

La motivation des décisions des juridictions internationales

par

Hélène Ruiz Fabri

Professeure à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne

Directrice de l'UMR de droit comparé de Paris (UMR 8103, CNRS/Paris I)

Présidente de la Société européenne de droit international

Version provisoire – Ne pas citer sans autorisation

« 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, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée. »

Chaïm Perelman, « Les motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in C. Perelman et P. Foriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 425.

Motiver un jugement, interne ou international, consiste à exposer dans une partie de celui-ci appelée motivation « l'ensemble des motifs à la base de la décision énoncée dans le dispositif » ; les motifs sont quant à eux couramment définis comme les « raisons de fait ou de droit » qui commandent ce dispositif et sur lesquelles il est fondé¹. Or, si motiver une décision, c'est en exprimer les raisons, « c'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir »².

Les juridictions internationales n'échappent pas à cette exigence, qui peut aussi être formulée en termes d'obligation légale. La motivation est, de nos jours, considérée comme indispensable à la justice et à la bonne administration de la justice, mais elle est aussi l'expression et l'instrument d'un pouvoir, celui du juge. C'est bien ce qui en fait le caractère stratégique et l'ambivalence. Elle suscite un vaste débat sur le rôle du juge car s'y juxtaposent ce qu'on voit traditionnellement comme liant le pouvoir du juge – la nécessité de s'expliquer – et ce qu'on perçoit de plus en plus actuellement comme sa grande liberté, ce qui inclut la possibilité d'un pouvoir arbitraire³. Dans le même temps, il est évident qu'il y a un décalage entre « la façon dont le juge raisonne qui n'est pas forcément décrite comme telle dans sa

¹ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001 ; de même G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000 : la motivation est l'« ensemble des motifs d'un jugement » et ces derniers les « raisons de fait ou de droit qui commandent la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif ».

² H. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1951, pp. 5-51, p. 5.

³ Parmi une littérature très abondante, v. les travaux désormais bien connus sur la motivation/justification, et suivant les contraintes externes et internes qui s'imposent au juge, de M. Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », in Ch. Perelman et P. Foriers, *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 296 et s. et de J. Wroblewski, « Motivation de la décision judiciaire », *op.cit.*, p. 132 et s. et « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD*, 1972, vol. 17, pp. 58 et s.

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 décision⁴ »⁵.

Pour l'apercevoir, il faut admettre que la motivation n'est pas une norme juridique mais la justification ou l'explication d'un moyen de production d'une norme juridique, et qu'un aspect de compréhension de la motivation est non juridique. Cela implique d'étudier la motivation comme la justification d'une position donnée, et pas seulement comme déterminée logiquement par le droit ou causalement par des facteurs externes d'ordre psychologique ou sociaux. Cette analyse de la motivation comme procédé de justification (et non pas d'explication simple ou de logique formelle) est d'ailleurs devenue l'analyse la plus courante et la plus développée des théories contemporaines de la motivation et du raisonnement judiciaire. L'idée directrice, qu'on retrouve notamment dans les théories contemporaines de l'interprétation, mais aussi dans la théorie du choix ou les critiques basées sur l'indétermination du droit international⁶, est qu'à travers la motivation, le juge ne fait que justifier sa décision et n'établit pas une « vérité » judiciaire. Il ne s'agit alors pas tant de dénoncer un « travers » ou une « mauvaise foi » du juge mais « en décryptant la motivation, ... de révéler et de faire prendre conscience de l'existence d'un pouvoir (politique et judiciaire) du juge qui monte en puissance au niveau international ... en raison d'un système juridique présentant de nombreux sous-systèmes aux valeurs différentes, voire contradictoires, parmi lesquelles le juge est nécessairement amené à faire des choix ; et que l'on retrouve à travers la motivation »⁷.

Pour autant, il faut sans doute se garder de ne voir dans la motivation que l'expression de la maîtrise par le juge d'un jeu de langage qui ne renvoie à aucun fondement normatif. S'il est sans doute utile de rechercher le sens « caché » derrière le texte écrit, une lecture formaliste de la motivation qui s'en tient au sens apparent, textuel et écrit de la motivation reste sans doute également utile en contrepoint.

C'est à l'aune de ces prémisses que l'on peut s'intéresser plus précisément à la manière de faire des juridictions internationales, en insistant plus particulièrement sur la Cour internationale de Justice et sur le Mécanisme de règlement des différends de l'OMC (MRD) dans une perspective comparative. Dans le cas du MRD, cela suppose, bien sûr, d'admettre, comme prémisses ou comme postulat, qu'on a bien affaire à des décisions de justice. Car il reste inhabituel d'employer le terme de décisions pour désigner les rapports issus du Mécanisme de règlement des différends de l'OMC (MRD). Leur qualification juridique en ces termes ne soulève pourtant pas de difficulté, dès lors que l'adoption par l'Organe de règlement des différends (ORD) a eu lieu. Mais cela suscite deux remarques préliminaires. La première concerne le vocabulaire. Le droit de l'OMC se caractérise par une assez haute spécificité de son vocabulaire, ce qui contribue à brouiller les perceptions. Cela peut

⁴ P. Drai, « Le délibéré et l'imagination d'un juge », *Nouveaux juges. Nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 114.

⁵ E. Jouannet, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, à paraître.

⁶ Il est particulièrement nécessaire de différencier les théories de l'interprétation des théories de l'indétermination même si elles ont des implications voisines. V au sujet de l'indétermination, M. Koskenniemi, *From Apologia to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Reissue with a New Epilogue, NY, Cambridge UP, 2005 et pour l'explication et la distinction fondamentale avec les théories de l'interprétation, voir E. Jouannet, « Présentation critique », in M. Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 17 et s.

⁷ E. Jouannet, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, à paraître.

s'expliquer par des raisons linguistiques (travail dans plusieurs langues, ce qui n'est pas une spécificité réelle par rapport à d'autres juridictions internationales), mais aussi par des raisons « historiques » ou, peut-être plus exactement, « généalogiques » liées à la vision de la matière comme technique, pragmatique, faiblement juridique, etc. La seconde remarque est que la qualification non pas simplement comme décisions mais comme décisions de justice pourrait sembler plus problématique. L'on retrouve alors l'ensemble du débat sur le caractère juridictionnel ou non du MRD de l'OMC. L'objectif ne saurait cependant être d'ouvrir ou (ré)ouvrir ce débat ici⁸, tout au plus de souligner à nouveau le lien intrinsèque qui unit la motivation des décisions et la fonction de juger (la conception que le juge en a ou la perception que l'observateur en a), lien qui se reflète d'ailleurs dans une sorte d'évolution parallèle. Si l'on admet qu'il puisse y avoir plusieurs figures du juge, alors il semble que différents types ou styles de motivation y correspondent et qu'à l'inverse, l'analyse de la motivation en dise long sur le juge et la conception de la fonction de juger.

Pour cerner plus précisément la motivation des décisions des juridictions internationales, on peut essayer de l'approcher par une série de questions très élémentaires qui seront elles-mêmes l'occasion de soulever d'autres questions.

I. Qu'est-ce que la motivation : nature

1. Définie de façon générale comme la « relation d'un acte aux motifs qui le justifient »⁹ ou « l'expliquent »¹⁰, ou encore comme « l'exposé des motifs sur lesquels repose une décision »¹¹, la motivation désigne, au sens juridique, « l'ensemble des motifs d'un jugement »¹², « l'exposé des raisons qui déterminent le juge à rendre un jugement »¹³ ou encore « la partie d'un arrêt, d'un jugement ou d'une sentence arbitrale qui expose l'ensemble des motifs à la base de la décision énoncée dans le dispositif »¹⁴. Il est d'ailleurs intéressant de relever cette définition particulière aux décisions de justice, alors que bien d'autres actes juridiques sont ou doivent être motivés/contenir une motivation (en particulier en droit interne). Cela indique, déjà au niveau sémantique, combien la motivation est une qualité intrinsèque des décisions de justice. Mais, on peut surtout retenir de ces définitions le fait qu'elles font apparaître d'emblée, quoique de manière variable, que la motivation comporte des aspects formels mais aussi matériels et fonctionnels. Autant de registres dans lesquels il faut l'envisager. C'est aussi une manière d'indiquer que, d'un point de vue juridique, la motivation est multiple. Elle ne se laisse pas aisément capter par l'analyse, tant on y décèle rapidement des ambivalences ou des dualités.

⁸ H. Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, pp. 881-947 ; « Le Juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *Revue générale de droit international public*, 2006, n°1, pp. 39-83. Contra, C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? », AFDI, 2000, pp. 58-81.

⁹ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Ed. Le Robert, 2007, p. 1641.

¹⁰ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 18^{ème} éd., 1996, p. 658.

¹¹ *Ibid.*

¹² Les motifs étant définis comme : au singulier, « raison de fait ou de droit qui commande la décision ; dans leur ensemble, raisons (nécessaires ou surabondantes, exactes ou erronées, suffisantes ou non) que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer comme il l'a fait ». G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 4^o éd., 2003, p. 577.

¹³ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Ed. Le Robert, 2007, p. 1641.

¹⁴ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles/AUF, 2001, p. 716.

2. L'article 56 du Statut de la CIJ dispose lapidairement que « l'arrêt est motivé » (*the judgment shall state the reasons on which it is based*) et il est complété par l'article 95 al. 1 du Règlement qui précise que ce même arrêt, « dont le texte indique s'il est rendu par la Cour ou par une chambre, comprend : l'indication de la date à laquelle il en est donné lecture ; les noms des juges qui y ont pris part ; l'indication des parties ; les noms des agents, conseils et avocats des parties ; l'exposé sommaire de la procédure; les conclusions des parties ; les circonstances de fait ; les motifs de droit ; le dispositif ; la décision relative aux frais, s'il y a lieu l'indication du nombre et des noms des juges ayant constitué la majorité ; l'indication du texte faisant foi ». Il faut également tenir compte de l'article 38 § 1 du Statut qui indique les sources premières des motifs des décisions, le cadre normatif général de son raisonnement.

Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC n'emploie pas le terme de motivation en tant que tel mais vise « les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations » que les groupes spéciaux doivent faire figurer dans leurs rapports (article 12 :7¹⁵). La formule est une traduction de “the basic rationale behind any findings and recommendations that it makes”, sans qu'il soit totalement sûr que la traduction n'ait pas fait perdre une partie du sens. C'est le juge lui-même qui a explicité ce que ce terme de “justifications fondamentales” recouvre, en recourant aux notions de « motifs », « raisons », « explications ». L'Organe d'appel a eu « recours au sens que le dictionnaire donne au terme "fondamental", lequel propose entre autres équivalents : "déterminant, essentiel" et "qui constitue une base minimale"¹⁶. Le terme "justification" signifie à la fois "un exposé circonstancié des principes ; une explication ou un énoncé des motifs" et "la raison essentielle ou profonde qui justifie quelque chose ou lui sert de fondement ; une explication"¹⁷ »¹⁸. Cette définition de la motivation permet déjà d'expliciter sa fonction ou une de ses fonctions, « énoncer les raisons qui fondent la décision, la *ratio decidendi* »¹⁹, ce qui ne signifie pas que la motivation s'y réduise dans la mesure où elle peut éventuellement incorporer des *obiter dicta* ou des considérations surabondantes (même si, comme on le verra, le juge de l'OMC a plutôt tendance à les éviter et ne les apprécie guère de la part des groupes spéciaux).

3. D'un point de vue juridique, la motivation est une obligation, qui pèse aussi bien sur la CIJ (article 56 du Statut) que sur les organes de jugement de l'OMC, au terme de l'article 12 :7 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après Mémorandum)²⁰. Le juge de l'OMC a précisé que la motivation est un « devoir... (qui) répond aux principes d'équité fondamentale et de régularité de la procédure qui sous-

¹⁵ Le texte complet est :

« 7. 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. »

¹⁶ (note originale) *The New Shorter Oxford English Dictionary*, sous la direction de Lesley Brown, Clarendon Press, vol. I, 1993, page 188.

¹⁷ (note originale) *Ibid.*, vol. II, page 2482.

¹⁸ *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, WT/DS132/AB/RW, § 106.

¹⁹ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 380, § 658.

²⁰ Cette obligation est renforcée quand une partie au différend est un pays en développement, puisque l'article 12 :11 stipule que « Dans les cas où une ou plusieurs des parties seront des pays en développement Membres, le rapport du groupe spécial indiquera expressément la façon dont il aura été tenu compte des dispositions pertinentes sur le traitement différencié et plus favorable pour les pays en développement Membres, qui font partie des accords visés et qui auront été invoquées par le pays en développement Membre au cours de la procédure de règlement des différends ».

tendent et éclairent les dispositions du Mémorandum d'accord et s'accorde avec ces principes »²¹. Mais c'est aussi un « droit » du perdant, que le juge fonde, également, sur « la régularité de la procédure »²². L'approche du juge de l'OMC est, de ce point de vue, sans originalité au sens où la motivation des décisions est considérée comme une des composantes du droit au procès équitable, étant entendu que cela correspond à une conception large des droits de la défense, habité par la progression continue du principe de transparence²³. Cela rejoint la conception de la CIJ, qui a précisé qu'elle n'exige pas que « chacune des demandes (des parties) doi(ve) être examinée séparément et les raisons de son acceptation ou de son rejet (...) fournies. Ni la pratique, ni les principes n'autorisent à interpréter de façon aussi rigoureuse cette règle, qui paraît être comprise en général comme exigeant simplement qu'un jugement s'appuie sur un raisonnement et que celui-ci soit exposé. Cet exposé doit indiquer en termes généraux la motivation mais n'a pas à reprendre dans le détail chacune des demandes et des thèses des parties »²⁴. La Cour a encore précisé, en termes généraux, qu'« il n'existe pas non plus de modèle, ni de technique obligatoire, pour la rédaction des jugements : un tribunal peut exposer ses motifs directement ou indirectement et énoncer des conclusions expresses ou implicites, à condition que les motifs de la décision apparaissent nettement. La question de savoir si les motifs d'un jugement sont à ce point déficients qu'on peut y voir la négation du droit d'être équitablement entendu et un mal-jugé ne peut donc être appréciée que compte tenu à la fois du cas d'espèce et du jugement dans son ensemble »²⁵.

Ainsi reliée à la procédure, l'obligation de motivation n'en est pas pour autant purement procédurale mais concerne le cœur même de la fonction juridictionnelle. Elle ne peut être analysée sans tenir compte au surplus du fait que le juge saisi est obligé de décider. Dès lors, l'obligation de motiver est, pour lui, constante et devient quasiment inhérente à sa fonction, quelle que soit la justification qu'on lui donne par ailleurs.

II. Auteur(s) et destinataire(s) de la motivation

La motivation oscille entre monologue et dialogue. Située dans une décision (ou un rapport) qui se présente juridiquement comme un acte unilatéral, la motivation est avant tout monologue, même si elle a évidemment des destinataires. Elle pourrait également être vue comme un élément d'un dialogue qui s'est développé en amont, dans le cadre du contradictoire. Mais, dans le cadre du MRD, l'évocation de l'idée de dialogue vise beaucoup plus concrètement et spécifiquement les interférences qui peuvent affecter la motivation. Il en ressort que si le juge de l'OMC est bien l'auteur de la motivation, c'est un juge qui est contraint à une écoute particulière des justiciables, voire, plus généralement, de la « communauté » intéressée à sa décision.

A - L'élaboration de la motivation

1. Dans le cadre du MRD tout comme à la CIJ, le « juge » est presque toujours un être collectif. Il n'y a en effet, dans le MRD, qu'un seul cas de formation à juge unique, celle de l'arbitrage sur les délais de mise en œuvre de l'article 21 :3 c) du Mémorandum. Sinon, les

²¹ Mexique — *Sirop de maïs* (article 21:5 — États-Unis), WT/DS132/AB/RW, § 107.

²² Mexique — *Sirop de maïs* (article 21:5 — États-Unis), WT/DS132/AB/RW, § 107.

²³ S. Guinchard et alt., *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 4^e édition, 2007.

²⁴ *Demande de réformation du jugement n° 158 du TANU, C.I.J. Rec. 1973*, préç., pp. 210-211, §§ 95-96.

²⁵ *Id.*, § 96.

formations de jugement comptent toutes trois membres, que ce soit en première instance²⁶ ou en appel, puisque les sections appelées à connaître d'un appel sont composées de 3 membres de l'Organe d'appel. Il en est de même pour les arbitrages au titre de l'article 22 :6. L'élaboration de la motivation suppose donc le plus généralement l'accord d'au moins deux personnes (configuration que l'on retrouve souvent dans l'arbitrage). Toutefois, cette affirmation appelle des précisions. Il existe en effet, en appel, la règle de la collégialité. Il s'agit de l'une des premières règles que l'Organe d'appel a inscrite dans ses Procédures de Travail (Règle 4)²⁷. Elle prévoit que la section en charge d'un appel doit avoir un échange de vues avec les autres membres de l'Organe d'appel avant d'achever son rapport. Cette collégialité, qui a pour conséquence que les rapports peuvent sans difficulté être imputés à l'Organe d'appel en tant que corps, a sans aucun doute une influence sur l'élaboration de la motivation, située notamment dans une perspective jurisprudentielle. Elle est également de nature à réduire la place et le nombre des opinions individuelles, même si le Mémorandum en admet le principe (*v. infra*). Elle rejoint en outre, implicitement, le souci de faire place à la préoccupation de représentativité des Membres de l'OMC qui est imputée à l'Organe d'appel.

On retrouve aussi cette préoccupation concernant la CIJ. Parce que l'autorité de la Cour dérive très largement du fait que ses membres « assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde »²⁸, en d'autres termes parce qu'elle est, par sa composition au moins, une Cour mondiale, son Statut garantit à tous les juges une participation aussi large que possible à la réalisation de la décision. Celle-ci est en réalité le produit d'un travail collégial, une œuvre véritablement collective qui fait souvent de la motivation, pour cette raison même, « le dénominateur commun le plus élevé des vues des juges : si elle représentait davantage, elle dépasserait le point-limite où elle pourrait rallier le maximum des suffrages »²⁹. En outre, le délibéré précédent l'adoption de la décision exclut à cet égard toute intervention d'un rapporteur, référendaire ou équivalent d'un Commissaire du gouvernement ou d'un Avocat général.

Toutefois, si le caractère confidentiel du délibéré est affirmé pour les deux juridictions³⁰, toutes deux admettent la possibilité d'opinions séparées, le Mémorandum ne distinguant pas entre les trois types déclarations/opinions dissidentes/opinions individuelles, puisqu'il parle seulement d'avis³¹. Au surplus, il prescrit que ces avis doivent rester anonymes, ce qui est tout à fait particulier et peut notamment s'expliquer par la faible dimension de la formation de

²⁶ Un groupe spécial peut compter de 3 à 5 membres mais, en pratique, on n'observe que des groupes spéciaux de 3 membres.

²⁷ Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/W/9.

²⁸ Article 9 du Statut ; *v. G. Abi-Saab, « The International Court as a World Court », in Mél. Jennings, op. cit., pp. 3-16.*

²⁹ M. Bedjaoui, « La ‘fabrication’ des arrêts de la Cour internationale de Justice », *in Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 87-107, p. 105 ; de même, E. Hambro, « The Reasons Behind the Decisions of the International Court of Justice », *Current Legal Problems*, 1954, pp. 212-227, p. 222 ; mais d'autres juges y voient plutôt « *the lowest common denominator of agreement rather than an amplified legal exposition of the governing principles of law* » : C.G. Weeramantry, « Some Practical Problems of International Adjudication », *Australian Y.B.I.L.*, 1996, pp.1-18, p. 3 ; *v. aussi R.Y. Jennings, « The Role of the International Court of Justice », B.Y.B.I.L.*, 1997, pp. 1-63, p. 9.

³⁰ Article 14 (Caractère confidentiel) : « 1. Les délibérations des groupes spéciaux seront confidentielles. 2. Les rapports des groupes spéciaux seront rédigés sans que les parties au différend soient présentes, au vu des renseignements fournis et des déclarations faites. » et article 17 : « 10. Les travaux de l'Organe d'appel seront confidentiels. Les rapports de l'Organe d'appel seront rédigés sans que les parties au différend soient présentes et au vu des renseignements fournis et des déclarations faites. »

³¹ Article 14 : « 3. Les avis exprimés dans le rapport du groupe spécial par les personnes faisant partie de ce groupe seront anonymes. » et article 17 : « 11. Les avis exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel par les personnes faisant partie de cet organe seront anonymes. »

jugement (sans faire obstacle mais en ouvrant au contraire la voie à des spéculations plus ou moins bien informées sur l'auteur de l'avis). Le MRD se situe donc, de ce point de vue, à mi-chemin entre la conception plutôt continentale qui privilégie la vision de la décision comme l'acte d'un corps solidaire et qui a une conception stricte du secret du délibéré, puisque les désaccords qui ont pu s'y manifester ne seront pas connus (du moins officiellement), et la conception anglo-saxonne qui admet l'explicitation des points de vue divergents. L'anonymat est ainsi un compromis, souvent présenté comme protégeant à la fois la formation de jugement en tant que corps et l'individu qui souhaite s'en écarter momentanément³². Mais il faut aussi tenir compte du fait de savoir si la teneur exacte de l'opinion est connue au moment de la rédaction de la décision. C'est le cas dans le cadre du MRD, puisque s'y ajoute la spécificité formelle que l'avis est inséré dans le corps même du rapport. En d'autres termes, il est immédiatement juxtaposé à, voire inséré dans, la motivation dont il désapprouve le déroulement et/ou l'aboutissement. Le rapport ne peut donc être lu sans en avoir connaissance, mais aussi a été rédigé en conséquence.

L'article 57 du Statut de la CIJ dispose, quant à lui, que « si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle », qui peut être en réalité, comme le précise l'article 95 § 2 du Règlement, « une opinion individuelle ou dissidente », selon que son auteur aura voté pour ou contre l'arrêt ou une partie de l'arrêt ; mais le juge peut aussi faire connaître son accord ou son dissentiment par une déclaration qui exclut en revanche l'expression des motifs de son vote ; les mêmes règles s'appliquent aux avis consultatifs et aux ordonnances. C'est pendant la première lecture que les juges qui le souhaitent indiquent leur intention d'exprimer une déclaration ou une opinion, dont le projet est diffusé aux autres membres de la Cour. Si le comité de rédaction peut tenir compte d'une opinion et répondre à un point qu'elle soulève ou remplacer un passage de son projet d'arrêt par un argument avancé dans l'opinion, l'auteur de celle-ci n'est pas autorisé à y faire valoir des arguments ou des positions non préalablement exposés et discutés devant la Cour, ni censé rouvrir tout le débat en évoquant des aspects que l'arrêt n'a pas estimés pertinents. Le vote opérant adoption de la décision intervient à l'issue de la seconde lecture du projet finalisé par le comité de rédaction, qui dispose des amendements oraux et des projets de déclarations et d'opinions. L'ensemble de la procédure témoigne ainsi que la décision est, de bout en tout, le produit d'une délibération de tous les membres de la Cour, et pas seulement d'une majorité émergente.

L'appréciation que l'on peut porter sur un tel système est généralement tributaire de la culture juridique d'origine. Pour ceux qui privilégient l'unité en même temps que l'unicité de la vérité judiciaire, il est un facteur d'affaiblissement de la décision. Concernant plus précisément la motivation, elle peut perdre en force de persuasion dans la mesure où elle se heurte à une motivation concurrente, question qui doit être envisagée par rapport à la décision elle-même mais aussi dans une perspective plus large de sécurité juridique et de prévisibilité (évaluation de l'impact futur de l'avis minoritaire). On peut cependant objecter à cette vision que le fait d'empêcher l'extériorisation des désaccords ne les empêche pas d'exister et peut conduire, du point de vue de la motivation, à des compromis susceptibles d'altérer sa compréhensibilité

³² Dans le cadre de Réexamen du Mémorandum, il y a eu une proposition du Groupe africain en faveur d'une transparence accrue du processus de décision des groupes spéciaux et consistant à ce que chaque membre du groupe spécial soit requis de donner son avis dans un avis écrit motivé (Proposition du Groupe africain, TN/DS/W/15, 25 septembre 2002). Cette proposition a été endossée par le Groupe des pays les moins avancés, au motif que leurs intérêts et perspectives n'étaient pas pris en compte de manière adéquate dans le cadre d'un rapport unique « aseptisé » et que l'expression d'avis divers permettrait d'attirer l'attention sur des préoccupations qui restaient inaudibles (Proposition du Groupe des pays les moins avancés, TN/DS/W/17, 9 octobre 2002).

(tentation des non-dits, des ambiguïtés, voire contradictions), de la rendre artificielle, tout en réduisant la sécurité juridique et la prévisibilité à une façade.

Quoi qu'il en soit, la pratique des deux juridictions est assez différente, dans la mesure où il y a, dans le MRD, assez peu d'avis, qu'il s'agisse de rapports de groupes spéciaux³³ ou de l'Organe d'appel³⁴, et chacun de ceux que l'on peut recenser ne porte jamais sur plus d'un point précis du raisonnement. Il est difficile de savoir si le système tolèrerait l'expression d'une dissidence très forte, tout comme d'interpréter l'absence d'exemple jusqu'à présent (n'y en a-t-il pas eu ou les a-t-on masquées ?). A la CIJ, en revanche, la présence d'opinions et/ou de déclarations est courante et leur nombre même est souvent proportionnel à la difficulté de la décision, jusqu'à constituer parfois un volume bien supérieur à la décision elle-même.

2. Le monopole des juges de la CIJ sur la fabrication de la décision est encore renforcé par le rôle limité du Greffe en la matière : si le département des affaires juridiques établit classiquement le procès-verbal des séances de la Cour et assure le secrétariat des comités de rédaction des projets de décision, sa participation substantielle à l'élaboration de la motivation se limite aux recherches de droit international et à l'examen des précédents jurisprudentiels et procéduraux³⁵. Ce travail est certes déterminant pour garantir la cohérence de la jurisprudence mais il n'en reste pas moins qu'à la différence d'autres juridictions internationales, le processus de décision et la rédaction des jugements de la C.I.J. demeurent fondamentalement « *matters reserved to the judges* ».³⁶

A l'OMC, il n'existe pas non plus de comité de rédaction et la possibilité d'instaurer un système de « rapporteur » n'a jamais été envisagée. Mais la formation de jugement est assisté par un secrétariat (un membre de la Division des affaires juridiques de l'OMC, en première instance ; un membre du secrétariat de l'Organe d'appel, en appel). Le rôle du secrétariat peut être important 1) en première instance, dans la mesure où le groupe spécial est une instance *ad hoc* dont les membres peuvent être inexpérimentés, 2) aux deux niveaux, en raison des contraintes de temps très fortes résultant de l'imposition de délais préfix pour statuer³⁷.

La question du rôle, et du pouvoir, du greffe – ou du secrétariat – n'est pas propre au juge de l'OMC. A l'OMC, elle se pose à deux séries croisées de niveaux : la première instance et l'appel, le niveau de principe et le niveau pratique. En ce qui concerne la première instance, le

³³ Par exemple, dans l'affaire Communautés européennes – *Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS/69/R, §§ 289-292, dans l'affaire Etats-Unis – *Blouses et chemises de laine*, WT/DS33/R, §§ 7.18-7.19, dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS/165/R, §§ 6.60-6.61, dans l'affaire *Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/R, §§ 10.1 à 10.15

³⁴ Par exemple, dans l'affaire de l'Amiante - mais il s'agissait d'une opinion concordante - (Communautés européennes - *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, §§ 149-154), dans l'affaire du Coton (États-Unis – *Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, §§ 631 et 641).

³⁵ Ses fonctions sont énumérées à l'article 26 du Règlement ; v. Ph. Couvreur, « L'organisation et les moyens des juridictions internationales face au contentieux international », in *La juridictionnalisation du droit international*, op. cit., pp. 467-509, p. 473.

³⁶ Selon le mot de l'ancien Juge et Président de la Cour, Lord McNair, que rapporte, dans le bilan tiré de son expérience comme membre du Greffe, H. Thirlway, « The Drafting of ICJ Decisions : Some Personal Recollections and Observations », *Chinese JIL*, 2006, pp. 15-28.

³⁷ Le temps normalement dévolu au juge s'avère en pratique encore abrégé par le fait que les délais officiels intègrent le temps de la traduction, puisque les rapports sont toujours publiés simultanément dans les trois langues officielles.

passage du temps n'a fait que confirmer que la juridictionnalisation avait mis le Secrétariat (et plus précisément la Division des affaires juridiques) dans une « situation impossible »³⁸ de dédoublement fonctionnel, puisqu'il ne s'agit plus seulement de fournir du conseil juridique et que, s'il devient parfois greffe, il reste par ailleurs secrétariat. Tenant la plume, détenteur de la mémoire juridique de l'institution, titulaire d'une continuité qui contraste spectaculairement avec le caractère transitoire de groupes spéciaux dont la composition dépend au surplus de plus en plus souvent de lui (puisque on constate une augmentation du nombre de cas où le Directeur général intervient faute d'accord entre les Etats), le Secrétariat est « fatalement » dans une position de très grande influence, ce qui privilégie la diffusion d'une vision qui, quelle que soit la rigueur des comportements individuels, est très logiquement davantage conditionnée par la loyauté institutionnelle que par la soumission à des juges passagers et souvent moins connaisseurs de la matière. Il n'est que de mentionner le point d'honneur que mettent les juristes assurant le secrétariat des groupes spéciaux à anticiper, pour essayer de l'éviter, toute possibilité de censure de la part de l'Organe d'appel. Il n'est pas toujours sûr, dans ce contexte, que les membres de groupes spéciaux ne soient pas parfois vus comme des empêcheurs de tourner en rond (notamment s'ils décident de prendre la plume pour un passage ou l'autre, ce qui posera le problème d'assurer la cohérence d'ensemble du rapport). Le risque, on le voit, est la prévalence progressive de la vision du secrétariat, reproche dont on peut rappeler qu'il était un de ceux adressés au système du GATT de 1947. Tout cela ne rend que plus important le rôle de l'Organe d'appel, mais sans oublier alors qu'il est, dans une certaine mesure, également confronté au problème.

Certes, l'Organe d'appel dispose d'un secrétariat propre, ce qui élimine certains inconvénients existants en première instance. On retrouve néanmoins certaines questions en version atténuée. Le faible nombre des juges, conjugué à leur présence à temps partiel et à la brièveté de délais que l'Organe d'appel met un point d'honneur à respecter, peut poser le problème de leur disponibilité effective en période d'afflux d'affaires. Le degré d'autonomie dont bénéficie alors le Secrétariat rend sensible le problème du recrutement de ses membres. On ne peut que remarquer, au-delà de la nationalité qui pourrait bien n'être qu'un aspect anecdotique, la domination des juristes non seulement formés au droit anglo-saxon et dans des universités américaines mais aussi davantage formés au droit des affaires ou de la concurrence qu'au droit international général. Cette tendance ne peut qu'être favorable à une logique assez endogène et *self-contained*, alors qu'on avait pu être surpris qu'on ait nommé, en tant que membres de l'Organe d'appel, tant de juristes qui viennent de l'extérieur et n'avaient pas la « culture OMC ». Leur volonté d'exercer leur pouvoir d'orientation et de décision n'en prend que plus d'importance.

L'ensemble de cette configuration a évidemment une influence sur la motivation. On doit bien comprendre que, dans l'ensemble, ce ne sont pas les juges qui tiennent la plume à l'OMC, contrairement à la CIJ. Ceci n'est pas en soi un problème dès lors qu'ils ont un pouvoir de modification, correction, amendement du texte qui leur est proposé, et donc le pouvoir de s'approprier la motivation. Néanmoins, il est évident que plus le rapport est long, plus la motivation est développée, plus cet exercice d'appropriation devient difficile, surtout si l'on prend en compte les contraintes de temps déjà signalées. Il est fort probable que la vigilance des juges peut également être fonction de la sensibilité de l'affaire concernée. Ainsi, la

³⁸ J. Weiler, “The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats”, p. 16.

motivation de tous les rapports n'a sans doute pas été rédigée avec le même soin que celle du rapport de l'affaire du *Système généralisé de préférences*³⁹.

3. Enfin, et c'est là une forte spécificité du MRD, dans l'élaboration de la motivation, les groupes spéciaux doivent également compter avec l'étape bien particulière du « réexamen intérimaire », qui met le juge de première instance et les parties dans une sorte de dialogue et qui met la motivation à l'épreuve. Selon l'article 15 du Mémorandum, en effet, :

« 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. »

Il ressort de ce texte que la rédaction du rapport du groupe spécial s'opère en plusieurs étapes, entre lesquelles s'intercalent des consultations avec les parties. Dans un premier temps, le groupe spécial leur communique « les sections descriptives (éléments factuels et arguments) » de son projet de rapport, puis, dans un deuxième temps, un rapport intérimaire comprenant « aussi bien les sections descriptives et ses constatations et conclusions ». Il s'agit là d'une nouveauté introduite par le Mémorandum sur le règlement des différends, cette phase, formalisée et conventionnalisée, remplaçant la communication confidentielle qui était autrefois faite aux parties et qui avait pour but de réaliser une dernière tentative de règlement amiable. Chaque partie peut alors demander au groupe spécial de réexaminer des aspects précis de son rapport avant qu'il ne soit communiqué à l'ORD et la manière dont les arguments avancés à ce stade ont été pris en compte devra être indiquée dans le rapport final. En d'autres termes, le groupe spécial est amené à modifier, renforcer, compléter sa motivation.

Cette phase est éminemment ambiguë. Considérée, à l'époque de l'adoption du Mémorandum, comme une étape particulièrement importante et de nature à assurer le succès du mécanisme, son intérêt supposé est de permettre aux groupes spéciaux de tenter une véritable conciliation entre les parties et donc de faciliter une solution acceptable par tous. Elle porte ainsi les traces de la préférence pour l'accord amiable et, d'ailleurs, dans une telle hypothèse, toute motivation disparaîtra. Mais la question est ici l'influence sur la motivation, en l'absence d'accord amiable. L'enjeu de cette phase, qui ne saurait allonger les délais et ne laisse donc

³⁹ Communautés européennes – *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*; WT/DS246/AB/R ; v. P. Monnier, H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2004-3, pp. 1036-1042.

guère de place pour les tergiversations, est d'obtenir la prise en compte de nouveaux arguments⁴⁰ et/ou des modifications d'interprétations ou d'argumentations, donc de la motivation. Et cela aura nécessairement des effets sur elle puisque, d'une manière ou d'une autre, le groupe spécial devra s'expliquer sur ce qu'il a fait des demandes⁴¹. Si cela peut être, pour le « perdant », une occasion d'essayer d'améliorer sa position, il n'est pas le seul intéressé. On constate que le « gagnant » en profite aussi pour proposer ce qu'il considère comme des améliorations de la motivation (et en même temps de sa position), en particulier dans la perspective d'un possible appel.

Certes, le groupe spécial reste le maître de son rapport mais une phase telle que le réexamen intérimaire accroît la pression sur la motivation et ne peut que contribuer à l'allonger. Il y a même eu des propositions pour en renforcer l'effet, non seulement en ajoutant une telle phase dans le cadre de la procédure d'appel (avec un enjeu plus fort concernant l'obtention de modifications de la motivation, puisque le rapport de l'Organe d'appel n'est susceptible, quant à lui, daucun contrôle) mais aussi en permettant aux parties de demander le retrait de paragraphes du rapport du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel⁴². Cette proposition, destinée à accroître l'influence des parties sur la motivation en permettant une immixtion accrue dans le raisonnement du juge⁴³, s'inscrit dans le cadre d'un débat plus général relatif à la « déférence » du juge et d'une revendication, notamment américaine, d'un MRD moins juridictionnel et davantage sous l'emprise des Etats. Cela contribuerait à transformer en coauteurs « par retranchement » ceux qui font normalement partie des destinataires de la motivation, encore que cette dernière situation présente déjà des caractéristiques spécifiques à l'OMC.

B - Les destinataires de la motivation ou la possibilité institutionnelle d'en débattre

1. Les destinataires de la motivation sont d'abord, et avant tout, les parties au différend, mais on sait très bien que ses effets, liés à sa fonction, ne s'arrêtent pas là. C'est bien ce qu'indique l'Organe d'appel de l'OMC, lorsqu'il affirme que :

« Notamment dans les affaires à l'issue desquelles il a été constaté qu'un Membre a agi de manière incompatible avec ses obligations au titre des accords visés, celui-ci a le droit de connaître les raisons de ces constatations, au nom de la régularité de la procédure. En outre, l'obligation d'exposer les “justifications fondamentales” dans le rapport du groupe spécial aide ce Membre à comprendre la nature de ses obligations et à prendre des décisions éclairées en ce qui concerne: i) ce qu'il doit faire afin de mettre en œuvre les décisions et recommandations éventuellement formulées par l'ORD; et ii) l'opportunité de faire appel et les chefs d'appel. L'article 12:7 favorise également la réalisation des objectifs énoncés à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, qui consistent à favoriser la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral et à clarifier les dispositions existantes des accords

⁴⁰ Il ne s'agit pas de moyens (qualifiés dans le MRD d'allégations) nouveaux et les parties sont dissuadées de présenter à ce stade des éléments de preuve nouveaux, le groupe spécial pouvant ne pas les prendre en compte dans son rapport final. V. *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, § 301.

⁴¹ Ce qu'il fait parfois longuement. Voir par exemple, *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, WT/DS132/R, section VI.

⁴² Proposition des Etats-Unis, formulée initialement en 2002 (v. Compte-rendu de la Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends, 10-11 mars 2003, TN/DS/M/10), à laquelle s'est associé le Chili et qui a été réitérée en 2005 (TN/DS/W/82 du 24 octobre 2005).

⁴³ C.-D. Ehlermann, “Reflections on the Appellate Body of the WTO”, *JIEL*, 2003-6, pp. 695-708, spéc. 706.

visés, parce que l'obligation d'exposer les raisons "fondamentales" permet aux autres Membres de l'OMC de mieux comprendre la nature et la portée des droits et des obligations qui résultent des accords visés. »⁴⁴

On pourrait presque y lire une version atténuée des analyses de Perelman, selon qui « au moyen de (la motivation), le juge tente de persuader et de rallier à son raisonnement tant les parties au procès (aux arguments desquelles il est tenu de répondre) que l'éventuelle instance de recours (dans l'anticipation d'un tel recours), mais aussi plus largement la doctrine (c'est-à-dire la communauté scientifique des juristes, qui rend compte de manière critique de la jurisprudence), l'opinion publique et, au-delà encore, l'auditoire universel, cette instance ultime de la raison argumentative, face à laquelle se mesure idéalement la puissance de conviction rationnelle d'une décision de justice »⁴⁵. Il n'y a aucune raison de penser que les choses se présentent différemment concernant la CIJ.

2. Il faut toutefois tenir compte des conséquences de la présence à l'OMC d'un double degré de juridiction. S'agissant des parties, cela explique que, si l'Organe d'appel vise tout particulièrement le défendeur « perdant » (le MRD est un mécanisme où le défendeur est souvent perdant), ce dont il s'explique assez bien, la motivation intéresse autant le « gagnant », qui est également titulaire du droit de faire appel et qui l'exerce d'ailleurs parfois, généralement moins pour contester des solutions que des interprétations, donc des parties de la motivation. Mais, même à la CIJ, ce sont plus souvent les deux parties, également destinataires privilégiés de sa décision, que la Cour veut convaincre du bien-fondé de cette dernière. Il n'est donc pas étonnant qu'elle s'attache, si possible à chaque étape de son raisonnement, à rechercher les éléments exprimant leur accord ou la convergence de leurs thèses, qu'il s'agisse des faits ou du droit applicable.

A l'OMC, la motivation s'adresse également aux tierces parties, autre spécificité procédurale du MRD. Les arguments de celles-ci sont exposés dans le rapport et, même si cela reste relativement rare, il arrive que les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel les mentionnent dans le rappel qu'ils opèrent des arguments des parties à propos de telle ou telle question. Enfin, il est également évident, même si l'Organe d'appel ne le mentionne pas, qu'il fait lui-même partie des destinataires – au moins potentiels – de la motivation quand elle émane des groupes spéciaux, puisqu'elle lui fournira l'essentiel du matériau de son contrôle. En revanche, le fait qu'il mentionne, de lui-même, l'ensemble des Membres de l'OMC pourrait davantage surprendre⁴⁶. On peut y voir le signe d'une approche téléologique de la motivation, reliée aux objectifs globaux du MRD tels qu'explicités dans l'article 3 :2, auquel l'Organe d'appel se réfère d'ailleurs. Mais cela doit aussi être mis en perspective au regard des particularités du MRD, en particulier celle qui consiste à attribuer la compétence formelle d'adoption des rapports (adoption qui leur confère leur caractère obligatoire) à l'ORD, c'est-à-dire une organe plénier, où tous les membres de l'OMC sont représentés.

4. Sans doute l'ORD n'a-t-il pas, en l'état actuel des choses, le pouvoir de modifier la motivation. La règle du consensus inversé l'oblige (quasiment) au contraire à l'adopter telle quelle. Mais, d'une part, cette adoption n'est pas un endossement, au sens où le rapport ne lie que les parties et que les interprétations et raisonnements qu'il contient ne deviennent pas obligatoires pour l'ensemble des membres. En d'autres termes, l'adoption du rapport par un organe autre que celui qui l'a élaboré ne change pas le statut juridique des motifs, elle confère

⁴⁴ Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis), WT/DS132/AB/RW, § 107.

⁴⁵ B. Frydman, « Perelman », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 978.

⁴⁶ On pourrait y voir un indice confirmant qu'on n'a pas affaire à un vrai juge.

sa valeur obligatoire au dispositif⁴⁷. Cette dernière n'est pas expressément qualifiée d'autorité de la chose jugée. Le fait que le terme ne soit pas utilisé ne fait pas en soi obstacle à son emploi, mais l'analyse est en l'occurrence parasitée par la disjonction entre l'organe qui énonce la vérité légale et l'organe qui prend formellement la décision. En pratique, l'argument de la chose jugée a déjà été avancé devant un Groupe spécial⁴⁸. La manière dont celui-ci l'a traité, le contournant sans le trancher, montre au moins que la question n'est pas résolue par le simple constat que l'organe qui prend la décision est politique. Tout en notant que la « question générale de l'applicabilité du principe de la chose jugée dans les procédures de règlement des différends de l'OMC » avait « une importance systémique », le Groupe spécial a estimé qu'il n'aurait eu à y répondre que si les conditions de son application avaient été réunies, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁴⁹. Il faut donc chercher les éventuels éléments de réponse ailleurs, en tenant notamment compte du deuxième angle sous lequel la question est apparue, celle de savoir quelle était la valeur des rapports adoptés et plus précisément s'ils pouvaient être considérés comme liant l'ensemble des membres de l'OMC puisqu'ils concourraient tous à leur adoption. On entrevoit rapidement les problèmes systémiques que soulèverait une telle approche, en particulier en termes de portée des interprétations que porte la motivation. C'est une manière de répondre par défaut à la question.

D'autre part, si l'adoption est automatique, elle est néanmoins précédée d'un débat au cours duquel le rapport - et donc la motivation qu'il contient - peut faire l'objet de commentaires et de critiques de la part des membres de l'ORD, y compris les parties au différend. L'article 16 du Mémorandum prévoit en effet que :

« 2. 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. 3. Les parties à un différend auront le droit de participer pleinement à l'examen du rapport du groupe spécial par l'ORD et leurs vues seront dûment consignées. »

Pour que les choses soient bien claires, le § 4 ajoute que « Cette procédure d'adoption est sans préjudice du droit des Membres d'exprimer leurs vues sur le rapport d'un groupe spécial. »

Ainsi donc, s'il en résulte qu'aucun Membre de l'OMC ne peut ignorer la motivation, chacun peut aussi exprimer des divergences de vue par rapport à la position des juges. Même si c'est

⁴⁷ L'article 17 :14 peut sembler introduire une ambiguïté lorsqu'il indique que « Un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend », dans la mesure où il vise le rapport dans son ensemble.

⁴⁸ Plus précisément, une des difficultés de l'affaire Inde - *Mesures concernant le secteur automobile* (Groupe spécial, rapport du 21 décembre 2001, WT/DS146 et WT/DS175 ; « Chronique du règlement des différends de l'OMC », *JKI* 2002/3) qui opposait les États-Unis et la Communauté européenne à l'Inde pouvait venir de ce qu'elle avait un rapport avec une affaire précédemment objet d'une procédure de règlement, l'affaire Inde - *Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels* (WT/DS90, « Chronique du règlement des différends de l'OMC », *JKI* 2000/2, p. 406), et que cela pouvait rétroagir sur la compétence du Groupe spécial. Celui-ci a dû examiner si l'une quelconque des allégations d'un des plaignants pouvait se heurter au principe de la chose jugée.

⁴⁹ Selon le Groupe spécial, « 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 » (§ 7.59) c'est-à-dire notamment que si « la question tranchée précédemment (était) essentiellement la même que celle qui est soumise au groupe spécial suivant » (§ 7.66). En d'autres termes, il a considéré devoir d'abord procéder à une analyse factuelle pour déterminer si les affaires étaient ou non similaires et, pour ce faire, comparer les mesures expressément examinées, les allégations expressément formulées. Concluant en l'occurrence qu'il y avait des allégations nouvelles et que des mesures juridiquement distinctes étaient en cause (§ 7.102), il a donc estimé que « le principe de la chose jugée ne pourrait s'appliquer aux faits de l'espèce » et « ne se prononce pas sur le point de savoir si ce principe pourrait éventuellement s'appliquer au règlement des différends dans le cadre de l'OMC » (§ 7.103). Il est très vraisemblable que le Groupe spécial a anticipé un appel (en l'occurrence abandonné) mais l'Organe d'appel n'a pas encore eu l'occasion de se mêler de ce débat qui catalyse en définitive nombre d'ambiguités. Inde - *Mesures concernant le secteur automobile*, Groupe spécial, rapport du 21 décembre 2001, WT/DS146 et WT/DS175.

sans conséquence sur l'adoption, cela ne peut pour autant être considéré comme négligeable. L'attention qui est portée à ces débats, en particulier par l'Organe d'appel, sans être une variable explicite de ses décisions, est certaine et montre sa sensibilité à la question de l'« acceptabilité sociale » de ses solutions. L'impact sur la manière de concevoir la motivation est d'ailleurs évident, le juge de l'OMC étant toujours menacé de voir la légitimité de ses argumentations contestées et d'être accusé d'activisme judiciaire. On trouve trace de cette préoccupation dans la volonté persistante de l'Organe d'appel de conserver une approche la plus casuistique possible des affaires dont il est saisi. Il reste le plus près possible de l'appréciation du cas d'espèce dont il est saisi et évite les *obiter dicta*. La pratique de l'économie jurisprudentielle permet de la même manière d'éviter de « préjuger », de lier l'avenir, de manière non indispensable. La motivation est également utilisée, notamment lorsque les questions sont particulièrement sensibles⁵⁰, pour bien insister sur la distinction entre ce que le juge a dit et ce qu'il n'a pas dit. Pour autant, même avec ces précautions, la liberté de motivation du juge continue de susciter des réticences que traduit à l'extrême la proposition (corrélative de celle mentionnée plus haut concernant le réexamen intérimaire) de permettre que l'adoption par l'ORD puisse n'être que partielle, étant précisé que les parties au différend ne sont pas liées par les « constatations » ou « justifications fondamentales » non adoptées⁵¹. On peut encore y relier la curieuse suggestion du Rapport Sutherland⁵² d'une « approche constructive » consistant « à choisir occasionnellement des constatations particulières qui feraient l'objet d'une analyse approfondie par un groupe d'experts spécial raisonnablement impartial désigné par l'ORD, afin d'avoir un rapport équilibré contenant des critiques constructives pour l'information du système de l'OMC, y compris l'Organe d'appel et les groupes spéciaux », avec la possibilité, « dans les cas extrêmes », de recommander l'adoption d'interprétations authentiques⁵³. De quoi pourrait-il s'agir d'autre que de renverser une interprétation du juge ou de contester la motivation retenue au soutien d'une constatation ? La proposition, qui semble assez liée au mécontentement américain face à la jurisprudence en matière de mesures commerciales correctives dont les Etats-Unis ont fait principalement les frais, laisse perplexe, non pas tant quant à la praticabilité d'un système qui ramène, après un détour, vers des procédures que les membres se sont avérés jusqu'ici incapables ou non désireux d'employer, que parce qu'elle se présente comme une mise en garde préventive adressée au juge de ne pas s'aventurer à des décisions controversées, ce qui ramène en partie vers la crainte d'un juge qui se ferait normateur ou, à tout le moins, alourdirait les obligations que les membres pensent avoir acceptées (sous la réserve bien sûr, que celui qui perd a naturellement tendance à penser qu'on a, en réalité, alourdi ses obligations).

On retrouve le même type de souci à la CIJ, même si la configuration est différente puisque la décision est directement obligatoire, assortie de l'autorité relative de la chose. Mais c'est justement cet aspect dont la Cour se sert pour s'adresser indirectement aux tiers et leur rappeler que la chose jugée leur est inopposable. Cela ne suffit cependant pas à protéger complètement les tiers contre certains effets des décisions. Le meilleur exemple en est fourni par l'interprétation des conventions multilatérales. Mais la chose apparaît de façon encore plus topique lorsque la Cour estime ne pouvoir exercer sa juridiction en l'absence du consentement d'un Etat dont « les intérêts juridiques seraient non seulement touchés par une

⁵⁰ V., par exemple, Etats-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS53/AB/R ou Etats-Unis – *Traitemen fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, WT/DS108/AB/R.

⁵¹ V. Proposition des Etats-Unis, TN/DS/W/82 du 24 octobre 2005.

⁵² *L'avenir de l'OMC – relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif au Directeur général, OMC, 2004. V. Mini-Symposium on the Consultative Board's report on the Future of the WTO, *J.I.E.L.*, 2005, June, pp. 291-346.

⁵³ § 251.

décision mais constitueraient l'objet même » de celle-ci. On sait qu'appliqué pour la première fois dans l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome* en l'absence du consentement de l'Albanie⁵⁴, ce principe l'a été à nouveau quarante ans plus tard dans celle du *Timor oriental*. Tout en refusant de statuer sur les demandes du Portugal en l'absence du consentement de l'Indonésie, la Cour croit devoir se tourner une dernière fois vers le premier afin de souligner, à la limite de l'*obiter dictum*, « l'importance des questions que ces demandes soulèvent et des règles de droit international qu'elles mettent en jeu », et rappeler enfin qu'« en tout état de cause elle a pris note, au § 31 du présent arrêt, du fait que pour les deux Parties le territoire du Timor oriental demeure un territoire non autonome et son peuple a le droit à disposer de lui-même »⁵⁵.

5. Mais, ce n'est pas le seul point de vue qui compte car, au-delà de la communauté directement concernée des membres de l'OMC ou des parties et Etats tiers à la CIJ, la motivation s'adresse aussi à l'opinion publique (si l'on admet que celui qui agit en justice pour son droit subjectif remplit aussi une fonction sociale). La relative ouverture de la procédure aux tiers (question des *amicus curiae*) dans le cadre du MRD est déjà un indice de la conscience de la présence de cette opinion publique derrière les Etats. Le juge ne s'adresse évidemment pas directement à elle. Il n'empêche que cela peut être un facteur explicatif de certaines décisions comme celle de l'Amiante. Certes, le juge y a justifié le fait de conclure à propos de l'article XX :b) du GATT par le motif qu'il ne concluait pas à la violation de l'article III pour des raisons de procédure (défaillance dans la charge de la preuve). Dès lors, l'affaire aurait pu ultérieurement revenir devant lui. Néanmoins, on peut aussi considérer qu'il a saisi l'occasion de montrer positivement sa capacité de prendre en compte les préoccupations de santé publique, c'est-à-dire des préoccupations humaines et pas seulement commerciales, puisqu'il s'agit du premier cas où l'invocation d'une exception a été juridictionnellement efficace. En ce sens, il a développé sa motivation au-delà de ce qu'aurait pu justifier l'économie jurisprudentielle (v. *infra*). Si c'est l'indice le plus prégnant de la tentation de « justice compassionnelle » qui semble s'emparer de bien des prétoires, peut-être parce que la matière s'y prête moins, il n'empêche qu'il montre que la tentation « de faire évoluer les procès sur le modèle de l'espace public... qui est nettement traduit en droit positif par l'ouverture grandissante de tous les procès à ceux non pas qui ont un intérêt à défendre mais qui ont quelque chose à dire »⁵⁶, se manifeste aussi à l'OMC, avec les conséquences qui peuvent en résulter sur la motivation.

Le constat est, là encore, le même concernant la CIJ. Il suffit de mentionner la façon dont elle mentionne ou s'adresse à la communauté internationale. La « communauté internationale » apparaît régulièrement dans les motifs des décisions de la Cour de façon contemporaine de sa consécration par la convention de Vienne sur le droit des traités comme élément de définition du droit impératif général⁵⁷. Evoquée à travers des notions juridiques liées à son concept, la communauté internationale apparaît encore plus visiblement comme destinataire de la motivation de la Cour lorsque cette dernière s'adresse directement à elle. Tel est le cas dans l'affaire des *Places-formes pétrolières*, comme auparavant dans celle du *Personnel diplomatique et consulaire*. Après avoir insisté sur le caractère « unique et d'une gravité toute

⁵⁴ Arrêt du 15 juin 1954, *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Rec. 1954, p. 32.

⁵⁵ *Timor oriental*, C.I.J. Rec. 1995, préc., pp. 105-106, §§ 36-37 ; v. E. Jouannet, « Le principe de l'*Or monétaire* dans l'affaire du *Timor oriental* », R.G.D.I.P., 1996, pp. 673-712.

⁵⁶ Id., p. 160.

⁵⁷ V. notamment *Barcelona Traction*, C.I.J. Rec. 1970, préc., p. 32, §§ 33-34 et la consécration explicite de la notion de *jus cogens in Activités armées* (*RDC c. Rwanda*), C.I.J. 2006, préc., § 64 ; la Cour rappelle le *dictum* dans l'arrêt *Application de la convention sur le génocide*, C.I.J. 2007, préc., § 161.

particulière » de cette affaire et « l'extrême importance des principes de droit dont elle est amenée à faire application (...), la Cour croit de son devoir d'attirer l'attention de la communauté internationale tout entière, y compris l'Iran, qui en est membre depuis des temps immémoriaux, sur le danger peut-être irréparable d'événements comme ceux qui ont été soumis à la Cour »⁵⁸. La liberté que se reconnaît la C.I.J. pour amplifier à destination de cette « communauté » la portée de ses motifs ne fait dès lors qu'actualiser les potentialités ouvertes par son statut d'« organe judiciaire principal des Nations Unies ». Une telle attitude peut presque paraître aller de soi dans les affaires jugées au fond par la Cour mais elle se manifeste encore plus spectaculairement en l'absence de toute compétence pour trancher le différend. C'est ainsi qu'après avoir précisé qu'elle ne pouvait pour cette raison prendre position sur le fond des demandes présentées par le Congo au sujet des activités armées du Rwanda sur son territoire, la Cour réaffirme la distinction fondamentale entre la question de l'acceptation de sa juridiction par les Etats et la conformité de leurs actes au droit international : « qu'ils aient accepté ou non (cette) juridiction, les Etats sont en effet tenus de se conformer aux obligations qui sont les leurs en vertu de la Charte des Nations Unies et des autres règles du droit international, y compris du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme, et demeurent responsables des actes contraires au droit international qui pourraient leur être attribués »⁵⁹. La Cour avait même pris encore plus de liberté dans la phase conservatoire de cette affaire en ajoutant des motifs « compassionnels » par lesquels elle exprime sa « (profonde préoccupation pour) le drame humain, les pertes en vies humaines et les terribles souffrances que l'on déplore dans l'est de la République démocratique du Congo à la suite des combats qui s'y poursuivent »⁶⁰. Cependant, « dans un contexte où sa sollicitation accrue amène la Cour à s'affirmer plus audacieusement qu'hier garante du respect des principes cardinaux de l'ordre juridique international, il n'est pas sûr que l'expression de son souci des victimes soit seulement une concession au discours « compassionnel » servant aujourd'hui d'alibi à l'inertie politique des gouvernants⁶¹ : fût-elle mal placée au regard d'une conception légitimement exigeante de la fonction juridictionnelle, il n'est pas plus interdit de voir dans ces motifs surabondants une discrète indication de la place que les individus devraient occuper au sein d'une « communauté internationale » encore toute idéale mais qui n'en est déjà pas moins, via les Etats qui la personnifient, leur obligée »⁶².

III. Fondements et rôle(s) de la motivation

⁵⁸ *Personnel diplomatique et consulaire*, C.I.J. Rec. 1980, préc., pp 42-43, § 92. Mais pour faire bonne mesure, elle tient à préciser aussitôt que si elle n'est pas saisie de la question de la licéité internationale de l'incursion américaine en Iran pour libérer les otages, « elle ne peut laisser passer sans commentaire » ni « manquer d'exprimer le souci que lui inspire cette incursion », et « en conséquence se sent tenue de faire observer que, quels qu'en soient les motifs, une opération entreprise dans ces circonstances est de nature à nuire au respect du règlement judiciaire dans les relations internationales » (*Id.*, p. 43, §§ 93-94).

⁵⁹ *Activités armées (RDC c. Rwanda)*, C.I.J. 2006, préc., § 127 ; cette assertion reflète l'opinion des juges qui déplorent les limitations statutaires à la fonction juridictionnelle et le rôle plus important que la Cour devrait jouer, en ce sens décl. Elaraby, § 10, ou se gardent au minimum de toute généralisation quant à la compatibilité d'une réserve procédurale avec l'objet et le but d'une convention humanitaire : op. ind. coll. Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma.

⁶⁰ Ordonnance du 10 juillet 2002, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête)* (RDC c. Rwanda) *Demande en indication de mesures conservatoires*, C.I.J. 2002, p. 219, p. 240, § 54.

⁶¹ *Id.*; pour un point de vue plus nuancé, E. Jouannet, *op. cit.*, R.G.D.I.P., 2005, pp. 945-946 ; sur la question évoquée, v. M. Richard, *La République compassionnelle*, Paris, Grasset, 2006.

⁶² G. Cahin, « La motivation des décisions de la CIJ », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, à paraître.

La réponse semble, *a priori*, assez simple et élémentaire : la motivation est obligatoire. On ajoutera, concernant le MRD, qu'ayant le pouvoir de « confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial »⁶³, l'Organe d'appel peut donc toucher à la motivation, ce que lui-même motive. Mais le constat de cette obligation est loin d'épuiser la question. L'obligation ne fait en effet jamais que traduire en énoncé doté d'une force légale une nécessité qui s'imposerait en dehors d'elle. Il faut donc envisager successivement ces deux aspects d'obligation et de nécessité.

A - L'obligation de motiver

En première analyse, l'existence d'une obligation de motiver n'est pas originale. Elle pèse de façon générale sur l'ensemble des juridictions internationales d'après leur statut même⁶⁴. Cette explicitation est un indice de l'importance qui lui est accordée. Mais cela soulève trois questions.

1. L'une est de savoir si cette obligation existerait même sans texte, soit que l'on doive considérer avoir affaire à une codification, soit que l'on doive considérer que la présence dans tous les textes a donné naissance à une règle générale. Carlo Santulli⁶⁵ parle, par exemple, de « règle traditionnelle du procès international », avant d'ajouter qu'il « est *de principe* que le défaut de motifs constitue un vice affectant la validité des décisions »⁶⁶, ce qui reste, somme toute, assez vague. On sait que l'obligation de motiver les décisions de justice n'a pas toujours existé. Il n'en reste pas moins que son affirmation et sa consolidation ont largement précédé l'émergence de la justice internationale, pour laquelle elle semble effectivement fonctionner comme un acquis (ou un donné). Cela renvoie néanmoins à la question de savoir pourquoi cette obligation paraît si « naturelle » ou si évidente, pourquoi « cette exigence apparaît si forte qu'on imagine mal qu'il y ait eu des époques où les juges tranchaient sans donner la moindre explication et où ce silence apparaissait comme la meilleure des solutions »⁶⁷ (v. *infra*). L'obligation de motiver est, sans nul doute, traçable coutumièvement⁶⁸.

2. La deuxième question a trait au champ d'application de l'obligation de motivation. Ainsi que l'a indiqué l'Organe d'appel, « les "justifications fondamentales" qu'un groupe spécial doit donner sont directement liées aux "constatations et recommandations" formulées par lui »⁶⁹. En revanche, son applicabilité aux demandes qu'une suggestion soit faite concernant les modalités d'exécution, conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, est moins évidente, les propos de l'Organe d'appel restant assez sibyllins lorsqu'il affirme : « Le Groupe spécial a traité la demande de suggestion présentée par l'Argentine au paragraphe 9.4 de son rapport. L'explication du Groupe spécial est brève, mais elle est suffisante pour faire comprendre qu'il a examiné la demande de l'Argentine et que, compte tenu de la nature discrétionnaire du pouvoir de faire une suggestion, il s'est abstenu d'exercer ce pouvoir

⁶³ Article 17 :13 du Mémorandum.

⁶⁴. V. art. 56 du Statut de la CIJ ; art. 12 :7 du Mémorandum OMC ; art. 45 de la CEDH ; art. 30 du Statut du TIDM, etc.

⁶⁵ Encore que l'on puisse hésiter à citer son propos concernant le MRD, dans la mesure où il ne considère pas comme juridictionnel eu plein sens du terme.

⁶⁶ Italiques ajoutés, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 380, § 657.

⁶⁷ P. Texier, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, LGDJ, 2000, p. 5 ; voir aussi E. Jeuland, « Motivation », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 911-915.

⁶⁸ V. le rapport de G. Cahin, « La motivation des décisions de la CIJ », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, à paraître.

⁶⁹ Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis), WT/DS132/AB/RW, § 106.

discrétionnaire. La nature discrétionnaire du pouvoir de faire une suggestion au titre de l'article 19:1 doit rester présente à l'esprit au moment d'examiner le caractère suffisant de la décision d'un groupe spécial de ne pas exercer un tel pouvoir. Toutefois, elle ne devrait pas dispenser un groupe spécial de prêter attention aux arguments présentés par une partie à l'appui d'une telle demande. En l'espèce, l'Argentine a donné plusieurs raisons à l'appui de sa demande de suggestion. Quand bien même il aurait été souhaitable que le Groupe spécial expose plus clairement les raisons pour lesquelles il s'est abstenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire de faire une suggestion, cela ne signifie pas que le Groupe spécial ait exercé indûment son pouvoir discrétionnaire et, par conséquent, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les articles 11 et 12:7 soient applicables à une demande de suggestion, nous ne considérons pas que, dans les circonstances de la présente affaire, le Groupe spécial ait manqué à ses devoirs au titre de ces dispositions⁷⁰ »⁷¹.

Concernant la CIJ, son discours relatif à la motivation des décisions d'autres juridictions internationales confirme la nécessité d'un ordre logique dans le raisonnement suivi pour fonder les conclusions et le souci d'une compréhension pédagogique de la démarche du juge, condition du caractère raisonnable et juste de la décision. Le respect de l'obligation de motiver est donc soumis à une exigence de rationalité qui se traduit avant tout par l'existence d'un lien raisonnable entre les motifs retenus et les conclusions qu'ils soutiennent. Le raisonnement judiciaire se présente ainsi comme « le type même du raisonnement pratique » qui vise à justifier une décision et à montrer qu'elle n'est pas arbitraire ou injuste en invoquant des raisons qui sont des arguments, non contraignants à la différence d'une démonstration mathématique, et d'une force convaincante variable⁷². Cet aspect n'est d'ailleurs pas ignoré des membres de la Cour : si certains considèrent que celle-ci est liée par « les règles du droit et de la logique »⁷³, la seconde s'appliquant... logiquement au premier sauf à en nier l'existence, d'autres indiquent clairement qu'« en l'absence de mécanisme contraignant, les conclusions judiciaires ne peuvent obtenir l'adhésion de l'esprit, *convictio juris*, qu'en faisant simultanément appel au vraisemblable, au plausible et au probable »⁷⁴. De fait, tous les raisonnements de la Cour sont imprégnés et se réclament au surplus explicitement de cette « 'logique du raisonnable' qui lui permet de concilier les éléments de logique formelle avec la prise en compte de valeurs présidant aux choix qui jalonnent le discours juridique »⁷⁵. Si la

⁷⁰ (note originale) À la lumière de ce qui précède, nous n'avons pas besoin de décider ici si les prescriptions des articles 11 et 12:7 sont applicables à l'examen par un groupe spécial d'une demande de suggestion au titre de l'article 19:1 du Mémorandum d'accord.

⁷¹ États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères, *Recours de l'Argentine à l'Article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS268/AB/RW, § 183.

⁷² Ch. Perelman, « Le raisonnement juridique », in *Ethique et droit*, op. cit., pp. 576-586, p. 576 et p. 584 ; v. aussi J. Wroblewski, « Motivation de la décision judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, op. cit., pp. 111-135, pp. 119-120, qui distingue la « justification interne » visant seulement la validité des inférences entre les prémisses et la conclusion, et la « justification externe » visant les règles du raisonnement admises aussi bien que la validité des raisonnements : la première (justification *sensu stricto*) est formulée d'une manière logique et même syllogistique, la seconde fait appel à la persuasion argumentative, c'est-à-dire à la justification au sens large.

⁷³ Namibie, C.I.J. Rec. 1971, préc., p. 181, op. ind. De Castro.

⁷⁴ Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, C.I.J. Rec. 1991, préc., p. 122, § 9, op. diss., Aguilar Mawdsley et Ranjeva.

⁷⁵ O. Corten, *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international*, op. cit., p. 205, et pp. 31-79 ; comme l'écrivit aussi E. Jouannet, op. cit., R.G.D.I.P., 2005, p. 926, « l'arrêt doit pouvoir être compris comme étant non pas le produit d'un artifice arbitraire du juge mais l'application du droit international – aspect logique du raisonnement qui permet de saisir comment s'est élaborée, même fictivement, la vérité judiciaire ; l'arrêt doit également tenir compte du contexte dans lequel il s'insère et de l'adhésion des sujets auxquels il s'adresse – aspect argumentatif du raisonnement qui doit aussi convaincre du bien fondé de la décision ».

jurisprudence de la Cour satisfait d'une manière générale à l'exigence d'un lien raisonnable, l'étroitesse et la solidité de ce lien n'en demeurent pas moins fort variables, ce que le contentieux territorial illustre assez bien, puisqu'on y observe toutes les densités de liens. On ajoutera que la CIJ n'hésite pas à recourir à des motifs surabondants pour confirmer son raisonnement, examiner des arguments non retenus, motiver doublement, etc.

3. La troisième question est de savoir si le respect de l'obligation de motivation est susceptible d'un contrôle, voire d'une sanction. C'est un des points sur lesquels le MRD présente une certaine originalité, en raison de l'existence d'un double degré de juridiction intégré. L'obligation de motiver étant une obligation de droit, son non-respect – ou la prétention de son non-respect –, par les groupes spéciaux, y compris ceux de l'article 21 :5⁷⁶, est un des moyens (une des « allégations ») susceptibles d'être soulevés en appel. C'est d'ailleurs dans le cadre du traitement de telles allégations que l'Organe d'appel a donné un certain nombre de précisions sur l'interprétation et la portée (la consistance) de l'obligation de motivation (v. *infra*). Encore faut-il savoir plus précisément comment ce moyen est ou peut être soulevé en appel.

Il s'agit d'un moyen autonome et donnant lieu à un contrôle autonome. Il doit donc être soulevé explicitement comme tel, avec suffisamment de précision, sinon à ce que l'Organe d'appel ne s'estime pas valablement saisi de l'allégation. C'est du moins ce qu'on peut déduire du refus opposé aux Etats-Unis dans l'affaire du *Coton*. L'Organe d'appel a alors indiqué :

« Nous reconnaissons que le libellé du paragraphe 10 de la déclaration d'appel des États-Unis (et, en particulier, l'emploi de l'expression “par exemple”) donne à penser que les constatations énumérées dans ce paragraphe sont simplement des *exemples* de constatations contestées en relation avec l'article 12:7 du Mémorandum d'accord, et que l'allégation d'erreur formulée par les États-Unis au titre de l'article 12:7 englobe d'autres constatations du Groupe spécial. Autrement dit, le paragraphe 10 est censé fournir une liste exemplative et non exhaustive des constatations que les États-Unis entendent contester au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord. Cependant, le fait que le paragraphe 10 est censé fournir une liste exemplative n'est pas déterminant pour le point de savoir si la déclaration d'appel contient une référence suffisante aux constatations du Groupe spécial indiquées au paragraphe 493 ci-dessus pour nous permettre de conclure que ces constatations sont incluses dans l'appel des États-Unis. La signification de termes tels que “par exemple” est susceptible de dépendre de l'allégation particulière en question et du contexte particulier dans lequel le terme est utilisé dans un appel donné. À notre avis, dans leur déclaration d'appel, les États-Unis n'ont pas avisé d'une manière suffisante le Brésil, comme il prévoit la règle 20 2) des *Procédures de travail, pour l'examen en appel* (les “*Procédures de travail*”), qu'ils entendaient formuler une allégation d'erreur au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord en ce qui concerne les constatations du Groupe spécial indiquées au paragraphe 493 ci-dessus. Nous nous abstenons donc de nous prononcer sur ces constatations en ce qui concerne l'article 12:7 du Mémorandum d'accord. »⁷⁷

⁷⁶ « Nous tenons à ajouter, par souci de transparence et d'équité pour les parties, que même un groupe spécial formé au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord devrait s'efforcer d'exposer dans son propre rapport la justification essentielle de ses constatations et recommandations ». Organe d'appel, *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, WT/DS132/AB/RW, § 126.

⁷⁷ *États-Unis — Coton upland*, WT/DS267/AB/R, § 495. Voir aussi *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R,

A l'arrière-plan, on retrouve le souci de la régularité de la procédure, à laquelle l'Organe d'appel a adossé l'obligation de motivation, régularité qui inclut le respect des droits de la défense et donc le droit du défendeur d'être clairement informé des allégations auxquelles il aura à faire face. Mais, dans le même temps, la formulation retenue par l'Organe d'appel est suffisamment alambiquée pour qu'on ne sache quand même pas très bien quel est le degré de précision requis. Il semble néanmoins que l'allégation relative à un défaut ou une insuffisance de motifs doive identifier le ou les paragraphes visés, ou du moins, la partie du raisonnement du groupe spécial visée. En d'autres termes, l'appelant ne peut sans doute pas se contenter de donner des exemples, du moins s'ils ne se rapportent pas à une section précise de la motivation, sinon à laisser planer une incertitude incompatible avec les droits de la défense.

En pratique, nonobstant son autonomie, le moyen est généralement soulevé de manière supplémentaire et, semble-t-il, un peu « au cas où », c'est-à-dire de manière résiduelle. Il reste donc plutôt marginal dans la stratégie contentieuse des parties et est de plus en plus associé à des allégations relatives au nom respect du critère d'examen⁷⁸. Et si le juge l'isole généralement dans son raisonnement⁷⁹, peut-être précisément pour lui conserver au moins formellement son autonomie⁸⁰, on peut se demander dans quelle mesure l'évolution de la jurisprudence relative au critère d'examen n'est pas de nature à lui faire perdre une grande partie de son intérêt. En effet, pour analyser si le groupe spécial a procédé à « l'évaluation objective de la question » requise par l'article 11 du Mémorandum, l'Organe d'appel scrute littéralement la motivation retenue si bien que, soit le critère d'examen n'a pas été appliqué de façon satisfaisante, et l'Organe d'appel ne juge alors pas utile d'aller plus loin dans son analyse⁸¹ et d'examiner le moyen relatif à l'insuffisance des motifs⁸², soit le critère d'examen

§ 190 : « Comme il ne nous a pas été demandé de faire des constatations au titre des articles 11 et 12:7, nous n'en ferons pas. Nous relevons toutefois que le paragraphe 40 de la communication des États-Unis en tant qu'appelant mentionne explicitement le fait que le Groupe spécial a manqué à ses obligations au titre de ces dispositions. Cela semble clairement indiquer que les États-Unis formulaient bien des allégations au titre des articles 11 et 12:7 du Mémorandum d'accord. Nous notons aussi que les États-Unis n'ont pas laissé entendre dans leur lettre du 8 novembre 2002, dans laquelle ils s'opposaient à la demande de décision préliminaire sur le champ de l'appel présentée par le Canada, qu'ils ne demandaient pas de constatations au titre de ces dispositions. À notre avis, le Canada et les autres intimés avaient donc des raisons d'interpréter la communication des États-Unis en tant qu'appelant comme si ceux-ci formulaient bien de telles allégations. Néanmoins, étant donné que les États-Unis ont expliqué à l'audience qu'ils ne présentaient pas de telles allégations, la question de savoir si elles étaient notifiées dans la déclaration d'appel ne présente plus d'intérêt. »

⁷⁸ Voir par exemple l'affaire *Coton*.

⁷⁹ Voir par exemple : « Nous examinerons séparément, dans une autre section du présent rapport, l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'obligation qui lui était faite à l'article 12:7 du Mémorandum d'accord... ». *États-Unis — Sauvegardes concernant l'acier*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS 254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, § 271.

⁸⁰ Encore qu'il ne s'agisse pas nécessairement de lui consacrer une section séparée du rapport. Le style peut varier d'un rapport à l'autre. Cela peut aussi dépendre du nombre d'allégations relatives à l'insuffisance des motifs. Toute généralisation est donc abusive.

⁸¹ « Nous notons que, ayant infirmé ces constatations au motif que le Groupe spécial avait énoncé et appliqué un critère d'examen incorrect à la détermination au titre de l'article 129, il n'est pas nécessaire que nous examinions l'allégation du Canada selon laquelle le Groupe spécial a manqué à son devoir, au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord, d'exposer les "justifications fondamentales" de ses constatations et conclusions », WT/DS277/AB/RW, § 141.

⁸² Voir, par exemple, *États-Unis — Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada - Recours du canada à l'Article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS277/AB/RW, § 141 : « ayant infirmé ces constatations au motif que le Groupe spécial avait énoncé et appliqué un critère d'examen incorrect à la détermination au titre de l'article 129, il n'est pas nécessaire que nous examinions l'allégation du Canada selon

a été appliqué de manière satisfaisante et, compte tenu de ce qu'est le contrôle de l'Organe d'appel à cet égard, on voit alors mal comment la motivation pourrait alors être considérée comme déficiente. Cela ne signifie pas que le moyen soit traité à la légère mais il semble que l'Organe d'appel ait plutôt pour politique judiciaire de le cantonner, ce qu'on peut comprendre dans un contexte de motivation structurellement abondante.

A tout le moins, l'importance de la question de la motivation est un peu masquée, dans le cadre du MRD, par la focalisation de l'attention sur celles de l'interprétation et du critère d'examen. Cela ne saurait faire oublier que les trois sont intrinsèquement liées et qu'un certain nombre d'indications relatives à la motivation peuvent être déduites de celles concernant l'interprétation et le critère d'examen.

Concernant la CIJ, on peut considérer que la manière dont les décisions sont fabriquées, avec en contrepoint notamment les opinions individuelles ou dissidentes des juges, produit une forme de contrôle interne de la motivation. Parce qu'elles sont elles-mêmes motivées alors même que leur auteur n'y est nullement obligé, les opinions et déclarations des membres de la Cour constituent des instruments irremplaçables du contrôle de la rationalité et de l'intensité de la motivation⁸³. Le constat ne tient pas seulement au fait que ces opinions, émanant d'un seul juge ou d'une petite minorité n'ayant nécessité aucun compromis, sont souvent rédigées « d'une manière plus logique et plus convaincante » que l'arrêt lui-même⁸⁴. L'important est plutôt qu'en raison de la nature du raisonnement juridictionnel et de la logique qu'il met en œuvre, la décision, spécialement si elle porte sur des points complexes ou controversés, ne peut réellement être appréciée qu'à la lumière d'un point de vue contraire : il est en particulier souvent difficile d'évaluer la force ou la faiblesse intrinsèque d'un motif, son caractère médian ou extrême, sans connaître les autres motifs ou solutions possibles parmi lesquels l'un d'entre eux a été choisi ; la Cour l'a elle-même explicitement reconnu dans l'arrêt *Barcelona Traction* de 1964⁸⁵. La pratique en apporte d'ailleurs la contre-épreuve, le faible nombre et la brièveté des opinions émises sous un arrêt adopté à une forte majorité ou à l'unanimité rétribuant en

laquelle le Groupe spécial a manqué à son devoir, au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord, d'exposer les "justifications fondamentales" de ses constatations et conclusions ».

⁸³ V. ainsi sous l'arrêt du 24 octobre 1957, *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde) Exceptions préliminaires*, C.I.J. Rec. 1957, p. 125, p. 153, la déclaration du juge Kojevnikov affirmant « ne pouvoir se rallier ni aux motifs ni au dispositif de l'arrêt parce que, selon son avis, la Cour devrait reconnaître dès le stade actuel son incomptence sur une ou même plusieurs des exceptions préliminaires de l'Inde » ; de même, sous l'arrêt du 12 avril 1960 rendu au fond en la même affaire, C.I.J. Rec. 1960, p. 6, la déclaration du président Basdevant, p. 49, qui dit s'être prononcé sur les questions retenues par la Cour, « tantôt dans le sens adopté par elle, tantôt dans un sens opposé (...) sans préciser davantage la mesure de (s)on dissensément » ; v. aussi sa déclaration sous l'arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni/Albanie) Fond*, C.I.J. Rec. 1949, p. 4, p. 37, qui invoque « d'autres motifs plus décisifs » que ceux de la Cour au soutien de sa compétence pour fixer le montant des réparations ; v. G. Guillaume, « Les déclarations jointes aux décisions de la Cour internationale de Justice », in *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José Maria Ruda*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 421-434, repris in G. Guillaume, *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle*, op. cit., pp. 161-172.

⁸⁴ A.P. Sereni, « Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux », R.G.D.I.P., 1964, pp. 819-857, p. 853.

⁸⁵ Dans l'arrêt du 14 avril 1981, *Plateau continental (Tunisie/Libye) Requête de Malte à fin d'intervention*, C.I.J. Rec. 1981, p. 16, la Cour se réfère aussi à des déclarations jointes aux ordonnances rendues dans l'affaire des *Essais nucléaires*, dans lesquelles « plusieurs juges ont appelé l'attention sur la question et en ont souligné l'importance » ; en ce sens, G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius, 1986, p. 92 ; E. Hambro, « Dissenting and Individual Opinions in the International Court », ZaöVR, 1956, p. 229.

principe un raisonnement clair et peu contestable⁸⁶ ; les opinions dissidentes coïncidant par principe avec un désaccord sur la solution énoncée dans le dispositif, elles n'affectent au surplus que dans une moindre mesure les motifs soutenant le dispositif⁸⁷.

B - La nécessité de motiver : à quoi sert la motivation ?

1. Les décisions de toutes les juridictions internationales sont non seulement toutes motivées, mais encore le sont généralement d'une façon abondante, voire surabondante, et les rapports issus du MRD n'échappent pas à ce constat⁸⁸. Les explications sont, à cet égard, autant « sociologiques » que juridiques. La diversité même de la composition des juridictions, celle des traditions juridiques représentées pèsent autant en faveur d'une motivation détaillée que la volonté de montrer aux justiciables, en particulier lorsqu'il s'agit d'Etats souverains, que leurs arguments, à défaut d'être accueillis, ont été entendus. Ces arguments valent aussi bien concernant la CIJ que le MRD et, si l'habitude de motivation existait déjà à l'époque du GATT, l'évolution du mécanisme dans un sens plus nettement juridictionnel en a accru la nécessité.

En effet, si une démarche de règlement par un tiers de type conciliaire peut tolérer une approche du type du jugement de Salomon, comme forme de règlement d'intérêt qui ne fait pas de gagnant ni de perdant, une démarche de type juridictionnel, qui passe par la *jurisdictio* pour aboutir à une vérité légale qui s'imposera aux parties tout en faisant un gagnant et un perdant, suppose l'explication, avec des exigences aussi bien de forme que de contenu. Cette évolution - et la sensibilité qui en découle vis-à-vis de la motivation - est d'autant plus perceptible à l'OMC que les implications des changements introduits par le Mémorandum en 1995 n'ont pas toujours été immédiatement assimilées⁸⁹. Mais, une fois acquise, cette évolution juridictionnelle, la motivation y a alors la même nécessité que dans les autres systèmes juridictionnels, parce qu'elle y remplit les mêmes fonctions. Ces fonctions ont d'ailleurs à voir avec celles du juge lui-même.

D'une manière ou d'une autre, la motivation peut toujours être ramenée vers une fonction d'explication ou de justification de la décision de justice, mais « l'idée même... change de sens en changeant d'auditoire »⁹⁰ et l'on a vu que les rapports issus du MRD avaient des auditoires variés, mais dont aucun ne doit pouvoir considérer la décision comme déraisonnable ou arbitraire. C'est dire que la fonction d'explication se prolonge en fonction de persuasion, qu'il s'agisse de persuader que le juge n'a pas excédé ses pouvoirs et a bien

⁸⁶ Arrêt du 21 juin 2000, *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)* Compétence, C.I.J. Rec. 2000, p. 12, adopté par 14 c. 2 et suivi de trois op. ind. et deux op. diss. ; plus encore, arrêt du 17 novembre 1953, *Minquiers et Ecrehous (France/Royaume-Uni)*, C.I.J. Rec. 1953, p. 47, adopté à l'unanimité et suivi de deux op. ind., dont celle du juge Basdevant, p. 74, qui se rallie au dispositif pour des motifs « dans une large mesure différents » de ceux de la Cour mais qui ne les remettent pas fondamentalement en cause.

⁸⁷ *Détroit de Corfou*, C.I.J. Rec. 1949, préc., p. 4 ; si la Cour, par 10 voix contre 5, rend l'Albanie responsable des explosions survenues dans le détroit et des dommages en résultant, les juges dissidents se séparent de la majorité sur la question, certes essentielle, de l'appréciation des arguments et des faits ayant conduit la Cour à conclure que l'Albanie avait eu connaissance du mouillage de mines : décl. Zoričić, p. 37, op. diss. Winiarski, pp. 49-56 ; Badawi Pacha, pp. 60-65 ; Krylov, pp. 68-72 ; Azevedo, pp. 78-96.

⁸⁸ Sans même tenir compte du caractère déjà signalé de contentieux économique qui incline, en tant que tel, vers des motivations détaillées.

⁸⁹ Voir la très pénétrante analyse de J.H.H. Weiler, "The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement", *Harvard Jean Monnet Working Paper* n° 9/00, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/00/000901.html> ; également publié in *Journal of World Trade*, 2001, pp. 191-207.

⁹⁰ C. Perelman, Op. cit., p. 421.

appliqué le droit défini en dehors de lui ou qu'il a pris la décision la plus adaptée quant à ses conséquences, ou du moins une décision acceptable.

2. Historiquement, parmi d'autres raisons, la motivation a été imposée aux juges comme moyen de vérifier leur soumission à la volonté du législateur. C'était, par exemple, l'esprit de la Révolution française. La motivation a alors une fonction de garantie d'obéissance à la loi. Mais elle correspond aussi à une conception du juge « bouche de la loi ». Si les limites d'une telle prétention sont évidentes, dans la mesure où elle suppose « que la loi fournit la solution de chaque cas litigieux, qu'elle ne comporte ni lacunes ni antinomies, et qu'elle ne donne pas lieu à interprétation »⁹¹, ce qui n'est jamais acquis, il n'est cependant pas sûr que le droit de l'OMC n'en porte pas trace. Certes, le juge de l'OMC est clairement habilité à interpréter le droit de l'OMC, ou plus précisément à « clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public » mais le Mémorandum ajoute aussitôt que « les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés » (article 3 :2). On a signalé plus haut que l'Organe d'appel faisait figurer l'ensemble des Membres de l'OMC parmi les destinataires de la motivation. Il ne les mentionne certes pas comme auteurs du droit qu'il est amené à appliquer. Il n'empêche qu'ils le sont et on a également signalé plus haut que l'adoption des rapports était une compétence retenue entre les mains de l'ORD, qui pouvait à cette occasion débattre du contenu et donc de la motivation des rapports.

3. La nécessité de la motivation doit aussi être située par rapport à « la contrainte de réponse »⁹² qui pèse sur le juge. Cette contrainte prend un aspect particulier concernant les juridictions internationales. En effet, « la fonction juridictionnelle internationale ne s'est pas tant émancipée de 'fonctions exécutive et législative', comme à l'intérieur d'un ordre dans lequel toute compétence découle d'une unique source, qu'elle a émergé (...) comme un organe tiers par rapport aux Etats »⁹³. Tenant son pouvoir de l'acte qui crée cet organe, elle ne peut se déployer que dans ce cadre. Dès lors, la légitimité du juge est toujours en question, alors même qu'il ne peut pas s'abstenir de répondre et doit rendre une décision à une échéance inéluctable.

Au surplus, il s'agit de « prendre parti » dans une controverse (donc une situation d'incertitude), puisque le traitement de la question qui lui est posée se fait sous la forme d'échanges d'argumentations (fonctionnement du contradictoire et procédure⁹⁴). La décision du juge vient clore cet échange. Elle se situe donc dans un processus qu'elle vientachever par une dernière argumentation qui explique pourquoi le processus s'achève de cette façon-là. Le juge étant « juge, et non pas monarque... la solution qu'il donne ne s'impose pas du fait de sa propre autorité, mais en raison du discours – ou du parcours – qui l'y mène (« dire » le droit) » et « ce discours est l'aboutissement de procédures, dans lesquelles tous les acteurs ont également apporté leur propre contribution sous la forme de 'discours' qu'ils ont eux-mêmes tenus »⁹⁵. Dans cette perspective, la contrainte argumentative devient évidente, puisque le juge fait un choix de la justesse duquel il doit convaincre. La question se pose de manière un peu différente pour le juge de première instance et celui d'appel. Ce n'est pas seulement parce

⁹¹ C. Perelman, Op. cit., p. 418.

⁹² P. Moor, « Dire le droit », in *De l'argumentation dans les sciences de la société*, Pierre Moor (dir.), *Revue européenne des sciences sociales* 35 (1997), no 107, p. 33-55.

⁹³ E. Lagrange, « Libres propos sur la juridiction internationale permanente – Autour de l'ordonnance rendue par la Cour internationale de Justice le 10 juillet 2002 », *RGDIP*, 2003-1, p. 105.

⁹⁴ V. H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004.

⁹⁵ P. Moor, Op. cit., p. 48.

que l'Organe d'appel ne se prononce que sur les questions de droit, encore que cela joue un rôle évident, mais c'est aussi parce qu'il joue le rôle d'une cour suprême, plus exposée aux choix « politiques ». La CIJ est un peu dans la même position en tant que plus ancienne cour internationale et la seule dotée d'une compétence générale, au moins potentielle.

4. « Comment convaincre ? Le plus banallement possible : en ramenant l'inconnu au connu ». L'affirmation repose sur l'idée – ou l'hypothèse – qui peut sembler paradoxale, que « le système juridique fonctionne pour éviter qu'on fasse appel à lui. Les justiciables doivent connaître la réponse avant que le système juridique ait à la leur donner, de telle manière que, anticipant la réponse, ils puissent y conformer leur comportement... C'est ce qu'on appelle la sécurité et la prévisibilité du droit »⁹⁶, lesquelles sont précisément et explicitement des objectifs assignés au MRD (article 3 :2) mais que la CIJ s'assigne également. Dès lors, « le juge prendra sa décision, dans la mesure du possible, de telle manière que, si le justiciable lui-même avait tenté de résoudre raisonnablement la question, il serait arrivé à la même conclusion » et, pour ce faire, « l'ordre juridique met à disposition un certain nombre de concepts »⁹⁷ tels que les règles écrites, les précédents jurisprudentiels, etc. Si l'on identifie là des éléments de « police argumentative substantielle », il faut nuancer avec le constat qu'il est cependant très rare que « le nouveau puisse être totalement ramené au connu »⁹⁸, ce qui indique la liberté argumentative. Ce constat est particulièrement adéquat concernant le MRD, en tant que mécanisme jeune.

On en retiendra que la motivation s'inscrit dans une mémoire, qu'elle contribue à constituer tout en la faisant évoluer. S'il en est ainsi, c'est aussi parce qu'alors que « le dispositif est un acte, un événement unique... les motifs, eux, font partie d'une continuité : ils entrent comme un maillon dans une chaîne qui relie dispositifs passés et dispositifs futurs en donnant à chacun un sens en même temps individuel et commun »⁹⁹, le juge sachant « qu'il parle non seulement après, mais aussi avant d'autres juges »¹⁰⁰.

Vouloir convaincre ne signifie pas y parvenir, ce que les parties à un différend savent bien puisqu'elles n'hésitent pas, si c'est possible, à proposer des argumentations subsidiaires. Une telle option n'est pas ouverte au juge et le risque de ne pas convaincre est inhérent en raison de la contrainte de réponse qui pèse sur lui. En d'autres termes, son explication est toujours contestable, dans une dynamique qui ouvre la voie à d'éventuels revirements ou inflexions de jurisprudence (encore qu'il y en ait eu très peu jusqu'ici à l'OMC et qu'ils restent assez dissimulés ou, du moins, ne sont pas revendiqués comme tels¹⁰¹).

IV. Voies et moyens pour satisfaire l'exigence de motivation

L'obligation de motivation reçoit, d'après les termes de l'article 12 :7 du Mémorandum, un énoncé assez elliptique, qui ne donne pas de précision sur la manière de la satisfaire. L'Organe d'appel a interprété le texte comme signifiant que « (établissant) un critère minimal en ce qui concerne les motifs que les groupes spéciaux doivent fournir à l'appui de leurs

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ P. Moor, Op. cit., p. 45

¹⁰⁰ P. Moor, Op. cit., p. 47.

¹⁰¹ Pour un cas de revirement, comparer États-Unis – *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume Uni*, WT/DS138 et États-Unis – *Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212.

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 »¹⁰². Ce premier élément de réponse, qui repose donc sur l'idée de « critère minimal », laisse cependant ouverte plusieurs questions concernant la consistance de la motivation, qu'il s'agisse de l'identification du seuil à partir duquel le critère est considéré comme satisfait ou, en d'autres termes, à partir duquel la motivation est suffisante, de la marge de manœuvre pour aller au-delà du critère minimal, mais aussi des moyens et méthodes de motivation. Il en est à peu près de même concernant la CIJ, qui a dû définir l'intensité requise la motivation.

A - Les moyens et méthodes de motivation (y compris le choix d'un style)

1. Le Mémorandum ne donne pas d'indication sur la présentation formelle des rapports, et n'impose ni modèle, ni technique de rédaction, mais les rapports obéissent pourtant à un schéma répété, en partie hérité de la pratique du GATT. Selon ce schéma, les rapports comportent une partie descriptive (souvent longue), dans laquelle sont présentés successivement la mesure en cause, les arguments résumés des parties et tierces-parties, une partie « constatations », qui correspond aux motifs, dans laquelle l'organe de jugement redéfinit la mesure en cause et précise les questions qui lui sont soumises, avant, pour chacune d'elles, de rappeler la position des parties, de préciser le sens de la règle applicable, d'apprécier les éléments de preuve et de conclure, le rapport s'achevant avec une partie « conclusions et recommandations », qui correspond au dispositif, dans laquelle toutes les conclusions sont rappelées. Il n'est pas rare que les rapports comportent des annexes, qu'il s'agisse des demandes initiales ou des communications des parties¹⁰³. Dans ce dernier cas, on constate d'ailleurs que la pratique, qui concernait initialement surtout le contentieux antidumping, tend à s'étendre, pour deux raisons essentielles, semble-t-il. D'une part, elle dispense le secrétariat du travail de résumé des arguments, qui est une activité chronophage au sein d'une procédure cantonnée par des délais courts. D'autre part, elle évite les critiques sur la qualité de ce résumé. Pour la CIJ, l'article 95 du Règlement précité prévoit également une structure bien précise pour les arrêts.

2. S'agissant plus précisément du style de la motivation, le juge de l'OMC, comme la CIJ et plus généralement les autres juges internationaux, opte pour une motivation très développée¹⁰⁴, malgré les contraintes de temps et, peut-être aussi à cause d'elles, des délais courts renforçant de façon générale plutôt la tendance à faire long (avec le risque éventuel d'en dire trop)¹⁰⁵. Mais aussi bien le juge de l'OMC que la CIJ la structure selon une logique formelle inspirée du syllogisme judiciaire. Celui-ci 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, c'est-à-dire selon un ordre incluant l'exposé de la loi, la présentation des faits, la qualification des faits et l'individualisation de la règle avant de conduire à la déduction de la solution. Autrement dit, la démarche est plutôt déductive, à l'opposé de la démarche inductive consistant à partir des faits pour les comparer avec ceux d'affaires précédentes et y appliquer la même solution, s'ils sont suffisamment similaires, qu'on attribue plutôt à l'approche de *common law*. Cette manière de faire, qui n'est pas originale par rapport à celle d'autres juridictions internationales, se comprend d'autant mieux

¹⁰² Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis), WT/DS132/AB/RW, § 106.

¹⁰³ Tendance croissante au niveau des groupes spéciaux, notamment pour réduire la partie descriptive des rapports.

¹⁰⁴ Dans beaucoup de contentieux internes, quand il faut aller vite, il y a une dispense de motivation.

¹⁰⁵ On notera que les décisions de procédure qui sont prises en amont du rapport final sont motivées dans celui-ci.

qu'il existe un corps de règles développé (même s'il n'exclut pas les obscurités ou les lacunes – ou, du moins, l'application de la théorie des imprécisions ou de la théorie des lacunes) mais elle est aussi à relier à la manière dont le juge est saisi. Ainsi, à l'OMC, la demande doit nécessairement préciser les dispositions du droit de l'OMC dont l'auteur de la saisine estime qu'elles ont été violées¹⁰⁶. Le périmètre ainsi donné à la plainte pourra d'ailleurs être la base sur laquelle le défendeur contestera la compétence ou la recevabilité. Il en est de même à la CIJ, où les conclusions des parties tracent le périmètre. Toutefois, la Cour a bien davantage que le juge de l'OMC le choix du droit applicable, encore que le biais de l'interprétation offre à ce dernier la possibilité d'élargir l'horizon de ses normes de référence.

Mais chacun sait que le syllogisme judiciaire correspond à une reconstruction du raisonnement du juge. Le constat selon lequel le juge observe généralement d'abord la solution qu'il veut atteindre (et envisage donc les conséquences de sa décision), avant de définir comment il va l'atteindre (compte tenu des possibilités offertes par l'interprétation de la règle de droit mais aussi des effets de celle-ci au-delà du cas d'espèce), est très banal. Le syllogisme judiciaire fait donc, en pratique, l'objet d'une utilisation régressive¹⁰⁷. Cela pose évidemment la question du décalage entre motivation apparente et motivation réelle (ce que, dans certains contextes, on pourrait qualifier de considérations psychologiques ou politiques : jusqu'à quel point le juge doit-il dire ou ne pas dire sa véritable motivation dans un souci de transparence ou d'exigence politique ? Tout le monde sait qu'il existe souvent un arrière-fond de motifs indicibles, par exemple, sur la crédibilité ou la mauvaise foi de telle ou telle partie, qui ne peuvent « trouver leur chemin » dans la motivation explicite). Le passage de l'intime conviction du juge à la motivation explicite teste si la première est justifiable en termes juridiques.

L'opération doit aussi tenir compte du fait que ce qu'on appelle ici intime conviction du juge n'est pas nécessairement univoque et ne pourra donc être transcrit dans la motivation qu'au prix de compromis au sein du « collège judiciaire » qui résultent bien souvent dans des silences ou des omissions, au risque d'un hermétisme de la décision ou de certains de ses passages. Dès lors, la motivation ne peut être tenue pour l'expression de la vérité mais tout au plus pour celle d'une vérité reconstruite au terme d'un jeu de masques¹⁰⁸, dont on peut douter de l'intérêt d'un dévoilement systématique¹⁰⁹, ce que traduit bien la règle du secret du délibéré.

Mais c'est tout l'intérêt, en contrepartie, que la motivation ne procède pas seulement d'une logique argumentative mais aussi d'une logique formelle qui garantit à la fois le respect de ce qu'on appelle parfois la « police argumentative » (n'importe quel argument ne peut pas être soulevé n'importe où ou n'importe quand, ni par n'importe qui – ainsi, le juge de l'OMC ne

¹⁰⁶ Selon l'article 6 :2 du Mémorandum, « La demande d'établissement d'un groupe spécial sera présentée par écrit. Elle précisera si des consultations ont eu lieu, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème ». Or, l'Organe d'appel a précisé que « l'identification des dispositions d'un traité dont il est allégué qu'elles ont été violées par le défendeur est toujours nécessaire aussi bien pour définir le mandat d'un groupe spécial que pour informer le défendeur et les tierces parties des allégations formulées par le plaignant; cette identification est une condition minimale pour que le fondement juridique de la plainte soit énoncé ». *Corée — Produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, § 124.

¹⁰⁷ Qui n'est pas considérée comme choquante, mais, au contraire, comme donnant vie au raisonnement. V. E. Jeuland, « Syllogisme judiciaire », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 1269-1272 ; M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit*, Paris, PUF, 1995.

¹⁰⁸ L'étude la preuve l'an dernier aboutissait à des conclusions assez proches, ce qui n'a rien de très surprenant.

¹⁰⁹ Voir les débats sur qui peut assister au délibéré.

peut saisi que d'arguments relatifs à une violation du droit de l'OMC, même s'il peut être fait appel à d'autres normes au soutien de l'argumentation, et lui-même doit répondre à cette question¹¹⁰) et la prise en compte des arguments dans un raisonnement rapporté à la règle juridique.

3. Si l'attribution au MRD de l'objectif d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système appelait implicitement le développement d'une jurisprudence et si le juge de l'OMC admet que des rapports antérieurs adoptés puissent créer des attentes légitimes dans le chef des Membres de l'OMC, il n'a cependant pas opté pour la règle du *Stare decisis*, confirmant, comme on l'observe également à la CIJ, que celle-ci ne pénètre pas le contentieux international¹¹¹. La question n'en reste pas moins discutée, l'influence de la culture juridique de ceux qui l'abordent jouant indéniablement un rôle. Ce n'est qu'un aspect de la problématique plus générale du lien entre motivation et jurisprudence et de la présence, dans la motivation, de références à la jurisprudence antérieure, avec citation des extraits pertinents ou considérés tels et qui peuvent, d'ailleurs, faire l'objet d'une réinterprétation, au fil du développement de la jurisprudence. Car la posture du juge de l'OMC, comme celle de la CIJ, est incontestablement jurisprudentielle, ce qui donne au passage des indications sur les sources de la motivation. A cet égard, le MRD est suffisamment jeune mais a aussi suffisamment fonctionné pour qu'on puisse percevoir à la fois des générations et des évolutions. Au fur et à mesure de ce fonctionnement, les organes de jugement ont consolidé une pratique de citation qui a d'ailleurs évolué, en devenant plus « endogène », plus autoréférentielle, alors qu'il y avait au début davantage de référence « externes », par exemple à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cette tendance est logique et ne dénote pas tant une clôture qu'une appropriation, dès lors que le parti-pris de refuser l'« isolement clinique » a conduit à un ancrage méthodologique et substantiel des interprétations du droit de l'OMC dans le droit international général. Un autre aspect est la continuité de la jurisprudence, pour laquelle la présence d'un double degré de juridiction a largement servi de levier, accompagné d'une politique déterminée de l'Organe d'appel en ce sens¹¹². En ce sens, il satisfait l'exigence de cohérence narrative qui débouche d'ailleurs sur l'idée qu'une bonne motivation doit être répétable.

La CIJ a, quant à elle, développé une pratique consistant à se référer systématiquement à celles-ci ainsi qu'à celles de la Cour permanente est depuis longtemps « devenue l'un des traits les plus caractéristiques » de ses arrêts et avis¹¹³. La Cour ne se contente d'ailleurs pas d'invoquer avec constance sa ... « jurisprudence constante », ni d'user de la formule rituelle « comme la Cour a eu l'occasion de le préciser dans ses arrêts et avis antérieurs » : tout en concédant qu'« il ne saurait être question d'opposer à (un Etat partie au différend) les décisions prises par (elle) dans des affaires antérieures », elle considère aussi que « la question est en

¹¹⁰ C'est d'ailleurs le terme consacré en droit de l'OMC. « La “question” portée devant un groupe spécial pour examen consiste dans les allégations spécifiques formulées par les parties au différend dans les documents pertinents spécifiés dans le mandat », Brésil - *Noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, pp. 23-24.

¹¹¹ « 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, tan qu'ils n'ont pas été abandonnés par une décision ultérieure, émanant d'une juridiction supérieure ou de même rang » (Basdevant, Dictionnaire, p. 581). 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 ». Salmon, p. 1051.

¹¹² H. Ruiz Fabri, « Le Juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *Revue générale de droit international public*, 2006, n°1, pp. 39-83.

¹¹³ H. Lauterpacht, *The Development...*, op. cit., p. 9.

réalité de savoir si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écartez des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents »¹¹⁴. La générosité avec laquelle la Cour en appelle à sa propre jurisprudence pour justifier les motifs de ses décisions a cependant pour égal le faible intérêt qu'elle porte à cette fin à celle des autres tribunaux internationaux, et qui contraste lui-même avec l'autorité que ces derniers reconnaissent aux décisions de la Cour en y faisant d'abondants emprunts explicites ou silencieux pour fonder leurs raisonnements. Ce « narcissisme jurisprudentiel »¹¹⁵ est aujourd'hui atténué par l'ouverture récente mais sans équivoque de la C.I.J. à la jurisprudence arbitrale en matière de délimitation maritime¹¹⁶. Certains juges n'hésitent plus non plus à invoquer d'autres jurisprudences comme celles de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice des Communautés européennes¹¹⁷. Plus significative quoique exceptionnelle à cet égard, l'affaire du *Génocide* offre un remarquable exemple de préconstitution des motifs de l'arrêt par ceux des jugements du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La Cour estime en effet devoir « en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le Tribunal en première instance, à moins évidemment qu'elles n'aient été infirmées en appel (...) (et) donner dûment poids à toute appréciation du Tribunal fondée sur les faits ainsi établis »¹¹⁸. Les motifs de la Cour peuvent alors purement et simplement redoubler ceux du Tribunal, la première les utilisant comme modes de preuve préconstitués mais se les appropriant pour y voir ensuite la confirmation de sa propre conviction.

4. On le voit, la motivation des rapports issus du MRD tout comme celle des décisions de la CIJ présente des caractéristiques syncrétiques. Dans sa structure, la motivation se rapproche davantage de la tradition continentale. Mais, concernant le MRD, il faut immédiatement ajouter qu'elle est, dans son contenu, sous forte influence anglo-saxonne, d'autant qu'en pratique, les rapports sont rédigés en anglais (ce qui est indiqué sur chaque rapport), même s'ils sont publiés dans les trois langues officielles de l'organisation. Même si l'on peut admettre que les idées se transportent aisément d'une langue à une autre, c'est moins vrai de la manière de les exprimer, ce qui pose le problème de s'assurer non seulement que la motivation veuille dire quelque chose mais aussi qu'il s'agisse de la même chose dans les trois langues. En outre, dans ce contexte, les accords de référence sont également examinés dans leur version anglaise, y compris pour les exercices d'interprétation, encore qu'il y ait eu à l'Organe d'appel quelques efforts pour confronter le sens des mots dans les différentes langues. Certains Etats ont déjà fait valoir qu'ils estimaient subir, du fait de la langue dominante, un désavantage comparatif d'autant plus sensible que la procédure impose de

¹¹⁴ Arrêt du 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria) Exceptions préliminaires*, C.I.J. Rec. 1998, p. 275, p. 292, § 28.

¹¹⁵ M. Kamto, « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *La juridictionnalisation du droit international*, op. cit., pp. 393-460, p. 415, et sp. pp. 396-422.

¹¹⁶ Faisant sienne « le passage (...) de la sentence, souvent cité » en l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France* relatif au caractère coutumier de l'article 6 de la convention de Genève de 1958 (*Jan Mayen*, C.I.J. Rec. 1993, préc., p. 58, § 46, citant le § 70 de la sentence), la Cour en appelle aussi à d'autres sentences pour fixer sa position sur le rôle des concessions pétrolières dans ces questions de délimitation. V. *Frontière Cameroun/Nigéria*, C.I.J. Rec. 2002, préc., p. 447, § 304 (*Délimitation de la frontière Guinée/Guinée Bissau*, RSA, vol. XIX, § 63 ; *Délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la France (Saint-Pierre-et-Miquelon)*, RSA, vol. XXI, pp. 295-296 ; v. aussi *Kasikili/Sedudu*, C.I.J. Rec. 1999, préc., p. 1060, § 20 (*Différend sur le tracé de la ligne frontière entre la borne 62 et le mont Fitz Roy, dite « Laguna del desierto » (Argentine/Chili)*, RGDIIP 1996, p. 592) ; p. 1064, § 30 (*Frontière Argentine/Chili*, (1966), RSA, vol. XVI, pp. 177-180).

¹¹⁷ Pour la première, op. ind. Higgins, ordonnance du 2 juin 1999, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique) Demande en indication de mesures conservatoires*, C.I.J. Rec. 1999, p. 124, p. 162, § 5 ; pour la seconde, op. ind. Abraham, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, C.I.J. 2006, préc., § 9.

¹¹⁸ *Application de la convention sur le génocide*, C.I.J. 2007, préc., § 223.

travailler dans des délais très courts, et la tendance est tout à la fois de recourir à des personnels formés dans des universités américaines ou à des cabinets d'avocats américains, ce qui a une influence sur les argumentations soumises au juge et auxquelles il aura à répondre dans sa motivation. Or, comme la situation est sensiblement la même du côté des secrétariats, il y a un effet d'entraînement, dans le sens d'une homogénéisation sur les termes de laquelle une réflexion est sans doute nécessaire¹¹⁹. On est là dans une pratique très différente de celle en vigueur à la Cour internationale de Justice qui fait cheminer en parallèle les deux versions linguistiques de ses arrêts, ce qui impose un exercice de cohérence et de transposabilité permanent et influence nécessairement le contenu.

B - Les critères de la motivation satisfaisante

1. Tout en désignant simplement un critère minimal dans la règle posant l'obligation de motivation, l'Organe d'appel a précisé que

« La question de savoir si un groupe spécial a formulé de manière adéquate les “justifications fondamentales” de ses constatations et recommandations doit être examinée au cas par cas, en tenant compte des faits de la cause, des dispositions légales spécifiques qui sont en jeu ainsi que des constatations et recommandations particulières qui ont été formulées par un groupe spécial. Les groupes spéciaux doivent établir les faits pertinents et les normes juridiques applicables. Par l'application de ces normes juridiques aux faits pertinents, le raisonnement du groupe spécial doit révéler les modalités selon lesquelles et les raisons pour lesquelles la loi s'applique aux faits. Ainsi, les groupes spéciaux révéleront, dans leurs rapports, la justification essentielle ou fondamentale de leurs constatations et recommandations.

Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que l'article 12:7 oblige les groupes spéciaux à expliquer en long et en large les raisons de leurs constatations et recommandations. Nous pouvons, par exemple, envisager des cas dans lesquels les “justifications fondamentales” d'un groupe spécial pourraient se trouver dans les motifs qui sont exposés dans d'autres documents, tels que des rapports antérieurs de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel — pourvu que ces motifs soient cités ou, à tout le moins, incorporés par renvoi »¹²⁰.

Ainsi, dans le cadre du MRD, le caractère suffisant et adéquat de la motivation ne peut être apprécié qu'au cas par cas, *in concreto*, ce qui correspond d'ailleurs à une approche habituelle¹²¹, également en vigueur à la CIJ, mais pose le problème des références d'appréciation. L'Organe d'appel ne prétend pas seulement avoir une démarche casuistique. L'examen de la jurisprudence montre qu'elle l'est vraiment. Non seulement, l'Organe d'appel peut indiquer qu'il ne juge, dans une affaire donnée, « ni nécessaire ni souhaitable de tenter de définir la portée de l'obligation énoncée à l'article 12:7 du Mémorandum d'accord »¹²², mais il se borne généralement, dans des termes plus ou moins précis, à constater que « le Groupe spécial a exposé de manière détaillée et approfondie les justifications de ses constatations et

¹¹⁹ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : Tome 2, Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

¹²⁰ Mexique - *Sirope de maïs* (article 21:5 — États-Unis), WT/DS132/AB/RW, §§ 108-109.

¹²¹ Qui est, par exemple, aussi celle de la Cour européenne des droits de l'homme. V. *Van de Hurk c. Pays-Bas*, série A n° 288, p. 20, § 61 ; *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, série A n° 303 A et B, p. 12 § 29 et pp. 29-30 § 27. V. le rapport de F. Sudre in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, à paraître.

¹²² Corée — *Boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, § 168.

recommandations en l'espèce »¹²³, quant bien même les justifications données n'emporteraient pas la conviction du « perdant »¹²⁴. Et, s'il lui arrive de regretter que le groupe spécial n'ait pas été aussi spécifique qu'il aurait été souhaitable¹²⁵, il ne va cependant pas jusqu'à la censure. Ce peut être au prix, parfois, de contorsions, par exemple, lorsqu'il indique « nous sommes d'avis que le rapport du Groupe spécial, pris conjointement avec le rapport du groupe spécial initial, ne laisse aucun doute quant aux raisons de la constatation additionnelle du Groupe spécial »¹²⁶. Il n'en reste pas moins que le caractère suffisant ne dépend pas de la longueur du raisonnement (le raisonnement peut être « bref »¹²⁷), position qui ne surprend guère tant il est vrai que la longueur n'est pas nécessairement synonyme de clarté. On peut même soutenir le contraire, surtout lorsque la longueur est telle qu'elle en vient à dissuader de la lecture et pose, entre autres, un problème d'accessibilité du raisonnement du juge.

Ceci précisé, on comprend bien que l'idée de « critère minimal » se rapproche de celle de *ratio decidendi*, c'est-à-dire « les raisons (*ratio*) sur lesquelles la juridiction s'est fondée, dans la mesure où elles étaient pertinentes pour l'adoption de la décision »¹²⁸. Cette analyse suppose néanmoins résolue la question de savoir si le juge doit répondre à tous les arguments dont il est saisi et, en admettant qu'il n'y soit pas obligé, de savoir s'il peut aller au-delà de ce qui est nécessaire et suffisant et quelles en sont les conséquences.

2. Il est admis, depuis l'époque du GATT, que les groupes spéciaux ne sont pas tenus d'examiner toutes les allégations soulevées par le ou les plaignants¹²⁹ et peuvent donc appliquer ce qu'on appelle à l'OMC l'économie jurisprudentielle (le terme d'économie judiciaire serait sans doute une traduction plus adaptée, correspondant à l'expression anglaise de « judicial economy »). Leur mandat, qui fixe leur compétence, leur prescrit de « faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Voir, par exemple, *États-Unis — Sauvegardes concernant l'acier*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS 254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, § 507.

¹²⁵ « Nous tenons à ajouter, par souci de transparence et d'équité pour les parties, que même un groupe spécial formé au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord devrait s'efforcer d'exposer dans son propre rapport la justification essentielle de ses constatations et recommandations. En l'occurrence, notamment, nous estimons que la constatation du Groupe spécial au titre de l'article 3.1 de l'*Accord antidumping* aurait été mieux étayée par une citation textuelle des motifs pertinents exposés dans le rapport du groupe spécial initial ou, à tout le moins, par une référence explicite à ces motifs. », *Mexique - Sirop de maïs (article 21:5 - États-Unis)*, WT/DS132/AB/RW, § 126.

¹²⁶ *Mexique — Sirop de maïs (article 21:5 — États-Unis)*, WT/DS132/AB/RW, § 124.

¹²⁷ *États-Unis — Coton upland*, WT/DS267/AB/R, § 277.

¹²⁸ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, précité, p. 381, § 659. « *Ratio decidendi* : « Raison de décider ». Locution parfois utilisée pour désigner, parmi les motifs d'une décision, celui ou ceux qui ont joué un rôle déterminant, qui ont eu un caractère décisif », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire du droit international*, précité, p. 929-930.

¹²⁹ Selon l'Organe d'appel : « Rien dans [l'article 11 du Mémorandum d'accord] ni dans la pratique antérieure du GATT n'exige qu'un groupe spécial examine toutes les allégations formulées par la partie plaignante. Les précédents groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC ont souvent traité uniquement les points qu'ils jugeaient nécessaires pour régler la question opposant les parties, et ont refusé de statuer sur d'autres points. Ainsi, dans les cas où un groupe spécial a constaté qu'une mesure était incompatible avec une disposition particulière du GATT de 1947, d'une manière générale, il ne s'est pas demandé si la mesure était aussi incompatible avec d'autres dispositions du GATT qui auraient pu faire l'objet d'une allégation de violation formulée par une partie plaignante. Dans la pratique récente de l'OMC, les groupes spéciaux se sont de même abstenus d'examiner chacune des allégations formulées par la partie plaignante et n'ont rendu des constatations que sur les allégations qu'ils jugeaient nécessaires pour résoudre la question à l'étude. » *États-Unis — Chemises et blouses de laine*, WT/DS33/AB/R/Corr.1, pp. 21-22.

question » (article 7 :1 du Mémorandum), dans le respect du critère d'examen, tel que défini par l'article 11, c'est-à-dire de « procéder à une évaluation objective de la question dont (ils sont) saisi(s), 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 ». Dans ce cadre, dès lors qu'ils ont établi clairement que la mesure en cause est incompatible avec une ou plusieurs dispositions du droit de l'OMC, les groupes spéciaux s'abstiennent généralement d'aller plus loin dans leur examen des allégations du plaignant. Il est dès lors courant de lire dans les rapports : « dans la mesure où nous avons conclu que..., il n'est pas nécessaire d'examiner/nous n'avons pas besoin d'examiner... ». La pratique est la même de la part de l'Organe d'appel, qui a validé cette manière de faire en indiquant notamment que : « ... Etant donné le but explicite du règlement des différends qui transparaît dans tout le *Mémorandum d'accord*, nous ne considérons pas que l'article 3:2 du *Mémorandum d'accord* est 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. Un groupe spécial ne doit traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans le différend »¹³⁰. Il a confirmé à de nombreuses reprises cette possibilité de recourir à l'économie jurisprudentielle¹³¹, en la qualifiant parfois de « droit »¹³² ou de « pouvoir discrétionnaire »¹³³ du groupe spécial et en semblant même admettre qu'elle puisse être appliquée non seulement aux allégations mais aussi aux arguments¹³⁴. La compatibilité de cette dernière position avec l'obligation de motivation, telle qu'elle est généralement comprise, a pu être mise en doute¹³⁵. Néanmoins, cette critique trouve sa limite dans le fait que le contrôle est exercé au regard de l'exigence d'évaluation objective de la question de l'article 11 du Mémorandum déjà évoquée.

L'adoption de cette solution se comprend particulièrement pour plusieurs raisons. D'une part, le juge de l'OMC ne fait à cet égard qu'agir comme beaucoup d'autres juges, y compris la CIJ, dans le cadre d'une prudence logique consistant à ne pas exposer un point de vue non nécessaire à la solution du litige, et à ménager l'avenir, encore que, comme on l'a signalé, la CIJ puisse par moment souhaiter « interpeler » la communauté internationale (*v. supra*). Le juge de l'OMC est également prédisposé à l'économie de moyens pour les raisons techniques (débats d'adoption) mais aussi « politiques » évoquées plus haut (tentation récurrente de l'accuser d'activisme

¹³⁰ États-Unis — *Chemises et blouses de laine*, WT/DS33/AB/R/Corr.1, page 22, en réponse à une prétention indienne selon laquelle le juge était dans l'obligation de répondre à tous les arguments soumis.

¹³¹ V., par exemple, *Canada — Automobiles*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, §§ 112-114 : « 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. »

¹³² États-Unis — *Viande d'agneau*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, § 194 : « Ayant constaté que la mesure de sauvegarde appliquée par les États-Unis n'avait aucun fondement juridique, le Groupe spécial était en droit de refuser d'examiner d'autres allégations selon lesquelles la même mesure était incompatible avec d'autres dispositions de l'*Accord sur les sauvegardes*. »

¹³³ États-Unis — *Coton upland*, WT/DS267/AB/R, § 717 : « Nous pensons que le Groupe spécial n'a pas outrepassé les limites de son pouvoir discrétionnaire en s'abstenant d'examiner... ».

¹³⁴ CE — *Volailles*, WT/DS69/AB/R, paragraphe 135 : « De la même façon qu'il est libre de ne traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans un différend, un groupe spécial est libre de ne traiter que les arguments qu'il juge nécessaire de traiter pour régler une allégation donnée. Dans la mesure où il est clair dans un rapport de groupe spécial que ledit groupe spécial a examiné de manière raisonnable une allégation, le fait qu'un argument donné concernant cette allégation n'est pas expressément traitée dans la partie "Constatations" du rapport ne permet pas, en soi, de conclure que ce groupe spécial a omis de procéder à l'"évaluation objective de la question dont il est saisi", prescrite à l'article 11 du Mémorandum d'accord. »

¹³⁵ D. Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylants/LGDJ, 2004, p. 887, qui évoque l'obligation de motivation telle qu'elle pèse « sur les juridictions nationales de nombreux pays ».

judiciaire). D'autre part, il statue dans des contraintes de temps très supérieures à celles d'autres juges et qui sont d'autant plus dissuasives d'en faire plus que nécessaire si on les rapporte à la dimension des dossiers généralement en cause. L'économie jurisprudentielle est, à cet égard, presque une exigence de survie, étant entendu que, « par souci de transparence et d'équité pour les parties, un groupe spécial devrait néanmoins dans tous les cas traiter expressément des allégations qu'il décline d'examiner et sur lesquelles il refuse de statuer pour des raisons d'économie jurisprudentielle. Il ne suffit pas de les passer sous silence »¹³⁶.

Pour autant, l'économie jurisprudentielle a des limites, dont certaines juridiques et d'autres d'opportunité. Tout d'abord, le juge a l'obligation de répondre à certains arguments, en vertu de l'article 12 :11 de Mémorandum, qui stipule que « dans les cas où une ou plusieurs des parties seront des pays en développement Membres, le rapport du groupe spécial indiquera expressément la façon dont il aura été tenu compte des dispositions pertinentes sur le traitement différencié et plus favorable pour les pays en développement Membres, qui font partie des accords visés et qui auront été invoquées par le pays en développement Membre au cours de la procédure de règlement des différends ». Par ailleurs, l'Organe d'appel a clairement précisé que

« La pratique de l'économie jurisprudentielle, qui a été au départ employée par plusieurs groupes spéciaux du GATT, permet à un groupe spécial de s'abstenir de formuler des constatations multiples selon lesquelles la même mesure est *incompatible* avec différentes dispositions lorsqu'une seule constatation d'incompatibilité ou un certain nombre de telles constatations suffiraient à régler le différend. Même 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 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 »¹³⁷.

Une telle approche permet de préserver le rôle que la motivation peut également jouer dans la fonction de pacification du litige que doit opérer le MRD. Le Mémorandum met au premier plan la « solution positive des différends », et le juge en fait régulièrement le motif d'une interprétation téléologique de sa fonction. Il s'agit, le plus souvent, de justifier que l'Organe d'appel « complète une analyse » concernant un point non tranché par le groupe spécial. Mais il peut aussi arriver que, sans pouvoir conclure, c'est-à-dire sans trancher réellement le différend soumis, par exemple pour des raisons de procédure (recevabilité), le juge glisse néanmoins quelques considérations de fond, qui peuvent être utiles aux parties.

L'Organe d'appel a également ajouté que, « pour autant qu'il s'acquitte de son devoir d'évaluer objectivement une question, un groupe spécial est libre de décider *quelles questions de droit* il doit examiner afin de régler un différend. De plus, dans certains cas, la décision d'un groupe spécial de poursuivre son analyse juridique et de formuler des constatations factuelles au-delà de celles qui sont strictement nécessaires pour régler le différend peut aider l'Organe d'appel, s'il était ultérieurement appelé à compléter l'analyse, comme c'est le cas en l'espèce, par exemple »¹³⁸. C'est alors la facilitation du contrôle qui est cause.

¹³⁶ Canada — Automobiles, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, §§ 116-117.

¹³⁷ Canada — Exportations de blé et importations de grains, WT/DS276/AB/R, §§ 133-134.

¹³⁸ États-Unis — Jeux, WT/DS285/AB/R, § 344.

3. Tous les développements qui précèdent confirment bien que le « critère minimal » de la motivation n’interdit d’aller au-delà de la stricte *ratio decidendi*. Pour autant, et tout en essayant de préserver l’autonomie de raisonnement des groupes spéciaux et en ménageant l’avenir, l’Organe d’appel reste manifestement réticent à l’égard de tout ce qui dépasse le nécessaire, à toutes les considérations surabondantes, y compris les *obiter dicta*¹³⁹, comme le montre la déclaration selon laquelle : « 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 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. »¹⁴⁰.

Cette réticence à l’égard des constatations et conclusions surabondantes se traduit aussi dans le fait que l’Organe d’appel n’hésite cependant pas à préciser qu’elles ne sauraient produire d’effets ou les déqualifie¹⁴¹, en les excluant du champ de l’appel. Il évite ainsi de les censurer et d’aller lui-même au-delà de ce qu’il estime nécessaire, tout en préservant un effet d’annonce certes ambigu. C’est sans doute à rapprocher de sa pratique consistant à préciser parfois très explicitement ce qu’il a dit et ce qu’il n’a pas dit. Il conjure ainsi les tentations de surinterprétation de sa motivation, de la part de ceux qui commenteront ses décisions, qu’il s’agisse de l’ORD, de (futurs) plaideurs, voire de la doctrine... A cet égard, il est incontestablement plus self-restraint que la CIJ, mais il n’a pas le même âge. La comparaison prend donc également sa limite dans la perspective temporelle, laquelle est, comme on l’a dit au départ, d’autant moins indifférente que le regard porté sur la motivation et sur les attentes que l’on peut avoir à son égard évolue également.

¹³⁹ « Opinion émise par une juridiction et qui n'est pas essentielle à la motivation d'une décision adoptée par ladite juridiction. On oppose l'*obiter dictum* à la *ratio decidendi* qui est, pour sa part, le fondement de la décision ». (Salmon p. 762)

¹⁴⁰ *États-Unis — Coton upland*, WT/DS267/AB/R, § 510, déclaration réitérée par exemple aux paragraphes 747 et 762.

¹⁴¹ Voir, par exemple, « Nous ne considérons cette observation faite par le Groupe spécial dans une note de bas de page ni comme une "interprétation du droit donnée par celui-ci" au sens de l'article 17:6 du Mémorandum d'accord ni comme une "constatation" ou "conclusion juridique" que l'Organe d'appel peut "confirmer, modifier ou infirmer" conformément à l'article 17:13 du Mémorandum d'accord. Il est incontestable en l'espèce qu'il n'y a pas *attribution* d'une part par pays du contingent tarifaire à un non-Membre. Il n'y a donc aucune constatation ni "interprétation du droit donnée par [le Groupe spécial]" susceptible de faire l'objet d'un appel dont l'Organe d'appel puisse connaître ». *Communautés européennes – Volailles*, WT/DS/69/R, § 107. Voir aussi *Etats-Unis – Blouses et chemise de laine*,