

LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LES RÉTORSIONS CROISÉES À L'OMC : ASPECTS DE LA POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE DE L'UNION EUROPÉENNE

Fabien Gouttefarde

Volume 17, Number 2, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069252ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069252ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gouttefarde, F. (2004). LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LES RÉTORSIONS CROISÉES À L'OMC : ASPECTS DE LA POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE DE L'UNION EUROPÉENNE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(2), 33–79. <https://doi.org/10.7202/1069252ar>

Article abstract

The settlement of disputes constitutes the vault key to the multilateral commercial system and one of the unprecedented contributions of the World Trade Organization (WTO) to the stability of the world economy. If, to use the same terms as the Geneva institution, the *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (URPSD)* “consecrates the reign of law”, some of its provisions may seem to lack equity in regards to private actors of the international economy as well as to developing countries. It is the same case concerning the articles devoted to crossed retaliatory measures. However, we will note that a certain balance, detached in a praetorian way by the referees and lobbyists of the WTO, emerges from necessity, for the parties that take advantage of this mechanism, to demonstrate the existence of very severe economic conditions that first level commercial powers, such as the European Union and the United States will have (fortunately, we can add) difficulty to produce. An exam that allows, indeed, to advance that paragraphs b) and c) of article 22 (3) of the *URPSD* are currently a weapon that is not quite to every one's disposal. The study of European Communities' judicial reaction (for judicial reasons, the European Union is officially named “European Communities” in the WTO) concerning the recent “war of steel” will illustrate the very voluntary attitude of Europe in the use of WTO commercial defense mechanisms and will expose some variables to the process of crossed retaliation as it is.

LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LES RÉTORSIONS CROISÉES À L'OMC : ASPECTS DE LA POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE DE L'UNION EUROPÉENNE

Par Fabien Gouttefarde*

Le règlement des différends constitue la clé de voûte du système commercial multilatéral et l'une des contributions sans précédent de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à la stabilité de l'économie mondiale. Si, pour reprendre les termes mêmes de l'institution genevoise, le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (MARD)* « consacre le règne du droit », certaines de ses dispositions peuvent paraître manquer d'équité, tant à l'égard des acteurs privés de l'économie internationale qu'à l'endroit des pays en développement. Il semble en aller ainsi des articles consacrant les mesures dites de rétorsions croisées. Nous constaterons cependant qu'un certain rééquilibrage, dégagé de manière prétorienne par les arbitres et panélistes de l'OMC, débouche sur la nécessité, pour les parties qui se prévalent de ce mécanisme, de démontrer l'existence de conditions économiques extrêmement sévères que les puissances commerciales de premier plan que sont l'Union européenne et les États-Unis auront (heureusement, pourrait-on ajouter) des difficultés à produire. Examen qui permet donc d'avancer que les alinéas b) et c) de l'article 22 (3) du *MARD* sont actuellement une arme qui n'est pas réellement à la disposition de tous. L'étude des réactions juridiques des Communautés européennes (pour des raisons juridiques, l'Union européenne est officiellement nommée « Communautés européennes » dans le cadre de l'OMC) face à la récente « guerre de l'acier » illustrera l'attitude très volontariste de l'Europe dans l'utilisation des mécanismes de défense commerciale de l'OMC et exposera quelques variantes à la procédure des rétorsions croisées en tant que telle.

The settlement of disputes constitutes the vault key to the multilateral commercial system and one of the unprecedented contributions of the World Trade Organization (WTO) to the stability of the world economy. If, to use the same terms as the Geneva institution, the *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (URPSD)* “consecrates the reign of law”, some of its provisions may seem to lack equity in regards to private actors of the international economy as well as to developing countries. It is the same case concerning the articles devoted to crossed retaliatory measures. However, we will note that a certain balance, detached in a praetorian way by the referees and lobbyists of the WTO, emerges from necessity, for the parties that take advantage of this mechanism, to demonstrate the existence of very severe economic conditions that first level commercial powers, such as the European Union and the United States will have (fortunately, we can add) difficulty to produce. An exam that allows, indeed, to advance that paragraphs b) and c) of article 22 (3) of the *URPSD* are currently a weapon that is not quite to every one's disposal. The study of European Communities' judicial reaction (for judicial reasons, the European Union is officially named “European Communities” in the WTO) concerning the recent “war of steel” will illustrate the very voluntary attitude of Europe in the use of WTO commercial defense mechanisms and will expose some variables to the process of crossed retaliation as it is.

* Doctorant, allocataire de recherche, Université Paris XI et Université de Montréal, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, DEA de droit international public et européen (Université Paris XI). L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : fabien.goutte@wanadoo.fr.

Si vous ne savez pas, si vous ne pouvez pas contrôler la sécurité de votre alimentation, pourquoi bloquez-vous nos exportations alors qu'elles ne contiennent que des produits génétiquement modifiés qui sont inoffensifs? m'interroge un représentant. Son collègue renchérit :

- Si c'est assez sûr pour mes enfants, quel est le problème pour les enfants européens?

Je réponds :

- Eh bien, allez dire cela à leurs parents qui, pour le moment, n'en veulent pas. Les efforts que nous faisons en Europe pour examiner de façon rationnelle et scientifiquement fondée la question des OGM ont pour point de départ la santé du consommateur et la protection de l'environnement. Nous venons de proposer dans ce but une Agence européenne sur la sécurité alimentaire. Les gouvernements ne doivent-ils pas être à l'écoute des craintes des citoyens?

*Pascal Lamy, L'Europe en première ligne,
Paris, Seuil, 2002 à la p. 121.*

Le système de règlement des différends (SRD), élément central du système commercial multilatéral, est sans doute, pour reprendre les termes de l'ex-président de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), Renato Ruggiero, « la contribution la plus originale de l'OMC à la stabilité de l'économie mondiale »¹, mais aussi à l'égard de l'OMC elle-même puisque le SRD participe à la consolidation des règles qu'elle édicte. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, ce système constitue la clé de voûte du dispositif commercial multilatéral². Il doit en garantir la sécurité et la prévisibilité, et prémunir ses acteurs contre toute tentation d'unilatéralisme³.

La crédibilité du nouvel édifice normatif⁴ est en grande partie assurée par les mesures de contrainte que le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures*

¹ OMC, *Un commerce ouvert sur l'avenir*, Genève, OMC, 1998 à la p. 38, en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/whatis_ftif_f/disp1_f.htm>.

² Au vu du nombre d'États membres de l'OMC (148 au 13 octobre 2004), le risque pressenti par Yves Renouf lorsqu'il écrivait à propos de la juridictionnalisation du SRD qu'« une des raisons du succès du GATT est sans doute d'avoir introduit un système de sanction suffisamment tolérable pour ne pas rendre la non-appartenance à l'Accord général préférable à la participation » semble s'être évanoui. Voir Yves Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends sont-ils viables? » (1994) 40 A.F.D.I. 776 à la p. 788.

³ Pour une approche originale des questions de mise en œuvre des recommandations de l'OMC, lire notamment Pierre Monnier, « Le système de compensation et de rétorsions de l'Organisation mondiale du commerce. Les membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou lancent-ils leurs billes comme des nuls? » (2003) 5 FORUM 47 aux pp. 47-61. Plus académique mais très complète, l'étude de Steve Charnovitz, « Rethinking WTO Trade Sanctions » (2001) 95 Am. J. Int'l L. 792 aux pp. 792-832.

⁴ Au sens de « prescription de règles obligatoires ». Rappelons que l'article 2 (2) de l'*Accord instituant l'OMC* dispose que « [l]es accords et instruments juridiques connexes repris dans les annexes 1, 2 et 3 [ci-après « les Accords commerciaux plurilatéraux »] font partie intégrante du présent accord et sont

régissant le règlement des différends⁵ (MARD) instituée⁶, lesquelles mesures sont contenues essentiellement dans son article 22. Plus spécifiquement, « l'arme absolue » que constituent les rétorsions croisées participe pour beaucoup de cette autorité.

Sous l'empire du *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1947, qui autorisait également à son article XXIII (2) la suspension de concessions à l'encontre d'un État membre, la partie lésée utilisait rarement la procédure d'autorisation prévue par les textes⁷, notamment parce que la règle du consensus bloquant systématiquement la décision⁸.

Force est de constater que le système juridique actuel de l'OMC est fondé sur la notion d'équilibre des droits et obligations. Aussi, les retraits de concessions ou les offres de compensation ne sont que des mesures temporaires qui n'obligent aucunement le membre concerné à se mettre en conformité avec les règles de l'OMC. Or, la mise en œuvre des rétorsions/compensations est fondée sur la notion du montant de préjudice commercial résultant du non-respect des règles⁹.

Le concept des rétorsions croisées, bien que décrié par de nombreux États durant les négociations du Cycle d'Uruguay, a finalement été incorporé à l'accord à la demande des États-Unis¹⁰. La théorie qui sous-tend les rétorsions repose sur la présomption que ces mesures feront pression sur les gouvernements en faveur d'une mise en œuvre et qu'une partie de cette pression sera exercée par les entreprises lésées par les mesures de rétorsion. Leur principal objectif est d'éliminer les conséquences de la violation et de revenir au *statu quo ante*¹¹. Celui, plus général, assigné

contraignants pour tous les membres », voir *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 R.T.N.U. 3 [*Accord instituant l'OMC*].

⁵ *Ibid.* annexe 2 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* [MARD].

⁶ Hélène Ruiz Fabri considère que la pérennisation des rétorsions face à un État bien décidé à ne pas exécuter les décisions de l'ORD peut constituer un test du point de vue de la crédibilité du SRD, « Le contentieux de l'exécution dans la réglementation des différends de l'OMC » (2000) 127 J.D.I. 605 à la p. 607 [Ruiz Fabri, « Contentieux de l'exécution »]. Voir également Hélène Ruiz Fabri, « Le suivi des recommandations adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce » dans Hélène Ruiz Fabri et al., dir., *L'effectivité des organisations internationales : Mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes, Pedone, 2000, 155.

⁷ Pour une analyse détaillée de l'article 23 du *GATT de 1947*, voir : Ernst-Ulrich Petersmann, « The GATT-WTO Dispute Settlement System as an Instrument of the Foreign Trade Policy of the EC » dans Thiébaud Flory, dir., *La place de l'Europe dans le commerce mondial*, Rennes, Apogée, 1995, 384 [Petersmann, « GATT-WTO Dispute Settlement System »]; *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1947 n° 27 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [*GATT de 1947*].

⁸ Dans le cadre du *GATT de 1947*, il n'existe qu'une affaire dans laquelle on ait déterminé avec précision le préjudice causé par une mesure jugée incompatible à l'égard de l'*Accord général*. Sur cette base, le montant d'une compensation a été calculé. Il s'agit du différend entre la Communauté européenne et les États-Unis sur les négociations concernant la volaille.

⁹ La notion de préjudice moral ou de préjudice social n'existe pas dans le droit de l'OMC.

¹⁰ Norio Komuro, « The WTO Dispute Settlement Mechanism: Coverage and procedure » (1995) 29:4 J. World Trade 5 à la p. 60.

¹¹ Patricio Grane, « Remedies under WTO Law » (2001) 4 J. Int'l Econ. L. 755 à la p. 757.

exclusivement au système de règlement des différends, est d'écarter les règles du droit international général relatives aux contre-mesures¹², même si cette notion connaît quelques similitudes avec les rétorsions autorisées par l'Organe de règlement des différends (ORD)¹³.

L'étude des rétorsions croisées, au-delà du lien avec les Communautés européennes, mène avant tout à la découverte d'un malentendu, né d'une conception simplifiée et souvent erronée des représailles économiques autorisées par l'OMC et diffusée par des jugements quelquefois abusifs, ou, du moins, étrangers aux dispositions précises et techniques du *MARD* de l'OMC¹⁴, elles-mêmes vierges d'une telle expression¹⁵.

N'en déplaise à Beccaria qui « avait convaincu l'Occident que le principe de la personnalité des peines était une condition de légitimité des peines »¹⁶, nous verrons que certaines productions européennes étrangères à la vente de bétail ainsi qu'au domaine agricole ont été touchées par les mesures de représailles économiques américaines autorisées par l'ORD, et ce, à la suite des contentieux des *Bananes*¹⁷ et

¹² Le professeur Ernst-Ulrich Petersmann écrit que « *The mandatory nature of WTO panel proceedings and the exclusion of a unilateral right to reprisals (cf. article 23 of the DSU) limit the applicability of the general international law principles for the settlement of disputes, such as the "free choice of means" (cf. article 33 of the UN Charter) and the right to countermeasures responses to continuing violations of international obligations* », dans Petersmann, « GATT-WTO Dispute Settlement System », *supra* note 7 à la p. 421.

¹³ En effet, on peut lire dans le commentaire de l'article 49, intitulé « Objet et limites des contre-mesures » du Projet d'articles sur la responsabilité des États, que « les contre-mesures sont prises comme un moyen d'incitation, non de répression : si elle sont efficaces en ce qu'elles amènent l'État responsable à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent, il doit y être mis fin pour permettre la reprise de l'exécution de l'obligation », dans Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité des États*, Doc. off. AG NU, 53^e sess., Doc. NU A/CN.4/L.602/Rev.1 (2001) 357.

¹⁴ Il semble que même les auteurs les plus spécialisés dans ce domaine fassent quelques confusions. Ainsi, Olivier Blin écrit : « [c]onséquences de la guerre de la banane, les Européens ont fait connaissance avec les rétorsions croisées puisque les Américains ont adopté des mesures de rétorsion dans un secteur économique différent de celui en cause en taxant des droits de douane à 100% des produits européens tels que les sacs à main, les préparations pour le bain, les truffes, le foie gras [...] » dans *La Communauté européenne et l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Paris, Juris-Classeur, 2000 à la p. 25 [Blin, *La Communauté européenne et l'OMC*].

¹⁵ En effet, le terme de « rétorsion croisée » n'est nullement utilisé dans les accords de l'OMC qui lui préfèrent celui de « suspension de concessions ».

¹⁶ Marie-Anne Frison-Roche, « Le système des sanctions » (2000) 186 *Les notes bleues de Bercy*, en ligne : Les notes bleues de Bercy <http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm> [Frison-Roche, « Le système des sanctions »].

¹⁷ *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (1997), OMC Doc.WT/DS27/R/USA (Rapport du Groupe spécial); *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte de l'Équateur)* (1997), OMC Doc.WT/DS27/R/ECU (Rapport du Groupe spécial) [Contentieux des Bananes, plainte de l'Équateur]; *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte du Guatemala et du Honduras)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/R/GTM et OMC Doc. WT/DS27/R/HND (Rapport du Groupe spécial), » tel que modifié par *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (1997), OMC Doc. WT/DS27/ABR (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC

des *Hormones*¹⁸, hautement symboliques quant aux modèles de société proposés¹⁹. Mais laisser entendre qu'une mesure tendant à taxer le fromage de Roquefort, les bonbons pour la toux sans cacao ou bien encore les tondeuses à moteur électrique incorporé²⁰ alors que le litige principal concernait les viandes et les produits carnés, constitue une rétorsion croisée, c'est faire fi, comme nous le verrons, des dispositions précises de l'article 22 du MARD et omettre la structure en « accords » et en « secteurs », propre à l'OMC.

Avec les États-Unis, la Communauté européenne est l'une des deux superpuissances commerciales qui dominent largement le règlement des différends de l'OMC²¹. Paradoxalement, elle est à la fois l'une des meilleures gardiennes de la mise en œuvre effective du droit de l'OMC²² et l'une des principales contrevenantes à la discipline multilatérale²³.

<http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/27rmex.pdf> [Contentieux des *Bananes*, plainte du Guatemala et du Honduras].

¹⁸ *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte des États-Unis) (1997)*, OMC Doc. WT/DS26/R/USA (Rapport du Groupe spécial); *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte du Canada) (1997)*, OMC Doc. WT/DS48/R/Canada (Rapport du Groupe spécial), tels que modifiés par les *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (1998)*, OMC Doc. WT/DS26/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <http://www.wto.int/wto/french/tratop_f/dispu_f/27rgtm.pdf> [Contentieux des *Hormones*].

¹⁹ Le contentieux des *Bananes*, *supra* note 17, tend à remettre en question un mécanisme de soutien par l'Union européenne d'une production agricole de certains pays en développement particulièrement dépendants de l'arboriculture fruitière alors que le contentieux des *Hormones* aborde les perceptions du risque sanitaire des deux côtés de l'Atlantique, revenant sur les différences méthodologiques concernant l'évaluation des risques dans le domaine alimentaire. Sur ce dernier point, voir Marie-Françoise Labouz, « Le principe de précaution dans le différend sur la viande aux hormones à l'OMC » dans Marie-Françoise Labouz, dir., *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers, Conflits et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 334. De la même manière, l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE) regrette que « pour des motifs d'ordre sociétal, certains membres de l'OMC puissent être amenés à ne pas appliquer les règles de l'OMC. Ces membres seraient même prêts à payer le prix de ce non-respect, quelles que soient les mesures finalement adoptées à leur encontre », dans UNICE, « Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC » *Document de réflexion de l'UNICE (2001) n° 1824* à la p. 2 [UNICE, *Document de réflexion*].

²⁰ Voir la liste de produits proposée par les États-Unis pour la suspension de concessions dans le contentieux des *Hormones*, *supra* note 18.

²¹ À tel point que les États-Unis ont proposé de créer un système d'arbitrage concurrent du mécanisme de règlement des différends de l'OMC et disponible uniquement pour les conflits entre les deux superpuissances, voir *Inside US Trade* 19 : 23 (8 juin 2001).

²² Voir par exemple le document annuel de l'OMC concernant l'examen des politiques commerciales. Dans celui intitulé *Organe d'examen des politiques commerciales - Examen des politiques commerciales - Union européenne - Rapport du gouvernement*, OMC Doc. WT/TPR/G/102 (2002) au para. 28, l'Union souligne son attachement au renforcement et à la promotion du système multilatéral : « L'UE attache la plus haute importance à la mise en œuvre correcte et dans les délais prévus des accords auxquels ont souscrits tous les membres de l'OMC, estimant qu'il s'agit d'un élément essentiel pour le bon fonctionnement d'un tel système ».

²³ Olivier Cattaneo, « Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne? La stratégie d'influence de l'Union européenne » (2002) 39 *Les notes de l'Ifr* 1 à la p. 18.

L'engouement des Communautés européennes pour le règlement multilatéral de l'OMC est illustré par le nombre élevé de plaintes²⁴ déjà déposées par celles-ci depuis l'entrée en vigueur, pourtant relativement récente, du système de règlement des différends, incomparable en nombre avec celles introduites sous le *GATT de 1947*²⁵. Cependant, à l'égard des rétorsions croisées proprement dites, la politique juridique²⁶ des Communautés européennes est difficilement identifiable. D'une part, le recours à l'article 22 (3) du *MARD* est relativement rare²⁷ et les suspensions de concessions constituent, de toutes manières, l'aboutissement d'une procédure longue et minutieuse et, d'autre part, l'Union européenne, première puissance commerciale, s'est davantage vu opposer ce type de mesure qu'elle n'a eu la faculté d'en prendre. Et pour cause, nous montrerons que les conditions prétoriennes développées par les organes de jugement de l'OMC en la matière rendent très difficile, voire quasiment impossible, l'utilisation par les puissances commerciales d'une telle option juridique.

Cependant, la contrainte à l'exécution instaurée par le *Mémorandum* oscillant entre unilatéralisme et surveillance multilatérale, renforce l'autorité des décisions des panels et permet aux Communautés européennes de considérer le mécanisme de règlement des différends comme un instrument d'ouverture et de sauvegarde des marchés²⁸. La récente crise de l'acier est une illustration de l'approche

²⁴ La Communauté européenne est à l'origine de soixante-six demandes de consultation depuis la création du nouveau système de règlement des différends, sur un total de 321 différends soumis à l'OMC du 1^{er} janvier 1995 au 31 octobre 2004. Voir OMC, Organe de règlement des différends, *Projet de rapport annuel*, OMC Doc. WT/DSB/W/269/Add.1 (2004), en ligne : International Center for Trade Sustainable Development <<http://www.ictsd.org/issarea/dsu/docs/Appellate%20Body%20Annual%20Report%202004.pdf>> [OMC, *Projet de rapport annuel*]. Cependant, comme le souligne justement Hélène Ruiz Fabri, « ce nombre ne peut être réellement comparé à ce qui existait antérieurement car, s'il y a sans doute poursuite de la tendance à l'augmentation des plaintes amorcées dans les années 80, il faut également tenir compte de l'élargissement considérable du champ d'application du mécanisme de règlement des différends ainsi que du désir qu'on a prêté à nombre d'États de le tester », dans « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce » (1997) 3 J.D.I. 709 à la p. 711 [Ruiz Fabri, « Règlement des différends »]. Pour un aperçu détaillé des affaires qui ont vu l'Union européenne agir comme plaignante ou comme défenderesse devant le SRD, voir Patrick Goergen, « L'Union Européenne et le règlement des différends sous l'OMC », *Échos de l'Europe* n° 2-3 (mai-juin 2000) aux pp. 4-9, en ligne : Échos de l'Europe <http://www.europa.eu.int/luxembourg/docs/2000_n02.pdf>.

²⁵ Erwan Berthelot rapporte que, depuis sa création jusqu'en 1989, la Communauté n'avait été à l'origine que de trente plaintes dans le cadre du *GATT de 1947*, dans Erwan Berthelot, *La communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, Rennes, Apogée, 2001 à la p. 79.

²⁶ Sur cette notion, voir Guy Ladreit de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983 à la p. 236. Jean Combacau écrit également que « [l]e droit international [...] est un moyen d'obtenir des avantages, d'atteindre des objectifs, bref, c'est l'instrument d'une politique », dans Jean Combacau, « Science du droit et politique juridique dans l'enseignement du droit international. À propos de Guy de Lacharrière. La politique juridique extérieure » (1984) 88 R.G.D.I.P. 980 à la p. 980.

²⁷ Allan Rosas écrit : « *Roughly speaking, some ten percent of the cases have prompted one of the parties to request an authorization to suspend concessions* », dans « Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings : an EU Perspective » (2001) J. Int'l. Econ. L 131 à la p. 142. Pour plus de détails, voir le tableau des recours à l'article 22 du *MARD* dans OMC, *Projet de rapport annuel*, *supra* note 24 à la p. 83.

²⁸ Blandine Pellistrandi, « Le règlement des différends de l'OMC », Note de la représentation en France de la Commission européenne, fiche n° 3 (29 juillet 1999) à la p. 2.

stratégique adoptée par les Communautés à l'égard du SRD, devenu le vecteur de la défense de leurs intérêts commerciaux²⁹.

I. La contrainte à l'exécution : entre unilatéralisme et surveillance multilatérale

L'accentuation de l'encadrement normatif par les accords du Cycle d'Uruguay concerne également, outre les nouveaux domaines du commerce international tels les services, les droits de propriété intellectuelle liés au commerce ou au textile, les dispositions se rapportant à la mise en œuvre des rapports de l'ORD. Aussi, les dispositions relatives aux sanctions³⁰ commerciales ne vont pas échapper à cette tendance. Cependant, ce mouvement de « juridisation » implique le respect d'une discipline qui ne semble pas favoriser les Communautés en ce qui concerne la possibilité de prendre des rétorsions croisées.

A. Les rétorsions croisées face à la « juridictionnalisation » du système de règlement des différends

Le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* est en grande partie habité par deux tendances structurantes, l'une diplomatique, l'autre davantage juridictionnelle. L'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations (couramment appelées « rétorsion ») prévue à l'article 22 du *MARD* nous paraît être l'un des aspects les plus saillants d'une certaine émancipation juridique³¹ des nouvelles règles du jeu commercial mondial et participe pleinement au phénomène « de juridisation et de juridictionnalisation »³² du système de règlement des différends. Ainsi, l'exécution des décisions acquises au terme des procédures de règlement des différends fonctionnant au sein de l'OMC n'est désormais plus laissée à la discrétion des États³³.

²⁹ Concernant la réglementation communautaire sur les mesures de rétorsion et leur adéquation avec les dispositions du *MARD*, voir Komuro, *supra* note 10 aux pp. 78 et s.

³⁰ On aura conscience de l'équivoque sémantique que peut entraîner l'utilisation du terme « sanction » tout au long de cet article, d'autant plus que la décision des arbitres dans le contentieux des *Bananes* au titre de l'article 22 (6) du *MARD* énonce au point 6.3 que « rien dans l'article 22§1 du *Mémorandum d'accord*, et encore moins dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22, ne peut être interprété comme justifiant l'application de contre-mesures de caractère punitif », voir *Bananes*, *supra* note 17.

³¹ Soulignons qu'en introduction de la présentation du règlement des différends, le site officiel de l'Organisation mondiale du commerce rappelle que : « [l]a procédure de l'OMC consacre le règne du droit et permet de rendre le système commercial plus sûr et plus prévisible », en ligne : OMC, <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/disp1_f.htm>.

³² Ruiz Fabri, « Règlement des différends », *supra* note 24 à la p. 709.

³³ Dans le système antérieur au *GATT de 1947*, les États avaient la possibilité de bloquer le processus en faisant obstacle à l'adoption du rapport final, celle-ci se faisant par consensus.

1. L'INSTITUTIONNALISATION DES MESURES DE CONTRAINTE

La possibilité de prendre des mesures de rétorsion consistant en la suspension de l'application de concessions ou d'autres obligations est soigneusement encadrée par l'article 22 du *MARD* intitulé « Compensation et suspension de concessions ». Le deuxième paragraphe de cet article permet à la partie plaignante, sur autorisation de l'ORD, de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations dans le cas où un membre ne s'est pas conformé aux recommandations d'un panel.

Cette procédure de contrainte va jusqu'à consacrer un mécanisme intégrant la multilatéralité des accords de l'OMC³⁴ et permet à l'État victime d'un comportement jugé contraire aux règles de l'OMC de suspendre des concessions au titre d'un accord différent de celui qui faisait l'objet de la violation³⁵. Seul l'accord concernant les marchés publics fait exception à la règle et ne peut, au regard de son article 22 (7)³⁶, faire l'objet de rétorsions croisées³⁷. Comme nous le verrons, cette faculté ne devient effective qu'avec le respect de certaines conditions qui font des rétorsions croisées une arme potentiellement redoutable³⁸. Son caractère ultime et supplétif fait cependant d'elle une parade très rarement utilisée³⁹.

a) Une notion empreinte de subsidiarité⁴⁰

Les rétorsions croisées doivent se soumettre à deux principes qui leur sont prioritaires⁴¹. Le premier est la négociation, le second est la rétorsion « monosectorielle ». En effet, l'article 22 (2) du *MARD* dispose que

³⁴ Concernant le caractère intégré du SRD, voir Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations, and Dispute Settlement*, Boston, Kluwer Law International, 1997 aux pp. 177 et s. [Petersmann, *Dispute Settlement*].

³⁵ Voir le site Internet de l'OMC, en ligne : OMC : <www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f>. On peut ainsi lire que « la rétorsion croisée semble être la conséquence logique de l'établissement d'un seul mécanisme de règlement des différends pour tous les accords de l'OMC ».

³⁶ L'article 27 (7) dispose que « [n]onobstant les dispositions de la section 2 de l'article 22 du *MARD*, tout différend survenant dans le cadre de tout accord figurant à l'appendice 1 du *MARD* autre que le présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent du présent accord, et tout différend survenant dans le cadre du présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent de tout autre accord figurant dans ledit appendice 1 », *supra* note 5.

³⁷ David Palmeter et Petros Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organisation; practice and procedure*, Boston, Kluwer Law International, 1999 à la p. 170.

³⁸ Hélène Ruiz Fabri évoque « l'impératif d'efficacité » auquel devait répondre la nouvelle OMC alors que le système du *GATT de 1947* était devenu inadéquat, dans Ruiz Fabri, « Règlement des différends », *supra* note 24 à la p. 716.

³⁹ Selon l'article 3 (7) du *MARD*, la possibilité de suspendre l'application de concessions sur une base discriminatoire est une faculté à n'utiliser qu'en dernier recours, *supra* note 5.

⁴⁰ Nous entendons ce concept juridique dans son sens commun : la qualité de l'élément appelé à suppléer, le cas échéant, au défaut de l'élément principal. Voir Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « subsidiaire ».

[s]i le membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit Accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des *négociations* avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une *compensation* mutuellement acceptable.⁴²

La compensation est donc une mesure négociée entre les parties. Celles-ci devront s'accorder sur sa nature et son contenu. Le caractère volontariste de cette première étape rappelle la nature *sui generis* du SRD qui est de concilier les consultations diplomatiques et les procédures juridictionnelles⁴³. À la lecture de l'article 22 (2) du *MARD*, la négociation d'une compensation mutuellement acceptable est une condition préalable à la demande d'autorisation de prendre des rétorsions⁴⁴. En effet,

[s]i aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les vingt jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés.⁴⁵

C'est à ce stade de la procédure, qui, poussée dans ses retranchements, manifeste une certaine « schizophrénie »⁴⁶, que des rétorsions, c'est-à-dire

⁴¹ Patricio Grane écrit que « [a]rticle 3 (7) of the DSU appears to provide a hierarchy of available remedies under the WTO dispute settlement mechanism », dans Grane, « Remedies under WTO Law », *supra* note 11 à la p. 760.

⁴² *Supra* note 5 à l'art. 22 (2).

⁴³ Voir notamment : A. Moreau, *Propositions de réexamen du Mémoire d'accord de l'OMC : le point de vue de la C.E., des États-Unis et du Canada*, Mémoire de D.E.A., Université de Versailles-Saint-Quentin en Yvelines, 2001 à la p. 1 [non publié].

⁴⁴ Cette approche pleine de retenue à l'égard des possibilités de sanctions ouvertes par le *Mémoire d'accord* est défendue par les milieux d'affaires européens, lesquels estiment, à travers l'UNICE, qu'une approche inutilement légaliste tend à masquer le fait que l'objectif premier du SRD est la recherche du compromis et le rétablissement de l'équilibre des concessions avant que les actions légales soient engagées. Tous les membres de l'OMC devraient, par conséquent, tirer pleinement parti des possibilités offertes sans y voir une simple étape intermédiaire d'un mécanisme complet de règlement des différends, voir UNICE, *Document de réflexion*, *supra* note 19 à la p. 4. Le *MARD* lui-même, à son article 4, encourage les arrangements bilatéraux. Aussi, l'utilisation de toutes les possibilités offertes par le *Mémoire d'accord* pour régler les différends au niveau bilatéral comprend les bons offices, la conciliation et la médiation visés à l'article 5 du *MARD*, *supra* note 5 aux art. 4 et 5.

⁴⁵ *Ibid.* à l'art. 22 (2).

⁴⁶ Ruiz Fabri, « Contentieux de l'exécution », *supra* note 6 à la p. 633, parle de *paradoxe* sur lequel se butent les dispositions du *Mémoire d'accord* concernant les rétorsions afin de satisfaire la logique fondamentale de l'OMC : la logique de libéralisation.

l'accroissement des barrières à l'entrée, vont devenir licites, introduisant finalement dans le système un mécanisme contre lequel l'OMC a été instituée⁴⁷. C'est de la même manière, soit au nom d'un pragmatisme et d'une efficacité accrue du système de règlement des différends, que les rétorsions croisées vont être autorisées tout en étant canalisées. Le caractère supplétif et exceptionnel des rétorsions croisées se manifeste au paragraphe 3 de l'article 22 du *MARD*. Les mesures de rétorsion doivent en effet intervenir d'abord dans le ou les secteurs où une violation a été constatée⁴⁸. S'il s'avère que ces mesures monosectorielles ou unisectorielles⁴⁹ sont impossibles ou inefficaces, la partie plaignante pourra chercher à suspendre des concessions dans d'autres secteurs, mais toujours au titre du même accord⁵⁰. Et c'est enfin selon les mêmes considérations sur lesquelles se greffe l'hypothèse des « circonstances particulièrement graves » que la suspension de concessions pourra se faire au titre d'un autre accord⁵¹.

C'est donc la structure architecturale de l'OMC, ce triptyque multilatéral composé des trois accords que sont l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)* et l'*Accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC)*, qui permet le croisement des rétorsions.

Les parties plaignantes devront également démontrer la « valeur ajoutée » de leur démarche, c'est-à-dire la plus grande efficacité de croiser les rétorsions.

La position communautaire sur la succession des différentes étapes, où l'échec d'une première étape constitue la condition de réalisation de la suivante, s'inscrit pleinement dans la philosophie du *MARD*. Pour les Communautés, la compensation commerciale doit devenir une solution plus réaliste à préférer à la suspension de concessions ou d'autres obligations⁵². Pour elles, c'est la prévisibilité

⁴⁷ C'est ce que souligne l'UNICE quand elle écrit que « [c]ertaines affaires récentes, fort médiatisées, montrent clairement que les mesures de rétorsion, à savoir la suspension de concessions, ne constituent pas une solution efficace, puisqu'elles aboutissent à des marchés moins ouverts, et sont donc contraires aux principes fondamentaux de la libéralisation des échanges [...]. Les rétorsions sont la pire des solutions puisqu'elles ont des incidences négatives sur les entreprises et ont déjà donné la preuve de leur inefficacité à déclencher la mise en conformité », dans UNICE, *Document de réflexion, supra* note 19 à la p. 1.

⁴⁸ *Supra* note 5 à l'art. 22 (3)(a).

⁴⁹ Certains auteurs, comme Norio Komuro, appellent ce type de sanction « rétorsions parallèles », dans Komuro, *supra* note 10 à la p. 60.

⁵⁰ *Supra* note 5 à l'art. 22 (3)(b).

⁵¹ *Ibid.* à l'art. 22 (3)(c). Pour certains auteurs, comme Hélène Ruiz Fabri, il semble que le terme de « rétorsions croisées » ne s'applique qu'aux suspensions de concessions prises au titre d'un autre accord, c'est-à-dire celles décrites par l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 22 du *MARD* (à l'exclusion donc des rétorsions qui pourtant interviennent dans des secteurs différents). La définition que donne l'OMC sur son site officiel semble, au contraire, élargir davantage la notion puisqu'il est question du paragraphe 3 de l'article 22 du *MARD* dans son entier, c'est-à-dire des rétorsions entre secteurs comme entre accords.

⁵² Voir OMC, Organe d'appel, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, OMC Doc.

du système commercial, objectif clairement affiché par le paragraphe 2 de l'article 3 du *MARD*, qui justifie logiquement que la compensation commerciale soit toujours préférée à la suspension de concessions, laquelle « n'est un instrument qu'à utiliser en dernier recours »⁵³.

Les rétorsions sont dites croisées à partir du moment où elles visent des secteurs ou des accords⁵⁴ distincts de ceux ayant fait l'objet de la mesure jugée incompatible. Ainsi, il est juridiquement inexact de parler de rétorsions croisées dans le volet de l'affaire des *Bananes* qui opposa les Communautés européennes aux États-Unis⁵⁵, alors même que des produits tels que des sacs à main, des boîtes de cartonnage ou des linges de lit⁵⁶ ont été visés lors d'un litige qui concernait à l'origine le secteur agricole. L'étude des rétorsions croisées est donc étroitement liée à la définition des notions de « secteur » et d'« accord » et implique que nous nous y attardions.

Ce sont les alinéas f) et g) du paragraphe 3 de l'article 22 du *MARD* qui définissent les termes « secteur » et « accord ». Ainsi, selon la définition de ces termes donnée par cette disposition, toutes les marchandises, si différentes soient-elles, entrent dans le même et unique secteur. Concernant les services, le terme « secteur » contenu dans l'article 22 du *MARD* doit s'entendre comme l'un des « secteurs principaux » recensés dans la classification sectorielle des services⁵⁷. Quant aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, chacune des catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans les sections 1 à 7 de la partie II de l'*ADPIC*⁵⁸ est visée par le terme « secteur ».

En ce qui a trait aux marchandises, le terme « accord » est désigné par le *MARD* comme étant le domaine couvrant l'annexe 1A de l'*Accord instituant*

TN/DS/W/1 (2002), session extraordinaire à la p. 5 [OMC, *Contribution des CE à l'amélioration du Mémoire d'accord*].

⁵³ *Ibid.* Le paragraphe 7 de l'article 3 du *MARD* dispose d'ailleurs que « [l]e dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre membre, sous réserve que l'Organe de règlement des différends l'y autorise », *supra* note 5.

⁵⁴ Le terme de « rétorsions croisées » s'applique bien à une rétorsion visant non seulement un secteur, mais aussi un accord différent, voir Carine Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concessions dans le système de règlement des différends de l'OMC » (2003) 1 R.D.A.I. 39 à la p. 46 [Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concessions »]. L'alinéa c) de l'article 22 (3) du *MARD* conforte explicitement cette affirmation, *supra* note 5.

⁵⁵ Blin, *La Communauté européenne et l'OMC*, *supra* note 14 à la p. 25.

⁵⁶ Voir Commission européenne, Communiqué IP/O1/930, « L'UE salue la levée des sanctions américaines suite à la résolution du conflit banane à l'OMC » (2 juillet 2001).

⁵⁷ Une note du Secrétariat de l'OMC, *Négociations d'Uruguay - Groupe de négociation sur les services - Classification sectorielle des services*, OMC Doc. MTN.GNS/W/120 (1991), recense onze secteurs principaux. Voir le tableau en annexe inspiré de Norio Komuro, dans Komuro, *supra* note 10 à la p. 60.

⁵⁸ Voir tableau en annexe. Il s'agit ici des droits d'auteur et des droits connexes, des marques de fabrique ou de commerce, des indications géographiques, des dessins et modèles industriels, des brevets, des schémas de configuration de circuits intégrés, de protection des renseignements non divulgués.

*l'Organisation mondiale du commerce*⁵⁹ ainsi que les accords commerciaux plurilatéraux auxquels les parties au différend sont parties. Pour ce qui est des services, le terme « accord » renvoie à l'AGCS. Enfin, concernant les droits de propriété intellectuelle, l'ADPIC est visé par le terme « accord ». Nous retrouvons donc la structure de base des accords de l'OMC, soit le schéma ternaire.

Ainsi, pour reprendre l'exemple précédemment cité, qu'un État applique, après autorisation, des mesures de rétorsion, c'est-à-dire le relèvement des droits de douane sur certains produits tels des bonbons pour la toux ou des tondeuses alors que le contentieux initial porte sur des matières agricoles ne démontre pas que cet État fasse usage d'un droit de prendre des rétorsions croisées. À aucun moment ces mesures ne doivent sortir de l'accord ni même de l'unique secteur qui porte sur les marchandises.

L'encadrement normatif de la contrainte à l'exécution se caractérise également par le « principe d'équivalence des rétorsions »⁶⁰. Énoncée au paragraphe 4 de l'article 22 du *MARD*, cette exigence nouvelle au regard du *GATT de 1947*, dans lequel le niveau des contre-mesures était librement défini par l'État, limite le niveau de la suspension de concessions, c'est-à-dire son montant au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages⁶¹. Le niveau des mesures de rétorsion doit donc être équivalent, c'est-à-dire proportionnel, à celui du manque à gagner de la partie lésée.

La faculté de jouer de la pluralité des secteurs économiques susceptibles d'être touchés par des rétorsions a poussé certains États « zélés » à utiliser toutes les potentialités ouvertes par le *MARD* et à inventer la sanction de type « carrousel ».

b) *La question de la légalité des sanctions de type « carrousel »*

Cette interrogation est étroitement liée au principe de prévisibilité contenu dans le paragraphe 2 de l'article 3 du *MARD*. Les suspensions dites de type « carrousel », introuvables dans les dispositions du *Mémorandum*, consistent à modifier régulièrement les produits visés par la suspension. Ce mécanisme jusqu'au-boutiste a pour but de maximiser davantage, s'il en était besoin, l'impact des rétorsions du fait de la dispersion et de l'imprévisibilité des produits visés. Cette interprétation extensive des dispositions du *MARD* a notamment été prêtée aux États-Unis dans l'affaire des *Hormones*. La législation américaine en la matière est née

⁵⁹ Pour un aperçu de ce que comprend l'annexe 1A de l'*Accord instituant l'OMC*, voir tableau en annexe.

⁶⁰ Ruiz Fabri, « Contentieux de l'exécution », *supra* note 6 à la p. 634.

⁶¹ Ces limitations au pouvoir de contrainte, qui constituent pour Hélène Ruiz Fabri une illustration de l'exigence de proportionnalité concernant la licéité des contre-mesures, se retrouvent dans d'autres mesures de représailles économiques. Ainsi, Elisabeth Zoller rappelle que « les contre-mesures prises au titre de la section 301 devront être conçues de manière à affecter les biens ou les services de l'État étranger pour un montant qui soit équivalent en valeur aux charges ou aux restrictions imposées par ledit État au commerce américain » dans Hélène Ruiz Fabri « Guerre commerciale et droit international. Réflexions sur les contre-mesures de la Loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence » (1989) 35 A.F.D.I. 49 à la p. 73.

d'une frustration venant de l'échec des rétorsions à amener une mise en conformité. D'un point de vue juridique, son principal défaut est d'entraîner un impact financier supplémentaire au-delà de celui autorisé par l'OMC⁶².

La « loi carrousel »⁶³ amende l'article 306 b)2) relatif aux délais dans lesquels le représentant des États-Unis détermine s'il y a mise en œuvre par les membres de l'OMC des recommandations de l'ORD. Le nouvel article 306 impose aux agents américains de modifier tous les six mois, partiellement ou totalement, la liste des produits faisant l'objet d'un relèvement des droits de douane de cent pourcent⁶⁴. Cette nouvelle législation américaine vise donc à sanctionner le non-respect « persistant » des obligations découlant des recommandations issues d'une procédure de règlement d'un différend devant l'ORD⁶⁵. Ainsi, le nombre d'industries et d'entreprises étrangères pénalisées en raison de pratiques commerciales déloyales, qui ne leur seraient d'ailleurs pas forcément imputables, sera considérablement étendu puisque les mesures de rétorsion affecteront tour à tour différents « secteurs »⁶⁶ industriels.

Dans l'affaire des *Hormones*, le recours des Communautés européennes à l'arbitrage, au titre de l'article 22 (6) du *MARD*, a conduit les arbitres de l'OMC à examiner une objection communautaire concernant une suspension de concessions de type « carrousel »⁶⁷. Les Communautés européennes observent que les États-Unis allèguent qu'ils sont libres de recourir à une suspension de type « carrousel » suivant laquelle les concessions et autres obligations faisant l'objet de la suspension changeraient à tout moment, en particulier pour ce qui est des produits visés⁶⁸. En

⁶² L'Union des industries de la Communauté européenne (UNICE) désire voir écarter le concept de la rotation des sanctions, notamment au motif que « les rétorsions ont été élaborées uniquement comme dispositif de rééquilibrage des concessions, et non comme une punition », dans UNICE, *Document de réflexion*, *supra* note 19 à la p. 3. De la même manière, Allan Rosas écrit que « [t]he provision [art. 22] seems to be based on the idea of restoring the balance of concessions ruptured by the measure found to be inconsistent with a covered agreement and there is thus no room for punitive sanctions », dans Rosas, *supra* note 27 à la p. 142.

⁶³ *Trade and Development Act of 2000*, 19 U.S.C. § 2416 (b)(2)(B), 407 (2) (2000). Cette loi américaine du 18 mai 2000, dite « loi du carrousel », répond au souci de l'exécutif américain de renforcer son dispositif de pression lorsque se produit une violation persistante des décisions prises dans le cadre du règlement des différends de l'OMC.

⁶⁴ Henry Lesguillons, « Le bloc-note du droit du commerce international » (2000) 7 R.D.A.I. 879 à la p. 879.

⁶⁵ Voir Alberto Alemanno et Carine Mocquart, « La loi carrousel » (2000) La lettre du droit du commerce international n°3 à la p.4, en ligne : La Lettre du droit du commerce international <http://membres.lycos.fr/desssdcil/ldci_archives_art00-3.htm>.

⁶⁶ Nous utilisons ici le terme de secteur dans son sens courant, c'est-à-dire « l'ensemble d'activités et d'entreprises qui ont un objet commun ou entrent dans la même catégorie », et non dans celui défini par l'article 22 du *MARD*, *supra* note 5.

⁶⁷ Voir notamment Rosemary A. Ford, « The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions » (2002) 27 *Brook. J. Int'l L.* 543 aux pp. 543-573, en ligne : *Brooklyn Journal of International Law* <<http://www.brooklaw.edu/students/journal/bjil/bjil27ii.php>>.

⁶⁸ Voir la décision concernant le recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 (6) du *MARD* dans le contentieux des *Hormones*, plainte initiale des États-Unis, *supra* note 20 à la p. 7.

réponse à l'une des questions posées par les arbitres, les États-Unis indiquent que « bien qu'aucune disposition du [MARD] n'empêche d'apporter des modifications ultérieures à la liste des produits faisant l'objet de la suspension [...], nous n'avons pas l'intention de procéder à ces modifications »⁶⁹.

Cette réponse ne permit donc pas aux arbitres de traiter de la légalité des rétorsions de type « carrousel ». Cependant, au regard de certaines conditions que nous étudierons, des doutes existent quant à la pratique de telles sanctions à l'aune de l'exigence de précision du niveau de la suspension qui découle directement de l'obligation d'assurer l'équivalence énoncée à l'article 22 (4) du MARD⁷⁰. Dans cette affaire, les arbitres ont d'ailleurs souligné que la précision concernant la nature et le degré des suspensions devait être encouragée, d'une part, pour atteindre les objectifs du *Mémorandum* visant à « assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » prévu à l'article 3 (2), et, d'autre part, au regard de ce qui est dit à l'article 3 (10), à savoir que « tous les membres engageront les procédures du *Mémorandum* d'accord de bonne foi dans un effort visant à régler le différend »⁷¹. Ce type de sanction prend indubitablement la direction inverse et, « alors que l'application de mesures de rétorsion devrait être stable, la loi carrousel, au contraire, se veut perturbatrice »⁷².

Le 13 mars 2002, une communication des Communautés européennes en session extraordinaire devant l'ORD⁷³ exposait la conviction de l'Union et de ses États membres selon laquelle la question du « carrousel » devrait être traitée lors du prochain amendement du *Mémorandum*, et ceci dans le sens de son interdiction⁷⁴, c'est-à-dire de l'incapacité pour un État de modifier unilatéralement la liste de concessions pour laquelle l'ORD a accordé une autorisation⁷⁵.

Même si la prochaine révision du MARD devait aller dans le sens des prétentions européennes concernant cette question, le caractère volontariste du processus de sanction ne s'en trouvant pas modifié⁷⁶.

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 8.

⁷⁰ Lesguillons, *supra* note 64 à la p. 8.

⁷¹ Contentieux des *Hormones*, plainte initiale des États-Unis, *supra* note 20 à la note de bas de page 16.

⁷² Lesguillons, *supra* note 64.

⁷³ « OMC », *Contribution des CE à l'amélioration e Mémorandum d'accord*, *supra* note 54 à la p. 6.

⁷⁴ Dans le même sens, voir Marie-Laure Mchanetzki, « Le règlement des différends de l'OMC » (2000) *Les Notes bleues de Bercy* n° 175 à la p. 6, en ligne : Les Notes bleues de Bercy <http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb175/regle.htm>.

⁷⁵ La Communauté européenne a déposé devant l'OMC, le 5 juin 2000, une demande de consultation avec les États-Unis à propos des sanctions tournantes prévues par la « loi carrousel ». La Commission européenne estime que ce système est incompatible avec la lettre et l'esprit des dispositions de l'OMC sur les différends commerciaux, notamment du fait de l'insécurité juridique et économique dans laquelle elle place les opérateurs économiques, dans Commission européenne, Communiqué n° 7734, (9 juin 2000) à la p. 11.

⁷⁶ Soulignons que les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis à propos de cette législation, voir *États-Unis - article 306 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives (Recours des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc. WT/DS200/1 (Rapport du Groupe spécial).

2. LA VOLONTE DES PARTIES RESTE PREPONDERANTE DANS LE PROCESSUS DE SANCTION

Le système de règlement des différends, juridiquement consolidé en 1994, repose néanmoins, même lors de cette phase ultime et décisive de la procédure qu'est l'instauration de mesures de rétorsion, sur un compromis entre les modes diplomatiques et juridictionnels de résolution des litiges⁷⁷.

a) *La nature bilatérale des contre-mesures*

Le mécanisme de contrainte à l'exécution de l'OMC admet le retour à la « bilatéralité » des relations commerciales⁷⁸. Un processus interétatique reprend le dessus et empêche que les contre-mesures soient initiées par des membres qui ne sont pas parties au litige⁷⁹.

Mais de façon plus générale, c'est le caractère stratégique du mécanisme de règlement des différends, outil d'équilibre des intérêts commerciaux des États membres de l'OMC et particulièrement des Communautés européennes, qui implique une marge discrétionnaire, d'une part, dans le choix de son utilisation et, d'autre part, dans l'exploitation de toutes ses potentialités. Le contentieux avorté entre les Communautés et le Canada portant sur l'audiovisuel illustre la première proposition. En effet, face au souhait de l'entreprise PolyGram de bénéficier du même traitement que celui offert aux entreprises américaines au Canada en matière de distribution de films, la France, au sein de l'Union européenne, hésita à introduire une procédure contre le Canada, les deux pays ayant une alliance culturelle. De plus, elle estimait peu judicieux et peu stratégique de s'attaquer à l'audiovisuel, craignant des retombées américaines vis-à-vis de son système de défense en la matière⁸⁰.

Concernant les potentialités du mécanisme de contrainte à l'exécution et la possibilité, en certaines circonstances, de choisir une pluralité de produits, de secteurs ou d'accords qui feront l'objet d'une surtaxation, le choix des cibles relève davantage

⁷⁷ Norio Komuro, de façon assez imagée, évoque « *the Janus-faced aspect of the GATT/WTO* », dans Komuro, *supra* note 10 aux pp. 5-89. Voir également Joël Lebullenger, « La Communauté européenne face au processus de réexamen du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce » (1998) 422 R.M.C.U.E. 623 à la p. 632.

⁷⁸ Ernest-Ulrich Petersmann écrit que « *Yet, notwithstanding the strengthened disciplines, implementation of dispute settlement rulings will continue to be influenced by the relative economic and political weight of the parties to the dispute and by bilaterally negotiated dispute settlement* » dans Petersmann, *Dispute Settlement*, *supra* note 34 à la p. 192.

⁷⁹ C'est ce qui amène l'auteur Joost Pauwelyn à dire que « Countermeasures in the WTO are of bilateral nature » dans « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules - Toward a More Collective Approach » (2000) 94 A.J.I.L. 335 à la p. 337.

⁸⁰ Béatrice Richez, « Différends commerciaux : l'Union Européenne peut-elle faire entendre sa voix au sein de l'OMC? » *Problèmes économiques* n° 2 (13 octobre 1999) 1 à la p. 3.

du domaine politique ou diplomatique⁸¹. En effet, comme le rappelaient les arbitres de l'OMC lors des examens du niveau de la suspension proposée par les parties plaignantes au litige, « nous n'avons pas compétence pour arrêter une liste donnée de produits pouvant faire l'objet de la suspension »⁸². Dès lors, la nature des sanctions résulte du choix de l'État victime du comportement jugé contraire aux règles de l'OMC⁸³.

b) *L'État victime, exécuteur de ses propres intérêts et bras armé du SRD*

Le SRD veut que ce soit l'État victime qui assure l'effectivité du pouvoir de sanction. Cela aboutit à sa qualification de « système de justice privée »⁸⁴. En effet, contrairement au schéma classique des systèmes répressifs où l'autorité judiciaire contraint la partie condamnée et où la victime n'a pas compétence en vue d'exécuter elle-même la décision, l'article 22 du *Mémorandum* consacre un exécutif bicéphale détenteur du pouvoir de contrainte légitime. Comme le souligne Marie-Anne Frison-Roche, « le rapport de sanction à deux (OMC, État condamné) devient un rapport de sanction à trois (OMC, État condamné actif, État victime actif) »⁸⁵.

En raison de l'état actuel de la société internationale, cette collaboration du droit et de la force, c'est-à-dire de la légitimité juridique détenue par l'ORD et de l'effectivité de la contrainte maîtrisée par l'État victime, semble la seule possible avant la complète agrégation de ces deux puissances. L'État victime, exécuteur de ses propres intérêts, est donc le bras armé du système de règlement des différends⁸⁶. La mixité du SRD se vérifie donc aussi dans le domaine de la contrainte à l'exécution puisque l'État victime, en tant que défenseur du droit interprété par l'ORD, est tenu d'assurer, en dernier ressort, l'exécution des décisions de cet organe. Mais parallèlement, le comportement préjudiciable déployant ses effets à l'encontre de certains États membres dans des secteurs économiques particuliers, la réponse de l'État victime se fera *in concreto*, en fonction de ses intérêts commerciaux et non pas au bénéfice du système commercial mondial dans sa globalité.

⁸¹ Voir notamment le choix des produits visés par les Communautés dans le contentieux « *Acier* », Partie 2, Chap. 2 (2)B) de cet article.

⁸² Voir notamment le *Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 (6) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* dans le contentieux des *Hormones*, plainte initiale des États-Unis, *supra* note 20 au para. 23.

⁸³ Mchanetzki, *supra* note 74 à la p. 4.

⁸⁴ Frison-Roche, « Le système des sanctions », *supra* note 16 à la p. 6.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Ce qui rappelle, à certains égards, l'article 53 de la *Charte des Nations unies* : « Le Conseil de sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité », *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

c) *Un système interétatique tendant à créer une « justice de groupe »*

La concession par l'ORD de l'exécution de la sanction, tout comme le caractère monolithique du secteur des marchandises⁸⁷, entraînent la possibilité pour l'État victime de cibler aléatoirement, ou au contraire volontairement, un éventail de produits très large, qui n'ont d'ailleurs aucun rapport avec le litige originel. On a par exemple beaucoup parlé en France de l'injustice des mesures qui frappaient le roquefort, devenu le véritable étendard de la ruralité française aux prises avec la mondialisation, dans le cadre des rétorsions découlant de l'affaire des *Hormones*⁸⁸. Mais si nous considérons que le système de règlement de l'OMC est une procédure de type interétatique, c'est l'État, en tant que sujet de droit international, qui est l'objet de la suspension de concessions, non pas une industrie ou un secteur économique en particulier.

Le caractère injuste, inique, des rétorsions prévues par le SRD provient du découplage entre la représentation internationale unitaire de l'État et la pluralité des secteurs économiques qui le composent⁸⁹. Cependant, c'est là l'essence même des représailles économiques qui veut que celles-ci frappent l'État à travers ses acteurs économiques, ses industries⁹⁰. La nature de ce type de sanction n'est pourtant pas propre aux rétorsions prévues par le *MARD*⁹¹.

⁸⁷ Nous avons, en effet, déjà vu que, selon l'alinéa f) du paragraphe 3) de l'article 22 du *MARD*, le terme « secteur » désigne pour ce qui est des marchandises, toutes les marchandises, *supra* note 5.

⁸⁸ Olivier Cattaneo souligne la difficulté pour les populations européennes touchées par les sanctions américaines dans cette affaire d'associer celles-ci avec les incohérences du régime communautaire d'importation de bananes ou de viandes bovines. Elles préfèrent voir là la volonté présumée de l'OMC d'imposer au monde un certain mode de production et de consommation. L'auteur ajoute que le regard porté sur l'OMC a sans doute encore été assombri par un anti-américanisme latent qui explique, par exemple, que dans la ville de Roquefort on ait, à titre symbolique, doublé le prix du Coca-Cola en représaille à l'attaque américaine contre le territoire français, dans Cattaneo, *supra* note 23 à la p. 82.

⁸⁹ Constatant que, dans la pratique, les entreprises paient aujourd'hui le prix du manque de volonté ou de capacité d'un membre de l'OMC de mettre sa législation en conformité avec ses obligations à l'égard de l'OMC, l'UNICE propose un mécanisme permettant de libérer les entreprises de l'ensemble de la charge financière imposée par les rétorsions et de la faire incombler aux membres de l'OMC : « [a]insi, si le membre est incapable, quelle qu'en soit la raison, de mettre sa législation en conformité, la nation dans son ensemble devrait en payer le prix, et pas uniquement quelques parties innocentes. Cela aurait pour effet équitable de distribuer le coût d'un non-respect sur toute la société, en évitant l'iniquité d'un ciblage sur des innocents », dans UNICE, *Document de réflexion*, *supra* note 19 à la p. 5.

⁹⁰ D'autant plus que cette iniquité n'est pas diminuée par les mécanismes juridictionnels internes à l'Union. L'arrêt *Biret International* de la CJCE illustre la difficulté qu'ont les entreprises lésées par la violation communautaire des règles de l'OMC à intenter une action en responsabilité contre les Communautés. Voir C.J.E. *Biret et Cie. c. Conseil*, C-93/02 [2003] E.C.R., en ligne : Recueil de la Cour européenne <<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&docrequire=alldocs&numaff=C-94%2F02&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>>.

⁹¹ Norio Komuro présente un cas très intéressant de rétorsion croisée pris en application de la législation américaine. En effet, dans l'affaire *Brazilian Pharmaceutical Products*, les mesures de rétorsion impliquaient l'augmentation des droits sur les produits importés en provenance du Brésil en réponse au non-respect allégué des règles concernant la propriété intellectuelle, voir Komuro, *supra* note 10 à la p. 74.

Les Communautés européennes souffrent également du décalage qui existe entre, d'une part, la discipline qu'elles se sont imposées dans le cadre des procédures contentieuses à l'OMC, qui les amène à représenter et à défendre les intérêts des Communautés dans leur ensemble et, d'autre part, la pluralité des traditions diplomatiques et la disparité des relations qu'entretiennent les États membres. Concrètement, il s'avère que si un État est autorisé à prendre des rétorsions à l'encontre des Communautés, le choix des types de produits faisant l'objet d'une imposition peut avoir pour but de condamner un État européen tout en choisissant d'en épargner un autre. Des jeux d'alliances⁹² entre les victimes et l'État exécuteur de la décision peuvent alors apparaître comme l'illustre le contentieux des *Hormones* dont les conséquences ont amené les produits français à être lourdement taxés alors que les denrées anglaises étaient *de facto* quasi exemptées⁹³. « L'irréductible diplomatique » manifeste donc là aussi sa prégnance et permet même d'imaginer, ce qui n'est indubitablement qu'un cas d'école, un scénario machiavélique, consistant pour l'État autorisé à prendre des mesures de rétorsion à l'encontre des Communautés européennes, à viser les produits originaires d'un seul État membre, faisant ainsi peser sur lui seul le comportement jugé illégal des Communautés toutes entières⁹⁴.

Les limites du volet interétatique de la procédure de suspension de concessions devant l'ORD laissent entrevoir des failles quant à l'équité et la légitimité du système⁹⁵. À la contrainte économique importante représentée par l'autorisation de suspendre des concessions s'ajoutent des critères politiques issus du lien entre le produit et son lieu de production. Ainsi, comme nous l'avons vu, si la structure particulière de l'Union européenne, seule organisation régionale membre originaire de l'OMC⁹⁶, permet aux États-Unis de taxer des produits caractéristiques d'un terroir, d'un pays, donc d'un État, les Communautés européennes n'hésitent pas non plus à tirer profit de la structure fédérale des États-Unis d'Amérique. Certains produits originaires d'États fédérés dont le poids politique aux élections présidentielles

⁹² Frison-Roche, « Le système des sanctions », *supra* note 16 à la p. 7.

⁹³ Afin de nuancer ces propos, il est intéressant de constater que, dans cette affaire, la liste des produits visés par les rétorsions américaines représente un marché d'un montant de plus de 424 millions de dollars pour la France (424 003 000 \$), de « seulement » 81 millions de dollars pour l'Angleterre (81 705 000 \$) et, à titre de comparaison, de 7 millions de dollars pour la Grèce (7 888 000 \$), voir le contentieux des *Hormones*, *supra* note 18.

⁹⁴ D'une certaine manière, Olivier Blin a déjà évoqué les conséquences d'une telle situation. Concernant les rétorsions dans l'affaire *Bananes*, il affirme que : « [l']existence de ces dommages collatéraux touchant des opérateurs économiques étrangers au conflit de la banane est susceptible, à terme, d'avoir des répercussions sur les rapports politiques entre les États membres de la Communauté en mettant à mal la solidarité communautaire déjà problématique sur ce dossier [...] », dans Blin, *La Communauté européenne et l'OMC*, *supra* note 14 à la p. 25. Voir également Nathalie Rubio, « Les effets pour les États membres de la participation des Communautés européennes à l'OMC » dans Jacques Bourrinet et Sandrine Maljean-Dubois, dir., *Droit de l'Organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, 309.

⁹⁵ Ruiz Fabri, « Contentieux de l'exécution », *supra* note 6 à la p. 634.

⁹⁶ Voir Geneviève Burdeau, « L'Union Européenne et l'OMC » dans Daniel Dormoy, dir., *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997 aux pp. 352 et s.

américaines est particulièrement décisif peuvent, par exemple, faire seuls l'objet de suspensions de concessions⁹⁷.

Ce sont ces considérations extrajuridiques qui participent de la force et de la pression qu'exerce ce type de contre-mesures sur les États victimes. Mais ce sont aussi elles qui nourrissent les critiques et les condamnations concernant des mesures qui frappent des secteurs économiques qui n'ont pourtant pas bénéficié du système étatique condamné⁹⁸.

L'efficacité du système⁹⁹ semble donc prévaloir sur sa légitimité et « c'est de nouveau le dauphin du roi que l'on capture pour faire fléchir le roi »¹⁰⁰. Il semble d'ailleurs, malgré la rareté des contentieux sur cette question, que les conditions d'application soulevées par les arbitres de l'OMC quant à l'utilisation des rétorsions croisées au sens du *MARD* annoncent certaines difficultés pour les « géants économiques » à respecter les critères dégagés.

B. Une délicate mise en œuvre des rétorsions croisées pour les Communautés européennes

Les critères d'utilisation des rétorsions croisées dégagés par les panélistes de l'OMC sont stricts et leur analyse annonce certaines difficultés pour les puissances désireuses d'user de telles sanctions. L'Union européenne sera quant à elle confrontée à certaines complications supplémentaires nées de sa qualité d'organisation internationale.

1. DES DEMANDES « INTERSECTORIELLES » SOUMISES A UNE STRICTE DISCIPLINE

La demande de suspension doit, en effet, répondre à une certaine précision, faisant ainsi écho à l'article 6 (2) du *Mémorandum*¹⁰¹ en permettant l'information des

⁹⁷ Voir la partie II.2.2)B), ci-dessous, pour un exemple des menaces européennes concernant la « guerre de l'acier ».

⁹⁸ C'est ce qui fait dire à Allan Rosas « [t]here is, in fact, a growing feeling that suspension of concessions is a sword that is both double-edged and blunt. It restricts rather than promotes trade, while hitting companies which have nothing to do with the subject matter of the dispute, including companies of the complaining party », *supra* note 27 à la. 143.

⁹⁹ C'est sans compter les effets pervers produits par ces sanctions. Ainsi, Hélène Ruiz Fabri évoque le cas dans lequel les États-Unis ont menacé, lors des négociations du pré-accord agricole de Blair House, de prendre des mesures de restrictions contre certains produits comme le vin blanc, ce qui a entraîné un afflux de commandes de la part des importateurs américains qui ont stocké l'équivalent de quatre ans de ventes, dans Ruiz Fabri, « Règlement des différends », *supra* note 24 à la p. 747.

¹⁰⁰ Frison-Roche, « Le système des sanctions », *supra* note 16 à la p. 7.

¹⁰¹ L'article 6 (2) du *MARD* dispose que « [l]a 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. Dans le cas où la partie requérante demande l'établissement d'un groupe spécial dont le mandat diffère du mandat type, sa demande écrite contiendra le texte du mandat spécial proposé », *supra* note 5.

parties et la définition du mandat des arbitres¹⁰². Cela implique la prise en considération, dans la demande d'autorisation de suspension au titre de l'article 22 (2)¹⁰³, de ce que l'ORD appelle les « critères de spécificité »¹⁰⁴.

a) *Le contrôle arbitral des conditions de l'article 22 (3) du MARD*

Le recours aux arbitres devra comporter deux « prescriptions minimales » dégagées par les arbitres dans l'affaire des *Hormones* de la manière suivante : la demande doit indiquer un niveau de suspension spécifique, c'est-à-dire un niveau équivalant à celui de l'annulation et de la réduction des avantages causés par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC conformément à l'article 22 (4) ; et la demande doit préciser l'accord et le ou les secteur(s) qui seraient concernés par la suspension de concessions ou d'autres obligations conformément à l'article 22 (3)¹⁰⁵.

Si ces conditions ne mentionnent pas l'obligation de présenter la méthode utilisée pour le calcul du niveau de la suspension, les arbitres se chargent de calculer le montant des avantages annulés alors que l'État qui requiert une suspension se devra d'annoncer le ou les accord(s) et secteur(s) pour le(s)quel(s) il demande l'autorisation de suspendre des concessions. La prévisibilité du système empêche ainsi que cet État complète ultérieurement des mesures de sanction qu'il jugerait inadaptées ou trop modérées. La « juridictionnalisation » du système implique que toute mesure qui ne serait pas passée au crible du « contrôle de légalité » effectué par les arbitres doit être déclarée incompatible avec le *MARD*¹⁰⁶. Toute déclaration formellement affranchie

¹⁰² Dans l'affaire *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, l'Organe d'appel souligne que « [l]e mandat d'un groupe spécial est important pour deux raisons. Premièrement, il vise un objectif important qui est de garantir une procédure régulière : il donne aux parties et aux tierces parties des renseignements suffisants concernant les allégations en cause dans le différend pour leur permettre de répondre aux arguments du plaignant. Deuxièmement, il établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend », *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée* (1997), OMC Doc. WT/DS22/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) à la p. 26.

¹⁰³ *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes - Recours de l'Équateur à l'article 22.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (1999), OMC Doc. WT/DS27/52 (Rapport du Groupe spécial) au para. 20 [*Communautés européennes - Bananes - 1999*].

¹⁰⁴ *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes (Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)* (2000), OMC Doc. WT/DS27/ARB/ECU au para. 20 [*Communautés européennes - Bananes - 2000*].

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 16.

¹⁰⁶ Aussi, face à la déclaration de l'Équateur dans le contentieux des *Hormones* de « se réserver le droit de suspendre des concessions ou d'autres obligations tarifaires convenues dans le cadre du GATT de 1994, si cela est possible et efficace », les arbitres ont rappelé que, selon la pratique bien établie en matière de règlement des différends au titre de l'article 6 (2) du *MARD*, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont systématiquement jugé qu'une mesure contestée par une partie plaignante ne peut pas être considérée comme relevant du mandat d'un groupe spécial si elle n'est pas clairement identifiée dans la demande d'établissement du groupe spécial. Voir par exemple *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (1998), OMC Doc. WT/DS62/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para. 64; *Communauté européenne - Régime*

des contraintes procédurales des dispositions du *MARD* sera déclarée incompatible avec les prescriptions minimales applicables aux demandes au titre de l'article 22 (2)¹⁰⁷. Nous constatons ainsi que tout recours à l'unilatéralisme sera réfréné par l'instance chargée d'examiner les représailles¹⁰⁸.

Cependant, si l'annonce du secteur ou de l'accord visé doit être apportée lors de la procédure contentieuse, il reste que le choix de la mesure est à la discrétion de l'État concerné.

Quant au choix de prendre des rétorsions croisées, il implique que l'État se conforme à un certain nombre de conditions procédurales et substantielles supplémentaires, celles-ci expliquant aussi en grande partie le caractère peu fréquent de ce type de mesure. Il y a, pour l'État intéressé par cette procédure, une obligation de « motivation négative ». Il devra exposer les raisons qui déterminent l'impossibilité ou l'inefficacité des rétorsions dans le ou les secteur(s) concernés par la violation.

La partie plaignante détient, du fait notamment de l'alinéa b) du troisième paragraphe de l'article 22, une marge d'appréciation, notamment à propos de l'efficacité d'une telle suspension et de la gravité des circonstances, dans l'application de la suspension dans le même secteur ou au titre du même accord. « [U]ne marge pour l'examen des arbitres »¹⁰⁹ à également été consacrée dans l'affaire *Bananes*. Ce contrôle arbitral déterminera de manière générale :

- si la partie plaignante en question a examiné les faits de manière objective;
- si, dans l'application de tous les principes et de toutes les procédures énoncés aux alinéas a) à c), elle a pris en compte les facteurs énumérés aux alinéas i) et ii) de l'article 22 (3)(d)¹¹⁰;
- et, enfin, les raisons avancées par une partie plaignante qui a présenté une demande de rétorsion croisée au titre des alinéas b) ou c)¹¹¹.

applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (1997), OMC Doc. WT/DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para. 141.

¹⁰⁷ Voir *Communautés européennes – Bananes* – 2000, *supra* note 104 au para. 279.

¹⁰⁸ Voir *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* (1999), OMC Doc. WT/DS152/R (Rapport du Groupe spécial) au point 7; Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concessions », *supra* note 54 aux pp. 43 et s.

¹⁰⁹ *Communautés européennes – Bananes* – 2000, *supra* note 104 au para. 52.

¹¹⁰ L'alinéa i) de l'article 22 (3)(d) dispose que, dans l'application des principes énoncés aux alinéas a) à c), la partie plaignante demandant l'autorisation tiendra compte, notamment, du commerce dans le secteur ou dans le cadre de l'accord au titre duquel des incompatibilités avec les règles de l'OMC ont été constatées ainsi que « de l'importance du commerce » pour cette partie. L'alinéa ii) de l'article 22 (3)(d) exige quant à lui de la partie plaignante qu'elle tienne compte en outre des « éléments économiques plus généraux » se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages ainsi que des « conséquences économiques plus générales » de la suspension de concessions ou d'autres obligations, *supra* note 5.

¹¹¹ L'article 22 (3)(e) dispose que « si cette partie décide de demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément aux alinéas b) ou c), elle en indiquera les raisons

Ainsi, comme le soulignent les arbitres dans l'examen de la demande de l'Équateur de recourir à de telles mesures,

le droit apparent de la partie plaignante d'examiner elle-même s'il est possible ou efficace de suspendre des concessions en ce qui concerne un secteur donné et/ou un accord donné n'est qu'un droit *initial ou temporaire*. Par la suite, cette évaluation [...] est susceptible d'examen par les arbitres du point de vue des conditions et facteurs énoncés aux différents alinéas décrits ci-dessus [nos italiques].¹¹²

Mais c'est la contestation du niveau de la suspension proposée ou de la régularité de la procédure de l'article 22 du *MARD* qui déclenche une « surveillance multilatérale » de la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure ou d'une action d'une partie¹¹³, sans laquelle la discipline exposée par l'article 22 (3) pourrait tout simplement tomber en désuétude¹¹⁴. En effet, les critères de contrôle énoncés précédemment ne seront mis en œuvre que si une demande d'arbitrage est présentée au titre de l'article 22 (6) du *MARD*. Sans contestation, la règle du consensus inversé impliquera quasi systématiquement que l'ORD autorise les suspensions de concessions quel que soit le respect des dispositions de l'article 22. La demande d'arbitrage au titre de l'article 22 (6) du *MARD* s'avère donc une étape incontournable pour le membre dont le comportement a été jugé contraire aux règles de l'OMC. Ceci explique le recours systématique à cette procédure par la partie victime des suspensions de concessions¹¹⁵.

Quant aux caractères « possible » et « efficace » d'une suspension, ils ont été interprétés par les arbitres dans l'affaire des *Bananes* dans le sens de son applicabilité et de son adaptation au cas d'espèce pour le premier critère¹¹⁶, et dans le sens de son incidence et de son effectivité pour le second¹¹⁷.

dans sa demande. En même temps que la demande sera transmise à l'ORD, elle sera aussi communiquée aux Conseils compétents et aussi, dans le cas d'une demande relevant de l'alinéa b), aux organes sectoriels compétents », *Ibid.*

¹¹² *Communautés européennes – Bananes – 2000, supra note 104 au para. 55.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 45.

¹¹⁵ Voir la partie II.1.2)A), ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

¹¹⁶ Dans le contentieux des *Bananes*, les arbitres s'efforcèrent de donner une définition de ces termes sur la base d'une comparaison des versions linguistiques. Ainsi, ils estimèrent qu'« étudier le 'caractère possible' d'une autre suspension consiste à voir, d'une part, si cette autre suspension peut être mise en application dans la pratique et, d'autre part, si elle est adaptée au cas d'espèce », dans *Communautés européennes – Bananes – 2000, supra note 104 au para. 78.*

¹¹⁷ « En revanche, le terme « 'effective' signifie, par connotation, 'qui produit beaucoup d'effets', 'qui fait forte impression', 'qui produit un effet ou un résultat'. Par conséquent, le sens général de ce critère habilite la partie demandant la suspension à faire en sorte que celle-ci ait une forte incidence et produise le résultat souhaité, c'est-à-dire qu'elle incite à la mise en conformité le membre qui ne met pas les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en conformité avec les décisions de l'ORD dans un délai raisonnable », *Ibid.* au para. 72.

Afin de permettre d'envisager la prise de suspensions de concessions au titre d'autres secteurs, s'ajoute au respect des précédentes conditions l'existence de circonstances suffisamment graves pour demander la suspension au titre d'un autre accord¹¹⁸. Cependant, l'alinéa c) de l'article 22 (3) du *MARD* ne définit pas les concepts de « circonstances » et de « degré de gravité ». Si aucun seuil à partir duquel les circonstances doivent être jugées suffisamment graves n'est indiqué dans l'affaire *Bananes*, les arbitres ont estimé que ce seuil pouvait être mesuré à la lumière des éléments énoncés aux alinéas i) et ii) de l'article 22 (3)(d), c'est-à-dire au regard de l'importance du commerce dans le secteur faisant l'objet de la violation constatée par l'Organe d'appel et du contexte économique général.

La gravité des circonstances pourra donc être mesurée à l'aune de la situation d'inégalité des niveaux économique, démographique et social qui existent entre les parties au litige, de l'importance stratégique du secteur touché par les violations des règles de l'OMC ou encore à l'aune des crises structurelles qui affaiblissent l'État requérant¹¹⁹.

En résumé, face à une demande de rétorsion croisée, les arbitres examineront si la suspension de concessions dans le cadre de l'accord en vertu duquel des violations ont été constatées n'est pas « possible ou efficace », si « les circonstances sont suffisamment graves » pour que la partie demande la suspension au titre d'un autre accord que celui au titre duquel des violations ont été constatées, s'il a été tenu compte du commerce lié au secteur couvert dans le cadre de l'accord au titre duquel des violations ont été constatées ainsi que de « l'importance de ce commerce pour la partie » qui a subi une annulation ou une réduction d'avantages et, enfin, si le membre s'est attaché aux « éléments économiques plus généraux » se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages et aux « conséquences économiques plus générales » de la suspension demandée¹²⁰. Au regard de ces nombreux examens, il est évident que la charge de la preuve sera décisive lors des recours à l'article 22 (6) du *MARD*.

¹¹⁸ « La suspension entre secteurs au titre du même accord est autorisée si la suspension dans le même secteur n'est pas possible ou efficace ». Toutefois, une condition supplémentaire s'applique lorsque la partie plaignante envisage de demander une suspension entre accords. Une telle suspension au titre d'un autre accord n'est pas moins justifiée à moins que « les circonstances ne soient suffisamment graves », *Ibid.* au para. 80.

¹¹⁹ Ces différents critères permettant d'illustrer la gravité des circonstances et l'importance du litige sont ceux soulevés par l'Équateur dans le contentieux qui l'opposait aux Communautés européennes dans le contentieux des *Bananes*. Voir la partie II.1, ci-dessous, pour l'analyse des critères retenus et validés par les arbitres de l'OMC.

¹²⁰ Pour récapituler les critères d'examen de l'article 22 (3) du *MARD* et afin d'étudier l'allégation des Communautés européennes selon laquelle l'Équateur n'a pas suivi les principes et procédures énoncés aux alinéas a) à e) de l'article 22 (3), les arbitres estiment devoir analyser les questions suivantes :
a) premièrement, le point de savoir si la suspension de concessions dans le cadre du GATT dans l'un des secteurs dans lesquels des violations ont été constatées par le Groupe spécial reconvoqué n'est « pas possible ou efficace » ;
b) deuxièmement, le point de savoir si la suspension d'engagements dans le cadre de l'AGCS dans un autre sous-secteur que celui des services de commerce de gros faisant partie du secteur des services de distribution n'est « pas possible ou efficace » ;

b) *La charge de la preuve, véritable fardeau pour la partie désireuse de contester la nature de la rétorsion*¹²¹

Si l'État victime se doit de justifier l'option des rétorsions croisées au regard des critères étudiés précédemment, pèse seulement sur lui la charge d'une preuve négative¹²² qui, pour les arbitres de l'OMC, semble plus difficile à apporter que la preuve positive¹²³ qui incombe, quant à elle, à celui qui conteste le niveau de la suspension.

Cet exercice relève donc d'un certain équilibre juridique, puisqu'il consiste pour la partie visée par les suspensions à participer à l'établissement collectif de la sanction en démontrant que des mesures de représailles économiques non croisées pourraient néanmoins produire le résultat souhaité. Ainsi, l'État devenu schizophrène devrait, si l'on s'en tient, notamment, à la définition de la notion « d'efficacité » donnée par les arbitres, établir que des suspensions au titre du même accord l'inciteraient tout autant à se conformer aux décisions de l'ORD.

La preuve positive constitue donc un véritable fardeau pour la partie qui conteste la suspension et s'explique, notamment, par le « masochisme procédural » auquel elle devra se plier pour convaincre de l'efficacité des suspensions de concessions non croisées.

La nécessaire coopération entre l'Union européenne et ses États membres dans la prise de mesures de rétorsions croisées constitue un autre fardeau, celui-ci étant institutionnel et propre aux Communautés.

c) troisièmement, le point de savoir si la suspension d'engagements dans le cadre de l'AGCS en ce qui concerne un autre secteur de services que celui des services de distribution n'est « pas possible ou efficace »;

d) quatrième, le point de savoir si « *les circonstances sont suffisamment graves* » pour que la partie demande la suspension au titre d'un autre accord que celui au titre duquel des violations ont été constatées;

e) cinquième, le point de savoir *s'il a été tenu compte du commerce dans le(s) secteur(s) dans le cadre de l' (les) accord(s) au titre duquel (desquels) des violations ont été constatées* ainsi que de « *l'importance de ce commerce pour [la] partie* » qui a subi une annulation ou une réduction d'avantages;

f) sixième, le point de savoir s'il a été tenu compte des « *éléments économiques plus généraux* » se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages et des « *conséquences économiques plus générales* » de la suspension demandée [nos italiques].

¹²¹ Pour une étude plus globale sur la question, voir notamment Eric White, « Les règles de la preuve à l'OMC » (2000) Les notes bleues de Bercy n° 186, en ligne : Les notes bleues de Bercy : <http://www.finances.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/regle.htm>.

¹²² Concrètement, dans le contentieux des *Bananes*, *supra* note 17, il incombe à l'Équateur de rapporter la preuve que la suspension de concessions dans le cadre du *GATT* et de l'*AGCS* serait impossible ou inefficace, et aux Communautés européennes de rapporter la preuve contraire, c'est-à-dire la possibilité et l'efficacité de telles suspensions.

¹²³ « On considère souvent qu'il est plus difficile de prouver qu'une chose n'existe pas que de prouver qu'elle existe », *Communautés européennes – Bananes – 2000*, *supra* note 104 au para. 77.

2. LA NECESSAIRE COOPERATION ENTRE LES ETATS MEMBRES ET L'UNION EUROPEENNE

Les éléments de réponse à la question des compétences dans la prise des mesures de rétorsion croisée doivent être recherchés dans l'avis 1/94¹²⁴ de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Ancrée dans « la phase subsidiaire de l'intégration », la Cour de Luxembourg a estimé que l'Union européenne était exclusivement compétente, au titre de l'article 113 du *Traité instituant la Communauté européenne*, pour conclure les accords multilatéraux relatifs au commerce des marchandises, et que la compétence pour conclure l'AGCS et l'ADPIC était partagée entre l'Union et ses États membres¹²⁵.

a) *Le partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres entraîne la mixité de certains accords*

La constatation par la Cour de Luxembourg de la mixité, causée par le partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, de certains accords de l'OMC engendre une difficulté tout à fait spécifique aux Communautés européennes au regard des règles du système de règlement des différends¹²⁶. En effet, l'hypothèse d'une mise en œuvre du mécanisme de rétorsion croisée nécessitera une coopération étroite entre l'Union et ses membres, coopération dont les contours ne sont pas réellement délimités¹²⁷.

L'avis 1/94 délivré par la CJCE illustre clairement le problème qui se pose aux Communautés au regard des possibilités offertes par l'article 22 du *MARD*. Le caractère mixte de cet accord issu du Cycle d'Uruguay, qui se dégage d'ailleurs de l'avis 1/94, implique nécessairement une certaine discipline que doivent respecter les

¹²⁴ C.J.E. *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE*, C-1/94, [1994] Rec. C.E. I-5267 [Avis 1/94]. Voir également Thiébaud Flory et Frédéric-Paul Martin, « Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 de la CJCE au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune » (1996) 2 C.D.E. 379 à la p. 381 [Flory et Martin, « Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 »].

¹²⁵ Selon Denis Simon, « la CJCE a consacré une « vision étriquée » de la notion de politique commerciale commune qui s'opposait à l'appréhension du commerce mondial par le GATT en terme de globalité et d'interdépendance des échanges », Denis Simon, « La compétence de la Communauté pour conclure l'accord OMC : l'avis 1/94 de la Cour de justice » *Europe* (décembre 1994) n°1 à la p. 2.

¹²⁶ Ferchichi rappelle que l'Union européenne est la seule organisation régionale dont la qualité de membre de l'OMC lui est reconnue, ainsi qu'à ses États membres, dans Mehdi Ferchichi, *L'Uruguay Round et le règlement des différends commerciaux interétatiques*, Thèse de doctorat en histoire, Université Paris I, 1996 à la p. 256 [non publiée].

¹²⁷ Obligation de coopération déjà évoquée dans l'avis 2/91 du 19 mars 1993 dans lequel la Haute juridiction rappelait « que lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle des États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires tant dans le processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution des engagements assumés », C.J.E. *Convention no 170 de l'Organisation internationale du travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, C-2/91 [1993] Rec. C.E. I-1061 au para. 36.

États membres et l'Union afin de permettre une bonne gestion des accords de l'OMC¹²⁸.

La Commission européenne, dans ses prétentions concernant l'avis 1/94, soulignait la difficulté pratique qui résulterait, sur le plan de la gestion des accords, de la reconnaissance d'une compétence partagée, laquelle entraînerait l'affaiblissement de la force de négociation des Communautés¹²⁹, leur unité d'action vis-à-vis de l'extérieur s'en trouvant indubitablement minée¹³⁰. Le dernier argument qu'elle avait déployé pour revendiquer sa compétence exclusive portait sur la possibilité, instaurée par le SRD, de recourir à des rétorsions croisées dans le domaine des différents accords du Cycle d'Uruguay¹³¹.

La CJCE s'est montrée très consciente de ces problèmes de partage de compétences en indiquant

[qu']à défaut de coopération étroite dans l'hypothèse où un État membre, dans sa sphère de compétence, aurait dû être dûment autorisé à prendre les mesures de rétorsion, mais estimerait qu'elles seraient inefficaces si elles étaient prises dans le domaine couvert par le GATS ou les ADPIC il ne disposerait pas, au regard du droit communautaire, du pouvoir de prendre des mesures de rétorsion dans le domaine du commerce des marchandises puisque cette matière relève, en tout état de cause, de la compétence exclusive que détient la Communauté au titre de l'article 113 du Traité. Inversement, à défaut de la même coopération étroite, si la Communauté obtenait le droit de rétorsions dans le domaine des marchandises mais s'estimait incapable de l'exercer, elle se trouverait dans l'impossibilité juridique de prendre des mesures de rétorsion dans les domaines couverts par le GATT et les ADPIC qui relèveraient de la compétence des États.¹³²

C'est la parfaite illustration de la pensée du critique français Sainte-Beuve qui écrivait qu'« en toute coopération on est, en quelque sorte, dépendant de ses collaborateurs et solidaire avec eux ». En effet, sans une œuvre commune dans l'un des domaines les plus agressifs du commerce mondial, l'arme stratégique des

¹²⁸ À la suite de l'avis 1/94, *supra* note 124, et conformément à l'article 88 (4) de la *Constitution*, l'Assemblée nationale française a adopté une résolution concernant la conclusion et la mise en œuvre de l'*Accord instituant l'OMC*, voir France, Assemblée nationale (7 janvier 2004), en ligne : Assemblée nationale française, <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2003-2004/114.asp>>. Elle se félicite de la consécration de la mixité des dispositions relatives à l'AGCS et à l'ADPIC et considère que « la mixité de ces accords impose aux institutions communautaires et aux États membres de négocier un code de conduite précisant les modalités de leurs interventions respectives dans les enceintes de la nouvelle OMC », *Europe* n° 25 (janvier 1995) à la p. 16.

¹²⁹ Pour une illustration des difficultés qu'entraîne la reconnaissance d'une compétence partagée au sein d'un accord mixte, voir notamment les problèmes liés à l'application de la répartition des compétences lors des réunions de la FAO dont la Communauté est membre depuis 1991, Flory et Martin, « Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 », *supra* note 124 à la p. 394.

¹³⁰ *Avis 1/94*, *supra* note 124 au para. 106.

¹³¹ Ferchichi, *supra* note 126 à la p. 260.

¹³² *Avis 1/94*, *supra* note 124 au para. 109.

rétorsions croisées deviendrait inemployable. Aussi, les Communautés ont-elles, un temps, désiré pérenniser ce devoir de coopération.

b) *Du « code de conduite » au « devoir de coopération »*

Une action cohérente et loyale entre les États membres et l'Union au niveau international devait être codifiée à travers l'élaboration d'un code de conduite négocié entre les instances communautaires et les États membres¹³³. Ce code devait établir des règles concernant le règlement des différends. Dans ce domaine, il était prévu que la Commission agisse au nom de l'ensemble communautaire. Elle devait lancer d'office une procédure à l'encontre d'un État tiers dès qu'un État membre le demandait, à moins qu'une majorité d'États ne s'y oppose, et assurer la défense des intérêts communautaires dans l'hypothèse où l'Union et/ou ses États membres étaient mis en cause. Présenté lors de la réunion du Conseil de l'Europe du 22 mai 1995, ce projet n'a pas reçu le soutien des États membres qui contestaient, notamment, l'impossibilité d'une utilisation nationale du système de règlement des différends de l'OMC. Face au blocage des négociations sur ces questions¹³⁴, l'abandon du code de conduite devenait inévitable et un principe plus souple devait s'y substituer¹³⁵.

En effet, face à ce souci d'efficacité et de crédibilité défendu par la Commission, la Cour, dans son avis 1/94, se fondant sur l'avis 1/78, rappellera le devoir de coopération étroite entre les États membres et les institutions communautaires :

lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle des États membres, il importe d'assurer une coopération étroite entre ces derniers et les institutions communautaires tant dans le processus de négociation et de conclusion que dans l'exécution des engagements assumés.¹³⁶

¹³³ Le projet français pour ce code de conduite est disponible dans le Rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 1713 présenté par Patrick Hoguet, voir France, Assemblée nationale, Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne « Cycle d'Uruguay : Conclusion et mises en œuvre communautaire », Compte rendu n° 1713 (5 février 2003) aux pp. 19 et s., en ligne : Assemblée nationale française <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i0598.asp>>.

¹³⁴ Un aperçu des désaccords intra-européens est présenté dans le Rapport d'information de l'Assemblée nationale, France, n° 2948, 2 juillet 1996 rapporté par Patrick Hoguet, voir France, Assemblée nationale, Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, « L'Organisation mondiale du commerce : une entreprise encore inachevée », Compte rendu n° 2948 (2 juillet 1996) aux pp. 131 et s.

¹³⁵ Principe auquel il manque, pour de nombreux auteurs, une définition plus complète. Ainsi Denis Simon écrit qu'« on aurait pu espérer que l'attitude de "judicial self-restraint" qui caractérise la partie de l'avis concluant à l'absence de compétence communautaire exclusive soit compensée par un effort constructif dans la définition de la portée de l'obligation de coopération réciproque dans la mise en œuvre de l'accord », dans Simon, *supra* note 125 à la p. 3.

¹³⁶ *Avis 1/94*, *supra* note 124 au para. 108.

Finalement, l'exercice des rétorsions croisées par les autorités communautaires sera conditionné, dans certains cas, par une double autorisation : celle de l'ORD¹³⁷, suivie de celle des États membres si les rétorsions visent les domaines couverts par l'AGCS et l'ADPIC et ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union.

Si les Communautés européennes disposent, depuis le Cycle d'Uruguay et l'invention des rétorsions croisées, d'un « instrument d'une efficacité redoutable » comme le rappelle Pascal Lamy¹³⁸, celui-ci ne serait qu'un tigre de papier si une étroite concertation n'existait pas entre les partenaires européens.

Les contours de cette obligation de coopération restent cependant particulièrement flous, la Cour n'ayant pas fixé le contenu de celle-ci ; la bonne volonté des États et de l'Union sera donc le seul élément sur lequel pourra s'appuyer une politique commerciale européenne qui se voudrait efficace en matière de rétorsion croisée¹³⁹. Comme le souligne Denys Simon, « le diagnostic lucide du juge communautaire ne débouche sur aucun protocole thérapeutique précis »¹⁴⁰. Cette incertitude quant à la nature de la coopération étroite, qui devrait, selon la Cour, s'imposer de façon plus impérieuse encore depuis l'existence du dispositif de rétorsion croisée, ne s'avère cependant pas, pour certains auteurs¹⁴¹, réellement préjudiciable aux Communautés du fait du recours considéré comme très hypothétique à ce mécanisme.

L'ex-commissaire européen au Commerce, sir Léon Brittan, traduisait cette tendance en soulignant l'intention des Communautés d'utiliser le moins possible le mécanisme de rétorsion croisée de l'OMC¹⁴². Il semble, cependant, que cette volonté affirmée de conciliation s'apparente davantage à l'acceptation tacite d'une réalité légale qui hypothèque fortement les capacités des Communautés européennes à utiliser un tel mécanisme. Au regard des conditions dégagées par les panels de l'OMC relativement à l'utilisation de cette arme ultime et des circonstances concrètes dans

¹³⁷ *Supra* note 5 à l'art. 22 (2).

¹³⁸ Pascal Lamy, commissaire au Commerce, Allocution inaugurale, Colloque Jean Monnet, Bruxelles, 21 octobre 1999 à la p. 4 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/archives/commission_1999_2004/lamy/speeches_articles/spla01fr.pdf>.

¹³⁹ L'article 116 du *Traité de Rome* qui prévoyait, notamment, l'existence d'une action commune entre les États membres dans le cadre des organisations internationales à caractère économique ayant été abrogé par le *Traité sur l'Union européenne*, le fondement juridique de l'obligation de coopération semble difficile à déterminer, *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1958); *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, 1757 R.T.N.U. 266 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1993).

¹⁴⁰ Simon, *supra* note 125 à la p. 3.

¹⁴¹ Voir notamment Olivier Blin, *La Communauté européenne, le GATT et l'OMC ; contribution à l'étude des rapports entre la Communauté européenne et les organisations internationales*, thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse I, 1997 [non publiée] à la p. 449.

¹⁴² Stangos N. Pétros, « La communauté européenne et le nouveau régime du commerce international des marchandises issu de l'Uruguay Round (La compétence de la Communauté relative aux accords sur le commerce des marchandises, à la lumière de l'avis 1/94 de la CJCE) » dans Thiébaud Flory, dir., *La place de l'Europe dans le commerce mondial*, Luxembourg, Publication de l'I.U.I.L., 1995 à la p. 292.

lesquelles elles ont pu être validées, il est probable qu'elle ne puisse jamais être « dégainée » par les Communautés européennes, et ce, qu'elle que soit l'intention qui les anime.

II. La contrainte à l'exécution au service d'une stratégie européenne d'accès et de sauvegarde des marchés

L'accès aux autres marchés du monde reste un objectif prioritaire de l'Union européenne. Par sa stratégie dite « d'accès aux marchés », elle s'emploie à éliminer les obstacles importants à ces marchés en utilisant pleinement les divers instruments multilatéraux et bilatéraux à sa disposition¹⁴³. La procédure de règlement des différends fait partie de ces outils. Si, comme nous l'avons souligné, le recours à l'article 22 (3) du *Mémorandum* est relativement rare, l'utilisation des alinéas b) et c) de cet article concernant les rétorsions croisées l'est encore davantage. À tel point que cette pratique est aujourd'hui singulière puisqu'elle ne concerne qu'une affaire¹⁴⁴.

A. Les Communautés européennes et la pratique des contre-mesures à l'OMC

De manière empirique, l'étude des rétorsions croisées à l'OMC n'est riche que d'un unique cas. Aussi, les Communautés qui, seules, ont déjà connu ce genre de sanction, ont été contraintes de préciser leur stratégie commerciale face à ce type de menace.

1. UNE POSITION COMMERCIALE EUROPEENNE PRIVILEGIANT LA NEGOCIATION

Comme nous l'avons souligné précédemment, les arbitres de l'OMC, lors des consultations au titre de l'article 22 (6) du *MARD*, ont dégagé de manière

¹⁴³ Voir Commission européenne, « Pour maximiser les avantages du commerce : le mécanisme de règlement des différends de l'OMC » (octobre 1998) à la p. 2, en ligne : Commission européenne <www.europa.eu.int/comm/dg01/trade2fr.htm>. Voir également la communication adressée au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions par la Commission européenne, Communiqué COM(96) 53, « Le défi global du commerce international : une stratégie d'accès aux marchés pour l'Union européenne » (14 février 1996), en ligne : Bulletin UE <<http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/9601/p104025.htm>> dans laquelle la Commission range le recours au SRD parmi les instruments disponibles au niveau multilatéral en vue de l'accès aux marchés.

¹⁴⁴ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes - Recours de l'Équateur à l'article 22.7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (2000), OMC Doc. WT/DS27/54 (Rapport du Groupe spécial). En réponse à la demande de l'Équateur, l'autorisation de suspendre des concessions à l'encontre des Communautés européennes a été accordée à la réunion de l'Organe de règlement des différends du 15 mai 2000, voir OMC, Organe de règlement des différends, *Compte rendu de la réunion* (tenue le 25 avril 2000), OMC Doc. WT/DSB/M/79.

prétorienne certaines conditions formelles et substantielles préalables à la prise de mesures de rétorsion croisées.

L'affaire qui nous renseigne le plus complètement sur ces conditions est l'affaire des *Bananes*, particulièrement dans le volet qui oppose non pas les États-Unis à l'Équateur, mais plutôt l'Équateur aux Communautés européennes. À l'aune de l'examen par les arbitres des arguments de l'Équateur, il semble difficile pour les Communautés européennes de parvenir à court ou moyen terme à se voir autoriser la prise de mesures de rétorsion croisées. Nous assistons ici à l'illustration paroxystique de l'approche dite « *rule-oriented* »¹⁴⁵ au détriment de celle dite « *power-oriented* »¹⁴⁶, cette dernière étant basée sur la puissance économique et plus traditionnelle au sein des relations commerciales internationales. En effet, les conditions dégagées par les arbitres semblent davantage faire écho aux attentes et à la situation des « petits pays » ou des pays en développement. Aussi, le respect des principes et procédures énoncés à l'article 22 (3) sera difficilement concevable pour les grandes puissances commerciales comme l'Union européenne. L'exemple équatorien permet de mieux appréhender cette situation.

a) *Le cas équatorien : seul État autorisé à prendre des rétorsions croisées*

Ce pays soutient qu'il n'a pas demandé la suspension uniquement dans le cadre du *GATT* et/ou dans le cadre de l'*AGCS*¹⁴⁷ parce qu'il considérait que cela ne serait pas possible ou efficace au sens de l'article 22 (3), et que les circonstances, dans le secteur de la banane et dans l'économie équatorienne dans son ensemble, étaient suffisamment graves pour justifier la suspension au titre d'un autre accord.

Afin de satisfaire aux conditions d'autorisation de suspension au titre d'autres accords, l'Équateur va souligner ses difficultés économiques et mettre en avant les inégalités criantes entre le commerce communautaire et équatorien. La dépendance commerciale de l'Équateur vis-à-vis des Communautés européennes en ce qui concerne les marchandises est l'un des arguments justifiant les rétorsions croisées. En effet, de nombreuses marchandises communautaires sont utilisées comme intrants¹⁴⁸ dans le processus de fabrication intérieure de l'Équateur. Aussi, l'application de droits additionnels accroîtrait le coût de la production équatorienne en l'absence d'autres sources d'approvisionnement à des prix semblables. Même si

¹⁴⁵ Le professeur Petersmann rappelle que cette approche est consacrée dès les premiers articles du *Mémorandum* : « [a]rticle 3 emphasizes the rule-oriented function and the legal primacy of the WTO dispute settlement system », Petersmann, « *GATT/WTO Dispute Settlement System* », *supra* note 7 à la p. 179.

¹⁴⁶ Yves Renouf, « Le règlement des litiges » dans Thiébaud Flory, dir., *La Communauté européenne et le GATT : évaluation des accords du Cycle d'Uruguay*, Rennes, Apogée, 1995 à la p. 61.

¹⁴⁷ Contentieux des *Bananes*, *supra* note 17. Aussi bien le Groupe spécial que l'Organe d'appel ont constaté que le régime communautaire applicable aux importations de bananes constituait une violation de ces deux accords.

¹⁴⁸ Un « intrant » est un élément entrant dans la production d'un bien (par exemple, les matières premières).

celles-ci existaient, l'Équateur soutient que la transition vers d'autres sources d'approvisionnement s'accompagnerait de coûts de transition afin de s'adapter à ces sources, coûts dont l'Équateur allègue l'importance relative, compte tenu de son statut de pays en développement¹⁴⁹.

À l'appui de son argumentation selon laquelle les circonstances sont suffisamment graves pour justifier la suspension au titre de différents accords, l'Équateur a présenté des statistiques qui font apparaître la situation d'inégalité dans laquelle il se trouve vis-à-vis des Communautés européennes¹⁵⁰. La comparaison des populations des deux parties complète celle des parts du commerce mondial des marchandises. Alors que l'Équateur compte douze millions d'habitants et représente 0,1 % du commerce mondial des marchandises, la population des Communautés s'élevait alors à 375 millions d'habitants et sa part du commerce mondial des marchandises se situait aux alentours de 20 %. Enfin, le PIB par habitant des Communautés est de 22 500 \$ US tandis que le revenu par habitant de l'Équateur est de 1 600 \$ US.

D'autre part, il est possible, au regard de la nécessaire prise en compte des « éléments économiques plus généraux », qu'une crise économique participe de la justification de rétorsions croisées¹⁵¹. L'interprétation *in concreto* du critère des « conditions suffisamment graves » fait donc référence à une situation que les Communautés sont, heureusement, loin de pouvoir égaler.

b) *L'improbable faculté pour les Communautés d'appliquer le droit de suspension au titre d'autres accords*

Il est donc évident que ces quelques éléments établissent une situation caractérisée par un degré d'inégalité économique considérable entre les parties concernées. Pour le panel, elle justifie l'impossibilité ou l'inefficacité de suspendre des concessions dans le cadre des accords qui ont fait l'objet d'une violation. Autant d'arguments structurels que l'Union, « le plus gros négociant du monde »¹⁵², ne pourrait reprendre à son compte dans l'éventualité où elle envisagerait d'avoir recours aux rétorsions croisées.

Paradoxalement, la puissance économique et commerciale européenne semble réduire sa capacité d'user de toutes les dispositions offertes par le *MARD* au

¹⁴⁹ Contentieux des *Bananes*, plainte de l'Équateur, *supra* note 17 au para. 94.

¹⁵⁰ Pour une vue globale des chiffres du commerce extérieur de l'Union, voir le tableau annexé au rapport du gouvernement, OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Examen des politiques commerciales - Union européenne*, OMC Doc. WT/TPR/S/102 aux pp. 133 et s.

¹⁵¹ Sans d'ailleurs avoir à démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'annulation ou la réduction d'avantages subie et ces « éléments économiques plus généraux ». À cet égard, l'Équateur a fait valoir qu'il est, en 1998, confronté à la pire crise économique de son histoire. Il a souligné que son économie a subi une contraction de 7% en 1999 et que les importations totales ont chuté de 52%. Le chômage a atteint 17% en 1999; contentieux des *Bananes*, plainte de l'Équateur, *supra* note 17 au para. 132.

¹⁵² *Ibid.* au para 126.

regard des éléments d'interprétation concrets soulevés par le seul membre de l'OMC aujourd'hui autorisé à prendre des rétorsions croisées.

Si « le système [OMC] n'a à aucun moment pour objectif de modifier la distribution de la puissance »¹⁵³, la possibilité des rétorsions croisées accroît en pratique la capacité de sanction des États dont la santé économique est la plus précaire et permet au contentieux de s'imprégner de la notion de justice distributive¹⁵⁴. Ceci dans certaines limites, puisque la faiblesse économique de certains pays en développement entraîne l'impossibilité pour ces derniers d'exercer des pressions sur les pays « riches » dont les exportations sont vitales à leur développement¹⁵⁵.

Au regard des propositions européennes concernant la réforme de l'article 22, il est possible d'imaginer que la difficulté pour les Communautés de prétendre à l'utilisation du mécanisme du paragraphe 3 de cet article a été perceptible. Ce qui explique peut-être en partie leur nette tendance à privilégier, dans leurs contributions à l'amélioration du *MARD*, la voie de la compensation à celle, plus « unilatérale », des suspensions de concessions.

2. LE VOLET DEFENSIF DE LA POLITIQUE COMMERCIALE EUROPEENNE

Le souci fréquent des Communautés européennes d'afficher une position profondément attachée à la négociation tout au long du processus de règlement des litiges, tout en défendant ses intérêts stratégiques, s'illustre aussi à travers ses contributions à l'amélioration du *MARD*¹⁵⁶.

a) *Propositions européennes visant l'amélioration du mécanisme de sanction de l'article 22 du MARD*

Pour les Communautés, la compensation commerciale, qui accroît les échanges, doit devenir une solution plus réaliste à préférer à la suspension de concessions, laquelle restreint les échanges comme le stipule l'article 3 (7) du

¹⁵³ Ruiz Fabri, « Règlement des différends », *supra* note 24 à la p. 748.

¹⁵⁴ Ces conditions participeraient alors à « l'équité économique », caractéristique essentielle du droit international économique aux yeux du député Patrick Hoguet, *supra* note 134 à la p. 25.

¹⁵⁵ La décision arbitrale du contentieux des *Bananes* souligne ainsi qu'« il se pourrait que l'Équateur se trouve dans une situation où il ne serait pas réaliste ou possible pour lui de mettre en œuvre la suspension autorisée par l'ORD pour le montant total correspondant au niveau de l'annulation et de la réduction d'avantages estimé par nous [...] », dans *Communautés européennes – Bananes – 2000*, *supra* note 104 au para. 177. Voir également Marco Bronckers, « More Power to the WTO? » (2001) 4 *J. Int'l Econ. L.* 41 à la p. 61.

¹⁵⁶ Voir OMC, *Contribution des CE à l'amélioration et Mémoire d'accord*, *supra* note 54; OMC, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration et à la clarification du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends (Communication des Communautés européennes)*, OMC Doc. TN/DS/W/38(2003) (session extraordinaire, Organe d'appel).

*MARD*¹⁵⁷. Cependant, elles constatent que l'article 22 du *MARD* ne permet pas réellement l'usage de la compensation, laissant la place à un raidissement dans la procédure à mesure qu'elle s'unilatéralise. Elles proposent ainsi d'allonger de vingt à trente jours le délai raisonnable prévu à l'article 22 (2) du *MARD* dont le but est de permettre de trouver une compensation mutuellement acceptable. Il reste qu'au regard du *Mémorandum*, le seul mécanisme susceptible d'éclairer une partie plaignante sur le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages est la demande de suspension de concessions :

ce n'est qu'en demandant la suspension de concessions et en lançant un arbitrage au titre de l'article 22 (6) du *Mémorandum d'accord* que les parties connaîtront le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages : autrement dit, *on ne peut obtenir le principal élément requis pour négocier la compensation qu'en demandant l'autorisation d'appliquer des sanctions*.¹⁵⁸

C'est ce qui pousse les Communautés à estimer que la compensation commerciale n'est pas actuellement une option réaliste pouvant être préférée à l'application de sanctions commerciales¹⁵⁹. Les Communautés européennes désirent donc découpler la décision arbitrale déterminant le niveau de l'annulation et celle concernant la vérification de l'équivalence du niveau proposé à celui ainsi prédéterminé et/ou si les règles en matière de rétorsion croisée ont été respectées. De cette manière, l'édiction de mesures de rétorsion ne serait plus un préalable à la connaissance du niveau du préjudice subi.

L'interdiction des rétorsions de type « carrousel » modifiant unilatéralement la liste de concessions pour laquelle l'ORD a accordé une autorisation au titre de l'article 22 (7) du *MARD* est l'une des revendications des Communautés¹⁶⁰. Enfin, certaines exigences du règlement des litiges s'avèrent inadaptées aux caractéristiques

¹⁵⁷ Pour la Communauté, « il est logique que la compensation commerciale soit toujours préférée à la suspension de concessions ou d'autres obligations, qui n'est qu'un instrument à utiliser en dernier recours ; l'autorisation de suspendre des concessions va à l'encontre d'un principe fondamental de l'OMC, à savoir la prévisibilité du système commercial », dans OMC, *Contribution des CE à l'amélioration et Mémorandum d'accord*, *supra* note 52 à la p. 5.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ C'est ce que constate l'UNICE, sans exposer les « clés » permettant l'explication d'un tel comportement, quand elle souligne que « [l]es rétorsions peuvent également exercer un effet négatif sur les négociations relatives aux compensations. Jusqu'ici, les membres de l'OMC concernés par le règlement d'un différend ont trop vite opté pour des rétorsions. Certains membres de l'OMC semblent juger plus facile de suspendre des concessions que d'obtenir un accord sur des compensations avec le pays n'ayant pas respecté ses obligations », dans le contentieux des *Hormones*, plainte initiale des États-Unis, *supra* note 20 à la p. 3.

¹⁶⁰ La Communauté désire également conforter la prévisibilité du système de rétorsion en exemptant les marchandises dites « en cours de route » de la suspension de concessions, promouvant ainsi une pratique, notamment utilisée par le Canada dans le contentieux des *Hormones*, qui consiste à exempter des droits de 100% les marchandises en transit à destination de son territoire à la date d'entrée en vigueur de la suspension de concessions ou avant cette date, dans le contentieux des *Hormones*, *supra* note 18.

spécifiques des Communautés au sein de l'OMC. La rigueur des procédures, comme l'obligation de mise en œuvre des recommandations dans un « délai raisonnable », peut, dans certains cas, s'avérer particulièrement préjudiciable aux Communautés, notamment parce que leurs propres règles de procédure interne sont susceptibles d'entraver leur capacité à s'acquitter de leurs obligations dans les meilleurs délais¹⁶¹. Il importe donc aux Communautés de faire valoir les spécificités qui leur sont inhérentes¹⁶² en vue d'obtenir d'éventuels délais qui leur soient davantage adaptés.

b) *La limitation des prétentions adverses quant au montant du niveau des rétorsions*

L'Union européenne est l'un des membres de l'OMC qui s'est vu opposer, après autorisation du SRD, le plus grand nombre de suspensions de concessions¹⁶³. Face à ce type d'accusation, elle a fait le choix de la contestation systématique des suspensions de concessions qui la visent¹⁶⁴. Cette technique, si elle ne permet que rarement de revenir sur le principe ou la légalité même de la suspension, parvient néanmoins à réduire significativement les prétentions de la partie adverse.

Au titre de l'article 22 (2) du *MARD*, les parties au différend ont la faculté de fixer elles-mêmes le montant qu'elles estiment avoir perdu du fait de la non-application par l'autre partie des prescriptions de l'Organe d'appel. Dans l'affaire des *Bananes*, les États-Unis sollicitaient des sanctions commerciales à hauteur d'un montant de 520 millions de dollars américains par an¹⁶⁵. Après contestation par les Communautés du niveau de la suspension proposée, les arbitres estimèrent que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les États-Unis dans cette affaire était de 191,4 millions de dollars américains par an¹⁶⁶. Dans la même affaire, l'Équateur évaluait son préjudice à 450 millions de dollars américains par an¹⁶⁷. Après contestation par les Communautés, ce dernier montant fut réduit à 201,6 millions de dollars américains par an¹⁶⁸.

¹⁶¹ Sur le caractère parfois ingérable des nouveaux délais procéduraux contraignants compte tenu des spécificités procédurales internes à la Communauté, voir Berthelot, *supra* note 25 aux pp. 39 et s.

¹⁶² Comme, par exemple, la nécessité d'une intervention des États membres pour mettre en conformité une mesure appartenant à un domaine de compétence partagé.

¹⁶³ À la date du 11 novembre 2004, l'ORD autorisait à son encontre des suspensions de concession à trois reprises, contre quatre pour les États-Unis et deux pour le Canada, voir OMC, *Projet de rapport annuel*, *supra* note 24 aux pp. 83-84.

¹⁶⁴ Rosas, *supra* note 27 à la p. 138.

¹⁶⁵ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 22.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (1999), OMC. Doc. WT/DS27/43 (Communication par la mission des États-Unis adressée au président de l'Organe de règlement des différends).

¹⁶⁶ Contentieux des *Bananes*, plainte du Guatemala et du Honduras, *supra* note 17 à la p. 45.

¹⁶⁷ *Communautés européennes – Bananes – 1999*, *supra* note 103 à la p. 1.

¹⁶⁸ *Communautés européennes – Bananes – 2000*, *supra* note 104 à la p. 42. Soulignons que les Communautés européennes ont finalement accepté de modifier leur réglementation relative à l'importation des bananes et les membres impliqués dans cette affaire sont parvenus en avril 2001 à un accord mettant fin au différend.

Dans l'affaire des *Hormones*, les États-Unis désiraient suspendre certaines concessions à hauteur de 202 millions de dollars américains par an¹⁶⁹ alors que le Canada prétendait avoir subi un préjudice de l'ordre de 75 millions de dollars canadiens par an¹⁷⁰. Après contestation de ce montant par les Communautés, les arbitres déterminèrent que le niveau de l'annulation subie par les premiers était de 116,8 millions de dollars américains par an¹⁷¹ et s'élevait, pour le Canada, à 11,3 millions de dollars canadiens¹⁷². Dans ces deux affaires et contre ces quatre plaignants, les Communautés européennes, par cette procédure de contestation systématique, ont réussi à diminuer de plus de 50 % le total des prétentions adverses, réduisant ainsi le total des sommes soi-disant dues de 725,9 millions de dollars américains par an¹⁷³.

Cependant, ces affaires ne résument pas à elles seules la situation contentieuse globale des Communautés dans l'arène du commerce international. En effet, ce qu'il est désormais admis d'appeler « la guerre de l'acier » a cette fois offert à l'Union européenne l'initiative dans un nouveau différend transatlantique¹⁷⁴.

B. La guerre de l'acier et la recherche de rétorsions *sui generis*

Après les affaires hautement médiatiques et fortement symboliques quant à l'opposition des choix de société et des modèles de développement que les contentieux des *Bananes* et des *Hormones* proposaient, et après la phase défensive dans laquelle ces affaires s'inscrivaient, les Communautés européennes ont nettement amorcé une phase offensive¹⁷⁵. La crise de l'acier participe de ce nouveau dynamisme.

¹⁶⁹ Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Recours des États-Unis à l'article 22.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) (1999), OMC Doc. WT/DS26/19 à la p. 1.

¹⁷⁰ Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Recours du Canada à l'article 22.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) (1999), OMC Doc. WT/DS48/17 à la p.1.

¹⁷¹ Contentieux des *Hormones*, plainte initiale des États-Unis, *supra* note 20 à la p. 21.

¹⁷² Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés - Plainte initiale du Canada - Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (1999), OMC Doc. WT/DS48/ARB à la p. 18.

¹⁷³ Dans le contentieux des *Hormones*, la Communauté a engagé des discussions visant à remplacer le retrait des concessions par des mesures de compensation, voir *Organe d'examen des politiques commerciales - Examen des politiques commerciales - Union européenne - Rapport du gouvernement*, *supra* note 22 au para. 75.

¹⁷⁴ Pour une vue plus globale des différends et des relations UE - États-Unis, voir Marie-Françoise Labouz, « Relations avec les pays industrialisés, Union européenne et États-Unis » (1997) 2211 J.-cl. Eur. 5 à la p. 5 et s.

¹⁷⁵ Soulignons que le 29 mars 2002, dans l'affaire des aides fiscales à l'exportation (*Foreign Sales Corporation*, FSC), l'Instance d'arbitrage de l'OMC s'est prononcée sur un montant de sanctions que les Européens seront autorisés à prendre. Les Quinze disposeront alors d'une véritable « bombe atomique » selon Laurent Zecchini, « Commerce : 'bruits de bottes' transatlantiques » *Le Monde* (12 mars 2002), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=745436> [Zecchini, « Commerce »].

Si le commissaire européen chargé du commerce désire relativiser la place que cette crise occupe dans les relations transatlantiques¹⁷⁶, il estime que l'Union européenne et ses partenaires commerciaux sont confrontés au caractère de plus en plus imprévisible de la politique commerciale des États-Unis¹⁷⁷. En effet, le 5 mars 2002, à la suite d'une enquête diligentée en vertu de la section 201 de la loi américaine sur le commerce de 1974¹⁷⁸, le président américain a, au titre de l'article 203 de cette même loi, décidé d'imposer des mesures de sauvegarde définitives sous la forme d'un relèvement des droits de douane frappant les importations de certains produits en acier et sous la forme d'un contingent tarifaire à l'importation de « brames »¹⁷⁹. Ces mesures ont pris effet le 20 mars 2002¹⁸⁰. La fermeture substantielle du marché américain à ces produits risque de confronter l'industrie sidérurgique de l'Union européenne à deux conséquences néfastes auxquelles des réponses distinctes vont être apportées. La première conséquence est une réduction brutale des exportations de l'Union vers le marché américain et la seconde est un détournement substantiel vers le marché des Communautés du trafic des pays tiers touchés par les mesures américaines. Aussi, l'Union va-t-elle exploiter au maximum les potentialités des accords de l'OMC afin d'avoir recours au plus large éventail possible de sanctions¹⁸¹.

Olivier Cattaneo estime, quant à lui, que la menace de ces sanctions donnera également à la Communauté une monnaie d'échange pour négocier la résolution du conflit du bœuf aux hormones, voir Cattaneo, *supra* note 23 à la p. 19.

¹⁷⁶ Comme le rappelle Olivier Cattaneo, la Communauté n'entretient pas que des relations conflictuelles avec les États-Unis. Le « Partenariat économique transatlantique » ainsi que « le dialogue d'affaire transatlantique » en témoignent; voir Cattaneo, *Ibid.* à la p. 26. C'est également ce qu'a souligné l'Union européenne dans le document OMC, *Examen des politiques commerciales - Union européenne - Rapport du gouvernement*, *supra* note 22 au para. 75, en estimant que : « [J]es bonnes relations commerciales entre l'UE et les États-Unis sont depuis longtemps un élément important de la gestion globale du système commercial mondial. Durant la période considérée, la coopération étroite entre ces deux partenaires a certainement beaucoup contribué au succès de la Conférence de Doha ».

¹⁷⁷ Pascal Lamy souligne que ce comportement démontre que les « États-Unis, c'est le libre-échange clignotant ou alterné : un jour ça marche, le lendemain ça ne marche plus [...] », dans Pascal Lamy, « État et perspectives des relations transatlantiques », Discours à la session plénière, Parlement européen, 3 mars 2002 [non publié]. Transcription disponible en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/archives/commission_1999_2004/lamy/speeches_articles/indexpl_sub_en.htm> [Lamy, « Relations transatlantiques »].

¹⁷⁸ *Action Under Section 203 of the Trade Act of 1974 Concerning Certain Steel Products*, 45 Fed. Reg. 10593 (2002).

¹⁷⁹ Une brame est une ébauche d'acier servant à la fabrication de la tôle.

¹⁸⁰ Voir notamment la demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les Communautés européennes dans *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les Communautés européennes)* (2002), OMC Doc. WT/DS248/12 (Communication) [*États-Unis – Acier*].

¹⁸¹ Pour un commentaire critique de la décision américaine, on lira Christian Deblock, « Les droits sur l'acier et le protectionnisme. Un commentaire » GRIC (10 mars 2002), en ligne : Groupe de recherche sur l'intégration continentale <www.unites.uqam.ca/gric/chroniques/Acier.pdf>.

1. LES DIFFERENTS VOILETS DE LA STRATEGIE EUROPEENNE EN REPONSE AU PROTECTIONNISME AMERICAIN

La stratégie commerciale mise au point par la Commission européenne poursuit un triple but et veut résolument s'inscrire dans le cadre de la « légalité » des règles et disciplines qui garantissent le fonctionnement du système multilatéral¹⁸². Cette stratégie se décompose, d'une part, en une approche « globale » par la contestation de la compatibilité des mesures américaines avec les règles de l'OMC conformément à l'article 4 du *MARD*¹⁸³ et, d'autre part, en deux démarches visant à répondre spécifiquement aux dommages causés par le protectionnisme américain sur l'acier. Nous remarquerons ici l'utilisation complète de la panoplie qu'offrent les règles du commerce mondial et l'illustration d'une politique volontariste et offensive mise en place par l'Union. Dans ce véritable arsenal juridique, la place des rétorsions comme telle et celle plus spécifique des « rétorsions croisées » interviennent plus tardivement dans le cadre de l'approche que nous avons qualifiée de « globale ». En effet, seule l'inexécution d'une décision de l'Organe d'appel constatant l'incompatibilité des mesures américaines avec les règles de l'OMC peut provoquer l'application de rétorsions croisées telles qu'entendues par l'article 22 du *MARD*¹⁸⁴.

a) *L'adoption par les Communautés européennes de mesures de sauvegarde destinées à éviter un détournement de marché*

Ces mesures, qui ne sont pas à proprement parler des « représailles », sont de type préventif et cherchent à empêcher l'apparition d'un dommage grave et de dommages qu'il serait difficile de réparer pour les producteurs communautaires à la suite du détournement des flux commerciaux¹⁸⁵. Vingt et un jours après la décision du président des États-Unis, le règlement communautaire du 27 mars 2002 institue des mesures de sauvegarde *provisoires* à l'égard des importations de certains produits sidérurgiques et semble répondre quasi symétriquement à la proclamation n° 7529 du 5 mars 2002 intitulée « Faciliter un ajustement positif à la concurrence des importations de certains produits en acier »¹⁸⁶. Quand les mesures de sauvegarde

¹⁸² Pascal Lamy soulignant dans son intervention « que le marché de l'acier mondial n'est pas le far-west où tout le monde peut agir comme il lui plaît » dans Lamy, « Relations transatlantiques », *supra* note 178.

¹⁸³ Pour ce qui est de cette procédure, le Groupe spécial devait être formé d'ici la fin juillet 2002, le rapport du Groupe devait être publié en avril 2003 et le rapport de l'Organe d'appel diffusé en septembre 2003.

¹⁸⁴ *MARD*, *supra* note 5. Au paragraphe 1 de l'article 22, il est dit que « la compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mise en œuvre dans un délai raisonnable » [nos italiques].

¹⁸⁵ Les mesures de sauvegarde ont toujours été autorisées par le GATT, voir *GATT de 1947*, *supra* note 7 à l'art. 19. Cependant, elles ont été rarement appliquées, certains gouvernements préférant protéger leurs branches de production nationale par des mesures de la « zone grise » lors des négociations bilatérales à l'extérieur du GATT.

¹⁸⁶ *États-Unis – Acier*, *supra* note 181.

répondent à d'autres mesures de sauvegarde, la nuance terminologique acquiert toute son importance. Instituant des mesures de sauvegarde *provisoires* licites au regard de l'article 6 de l'*Accord sur les sauvegardes*¹⁸⁷, les Communautés répondent à l'imposition de mesures de sauvegarde *définitives*¹⁸⁸ américaines et désirent manifestement ancrer leur action, par ces distinctions lexicales, dans le cadre des obligations découlant des accords de l'OMC.

Aussi, l'article 2 de l'*Accord sur les sauvegardes*, lequel énonce les conditions d'application de telles mesures, va servir de référent aux Communautés européennes qui vont sans cesse justifier leur comportement par rapport à cette disposition¹⁸⁹.

Les Communautés vont tout d'abord s'attacher à démontrer l'augmentation substantielle des importations de certains produits sidérurgiques, notamment celle causée par la fermeture du marché américain¹⁹⁰.

À la fin de l'année 2001, les États-Unis appliquaient ou envisageaient l'adoption de 164 mesures antidumping, 41 mesures anti-subsidies et deux mesures de sauvegarde concernant le secteur de l'acier, provoquant une diminution de 33 % des importations américaines d'acier¹⁹¹.

La Commission a fait une évaluation préliminaire de la destination possible du volume énorme de marchandises détournées du marché américain. Elle souligne l'analogie des marchés européen et américain dans ce domaine, ces deux marchés ayant le même type d'utilisateurs industriels, et considère « qu'étant donné l'ouverture du marché de la Communauté, il constitue la seule opportunité pour les producteurs étrangers de trouver un débouché pour leurs marchandises exclues du marché américain »¹⁹². L'estimation de la Commission indique qu'environ 15

¹⁸⁷ *Accord sur les sauvegardes, Annexe 1B de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, Marrakech, 1867 R.T.N.U. 3 [*Accord sur les sauvegardes*].

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Notons que le Canada, la Chine, le Chili, la République tchèque, la Hongrie, le Mexique, la Pologne, la Bulgarie et la Roumanie ont lancé ou engagé actuellement des enquêtes de sauvegarde. En outre, la Chine et la Hongrie ont imposé des mesures de sauvegarde provisoires. Toutes ces enquêtes sont liées, dans leur présentation du moins, à l'imposition de mesures par les États-Unis.

¹⁹⁰ C'est pour contrer les effets de la crise asiatique que les États-Unis ont commencé, à partir de 1998, à faire une plus grande utilisation des instruments de défense commerciale dans le secteur de l'acier en vue de protéger leurs producteurs nationaux contre la concurrence. L'ORD s'est déjà penché sur la légitimité de mesures prises par les États-Unis en matière de sidérurgie à l'encontre de tel ou tel pays. Voir notamment l'affaire *États-Unis - Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminé à chaud en provenance du Japon - AB-2001-2* (2001), OMC Doc. WT/DS184/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel). Dans cette affaire, l'Organe d'appel a, le 24 juillet 2001, estimé que le département du Commerce des États-Unis, en publiant une ordonnance antidumping imposant des droits antidumping sur les importations d'acier laminé à chaud en provenance du Japon, avait agi de manière incompatible avec l'*Accord antidumping*.

¹⁹¹ CE, *Règlement 560/2002 de la Commission du 27 mars 2002 instituant des mesures de sauvegarde provisoires à l'égard des importations de certains produits sidérurgiques*, [2002] J.O.L 185/1 aux pp. 2 et 3, en ligne : Journal officiel des Communautés européennes <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2002/l_085/l_08520020328fr00010039.pdf>.

¹⁹² *Ibid.* à la p. 6.

millions de tonnes de produits sidérurgiques d'une valeur d'environ 4,1 milliards de dollars américains, soit l'équivalent des importations communautaires totales des produits concernés en 2000, sont couverts par les mesures américaines et risquent d'être détournés vers le marché communautaire.

La Commission va alors démontrer l'existence de circonstances critiques qui rendent évidente l'imminence d'un dommage grave.

Après avoir entraîné l'augmentation des importations sur le marché européen, le protectionnisme américain en matière sidérurgique durant la période 1997-2000 a eu pour effet de provoquer, pour chaque produit soumis aux restrictions américaines¹⁹³, une perte de part de marché des producteurs communautaires variant entre 1 et 10 % selon les produits ainsi qu'une baisse des prix entre 2000 et 2001¹⁹⁴. De la même manière, des entreprises européennes particulièrement influentes sur ce marché subiront directement l'assaut des producteurs étrangers¹⁹⁵.

C'est l'analogie entre les marchés américain et européen, mais aussi celle entre les caractéristiques des produits ainsi que l'utilisation de canaux de distribution semblables, qui explique que les importations d'acier détournées du marché américain aient été dirigées vers le marché communautaire et qu'il en sera de même des conséquences de la décision américaine du 5 mars 2002¹⁹⁶. Ceci constitue, comme le soulignent les dispositions de l'article 4 (2)(b) de l'*Accord sur les sauvegardes*, la détermination par les Communautés de « l'existence du lien de causalité entre l'accroissement des importations du produit considéré et le dommage grave ou la menace de dommage grave ».

¹⁹³ *Ibid.* à la p. 2. La Commission considère qu'il existe des preuves claires que les importations de quinze produits ont récemment augmenté de manière soudaine et significative. Il s'agit, à titre d'exemple, de bobines en acier non allié laminé à chaud, de tôles laminées à froid, d'aciers pour emballages.

¹⁹⁴ *Ibid.* à la p. 4. La Commission souligne que l'industrie communautaire a, dans le secteur des produits CECA, enregistré une perte de 0 emplois depuis 1997, leur nombre total passant de 276 300 en 2000 à 270 000 en 2001.

¹⁹⁵ Quatre de ces entreprises se plaçant d'ailleurs parmi les dix premiers producteurs mondiaux avec, au premier rang, le géant franco-hispanico-luxembourgeois Arcelor, voir « L'Europe relève le défi protectionniste américain » L'Expansion (6 mars 2002), en ligne : L'Expansion <www.lexpansion.com>.

¹⁹⁶ On notera la confusion volontaire qui existe dans l'argumentation communautaire et qui consiste à amalgamer l'existence d'un dommage grave née dès 1997 ou l'existence de la menace d'un dommage grave. Cette confusion est rendue possible grâce, notamment, à la décision de l'Organe d'appel du 15 février 2002, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée - AB-2001* (2002), OMC. Doc. WT/DS202/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), qui dispose au paragraphe 171 que : « [s]ur la base de cette analyse du contexte le plus pertinent du membre de phrase 'cause ou menace de causer' figurant à l'article 2:1, nous ne pensons pas que ce membre de phrase signifie nécessairement l'un ou l'autre, mais pas les deux. En fait, cette clause pourrait également signifier soit l'un soit l'autre, ou les deux ensemble. Par conséquent, pour les raisons que nous avons exposées, nous ne pensons pas qu'il importe - aux fins de déterminer s'il y a un droit d'appliquer une mesure de sauvegarde au titre de l'*Accord sur les sauvegardes* - de savoir si une autorité nationale constate qu'il y a un 'dommage grave', une menace de 'dommage grave' ou, comme l'USITC l'a constaté en l'espèce, 'un dommage grave ou une menace de dommage grave'. Dans chacun de ces cas, le droit d'appliquer une sauvegarde est, à notre avis, établi ».

Déjà, dans l'affaire *États-Unis – Gluten de froment*¹⁹⁷, l'Organe d'appel a précisé les conditions pour lesquelles une mesure de sauvegarde peut être légitime. Il a notamment souligné que non seulement la branche de production nationale du produit en cause doit subir ou risquer de subir un dommage grave, mais encore que l'État ayant adopté la mesure démontre que des importations accrues en sont la cause¹⁹⁸. Une fois le lien de causalité démontré, l'existence de « circonstances critiques » pour les Communautés répond aux exigences des articles 4 et 6 de l'*Accord sur les sauvegardes*, lesquels disposent que de telles mesures ne sont applicables qu'après détermination d'un dommage grave ou d'une menace d'un dommage grave et que celle-ci doit être objectivement évaluée¹⁹⁹.

Au regard des millions de tonnes de produits sidérurgiques qui risquent d'être détournés vers le marché communautaire, la Commission engage les producteurs européens à prendre des mesures immédiates, à réviser leurs prévisions de ventes et de profits à la baisse et, surtout, à réduire leurs coûts et à mettre un terme aux pertes anticipées, y compris en fermant des sites de production²⁰⁰ et en procédant à des licenciements²⁰¹.

Quant à la Commission, elle décide d'adopter des mesures provisoires qui prendront la forme de contingents tarifaires au-dessus desquels un droit additionnel devra être payé²⁰². Ces mesures provisoires s'appliqueront à quinze produits sidérurgiques²⁰³ pour lesquels les États-Unis ont relevé leurs droits de douane et dont

¹⁹⁷ *États-Unis - Mesures de sauvegardes définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes AB-2000-10* (2001), OMC. Doc. WT/DS166/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁹⁸ *Ibid.* Dans cette affaire, l'Organe d'appel estime que le lien de causalité requis par l'article 4 (2)(b) est « un rapport de cause à effet tel que l'accroissement des importations contribue à 'entraîner', 'produire' ou 'induire' le dommage grave ».

¹⁹⁹ *Ibid.* L'article 4 (1) de l'*Accord sur les sauvegardes*, *supra* note 188, se lit comme suit : [a]ux fins du présent accord : (a) l'expression « dommage grave » s'entend d'une dégradation générale notable de la situation d'une branche de production nationale ; (b) l'expression « menace d'un dommage grave » s'entend de l'imminence évidente d'un dommage grave conformément aux dispositions du paragraphe 2. La détermination de l'existence d'une menace de dommage grave se fondera sur des faits, et non pas seulement sur des allégations, des conjectures ou de lointaines possibilités.

²⁰⁰ Un communiqué de presse de la Commission du 18 mars 2002 souligne d'ailleurs « qu'une fois éteints les hauts fourneaux, le coût du redémarrage de la production devient prohibitif », Commission européenne, Communiqué MEMO/02/59, « La stratégie de la Commission européenne face à la décision américaine d'imposer des droits protecteurs sur les importations d'acier » (18 mars 2002), en ligne : Commission européenne <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/02/59&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>> [Commission européenne, Communiqué MEMO/02/59].

²⁰¹ CE, *Règlement 560/2002 de la Commission du 27 mars 2002 instituant des mesures de sauvegarde provisoires à l'égard des importations de certains produits sidérurgiques*, *supra* note 192 au para. 56.

²⁰² Les limites seront fixées de manière à ce que le total avoisine le niveau de 2001. Elles seront calculées pour chaque produit en prenant le niveau moyen des importations au cours des trois dernières années et en lui ajoutant 10%. Les importations dépassant ces limites seront soumises à des droits de douane supplémentaires pouvant aller de 14,9% à 26%.

²⁰³ Voir Commission européenne, Communiqué MEMO/02/67, « L'Union européenne adopte des mesures provisoires de sauvegarde pour se prémunir contre un afflux d'importations d'acier consécutif au

les importations par l'Union ont augmenté²⁰⁴. Reprenant presque mot pour mot les conditions énumérées dans les dispositions de l'*Accord sur les sauvegardes*, nous noterons le souci constant de l'Union de souligner sa volonté de se plier aux « fourches caudines » de l'*Accord*, manifestant ainsi son refus de la politique commerciale états-unienne et se positionnant clairement contre « la dernière éruption d'unilatéralisme américain »²⁰⁵.

Face à une procédure que certains considèrent encore comme étant trop longue²⁰⁶, les Européens ont décidé d'activer un autre mécanisme, lequel fait partie intégrante de l'*Accord sur les sauvegardes*, qui leur permet de demander des compensations aux États-Unis. En cas de refus, l'article 8 (2) accorde le droit au membre exportateur affecté de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations.

b) *L'introduction d'une demande de suspension des concessions commerciales sur le fondement de l'article 8 (2) de l'Accord sur les sauvegardes*

Ce type de mesure présente de nombreuses analogies avec les rétorsions de l'article 22 du *MARD*. L'Union européenne a, conformément à l'article 8 (1)²⁰⁷ de l'*Accord*, demandé aux États-Unis de lui proposer des mesures de compensation à hauteur du montant des exportations européennes frappées par la mesure.

Mais en cas de non-versement de la compensation, le paragraphe 2 de l'article 8 précédemment cité fait place à des dispositions nettement plus offensives. Ainsi, le partenaire affecté pourra alors suspendre des concessions commerciales accordées au membre concerné.

C'est effectivement cette voie qu'a choisie l'Union européenne suite à la déclaration publique faite le 30 mai 2002 par le sous-secrétaire d'État américain au

protectionnisme américain » (26 mars 2002), en ligne : Commission européenne <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/02/484&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>>.

²⁰⁴ *Ibid*. Il est à noter que les produits pour lesquels les importations n'ont pas augmentées sont exclus de la portée des mesures provisoires communautaires et que ces dernières, conformément à l'article 6 de l'*Accord sur les sauvegardes*, *supra* note 188 ne dépasseront pas deux cent jours.

²⁰⁵ Lamy, « Relations transatlantiques », *supra* note 178.

²⁰⁶ Un article du magazine *L'Expansion* intitulé « Bruxelles attaque Washington devant l'OMC » *L'Expansion* (7 mars 2002), en ligne : *L'Expansion* <<http://www.lexpansion.com/art/15.0.57115.0.html>> évoque le mécanisme qui vise à établir une décision définitive par l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Lors d'un communiqué de presse de la Commission européenne le 18 mars 2002, voir Commission européenne, Communiqué MEMO/02/59, *supra* note 201, Bruxelles indique les différentes étapes de la procédure couplées avec les délais réglementaires de l'OMC. La procédure, débutant en mai 2002, arrivera à son terme en juillet 2003 avec l'adoption du rapport de l'Organe d'appel par l'Organe de règlement des différends.

²⁰⁷ Cet article dispose « qu'un membre qui projette d'appliquer une mesure de sauvegarde ou qui cherche à en proroger une s'efforcera de maintenir un niveau de concession et d'autres obligations substantiellement équivalent à celui qui existe en vertu du GATT de 1994 entre lui et les membres exportateurs qui seraient affectés par cette mesure », voir *MARD*, *supra* note 5.

Commerce international, Grant Aldonas, lequel affirma : « [j]e ne veux pas maintenir quelque espoir que ce soit sur notre intention supposée d'engager des négociations de compensation »²⁰⁸.

2. LA VARIATION DES BASES LEGALES EN VUE DE SUSPENDRE DES CONCESSIONS

Ce second volet stratégique de l'Union européenne nous intéresse plus directement dans le cadre de cette étude. Il s'agit du choix de l'Europe d'adopter des « mesures de représailles »²⁰⁹ si, d'aventure, Washington persistait à refuser d'accorder des mesures de compensation à l'Union européenne²¹⁰. Si elles étaient confirmées, ces sanctions ouvriraient sûrement un différend au sujet de l'interprétation de leur nature, sachant que quel que soit le résultat de cette joute, elles s'identifieraient en de nombreux points aux rétorsions décrites à l'article 22 du *MARD*.

a) *Incertitude quant à la nature exacte des suspensions de concessions prises sur le fondement de l'article 8 de l'Accord sur les sauvegardes*

Il faut souligner que ces mesures de rétorsion, à l'aune de l'article 8 de l'*Accord sur les sauvegardes*, ne sont pas nécessairement la réponse à un comportement qui contredirait les accords de l'OMC. Il en résulte qu'une mesure de rétorsion peut être décidée et appliquée à l'égard d'un membre qui aurait pris des mesures de sauvegarde conformément à cet accord. C'est là la spécificité de ces rétorsions, qui ne viennent pas sanctionner l'absence de justification de telles mesures, mais s'appuient davantage leur incidence sur l'équilibre global des négociations, sur « l'acquis négocié ». La seule obligation face à des mesures de sauvegarde « légales » consiste à empêcher l'application des mesures de rétorsion avant l'expiration d'un délai de trois ans²¹¹. *A contrario*, même si cela n'est pas expressément mentionné, la Commission européenne estime que la suspension peut

²⁰⁸ Laurent Zecchini, « Washington précise sa stratégie dans la guerre de l'acier » *Le Monde* (31 mai 2002), en ligne : Le Monde.fr <http://www.lemonde.fr/web/recherche_resultats/1,13-0,1-0,0.html>.

²⁰⁹ Laurent Zecchini, « L'acier fait craindre aux Européens une guerre commerciale » *Le Monde* (28 mars 2002), en ligne : LeMonde.fr <http://www.lemonde.fr/web/recherche_resultats/1,13-0,1-0,0.html> [Zecchini, « L'acier »].

²¹⁰ En l'état actuel du différend, c'est-à-dire à la date du 15 août 2002, la Commission a recommandé au Conseil des ministres le renvoi, jusqu'au 30 septembre, de la décision concernant l'application de sanctions à l'égard des États-Unis. Cette recommandation prend en compte l'annonce tardive des États-Unis d'exclure de nombreux produits européens de la liste des mesures de sauvegardes, voir le communiqué de presse, Commission européenne, Communiqué, « Last minute US steel concessions persuade EU to hold fire on sanctions » (19 juillet 2002), en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/industry/steel/legis/pr_220702.htm>.

²¹¹ L'article 8 (3) de l'*Accord sur les sauvegardes*, *supra* note 188, dispose que « [l]e droit de suspension visé au paragraphe 2 ne sera pas exercé pendant les trois premières années d'application d'une mesure de sauvegarde, à condition que cette mesure ait été prise par suite d'un accroissement des importations en termes absolus et qu'elle soit conforme aux dispositions du présent accord ».

être immédiate quand une mesure de sauvegarde n'a pas été prise suite à une augmentation absolue des importations²¹². Cette position semble quelque peu en contradiction avec celle tenue par les Communautés alors qu'elle était dans une position délicate face aux États-Unis dans l'affaire des *Bananes*, position qui pourrait se résumer en ces termes : pas de « sanctions » sans appréciation multilatérale sur la mise en conformité²¹³. Aussi devons-nous rappeler que, pour la plupart des produits touchés par les mesures de sauvegarde américaines, les importations ont diminué au cours de la période représentative la plus récente²¹⁴.

Les règles concernant ces mesures de rétorsion obligent l'Union à présenter sa demande de suspension au Conseil du commerce des marchandises dans les plus brefs délais²¹⁵ sous peine de forclusion. Cette condition explique la publication par la Commission, dès le 19 avril 2002, d'une liste des produits ciblés.

Avant d'étudier plus en détail les produits visés par les représailles européennes, il nous faut nous arrêter sur la nature même de ce droit de suspension de concessions. De cet examen dépendra la qualification du terme « rétorsion ». En effet, la rédaction relativement incomplète de l'article 8 (3) de l'*Accord sur les sauvegardes* introduit une incertitude quant à la nature et l'application « immédiate » de mesures de suspension, c'est-à-dire non soumises au délai de trois ans. Une lecture *a contrario* de cette disposition tend à prouver que si la mesure de sauvegarde est illégitime, l'État exportateur touché par cette mesure pourra sans délai suspendre des avantages dont l'État importateur bénéficiait.

Mais la question est de savoir s'il peut prendre cette initiative seul ou s'il doit préalablement se conformer à une autorisation de l'ORD. Comme le souligne

²¹² Contentieux des *Bananes*, *supra* note 17. Il est intéressant de comparer le comportement de la Communauté dans cette affaire où elle est juridiquement forte et celui des États-Unis dans le contentieux des *Bananes*. Dans ce litige, ces derniers ont exploité les ambiguïtés de la rédaction des textes en prétendant infliger des mesures de rétorsion à l'Union européenne avant même que l'ORD ait statué sur la conformité des mesures prises par l'Union pour appliquer les recommandations qu'il avait faites.

²¹³ Mchanetzki, *supra* note 74 à la p. 5.

²¹⁴ Commission européenne, Communiqué MEMO/02/59, *supra* note 201.

²¹⁵ *Ibid.* La Commission, dans le document intitulé « La stratégie de la Commission européenne face à la décision américaine d'imposer des droits protecteurs sur les importations d'acier », *supra* note 201, estime que « l'UE doit notifier le Comité du commerce des marchandises de l'OMC au plus tard deux mois après l'imposition des mesures américaines [...] faute de quoi ce droit [le droit de suspendre des concessions] est perdu ». Il n'est pourtant nulle part fait mention d'un tel délai dans l'*Accord sur les sauvegardes* qui dispose à son article 12 (5) que « toute forme de compensation visée au paragraphe 1 de l'article 8 et les suspensions projetées de concessions et d'autres obligations visées au paragraphe 2 de l'article 8, seront notifiées immédiatement au Conseil du commerce des marchandises par les membres concernés ». Délai de deux mois qui ne sera d'ailleurs pas repris par la Commission dans sa « Notification immédiate en vertu de l'article 12 (5) de l'*Accord sur les sauvegardes au Conseil du commerce des marchandises* des suspensions projetées de concessions et d'autres obligations visées au paragraphe 2 de l'article 8 de l'Accord sur les sauvegardes », Communiqué COM (2002) 202 final (19 avril 2002).

Marie-Anne Frison-Roche, « la réponse n'est pas encore donnée »²¹⁶. Si ce droit de suspension de concessions de l'article 8 s'entend comme une véritable mesure de rétorsion, il devrait alors faire l'objet d'une décision préalable de l'ORD qui l'autoriserait et qui soumettrait les parties à un délai contentieux d'environ deux ans.

La Commission n'entend pas privilégier cette interprétation de l'article 8 (3) de l'*Accord sur les sauvegardes* et estime que le texte permet l'usage *proprio motu* du droit de suspension. Pour l'institution communautaire, en vertu de l'article 8 (3), la suspension des concessions ne peut intervenir qu'après qu'une mesure ait été déclarée incompatible avec l'OMC (par exemple, après une décision du groupe spécial ou de l'Organe d'appel), sauf si la mesure de sauvegarde contestée a été prise en l'absence d'une augmentation absolue des importations. Dans ce cas, la suspension peut être immédiate et ne serait donc pas subordonnée à une quelconque décision préalable²¹⁷. Cela signifie que si la qualification de « rétorsion » peut s'appliquer à la suspension de concessions qui répond à une mesure de sauvegarde « légale », cette qualification est inappropriée face à des mesures de sauvegarde injustifiées²¹⁸.

Les suspensions projetées de concessions prises par l'Union européenne entreraient dans cette dernière catégorie, car elles répondent à des mesures de sauvegarde américaines incompatibles avec les accords de l'OMC.

Si le différend sur l'acier participe de l'interprétation de certaines dispositions propres à l'*Accord sur les sauvegardes*, il permet également d'étudier un phénomène plus classique, à savoir, l'utilisation des sanctions commerciales comme arme psychologique.

b) *La menace de sanctions, préalable à la négociation*

Si nous analysons les suspensions projetées de concessions de manière téléologique, c'est-à-dire en fonction de leurs buts et de leurs effets, elles se confondent avec les rétorsions que nous connaissons au titre du *MARD*. Les effets et les conséquences de ces deux mécanismes ont effectivement certaines similitudes. L'analogie des processus est manifeste en ce qu'ils touchent des produits très variés et à l'origine non visés par la mesure dénoncée. Il faut bien admettre que la force de ce type de mesure provient du pouvoir discrétionnaire qu'elle confère à l'État autorisé à la prendre. Aussi, le secteur économique visé pourra être choisi en fonction du poids

²¹⁶ Marie-Anne Frison-Roche, « L'OMC devra trancher la guerre de l'acier » *Le Monde* (12 mars 2002), en ligne : http://www.lemonde.fr/web/recherche_resultats/1,13-0,1-0,0.html.

²¹⁷ L'on peut cependant noter que l'assurance marquée de la Commission de se conformer aux règles de l'OMC est pondérée par certaines déclarations des représentants des États membres. Le correspondant à Bruxelles du journal *Le Monde*, Laurent Zecchini, relate la prudence d'un diplomate allemand : « [n]ous sommes assez mitigés, c'est-à-dire inquiets quant aux risques d'une escalade avec Washington, outre qu'il n'est pas si évident que des représailles européennes seraient compatibles avec les règles de l'OMC », voir Zecchini, « L'acier », *supra* note 211.

²¹⁸ « Injustifiée » au sens où la mesure de sauvegarde n'a pas été prise suite à une augmentation absolue des importations.

politique qu'il représente pour le pays, des valeurs qu'il incarne ou de la particulière sensibilité qu'éprouve l'État récalcitrant à son égard. La réponse européenne dans la crise de l'acier illustre les implications diplomatiques concernant le choix des produits visés. En effet, faute d'amener l'administration américaine à composer, la Commission déclenchera un « tir d'artillerie »²¹⁹ sous forme de hausses de tarifs frappant 316 produits américains²²⁰. La fonction de ces mesures de suspension de concessions est clairement formulée par un responsable de la Commission :

[n]ous allons envoyer des signaux de plus en plus forts à la Maison-Blanche et au Congrès, afin de montrer que nous sommes sérieux. Il s'agira de frappes chirurgicales : nous viserons là où ça fait mal, c'est à dire tel type de produit sensible aux aléas des exportations, telle circonscription électorale fragile. Nous pouvons faire du sur-mesure.²²¹

Le choix des produits et des secteurs visés par les mesures relève donc fondamentalement de la stratégie commerciale. Aussi, le caractère particulièrement préjudiciable des rétorsions prévues par les accords de l'OMC, tant économiquement que politiquement, peut rendre efficace la simple menace de leur utilisation²²². L'effet d'annonce que la rétorsion commerciale provoque en fait un outil de négociation et, bien souvent, la menace d'un « châtiment commercial » peut seule permettre la résolution du litige. Ainsi, l'État victime, fort de la constatation légale de sa « créance » par l'ORD, pourra profiter de la nouvelle « dissuasion multilatérale » offerte par le *Mémorandum*²²³.

²¹⁹ Zecchini, « L'acier », *supra* note 211.

²²⁰ Pour accéder à la liste des produits visés, voir Commission européenne, « Notification immédiate en vertu de l'article 12 § 5 de l'Accord sur les sauvegardes au Conseil du commerce des marchandises des suspensions projetées de concessions et d'autres obligations visées au § 2 de l'article 8 de l'Accord sur les sauvegardes », *supra* note 217 aux pp. 3 et s.

²²¹ Zecchini, « Commerce », *supra* note 176.

²²² On le voit pour le litige sur l'acier dans lequel les autorités américaines semblent accepter les conditions européennes (concernant les exclusions accordées pour les produits sidérurgiques européens), soucieuses d'éviter la levée de bouclier contre les taxes américaines; voir : Commission européenne, Communication IP//02/1149 « WTO highlights the EU's crucial role in the multilateral trading system » (24 juillet 2002).

²²³ À la réunion de l'ORD du 10 décembre 2003, les États-Unis ont informé les membres que, le 4 décembre 2003, le président des États-Unis avait fait paraître une proclamation qui mettait un terme à l'ensemble des mesures de sauvegarde en cause, conformément à l'article 204 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis.

Annexe

Tableau des accords et secteurs susceptibles de faire l'objet de rétorsions

Les trois accords

Les vingt-et-un secteurs

Marchandises

les accords inscrits dans l'annexe 1 A de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* pris dans leur ensemble (1) aussi bien que les accords commerciaux plurilatéraux dans la mesure où les parties au litige ont ratifié ces accords.

Un secteur est identifié pour toutes les marchandises.

Services

AGCS (GATS)

Onze secteurs sont identifiés dans la liste de classification sectorielle des services (MTN.GNS/W/120) : les services fournis aux entreprises, les services de communication, les services de construction et les services d'ingénierie connexes, les services de distribution, les services d'éducation, les services concernant l'environnement, les services financiers, les services de santé et les services sociaux, les services relatifs au tourisme et au voyage, les services récréatifs, culturels et sportifs ainsi que les services de transport.

Droits de propriété intellectuelle liés au commerce

ADPIC (TRIPS)

Neuf secteurs sont recensés : les droits d'auteur et les droits connexes, les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels, les brevets, les schémas de configuration de circuits intégrés et de protection des renseignements non-divulgués.

(1) L'annexe 1 A de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* comprend l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947*, le *Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article II :I (b) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, le *Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, le *Mémoire d'accord sur les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 relatives à la balance des paiements*, le *Mémoire d'accord*

sur l'interprétation de l'article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, le Mémoire d'accord concernant les dérogations aux obligations découlant de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, le Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXVIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, le Protocole de Marrakech annexé à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur l'agriculture, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur l'inspection avant expédition, l'Accord sur les règles d'origine, l'Accord sur les procédures de licences d'importation, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et, enfin, l'Accord sur les sauvegardes.