p. I-6635

CJCE, 21 janvier 1993, Deutsche Shell, aff. C-188/91, Rec. p. 363
CJCE, 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo E.A., aff. jtes C-320 à 322/90, Rec. p. I-393
CJCE, 10 mars 1993, Commission c/ Luxembourg, aff. C-111/91, Rec. p.I-817
CJCE, 18 mars 1993, Parlement c/ Frederiksen, aff. C-35/92 P, Rec. p. I-991
CJCE, 24 mars 1993, CIRFS c/Commission, aff. C-313/90, Rec. p. I-1125
CJCE, 30 mars 1993, Corbiau, aff. C-24/92, Rec. p. I-1277
CJCE, 31 mars 1993, Alhström c/ Commission, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117, 125 et 129/85, Rec. p. I-1307
CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus, aff. C-19/92, Rec. p. I-1663
CJCE, 4 mai 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos, aff. C-17/92, Rec. p. I-2239
CJCE, 25 mai 1993, LPO, aff. C-271/92, Rec. p. I-2899
CJCE, 2 août 1993, Marshall, aff. C-271/91, Rec. p. I-4367
CJCE, 17 novembre 1993, Burkhard Mörlins contre Zuckerfabrik Königslutter-Twülpstedt AG, aff. C-134/92, Rec. p. 6017
CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267 et 268/91, Rec. p. I-6097
CJCE, 7 décembre 1993, ADM Ölmühlen c/ BALM, aff. 339/92, Rec. p. I-6473

CJCE, 3 mars 1994, Vaneetveld, aff. C-316/93, Rec. p. I-763
CJCE, 9 mars 1994, TWD Textilwerke, aff. C-188/92, Rec. p. I-833
CJCE, 22 mars 1994, Commission c/ Espagne, aff. C-375/92, Rec. p. I-923
CJCE, 24 mars 1994, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-40/92, Rec. p. 989
CJCE, 24 mars 1994, Schindler, aff. C-275/92, Rec. p. I-1039
CJCE, 19 mai 1994, SEP c/Commission, aff. C-36/92 P, Rec. p. I-1911
CJCE, 1er juin 1994, Commission c/ Allemagne, aff. C-317/92, Rec. I-2039,
CJCE, 16 juin 1994, Develop Dr. Eisbein, aff. C-35/93, Rec. p. I-2655
CJCE, 29 juin 1994, Aldewereld, aff. C-60/93, Rec. p. I-2991
CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. p. I-3325.
CJCE 14 juill. 1994, Van der Veldt, aff. C-17/ 93, Rec. p. I-3537
CJCE, 9 août 1994, Meyhui, C-51/93, Rec. p. I-3879
CJCE, 14 septembre 1994, Espagne c/ Commission, aff. C-42/93, Rec. p. I-4175
CJCE, 5 octobre 1994, Allemagne c/Conseil, aff. C-280/93, Rec. p. I-4973
CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94

CJCE, 28 mars 1995, The Queen contre Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd, aff. C-324/93, Rec. p. I-563
CJCE, 29 juin 1995, Espagne c/ Commission, aff. C-135/93, Rec. p. I-1651
CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165
CJCE, 7 décembre 1995, Rockfon, aff. C-449/93, Rec. p. I-4291
CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921

CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres, aff. jes, C-46/93 et C-48/93 : Rec. p. I-1029
CJCE, 23 mai 1996, The Queen c/ Ministry ofAgriculture, Fisheries and Food, aff. C-5/94, Rec. p. I-2553
CJCE, 2 mai 1996, Commission c/ Belgique, aff. C-133/94, Rec. p. I-2323
CJCE, 6 juin 1996, Commission c/ Italie, aff. C-101/94, Rec. p. I-2691
CJCE, 27 juin 1996, Rémy Schmit, aff. C-240/95, Rec. p. I-3179
CJCE, 15 octobre 1996, Ijssel-Vliet Combinatie BV c/ Minister Van Economische Zaken, aff. C-311/94, Rec. I, p. 5023
CJCE, 24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a., C-72/95, Rec. p. I-5403

CJCE, 16 janvier 1997, USSL n° 47 di Biella, aff. C-134/95, Rec. p. I-195
CJCE, 20 février 1997, Commission c/ Daffix, aff. C-166/95 P, Rec. p. I-983
CJCE, 20 mars 1997, France c/Commission, aff. C-57/95, rec. p. I-1627
CJCE, 5 juin 1997, Syndesmos c/ Ypourgos Ergasias, C-398/95, Rec. p. I-3091
CJCE, 25 juin 1997, Kieffer et Thill, aff. C-114/96, Rec. p. I-3629
CJCE, 26 juin 1997, Vereinigte Familiapress, aff. C-368/95, Rec. p. I-3689
CJCE, 17 juillet 1997, Krüger, aff. C-334/95, Rec. p. I-4517
CJCE, 17 juillet 1997, Leur-Bloem, aff. C-28/95, Rec. p. I-4161
CJCE, 17 septembre 1997, aff. C-54/96, Dorsch consult, Rec. 1997, p. 4961
CJCE, 2 décembre 1997, Fantask, aff. C-188/95, Rec. p. I-6783
CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/ France, aff. C-265/95, Rec. p. 6959

CJCE, ord. 25 mars 1998, FFSA c/ Commission, aff. C-174/97 P, Rec. p. I-1303
CJCE, 2 avril 1998, EMU Tobacco, aff. C-296/95, Rec. p. 1605
CJCE, 2 avril 1998, Commission c/ Sytraval et Brink's France, aff. C-367/95 P, Rec. p. I-1719
CJCE, 11 juin 1998, Anne Kuusijärvi, aff. C-275/96, Rec. p. I-3419
CJCE, 14 juillet 1998, Bettati, aff. C-341/95, Rec. p. I-4355
CJCE, 14 juillet 1998, Aher-Waggon GmbH, aff. C-389/96, Rec. p. I-4473
CJCE, 15 septembre 1998, Edis, aff. C-231/96, Rec. p. I-4951
CJCE, 15 septembre 1998, Spac, aff. C-260/96, Rec. p. I-4997
CJCE, 29 octobre 1998, Commission c/ Espagne, aff. C-114/97, Rec. p. I-6717
CJCE, 17 décembre 1998, Codan, aff. C-236/97, Rec. p. I-8679

CJCE, 21 janvier 1999, Commission c/ Belgique, aff. C-207/97, Rec. p. I-275
CJCE, 16 février 1999, Arblade, aff. jtes C-369 et C-376/96, Rec. p. I-8453
CJCE, 9 mars 1999, Centros, aff. C-212/97, Rec. p. I-1459
CJCE, 28 avril 1999, Mövenpick Deutschland, aff. C-405/97, Rec. p. I-2397
CJCE, 29 avril 1999, Standley e.a., aff. C-293/97, Rec. p. I-2603
CJCE, 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Rec. p. I-2651

CJCE, 9 septembre 1999, Petrides c/ Commisison, aff. C-64/98 P, Rec. p. I-65
CJCE, 21 octobre 1999, Zenatti, aff. C-67/98, Rec. p. I-7289

CJCE, ord. 4 février 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98, Emesa Sugar, Rec. p. I-675
CJCE, 10 février 2000, Deutsche Telekom, aff. C-50/96, Rec. p. I-743
CJCE, 24 février 2000, Commission c/ Luxembourg, aff. C-434/97, Rec. p. I-1129
CJCE, 9 mars 2000, Evangelischer Krankenhausverein Wien contre Abgabenberufungskommission Wien et Wein & Co. HandelsgesmbH contre Oberösterreichische Landesregierung, aff. C-437/97
CJCE, 14 mars 2000, Église de Scientologie, aff. C-54/99, Rec. p. I-1335
CJCE, 16 mars 2000, Cie maritime belge transports c/ Commission, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, : Rec. I, p. 1365
CJCE, 30 mars 2000, VBA c/ Florimex, aff. C-265/97 P, Rec. p. I-2061
CJCE, 13 avril 2000, W. N., aff. C-420/98, Rec. p. I-2847
CJCE, 16 mai 2000, Belgique c/ Espagne, aff. C-388/95, Rec. p. I-3123
CJCE, 18 mai 2000, KVS International BV, aff. C-301/98, Rec. p. I-3593
CJCE 11 juill. 2000, Toolex Alpha, aff. C473/ 98, Rec. p. I-5681
CJCE 19 septembre 2000, Schmeink & Cofreth et Strobel, Rec. p. I-6973
CJCE, 5 octobre 2000, Allemagne c/ Commission, aff. C-288/96, Rec. p. I-8237

2001-2010

CJCE, 18 janvier 2001, Commission c/ Espagne, aff. C-83/99, Rec. p. I-445
CJCE, 30 janvier 2001, Espagne C/ Conseil, aff. C-36/98, Rec p. I-00779
CJCE, 1er février 2001, Commission c/France, aff. C-237/99, Rec. p. I-939
CJCE, 1er février 2001, Commission c/ France, aff. C-333/99, Rec. p. I-1025
CJUE, 8 mars 2001, Zambrano, aff. C-34/09, Rec. p. I-1177
CJCE, 8 mars 2001, Laszlo Bakcsi contre Finanzamt Fürstenfeldbruck, aff. C-415/98, Rec. I-1831
CJCE, 8 mars 2001, Jouch, aff. C-215/99, Rec. p. I-1901
CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra AG, aff. C-379/98, rec. p. I-2099
CJCE, 22 mars 2001, Commission c/ France, aff. C-261/99, Rec. p. I-2437
CJCE, 4 octobre 2001, Italie c/ Commission, aff. C-403/99, Rec. p. I-6883
CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/Parlement et Conseil, C-377/98, Rec. 2001, p. 7079
CJCE, 25 octobre 2001, Commission c/ Grèce, aff. C-398/98, Rec. p. I-7915

CJCE, 15 janvier 2002, Libéros c/Commission, aff. C-171/00 P, Rec. p. I-451
CJCE, 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital, aff. C-390/99, Rec. p. I-607
CJCE, du 7 mars 2002, Italie/Commission, C-310/99, Rec. p. I-2289
CJCE, 18 avril 2002, avis 1/00, Projet d'accord portant création d'un espace européen commun entre la Communauté et des Etats tiers, Rec. p. I-3493
CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil, Rec. p. I-6677
CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco, aff. C-491/01, Rec. p. I-11453
CJCE, 24 octobre 2002, Linhart et Biffl, aff. C-99/01, Rec. p. I-9375
CJCE, 5 novembre 2002, Commission c/ Suède, aff. C-468/98, Rec. p. I-9575
CJCE, 14 novembre 2002, SPKR, aff. C-112/01, Rec. p. I-10655

CJCE, 9 janvier 2003, Davidoff & Cie SA et Zino Davidoff SA contre Gofkid Ltd, aff. C-292/00, rec. p. I-389
CJCE, 23 janvier 2003, Commission c/Autriche, aff. C-221/00, Rec. p. I-1007

CJCE, 27 février 2003, Adolf Truley GMBH, aff. C-373/00, Rec. p. I-1931
CJCE, 10 avril 2003, Commission c/Allemagne, aff. jtes C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609
CJCE, 8 mai 2003, T Port c/ Commission, aff. C-122/01 P, Rec. p. I-4261
CJCE, 8 mai 2003, Atral SA, aff. C-14/02, Rec. p. I-4431
CJCE, 15 mai 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-214/00, Rec. p. I-4667
CJCE, 15 mai 2003, Salzmann, aff. C-300/01, Rec. p. I-4899
CJCE, 20 mai 2003, Osterreichischer Rundfunk, aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01
CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659
CJCE, 19 juin 2003, Mayer Parry Recycling, aff. C-444/00, Rec. p. I-6163
CJCE, 23 septembre 2003, Commission c/ Danemark, aff. C-192/01, Rec. p. 9693
CJCE, 30 septembre 2003, Allemagne c/ Commission, aff. C-301/96, Rec. p. I-9919
CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239
CJCE, 16 octobre 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-283/00, Rec. p. I-11697
CJCE, 6 novembre 2003, Bodil Lindqvist, aff. C-101/01, Rec. p. I-12971
CJCE, 6 novembre 2003, Gambelli, aff. C-243/01, Rec. p. I-13031
CJCE, 6 novembre 2003, Karageorgou, aff. C-78/02 à C-80/02, Rec. p. I - 13295
CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00, Rec. p. I-14637

CJCE, 15 janvier 2004, Intervention Board for Agricultural Produce contre Penycoed Farming Partnership, aff. C-230/01, Rec. p. I-937
CJCE, 5 février 2004, Commission c/ France, aff. C-24/00, Rec. p. I-1277
CJCE, 5 février 2004, Greenhamet Abel, aff. C-95/01, Rec. p. I-1333
CJCE, 5 février 2004, Commission c/ Italie, aff. C-270/02, Rec. p. I-1559
CJCE, 23 mars 2004, France c/ Commission, aff. C-233/02, Rec. p. I-2759
CJCE, 25 mars 2004, Herbert Karner, aff. C-71/02, Rec. p. I-3025
CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Allemagne, aff. C-387/99, Rec. p. I-3751
CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Autriche, aff. C-150/00, Rec. p. I-3887
CJCE, 29 avril 2004, Plato Plastik Robert Frank, aff. C-341/01, Rec. p. I-4883
CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Portugal, aff. C-171/02, Rec. p. I-5645
CJCE, 16 juin 2004, Rechio - Cash & Carry, aff. C-30/02, Rec. I-6051
CJCE, 9 septembre 2004, Carbonati Apuani c/ Comune di Carrare, aff. C-72/03, Rec. p. I-8027
CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, Rec. p. I- 9609
CJCE, 14 décembre 2004, Arnold André GmbH, aff. C-434/02, Rec. p. I-11825
CJCE, 14 décembre 2004, Swedish Match, aff. C-210/03, Rec. p. I-11893
CJCE, 15 décembre 2004, Siig, aff. C-272/03, Rec. p. I-11941

CJCE, 10 mars 2005, Laboratoires Fournier, aff. C-39/04, Rec. p. I-2057
CJCE, 14 avril 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, aff. 6/03, Rec. p. I-2753
CJCE, 14 avril 2005, Belgique c/ Commission, C-110/03, Rec. p. I-2801
CJCE, 24 mai 2005, France c/ Parlement et Conseil, aff. C-244/03, Rec. 2005, p. 4021
CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri c/ Commission, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C - 205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425
CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, Rec. p. I-6263
CJCE, 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health, aff. jtes C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451
CJCE, 8 septembre 2005, Yonemoto, aff. C-40/04, Rec. p. I-7755
CJCE, 15 septembre 2005, Intermodal, aff. C-495/03, Rec. p. I-8161
CJCE, 10 novembre 2005, Commission c/ Portugal, aff. C-432/03, Rec. p. I-9665
CJCE, 10 novembre 2005, Commission c/ Allemagne, C-197/04, Rec. p. 9739

CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04, Rec. p. I-9981
CJCE, 15 décembre 2005, Centralan Property Ltd contre Commissioners of Customs & Excise, aff. C-63/04, Rec. p. I-11087

CJCE, 9 mars 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie et Stichting Natuur en Milieu contre College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen, aff. C-174/05, Rec. p. I-2443
CJCE, 18 mai 2006, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/Commission, aff. C-397/03 P, Rec. p. I - 4429
CJCE, 30 mai 2006, Commission c/ Irlande, aff. C-459/03, Rec. p. I-4635
CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, Rec. p. I-5769
CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c/ Royaume-Uni, aff. C-145/04, Rec. p. I-7977
CJCE, 14 septembre 2006, Alfa Vita Vassilopoulos, aff. jtes C-158 et 159/04, Rec. p. I-8135
CJCE, 28 septembre 2006, Procédure pénale c/ Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik, aff. C-434/04, Rec. p. I-9171
CJCE, 23 novembre 2006, Staatssecretaris van Financiën, aff. C-5/05, Rec. p. I-11075
CJCE, 28 novembre 2006, Parlement c/ Conseil, aff C-414/04, Rec. p. I-11279.
CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c/ Commission, aff. C-105/04 P, Rec. p. I - 8725
CJCE, 5 décembre 2006, Cipolla e.a., aff. jtes C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421

CJCE, 6 mars 2007, Placanica, Palazzese et Sorrichio, aff. jtes C-338/04, aff. C-359/04 et aff. C-360/04, Rec. p. I-1891
CJCE, 19 avril 2007, UAB, aff. C-63/06, Rec. p. I-3239
CJCE, 5 juin 2007, Rosengren et a. aff. C-170/04, Rec. p. I-4071
CJCE, 28 juin 2007, aff. C-1/06, Bonn Fleisch, Rec. p. I-5609
CJCE, 18 juillet 2007, Derin, aff. C-325/05, Rec. p. I-6495
CJCE, 4 octobre 2007, Naipes Heraclio Fournier c/ OHMI, aff. C-311/05 P, rec. p. I-130
CJCE, 18 octobre 2007, Commission c/ Danemark, aff. C-19/05, Rec. p. I-8597
CJCE, 25 octobre 2007, Komninou c/ Commission, aff. C-167/06 P, Rec. p. I-141
CJCE, 8 novembre 2007, Schwibbert, aff. C-20/05, Rec. p. I-9447.
CJCE, 15 novembre 2007, Commission c/Allemagne, aff. C-319/05, Rec. p. I-9811
CJCE, 11 décembre 2007, Viking Line, aff. C-438/05, Rec. p. I-10779
CJCE, 13 décembre 2007, United Pan-Europe, aff. C-250/06, Rec. p. I-11135

CJCE, 29 janvier 2008, Promusicae, aff. C-275/06, Rec. p.I-271
CJCE, 14 février 2008, Dynamic medien, aff. C-244/06, Rec. p. I-505
CJCE, 13 mars 2008, Commission c/ Belgique, aff. C-227/06, Rec. p. I-46
CJCE, 13 mars 2008, Schneider, aff. C-285/06, Rec. p. I-1501
CJCE, 19 juin 2008, Commission c/ Luxembourg, aff. C-319/06, Rec. 2008, p. I-4323
CJCE, 10 juillet 2008, Bertelsmann AG et Sony Corporation of America, aff. C-413/06 P, Rec. p. I-4951
CJCE, 17 juillet 2008, Corporación Dermoestética SA contre To Me Group Advertising Media, aff. C-500/06, Rec. p. I-5785
CJCE, 9 septembre 2008, FIAMM, aff. jtes, C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. p. I-6513
CJCE, 9 octobre 2008, Chetcuti c/ Commission, C - 16/07 P, Rec. p. I - 7469
CJCE, 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine, aff. C-127/07, p.I- 9895
CJCE, 22 décembre 2008, Commission c/ Autriche, aff. C-161/07, Rec. p. I-10671
CJCE, 22 décembre 2008, Commisison c/ Espagne, aff. C-189/07, Rec. p. I-195

CJCE, 17 février 2009, Elgafaji, aff. C-465/07, Rec. p. I-921
CJCE, 2 avril 2009, Lodato Genaro c/ INPS SCCI, aff. C-415/07, Rec. p. 152
CJCE, 23 avril 2009, Markku Sahlstedt e.a. contre Commission des Communautés européennes, aff. C-362/06 P, Rec. p. I-2903
CJCE, 4 juin 2009, Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyórfi, aff. C-243/08, Rec. p. I-4713
CJCE, 18 juin 2009, Staatssecretaris van Financiën contre Stadeco BV, aff. C-566/07, Rec. p. I-5295
CJCE, 16 juillet 2009, Von Chamier-Glisczinski, aff. C-208/07, Rec. p. I-6095
CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, aff. C-42/07, Rec. p. I-4733
CJCE, 10 septembre 2009, Commission c/ Portugal, aff. C-457/07, Rec. p. I-8091
CJCE, 10 septembre 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e.a., aff. C-44/08, Rec. p. I-8163
CJCE, 1er octobre 2009, Gaz de France – Berliner Investissement SA, aff. C-247/08, Rec. p. I-09225
CJCE, 6 octobre 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-562/07, Rec. p. I-9553
CJCE, 15 octobre 2009, Audiolux, aff. C-101/08, Rec. p. I-9823
CJCE, 18 novembre 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-48/10, Rec. p. I-151
CJUE, 10 décembre 2009, Commission c/ France, , aff. C-299/08, Rec. p. I-11587
CJUE, 17 décembre 2009, M. c/ EMEA, aff. C-197/09 RX-II, Rec. p. I-12033

CJUE, 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, aff. C-304/08, Rec. p. I-217
CJUE, 21 janvier 2010, Commission c/ Allemagne, aff. C-546/07, Rec. p. I-439
CJUE, 28 janvier 2010, Uniplex, aff. C-406/08 : Rec. 2010, p. I-00817
CJUE, 28 janvier 2010, Commission c/ France, aff. C-333/08, Rec. p. I-757
CJUE, 28 janvier 2010, Commission c/ Irlande, aff. C-456/08 : Rec. 2010, p. I-00857
CJUE, 29 avril 2010, Solgar Vitamin's France, aff C-446/08, Rec. p. I-3973
CJUE, 2 mars 2010, Salahdine Abdula, aff. jtes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, Rec. p. I-4193
CJUE, 20 mai 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, aff. C-352/08, Rec. p. I-4303
CJUE, 29 juin 2010, The Bavarian Lager, aff. C-28/08, Rec. p.I-6055
CJUE, 8 septembre 2010, Stoß, aff. jtes C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, Rec. p. I-8060
CJUE, 8 septembre 2010, Carmen Media Group, aff. C-46/08, Rec. p. I-8149
CJUE, 9 septembre 2010, Engelmann, aff. C-64/08, Rec. p. I-8219
CJUE, 30 septembre 2010, Commission c/ Belgique, aff. C-132/09, Rec. p. I-8695
CJUE, 5 octobre 2010, Elchinov, aff. C-173/09, Rec. p. I-8889
CJUE, 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing Zrt, aff. C-137/08, Rec. p.I-10847
CJUE, ord., 16 novembre 2010, Pohotovost, aff. C-76/10, Rec. p.I-11557
CJUE, 18 novembre 2010, Commission c/ Irlande, aff. C-226/09, Rec. p. I-11807
CJUE, 2 décembre 2010, Holland Malt c/ Commission, aff. C-464/09 P, Rec. I-12443
CJUE, 16 décembre 2010, Commission c/ France, aff. C89/09, Rec. p. I-12941

2011-…

CJUE, 3 février 2011, Ebert, aff. C-359/09, Rec. p. I-269
CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, Projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, Rec. p. I-01137

CJUE, 24 mars 2011, Commission c/Espagne, aff. C-400/08, Rec. p. I-1915
CJCE, 29 mars 2011, aff. C-352/09 P, ThyssenKrupp c/ Commission, Rec. p. I-2359
CJUE, 12 mai 2011, Ving Sverige, aff. C-122/10, Rec. p. I-3903
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, aff. C-47/08, Rec. p. I-4105
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ France, aff. C-50/08, Rec. p. I-4195
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-51/08, Rec. p. I-4231
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-52/08, Rec. p. I-4275
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-53/08, Rec. p. I-4309
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Allemagne, aff. C-54/08, Rec. p. I-4355
CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Grèce, aff. C-61/08, Rec. p. I-4399
CJUE, 16 juin 2011, Laki, aff. C - 351/10, Rec. p. I-5495
CJUE, 30 juin 2011, Joao Filipe da Silva Martins, aff. C-388/09, Rec. p. 5737
CJUE, 7 juillet 2011, Agafiței et a, aff. C-310/10, Rec. p. I-5989
CJUE, 21 juillet 2011, Dias, aff. C-325/09, Rec. p. I-06387
CJUE, 29 septembre 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-387/10, Rec. p. I-142
CJUE, 6 octobre 2011, Bonnarde, aff. C-443/10, Rec. p. I-9327
CJUE, 13 octobre 2011, Airfield NV, aff. jtes C-431 et C-432/09, Rec. p. I-9363
CJUE, 20 octobre 2011, Commission c/ France, aff. C-549/09, Rec. p. I-155
CJUE, 27 octobre 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-255/09, Rec. p. I-10547
CJUE, 10 novembre 2011, Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA, aff. C-126/10
CJUE, 24 novembre 2011, Sabam c/ Scarlet, aff. C-70/10
CJUE, 8 décembre 2011, aff. C-157/10, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.
CJUE, 21 décembre 2011, Commission c/ Autriche, aff. C-28/09
CJUE, 21 décembre 2011, Cicala, aff. C-482/10

CJUE, 9 février 2012, Martin Luksan contre Petrus van der Let, aff. C-277/10
CJUE, 16 févier 2012, Netlog Sabam, aff. C-360/10
CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Commission c/ Pays-Bas.
CJUE, 28 mai 2013, Abdulbasit Abdulrahim, C-239/12 P
CJUE, 26 avril 2012, ANETT, aff. C-456/10
CJUE, 5 juin 2012, Commission c/ EDF, aff. C-124/10
CJUE, 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, aff. C-618/10
CJUE, 21 juin 2012, Leopold Summer, aff. C-15/11
CJUE, 26 juin 2012, Pologne c/ Commission, aff. C-336/09 P
CJCE, 12 juillet 2012, Association Kokopelli, aff. C-59/11
CJUE, 19 juillet 2012, Lietuvos geležinkeliai AB contre Vilniaus teritorinė muitinė et Muitinės departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, aff. C-250/11
CJUE, 4 octobre 2012, aff. C - 249/11, Byankov
CJUE, 16 octobre 2012, Hongrie c/ Slovaquie, aff. C-364/10
CJUE, 18 octobre 2012, Punch Graphix Prepress Belgium, aff. C-371/11
CJUE, 25 octobre 2012, Prete, aff. C-367/11
CJUE, 6 novembre 2012, Europese Gemeenschap, aff. C-199/11
CJUE, 8 novembre 2012, Techniko Epimelitirio Elladas e.a aff. C-271/11
CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, aff. C-370/12
CJUE, ord. 13 décembre 2012, Debiasi, aff. C-560/11
CJUE, 19 décembre 2012, Commission c/ Irlande, aff. C-279/11

CJUE, 17 janvier 2013, Mohamad Zakaria, aff. C-23/12
CJUE, 31 janvier 2013, Belov, aff. C-394/11
CJUE, 28 février 2013, Arango Jaramillo e.a. c/ BEI, aff. C-334/12 RX-II
CJUE, 14 mars 2013, Mohamed Aziz, aff. C-415/11
CJUE, 21 mars 2013, RWE Vertrieb, aff. C-92/11
CJUE, 11 avril 2013, Novartis Pharma, aff. C-535/11
CJUE, 16 avril 2013, Espagne c/ Conseil et Italie c/ Conseil, aff. jtes C-274/11 et C-295/11
CJUE, 30 mai 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse c/ Jahani BV, aff. C-488/11
CJUE, 30 mai 2013, Erika Jorös c/ Aegon Magyarország Hitel Zrt, aff. C-397/11
CJUE, 4 juillet 2013, Argenta Spaarbank NV contre Belgische Staat, aff. C-350/11
CJUE, 11 juillet 2013, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-576/10
CJUE, 19 septembre 2013, Commission c/Strack, aff. C-579/12 RX-II
CJUE, 26 septembre 2013, Polyelectrolyte Producers Group GEIE, aff. C-625/11 P.

TPICE – Tribunal de l'UE

TPICE, 10 mars 1992, Shell c/Commission , aff. T-11/89, Rec. p. II-757
TPICE, 27 octobre 1994, Deree c/ Commission , aff. T-35/92, Rec.1994, p.II-957
TPICE, ord., 19 juin 1995, Kik c/ Conseil et Commission, aff. T-107/94, Rec. p. II-1717
TPICE, 12 décembre 1996, Air France c/ Commission, aff. T-358/94, Rec. p. 2109
TPICE, Conserve Italia c/ Commission, 12 octobre 1999, aff. T-216/96, Rec. p. II-3139
TPICE, 15 décembre 1999, Freistaat Sachsen c/ Commission, aff. jtes T-132/96 et T-143/96, Rec. 1999, p. II-3663
TPICE, 5 juin 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi c/Commission, aff. T-6/99, Rec. p. II-1523, pt. 102
TPICE, 29 mars 2003, aff. T-213/00, CMA CGM c/ Commission, Rec. p. II-913
TPICE, ord. 29 octobre 2004, Schneider Electric c/ Commission, aff. T-77/02 DEP
TPICE, 21 septembre 2005, aff. T-315/01, Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil : Rec. p. II-3649.
TPICE, ord. 19 décembre 2006, WestLB AG c/ Commision, aff.T-228/99 DEP
TPICE, 11 février 2009, Iride SpA et Iride Energia SpA c/ Commission, aff. T-25/07, Rec. p. II-245
Trib. UE, 2 mars 2010, Arcelor SA c/ Parlement et Conseil, aff. T-16/04, Rec. p. II-211
Trib. UE, 24 novembre 2010, Commission c/ Irish Electricity Generating, aff. T-323/09, Rec. p. II-254
Trib. UE, 23 novembre 2011, Dennekamp c/ Parlement, aff. T-82/09
Trib. UE, 19 septembre 2012, Commission c/ SEMEA et Commission c/ Commune de Millau, aff. jtes T-168/10 et T-572/10

Conclusions de l'Avocat général

Conclusions de l'Avocat général Lagrange sous l'affaire CJCE, 16 juillet 1956 Fédéchar, 8/55, Rec. p. 291.
Conclusions de l'Avocat général Roemer sous CJCE, 15 juillet 1960, Campolongo c/ Haute Autorité, aff. jtes 27/59 et 39/59, Rec. p. 795
Conclusions de l'Avocat général Roemer sous CJCE, 18 mai 1962, Comptoirs de vente du charbon et de la Rhur, aff. 13/60, Rec. p.227

Conclusions de l'Avocat général Roemer sous l'affaire CJCE, 12 juillet 1962, Pays-Bas c/ Haute Autorité, aff. 9/61, Rec. p. 413.
Conclusions de l'Avocat général Lagrange sous l'affaire CJCE, 12 juillet 1962, Hoogovens c/ Haute Autorité, aff. 14/61, Rec. p. 539.
Conclusions de l'Avocat général Lagrange sous l'affaire CJCE, 28 mai 1963, Italie c/ Commission, aff. 13/63, Rec. p. 337.
Conclusions de l'Avocat général Roemer sous l'affaire CJCE, 2 décembre 1971, Zuckerfabrick, aff. 5/71, Rec. p. 975.
Conclusions de l'Avocat général Mayras sous l'affaire CJCE, 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74, Rec. p. 631
Conclusions de l'Avocat général Mayras sous l'affaire CJCE, 4 décembre1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. p. 1337.
Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 18 mai 1989, Lieselotte Hartmann Troiani contre Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, aff. 368/87, Rec. p. 1333
Conclusions de l'Avocat général Mischo sous l'affaire CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst c/ Commission, aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859
Conclusions de l'Avocat général Tesauro sous l'affaire CJCE, 21 janvier 1992, Pressler Weingut-Weingroßkellerei c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, aff. C-319/90, Rec. p. I-203
Conclusions de l'Avocat général Van Gerven sous les affaires CJCE, 16 décembre 1992, Rochdale Borough Council, aff. 306/88, Rec. p. I-6457, CJCE, 16 décembre 1992, Reading Borough Council, aff. 304/90, Rec. p. I-6493, CJCE, 16 décembre 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council, aff. C-169/91, Rec. p. I-6635.
Conclusions de l'Avocat général Darmon sous l'affaire CJCE, 17 novembre 1993, Burkhard Mörlins contre Zuckerfabrik Königslutter-Twülpstedt AG, aff. C-134/92, Rec. p. 6017
Conclusions de l'Avocat général Van Gerven sous l'affaire CJCE, 2 août 1993, Marshall, aff. C-271/91, Rec. p. I-4367
Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 3 mars 1994, Vaneetveld, aff. C-316/93, Rec. p. I-763
Conclusions de l'Avocat général Lenz sous l'affaire CJCE, 14 juillet 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92, Rec. p. I-3325
Conclusions de l'Avocat général Saggio sous l'affaire CJCE, 18 mai 2000, KVS International BV, aff. C-301/98, Rec. p. I-3593
Conclusions de l'Avocat général Léger sous l'affaire CJCE, 30 janvier 2001, Espagne c/ Conseil, aff. C-36/98, Rec. p. I-00779

Conclusions de l'Avocat général Saggio sous l'affaire CJCE, 8 mars 2001, Laszlo Bakcsi contre Finanzamt Fürstenfeldbruck, aff. C-415/98, Rec. I-01831
Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra AG, aff. C-379/98, Rec. p. I-2099
Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous CJCE, 9 octobre 2001, Pays-Bas c/Parlement et Conseil, C-377/98, Rec. 2001, p. 7079
Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil, Rec. p. I-6677.
Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'affaire CJCE, 9 janvier 2003, Davidoff & Cie SA et Zino Davidoff SA contre Gofkid Ltd, aff. C-292/00, rec. p. I-389

Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous l'affaire CJCE, 23 janvier 2003, Commission c/Autriche, aff. C-221/00, Rec. p. I-1007
Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous l'affaire CJCE, 15 janvier 2004, Intervention Board for Agricultural Produce contre Penycoed Farming Partnership, aff. C-230/01, Rec. p. I-937
Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous l'affaire CJCE, 16 juin 2004, Rechio - Cash & Carry, aff. C-30/02, Rec. I-6051
Conclusions de l'Avocat général Colomer sous l'affaire CJCE, 14 avril 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, aff. C-6/03, Rec. p. I-2753.
Conclusions de l'Avocat général Geelhoed sous CJCE, 24 mai 2005, France c/ Parlement et Conseil, aff. C-244/03, Rec. 2005, p. 4021,
Conclusions de l'Avocat général Kokott sous l'affaire CJCE, 15 décembre 2005, Centralan Property Ltd contre Commissioners of Customs & Excise, aff. C-63/04, Rec. p. I-11087
Conclusions de l'Avocat général Maduro sous l'affaire CJCE, 28 septembre 2006, Procédure pénale c/ Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik, aff. C-434/04, Rec. p. I-9171
Conclusions de l'Avocat général Maduro sous l'affaire CJCE, 28 septembre 2006, Procédure pénale c/ Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik, aff. C-434/04, Rec. p. I-9171
Conclusions de l'Avocat général Geelhoed, CJCE, 28 novembre 2006, Parlement c/ Conseil, aff C-414/04, Rec. p. I-11279
Conclusions de l'Avocat général Maduro sous les affaires jointes CJCE, 5 décembre 2006, Cipola, aff. C-94/04 et CJCE, Macrino, 5 décembre 2006, aff. C-202/04, Rec. p. I-11241
Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJCE, 13 mars 2008, Schneider, aff. C-285/06, Rec. p. I-1501
Conclusions de l'Avocat général Kokott sous l'affaire CJCE, 10 juillet 2008, Bertelsmann AG et Sony Corporation of America, aff. C-413/06 P, Rec. p. I-4951.
Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJCE, 17 juillet 2008, Corporación Dermoestética SA contre To Me Group Advertising Media, aff. C-500/06, Rec. p. I-5785.
Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous l'affaire CJCE, 2 avril 2009, Lodato Genaro c/ INPS SCCI, aff. C-415/07, Rec. p. 152
Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJCE, 23 avril 2009, Markku Sahlstedt e.a. contre Commission des Communautés européennes, aff. C-362/06 P, Rec. p. I-2903
Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJCE, 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, aff. C-42/07, Rec. p. I-4733
Conclusions de l'Avocat général Ján Mazák dans l'affaire CJCE, 1er octobre 2009, Gaz de France – Berliner Investissement SA, aff. C-247/08, Rec. p. I-9225
Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJCE, 15 octobre 2009, Audiolux, aff. C-101/08, Rec. p. I-9823

Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous l'affaire CJUE, 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, aff. C-304/08, Rec. p. I-217
Conclusions de l'Avocat général Jääskinen sous l'affaire CJUE, 29 avril 2010, Solgar Vitamin's France, aff C-446/08, Rec. p. I-3973
Conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous l'affaire CJUE, 30 septembre 2010, Commission c/ Belgique, aff. C-132/09, Rec. p. I-8695
Conclusions de l'Avocat général Mengozzi l'affaire CJUE, 16 décembre 2010, Commission c/ France, aff. C89/09, Rec. p. I-12941
Conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous l'affaire CJUE, 12 mai 2011, Ving Sverige, aff. C-122/10, Rec. p. I-3903

Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon sous l'affaire CJUE, 24 mai 2011, Commission c/ Belgique, aff. C-47/08, Rec. p. I-4105

Conclusions de l'Avocat général Bot sous l'affaire CJUE, 30 juin 2011, Joao Filipe da Silva Martins, aff. C-388/09, Rec. p. 5737

Conclusions de l'Avocat général Jääskinen sous l'affaire CJUE, 13 octobre 2011, Airfield NV, aff. jtes C-431 et C-432/09, Rec. p. I-9363

Conclusions de l'Avocat Général sous l'affaire CJUE, 9 février 2012, Martin Luksan contre Petrus van der Let, aff. C-277/10

Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous l'affaire CJUE, 26 juin 2012, Pologne c/ Commission, aff. C-336/09 P

Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon sous l'affaire CJUE, 25 octobre 2012, Prete, aff. C-367/11

Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous l'affaire CJUE, 6 novembre 2012, Europese Gemeenschap, aff. C-199/11

Conclusions de l'Avocat général Jääskinen sous l'affaire CJUE, 21 juin 2012, Leopold Summer, aff. C-15/11

Conclusions de l'Avocat général Jääskinen du 16 avril 2013 sous les affaires CJUE, 22 octobre 2013, aff. jtes C - 105/12, C - 106/12 et C - 107/12, Essent

Conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous l'affaire CJUE, 4 juillet 2013, Argenta Spaarbank NV contre Belgische Staat, aff. C-350/11

Jurisprudence de l'OMC et du GATT

CEE — Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes, rapport du Groupe spécial du GATT adopté le 18 octobre 1978, IBDD, S25/75

Restrictions quantitatives à l'importation de certains produits en provenance de Hong Kong, rapport du Groupe spécial du GATT adopté le 12 juillet 1983, IBDD, S30/135

Canada — Importation, distribution et vente de boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation, rapport du Groupe spécial du GATT, adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/38

Japon — Commerce des semi-conducteurs, rapport du Groupe spécial du GATT adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126

Etats-Unis — L'article 337 de la Loi douanière de 1930, Rapport du Groupe spécial adopté le 7 novembre 1989, L/6439

Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, rapport dopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, et DS28/R

1995-2000

Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, rapport du Groupe spécial du 29 janvier 1996, WT/DS2/R

États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, rapport de l'Organe d'appel du 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R

Japon — Boissons alcooliques, rapport du groupe spécial du 11 juillet 1996, WT/DS8/R, WT/DS10/R et WT/DS11/R

Japon — Taxes sur les boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R

États-Unis — Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, rapport du Groupe spécial du 8 novembre 1996, WT/DS24/R

États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport du Groupe spécial du 6 janvier 1997, WT/DS33/R

États-Unis — Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, rapport de l'Organe d'appel du 10 février 1997, WT/DS24/AB/R

Brésil — Mesures visant la noix de coco desséchée, rapport de l'Organe d'appel du 21 février 1997, WT/DS22/AB/R

États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport du Groupe spécial (plainte des Etats-Unis) du 22 mai 1997, WT/DS27/R/USA

Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte des Etats-Unis, rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, WT/DS26/R

Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte du Canada, rapport du Groupe spécial du 18 août 1997, WT/DS48/R

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R

Argentine — Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles, rapport du groupe spécial du 25 novembre 1997, WT/DS56/AB/R

Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, rapport de l'Organe d'appel du 19 décembre 1997, WT/DS50/AB/R

Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R

Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, rapport du Groupe spécial du 12 mars 1998, WT/DS69/R

Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, rapport Groupe spécial du 31 mars 1998, WT/DS44/R

Communautés européennes — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel du 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R

Indonésie — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du groupe spécial du 2 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R

Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R

Australie — Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel du 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R

Japon — Mesures visant les produits agricoles, rapport du Groupe spécial du 27 octobre 1998, WT/DS76/R

Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 2 novembre 1998, WT/DS60/AB/R

Corée — Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 18 janvier 1999, WT/DS75/AB/R

Japon — Mesures visant les produits agricoles, rapport de l'Organe d'appel du 22 février 1999, WT/DS76/AB/R

Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport du groupe spécial du 6 avril 1999, WT/DS90/R

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours à l'arbitrage au titre de l'article 22.6, Décision des arbitres du 9 avril 1999, WT/DS27/ARB

Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, rapport du groupe spécial du 14 avril 1999, WT/DS70/R

Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport du Groupe spécial du 15 juin 1999, WT/DS87/R, WT/DS110/R

Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport du Groupe spécial du 21 juin 1999, WT/DS98/R

Brésil — Programme de financement des exportations pour les aéronefs, rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999, WT/DS46/AB/R

Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels, rapport de l'Organe d'appel du 23 août 1999, WT/DS90/AB/R

Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, rapport de l'Organe d'appel du 12 août 1999, WT/DS70/AB/R

Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 1999, WT/DS34/AB/R

Chili — Taxes sur les Boissons alcooliques, rapport de l'Organe d'appel du 13 décembre 1999, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R

Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 1999, WT/DS98/AB/R

Argentine — Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures, rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 1999, WT/DS121/AB/R

Etats-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du groupe spécial du 22 décembre 1999, WT/DS152/R

Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport du groupe spécial du 11 février 2000, WT/DS139/R

États-Unis — Traitement fiscal des 'sociétés de ventes à l'étranger', rapport de l'Organe d'appel du 24 février 2000, WT/DS108/AB/R

Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, rapport du Groupe spécial du 17 mars 2000, WT/DS114/R

Etats-Unis — Loi antidumping de 1916, rapport du groupe spécial du 31 mars 2000, WT/DS136/R

Corée — Mesures affectant les marchés publics, rapport du groupe spécial du 1er mai 2000, WT/DS163/R

Canada — Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport de l'Organe d'appel du 31 mai 2000, WT/DS319/AB/R, WT/DS142/AB/R

États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 17 juillet 2000, WT/DS165/R,

Canada — Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 21 juillet 2000, WT/DS70/AB/RW

Australie — Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande, rapport du Groupe spécial du 9 août 2000, WT/DS367/R

Etats-Unis — Loi antidumping de 1916, rapport de l'Organe d'appel du 28 août 2000, WT/DS136/AB/R

Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial du 18 septembre 2000, WT/DS135/R

Guatemala — Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique, rapport du groupe spécial du 24 octobre 2000, WT/DS156/R

Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R

États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport de l'Organe d'appel du 12 décembre 2000, WT/DS/165/AB/R

Argentine — Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis, rapport du Groupe spécial du 19 décembre 2000, WT/DS155/AB/R

Etats-Unis — Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie, rapport du Groupe spécial du 21 décembre 2000, WT/DS177R, WR/DS178R

2001-2010

États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport du groupe spécial du 28 février 2001, WT/DS184/R

Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R

États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 24 juillet 2001, WT/DS184/AB/R

États-Unis — Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan, rapport de l'Organe d'appel du 8 octobre 2001, WT/DS192/AB/R

Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS58/AB/RW

Mexique — Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW

Inde — Mesures concernant le secteur automobile, rapport du Groupe spécial du 21 décembre 2001, WT/DS146/R, WT/DS175/R

États-Unis — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits, rapport de l'Organe d'appel du 2 janvier 2002, WT/DS176/AB/R

Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, rapport du Groupe spécial du 28 janvier 2002, WT/DS222/R

États-Unis — Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée, rapport de l'Organe d'appel du 15 février 2002, WT/DS202/AB/R

États-Unis — Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, rapport du Groupe spécial du 3 juillet 2002, WT/DS213/R

États-Unis — Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du groupe spécial du 31 juillet 2002, WT/DS212/R

Chili — Système de fourchettes de prix, rapport de l'Organe d'appel du 23 septembre 2002, WT/DS207/AB/R

Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel du 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R

États-Unis — Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, rapport de l'Organe d'appel du 28 Novembre 2002, WT/DS213/AB/R

États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 2003, WT/DS217/AB/R

Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, recours à l'arbitrage au titre de l'article 22.6, rapport du 17 février 2003, WT/DS222/ARB

Communautés européennes — Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil, rapport du groupe spécial du 7 mars 2003, WT/DS219/R

Communautés européennes — Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde, Recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel du 8 avril 2003, WT/DS141/AB/RW

Argentine — Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil, rapport du 22 avril 2003, WT/DS241/R

États-Unis — Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier, rapport de l'Organe d'appel du 10 novembre 2003, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R

Communautés européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport du Groupe spécial du 1er décembre 2003, WT/DS246/R

États-Unis — Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon, rapport de l'Organe d'appel du 15 décembre 2003, WT/DS244/AB/R

États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'Organe d'appel du 19 janvier 2004, WT/DS257/AB/R

Mexique — Mesures visant les services de télécommunication, rapport du groupe spécial du 2 avril 2004, WT/DS204/R

Communautés européennes — Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R

États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport du Groupe spécial du 13 avril 2004, WT/DS264/R

États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, rapport de l'organe d'appel du 11 août 2004, WT/DS264/AB/R

Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés, rapport de l'Organe d'appel du 30 août 2004, DS276/AB/R

États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport du Groupe spécial du 8 septembre 2004, WT/DS267/R.

États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport du groupe spécial du 10 novembre 2004, WT/DS285/R

République dominicaine — Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur, rapport du Groupe spécial du 26 novembre 2004, WT/DS302/R

États-Unis — Subventions concernant le coton upland, rapport de l'Organe d'appel du 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R

États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R

République dominicaine — Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur, rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 2005, WT/DS302/AB/R

Communautés européennes — Subventions à l'exportation de sucre, rapport de l'Organe d'appel du 28 avril 2005, WT/DS265/AB/R, WY/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R

Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport du groupe spécial du 30 mai 2005, WT/DS269/R

Mexique — Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, rapport du groupe spécial du 6 juin 2005, WT/DS295/R

Communautés européennes — Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, rapport de l'Organe d'appel du 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R

Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport du Groupe spécial du 7 octobre 2005, WT/DS308/R

États-Unis — Mesures antidumping visant les produits tubulaires destinés à des pays pétroliers en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 2 novembre 2005, WT/S282/AB/R

Mexique — Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, rapport de l'Organe d'appel du 29 novembre 2005, WT/DS295/AB/R

Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, rapport de l'Organe d'appel du 6 mars 2006, WT/DS308/AB/R

États-Unis — Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro), rapport de l'Organe d'appel du 18 avril 2006, WT/DS294/AB/R

États-Unis — Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction, rapport du Groupe spécial du 20 septembre 2006, WT/DS322/R

Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R

Communautés européennes — Certaines questions douanières, rapport de l'Organe d'appel du 13 novembre 2006, WT/DS315/AB/R

États-Unis — Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction, rapport de l'Organe d'appel du 9 janvier 2007, WT/DS322/AB/R

Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport du Groupe spécial du 12 juin 2007, WT/DS332/R

Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée, rapport du Groupe spécial du 13 juillet 2007, WT/DS336/R

Turquie — Mesures affectant l'importation de riz, rapport du Groupe spécial du 21 septembre 2007, WT/DS334/R

Communautés européennes — Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège, rapport du Groupe spécial du 16 novembre 2007, WT/DS337/R

Japon — Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée, rapport de l'Organe d'appel du 28 novembre 2007, WT/DS/336/AB/R

Brésil — Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, rapport de l'Organe d'appel du 3 décembre 2007, WT/DS332/AB/R

États-Unis — Subventions concernant le coton upland, Recours à l'article 21.5, rapport du Groupe spécial du 18 décembre 2007, WT/DS267/RW

États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport du groupe spécial du 20 décembre 2007, WT/DS344/R

États-Unis — Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, rapport de l'Organe d'appel du 30 avril 2008, WT/DS344/AB/R

Etats Unis — Directive sur les cautions en douane pour les marchandises assujetties à des droits antidumping/compensateurs, rapport de l'Organe d'appel du 16 juillet 2008, WT/DS/345/AB/R

Canada — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones, rapport de l'Organe d'appel du 16 octobre 2008, WT/DS321/AB/R

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Deuxième recours de l'Equateur à l'article 21.5, Recours des Etats-Unis à l'article 21.5, Rapport de l'Organe d'appel du 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA

Chine — Mesures affectant les importations de pièces automobiles, rapport de l'Organe d'appel du 15 décembre 2008, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R

États-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro, rapport de l'Organe d'appel du 4 février 2009, WT/DS350/AB/R

États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 17 juillet 2009, WT/DS/165/R

Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport du groupe spécial du 12 août 2009, WT/DS363/R

Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, rapport de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R

Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport du groupe spécial du 30 juin 2010, WT/DS316/R

Thaïlande — Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines, rapport du groupe spécial du 15 novembre 2010, WT/DS371/R

Australie — Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande, rapport de l'Organe d'appel du 29 novembre 2010, WT/DS367/AB/R

2011-…

États-Unis — Utilisation de la réduction à zéro dans les mesures antidumping concernant des produits en provenance de Corée, rapport du Groupe spécial du 18 janvier 2011, WT/DS402/R

Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, rapport du groupe spécial du 5 juillet 2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R

Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, rapport de l'Organe d'appel du 18 mai 2011, WT/DS316/AB/R

États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport du Groupe spécial du 15 septembre 2011, WT/DS381/R

États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport du Groupe spécial du 18 novembre 2011, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R

Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, rapport de l'Organe d'appel du 30 janvier 2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R
Etats-Unis — Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle, rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012, WT/DS406/AB/R
États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, rapport de l'Organe d'appel du 16 mai 2012, WT/DS381/AB/R
États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine, rapport de l'Organe d'appel du 29 juin 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R

Autres jurisprudences

CC, 28 juillet 1989, décision n° 89-261 DC, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France
CC, 18 janvier 1995, Décision n° 84-182 DC.
CC, 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC.
CC, 17 février 2012, décision n° 2011-222 QPC
CC, 4 mai 2012, décision n°2012-240 QPC

CE, 30 mars, 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. Lebon, p. 125
CE, 14 janvier 1916, Camino, Rec. Lebon, p. 15
CE, 17 novembre 1922, Légillon, Rec. Lebon p. 849.
CE, 5 décembre 1924, Légillon, Rec. Lebon p. 985.
CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, Rec. Lebon p. 155

CEDH, 21 février 1975, Golder c/Royaume-Uni, Req. 4551/70
CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Req. 6538/74
CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c/ France, Req. 11/801/85
CEDH, 22 février 1994, Burghartz c/ Suisse, Req. 664/06
CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c/ Pays-Bas, req. 16034/90
CEDH, 9 décembre 1994, Ruiz Torija et Hiro Balani c/ Espagne, Req. 18390/91
CEDH, 19 février 1998, Higgins et autres c/ France, Req. 20124/92
CEDH, 20 mai 1999, Rekvényi c/ Hongrie, Req. 25390/94
CEDH, décision sur la recevabilité, 15 novembre 2001, Papon c/ France, Req. 54210/00
CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet c/ Belgique, Req. 926/05

CPJI, Avis consultatif, 6 décembre 1923, Affaire de Jaworzina
CPJI, Avis consultatif, 13 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig

Tribunal constitutionnel du Royaume d'Espagne, déclaration n° 1/2004 du 13 décembre 2004, Compatibilité du traité établissant une Constitution pour l'Europe avec la Constitution espagnole du 27 décembre 1978

Cour constitutionnelle allemande, 18 oct. 1967, BVerfGE, 22, p. 293
Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, Internationale Handesgeselschaft / EVG, affaire dite « Solange I »

Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, Frontini e pozani, arrêt n° 183/73.

Textes officiels

Directives

Directive n° 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États Membres dans le domaine des impôts directs (JO n° L 336, 27 décembre 1977, p. 15)
Directive n° 91/414/CEE du Conseil du 15 juin 2011concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (JO n° L 230, 19 août 1991, p. 1)
Directive n° 92/79/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant le rapprochement des taxes frappant les cigarettes (JO n° L 316, 31 octobre 1992, p. 8)
Directive n° 92/80/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant le rapprochement des taxes frappant les tabacs manufacturés autres que les cigarettes (JO N° L 316, 31 octobre 1992, p. 10)
Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO n° L 95, 21 avril 1993, p. 29)
Directive n° 95/59/CEE du Conseil du 6 décembre 1995 concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés (JO N° L 291, 6 décembre 1995, p. 40).
Directive n° 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 sur la publicité trompeuse (JO n° L 290, 23 octobre 1997, p. 18)
Directive n° 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO n° L 167, 22 juin 2001, p. 10)
Directive n° 2004/17/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 (JO n° L 134, 30 avril 2004, p. 1)
Directive n° 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO n°L 134, 30 avril 2004, p.114)
Directive n° 2004/48/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO n° L 157, 30 avril 2004, p. 45)
Directive n° 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JO n° L 149, 11 juin 2005, p. 22)

Règlements

Règlement n° 804/68/CEE du Conseil 27 juin 1968 portant organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers (JO n° L 148, 28 juin 1968, p. 13)

Règlement n° 1408/71/CEE du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO n° L 149, 5 juillet 1971, p. 2)
Règlement n° 2501/2001/CE du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2004 (JO n° L 346, 31 décembre 2001, p. 1)

Autres

Déclaration sur l'identité européenne du 14 décembre 1973.
UN CPC document OMC MTN.GNS/W/120 10 juillet 1991 Classification sectorielle des services Note du secrétariat
Conseil d'Etat, Rapport public 1992, Paris, Études et Documents, n°44
Déclaration ministérielle sur les négociations d'Uruguay, IBDD, supplément n° 33, p. 21
Comité des pratiques antidumping de l'OMC, Recommandation concernant les périodes de collecte des données pour les enquêtes antidumping, adoptée par le Comité le 5 mai 2000, G/ADP/6 (16 mai 2000)
Communication relative aux « aides d'Etat et capital investissement », (JO n° C 235, 21 août 2001, p. 3)
Décision du Comité SPS sur l'équivalence du 4 octobre 2001
Conférence ministérielle, Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique – adoptée le 20 novembre 2001, Doc. WT/MIN(01)/DEC/2, 20 novembre 2001
Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission, COM(2002)713, 11 décembre 2002
Lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'Etat liées aux tests EST, aux animaux trouvés morts et aux déchets d'abattoirs, (JO n° C 324, 24 décembre 2002, p. 2)
Décision 2003/199/CE du Conseil, du 18 mars 2003, concernant la non-inscription de l'aldicarbe à l'annexe I de la directive 91/414/CEE et le retrait des autorisations accordées aux produits phytopharmaceutiques contenant cette substance active (JO n° L 76, p. 21)
Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement (JO n° C 82, 1er avril 2008, p. 33)
Lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du redéploiement rapide des réseaux de communication à haut débit, (JO n° C 235, 30 septembre 2009, p. 7)
Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (JO n° C 257, 27 octobre 2009, p. 1)

Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 sur la simplification du Droit

Ressources en ligne

<http://www.cnrtl.fr/>: Centre National de Ressources Textuelles en Ligne
<http://www.dictionaryofeconomics.com>: The new Palgrave dictionary of economics

INDEX

Les numéros renvoient aux pages

A

Abus de droit,318,321,323,389,506
Auto référence,497,501,502,503
Autorité persuasive,473,495,497
Avis anonyme,83,457

B

Bonne
foi,217,297,313,317,318,320,321,322,323,324,348,389,474,506,517,521

C

Casuistique,213,214,262,263,264,276,400,448,537
CIJ,7,474,494
Common law,22,170,188,437,438,439,444,493,539
Contrainte de réponse,66,100,172
Coopération
loyale,161,297,313,314,315,316,317,324,348,506
CPIJ,48
Créancier privé,255,257
Critère
d'examen,57,58,59,60,61,100,343,345,470,522,524

D

Délibéré,76,82,154,162,408,410,416,451,455,456,457,502,533
Déni de justice,66,157,165

E

Effet direct,18,99,316,325,326,327,328,349,405,432,455
Exigences
impératives,357,358,359,360,362,365,376,379,396,519

G

Gouvernement des
juges,55,95,151,157,158,205,206,207,325,513,514,519,535,536,537

I

Idée de droit,129,130,139,230,232,233,240
In dubio mitius,470
Intensité du
contrôle,53,58,100,172,343,346,356,371,376,394,395,398,400,401,405,500
Investisseur privé en économie de
marché,210,235,255,256,258,262,465

J

Juge communautaire de droit commun,432

M

Méthodologie
économique,251,258,261,262,265,276,280,288,508

N

non liquet,66

O

Obiter dictum,445,449,450,521
Opinion dissidente,458
Opinion séparée,82,83,457

P

Plainte en situation de non-violation,56,87

R

Raisonnement *a contrario*,487
Raisonnement d'autorité,471,533
Raisonnement par analogie,165
Raisonnement par balancement,355,366,376,377,384,391,392,393,394,395,396,397,404,405,500,506
Raisonnement par évitement,159
Rationalité économique,235,251,255,258,291,463,465,504
Reconnaissance mutuelle,325,328,329,330,349,359,405,530
Recours en manquement,51,64,69,88,91,333,334,337,342,348,428,445,503
Réexamen intérimaire,82,428
Revirement de jurisprudence,498,500,513
Rhétorique,32,38,39,145,193,413,422,423,425,426,456,515,516
Rôle de l'Avocat général,451,453,459

S

Sanction,45,90,91,92,94,95,184,270,274,275,316,328,404,407,519,521,522,525,533
Style discursif,441,442,443,444,459,505
Syllogisme,36,37,214,244,440,442,443,505,507,509
Système de valeurs,129,130,131,139,144,187,230,232,233,236,237,239,240,297
Système romano-germanique,438

T

Tierce intervention,429,430

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....5
LISTE DES ABREVIATIONS.....7
SOMMAIRE.....10
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....11
Partie I Les déterminants du raisonnement.....43
Titre I Les déterminants systémiques du raisonnement.....44
Chapitre I Les déterminants fonctionnels.....45
Section I Exigence d'autorité fonctionnelle.....46
Paragraphe I Une autorité fonctionnelle différente.....47
A L'autorité fonctionnelle présumée du juge européen.....47
1 Une fonction définie largement.....47
2 Une fonction conçue globalement.....49
B Une autorité fonctionnelle à l'épreuve de la pratique dans l'OMC.....54
1 Une fonction ambiguë.....54
2 Une fonction modérément encadrée.....57
Paragraphe II Une fonction juridictionnelle imposée.....62
A Une juridiction obligatoire.....62
1 Compétence obligatoire.....62
2 Exercice obligatoire.....65
B Une juridiction exclusive.....68
1 Le juge de l'Union européenne.....68
2 Le juge de l'OMC.....70
Section II Exigence d'autorité institutionnelle.....73
Paragraphe I Autorité organique.....73
A Des garanties organiques.....75
1 Le juge européen.....75
2 Le juge de l'OMC.....78
B Des garanties fonctionnelles.....81
Paragraphe II Autorité institutionnelle.....83
A Obligatoriété et effectivité des décisions.....84
1 La nature des décisions.....84

a Le caractère obligatoire des décisions du juge de l'OMC 84
b La nature des décisions du juge européen 88
2 Les mécanismes de garantie de l'effectivité et du respect des décisions 90
a Les mécanismes garantissant l'effectivité de la jurisprudence européenne.....90
b Les mécanismes garantissant l'effectivité des rapports du juge de l'OMC 92
B Une effectivité éventuellement conditionnée.....95
1 Rôle des Membres de l'organisation.....95
2 Action du juge interne 98
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....99
Chapitre II Les déterminants matériels 101
Section I Les incohérences des systèmes juridiques 102
Paragraphe I Les incohérences techniques.....105
A Des incohérences techniques comparables.....105
1 Des incohérences linguistiques 105
2 Des incohérences structurelles.....110
B Le raisonnement : un vecteur commun de cohérence technique 115
1 Les incohérences linguistiques : un raisonnement structuré par une nécessaire recherche de cohérence 115
2 La résolution des incohérences techniques par une recherche de cohérence 120
a Le recours aux principes logiques 121
b Les méthodes de mise en cohérence.....122
Paragraphe II Les incohérences axiologiques 128
A Des incohérences axiologiques communes 129
1 La prédominances des valeurs de l'économie de marché 130
a La Constitution économique européenne 132
b La Constitution économique de l'OMC 134
2 La protection de valeurs non marchandes 135
a Des objectifs diversifiés dans l'Union européenne 135
b Un phénomène moins marqué dans l'OMC 136
B Le raisonnement : un vecteur de conciliation des valeurs 138
1 Le juge européen.....139
2 Le juge de l'OMC 141

Section II L'incomplétude des systèmes juridiques 144
Paragraphe I L'incomplétude inévitable des systèmes juridiques 144
A La notion de lacune 144
1 L'existence des lacunes 144
2 La définition des lacunes 147
B L'incomplétude des systèmes juridiques de l'Union européenne et de l'OMC 149
1 Une caractéristique commune 150
2 Une typologie commune 153
Paragraphe II Le raisonnement : un vecteur commun de complétude 157
A Le raisonnement par évitement 159
1 Les techniques d'évitement 159
2 La justification de l'évitement 162
B Le raisonnement constructif 165
1 Un recours limité à l'analogie 165
2 Un recours commun aux principes 166
CONCLUSION DU CHAPITRE II 171
CONCLUSION DU TITRE I 172
Titre II Les déterminants normatifs du raisonnement 176
Chapitre I L'indétermination des règles juridiques 177
Section I Indétermination et pouvoir du juge 177
Paragraphe I Un recours partagé aux notions indéterminées 178
A Une indétermination consubstantielle au langage juridique 178
1 Une indétermination dérivée de la nature du langage juridique 178
2 Le paradoxe de l'indétermination du langage juridique 183
B Une indétermination accentuée par la nature des droits de l'OMC et de l'Union européenne 186
1 Une indétermination inhérente au droit international et européen 187
a Indétermination et adoption du droit international et du droit européen 187
α L'indétermination : instrument du consensus technique 187
β Les notions indéterminées : instrument du consensus politique 189
b Indétermination et application du droit international et du droit européen 193
α Notions indéterminées et pérennité temporelle de la règle juridique 194

β Notions indéterminées et adaptabilité de la règle juridique 196
2 Une indétermination nécessaire au droit économique.....197
a Indétermination et évolutivité des situations économiques 199
b Indétermination et imprévisibilité des situations économiques 200
c Indétermination et complexité des situations économiques.....202
Paragraphe II Les notions indéterminées : fondement de la marge d'appréciation du juge 203
A Nature de l'interprétation juridictionnelle 203
1 Les théories de l'interprétation 203
a L'interprétation : une fonction de connaissance 204
b L'interprétation : une fonction de volonté 205
c Les théories intermédiaires de l'interprétation.....205
2 Le pouvoir normatif du juge 207
B La marge d'appréciation fonction des notions indéterminées 208
1 L'accumulation des notions indéterminées 208
2 Les catégories de notions indéterminées 211
Section II Le pouvoir régulé du juge 215
Paragraphe I Contrainte méthodologique 216
A Nature de la contrainte 216
B Relativité de la contrainte 218
1 Le choix des méthodes d'interprétation.....218
a Le juge européen 218
b Le juge de l'OMC 220
2 Le choix des méthodes d'interprétation fonction des caractéristiques des Traités 225
a La Cour de justice : des méthodes d'interprétation induites par les caractéristiques des Traités et l'objectif d'intégration 225
b Une interprétation dictée par l'objectif de coopération et par la fragmentation des accords OMC 227
Paragraphe II Contrainte axiologique 229
A Les fondements de la contrainte axiologique 230
1 Le fondement originaire de la contrainte : respecter et perpétuer le système de

valeurs et l'idée de droit 230
2 Le fondement dérivé de la contrainte : légitimer l'interprétation 232
B Le respect de la contrainte axiologique 233
1 L'interprétation à travers le prisme du marché 234
2 L'interprétation conforme au libéralisme 236
a L'Etat entrepreneur 236
b L'Etat puissance publique 237
CONCLUSION DU CHAPITRE I 239
Chapitre II La nature économique du droit 241
Section I Les spécificités substantielles du droit économique 241
Paragraphe I La notion de droit économique 242
A L'incompatibilité entre le droit et l'économie 242
1 L'incompatibilité des fondements, des objectifs et des méthodes 242
2 L'inadaptation du règlement juridictionnel aux litiges économiques 246
B La rencontre entre le droit et l'économie 247
1 Une rencontre nécessaire 247
2 Une rencontre aboutie 248
Paragraphe II L'incidence sur le raisonnement 250
A Le recours à des méthodologies économiques 251
1 La référence à la rationalité des acteurs du marché 251
a Le fondement du recours à la rationalité des acteurs du marché 251
b Les modalités du recours à la rationalité des acteurs du marché 255
2 L'appréhension des rapports de concurrence et de similarité 258
B Un renouvellement mesuré du raisonnement juridictionnel 262
1 Une spécificité du raisonnement en droit économique 262
2 Une spécificité mesurée du raisonnement en droit économique 264
Section II Les spécificités formelles du droit économique 265
Paragraphe I La matérialisation des spécificités formelles du droit économique 266
A Les engagements par listes dans l'OMC 266
1 La technique des engagements par listes 266
2 La fonction des engagements par listes 269
B Le recours à la *soft law* 270

1 Un recours commun à la *soft law* 270
2 La normativité variable de la *soft law* 273
Paragraphe II L'incidence des spécificités formelles sur le raisonnement 275
A Le raisonnement formaliste conséquence de la technique des engagements par listes 276
1 Le rejet de l'approche économique des engagements par listes 276
2 L'approche objective des engagements par listes 278
B Le raisonnement limitatif conséquence de la normativité variable de la *soft law* 281
1 Un effet interprétatif gradué 281
2 Un effet normatif limité 285
a Un effet de présomption 286
b Un effet obligatoire conditionné 286
CONCLUSION DU CHAPITRE II 288
CONCLUSION DU TITRE II 289
CONCLUSION DE LA PARTIE I 290
Partie II Les finalités du raisonnement 292
Titre I Les objectifs des Traités : une finalité du raisonnement 294
Chapitre I Le raisonnement : un vecteur d'effectivité des règles communes 296
Section I Le raisonnement par les principes fondamentaux des Traités 297
Paragraphe I La Constitution économique : condition de l'effectivité 297
A L'ouverture aux échanges et la libre circulation 298
1 Le marché intérieur 298
2 L'OMC 302
B L'égalité dans les échanges 305
1 Le marché intérieur 305
2 L'OMC 307
Paragraphe II Les principes structurants : condition de l'effectivité 313
A Le principe de coopération loyale dans l'Union européenne 313
1 Une obligation au service de l'intérêt commun 313
2 Une obligation sanctionnée 316
B Le principe de bonne foi dans l'OMC 318
1 Des obligations procédurales 318

2 Des obligations substantielles 321
Section II L'utilisation des défaillances des règles communes 324
Paragraphe I L'incomplétude du droit 324
A Les carences du législateur européen 325
1 Recours à l'effet direct 325
2 Recours à la reconnaissance mutuelle 328
B Les lacunes des accords de l'OMC 331
Paragraphe II Les insuffisances du droit 333
A La possibilité du contrôle des Membres 333
1 L'interprétation large des règles de recevabilité par le juge de l'Union 333
a Le caractère objectif du recours en manquement 334
b L'absence de formalisme du mécanisme préjudiciel 335
2 L'intérêt commercial des Membres de l'OMC 338
B L'effectivité du contrôle des Membres 343
1 Le critère d'examen équilibré dans l'OMC 343
2 Le contrôle approfondi dans l'Union 346
CONCLUSION DU CHAPITRE I 348
Chapitre II Le raisonnement : un vecteur de conciliation d'intérêts divers 350
Section I La réception des intérêts non économiques des Membres 356
Paragraphe I Des modalités variables de prise en compte 356
A L'acceptation aboutie dans l'Union 357
1 Les exigences impératives et impérieuses d'intérêt général 357
2 Les droits fondamentaux 360
B Les prémisses de l'acceptation dans l'OMC 363
1 La méthode directe 363
2 La méthode indirecte 365
Paragraphe II L'appréciation de la finalité des mesures 366
A Le contrôle de la finalité économique de la mesure dans l'Union 367
1 Le principe d'interdiction des motifs économiques 367
2 Un assouplissement limité 368
B Le contrôle de finalité de la mesure dans l'Union et l'OMC 371
1 La modulation du contrôle de finalité 371

2 La justification de la modulation du contrôle 373
Section II L'appréhension des intérêts non économiques des Membres 376
Paragraphe I Des méthodes de raisonnement comparables 376
A Des méthodes de raisonnement *a priori* différentes 377
1 Des postulats différents 377
2 Les techniques de contrôle 379
a Le contrôle de proportionnalité dans l'Union 379
b Le raisonnement du juge de l'OMC 384
α Le raisonnement par balancement dans le cadre des exceptions générales 384
β Le contrôle dans le cadre des Accords SPS et OTC 389
B Le rapprochement des méthodes 391
Paragraphe II Une finalité comparable du contrôle 394
A Un contrôle de conciliation et d'intégration 394
1 Des méthodes de conciliation 394
2 Des méthodes au service de l'intégration 395
B La modulation de l'intensité du contrôle 398
1 La modulation du contrôle au regard du caractère vital de l'intérêt invoqué dans l'OMC 398
2 Une modulation plus contingente dans l'Union européenne 400
a La corrélation entre le degré d'intégration et l'intensité du contrôle 400
b L'absence de corrélation entre la marge nationale d'appréciation et l'intensité du contrôle 401
CONCLUSION DU CHAPITRE II 404
CONCLUSION DU TITRE I 405
Titre II L'acceptabilité des décisions : une finalité du raisonnement 407
Chapitre I La dimension formelle 410
Section I Des styles de motivation : fonction de l'obligation de motivation 411
Paragraphe I La motivation : une obligation juridique 411
A La motivation : une obligation inhérente à la fonction de juger 412
1 La motivation : un élément de fondation du jugement 412
2 La motivation : un élément de contrôle du jugement 414
B Une obligation mise en œuvre dans l'Union européenne et dans l'OMC 415

1 Les fondements de l'obligation de motivation dans l'Union et dans l'OMC.....415
2 L'interprétation de l'obligation par le juge européen et le juge multilatéral.....417
a L'interprétation de l'obligation de motivation par la Cour.....417
b L'interprétation de l'obligation de motivation par le juge de l'OMC.....419
Paragraphe II La motivation : une nécessité pratique.....422
A Le choix des techniques du juge.....423
1 Le juge pédagogue.....423
2 Le juge rhétorique.....425
B L'importance des destinataires.....426
1 Les destinataires communs du juge européen et du juge de l'OMC.....427
a Les Membres de l'organisation, parties au contentieux.....427
b La communauté des Membres de l'Union et de l'OMC.....431
2 Les destinataires spécifiques du juge européen.....432
a Le juge national et l'application du droit de l'Union européenne.....432
b La modification de l'office du juge national.....434
Section II Des styles de motivation, fonction de la construction de la motivation.....436
Paragraphe I Le style de motivation et les sources d'inspiration du juge.....437
A Les sources d'inspiration du juge européen et du juge de l'OMC.....437
1 La motivation et le système juridique.....438
2 Les Ecoles de la motivation.....440
B Le style de motivation du juge européen et du juge de l'OMC.....442
1 Le choix du modèle syllogistique.....442
2 Un style discursif.....443
Paragraphe II Le style de la motivation et l'organisation de la juridiction.....451
A Le rôle de l'Avocat général dans l'Union.....451
B Le compromis au sein de la juridiction.....455
1 Les conditions du compromis.....455
2 L'effet du compromis.....457
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....459
Chapitre II La dimension matérielle.....461
Section I L'ouverture aux rationalités externes.....461
Paragraphe I Rationalités expertales.....462

A Rationalités techniques 462
1 Rationalité économique 463
2 Rationalité scientifique 466
B Rationalités doctrinales 469
1 Des postures divergentes 470
2 Des positions irréconciliables 471
Paragraphe II Rationalités juridiques 472
A Une ouverture affichée du juge de l'OMC 473
B Une ouverture modérée par l'autonomie du droit de l'Union européenne 477
1 L'ouverture au droit des Etats Membres 479
2 L'ouverture aux droits fondamentaux 481
Section II La construction de la cohérence 483
Paragraphe I Cohérence de la juridiction 483
A Cohérence fonctionnelle 484
1 Le respect de sa fonction par le juge de l'OMC 484
2 Le respect de sa fonction par le juge européen 486
B Cohérence organique 488
1 Le contrôle des raisonnements des Groupes spéciaux par l'Organe d'appel 488
2 La cohérence au sein de la Cour de justice de l'Union 490
Paragraphe II Cohérence de la jurisprudence 491
A Une volonté de cohérence 493
1 La cohérence : une nécessité technique 493
2 La cohérence et l'autorité de la jurisprudence 496
B Une cohérence mise en œuvre 497
1 Les techniques autorisant la cohérence de la jurisprudence 498
2 L'auto référence et la cohérence de la jurisprudence 502
CONCLUSION DU CHAPITRE II 504
CONCLUSION DU TITRE II 505
CONCLUSION DE LA PARTIE II 506
CONCLUSION GÉNÉRALE 508
BIBLIOGRAPHIE 512
INDEX 566