

Institut d'Études Politiques Paris
Fondements des Relations Internationales (conférence de G. Devin)

Mémoire

Le règlement des différends à l'OMC : le « jeu du droit et de la puissance » : l'exemple de la propriété intellectuelle

Décembre 2002 – Janvier 2003

Michael Krax
57 rue Molière
94200 Ivry sur Seine (France)
+33 (0)6.60.78.66.65
krax@zedat.fu-berlin.de

Cycle du diplôme (Double diplôme franco-allemand)
5^{ème} année

\$Header: /var/lib/cvs/studium/ws02/KSPO/memoire.tex,v 1.11 2003/01/17 09:32:44 mk Exp \$

Table des matières

1	Introduction	1
2	Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC	1
2.1	Bref aperçu historique de l'OMC	2
2.2	Le droit en matière de propriété intellectuelle : l'ADPIC	2
2.2.1	Un enjeu particulier : la propriété intellectuelle	3
2.2.2	Un accord adapté ? L'ADPIC	4
2.3	La procédure de règlement des différends	4
2.3.1	Le règlement des différends dans le GATT	5
2.3.2	Une procédure à moitié institutionnalisée	6
2.3.3	Une efficacité contrainte par des sanctions unilatérales	7
3	L'application du droit : les cas de la propriété intellectuelle	8
3.1	Le règlement des différends semi-juridiques	9
3.2	Des négociations informelles	12
3.3	L'efficacité de la décision : la question de l'exécution	14
4	Conclusion	15

Abréviations

ADPIC Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce	ment des différends
art. article	OMC Organisation mondiale du commerce
CNUCED Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement	ORD Organe de règlement des différends
DIP Droit international public	par. paragraphe
GATT General Agreement for Tariffs and Trade	p. ex. par exemple
Mémoire d'Entente Mémoire d'Entente sur les règles et procédures régissant le règlement des différends	RI Relations Internationales
	s. suivant
	TRIPS Abréviaton anglaise de l'ADPIC
	UNCTAD Abréviaton anglaise de CNUCED
	WT/DS Dossier de l'ORD de l'OMC

1 Introduction

Les droits de propriété intellectuelle sont devenus un enjeu important dans le commerce international — le prix de vente d'un t-shirt portant un nom de marque peut différer considérablement de celui d'un t-shirt sans logo prisé. Les entreprises ont intérêt à protéger leurs propriétés aussi au niveau international et ce sont les États qui se sont chargés de le faire.

Une telle protection demande cependant plus que des accords internationaux (dont une multitude existe en ce domaine) : aucune conventions n'a de valeur si les États ne l'appliquent pas. Mais comment surveiller la mise en œuvre des obligations qui découlent des traités ? En droit interne, une telle surveillance est effectuée par les tribunaux qui sanctionnent les personnes en infraction par rapport aux lois. Mais le droit international ne connaît pas de telle possibilité.

L'aspect commercial des droits de propriété intellectuelle est cependant réglé par un accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'OMC connaît également une procédure pour le règlement des différends. Ce mémoire examinera l'application de cette procédure aux litiges dans le domaine de la propriété intellectuelle. Quel rôle le pouvoir joue-t-il dans cette procédure ? Le droit international public ne reflète-t-il pas seulement les relations de force entre les États ?

Ubi societas, ibi jus. Où il y a une société, il y a du droit. Ainsi le droit international est-il le droit de la société internationale, ce qui nécessite l'existence d'une telle société et d'un ensemble des normes la régissant. Un des objectifs de ce mémoire est de décrire de plus près une petite partie de ce droit.

Après avoir donné un aperçu historique de l'OMC (2.1), les deux composantes fondamentales du sujet seront présentés : le droit en matière de propriété intellectuelle (2.2) et la procédure de règlement des différends (2.3). L'application de ce droit fera ensuite l'objet de l'analyse (3).

2 Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC

Suite à son histoire (2.1) complexe (une « organisation échouée » (*failed institution*), un accord complété par d'autres plus spéciaux et un héritage de décisions et de coutumes) l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) est caractérisée par des accords complexes et des organes multiples dont deux seront examinés de plus près : l'ADPIC (2.2) et la procédure de règlement des différends (2.3).

2.1 Bref aperçu historique de l'OMC

L'histoire se répète parfois : ce qui arrive à l'Organisation internationale du commerce (OIC) ressemble au destin de la Société des Nations (SdN) entre les deux guerres. La Charte de La Havane de 1948, qui l'aurait établie, n'entre jamais en vigueur <cf. DAILLIER *et al.* 2002 : n° 651, p. 1111>. Ainsi l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT, selon l'anglais *General Agreement for Tariffs and Trade*), signé le 30 octobre 1947 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948, a-t-il gagné en importance. Il restera le mécanisme prédominant qui règle les relations commerciales internationales (jusqu'à l'établissement de l'OMC). Il était pragmatiquement et « progressivement institutionnalisé » <DAILLIER *et al.* 2002 : n° 651, p. 1111>.

Dans le cadre du GATT, les États membres poursuivent une politique de la liberté du commerce qui se traduit par une réduction des obstacles tarifaires et non-tarifaires aux échanges. Ces politiques sont négociées lors de conférences internationales s'étalant sur plusieurs années : *Tokyo Round* de 1973 à 1979, *Uruguay Round* de 1986 à 1993, cf. DAILLIER *et al.* <2002 : n° 651, p. 1111–1112>. Ce dernier aboutira à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce <OMC, cf. DAILLIER *et al.* 2002 : n° 651, p. 1112>.

Le GATT était souvent critiqué (et pas seulement par les pays en développement) en cela qu'il ne correspondrait pas d'une façon adéquate aux besoins de ces pays. Ainsi ont-ils créé en 1964 la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED). Après plus de quarante ans et une fois la confrontation est-ouest finie, le GATT sera remplacé par une nouvelle organisation, l'Organisation mondiale du commerce.

2.2 Le droit en matière de propriété intellectuelle : l'ADPIC

Une première définition de la propriété intellectuelle se dégage de la notion elle-même : une propriété qui n'est pas le droit de possession d'un bien existant (la terre, par exemple) mais le droit de jouir des bienfaits d'une invention (dans un sens très large). La propriété intellectuelle, contrairement à la simple propriété, ne trouve pas a priori de valeur concrète correspondante, ce qui nous amène à expliquer ses particularités (2.2.1). Précisément parce qu'elle ne peut exister qu'en droit, elle nécessite une protection internationale (2.2.2).

2.2.1 Un enjeu particulier : la propriété intellectuelle

Les connaissances jouent aujourd'hui un rôle majeur non seulement dans notre vie personnelle quotidienne mais aussi — et surtout — dans la vie économique. Ce qui compte n'est plus le travail manuel mais le savoir-faire des spécialistes. Dans le monde économique, le caractère de la connaissance est double : il y a les connaissances individuelles qu'on acquiert et qui sont inaliénables. Mais il y a aussi les connaissances sous forme d'innovations, de brevets : celles qu'on dénomme propriété intellectuelle. On peut les vendre : elles ont la qualité d'une marchandise. Leur valeur peut être assez élevée mais elles sont faciles à reproduire.

Depuis environ deux cents ans, les États tâchent de protéger la propriété intellectuelle dans leur ordre interne. L'industrialisation nécessite une telle protection et les brevets facilitent l'industrialisation car ils protègent l'investissement de l'entrepreneur — pour un temps limité. Après ce délai (20 ans d'habitude), d'autres entrepreneurs peuvent utiliser l'innovation protégée. Les brevets incitent ainsi à l'innovation et garantissent qu'après ce délai toute la société en profitera.

L'enjeu économique de la propriété intellectuelle est important. Ce sont les entreprises de la nouvelle économie qui, en faisant faillite, l'ont démontré clairement : leurs actions sur les nouveaux marchés (surtout le *NASDAQ* et le *Neuer Markt*) ont chuté de manière impressionnante. Elles promettaient des gains élevés pour un niveau d'investissement très bas — mais n'offraient finalement aucune sécurité, parce que leur « propriété intellectuelle » ne vaudrait parfois guère le papier sur lequel elles étaient imprimées.

Parce que ces idées peuvent être facilement distribuées (il suffit de faire des copies, de les lire et de les comprendre), une protection de l'État semble nécessaire. Les sommes en jeu ne sont pas minces : « Des experts du cabinet britannique Bryan Garnier and Co évaluaient récemment à 50 milliards de dollars les ventes de médicaments menacés par l'arrivée des génériques d'ici 2007, dont 17,8 milliards pour les américains Merck et Pfizer. » STERN <2002> Les génériques peuvent être vendus dès que le brevet est tombé dans le domaine public — au moment où sa protection étatique cesse. On comprend un intérêt certain des grandes entreprises pharmaceutiques pour prolonger la durée de la protection au maximum possible.

L'État a cependant un certain intérêt à réduire les coûts de son système de protection sociale (ou d'augmenter le niveau de protection, pour les pays en voie de développement). Cela passe naturellement par la mise anticipée dans le domaine public. Les entreprises influencent quelques États pour établir un système international de protection de la propriété intellectuelle. L'ADPIC est né ainsi.

2.2.2 Un accord adapté ? L'ADPIC

Dans le cadre de l'OMC, les États ont conclu un « accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (ADPIC, en anglais « *trade-related aspects of intellectual property rights* », TRIPS).¹ Il y a d'autres institutions qui sont chargées plus particulièrement de la propriété intellectuelle (par exemple l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *world intellectual property organisation*, WIPO, ou la Convention de Berne).

Les principes fondamentaux se trouvent dans la partie I de l'accord : ils sont notamment le « traitement national » (art. 3 ADPIC), qui demande en principe d'appliquer les mêmes règles aux étrangers qu'aux nationaux, et le « traitement de la nation la plus favorisée » (art. 4 ADPIC), qui interdit de donner des avantages aux ressortissants d'un pays qui ne sont pas accessibles pour les ressortissants d'autres pays membres. Dans l'article 7 de l'ADPIC, la problématique exposée dans la section précédente (2.2.1) est reprise : l'objectif est à la fois « la promotion de l'innovation » et sa diffusion (art. 7 ADPIC) — mais cette déclaration n'a pas de valeur juridique.

L'accord distingue différentes catégories de droits de propriété intellectuelle : droit d'auteur et droits connexes, marques de fabrique ou du commerce, indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets (protection pour au moins 20 ans, art. 33), schémas de configuration de circuits intégrés, protection des renseignements non divulgués et contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles (partie II ADPIC). La partie suivante décrit les « moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle », c'est-à-dire les mesures législatives et administratives à prendre et celles juridiques à offrir (par exemple l'indemnisation du défendeur, art. 48 ADPIC). La partie V, « prévention et règlement des différends », ne contient que deux articles : un appel à la transparence (art. 63 ADPIC) et la constatation d'appliquer « [l]es dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994 » (art. 64 par. 1 ADPIC) et le *Mémoire* (dont parlera la prochaine section de ce mémoire). Les dispositions transitoires (partie VI) prévoient que les pays en développement (qui sont membres) dispose d'un délai pour mettre en œuvre certaines dispositions.²

2.3 La procédure de règlement des différends

L'ADPIC est inclus dans l'accord de Marrakech de 1994 comme annexe 1 C, l'annexe 2 du même accord étant constituée du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le rè-*

¹ Pour un bref résumé (mais beaucoup plus détaillé que le mien), cf. par exemple <UNCTAD 1996 : p. 8–12>.

² Il sera nécessaire de revenir sur ces dispositions plus tard. L'art. 70 par. 8 a) ADPIC jouera également un rôle important dans l'affaire WT/DS50 (États-Unis c/ Inde).

glement des différends (appelé *Mémorandum* dans ce mémoire) qui fait l'objet de la section suivante.³

Il convient d'abord de constater ce que le *Mémorandum* ne veut pas faire : il ne veut pas trancher. Les parties contractantes l'ont ainsi formulé :

« Il est entendu que les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux, et que, si un différend survient, tous les Membres engageront ces procédures de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend. Il est également entendu que les recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne devraient pas être liés. » (art. 3 par. 11 *Mémorandum*)

La procédure a, comparé à l'ancienne méthode (2.3.1), connu une institutionnalisation certaine (2.3.2), mais son efficacité est limitée (2.3.3).

2.3.1 Le règlement des différends dans le GATT

Le GATT est caractérisé par une préférence pour le « droit mou » <DAILLIER *et al.* 2002 : n° 614, p. 1054>, ce qui se manifeste dans les mécanismes employés : des notifications, des consultations ainsi que la conciliation sont utilisées <cf. DAILLIER *et al.* 2002 : n° 522, p. 860>. Il ne serait donc pas adéquat de parler d'une justice commerciale internationale : les conciliateurs et les arbitres sont choisis ad hoc par les États « plaignant » et « accusé ».

Les articles du règlement des différends dans le GATT, « amendés par la pratique codifiée lors du cycle de négociations de Tokyo [1979] », prévoyaient une procédure en deux temps <RUIZ FABRI 1997 : 711–712>. Les parties étaient obligées de chercher d'abord « un accord amiable par voie de négociation bilatérale » <RUIZ FABRI 1997 : 712>. Elles pouvaient ensuite prendre d'autres recours qui recherchaient toujours une solution amiable. Dans la pratique, le moyen d'un groupe spécial (angl. *panel*) était préféré — ce qui n'est pas évoqué par l'article applicable (art. XXIII du GATT) <cf. RUIZ FABRI 1997 : 712>. Cette dernière constatation est importante parce qu'elle montre bien le caractère de la procédure : les coutumes et la pratique jouent un rôle beaucoup plus important que le « droit » tel qu'il était écrit dans les traités et accords. Les experts (au nombre de 3 à 5) qui composaient les groupes spéciaux ne devraient pas avoir la nationalité des États en litige. La procédure suivie était de type juridictionnel <cf. RUIZ FABRI 1997 : 712>. Si on ne parvenait pas à un accord amiable entre les parties, « un rapport qui contenait [les] conclusions [du groupe spécial] quant à la licéité des mesures incriminées [...] »

³ Pour une description plus profonde, le lecteur sera renvoyé aux articles de RUIZ FABRI <1997> et WAINCYMER <2001>. Peut être également d'utilité, parce que l'auteur suit de près les développements procéduraux, RUIZ FABRI <1999, 2000, 2001, 2002>.

était transmis au Conseil des représentants » <RUIZ FABRI 1997 : 712–713>. Là, « [les] Etats avaient la possibilité de bloquer le processus en faisant obstacle à l'adoption du rapport final [qui était adopté par consensus] » <RUIZ FABRI 2000 : 606>. En principe, cet avis pouvait entraîner des conséquences pour l'État dont le comportement était mis en cause. Vu la procédure de décision (consensus), de telles mesures étaient rares <cf. RUIZ FABRI 1997 : 713>.

Quel caractère juridique peut-on donner à cette procédure ? RUIZ FABRI <1997 : 713> propose, en faisant référence à CANAL-FORGUES <1993>, de la qualifier de « conciliation quasi-judiciaire ». Elle souligne les règles qui s'appliquent au groupe spécial. L'efficacité de ce régime, caractère essentiel du droit national, est cependant assez faible. Les États prenaient l'habitude de bloquer l'adoption des rapports ou de ne pas les mettre en œuvre <cf. RUIZ FABRI 1997 : 713>.

Ce sont les grandes puissances économiques (l'Union européenne et les États-Unis tout d'abord) qui ont ainsi mis en cause la crédibilité de la procédure. RUIZ FABRI <1997 : 715> retient comme principaux points de critique la lenteur de la procédure, son blocage par les États économiquement puissants et les difficultés face à la mise en œuvre des recommandations. Il faut y ajouter que le règlement d'un différend n'est en principe valable que pour ce différend. (pas de droit coutumier) Il est néanmoins possible de constater un développement vers une procédure de plus en plus institutionnalisée (sans y arriver pour autant).

*

Les négociations du cycle de l'Uruguay aboutissent — en matière de règlement des différends — au *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, qui entre comme Annexe 2 dans l'ensemble des accords instituant l'OMC <cf. RUIZ FABRI 1997 : 716>. De par sa place dans le système de l'OMC et la volonté politique, le *Mémorandum* devient essentiel pour le fonctionnement de la nouvelle organisation <cf. RUIZ FABRI 1997 : 717>.

2.3.2 Une procédure à moitié institutionnalisée

L'Organe de règlement des différends (ORD) est créé par le *Mémorandum*. Il prend ces décisions (comme c'est l'habitude dans l'OMC) par consensus (art. 2 par. 4 *Mémorandum*).

Les États membres essaient d'abord de trouver une solution amiable pour tout litige entre eux (phase de consultations, art. 4 *Mémorandum*). Des bons offices, la conciliation et la médiation sont en tout moment de la procédure acceptés (et souhaités). Si les parties en désaccord ne

trouvent pas une solution amiable, un groupe spécial (angl. *panel*) en est chargé. Il sera constitué de 3 (ou 5, sur demande) experts indépendants qui sont choisis en accord entre les parties, et s'il n'y a pas d'accord, par le Directeur général (art. 8 *Mémorandum*). La procédure prévue pour les groupes spéciaux (art. 12 *Mémorandum*) ressemble à celle d'un procès devant les tribunaux mais ne les lie pas. Beaucoup d'éléments de la négociation ne sont pas publiés (art. 14 *Mémorandum*). Dans la pratique, le calendrier précis donné aux groupes spéciaux est caractérisé par sa flexibilité. Le groupe spécial aboutit soit à une solution mutuellement satisfaisante, soit ses constatations sont présentées à l'ORD dans un rapport écrit (art. 12 *Mémorandum*). Les États en litige ont la possibilité de faire appel. S'ils ne le font pas, le rapport sera adopté par l'ORD (où il faut un consensus de ne pas adopter le rapport pour le rejeter, art. 16 *Mémorandum*).

La définition du rôle de l'organe d'appel n'a cependant pas la clarté qu'on pourrait souhaiter. D'un côté, « [l]'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci » (art. 17 par. 6 *Mémorandum*). Ce qui correspond au rôle de la Cour de Cassation en droit français. De l'autre côté, l'organe d'appel peut « confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial » (art. 17 par. 13 *Mémorandum*), ce qui relève aussi du domaine des faits et rapproche le mécanisme d'une deuxième instance. L'organe d'appel est permanent et constitué de sept personnes dont 3 siègent pour une affaire (art. 17 *Mémorandum*). Ces conclusions devraient, comme le rapport du groupe spéciaux, être rejetées de l'ORD par consensus.

La durée de la procédure est réglementée d'une façon assez formelle : la durée minimale est de 330 jours, elle peut atteindre au maximum 540 jours (auxquels il faut toujours ajouter le délai de l'exécution, normalement pas plus de 15 mois) <cf. RUIZ FABRI 1997 : 731>.

La procédure n'est qu'à moitié institutionnalisée : les deux premières phases (consultations et groupe spécial) ne suivent pas de règles précises (même si la procédure des groupes spéciaux est souvent appliquée) et les experts (des groupes spéciaux) ne s'occupent pas régulièrement de la matière. L'établissement de l'organe d'appel avec un personnel permanent constitue cependant un grand progrès. Pour les parties en litige il est devenu assez difficile de s'opposer effectivement à l'adoption d'un rapport par l'ORD, et en pratique, la plupart des rapports sont adoptés.

Mais qu'est-ce qui oblige les États à se soumettre aux conclusions du rapport ?

2.3.3 Une efficacité contrainte par des sanctions unilatérales

On peut tout d'abord constater que « [l]a mise en œuvre n'est pas laissée à la complète discrétion des États membres » <RUIZ FABRI 2000 : 606>. Elle correspond plutôt à une troisième phase

qui suit les autres procédures décrites. L'ORD surveille la mise en œuvre, qui est centralisée « au point qu'on peut sans doute parler de surveillance multilatérale de l'exécution » <RUIZ FABRI 2000 : 606>.

Le rapport final peut contenir des recommandations et constater que le droit d'un État membre n'est pas conforme aux accords applicables. Il peut également suggérer des méthodes de mise en œuvre (art. 19 du *Mémorandum*). Les États disposent d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre (art. 21 par. 3 *Mémorandum*) qu'ils négocient entre eux ou qui sera décidé dans une procédure d'arbitrage contraignante (art. 21 par. 3 c) *Mémorandum*). Le délai devrait être de 15 mois.

Le contrôle est effectué selon la procédure des groupes spéciaux (de préférence avec les mêmes experts). L'ORD reçoit des rapports et décide. La question reste à l'ordre du jour aussi longtemps qu'elle n'est pas résolue. Une compensation doit d'abord être négociée mutuellement (art. 22 *Mémorandum*). Mais l'ORD peut, en cas d'échec, autoriser le membre de suspendre « l'application de concessions ou d'autres obligations » (art. 22 par. 2 *Mémorandum*) — et il faut un consensus pour rejeter cette demande (art. 22 par. 6 *Mémorandum*). Un arbitre décide du niveau des compensations, qui doit être proportionné (au cas où le membre concerné les conteste). D'autres réparations en dehors des règles des articles 21 et 22 du *Mémorandum* sont exclues (art. 23 *Mémorandum*).

Une procédure d'arbitrage rapide (art. 25 *Mémorandum*) dont le résultat est contraignant peut remplacer le groupe spécial. L'ORD est notifié du résultat. Les articles 21 et 22 *Mémorandum* (contrôle de la mise en œuvre et sanctions) « s'appliqueront mutatis mutandis aux décisions arbitrales » (art. 25 *Mémorandum*).

Le mécanisme est donc renforcé par une surveillance multilatérale mais affaibli par le fait que l'efficacité des sanctions dépend de la puissance économique de l'État demandeur — ce n'est que lui qui peut prendre des mesures de compensation.

3 L'application du droit : les cas de la propriété intellectuelle

L'Organisation mondiale du commerce a créé et crée encore un véritable bloc du droit international (public). Mais pour que le droit soit efficace, pour que ses « sujets » s'inclinent devant son autorité, il a besoin d'une instance qui l'impose. C'est du moins ce que l'on pourrait penser si l'on essaie de transférer le droit national au plan international, comme l'a fait le philosophe allemand G. W. F. HEGEL :

« Le droit international résulte de rapports d'États indépendants. Son contenu en soi et pour soi a la forme du devoir-être, parce que sa réalisation dépend de volontés souveraines distinctes » <Hegel in ARON 1962 : p. 121>.⁴

Confrontée à la réalité d'aujourd'hui, cette définition pose des difficultés : les États ne sont plus indépendants, ils sont plutôt interdépendants. Ainsi ne sont-ils plus absolument souverains et ne disposent-ils que d'une souveraineté limitée.⁵

La question s'impose donc de savoir si le droit de l'OMC est efficace, s'il s'impose aux États : qui est plus fort, l'État ou le droit international ? Afin qu'on puisse trancher dans ce conflit entre droit et pouvoir (en conclusion), il est nécessaire d'analyser l'application du droit de l'OMC, ce qui sera fait avec les litiges concernant la propriété intellectuelle.

*

On peut distinguer deux grands types de solutions pour les litiges concernant l'application de l'ADPIC : il y a d'un côté la solution juridique ou semi-juridique avec les groupes spéciaux et l'Organe d'appel (3.1) et de l'autre côté, les États peuvent renoncer à cette solution et recourir à des négociations bilatérales (3.2).

Il s'agit de montrer dans les deux sous-sections qui suivent la qualité des décisions concernant le règlement des différends, c'est-à-dire : le contentieux et le « rapport » qui correspondrait au jugement — pour qu'on puisse évaluer l'importance d'une décision pour l'État visé. On doit également répondre à la question de savoir comment les mesures recommandées sont mise en œuvre.

3.1 Le règlement des différends semi-juridiques

Le système provisoire de protection pour les brevets prévu dans l'ADPIC est l'origine du premier litige analysé. Les États-Unis reprochaient à l'Inde qu'elle n'avait pas mis en œuvre les dispositions transitoires (système « de boîte aux lettres » provisoire de protection pour des brevets, art.

⁴ La traduction française de Hegel simplifie la phrase allemande et ne lui donne qu'une signification (qui est ici la bonne). HEGEL <2000 : § 330, p. 497> a écrit : „Das äußere Staatsrecht geht von dem *Verhältnisse* selbständiger Staaten aus ; was *an und für sich* in demselben ist, erhält daher die Form des *Sollens*, weil daß es wirklich ist, auf *unterschiedenen souveränen Willen* beruht“.

⁵ Il y en a beaucoup d'exemples : l'interdiction de la guerre dans la Charte des Nations Unies, la Communauté européenne et sa Cour de Justice etc.

70 par. 8 a) ADPIC) d'une façon suffisante.⁶ Le groupe spécial considérait « que le fonctionnement du système de boîte aux lettres indien étant fondé sur des pratiques administratives non codifiées, n'offrait pas la sécurité juridique requise pour être conforme aux exigences de l'ADPIC » <RUIZ FABRI 1999 : 478>. L'Inde aurait également manqué à ses obligations d'informer le Conseil ADPIC des mesures prises. L'Organe d'appel saisi par l'Inde confirme sur le fond les conclusions du groupe spécial mais traite trois questions de droit : il constate que la compétence du groupe spécial est limitée par le mandat, que l'interprétation des attentes légitimes se fait selon des règles précises et que le groupe spécial peut et doit « examiner les législations nationales dans la mesure où elles sont indicatives du respect par les Etats de leurs engagements internationaux » <RUIZ FABRI 1999 : 480>. Le rapport modifié a été adopté le 16 janvier 1998 et devrait être exécuté dans un délai de 15 mois (accord des parties) <cf. RUIZ FABRI 1999 : 480>.

L'affaire WT/DS79/1 Communauté européenne c/ Inde ne faisait pas l'objet d'un appel parce que « [l]es solutions [...] dégagées correspondent assez précisément à celles adoptées par l'Organe d'appel [dans l'affaire WT/DS50 évoquée] et l'on observe là très clairement l'« effet jurisprudentiel » » <RUIZ FABRI 1999 : 496>.

Un autre litige oppose les Communautés européennes au Canada.⁷ Les Communautés trouvaient que deux exceptions à la durée de protection des brevets n'étaient pas conforme à l'ADPIC. La première exception « pour examen réglementaire », visait les producteurs de médicaments génériques : ils pouvaient commencer la procédure d'autorisation avant l'expiration du brevet. La deuxième exception « de stockage » permet à ces producteurs de stocker le produit 6 mois avant l'expiration (du brevet) <cf. RUIZ FABRI 2001 : 909>. Elle est d'une telle ampleur qu'elle « ne peut être considérée comme une exception limitée » (ce qui aurait été possible sous certaines conditions, art. 30 ADPIC) <RUIZ FABRI 2001 : 910>. L'exception pour examen réglementaire est cependant conforme à l'ADPIC, décide le groupe spécial. L'adoption du rapport se faisait le 7 avril 2000. Après un arbitrage (art. 21 par. 3 c) *Mémorandum*), le Canada avait jusqu'au 7 octobre 2000 (6 mois) pour mettre en œuvre les recommandations, ce qu'il a accepté <RUIZ FABRI 2001 : 912>. Cette affaire montre le mode de fonctionnement de la preuve : si un État veut utiliser une exception, il faut démontrer qu'elle est justifiée : la charge de la preuve pèse « exceptionnellement » sur le défendeur. On trouve ce renversement également dans l'affaire

⁶ Voir la description de RUIZ FABRI <1999 : 478s.>. Il s'agit de deux affaires, WT/DS50, *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, États-Unis c/ Inde (Organe d'appel le 19 décembre 1997) et WT/DS79/1, *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, Communauté européenne c/ Inde (Groupe spécial le 24 août 1998).

⁷ Voir la description de <RUIZ FABRI 2001 : 909s.>. WT/DS114/R, *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, Communautés européennes c/ Canada (Groupe spécial le 17 mars 2000).

WT/DS160/R, *Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, Communautés européennes c/ États-Unis (Groupe spécial le 15 juin 2000), où il s'agit des exceptions pour la diffusion de la musique dans des restaurants et magasins <cf. RUIZ FABRI 2001 : 919s.>. Parce que le délai d'exécution proposé par les États-Unis ne semblait pas suffisant pour les Communautés, elles ont demandé un arbitrage (art. 21. par. 3 c) *Mémorandum*) qui a fixé le délai raisonnable à 12 mois <cf. RUIZ FABRI 2001 : 922>. On retrouvera cette affaire (*supra* 3.2) parce que l'arbitrage n'était pas le dernier mot.

L'ADPIC a obligé le Canada à prolonger la durée de protection des brevets de 17 à 20 ans. Les États-Unis ont mis en cause le fait que les brevets demandés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ne jouissaient pas de la durée prolongée.⁸ L'Organe d'appel a rejeté l'argumentation canadienne que la durée était de fait 20 ans à cause des délais moyens administratifs. L'arbitrage (demandé par les États-Unis) a fixé un délai de mise en œuvre de dix mois <cf. RUIZ FABRI 2001 : 926s.>.

L'affaire Havana Club (le groupe Pernod-Ricard, titulaire de la marque, n'obtenait pas l'enregistrement et la protection de sa marque aux États-Unis) a mené la Communauté européenne à attaquer la loi qui rendait cette protection impossible.⁹ Deux résultats sont à retenir : les garanties de l'article 42 ADPIC (« des procédures judiciaires civiles <loyales et équitables > », <RUIZ FABRI 2002 : 914>) sont des « droits procéduraux » <rapport § 221, cf. RUIZ FABRI 2002 : 914>. Ainsi la loi visée par la Communauté, qui « interdit aux tribunaux américains de reconnaître une revendication de droits » (sous certaines circonstances qui ne nous intéressent pas en détail), est-elle conforme à l'ADPIC <RUIZ FABRI 2002 : 914>. Mais la loi américaine n'est pas conforme aux principes fondamentaux de « traitement national » et de « traitement de la nation la plus favorisée ». Des entreprises américaines n'avaient qu'une mesure administrative à effectuer ; des ressortissants d'autres pays en avaient deux <RUIZ FABRI 2002 : 915s.>.

On peut donc constater que la procédure de règlement des différends dans l'OMC fonctionne. Les litiges peuvent être importants (États-Unis c/ Inde, p. ex.). Il y a des questions d'interprétation de la législation nationale (ce qui ressemble à un contrôle de constitutionnalité (ou de conformité) d'une loi à une disposition du droit international) et d'exception (dans le sens du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée). Beaucoup de décision des groupes spéciaux font l'objet d'un appel <cf. RUIZ FABRI 2001 : 901>. L'Organe d'appel Les pays industrialisés

⁸ Voir <RUIZ FABRI 2001 : 925s.>. Affaire WT/DS170/AB/R, *Durée de la protection conférée par un brevet*, États-Unis c/ Canada (Organe d'appel le 18 septembre 2000).

⁹ Voir <RUIZ FABRI 2002 : 912s.>. Affaire WT/DS176, *Article 211 de la Loi générale portant ouverture de crédits*, Communauté européenne c/ États-Unis (Organe d'appel le 2 janvier 2002).

(les États-Unis, l'Union européenne et le Canada) sont presque les seuls utilisateurs du système de règlement des différends (en matière de propriété intellectuelle, mais aussi dans une plus large mesure <cf. RUIZ FABRI 2001 : 902>).

Mais toutes les affaires ne trouvent pas une solution contentieuse. Il y a un nombre important d'affaires où les États ne suivent pas la procédure semi-juridique jusqu'au bout et dont la sous-section suivante traite.¹⁰

3.2 Des négociations informelles

La procédure de règlement des différends donne aux États la possibilité de se tourner à tout moment vers la consultation et de trouver un accord amiable. Le rapport de l'ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS <2002> nous donne une liste des litiges où une solution est convenue d'un commun accord (Tab. 1 sur la page suivante). Dans l'affaire WS/DS199 (États-Unis c/ Brésil), la solution commune n'est négociée qu'après l'établissement d'un groupe spécial.

Il y a un autre litige qui nécessite encore une fois notre attention : L'affaire WT/DS160 (Communautés européennes c/ États-Unis) (cf. 3.1 sur la page précédente). On se souvient que l'arbitrage selon l'art. 21 par. 3 c) du *Mémorandum* a fixé un délai de 12 mois (jusqu'au 15 juin 2001). Les parties en litige se sont mises d'accord pour reporter cette date, et l'ORD a accepté la proposition <cf. RUIZ FABRI 2002 : 873>. L'autorité de la chose jugée n'est donc que relative. C'est la solution amiable qui est préférée par l'ORD.

En général, on ne peut pas constater de différence entre les litiges qui pourrait expliquer pourquoi ils sont traités différemment. Si on considère le nombre des affaires résolues, on ne trouve également pas d'écart significatif. Cela vaut aussi pour les États demandeur et défendeur — ce sont les grandes puissances économiques qui utilisent le système. Ce qui est surprenant est cependant le fait que les États-Unis sont le seul demandeur dans les affaires qui trouvent une solution amiable. Une explication pourrait être que les États-Unis veulent utiliser leur poids économique pour influencer l'autre pays dans leur sens. Mais une telle extorsion ne l'explique pas parce que les pays défendeurs peuvent toujours refuser un accord amiable et insister sur l'établissement d'un groupe spécial, qui serait plus neutre. Cette possibilité explique également que l'extorsion n'a pas lieu sur un autre niveau (« si vous ne faites pas cela, on déposera une plainte »). Pour les États qui ne sont pas des puissances économiques, un règlement en « droit » pourrait avoir des

¹⁰ On passe sous silence les affaires qui sont réglées en dehors de l'ORD. Une évaluation serait trop hasardeuse et non objective (Qu'est-ce qu'une affaire ?).

Affaire	Défendeur	Demandeur	Description	Deposé le	Solution le
WT/DS115	Communautés européennes	États-Unis	Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins	12.10.98	6.11.00
WT/DS124	Communautés européennes	États-Unis	(propriété intellectuelle)		
WT/DS125	Grèce	États-Unis	(propriété intellectuelle)		
WT/DS196	Argentine	États-Unis	Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais	6.6.00	31.5.02
WS/DS199	Brésil	États-Unis	Mesures affectant la protection conférée par un brevet	8.6.00	5.7.01

TAB. 1 – Litiges ayant trouvé solution convenue d'un commun accord

avantages. Il devient pour eux moins probable (si les traités sont respectés même impossible) de devenir la victime d'un chantage par une puissance économique. L'utilisation de la procédure de règlement des différends — même si une solution amiable est trouvée — montre plutôt que les États-Unis ne veulent pas imposer leur volonté aux autres États, qu'ils sont prêts à s'incliner. Cette constatation ne prend cependant pas en compte la question de l'exécution, sur laquelle je reviendrai.

3.3 L'efficacité de la décision : la question de l'exécution

Les juristes ont parfois tendance à oublier que la justice est plus qu'un raisonnement juridique : si un juge — ou dans notre cas un groupe spécial — constate une infraction, l'ordre doit être rétabli. La décision doit être exécutée, sinon le droit est inefficace.¹¹ Cette problématique est encore plus importante sur le plan international : quelle autorité légitime aurait le pouvoir d'obliger un État à exécuter une décision juridique ? Il est donc nécessaire d'examiner si les recommandations décidées par l'ORD sont mises en œuvre par les États. Il est évident que cela ne s'applique qu'aux décisions où il y avait un rapport d'un groupe spécial (voire de l'Organe d'appel) qui était adopté par l'ORD.

Les États annoncent chaque fois dans quel délai ils veulent mettre en œuvre les mesures nécessaires à se conformer au rapport ce qui leur donne une obligation « morale » à exécuter. Ainsi toutes ces mesures étaient-elles prises dans le délai raisonnable.¹² Le Canada a par exemple déclaré explicitement que les réglementations visées étaient abrogées (WT/DS/114 le 7 octobre 2000, au moment de l'expiration du délai raisonnable) ou que le processus de mise en œuvre était achevé (WT/DS/170, le 12 août 2001, au même moment).

Les États profitent des délais accordés, et ils essaient de les prolonger, mais en général ils exécutent les décisions. Pour le prolongement des délais, ils utilisent les procédures prévues. Dans les affaires citées, on peut donc constater que la procédure est efficace.

Plus généralement, l'efficacité n'est cependant pas toujours parfaite. Elle dépend de la puissance économique de l'État demandeur : des sanctions ne sont appliquées que par lui <cf. RUIZ FABRI 1997 : 747–748>. Cela explique que le système est utilisé de préférence par les États puissants, parce qu'ils ont la possibilité de pousser la mise en œuvre. L'efficacité est également limitée

¹¹ Pour une présentation vaste du « contentieux de l'exécution dans le règlement des différends [de l'OMC] » voir : RUIZ FABRI <2000>.

¹² Pour WT/DS/176, le délai raisonnable allait jusqu'au 3 janvier 2003. Je n'ai donc pas réussi à avoir des informations concernant sa mise en œuvre.

parce qu'un État peut changer sa législation, de sorte qu'il peut dire qu'il a exécuté la décision sans qu'il l'ait vraiment fait. Ainsi, «il peut y avoir pérennisation des rétorsions comme des compensations» <RUIZ FABRI 2000 : 607>. Mais il semble que cela ne soit qu'une possibilité théorique.

*

D'un point de vue absolu, le bilan que l'on peut dresser de la procédure du règlement des différends ne peut être que mitigé. Il y a un degré certain d'institutionnalisation de la procédure et un certain degré d'efficacité, mais il reste un marge de manœuvre considérable aux États. Si on regarde cependant les progrès effectués dans ce domaine du droit international public, force est de constater qu'ils sont remarquables. Ainsi aurait-il pu émerger, sous la condition que le droit international économique ne vise pas à trancher mais à continuer la coopération <cf. DAILLIER *et al.* 2002 : n° 615, p. 1056>, un «ensemble cohérent de principes généraux de droit» <DAILLIER *et al.* 2002 : n° 613, p. 1053>.

4 Conclusion

La procédure de règlement des différends au sein de l'OMC est devenue de plus en plus juridique, d'une simple obligation à se consulter à un Organe d'appel. Bien que la procédure n'ait pas l'efficacité souhaitable d'un point de vue juridique,¹³ son développement témoigne d'une «extension du domaine d'application du droit», surtout si l'on regarde la méthode appliquée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Comment peut-on expliquer ce développement ?

Dans la théorie des relations internationales, on peut aujourd'hui distinguer deux grands groupes d'approche théorique : les théories dites de «rational choice» (du choix rationnel) et celles dites constructivistes.¹⁴ Selon MÜLLER <1994 : 15, 17> (voir pour un résumé anglais RISSE

¹³ Il s'agit d'une conception occidentale du droit : Après le jugement, il doit y avoir une personne qui a gagné, la justice tranche. La conception plus molle du droit qui est présente à l'OMC vise cependant la solution amiable parce qu'elle veut éviter que l'on ne puisse plus «vivre ensemble». Une idée similaire est exprimée par DAILLIER *et al.* <2002 : n° 615, p. 1056>.

¹⁴ Cette distinction est assez novatrice. On s'est habitué à faire la différence entre les approches réalistes et institutionnalistes (laissons de côté celle de la tradition marxiste), mais avec l'émergence du constructivisme, cette distinction ne tient plus. On peut regrouper les approches réalistes et institutionnalistes sous le toit du *rational choice* parce qu'elles sont fondées tous les deux sur ses réflexions (structure invariable, au moins à court et moyen terme, acteurs agissant dans la structure) tandis que le constructivisme poursuit une approche «sociologique». Les auteurs constructivistes ont utilisé les idées de (p. ex.) BERGER et LUCKMANN <2001> et de GIDDENS <1984> qui supposent que la structure est variable et est reproduite et changée par les actions des acteurs.

<2000>), les théories de *rational choice* peuvent expliquer le désir des acteurs de coopérer, et pourquoi, une fois un accord conclu, les acteurs y tiennent. Elles ne peuvent cependant pas expliquer *comment* une coopération internationale naît. MÜLLER <1994 : 17> cite l'exemple d'une explication des néo-institutionnalistes par le théorème de Ronald Coase (acteurs économiques qui négocient sans intervention étatique une solution coopérative) mais qui pose comme condition la garantie des conventions par une autorité efficace. Mais cette autorité ne peut être que le résultat d'une coopération internationale, elle n'existe pas au moment des négociations des traités.

Il serait donc à examiner (dans un autre mémoire) si une des approches constructivistes de la théorie des relations internationales est apte à expliquer le développement de la procédure du règlement des différends au sein de l'OMC. Cela me semble fort probable, parce que l'on observe justement ce processus qui est décrit par le constructivisme en général : les États négocient des règles (c'est-à-dire un traité international) qui devraient s'appliquer au règlement des différends. En mettant en œuvre la procédure négociée, ils développent progressivement tout un réseau de règles, de coutumes etc. qui vont parfois plus loin qu'initialement prévu. Il serait également à examiner si ces règles sont dans l'intérêt des États ou s'il ne naît pas dans ce jeu du droit et de la puissance des règles qui ne correspondent plus à l'intérêt « égoïste » des États mais dont tous les États profitent parce qu'ils augmentent la stabilité de la « société anarchique ».

*

Le résultat du développement retracé et de l'application décrite (de la procédure de règlement des différends) est bien du droit, du droit international public. Celui-ci a un caractère spécifique : il consiste en des normes qui reflètent des relations de puissance — l'efficacité est limitée par la puissance économique d'un État. Peut-on aujourd'hui parler d'une justice internationale commerciale (qui exclurait un effet de la puissance d'un État) ?

Face à plusieurs défaut (procédure juridique non-obligatoire, manque d'efficacité, etc.), il serait trop tôt. Le développement ne cesse cependant pas : suite à la Conférence ministérielle de Doha (2001), la Communauté européenne et d'autres pays ont proposé des réformes du *Mémorandum* qui pourrait remédier aux difficultés décrites.¹⁵ Et on peut voir à l'exemple de la propriété intellectuelle comment le droit repousse (progressivement et pragmatiquement) la puissance.

¹⁵ Sur Doha et le règlement des différends, voir <RUIZ FABRI 2002 : 870–872>.

Références

- ARON R. [1962]. *Paix et guerre entre les nations*. Calmann-Lévy, Paris.
- BAYLIS J. et SMITH S., rédacteurs [2001]. *The Globalization of World Politics. An introduction to international relations*. Oxford Univ. Press, Oxford [entre autres], 2^e édition. Une introduction qui aborde (tous) les débats actuels, facile à lire.
- BERGER P.L. et LUCKMANN T. [2001]. *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie*. Fischer Taschenbuch Verl., Frankfurt/Main, 18^e édition. L'original anglais était publié en 1966 sous le titre « The Social Construction of Reality ». Ce livre est cité par exemple par WENDT <1992 : 397s., cf. notes 22s.>.
- CANAL-FORGUES E. [1993]. *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT. Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*. Bruylant, Bruxelles.
- DAILLIER P., PELLET A. et NGUYEN QUOC D. [2002]. *Droit international public*. [Librairie] G[énérale de] D[roit et de] J[urisprudence], Paris, 7^e édition.
- GIDDENS A. [1984]. *The Constitution of Society. Outline of the Theory of Structuration*. Berkeley, CA.
- HEGEL G.W.F. [2000]. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Numéro 607 dans suhrkamp taschenbuch wissenschaft. Suhrkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 7^e édition.
- MÜLLER H. [1994]. *Internationale Beziehungen als kommunikatives Handeln. Zur Kritik der utilitaristischen Handlungstheorien*. *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 1 (1) : 15–44. L'article de Harald Müller va beaucoup plus loin qu'une simple critique des théories rationalistes (voir mémoire pour cela). Il propose un nouveau mode d'action qui est basé sur la théorie de comportement communicatif (de l'action communicative) de Jürgen Habermas (« Theorie des Kommunikativen Handelns »). Dans le journal « für Internationale Beziehungen » (pour les relations internationales), un véritable débat entre constructivistes et rationalistes commence qui est résumé par RISSE <2000>.
- ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS [2002]. *Rapport annuel (2002) - Stade où en sont les différends soumis à l'OMC - Addendum*. 29/11/2002, <http://www.wto.org/>. WT/DSB/29/Add.1.

- RISSE T. [2000]. “*Let’s Argue!*” : *Communicative Action in World Politics*. *International Organization*, 54 (1) : 1–39.
- RUIZ FABRI H. [1997]. *Le règlement des différends dans le cadre de l’Organisation mondiale du commerce*. *Journal du Droit International*, 124 (3) : 709–755.
- [1999]. *Chronique du règlement des différends 1996–1998*. *Journal du Droit International*, 126 (2).
- [2000]. *Le contentieux de l’exécution dans le règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce*. *Journal du Droit International*, 127 (3) : 605–645.
- [2001]. *Chronique du règlement des différends (2000)*. *Journal du Droit International*, 128 (3) : 901s.
- [2002]. *Chronique du règlement des différends (2001)*. *Journal du Droit International*, 129 (3) : 869s.
- STERN B. [2002]. *Médicaments à bas prix : les pays pauvres attendront*. *Le Monde* du 23 décembre 2002. <http://www.lemonde.fr/article/0,5987,3220--303217-,00.html>.
- UNCTAD, rédacteur [1996]. *The TRIPS Agreement and Developing Countries*. United Nations, New York. UNCTAD/ITE/1.
- WAINCYMER J. [2001]. *Settlement of Disputes Within the World Trade Organisation : A Guide to the Jurisprudence*. *The World Economy*, 24 (9) : 1247–1278.
- WENDT A. [1992]. *Anarchy is what states make of it. The social construction of power politics*. *International Organization*, 88 (2) : 384–396. Un des articles sur lequel le constructivisme en RI se fonde.