



## THESE DE DOCTORAT

L'Union européenne et les obstacles non tarifaires : analyse de la pratique conventionnelle européenne à l'aune du droit de l'OMC.

M. Ibra FAYE

Laboratoire CERAP

Présentée devant le Jury composé de :

Catherine Colard **FABREGOULE**, Maître de conférences (HRD) en droit public à l'Université Paris 13 (Directrice)

Eleftheria **NEFRAMI**, Professeur de droit public à l'Université du Luxembourg (Co-directrice de thèse)

Pierre-Yves **MONJAL**, Professeur de droit public à l'Université de Tours (Rapporteur)

Ioannis **PREZAS**, Maître de conférences (HDR) en droit public à l'Université Paris 1 (Rapporteur)

Anne-Françoise **CAMILLERI**, Professeur de droit public à l'Université Paris 13 (Membre du Jury)

Vincent **TOMKIEWECZ**, Maître de conférences (HDR) en droit public à l'Université Paris 8 (Membre du Jury)

**Soutenue le : 14 novembre 2018**



# UNIVERSITE PARIS 13 SORBONNE PARIS CITE

## L'Union européenne et les obstacles non tarifaires : analyse de la pratique conventionnelle européenne à l'aune du droit de l'OMC

M. Ibra FAYE

Thèse présentée et soutenue publiquement le 14  
novembre 2018 à l'Université Paris 13 Sorbonne Paris  
Cité

### Composition du Jury

Cathérine Colard **FABREGOULE**, Maître de conférences (HDR) en droit public à l'Université Paris 13 (Directrice)

Eleftheria **NEFRAMI**, Professeur de droit public à l'Université du Luxembourg (Co-directrice)

Pierre-Yves **MONJAL**, Professeur de droit public à l'Université de Tours (Rapporteur)

Ioannis **PREZAS**, Maître de conférences (HDR) en droit public à l'Université Paris 1 (Rapporteur)

Anne-Françoise **CAMILLERI**, Professeur de droit public à l'Université Paris 13 (Membre du Jury)

Vincent **TOMKIEWICZ**, Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris 8 Vincennes (Membre du Jury)



## REMERCIEMENTS

*Je tenais à remercier tous ces enseignants qui ont fait de moi ce que je suis aujourd'hui, partant de l'école primaire à l'Université Paris 13 Nord Sorbonne Paris Cité, en passant, bien entendu, par l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar.*

*Mes remerciements vont tout particulièrement à ma directrice de thèse, Mme Catherine Colard FABREGOULE, ainsi qu'à ma co-directrice, professeur Eleftheria NEFRAMI, pour leur soutien sans faille dans la réalisation de ce travail. Leurs observations et recommandations de lecture ont été d'un apport décisif dans son accomplissement. Leur patience et leur pédagogie m'ont permis de mener ce travail à son terme. Avec le recul, j'ai la curieuse impression qu'elles avaient compris la thèse bien avant son auteur. Qu'elles trouvent ici l'expression de ma profonde gratitude.*

*Je ne pourrais oublier ma famille (mes parents, frères et sœurs, madame et Lou), elle qui me donne le courage de me battre sans relâche. Mais également les amis qui, en des moments de doute et de peine, ont toujours réussi à trouver les mots justes pour me rasséréner.*

*Un vibrant hommage à M. Ludovic DEHRI (Secrétaire général adjoint et Chef du STML de l'ESPCI Paris) et à M. Matthieu CAREL. Ils m'ont procuré la stabilité professionnelle partant, sociale, qui m'a si longtemps fait défaut. Sans peut-être le savoir, cette thèse a pu être terminée en 2018 grâce à eux.*

*Enfin mes remerciements à madame Pascaline Adonai du Centre de recherche de l'U.F.R Droit et Sciences Politiques et Sociales de l'Université Paris 13 pour son assistance et sa disponibilité.*

## LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

### A. Publications

<i>A.F.D.I.</i> .....	Annuaire français de droit international
<i>A.J.I.L.</i> .....	American Journal of International Law
<i>C.D.E.</i> .....	Cahiers de droit européen
<i>Chicago J. of Int'l L.</i> .....	Chicago Journal of International Law
<i>Col. J. Trans. L.</i> .....	Columbia Journal of Transnational Law
<i>Cornell Int'l L.J.</i> .....	Cornell International Law Journal
<i>E.J.I.L.</i> .....	European Journal of International Law
<i>H.I.L.J.</i> .....	Health Information and Libraries Journal
<i>Int'l Lawyer</i> .....	International Lawyer Review
<i>J.D.I.</i> .....	Journal du droit international
<i>J.I.E.L.</i> .....	Journal of International Economic Law
<i>J. Int'l L.</i> .....	Journal of International Law
<i>J.O.C.E.</i> .....	Journal officiel des Communautés européennes
<i>J.O.U.E.</i> .....	Journal officiel de l'Union européenne
<i>J.W.T.</i> .....	Journal of World Trade
<i>Mich. J. Int'l L.</i> .....	Michigan Journal of International Law
<i>Minn. J. Global Trade</i> .....	Minnesota Journal of Global Trade
<i>N.Y.U.J. Int'l L. &amp; Pol.</i> .....	New York University Journal of International Law and Politics
<i>O.P.O.C.E.</i> .....	Office des publications officielles des Communautés européennes
<i>R.B.D.I.</i> .....	Revue belge de droit international
<i>R.C.A.D.I.</i> .....	Recueil de cours de l'Académie du droit international de La Haye
<i>R.D.A.I.</i> .....	Revue de droit des affaires internationales
<i>R.I.D.E.</i> .....	Revue internationale de droit de l'environnement
<i>R.D.P.</i> .....	Revue du droit public
<i>R.G.D.I.P.</i> .....	Revue générale de droit international public

<i>R.M.C</i> .....	Revue du marché commun
<i>R.M.U.E</i> .....	Revue du marché de l'Union européenne
<i>R.M.C.U.E</i> .....	Revue du marché commun de l'Union européenne
<i>R.Q.D.I</i> .....	Revue québécoise de droit international
<i>R.T.D.E</i> .....	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Syracuse J. Int'L. &amp; Com</i> .....	Syracuse Journal of International Law and Commerce
<i>U. Pa. J. Int'l Econ. L</i> .....	University of Pennsylvania Journal of International Law
<i>Va J. Int'l L</i> .....	Virginia Journal of International Law
<i>Vand. J. Transnat'l L</i> .....	Vanderbilt Journal of Transnational Law
<i>Virginia J. Int'l L</i> .....	Virginia Journal of International Law
<i>Yale L.J</i> .....	Yale Law Journal

## **B. Institutions et autres**

<i>A.C.A.C</i> .....	Accord commercial anti-contrefaçon
<i>A.C.P</i> .....	Afrique, Caraïbes, Pacifique
<i>A.C.R</i> .....	Accords commerciaux régionaux
<i>ADPIC</i> .....	Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce
<i>A.E.C.G</i> .....	Accord économique et commercial global
<i>AGCS</i> .....	Accord général sur le commerce des services
<i>A.L.E.A.C</i> .....	Accord de libre-échange d'Amérique centrale
<i>A.L.E</i> .....	Accord de libre-échange
<i>ALENA</i> .....	Accord de libre-échange Nord américain
<i>A.M.P</i> .....	Accord sur les marchés publics
<i>A.P.E</i> .....	Accord de partenariat économique
<i>A.P.E.R</i> .....	Accord de partenariat économique régional
<i>A.S.E.A.N</i> .....	Association of Southeast Asian Nations
<i>B.N.T</i> .....	Barrières non tarifaires

B.R.I.C.S .....	Brésil, Russie, Inde, Chine et South Africa
C.E.E .....	Communauté Economique Européenne
C.E.D.O.R.E.....	Centre d'études du droit des organisations européennes
Clause NPF .....	Clause de la nation la plus favorisée
CNUCED .....	Conférence des Nation Unies sur le commerce et le développement
D.O.C.....	Department of Commerce
FAO .....	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
F.E.D.U.C.I.....	Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international
GATT.....	General Agreement on Tariffs and Trade
I.B.D.D.....	Instruments de base et documents divers du GATT
I.C.T.S.D.....	International Centre for Trade and Sustainable Development
I.F.R.I.....	Institut Français des Relations Internationales
I.T.A .....	International Trade Administration
M.A.R.D.....	Mémoire d'accord sur le règlement des différends
MERCOSUR.....	Marché commun du Sud
Mesures S.P.S .....	Mesures sanitaires et phytosanitaires
M.N.T.....	Mesures non tarifaires
N.C.M.....	Négociations commerciales multilatérales
N.I.P.C.....	Nouvel instrument de politique commerciale
OCDE.....	Organisation de coopération et de développement économiques
O.C.M.B.....	Organisation commune du marché de la banane
O.I.C .....	Organisation internationale du commerce
OMC.....	Organisation mondiale du commerce
O.M.D... ..	Organisation mondiale des douanes
O.N.T... ..	Obstacles non tarifaires
ONU.....	Organisation des Nations Unies
O.R.D.....	Organe de règlement des différends
O.T.C.....	Obstacles techniques au commerce
P.A.C .....	Politique agricole commune



P.C.C.....	Politique commerciale commune
P.E.D.....	Pays en développement
P.E.V.....	Politique européenne de voisinage
P.M.A.....	Pays moyens avancés
PME.....	Petites et moyennes entreprises
R.O.C.....	Règlement sur les obstacles au commerce
S.G.P.....	Système généralisé de préférences
S.R.D.....	Système de règlement des différends
T.C.C.E.....	Tribunal canadien du commerce international
TFUE.....	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
T.I.D.M.....	Tribunal international du droit de la mer
TISA.....	Trade in Services Agreement
UNESCO.....	Organisation des Nations-Unies pour l'éducation, la science et la culture
USITC.....	United States International Trade Administration
USTR.....	United States Trade Representative
WTO.....	World Trade Organization
Z.L.E.C.....	Zone de libre-échange continentale

# **SOMMAIRE**

## **PARTIE I**

### **Le maintien du modèle économique de l'UE**

**TITRE 1 - LA DEFENSE DES INTERETS ECONOMIQUES DE L'UNION EUROPEENNE**

**CHAPITRE 1 - LA PROTECTION DU MARCHÉ INTERIEUR EUROPEEN PAR LA DEFENSE COMMERCIALE**

**CHAPITRE 2 - L'ACCES AUX ESPACES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

**TITRE 2 - L'EXPRESSION DES PREFERENCES COLLECTIVES DE L'UNION EUROPEENNE A TRAVERS SES ACCORDS EXTERNES**

**CHAPITRE 1 - UNE EXPRESSION LEGITIMEE PAR LES ACCORDS OMC**

**CHAPITRE 2 - UNE EXPRESSION FONDEE SUR LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE**

## **PARTIE II**

### **L'instauration d'un mécanisme spécial d'administration des obstacles non tarifaires**

**TITRE 1 - LE SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES**

**CHAPITRE 1 - UN SYSTEME REALISTE : LES RAISONS DE L'INSTITUTION**

**CHAPITRE 2 - UN SYSTEME MIXTE : LES CARACTERISTIQUES DE L'INSTITUTION**

**TITRE 2 - L'IMPACT DU SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES SUR LE SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL**

**CHAPITRE 1 - L'AFFECTATION DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL**

**CHAPITRE 2 - L'EVOLUTION INDISPENSABLE DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL**



## INTRODUCTION GENERALE

Lorsque furent créées les Communautés européennes – qui deviendront plus tard l'Union européenne -, le Traité de Rome accordait à la politique commerciale commune (PCC), une double dimension. Dans sa dimension interne, l'objectif a été très tôt de protéger le marché communautaire. Il doit être dit que les dispositions du Traité, en ce sens, étaient loin de souscrire à l'idéologie du libéralisme intégral<sup>1</sup> dans les relations commerciales qu'entretenaient les Communautés européennes avec les pays tiers. Aux termes du Préambule, l'objectif était certes de réduire les droits de douane, mais jamais de les supprimer entièrement. On comprend dès lors pourquoi l'article 131 du Traité disposait que la contribution « au développement harmonieux du commerce international » devait se faire « conformément à l'intérêt communautaire » (paragraphe 1) et compte tenu d'un besoin d' « accroissement de la force concurrentielle des entreprises » (paragraphe 2) des Etats membres. Dans sa dimension externe, ainsi que l'énonce le Préambule du Traité, la politique commerciale commune visait « à la suppression progressive des restrictions aux échanges ». En référence à l'Union douanière ainsi créée, l'article 131 précisait que le but poursuivi était de « contribuer (...) au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression des restrictions aux échanges internationaux et à la réduction des barrières douanières ». Ces dispositions rendaient compte de l'adhésion de la Communauté européenne aux principes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947.

Bien avant le GATT, la Charte de la Havane<sup>2</sup> - devant créer l'Organisation internationale du commerce (l' « OIC ») - invitait les Etats membres à « favoriser, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, la réduction des tarifs douaniers et des autres entraves au commerce, ainsi que l'élimination des discriminations en matière de commerce international » (Article 1, point 4). Afin de développer leurs possibilités d'accroître leurs parts dans le commerce mondial, et à terme à développer leurs économies, les Parties à la Charte devaient « éviter le recours à des mesures qui pourraient désorganiser le commerce mondial, réduire l'emploi productif ou retarder le progrès économique » (Article 1 point 5).

---

<sup>1</sup> V. Jean-François AKANDJI-KOMBE, Alain FENET, Anne-Sophie LAMBIN-GOURDIN, Eric MONDIELI, Gwenaëlle PROUTIERE-MAULION, *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, p. 157. D'après le Préambule du Traité de Rome, l'objectif était la réduction des droits de douane et non leur suppression.

<sup>2</sup> Sur la Charte de La Havane, V. Clair WILCOX, *A Charter for World Trade*, New York, The Macmillan Company, 1949, 333 pages. La Charte de la Havane de 1948 devait créer l'Organisation internationale du commerce. Suite aux nombreux refus de ratification, et plus particulièrement celui du Congrès américain, la Charte n'est jamais entrée en vigueur.

Finalement, la Charte de la Havane n'entrera pas en vigueur. A la place de l'Organisation internationale du commerce – qui devait faire partie du système institutionnel onusien - devait naître le GATT qui, en son article premier, reprenait, à quelques variantes près, les dispositions de la Charte ; à savoir contribuer « à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international ». Quant à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, celui-ci reprend, mot pour mot - à travers son Préambule - le texte du GATT. Au cours des huit cycles de négociations commerciales, les droits de douane n'ont cessé de baisser. Parallèlement, s'est développée une tendance nouvelle : l'augmentation fulgurante des « autres obstacles au commerce », les obstacles non tarifaires (ONT). C'est dans le cadre de cette problématique que s'inscrit l'intérêt de les analyser en relation avec la pratique conventionnelle européenne. Ainsi, serait-il utile de faire un état des lieux des obstacles non tarifaires dans la perspective du commerce international (**Section 1**), de confronter le concept d'obstacles non tarifaires à celui de protectionnisme (**Section 2**), avant d'en venir à l'évolution de la politique commerciale commune dans laquelle s'inscrivent les obstacles ainsi que les accords externes de l'Union (**Section 3**).

### **Section 1. Les obstacles non tarifaires dans le commerce international**

La complexité des obstacles non tarifaires, fait que ceux-ci ont acquis une importance capitale dans le paysage commercial international. Ils font naturellement l'objet d'une attention accrue au niveau des instances multilatérales. Les travaux de l'OMC sur la question démontrent, à suffisance, la volonté du système commercial multilatéral de les cantonner dans la sphère de ce qui serait nécessaire. Les toutes premières dispositions de l'Accord général relatives aux ONT, portaient sur la balance des paiements, la productivité et le développement du commerce entre Etats. Elles seront, par la suite, étendues à des préoccupations environnementales, sanitaires ou encore techniques. Historiquement, les cinq premiers cycles de négociations commerciales<sup>3</sup> furent axés sur la réduction des droits de douane sur les produits manufacturés, laissant de côté la question des barrières non tarifaires.

---

<sup>3</sup> Les cinq premiers cycles de négociations du GATT, appelées « Round »: Genève (1947), Annecy (1949), Torquay (1951), Genève (1956) et Dillon (1960-1961).

Ce n'est que lors du Kennedy Round de 1964<sup>4</sup> que les Parties Contractantes allaient résolument se lancer dans l'entreprise d'examiner les nombreuses et diffuses barrières non tarifaires qui existaient dans les différentes économies nationales. Le « Round » aboutira à l'adoption d'un accord sur les mesures anti-dumping communément appelé « Code antidumping »<sup>5</sup>. Celui-ci visait les procédures d'application des lois antidumping nationales ainsi que leur transparence. Le Tokyo Round (1973-1979), lancé au milieu des années 1970, a été l'occasion pour les Parties Contractantes, d'élargir et d'améliorer les disciplines du GATT en matière d'obstacles non tarifaires. L'objectif du Tokyo Round, tel que le rappelle l'OMC dans son rapport de 2012<sup>6</sup>, a été de « réduire ou éliminer les barrières non tarifaires ou, dans les cas où cela ne serait pas approprié, en réduire ou en éliminer les effets de restriction ou de distorsion, et assujettir ces mesures à une discipline internationale plus efficace »<sup>7</sup>. Ainsi, les obstacles techniques au commerce, les subventions et mesures compensatoires, ou encore les restrictions quantitatives, étaient au cœur des négociations. Ces dernières furent la première tentative d'envergure pour remédier aux barrières non tarifaires. De nouveaux accords plurilatéraux appelés « Codes »<sup>8</sup> s'appuyant sur les règles du GATT, devaient être adoptés à cette occasion.

---

<sup>4</sup> Lors du lancement du Kennedy Round en 1964, les gouvernements exerçaient des pressions croissantes afin que soient examinées de nombreuses mesures non tarifaires, notamment celles qui relevaient de la « clause d'exemption », les restrictions quantitatives « résiduelles », les mesures antidumping, le commerce d'État, les marchés publics, l'évaluation en douane, les restrictions discriminatoires à l'importation, les ajustements fiscaux à la frontière et, de plus en plus, les normes techniques et sanitaires. À l'occasion d'une Réunion tenue en mai 1963 en prévision du Kennedy Round, les Ministres du commerce sont convenus que les prochaines négociations « porteraient non seulement sur les droits de douane mais aussi sur les obstacles non tarifaires ».

<sup>5</sup> D'après le rapport annuel de l'OMC de 2012, le Code a été négocié indépendamment des négociations tarifaires et l'Accord a été conclu avec une facilité surprenante. Un autre résultat positif a été la conclusion d'un accord sur le prix de vente américain, par lequel les États-Unis devaient cesser d'utiliser un système d'évaluation pour les produits chimiques benzéniques que l'Europe jugeait incompatible avec le GATT, en échange de quoi les Communautés européennes devaient accorder des réductions supplémentaires des droits de douane sur les produits chimiques et d'autres concessions commerciale.

<sup>6</sup> V. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2012 : Commerce et politiques publiques : Gros plan sur les mesures non tarifaires au XXIème siècle*, 2012, 247 pages.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 42.

<sup>8</sup> *Ibid.* Il s'agissait du Code de la valeur en douane qui a permis d'uniformiser et d'harmoniser les méthodes d'évaluation des importations. Les nouvelles règles du Code des licences d'importation ont réduit les possibilités de discrimination dans l'application des licences par les autorités douanières. Les Codes relatifs aux marchés publics et aux subventions/mesures compensatoires étaient aussi des résultats importants du Tokyo Round. Le nouveau Code de la normalisation était sans doute l'un des résultats les plus importants du Tokyo Round, indiquant clairement comment les règles du GATT s'appliqueraient à l'avenir aux mesures non tarifaires nationales de plus en plus nombreuses dans les domaines techniques, de la santé et de la sécurité. Non seulement le Code réaffirmait explicitement les obligations de non discrimination énoncées dans le GATT concernant l'administration des règlements techniques, mais encore il obligeait les pays à adopter les normes internationalement reconnues, à moins qu'elles ne soient inappropriées, pour des raisons bien définies, tout en les exhortant à œuvrer à l'harmonisation accrue des normes. En outre, il encourageait les pays à adopter, chaque fois que cela était possible, une politique de « reconnaissance mutuelle » des résultats d'essais, des certificats et des marques de conformité. On n'oublie pas l'Accord sur la balance des paiements, celui sur les aéronefs civils, celui sur les mesures antidumping.

L'objectif était de réglementer toutes les mesures nationales de nature à entraver ou à fausser le libre jeu de la concurrence commerciale internationale<sup>9</sup>. Le but de l'Uruguay Round<sup>10</sup> (1986-1994) a été de maintenir les acquis du cycle précédent et de les renforcer. Ce cycle de négociations a conduit à un élargissement considérable des questions relatives aux barrières non tarifaires, à des domaines peu abordés durant les précédentes négociations. Les disciplines multilatérales s'étendirent ainsi au commerce des services et aux droits de propriété intellectuelle.

Des règles concernant le commerce agricole, jusque-là exclu des négociations antérieures, ont été « multilatéralisées ». Les obstacles techniques au commerce et les mesures sanitaires et phytosanitaires ont donné respectivement naissance aux accords OTC et SPS. Les règles portant sur les licences d'importation et les règles d'origine ont été modifiées et celles relatives aux subventions et mesures compensatoires ont été développées et mieux précisées.

---

<sup>9</sup> V. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2012*, *op.cit.*, p.42. En dépit du fait que le GATT ait réussi à abaisser les droits de douane, les Membres étaient de plus en plus conscients du fait que les réductions tarifaires ne suffisaient pas à garantir l'accès aux marchés. Il a de nouveau été dit que les mesures non tarifaires allaient à l'encontre de l'objectif des engagements tarifaires et que, dans certains cas, les règles existantes du GATT n'étaient pas assez précises ou détaillées pour garantir que certaines mesures non tarifaires n'étaient pas discriminatoires ou n'imposaient pas des restrictions non nécessaires au commerce. Ce point de vue était répandu en particulier aux États-Unis, qui s'inquiétaient déjà des conséquences pour leurs exportations d'un dollar surévalué et de la consolidation du marché commun européen. La Commission des États-Unis pour le commerce international et l'investissement, dite « Commission Williams », établie en 1971 pour conseiller le gouvernement sur la future politique commerciale, a souligné que les exportations américaines étaient de plus en plus entravées par des « obstacles non tarifaires » sur les marchés étrangers, et a proposé de lancer de nouvelles négociations multilatérales, entre autres, pour élaborer des « codes de conduite » permettant de régler les questions non tarifaires. Lorsqu'il demanda au Congrès le pouvoir de négociation, en 1973, le Représentant spécial des États-Unis pour les questions commerciales internationales, William EBERLE, déclara que « *les prochaines négociations commerciales devront être très différentes des négociations passées ... Elles devront porter sur tous les obstacles qui faussent les échanges* ». Pour leur part, les Européens voulaient revenir aux questions qu'ils n'avaient pas réussi à mettre en avant pendant le Kennedy Round, notamment l'évaluation en douane (et la suppression du prix de vente américain), les mesures antidumping et les marchés publics.

<sup>10</sup> V. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2012*, *op.cit.*, p. 43 et s. Les mesures non tarifaires (MNT) ont également été un thème central du Cycle d'Uruguay, le but étant, notamment, de poursuivre et de développer ce qui avait été réalisé lors du Tokyo Round. La Déclaration de Punta del Este de 1986, qui marqua le lancement des négociations, prévoyait un vaste mandat : « *les négociations viseront à réduire ou à éliminer les mesures non tarifaires, notamment les restrictions quantitatives* ». Le Japon, qui avait été le premier à proposer formellement l'ouverture de nouvelles négociations, voulait renforcer les disciplines du GATT concernant les MNT, en particulier les limitations volontaires des exportations et les autres arrangements commerciaux administrés. Les États-Unis, pour leur part, voulaient non seulement améliorer l'accès aux marchés pour leurs exportations industrielles et agricoles, mais aussi obtenir de nouveaux débouchés pour leurs exportations de services de plus en plus compétitives, et renforcer la protection et le respect de leurs droits de propriété intellectuelle à l'étranger, ce qui amenait à faire aux mesures non tarifaires une place beaucoup plus large qu'on ne l'avait envisagé auparavant. Comme les États-Unis, les Communautés européennes avaient un intérêt dans l'ouverture du commerce des services et dans le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle. En même temps, il y avait une masse critique de pays en développement prêts à envisager de nouvelles règles concernant les services et la propriété intellectuelle en échange d'un meilleur accès aux marchés des pays développés pour leurs exportations de produits manufacturés, y compris par le démantèlement de l'Arrangement multifibres (qui avait remplacé l'ALT en 1974), par la modification de la clause de sauvegarde et, plus généralement, par le renforcement des règles de non-discrimination du GATT.

L'évolution des thèmes et de la portée de chaque cycle de négociations du GATT depuis 1947 témoignait non seulement de la pertinence continue des mesures non tarifaires (MNT) pour le système commercial international, mais aussi de la variation de leur importance relative dans le temps<sup>11</sup>. Les efforts du système commercial multilatéral ne se sont pas limités là. Sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce, d'autres négociations sur les obstacles non tarifaires ont eu lieu. Il s'est d'abord agi de la première Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Singapour du 9 au 13 décembre 1996. Les échanges portèrent sur quatre questions non tarifaires, dites de Singapour. Les participants sont convenus de la nécessité d'adopter des disciplines multilatérales en matière d'investissement, de politique de concurrence, de transparence des marchés publics et de facilitation des échanges.

Le cycle de Doha de 2001, le tout dernier entre les Membres de l'OMC, fixa pour objectif de réformer en profondeur le système commercial multilatéral par, notamment, la réduction des obstacles au commerce. Le Programme de Doha pour le développement renfermait une vingtaine de thèmes de négociation aussi variés que l'amélioration de l'accès au marché pour les produits non agricoles, les services, la propriété intellectuelle, l'environnement ou encore le développement. Une attention particulière devant être accordée aux pays en développement - plus touchés par les barrières non tarifaires - le cycle de négociations a été fort logiquement baptisé « cycle de négociations pour le développement ». Beaucoup de pays en développement et de pays moins avancés semblent particulièrement exposés aux obstacles non tarifaires<sup>12</sup>. La sévérité des réglementations dans les pays développés est telle que les entreprises exportatrices des pays en développement ont du mal à trouver un accès facile à leurs marchés. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne les exportations à forte valeur ajoutée ou celles relevant de secteurs nouveaux et assez dynamiques du commerce international.

Les normes sanitaires et phytosanitaires, pour ne citer que celles-là, vont souvent au-delà des standards internationaux minimaux. Il est arrivé que certaines exportations de crevettes, en provenance de pays en développement (PED), soient interdites dans des pays développés pour insatisfaction aux standards nationaux, une absence totale de bactéries étant exigée<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> V. CNUCED, *Obstacles non tarifaires : Méthodes, classifications, quantification et incidence sur le développement*, TD/B/COM.1/EM.27/2, 23 juin 2005, p. 2. D'après la CNUCED, en 2002, 40 % des exportations des pays les moins avancés étaient soumises à de tels obstacles. Pour les autres pays en développement, les pays en transition et les pays développés, ce chiffre n'était que de 15 %.

<sup>13</sup> V. FAO, *Appui de la FAO aux négociations de l'OMC*, Bulletin n°8, FAO, Rome, 2003.



L'obtention d'un agrément constitue souvent un long processus pour les entreprises exportatrices de pays en développement. En passant par les documents et les multiples démarches administratives, il est arrivé que des exportateurs de produits carnés de pays en développement aient mis deux ans pour obtenir les agréments requis<sup>14</sup>. L'Union européenne a mis en place une base de données concernant l'accès aux marchés étrangers<sup>15</sup>. Elle fournit des informations détaillées sur les exportations européennes en direction des pays tiers. Grâce aux informations fournies par les entreprises européennes, une liste d'obstacles au commerce, subis par celles-ci à l'étranger, est tenue par la Commission. Le but de cet instrument est d'améliorer la transparence dans les relations commerciales internationales et de doter les entreprises européennes d'un atout décisif dans la pénétration des marchés étrangers.

Les enquêtes réalisées dans le cadre de l'OCDE<sup>16</sup> montrent que les sociétés, dans le monde entier, sont confrontées dans leur entreprise d'infiltration des marchés étrangers, à une pluralité d'obstacles non tarifaires. Il est utile de préciser que la pratique des obstacles non tarifaires n'est pas un trait spécifique aux pays développés, mais concerne aussi les pays en développement. L'Organisation a ainsi pu identifier six fréquents obstacles non tarifaires auxquels étaient confrontées les entreprises de pays développés sur les marchés de pays en développement. Indifféremment du cadre géographique concerné, il a été montré que les ONT concernaient les normes OTC et SPS, les règles et procédures douanières, les restrictions liées à la concurrence (« obstacles à l'entrée »), les subventions, les licences d'importation, et les instruments de défense commerciale tels que les droits antidumping, les droits compensatoires et les mesures de sauvegarde. Il existe pléthore d'obstacles non tarifaires. Aucune liste exhaustive ne peut être établie à cet effet.

---

<sup>14</sup> V. CNUCED, *Obstacles non tarifaires*, *op.cit.*, p.16.

<sup>15</sup> On peut accéder à cette base de données via le lien suivant : <http://mkaccdb.eu.int>. Suite aux complications rencontrées par leurs entreprises à travers le monde, certains pays développés ont mis en place un système similaire. Pour les États-Unis, il s'agit du Bureau du représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales («*National Trade Estimates Report of Foreign Trade Barriers*»), et de la Commission du commerce international des États-Unis en ce qui concerne les mesures non tarifaires. Au Japon, il s'agit du Ministère japonais de l'économie, de l'industrie et du commerce.

<sup>16</sup> V. Peter WALKENHORST et Barbara FLIESS, *Non-Tariff Measures Affecting EU Exports: Evidence from a Complaints-Inventory*, Economics Department, Working Papers n° 373, Paris, OCDE, 2003, 18 pages.

Néanmoins, la CNUCED<sup>17</sup>, a tenté de les identifier en considérant que si certains ONT avaient directement trait au commerce (contingents d'importation, surtaxes à l'importation, mesures antidumping...), d'autres « avaient un lien avec les échanges » dans la mesure où leur mise en œuvre était contrôlée à la frontière (normes relatives à l'étiquetage et à l'emballage, normes sanitaires), tandis qu'un troisième groupe d'obstacles découlerait de décisions de politique générale (marchés publics, restrictions en matière d'investissement, degré de protection des droits de propriété intellectuelle). La CNUCED<sup>18</sup> estime que trois grandes mesures devraient permettre de faire face à cette situation. Il s'agira d'abord, selon la Conférence, d'associer les PED à l'élaboration des normes internationales afin que ces derniers puissent participer plus activement au commerce international. C'est là l'un des thèmes du Programme de Doha. Ensuite, il faudrait fournir à ces pays, des informations systématiques, une formation adéquate et des ressources supérieures, de manière régulière et prévisible, pour leur permettre de comprendre les obstacles non tarifaires subis, de les surmonter et de les contester éventuellement. Enfin, la mise en place d'une approche équilibrée devrait permettre d'éviter l'usage arbitraire et discriminatoire de tels obstacles.

Au demeurant, l'histoire des négociations commerciales a été marquée par une farouche opposition entre les Etats-Unis et les Communautés européennes. Alors que les Etats-Unis adoptaient une position extrême en militant pour une disparition pure et simple de toutes formes d'obstacles non tarifaires, les pays européens n'étaient pas enclins à renoncer entièrement à leur pouvoir de réglementation afin de juguler, notamment, leurs difficultés de balance des paiements. Rien de surprenant alors que le GATT puisse en arriver à traiter la question de façon différenciée. Si certaines barrières ont été interdites dans l'absolu, d'autres ont été soumises à des dispositions assez complexes. Il s'agissait d'éviter que les mesures de politique publique, certes légitimes, du moins nécessaires, ne soient discriminatoires ou appliquées de sorte à restreindre les échanges commerciaux. Il semblerait que les obstacles non tarifaires aient pratiquement remplacé les obstacles tarifaires dans les secteurs manufacturiers<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> V. CNUCED, *Obstacles non tarifaires*, op.cit. V. aussi OMC, *Groupe de négociation sur l'accès aux marchés*, «Aperçu récapitulatif des propositions présentées – obstacles non tarifaires», TN/MA/9/Rev.1, 29 octobre 2004.

<sup>18</sup> Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement.

<sup>19</sup> V. Forum du commerce international 2/2003, Centre du commerce international CNUCED/OMC (CCI).

Il est certes louable d'être fortement attaché au libéralisme. Cela dit, le caractère protectionniste des obstacles non tarifaires ne doit pas conduire à en avoir une conception absolument négative. Le protectionnisme peut être souhaitable, voire nécessaire pour les gouvernements, à la condition, bien évidemment, qu'il soit justifié par la poursuite d'objectifs légitimes. Par voie de conséquence, la notion d'obstacles non tarifaires n'entretient pas forcément de relation de tension avec celle de protectionnisme.

## **Section 2. Les obstacles non tarifaires et le protectionnisme**

« Faut-il réguler le libéralisme ? » s'est demandé Gérard de Bernis, dans la revue *Economie rurale*<sup>20</sup>. Question provocatrice s'il en est, mais d'actualité. Certains économistes, comme Jean-Marcel Jeanneney, se montrent résolument favorables à « un nouveau protectionnisme »<sup>21</sup>. Le protectionnisme est une politique tarifaire et non tarifaire visant à protéger l'économie nationale contre la concurrence étrangère. Il s'agit d'une démarche étatique unilatérale motivée par la poursuite d'un intérêt égoïste d'Etat. Celui-ci tient à limiter l'entrée de marchandises, de biens ou de travailleurs étrangers afin de favoriser la production domestique. Deux constats servent de postulats à la réflexion de l'auteur. D'une part, il s'agit de la distorsion entre un principe, celui unanimement accepté, selon lequel, le développement du commerce international est un gage de prospérité pour les nations, et une pratique qui semble beaucoup moins convaincue – le protectionnisme reste très répandu –, et beaucoup moins convaincante – le désarmement douanier généralisé des années 1960 n'a pas été suivi d'une ère de prospérité. D'autre part, les conditions d'un libre-échange « parfait » ne sont, de toute évidence, pas réalisables. Dans le contexte de ce qu'il appelle le « libéralisme bâtard », les vertus du libéralisme ne peuvent plus être aussi évidentes ni aussi décisives que le prétend la théorie. Certes la libéralisation des échanges s'accompagne d'un certain nombre de bienfaits évidents. Cependant, le libre-échange n'entraîne nécessairement pas l'amélioration du « bien-être » d'une nation. Qui plus est, le libre-échange conduit à une dépendance excessive d'un pays vis-à-vis de l'extérieur, de sorte que les pouvoirs publics, placés dans une situation qui leur échappe, ne puissent plus agir sur la conjoncture du marché intérieur.

---

<sup>20</sup> V. Gérard DE BERNIS, « Faut-il réguler le libéralisme? », *Économie rurale*, n° 226, 1995. pp. 24-30.

<sup>21</sup> V. H. DE TRICORNOT, « Jeanneney Jean-Marcel - Pour un nouveau protectionnisme », *Revue économique*, vol. 31, n°2, 1980. pp. 371-372. V. aussi Jean-Marcel JEANNENEY, *Pour un nouveau protectionnisme*, Paris, Seuil, 1978, 157 pages.

Jean-Marcel Jeanneney affirme que « la maîtrise du commerce extérieur est une arme de politique économique essentielle pour assurer un développement harmonieux de l'économie d'un Etat »<sup>22</sup>. L'auteur ne conçoit pas son « protectionnisme économique » comme « moyen de combattre un déficit du commerce extérieur, mais comme un instrument à mettre au service d'une politique intérieure de bien-être »<sup>23</sup>. Sur cette base, celui-ci serait bien licite. Depuis le milieu des années 1970, on assiste à un « retour du protectionnisme », en dépit des efforts réalisés au niveau multilatéral pour promouvoir le libre-échange. Selon René Sandretto, un net décalage existe entre le discours résolument libre-échangiste des décideurs politiques et leurs actions de protection « diffuses et occultes ». Son idée est la suivante :

« [...] ce divorce participe d'une stratégie de secret fondée sur l'emploi de moyens de restrictions les plus discrets et les plus « opaques possibles ». Chaque pays s'efforce ainsi de protéger ses intérêts spécifiques sans que cela apparaisse explicitement, afin de soutirer de ses partenaires les plus grandes concessions (...), sans avoir lui-même à en faire à un degré équivalent, pour tenter de « déconsolider » des concessions commerciales antérieurement réalisées »<sup>24</sup>[...]En ce sens, le protectionnisme inavoué de cette fin de siècle peut-être qualifié de « furtif », à l'image des avions de reconnaissance stratégique du même nom : il s'agit d'échapper autant que faire se peut à la détection ou, du moins, à la possibilité d'une évaluation précise de l'impact des mesures prises sur le commerce international »<sup>25</sup>.

Ainsi, le protectionnisme contemporain serait aux antipodes du protectionnisme d'antan, essentiellement tarifaire, de « bon papa »<sup>26</sup>. Il est moins manifeste. Plutôt que de recourir aux droits sur les importations, il emploie des formes diffuses et opaques de protection dont les variances sont tellement subtiles que « leur repérage et l'analyse de leur mode d'action sont devenus affaire de spécialistes »<sup>27</sup>. Le néoprotectionnisme se caractérise par l'utilisation de barrières non tarifaires, ainsi que par la manipulation des taux de change et des taux d'intérêt à des fins commerciales. C'est ce que Sandretto appelle « le protectionnisme monétaire ». L'auteur établit une taxinomie des barrières non tarifaires/obstacles non tarifaires protectionnistes. Aux barrières non tarifaires dites « douces », s'opposent les barrières non tarifaires « dures ». L'effet restrictif de ces dernières est présumé être plus important.

---

<sup>22</sup> V. H. DE TRICORNOT, *op.cit.*, p. 371.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 372.

<sup>24</sup> V. René SANDRETTO, « Le protectionnisme au tournant du siècle : opacité et furtivité », *Études internationales*, vol. 29, n° 2, 1998, pp. 349-364.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 349.

<sup>26</sup> Selon l'expression de Bernard Ducros tirée de l'article de René SANDRETTO.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 351.

Le protectionnisme attaché aux barrières non tarifaires dures est fardé d'une apparence consensuelle. Il s'est développé par l'emploi de nouveaux instruments restrictifs sous la forme de restrictions volontaires d'exportations (RVE) et d'expansions volontaires d'importations (EVI). Ces arrangements ne se limitent plus aux secteurs traditionnels (cas du textile), mais s'étendent, entre autres, à des secteurs aussi divers que l'électronique grand public, l'automobile. Les RVE et les EVI représenteraient une forme directe de « protection administrée ». C'est dire que ces restrictions font explicitement l'objet de négociations bilatérales court-circuitant les règles du GATT. Par ailleurs, ce protectionnisme est camouflé derrière l'uniforme de la loyauté et de l'ordre international. Dans cette perspective, la protection administrée est indirecte. Elle est constituée par des instruments unilatéraux étatiques. On songe ici aux mécanismes antisubventions et antidumping régis par les règles commerciales multilatérales, créés spécialement pour promouvoir une concurrence loyale, mais qui sont mis en œuvre dans le cadre de procédures nationales. Il en est de même des sanctions unilatérales prises, par exemple, dans le cadre des *sections 301* et *super 301 du Trade Act* américain. Selon Sandretto, la multiplication des actions antidumping et antisubventions ne cache guère le « détournement de finalité ». En ce qui concerne l'antidumping, le caractère national ou régional de la procédure, les méthodes de calcul destinées à mettre en évidence l'importance du dumping, les méthodes d'évaluation du préjudice, présentent un caractère arbitraire et constituent de ce fait, « *un biais systématique tendant à faire apparaître le dumping même lorsqu'il n'existe pas* »<sup>28</sup>.

Quant au protectionnisme ayant trait aux barrières non tarifaires dites « douces » celui-ci renverrait à une panoplie d'instruments tels que les normes techniques, les règles d'hygiène et de sécurité, les normes sanitaires, l'exclusion des entreprises étrangères des marchés publics (les marchés n'étant ouverts qu'à des fournisseurs nationaux), ou encore les tracasseries administratives. D'une redoutable efficacité, ces obstacles non tarifaires procèdent d'une stratégie de contournement, leur finalité initiale ne sert souvent que d'alibi destiné à cacher leur véritable justification. De cette systématisation des obstacles non tarifaires, René Sandretto tente de saisir les raisons profondes de cette « incongruité » des responsables politiques à déguiser leurs actions sous l'habit libre-échangiste et à s'écarter clandestinement du libre-échangisme.

---

<sup>28</sup> V. René SANDRETTO, *op.cit.*, p. 352.

Le décalage entre le discours et la pratique des politiques peut être expliqué par le symptôme « de la maladie honteuse ». La protection étant « inavouable », elle doit être soigneusement cachée derrière le masque de déclarations libre-échangistes. La récurrence du protectionnisme fait que celui-ci tendra, à long terme, à devenir la règle et le libre-échange l'exception. Au cours des trois derniers siècles, il n'y aurait eu que trois intermèdes libre-échangistes<sup>29</sup> : les années 1850-1870, celles de 1920 et les « trente glorieuses ». De nos jours, ce serait en général des puissances commerciales en déclin qui initieraient le mouvement de retour au protectionnisme dont le but inavoué est de calmer les ardeurs des pays plus dynamiques. La protection, en filigrane de la volonté d'ouvrir, par la force, les marchés étrangers et de lutter contre les pratiques déloyales (ou plutôt jugées comme telles) des autres, serait l'indice d'une érosion de la puissance économique<sup>30</sup>. Jagdish Baghwati<sup>31</sup> parle du « syndrome du géant déchu » pour expliquer le renforcement du courant protectionniste aux Etats-Unis et l'évolution de la politique commerciale américaine. Le passage de la doctrine du *free trade* à celle du *fair trade*, puis à celle du *managed trade* s'explique sans doute par « l'évolution des rapports de force internationaux et par cette volonté de contention des Etats-Unis qui privilégient désormais les rapports bilatéraux (...) pour lesquels leur pouvoir de négociation reste mieux préservé qu'au sein d'instances (ou dans l'emploi de procédures) multilatérales »<sup>32</sup>.

Une autre explication au contraste entre le discours politique pro-libéral et les pratiques protectionnistes, est fournie par Vilfredo Pareto<sup>33</sup> dans son *Manuel d'Economie Politique*. Il s'agit de la disparité entre les intérêts et les forces en présence qui serait à l'origine de ce néoprotectionnisme. L'auteur estime qu'une mesure protectionniste procure de gros bénéfices à un petit nombre, et cause à un très grand nombre de consommateurs un léger dommage. Cette circonstance inciterait à mettre en œuvre des mesures de protection. On comprend alors que le décalage entre le discours et la pratique politique est la manifestation d'un « réalisme » basé sur le constat que la protection pourrait faire gagner des suffrages sans faire perdre d'audience. A contrario, une politique ouvertement libérale aurait l'effet inverse. En dernière analyse, le protectionnisme actuel n'aurait rien de « honteux ».

---

<sup>29</sup> *Id.*, p. 355.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>31</sup> V. Jagdish BHAGWATI, *Protectionnisme*, Paris, Dunod, 1990, 163 pages.

<sup>32</sup> V. René SANDRETTO, *op.cit.*, p. 356.

<sup>33</sup> V. Vilfredo PARETO, *Manuel d'économie politique*, Genève, Droz, 6<sup>ème</sup> éd., 1966, 695 pages.

Il est devenu « secret » pour des raisons tactiques. Le divorce entre le discours politique et les pratiques effectives s'explique par la recherche volontaire du secret. L'absence de transparence est voulue dans un contexte de négociations conflictuelles. La préférence pour le protectionnisme diffus se traduit par le souci d'entraver la perception de son impact (« degré de morsure ») sur le commerce. L'opacité n'est pas une tare mais une vertu recherchée, car elle permet de garantir l'efficacité de la protection. La quête d'efficacité démontre, sans doute, l'importance acquise par les pratiques de protection dues aux acteurs privés. C'est ce que l'on appelle le « protectionnisme privé »<sup>34</sup>, qui échapperait, en principe, à la compétence de l'OMC.

Au vu de ce qui précède, l'on conclurait fort logiquement que l'objet du protectionnisme semble être par essence économique, de sorte que la protection d'un autre objet – non économique celui-ci – relèverait de la protection, privée de son suffixe. Tel que le conçoit Valérie Michel, « l'objet économique du protectionnisme n'est pas nécessairement isolé en soi et la protection afférente au protectionnisme peut donc dépasser la sphère exclusivement économique<sup>35</sup> ». La *summa divisio* économique/non économique n'est pas des plus aisées à établir ni des plus conformes à la réalité. Vilfredo Pareto le faisait savoir en ces termes :

« [...] celui qui préconise le libre-échange en s'en tenant à ses effets économiques, ne fait pas une théorie inexacte du commerce international, mais il fait une application inexacte d'une théorie intrinsèquement vraie ; son erreur consiste à négliger d'autres effets politiques et sociaux, qui forment l'objet d'autres théories »<sup>36</sup>.

Par conséquent, il serait aberrant de réduire l'analyse du protectionnisme à des préoccupations purement commerciales, en faisant abstraction à leur impact sur les aspects sociaux. Car « il ne suffit pas de remarquer que la protection est établie par ceux qui y trouvent un avantage direct, en grande partie par ceux qui se proposent de s'approprier les biens d'autrui, pour la condamner ; parce que tels étant les motifs qui les poussent à agir, la fin qu'ils atteignent pourrait être le bien du pays.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> V. Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions au droit du marché intérieur », in BARBOU des PLACES. Ségolène (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Cahiers européens, n° 6, IREDIES, Paris 1, Pedone, 2014, p. 69.

<sup>36</sup> V. Vilfredo PARETO, *Manuel d'économie politique*, Paris, Giard & E. Brière, 1909, p. 20.

Nous avons vu que (...) les entrepreneurs ne se proposent que leur propre avantage et cependant ils aboutissent à organiser la production pour le plus grand bien des consommateurs. Il pourrait se produire quelque chose d'analogue pour la protection »<sup>37</sup>.

Par ailleurs, le protectionnisme n'est pas qu'illicite. Il peut être licite<sup>38</sup> à condition que certaines exigences de fond et de forme soient remplies. La licéité des actions protectionnistes est recherchée tantôt en lien avec les « valeurs marchandes » (préoccupations commerciales/économiques) tantôt par le biais des « valeurs non marchandes » (considérations non commerciales/non économiques). La promotion de valeurs universelles ne saurait guère occulter les systèmes de valeurs auxquels les Etats s'identifient. Il en est de même pour une organisation d'intégration régionale comme l'Union européenne. Ainsi, quels que puissent être les intérêts et « les retombées positives du libre commerce, ils n'empêchent pas l'existence et la coexistence d'autres valeurs, non marchandes, et la possibilité que des Etats puissent dans certaines circonstances souhaiter les privilégier »<sup>39</sup>. Ce sont ces préférences collectives qui sont à la base du protectionnisme non économique et peuvent, sous certaines conditions, justifier la reconnaissance de la licéité de mesures protectionnistes. L'ancien commissaire européen, Pascal Lamy<sup>40</sup>, a donné une définition des préférences collectives. Celles-ci renverraient à « l'ensemble des choix opérés par les collectivités humaines en tant que collectivité », laquelle s'entend de « tout regroupement de personnes qui s'est doté d'institutions capables de faire émerger des préférences collectives : il peut s'agir de pays, mais aussi de collectivités plus larges, comme dans le cas de l'Europe ».

Les préférences seraient « fonction des valeurs, des repères culturels et religieux auxquels adhèrent les pays où elles ont été formées, mais aussi de leur vécu politique, de leur histoire longue ou courte, et de leur niveau de développement »<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> *Id.*, p. 525.

<sup>38</sup> V Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions au droit du marché intérieur », *op.cit.*, p. 70 et s.

<sup>39</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1.

<sup>40</sup> L'ancien Commissaire Pascal Lamy a organisé à Bruxelles, en 2004, une conférence destinée à lancer des échanges sur le sujet des préférences collectives et leurs conséquences pour la gouvernance mondiale. Il a présenté à l'occasion un discours. V. Pascal LAMY, « L'émergence des préférences collectives dans le champ de l'échange international : quelles implications pour la régulation de la mondialisation », Discours du Commissaire européen au Commerce, in Conférence « *Préférences collectives et Gouvernance mondiale : quel avenir pour le système commercial mondial ?* », Bruxelles, 15 septembre 2004.

<sup>41</sup> *Id.*, p.3.



Quant à Véronique Guèvremont, elle conçoit les préférences collectives tels « les choix opérés par la population d'un Etat ou d'une entité à vocation intégrative, sur la base de ses valeurs, de sa culture, de son identité et de ses croyances, dans le respect du processus décisionnel adopté par cet Etat et dans des champs d'activités ne faisant pas directement l'objet d'une coordination internationale au titre des accords de l'OMC »<sup>42</sup>. Elles sont, par conséquent, fondamentalement liées à la politique commerciale commune de l'Union européenne, dont l'évolution doit être à présent retracée.

### **Section 3. L'évolution de la politique commerciale commune de l'Union européenne**

La pratique conventionnelle européenne des obstacles non tarifaires est une composante de la politique commerciale commune. Du Traité de Rome à nos jours, cette politique a connu deux phases de développement successives. La première qui part de 1957, s'est terminée avec l'Avis 1/94 de la Cour de justice. Cet Avis portait sur les négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Celles-ci ont donné naissance, notamment, à l'Accord créant l'Organisation mondiale du commerce, à l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) ainsi qu'à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce. Cette phase a permis à la Cour de justice de préciser le contenu et la nature de la compétence de la Communauté en matière de politique commerciale commune, surtout dans le cadre de litiges ayant opposé la Commission au Conseil des ministres. Relativement au commerce des produits, ces différends ont permis à la Cour de donner une interprétation assez large de la compétence commerciale de la Communauté. L'institution judiciaire a parallèlement dégagé certains principes tel celui de la cohérence. Jacques Bourgeois estime que :

« [...] une politique commerciale cohérente ne serait plus réalisable si la Communauté n'était pas en mesure d'exercer sa compétence aussi à l'égard d'une catégorie d'accords qui deviennent, à côté des accords commerciaux traditionnels, l'un des facteurs majeurs dans la régulation des échanges économiques internationaux »<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 6.

<sup>43</sup> V. Jacques BOURGEOIS et autres, *Politique commerciale commune*, « Commentaire J. Mégret », Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, p. 8.

Il en est de même du principe de la priorité des échanges intracommunautaires sur les rapports économiques avec les pays tiers en ce sens que l'interprétation de la notion de politique commerciale doit éviter que subsistent, dans certains secteurs des rapports commerciaux avec ces pays, des contrastes de nature à troubler les échanges à l'intérieur du marché.

La seconde phase débute naturellement avec l'Avis 1/94. La Cour est revenue sur son interprétation large de la notion de politique commerciale commune en considérant que celle-ci se limitait au commerce des produits, excluant celui des services et les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle. Le « constituant communautaire » prendra le relais à travers les Conférences intergouvernementales, ayant conduit aux Traités d'Amsterdam et de Nice, en étendant, sous réserves, la politique commerciale commune aux services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. Enfin, l'article 207 TFUE viendra parachever l'évolution en maintenant les acquis des précédents Traités, tout en supprimant les réserves du Traité de Nice. Suivant l'un des critères dégagés par la Cour de justice – à savoir que la politique commerciale commune doit s'adapter aux conceptions de la société internationale - le constituant européen a intégré les investissements directs étrangers à la notion. En effet, les relations économiques internationales ont, de nos jours, dépassé le cadre du commerce des marchandises et les obstacles au commerce transcendent les frontières strictes du marché intérieur. Ainsi, l'article 206 TFUE renvoie au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux, aux investissements directs étrangers, ainsi qu'à la réduction des barrières tarifaires et non tarifaires. De même, l'article 207 TFUE spécifie que « la politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ». Cette disposition se référant à l'action extérieure, procède à un renvoi à l'article 21§3 du Traité sur l'UE.

La politique commerciale commune est donc intégrée au régime juridique de l'action extérieure de l'Union et l'article 21 du Traité sur l'UE est une disposition horizontale qui chapeaute toute cette action à travers les principes<sup>44</sup> et les objectifs<sup>45</sup> qu'il établit.

---

<sup>44</sup> L'article 21§1 du Traité sur l'UE évoque la démocratie, l'Etat de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la Charte des Nations-Unies et du droit international.

<sup>45</sup> V. §2 de l'article 21.

Pour atteindre l'un des objectifs visés par les Traités, l'article 216 TFUE prévoit la possibilité pour l'Union, de conclure un accord international<sup>46</sup>. Cela dit, la conclusion d'un accord international se fait en vertu du principe d'attribution des compétences. Rappelons qu'en vertu de l'article 5§2 du Traité sur l'UE, l'Union « n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ». Ainsi, aussi bien dans le cadre des compétences internes qu'externes, la nature de la compétence de l'Union peut être exclusive<sup>47</sup>, partagée<sup>48</sup> ou complémentaire<sup>49</sup>. La politique commerciale commune relève de la compétence exclusive de l'Union européenne<sup>50</sup>, à maintes reprises affirmée, à l'instar des compétences externes implicites, par la Cour de justice. La reconnaissance explicite de la compétence exclusive de l'Union sur toute l'étendue de la politique commerciale, constitue une simplification relativement aux règles de l'ex-article 133 du Traité CE.

Cependant, si un accord international comporte des clauses qui, prises individuellement, n'ont pas de lien direct avec la politique commerciale commune, la qualification de l'accord devra s'opérer « en considération de l'objet essentiel de celui-ci et non en fonction de clauses particulières, de caractère somme toute accessoire ou auxiliaire »<sup>51</sup>. Sinon, si l'Accord ne permet pas une attribution au champ d'application de la politique commerciale, celui-ci devra être conclu sous la forme d'un accord mixte<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> Dans sa jurisprudence *Kramer*, la Cour de justice a estimé, en son point 20, que la compétence de la Communauté pour prendre des engagements internationaux « résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité, mais peut découler également de manière implicite, d'autres dispositions du traité, de l'acte d'adhésion et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté ». V. CJCE, *Kramer et autres*, aff. jtes C-3/76, 4/76 et 6/76, du 14 juillet 1976. De façon encore plus explicite, elle déclara dans l'affaire *Navigation fluviale* que « chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard » (point 3). V. CJCE, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du traité CEE - Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, Avis 1/76, du 26 avril 1977.

<sup>47</sup> V. Article 2§1 TFUE.

<sup>48</sup> V. Article 2§2 TFUE.

<sup>49</sup> V. Article 2§5 TFUE.

<sup>50</sup> V. par exemple CJCE, *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel et Henri Schou contre Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects*, aff. C-41/76, du 15 décembre 1976.

<sup>51</sup> V. CJCE, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Accord international sur le caoutchouc naturel*, Avis 1/78, du 4 octobre 1979, §56.

<sup>52</sup> V. CJCE, *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*, Avis 1/94, du 15 novembre 1994, point 57.

Qu'il nous incombe de préciser à ce niveau, que la problématique des accords mixtes ne sera pas traitée dans le cadre de ce travail. Elle n'est pas déterminante relativement à notre approche de la pratique conventionnelle européenne des obstacles non tarifaires.

La notion de politique commerciale commune n'a pas fait l'objet de définition dans le Traité, mais l'article 207 TFUE en fixe les contours<sup>53</sup>. La Cour de justice, durant la période qui a suivi l'expiration de la période transitoire, en a eu une conception assez large, notamment à travers son Avis 1/78 du 4 octobre 1979. Celui-ci a même donné lieu à des oppositions entre la Commission, qui se prononçait en faveur d'une conception extensive de la politique commerciale commune, et le Conseil et les Etats membres qui militaient pour une approche restrictive<sup>54</sup>. En analysant de manière pragmatique la relation entre le commerce et le développement, la Cour a conclu que l'expression « politique commerciale commune » devait être interprétée de façon ouverte afin qu'elle puisse être adaptée à l'évolution de l'économie mondiale<sup>55</sup>. Ainsi, la notion de PCC pouvait être abordée de sorte à inclure non seulement les instruments du commerce énumérés dans le Traité, mais également les accords touchant à la dimension externe du marché commun. Cependant, dans l'Avis 1/94, la Cour était amenée à déterminer si la Communauté avait compétence pour conclure seule les accords OMC. Plus précisément, il s'agissait de voir si cette compétence lui était attribuée en vertu de l'article 133§1 du Traité CE. La Commission estimait que la disposition devait être interprétée extensivement en allant au-delà du commerce des marchandises.

Elle considérait que le développement du système commercial multilatéral devait être pris en compte, entraînant ainsi une inclusion du commerce des services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle dans le champ d'application de la PCC. Tout en suivant le raisonnement de la Commission, la Cour introduit un tempérament en ne reconnaissant à la Communauté qu'une compétence limitée en matière de service et de propriété intellectuelle, compte tenu des obligations de fond contenues dans ces accords<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> V. Article 207§1 TFUE.

<sup>54</sup> V. Jacques BOURGEOIS et autres, *op.cit.* p. 32.

<sup>55</sup> V. Points 44 et 45 de l'Avis 1/78.

<sup>56</sup> V. aussi CJCE, *Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, Avis 2/92, du 24 mars 1995 et CJCE, *Accords modifiant les listes d'engagements spécifiques au titre de l'AGCS*, Avis 1/08, du 30 novembre 2009.

Il appert, à partir de cette jurisprudence, que les accords OMC devaient être conclus sous forme mixte par la Communauté et les Etats membres. La Communauté européenne ne pouvait agir seule, dans le cadre multilatéral, qu'en matière de commerce des marchandises, de fourniture de services transfrontaliers sans déplacement de personnes ou encore de propriété intellectuelle dans ce qui a trait à l'interdiction de la mise en libre pratique des marchandises contrefaites. C'est dans ce contexte jurisprudentiel qu'est intervenu le Traité de Lisbonne qui, dans un souci de simplification, a définitivement clos le débat dans la mesure où le commerce des services ainsi que les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle font désormais partie de la compétence exclusive de l'Union européenne. D'un point de vue matériel, la politique commerciale commune renvoie, notamment, au commerce des marchandises et des services, aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, aux investissements directs étrangers, aux modifications tarifaires, aux mesures de libéralisation, à la politique d'exportation et au régime des importations, aux mesures de défense commerciale et de régulation des barrières commerciales et enfin aux sanctions commerciales. L'Union européenne se montre particulièrement active sur la problématique des obstacles non tarifaires. Son action en interne, dans le cadre de la construction du marché intérieur, est marquée par la recherche d'un équilibre entre libéralisme économique et protectionnisme parfois nécessaire. Libéralisme, parce que l'objectif initial du Traité de Rome était d'asseoir un processus d'intégration économique pouvant évoluer vers une intégration politique. Protectionnisme, car il ne saurait prévaloir au sein de l'Europe une logique du « tout marché », ignorant complètement les préoccupations légitimes des Etats membres, que celles-ci soient économiques ou non. Son action sur le plan international obéit aussi à la même logique binaire certes, mais cohérente dans tous ses aspects. Il ne s'agit pas seulement de faire la promotion du libéralisme en tant que tel, mais d'un libéralisme ouvert, rationalisé, équilibré, maîtrisé, prenant en considération ses intérêts économiques et non économiques, ainsi que ceux de ses partenaires. La conclusion d'accords commerciaux internationaux dans différentes ères géographiques, traitant en majorité des obstacles non tarifaires, témoigne de la volonté de l'Union européenne de maîtriser ces questions. Tout en en faisant subir, l'Union européenne est elle-même fortement affectée par les barrières non tarifaires. Cela explique certainement l'intérêt d'analyser la pratique conventionnelle européenne relative aux obstacles non tarifaires.

D'un point de vue terminologique, le concept étudié ne fait pas l'objet d'un consensus aussi bien dans la littérature économique que juridique. On rencontre tantôt la notion d'obstacles non tarifaires (ONT), tantôt celle de barrières non tarifaires (BNT), parfois celle de mesures non tarifaires (MNT). L'OMC entend par mesures non tarifaires, des « mesures prises par les pouvoirs publics, autres que les droits de douane, qui peuvent avoir des effets sur le commerce des marchandises ». Le terme désignerait donc « une multitude de mesures – plus ou moins toute mesure à l'exception des droits de douane – sans référence à la raison pour laquelle elles sont appliquées »<sup>57</sup>. En ce sens, les obstacles non tarifaires supposent une action positive de la part de l'Etat ou de l'Organisation internationale, tendant – ou ayant pour effet – à/de restreindre les échanges internationaux. Dans un autre, la notion sera étendue à la situation où un Etat se refuse, légitimement, d'approfondir la libéralisation en accordant davantage d'ouverture, d'un ou de plusieurs secteurs, à la concurrence internationale. Cet aspect de la définition est à mettre en corrélation avec les engagements multilatéraux pris par l'Etat concerné. Il n'y a pas d'action ayant un effet négatif sur le commerce, mais une abstention, ou mieux, un refus d'aller plus loin dans l'entreprise de libéralisation. Les barrières non tarifaires proviennent ici d'un comportement étatique non fautif. Rappelons que l'OMC s'est assignée comme objectif de « libéraliser progressivement les échanges commerciaux ». C'est aussi dans cette perspective qu'il faudra appréhender l'action internationale de l'Union européenne dans le domaine des obstacles non tarifaires. Pour finir, la notion de pratiques commerciales restrictives, que l'on peut rencontrer dans la doctrine, peut laisser quelque peu songeur. Cependant, elle ne recouvre pas toutes les réalités propres au concept d'obstacles non tarifaires. Celle-ci l'intègre en la dépassant. Les pratiques commerciales restrictives<sup>58</sup> renvoient à un aspect des obstacles non tarifaires, à savoir la problématique de la concurrence.

Quant à la notion de « pratique conventionnelle européenne », elle renvoie, dans le cadre de ce travail, aux accords externes, bilatéraux, conclus entre l'Union européenne et les Etats tiers. Celle-ci se distingue de la notion de pratique unilatérale européenne ou unilatéralisme qui, elle, renvoie aux actes unilatéraux de l'Union européenne. Cela dit, la pratique conventionnelle européenne n'exclut pas forcément l'intégration d'éléments unilatéraux, fruit des processus de négociations commerciales.

---

<sup>57</sup> V. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2012*, *op.cit.*, p.38.

<sup>58</sup> V. Lazar FOCSANEANU, « Les pratiques commerciales restrictives et le droit international », *AFDI*, vol. 10, 1964. pp. 267-302.

Compte tenu du fait que l'analyse est effectuée en référence au système commercial multilatéral, seuls les accords commerciaux traitant des obstacles non tarifaires, seront pris en compte.

Cécile Rapoport propose une taxinomie des accords externes de l'Union européenne<sup>59</sup>. Ainsi, note-t-elle l'existence d'une diversification des accords globaux en droit de l'Union. Dans cette catégorie, elle range les accords d'association<sup>60</sup>, les accords de retrait prévus à l'article 50 du Traité sur l'UE et les accords de voisinage de l'article 8 du même Traité. A cette diversification des accords globaux en droit primaire, s'ajoute une diversification de ceux-ci dans la pratique conventionnelle de l'Union. Les accords d'association se déclinent, de ce fait, en accords d'association de proximité<sup>61</sup> et en accords d'association de partenariat avec les pays lointains<sup>62</sup>. En outre, l'auteure évoque l'existence d'accords globaux alternatifs aux accords d'association que seraient les « accords de partenariat et de coopération » et les « accords de partenariat stratégique<sup>63</sup> ».

Au demeurant, la méthodologie utilisée pour analyser la pratique conventionnelle européenne s'est voulue sélective. L'objectif n'était pas d'étudier toute la panoplie d'accords externes de l'Union européenne traitant des obstacles non tarifaires. L'exercice consistait surtout à analyser celle-ci à partir d'une sélection d'accords conclus entre l'Union européenne et les Etats tiers. Rappelons que l'Union européenne, dans l'optique d'harmoniser les instruments de ses relations extérieures, a choisi la voie des actes-type ayant, en fonction des partenaires, des contenus plus ou moins remaniés. Il en est ainsi en matière de règlement des différends dans le cadre des accords externes. Dans ces conditions, les accords étudiés dans le cadre de ce travail, ont concerné des Etats tiers appartenant à différentes ères géographiques<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> V. Cécile RAPOPORT, « Typologie des accords externes de l'Union européenne », *RDP*, n°6, 2016, pp. 1695-1710.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 1696. L'Accord d'association existe depuis les origines de l'Union européenne (ex-article 238 CEE). La compétence a été reconnue à la Communauté économique européenne, de conclure des accords d'association avec les Etats tiers. Cécile Rapoport déclare alors : « Cette compétence conventionnelle, attribuée en des termes très généraux n'ayant guère évolué, laissait à la Communauté une latitude immense pour contracter un engagement conventionnel, pourvu qu'il s'agisse d'établir avec le partenaire une association, terme au demeurant non défini par le traité ». Par conséquent, la Communauté fera très tôt usage de cette compétence que la Cour de justice a interprété, dans son arrêt *Demirel* de 1978, comme habilitant la Communauté à contracter des engagements conventionnels portant potentiellement sur tous les domaines couverts par les Traités. V. CJCE, *Meryem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff. 12/86, du 30 septembre 1987, point 9.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 1697.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 1698. Il s'agit des accords conclus avec les pays ACP et ceux d'Amérique latine.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 1699. Ils concernent les accords conclus avec des partenaires commerciaux aux niveaux de développement et poids économiques comparables à celui de l'Union européenne. A l'égard de ces pays, l'utilisation de l'instrument juridique de l'accord d'association n'est pas appropriée par conséquent.

<sup>64</sup> Les zones géographiques concernées sont les suivantes : Méditerranée (3 accords), l'Amérique (7 accords), l'Asie (4 accords), les ACP/Afrique (4 accords), l'Europe (6 accords), plus l'accord avec l'Afrique du sud et celui avec l'Australie. Ces accords ont également été conclus avec des partenaires allant de pays développés à des pays en développement.

Il en est ainsi des accords conclus avec certains pays européens non membres de l'Union européenne, des accords euro-méditerranéens avec les pays du pourtour méditerranéen, des accords de partenariat économique avec les pays ACP, des accords conclus avec certains pays asiatiques ou d'Amérique du nord, du centre et du sud. De même, la pratique conventionnelle européenne est analysée à la lumière du droit de l'OMC.

L'expression « à l'aune du droit de l'OMC », renvoie au « système commercial multilatéral ». Historiquement, des incursions seront faites dans la période précédant l'avènement de l'Organisation mondiale du commerce. En ce qui concerne l'Union européenne, sur le plan historique, des développements seront faits, de temps à autre, en renvoyant à la naissance même de l'ordre juridique communautaire. Par ailleurs, on a voulu à travers cette thèse, tenter une systématisation de la notion d'obstacles non tarifaires appliquée à la pratique conventionnelle de l'Union européenne. Le contenu de la notion est assez vaste et différentes études sectorielles ont été faites sur les obstacles non tarifaires aussi bien à l'OMC que dans le cadre de l'Union européenne. L'apport de cette thèse réside dans la volonté de son auteur de faire une approche globale de la problématique des obstacles non tarifaires relativement aux accords externes de l'Union, en faisant interagir l'ordre commercial multilatéral, l'ordre juridique de l'UE et les différents ordres juridiques bilatéraux nés de la conclusion des accords externes.

Dans la mesure où les accords externes de l'Union européenne sont caractérisés par une articulation entre préoccupations commerciales et valeurs non marchandes, en ce qui concerne leur portée restrictive à l'égard du commerce, on peut s'interroger sur la question de savoir si cette articulation ne traduisait pas la recherche d'un équilibre entre libéralisme économique assumé et protectionnisme circonstancié nécessaire ?

Dans un temps premier, nous avons voulu démontrer que la pratique conventionnelle européenne se caractérisait par le maintien d'un modèle économique européen (**Première partie**). L'Union, à la différence de l'OMC, n'est pas mue par une logique du « tout-marché » sacrifiant ses valeurs non marchandes (préférences collectives) à l'autel du libéralisme. Tout en défendant ses intérêts économiques, l'Europe se soucie parallèlement de la protection de ses intérêts non commerciaux. Il arrive même que ces derniers, pour des raisons diverses, prennent le pas sur ses intérêts économiques. Dans un temps second, après avoir montré que l'Union européenne maintenait son modèle économique dans sa pratique conventionnelle, il s'est agi de constater que tout un système était mis en place, dans ses accords externes, afin d'administrer les obstacles non tarifaires (**Deuxième partie**).





**PREMIERE PARTIE**  
**LE MAINTIEN DU MODELE ECONOMIQUE DE L'UNION EUROPEENNE**



## TITRE I

### LA DEFENSE DES INTERETS ECONOMIQUES DE L'UNION EUROPEENNE

La pratique conventionnelle européenne, relativement à la problématique des obstacles non tarifaires, est marquée par la défense des intérêts économiques de l'Union. L'analyse des dispositions des accords externes permet de le constater. Le modèle économique européen est fondé, avant tout, sur la recherche d'une efficacité de la politique commerciale européenne aussi bien au sein du marché intérieur qu'en dehors de celui-ci. La défense des intérêts économiques européens s'appréhende, pour ce qui est de la dimension extérieure de la politique commerciale, sous deux angles.

Dans une première perspective, celle défensive, la défense des intérêts économiques européens suppose la mise en place d'un arsenal juridique apte à permettre aux autorités européennes de réagir face aux multiples violations des règles acceptées par les différents acteurs du commerce international. La mondialisation de l'économie bien que salutaire pour la croissance de bien des Etats à travers le monde, s'est accompagnée de pratiques déloyales provenant des Etats mais aussi des entreprises. Concrètement, ces pratiques ont pour nom le dumping et les subventions et faussent fondamentalement des échanges commerciaux. Au cours des cycles de négociations multilatérales, les Parties Contractantes étaient résolument décidées à lutter contre ces fléaux. C'est ainsi que seront adoptés le Code sur les subventions et celui sur le dumping et les mesures compensatoires. Avec l'avènement de l'OMC, ces Codes ont laissé place à des Accords conclus entre les Membres afin de lutter contre le phénomène. L'Union européenne ne sera pas en reste dans la mesure où elle se dotera de règlements à cet effet, objectivant la politique de défense commerciale européenne (**Chapitre 1**). C'est tout naturellement que les accords externes contiennent des dispositions relatives aux obstacles non tarifaires liés aux subventions et aux pratiques de dumping. Dans une seconde perspective, la défense des intérêts économiques européens supposent, dans une dynamique offensive, de lutter contre les obstacles non tarifaires, de les contenir dans le cadre des espaces économiques internationaux. Autrement dit, l'objectif est d'assurer aux opérateurs économiques européens, à travers les accords externes, des parts de marché. Il faut alors ouvrir les espaces commerciaux internationaux (**Chapitre 2**).

## CHAPITRE I

### LA PROTECTION DU MARCHÉ INTERIEUR EUROPEEN PAR LA DEFENSE COMMERCIALE

L'analyse de la pratique conventionnelle européenne révèle que l'Union européenne s'assure, avant tout, de la protection de son marché intérieur face aux nombreuses pratiques déloyales constatées à travers le monde des échanges. Le contournement des règles d'origine préférentielles ou non préférentielles, les pratiques de dumping et de subventions, sont des fléaux auxquels l'Union européenne, à travers ses entreprises et son marché, doit faire face. C'est ainsi que ces questions sont abordées dans les accords commerciaux conclus par l'Union européenne. Un ensemble d'enjeux économiques se trouve derrière la problématique de la défense commerciale européenne. C'est d'abord une question de légitimité. Celle-ci se mesure par rapport à la construction européenne, mais aussi relativement aux réalités actuelles du commerce mondial. La concurrence à l'échelle internationale devenant de plus en plus rude, les Etats, à travers leurs entreprises, rivalisent d'ingéniosité dans la mise en place d'obstacles subtils, directs ou indirects, pour s'octroyer des parts de marché. Cependant, le font-ils le plus souvent au détriment des autres Etats. C'est ensuite un problème d'efficacité. La recherche d'efficacité est au cœur des politiques européennes, à l'instar de celle d'effectivité et de cohérence. L'efficacité de la défense commerciale se pose alors dans le cadre des accords négociés par la Commission européenne. La protection du marché communautaire est largement tributaire des instruments de défense commerciale. Sans cette protection, l'ouverture commerciale tant voulue et prônée à travers les différents accords conclus par l'Union, ne serait qu'un vœu pieux. Il serait alors intéressant de déterminer les différents obstacles à cette efficacité et d'en tirer les conséquences. Au demeurant, avant de s'attacher à l'analyse de l'efficacité de la défense commerciale européenne (**Section I**), nous nous intéresserons à l'exposé des raisons sous-tendant sa légitimité (**Section II**) afin de saisir les enjeux qui gouvernent la question de la défense commerciale dans les accords externes de l'Union.

## SECTION I

### LA LEGITIMITE DE LA DEFENSE COMMERCIALE EUROPEENNE

Les accords commerciaux conclus par l'Union européenne accordent une place importante à la question de la défense commerciale<sup>65</sup>. Celle-ci, tout en permettant de lutter contre les obstacles au commerce à travers le monde, entraîne elle-même des obstacles au commerce. Le concept comprend alors une double dimension, défense et offensive. En tous les cas, la pratique se veut légale mais aussi légitime. Elle est légitime dans une perspective européenne (§1), mais aussi dans une perspective commerciale internationale (§2)

#### **§1. Un instrument économique consubstantiel à la construction européenne**

C'est de façon relativement tardive que la défense commerciale a été insérée dans la législation communautaire. Il aura fallu attendre la fin de la période de transition pour que les premiers instruments soient mis en place. Il en est ainsi du règlement visant à appréhender les comportements relevant du dumping et des pratiques de subvention<sup>66</sup>. L'institution de ces textes coïncidait avec le transfert de la politique commerciale commune des Etats membres vers la Communauté et l'entrée en vigueur de l'ancien article 113 du Traité sur la Communauté économique européenne (CEE), devenu par la suite article 133 Traité CE. Ce dernier imposait la mise en œuvre de la politique commerciale commune. L'adoption des différents règlements se justifiait d'une part, par l'importance de la défense commerciale dans l'armature de la politique commerciale commune et, d'autre part, par l'obligation faite à la Communauté – désormais en charge de la politique commerciale - de protéger l'industrie communautaire face aux comportements nuisibles au bon fonctionnement du commerce international<sup>67</sup>. La politique commerciale commune était intrinsèquement liée à la réalisation de l'union douanière. Celle-ci garantit une égale condition d'accès aux marchandises en provenance de pays tiers quel que soit leur lieu d'entrée sur le territoire douanier communautaire.

---

<sup>65</sup> V. par exemple l'Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, *JOCE* L 084, du 20 mars 2004, articles 36 (dumping) et 37 (sauvegardes).

<sup>66</sup> V. Règlement (CEE) n°459/68 du Conseil du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions, *JOCE* L 93 du 17 avril 1968, p. 1.

<sup>67</sup> V. Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de l'Union européenne : du bien-fondé d'un instrument identitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 45.

L'Union européenne a clairement montré son attachement à l'ouverture de son marché aux pays tiers (**B**). Elle l'a affirmé, non seulement, à travers les institutions internationales auxquelles elle participe, mais aussi par l'inscription de sa participation à la libéralisation des échanges parmi les objectifs du Traité CEE de 1957. Cet objectif devait être lié à celui de l'intégration européenne sans jamais la mettre en péril (**A**). C'est bien dans cette perspective que s'inscrit la défense commerciale européenne.

### **A. Un instrument associé aux objectifs de la politique commerciale commune**

La politique commerciale commune concerne à la fois le volet importations et exportations. Cela dit, la défense commerciale, conformément au Traité, a pour objet d'agir contre des importations effectuées à l'encontre des règles admises par le droit international et principalement par l'OMC. Sont principalement concernés, le dumping et les subventions<sup>68</sup>. Les mesures de défense commerciale – imposition de droits de douanes supplémentaires ou engagements de prix –, interfèrent directement sur les conditions d'entrée des marchandises dans le marché communautaire. Elles modifient le régime d'importation applicable aux produits selon leur provenance. L'uniformisation du régime des importations est rendue nécessaire par les exigences liées à l'institution de l'union douanière au sein de laquelle tous les produits doivent pouvoir circuler librement (**1**). Cet objectif d'uniformisation ne saurait être atteint que si le processus est étendu à la défense commerciale au sein même de l'Union européenne (**2**).

#### **1. L'uniformisation du régime des importations : une exigence de l'union douanière**

La réalisation du marché commun est l'un des objectifs du Traité CEE, l'union douanière en est le fondement juridique. Ce but ne saurait être atteint que lorsque la libre circulation des marchandises à l'intérieur du territoire douanier s'applique aussi bien aux produits d'origine communautaire qu'à ceux originaires de pays tiers. On dit qu'elles sont en libre pratique au sein de la Communauté.

---

<sup>68</sup> V. Section A (Dumping) et Section B (Sauvegardes) et article 7.5 (Subventions agricoles) de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 11/23, du 14 janvier 2017.

L'exigence de ce niveau de libre circulation repose sur l'uniformisation du régime des importations. L'obligation figure explicitement à l'article 207 TFUE<sup>69</sup> (a), et de l'uniformisation découle la mise en libre pratique au sein du marché européen (b).

#### **a) L'obligation d'uniformisation contenue dans l'article 207 TFUE**

L'article dispose que « la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes (...) ». Cette obligation, figurant dans la version originelle du Traité CEE (article 113 Traité CEE et 133 Traité CE), devait être mise en œuvre au terme de l'expiration de la période de transition. Il constitue le fondement de l'uniformisation de la politique commerciale commune. La doctrine s'est opposée sur ce qu'il convenait d'entendre par « uniforme ». Selon une première acception, il s'agissait de mettre en œuvre la formulation de principes communs laissés ensuite à la libre action des Etats membres. Cette façon de voir conduisait à maintenir la politique commerciale dans le champ de compétences des Etats, traduisant une forme de nationalisation de celle-ci. En vertu de la seconde, cet article devait être lu non comme devant « régler un problème de compétence entre la Communauté et les Etats membres », mais comme évoquant le contenu de la politique commerciale commune<sup>70</sup>. Les partisans de cette interprétation estimaient que la question de la compétence devait être induite de la lecture combinée des articles 111 et 113 originels du Traité CE. Ils relevaient que l'article 111 du Traité CEE n'évoquait pour la période de transition que la « coopération de leurs [les Etats membres] relations commerciales avec les pays tiers ». La formulation devait recouvrir une signification identique à la première interprétation donnée au terme « uniforme ». Ils indiquaient parallèlement que le Traité CEE employait deux termes différents, celui de « coopération » et celui d' « uniformisation ».

---

<sup>69</sup> V. Article 207 TFUE : « La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ».

<sup>70</sup> V. Gérard LEONARD, Denys SIMON et Robert KOVAR, « La mise en œuvre de la politique commerciale commune : passage de la période de transition à la période définitive », *R.T.D.E.*, 1971, n° 1, p. 109. V. aussi Robert KOVAR, « La mise en place d'une politique commerciale commune et les compétences des Etats membres de la Communauté économique européenne en matière de relations internationales et de conclusion des traités », *AFDI*, v. 16, 1970. pp. 783-828.



Leur conclusion était que le Traité CEE exigeait davantage qu'une simple coopération, imposant un degré d'intégration supérieure. Cette exégèse était confirmée par le contenu de l'article 111 originel du Traité CEE qui disposait que cette coordination visait à réunir « les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une politique commune en matière de commerce extérieur » à l'expiration de la période de transition. Cette thèse est corroborée par le contenu de l'article 3 b) originel qui complétait ce faisceau d'indices en disposant parmi les actions à mener, « l'établissement d'un tarif douanier commun et d'une politique commerciale commune envers les pays tiers »<sup>71</sup>. Ainsi analysé, les Etats membres devaient avoir des compétences d'exécution des mesures là où la Communauté détenait l'exclusivité des compétences. Une telle lecture a été confirmée par plusieurs décisions de la Cour de justice des Communautés européennes dont l'Avis 1/75<sup>72</sup> et l'arrêt *Donckerwolcke*<sup>73</sup>. En raison de la position de la Cour, cette controverse n'est plus d'actualité. D'ailleurs le titre du chapitre est désormais intitulé « politique commerciale commune » depuis le Traité Maastricht.

Les rédacteurs du Traité CE avaient perçu, à travers l'introduction d'une obligation d'uniformisation, que la mise en place d'un tarif douanier commun ne suffisait pas à assurer sa complète effectivité à l'union douanière. Le tarif douanier n'était pas le seul élément de contrôle des importations. Il n'était pas non plus le seul instrument ayant des effets sur la régulation des flux commerciaux. Les Etats disposent d'une large panoplie de mesures destinées à agir sur les flux commerciaux selon la provenance, la période et le volume des importations.

---

<sup>71</sup> V. Article 3 b) du Traité CEE, modifié depuis par le Traité CE, ne fait référence qu'à l'action d'une « politique commerciale commune ».

<sup>72</sup> Dans l'avis 1/75, la CJCE a eu à se prononcer sur la compétence de la Communauté pour conclure l'Arrangement de l'OCDE concernant une « Norme » pour les dépenses locales et sur la nature de cette compétence. La CJCE a alors reconnu non seulement la compétence de la Communauté à conclure cet accord, mais encore a précisé qu'aucune compétence parallèle des Etats membres ne pouvait être admise. Pour cela, elle se fonda sur les dispositions des articles 113 et 114 qui font apparaître cette exclusion. V. CJCE, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE*, Avis 1/75, du 11 novembre 1975, Rec. 1975, p. 1355 et s. spécif. p. 1364.

<sup>73</sup> Dans cet arrêt, la Cour avait à se prononcer sur des questions relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté, en provenance d'un pays tiers, marchandises qui avaient été mises en libre pratique dans l'un des Etats membres. Elle a rappelé à l'occasion que la « compétence en matière de politique commerciale ayant été transférée dans son ensemble à la Communauté par l'effet de l'article 113, paragraphe 1, des mesures de politique commerciale de caractère national ne sont, en effet, admissibles, à partir de la fin de la période de transition, qu'en vertu d'une habilitation spécifique de la part de la Communauté », CJCE, *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel et Henri Schou contre Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects*, aff. C-41/76, du 15 décembre 1976, point 32.

Parmi ces mesures figurent les accords commerciaux dont l'objet peut être soit de faciliter le commerce soit de l'encadrer strictement. S'ajoutent aux accords commerciaux, d'autres mesures de protection tarifaires et non tarifaires<sup>74</sup>. L'uniformisation doit donc être étendue à l'ensemble des mesures de politique commerciale ; c'est-à-dire ne pas être uniquement restreinte aux mesures figurant explicitement à l'article 207 TFUE (ex-article 133 Traité CE). L'énumération contenue dans cet article est non exhaustive, ainsi que l'a précisé la Cour de justice<sup>75</sup>. La mise en libre pratique découle aussi de cette uniformisation.

### **b) La mise en libre pratique : une conséquence naturelle de l'uniformisation**

L'union douanière est un vaste espace dans lequel toutes les marchandises doivent pouvoir circuler librement entre les Etats membres, conformément à l'article 28 TFUE (ex-article 23 du Traité CE). En son paragraphe 2, le même texte précise que la libre circulation n'est pas seulement réservée aux marchandises communautaires ; elle s'étend également à celles provenant des pays tiers « qui se trouvent en libre pratique dans les Etats membres<sup>76</sup> », à condition que les opérations de dédouanement soient légalement accomplies. L'extension du régime de la libre circulation des marchandises à celles des pays tiers, est un facteur essentiel pour définir la nature de l'intégration économique. Elle permet de différencier l'union douanière d'une simple zone de libre échange, ainsi qu'on le constate à la lecture de l'article XXIV du GATT dont le paragraphe 8 a) i précise que l'application de la libre circulation s'étend à « (...) l'essentiel des échanges commerciaux entre les territoires constitutifs de l'union (...)»<sup>77</sup>. Dès lors, il ne saurait exister de distinction à l'application de la libre circulation des marchandises, selon l'origine du produit, dans le cadre d'une union douanière.

---

<sup>74</sup> V. Philippe BARBET, *Les échanges commerciaux*, Paris, Librairie Générale Française, coll. « Le Livre de poche », 1997, p. 94-95.

<sup>75</sup> La Cour, saisie pour un avis relatif à un Accord international sur le caoutchouc naturel a souligné que l'article 133 (article 113 du Traité CEE à la date de l'arrêt) « (...) est conçu comme une énumération non limitative qui ne doit pas en tant que telle, fermer la porte à la mise en œuvre, dans un cadre communautaire, de tout autre procédé destiné à régler les échanges extérieurs ». CJCE, avis du 4 octobre 1979, avis 1/78, *op.cit.*, point 45.

<sup>76</sup> V. Article 29 TFUE (ex-article 24 TCE) : « Sont considérés comme étant en libre pratique dans un Etat membre, les produits en provenance de pays tiers pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douane et taxes d'effet équivalent exigibles ont été perçus dans cet Etat membre, et qui n'ont bénéficié d'une ristourne partielle de ces droits et taxes ».

<sup>77</sup> V. Article XXIV, paragraphe 8 a) i) *IBDD*, GATT, Genève, novembre 1958, Vol. III, p. 55. V. Pierre PESCATORE, « Les relations extérieures des Communautés européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales », *RCADI*, vol. 103, 1961, p. 12.

La Cour de justice l'a clairement signifié en déclarant que :

« [...] l'article 9, paragraphe 2 [devenu article 28 TFUE] exclut tout procédé administratif destiné à établir une différence de régime de circulation entre les produits selon qu'ils sont originaires de la Communauté ou, étant originaires de pays tiers, ont été mis en libre pratique dans l'un des Etats membres, les deux catégories de produits étant confondues indistinctement dans le même régime de libre circulation »<sup>78</sup>.

L'assimilation s'étend, dit la Cour, aux :

« dispositions de l'article 30 [devenu article 34 TFUE], relatives à l'élimination des mesures d'effet équivalent et des restrictions quantitatives dans le commerce intra-communautaire qui sont indistinctement applicables aux produits originaires de la Communauté et à ceux mis en libre pratique à l'intérieur de l'un quelconque des Etats membres, quelle que soit l'origine première de ces produits »<sup>79</sup>.

La mise en libre pratique est donc un aspect déterminant pour attester que l'union douanière de la Communauté est en conformité avec les règles du GATT<sup>80</sup>. Le maintien de la protection intra-communautaire remettrait certainement en cause le caractère « unifié et homogène » du marché communautaire. Cependant, cette libéralisation totale ne saurait s'affranchir de certains préalables, ainsi que l'a compris Pierre Pescatore, en affirmant qu'« il n'est pas possible de libérer totalement les échanges entre les Etats membres si l'on ne procède pas parallèlement à une unification des conditions, tarifaires et non tarifaires, applicables aux relations commerciales avec les pays tiers »<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> V. CJCE, *Suzanne Donckerwolcke*, *op. cit.*, point 21.

<sup>79</sup> *Id.*, point 18.

<sup>80</sup> Cet aspect du problème est important en raison de l'absence de solution juridique définitive – sur la compatibilité de la Communauté européenne et des engagements contractés dans le cadre du GATT –, par les Parties Contractantes, lors de l'examen du Traité de Rome. Cette position, si elle n'empêche pas la mise en œuvre du Traité de Rome, s'avère inconfortable pour les Etats membres, laissant en suspens la dérogation au titre de l'article XXIV, et obligeant la Communauté à respecter très fidèlement les critères de l'union douanière, dont la mise en libre pratique. Sur cet aspect historique, voir Jean RAUX, *Les relations extérieures de la Communauté économique européenne*, Paris, Cujas, 1968, p. 116.

<sup>81</sup> V. Pierre PESCATORE, *op.cit.*, p. 10.

Dans son arrêt du 15 décembre 1976, la Cour admet que :

« [...] l'assimilation, aux produits originaires des Etats membres, des marchandises « en libre pratique » ne peut avoir son plein effet qu'à supposer que ces marchandises soient soumises aux mêmes conditions d'importation, douanières et commerciales, quel que soit l'Etat à l'intérieur duquel la mise en libre pratique a eu lieu<sup>82</sup> ».

La Communauté doit donc s'affirmer comme une entité unifiée, un seul « bloc »<sup>83</sup>, dans ses relations extérieures et présenter une parfaite homogénéité de son marché. Toute différence de traitement par un Etat membre, quant aux modalités d'importation des produits étrangers sur le territoire communautaire, serait susceptible de créer des difficultés au sein du marché intérieur. En définitive, l'uniformisation s'impose aux Etats membres. Cette exigence est rappelée avec ferveur par l'Avocat général, Pieter Verloren Van Themaat, dans l'arrêt *Tezi Textiel BV* de 1986, en estimant que :

« [...] des mesures de politique commerciale instituées unilatéralement par des Etats membres ou différenciées selon les Etats membres et visant à octroyer un degré différent de protection à l'industrie des Etats membres pris séparément, peuvent créer des distorsions de concurrence inadmissibles au regard de l'avis précité de la Cour dans l'affaire 1/75, même sur des points secondaires<sup>84</sup> »

Compte tenu de ce qui précède, il semble qu'il faille étendre l'uniformisation à la défense commerciale européenne.

## **2. L'extension de l'obligation d'uniformisation à la défense commerciale**

C'est à l'Union européenne de contrôler directement les mesures susceptibles d'interférer sur le régime commun des importations afin d'éviter toutes mésintelligences. La défense commerciale est à intégrer parmi ces mesures. Elle doit, par voie de conséquence, faire l'objet d'une uniformisation.

---

<sup>82</sup> V. CJCE, *Donckerwolcke*, *op.cit.*, point 25.

<sup>83</sup> V. Pierre PESCATORE, *Id.*, p. 11.

<sup>84</sup> V. Conclusions de l'Avocat général dans les affaires 59/84 et 242/84 sous l'arrêt de la CJCE, *Tezi Textiel contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-59/84, du 5 mars 1986, p. 904.

Cette dernière permet de compléter l'objectivation de la politique commerciale commune, en même temps qu'elle pare à l'adoption de mesures nationales de défense commerciale susceptibles de modifier l'organisation des échanges intra-communautaires. Deux raisons complémentaires justifient l'instauration d'une défense commerciale communautaire (a). La première est liée aux risques tenant au maintien de législations nationales de défense commerciale. Les divergences qui en découleraient rendaient nécessaire leur suppression. La seconde est relative aux caractéristiques de la défense commerciale. La nature des sanctions – droits de douanes supplémentaires et engagements de prix -, a pour conséquence immédiate, de modifier les conditions d'importation des marchandises des pays tiers. Cela dit, le processus d'uniformisation de la défense commerciale s'est achevé plutôt tardivement (b). Il donnera, en parallèle, naissance à une défense commerciale communautaire.

#### **a) La justification à l'institution d'une défense commerciale communautaire**

La justification à la mise en place d'une défense commerciale européenne était liée à la volonté de l'Union européenne de supprimer toutes les législations adoptées à cet effet dans les Etats membres, et ceci, au plus tard, à la fin de la période de transition. Les dispositifs nationaux avaient pour objet principal de jeter les bases d'une défense commerciale pour faire face à des pratiques de dumping. La présence, dans les législations nationales, de tels dispositifs, était alors tout à fait logique. Deux arguments sont à avancer. Le premier était d'ordre multilatéral. Le GATT a autorisé les Parties Contractantes, principalement au travers de l'article VI, à adopter des instruments de lutte contre le dumping et les subventions. C'est ainsi que les six membres originels se sont dotés d'un texte<sup>85</sup> pour les uns, ou modifié<sup>86</sup> leur législation antérieure pour les autres.

---

<sup>85</sup> La République fédérale d'Allemagne adopta une première loi le 14 juillet 1961 Section 21, modifiée le 29 juin 1966 et une seconde le 5 décembre 1963. L'Italie se dote d'une loi le 11 janvier 1963 relative à l'institution de droits anti-dumping et de droits compensateurs. Le Luxembourg reprend la loi belge en raison de l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le 5 août 1963 relative à l'importation, à l'exportation et au transit des marchandises. Enfin les Pays-Bas adoptent eux aussi une loi visant le dumping le 5 juillet 1962 relative aux régimes d'importations et d'exportations des marchandises.

<sup>86</sup> La France avait dans son article 3 de la loi du 29 mars 1990, une disposition destinée à lutter contre le dumping. Le gouvernement pouvait frapper lorsque les marchandises bénéficiaient « soit directement ou soit indirectement, d'une prime d'exportation dans le pays d'origine ou le pays de provenance, d'un droit de douane compensateur égal au montant de cette prime ». V. Henry LESGUILLONS, *Le régime communautaire de protection contre le dumping et les subventions*, Paris, FEDUCI, 1983, p. 7et s.

Le second argument, cette fois-ci communautaire, tenait au calendrier fixé à l'article 111 du Traité CEE. Ce texte disposait que « les Etats membres procèdent à la coordination de leurs relations commerciales avec les pays tiers, de façon qu'à l'expiration de la période de transition, soient réunies les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une politique commune en matière de commerce extérieur ». L'invitation portait sur une « harmonisation » plutôt qu'une uniformisation rendant possible l'établissement de toute politique commerciale commune. C'est la principale explication à la modification de certaines législations nationales en 1966. Cependant, très rapidement, il apparaissait à la Communauté, que cette situation ne pouvait perdurer étant donné les contrastes très nets entre les législations étatiques sur le sujet de la défense commerciale. Si elles étaient d'inspiration commune, elles étaient également empreintes à des divergences sur bien des aspects<sup>87</sup>. C'était notamment le cas au niveau des modalités ou encore de la définition des critères retenus pour mener une action. En matière d'évaluation du préjudice, l'Italie, l'Allemagne et la France reprenaient la notion de « préjudice important » de l'article VI du GATT, alors que les Pays-Bas s'appuyaient sur le critère de « l'intérêt de l'économie nationale »<sup>88</sup>, ou encore que la Belgique évoquait les « intérêts vitaux d'un secteur économique ou ceux de l'économie nationale considérée dans son ensemble ». Ces divergences seront mentionnées dans les considérants du règlement (CEE) n°459/68 du Conseil, relatif au dumping, primes et subventions<sup>89</sup>. On constate alors que, dès la période de transition, les législations nationales étaient « inadaptées » et que l'uniformisation était « incontournable ».

#### **b) L'achèvement tardif du processus d'uniformisation de la défense commerciale**

L'uniformisation de la défense commerciale a été achevée assez tardivement à propos de l'instrument relatif aux mesures de sauvegarde. Il a fallu attendre 1982, des années après la fin de la période de transition, pour qu'un règlement de portée suffisamment générale soit adopté<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> V. Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, Paris, Economica, coll. « Travaux de la CEDECE », 1991, p. 48.

<sup>88</sup> V. Article 2 de la loi du 5 juillet 1962, traduite dans Antonio MASTROPASQUA, *Le marché commun et la défense contre le dumping : de la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Rome, Guido Pastena, 1965, p. 117.

<sup>89</sup> V. Règlement (CEE) n° 459/68 du Conseil du 5 avril 1968, *op. cit.*, p. 1

<sup>90</sup> Il existe des règlements antérieurs à celui de 1982, offrant la possibilité d'adopter des mesures de sauvegarde à l'échelon communautaire. Mais ces règlements de 1974 (Règlement (CEE) n° 1439/74 du Conseil du 4 juin 1974, *JOCE* L 159 du 15 juin 1974, p. 1).

Ce dispositif s'avérait indispensable pourtant à l'établissement d'un régime commun à l'importation en raison de ses effets. L'absence d'uniformisation a contribué, pendant longtemps, à l'apparition de nouvelles barrières au commerce. Celles-ci ont été établies sous forme de mesures de sauvegarde prises sur le fondement de l'article 134 du Traité CE, qui constituait une sorte de clause de sauvegarde<sup>91</sup>. Par leur existence, ces mesures de sauvegarde ont empêché la pleine mise en œuvre de l'union douanière, dans un premier temps, et du marché commun (devenu marché intérieur), dans un second, car leur réalisation nécessitait la neutralisation de toutes les mesures restreignant la libre circulation des marchandises entre les Etats membres. L'article 134 du Traité CE permettait d'adopter des mesures qui restreignaient la liberté de circulation des marchandises<sup>92</sup> en autorisant la Commission à instaurer des mesures de sauvegarde entre les Etats membres lorsque l'exécution d'une mesure nationale de politique commerciale était empêchée par des détournements de trafic, et lorsqu'existaient des disparités entre diverses mesures de politique commerciale entraînant des difficultés économiques.

Le régime d'utilisation de ces mesures de sauvegarde diffère selon la période dans laquelle la Communauté se situe. Durant la période de transition, les conditions de mise en œuvre étaient plus souples, notamment pour les Etats membres, puisqu'ils pouvaient « en cas d'urgence (...) prendre eux-mêmes les mesures nécessaires et les notifier aux autres Etats membres, ainsi qu'à la Commission, qui pouvait décider qu'ils devaient les modifier ou les supprimer<sup>93</sup> ». Cette possibilité offerte aux Etats sera supprimée après cette période.

---

Règlement (CEE) n° 926/79 du Conseil du 8 mai 1979, *JOCE* L 131 du 29 mai 1979, p. 15) ne créaient pas un instrument de défense commerciale puisqu'ils avaient pour objet prioritairement d'établir une liste commune de libération de produits en provenance de pays déterminés, principalement les pays membres du GATT. En cas de difficultés, et sous condition de respect de certaines procédures, la Communauté pouvait être amenée à prendre des mesures de sauvegarde, mais cet aspect était incident. Par ailleurs, des règlements organisent à la même période les relations commerciales avec les pays à commerce d'Etat. Le régime commun aux importations n'était, par conséquent, pas établi, limitant toute tentative d'introduire un instrument de mesures de sauvegarde de portée générale.

<sup>91</sup> V. Marc A. LEJEUNE, *Un droit des temps de crise : les clauses de sauvegarde de la CEE.*, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 189 et s.

<sup>92</sup> Il disposait qu' « aux fins d'assurer que l'exécution des mesures de politique commerciale prises, en conformité avec le présent traité, par tout Etat membre, ne soit empêchée par des détournements de trafic, ou lorsque des disparités dans ces mesures entraînent des difficultés économiques dans un ou plusieurs Etats, la Commission recommande les méthodes par lesquelles les autres Etats membres apportent la coopération nécessaire. A défaut, elle peut autoriser les Etats membres à prendre les mesures de protection nécessaires dont elle définit les conditions et modalités ».

<sup>93</sup> V. Article 115 al. 2 du Traité CEE de 1957.

Seule la Commission était désormais compétente pour continuer à décider de l'application d'une mesure de sauvegarde, sur la base de l'article 115 du TCEE remplacé par la suite par l'article 134 TCE. En effet, le traité de Maastricht viendra apporter une petite modification à cette disposition en insérant la possibilité pour les Etats membres de requérir « l'autorisation de prendre eux-mêmes les mesures nécessaires à la Commission qui se prononce dans les plus brefs délais »<sup>94</sup>. Cette réintégration des Etats membres dans la procédure de l'article 134 s'expliquait difficilement<sup>95</sup>. C'est comme si on revenait en arrière.

Néanmoins, les circonstances ayant changé, relativement à la politique commerciale, la légitimité du maintien de ce texte s'est posée pour le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>96</sup>. Cette clause de sauvegarde se différenciait des autres clauses de sauvegarde ; c'est-à-dire celles non spécifiques à une catégorie de marchandises. On peut citer celles qui étaient fondées sur les articles 26 et 226 du Traité CEE<sup>97</sup> dont le recours n'était admis que durant la période de transition. Le maintien de cet article pourrait s'expliquer par un souci de « réalisme » afin de prendre en compte la difficulté du passage, en quelques mois, d'une logique de « coordination des politiques commerciales nationales » à une « politique commerciale commune ». Mais la principale raison de son maintien se trouvait dans l'absence d'une complète uniformisation de la politique commerciale. Quoiqu'il en soit, cet article créait des barrières au sein du territoire douanier communautaire. Il ne devrait, dès lors, être qu'« une relique du passé »<sup>98</sup> selon Paul Demaret.

---

<sup>94</sup> Article 134 al. 2 du Traité CE.

<sup>95</sup> Si pendant la période de transition, les conditions requises pour la mise en œuvre de cet article étaient *a priori* facilitées, c'était en raison du niveau d'intégration de la Communauté européenne à cette période. Il s'agissait d'une première phase ayant pour but la coordination des politiques commerciales des Etats membres, celle-ci devant s'intensifier progressivement. Ainsi, une seule véritable contrainte s'imposait réellement aux Etats. Ils devaient faire en sorte qu'à l'expiration de la période de transition que « soient réunies les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une politique commune en matière de commerce extérieur », article 111, paragraphe 1 du Traité CEE de 1957.

<sup>96</sup> V. aussi Jacques NÈME et Colette NÈME, *Economie de l'Union européenne. Analyse d'un processus d'intégration*, Paris, Lexis Nexis, coll. « Economie Litec », 1994, p. 69.

<sup>97</sup> Articles abrogés par le Traité de Maastricht. Article 26 du Traité CEE : « La Commission peut autoriser un Etat membre, qui doit faire face à des difficultés particulières, à différer l'abaissement ou le relèvement (...) des droits de certaines positions de son tarif. L'autorisation ne pourra être donnée que pour une durée limitée (...). Article 226 du Traité CEE : « Au cours de la période de transition, en cas de difficultés graves et susceptibles de persister dans un secteur de l'activité économique (...), un Etat membre peut demander à être autorisé à adopter des mesures de sauvegarde permettant de rééquilibrer la situation et d'adapter le secteur intéressé à l'économie du marché commun ».

<sup>98</sup> V. Paul DEMARET, « Le régime des échanges internes et externes de la Communauté à la lumière des notions d'union douanière et de zone de libre-échange », in Pierre PESCATORE, *Du droit international au droit de l'intégration : liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 158.



Au demeurant, il convient de remarquer, avec Ariane Beseler, que l'usage de l'article 134 du Traité CE s'expliquait toujours par l'absence d'uniformisation, tandis que dans le cas contraire, « la mise en œuvre de l'article 134 est à refuser lorsque le régime extérieur appliqué par les Etats membres est identique, car déjà communautarisé »<sup>99</sup>. L'uniformisation de la défense commerciale permettait ainsi d'évacuer le recours à des mesures de sauvegarde intra-communautaires.

Dans cette perspective, l'article 207§2 TFUE précise que le Parlement et le Conseil peuvent, sur proposition de la Commission, adopter des règlements de base relatifs, notamment, à la défense commerciale, suivant la procédure législative ordinaire prévue à l'article 289 TFUE. Ces derniers, de caractère général et abstrait, peuvent constituer les bases juridiques de règlements d'exécution (article 291 TFUE)<sup>100</sup> ou à la législation déléguée (article 290 TFUE)<sup>101</sup>. En matière de défense commerciale, d'importations et d'exportations, les règlements de base en vigueur bien avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ont été remplacés par les règlements « Omnibus I et II » de 2014. Ces derniers constituaient, alors « la pierre angulaire du droit administratif de la PCC »<sup>102</sup>. Le Règlement « Omnibus I »<sup>103</sup> modifiait vingt-deux règlements se rapportant aux mesures de sauvegarde<sup>104</sup>, à l'antidumping<sup>105</sup>, aux importations de certains pays tiers<sup>106</sup>, à des préférences commerciales<sup>107</sup> et à des règles communes à l'exportation<sup>108</sup>.

---

<sup>99</sup> V. Ariane BESELER, « La protection intra-communautaire à l'égard des produits importés dans la CEE (Article 115) », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1991, p. 1126 et s.

<sup>100</sup> Cette disposition confère à la Commission des compétences d'exécution dont le contrôle est assuré, non pas par le Parlement ou le Conseil, mais par les Etats membres.

<sup>101</sup> Le recours aux dispositions sur les actes délégués permet au législateur de contrôler l'exercice des compétences conférées à la Commission à travers un droit de révocation et/ou d'objection qui lui est reconnu.

<sup>102</sup> V. Jacques BOURGEOIS et autres, *Politique commerciale commune, op.cit.*, p. 70.

<sup>103</sup> V. Règlement 37/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2014 modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne les procédures d'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 18, du 21 janvier 2014. Les changements introduits par ce texte concernent seulement les procédures d'adoption d'actes prévus dans ledit règlement. L'objectif de ce dernier est de se conformer aux prescriptions de l'article 291 TFUE.

<sup>104</sup> V. par exemple le Règlement 2841/72 du Conseil du 19 décembre 1972, relatif aux mesures de sauvegarde prévues à l'Accord entre la CEE et la Confédération suisse, *JOCE* L 300, du 31 décembre 1972.

<sup>105</sup> V. Règlement 52/2003 du Conseil du 6 mars 2003 sur les mesures que la Communauté peut prendre au regard de l'effet combiné des mesures antidumping ou compensatoires et des mesures de sauvegarde, *JOCE* L 69, du 13 mars 2003. V. aussi Règlement 1515/2001 du Conseil du 23 juillet 2001, relatif aux mesures que la Communauté peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'Organe de règlement des différends de l'OMC concernant des mesures antidumping ou antisubventions, *JOCE* L 201, du 26 juillet 2001.

<sup>106</sup> V. Règlement 260/2009 du Conseil du 11 juin 2009 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la CE, *JOCE* L 188, du 18 juillet 2009. V. aussi Règlement 625/2009 du Conseil du 7 juillet 2009, relatif au régime commun applicable aux importations de certains pays tiers, *JOCE* L 185, du 17 juillet 2009. V. enfin Règlement 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 110, du 30 avril 2005.

Quant au Règlement « Omnibus II »<sup>109</sup>, il modifiait sept règlements portant sur la politique commerciale commune, en ce qui concerne l'octroi des pouvoirs délégués et des compétences d'exécution nécessaires à l'adoption de certaines mesures. Cela dit, la participation de l'Union européenne aux échanges économiques internationaux expose le marché communautaire aux tribulations de ces derniers. La défense commerciale européenne devient ainsi un complément à l'ouverture du marché européen. L'évolution ne s'arrête cependant pas là. En 2016, sur la base de la procédure de codécision, a été adopté un règlement relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union européenne<sup>110</sup>, un autre portant sur la défense contre les subventions<sup>111</sup>. La prise de décision en matière de mesures de défense commerciale s'opère en vertu d'un Règlement de 2011<sup>112</sup> qui reconnaît au Parlement et au Conseil un droit de regard sur les actes pris par la Commission. Ceci étant dit, la défense commerciale constitue un complément à l'ouverture du marché communautaire.

## **B. Un complément à l'ouverture du marché communautaire**

L'Union européenne a affirmé, depuis ses débuts, son attachement à l'ouverture de son marché. La participation à la libéralisation des échanges a été inscrite parmi les objectifs du Traité de Rome. Cependant, cet objectif devait être corrélé à celui de l'intégration européenne pour ne pas la mettre en péril. C'est la raison pour laquelle la défense commerciale était apparue – et apparaît encore aujourd'hui - comme une soupape de sécurité, une balance entre les deux grands objectifs. Sans remettre en cause la libéralisation du commerce, l'Union européenne cherche à promouvoir une libéralisation maîtrisée. Dans ces conditions, on voit que les deux objectifs deviennent des compléments naturels.

---

<sup>107</sup> V. par exemple Règlement 1528/2007 du Conseil du 24 décembre 2007 appliquant aux produits originaires de certains États appartenant au groupe des États ACP les régimes prévus dans les accords établissant ou conduisant à établir des accords de partenariat économique, *JOCE* L 384, du 31 décembre 2007.

<sup>108</sup> V. Règlement 1061/2009 du Conseil du 19 octobre 2009 portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations, *JOCE* L 291, du 7 novembre 2009.

<sup>109</sup> V. Règlement 38/2014 du Parlement et du Conseil du 15 janvier 2014 modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne l'octroi de pouvoirs délégués et de compétences d'exécution en vue de l'adoption de certaines mesures, *JOUE* L 8, du 21 janvier 2014.

<sup>110</sup> V. Règlement (UE) 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union européenne, *JOUE* L 176/21, du 30 juin 2016.

<sup>111</sup> V. Règlement (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne, *JOUE* L 176/55, du 30 juin 2016.

<sup>112</sup> V. Règlement (UE) no 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JOUE* L 55/13, du 28 février 2011.

La capacité de l'Europe à profiter largement de la libéralisation des échanges dépend non seulement de la propension de ses entreprises à gagner des parts de marché à l'étranger, mais aussi de leur capacité à soutenir la concurrence étrangère sur le marché communautaire (1). L'Union européenne doit donc être en mesure de s'assurer que l'ouverture de son marché ne s'effectue pas au détriment des industries et plus largement de l'intégration communautaire, d'où la nécessité d'une différenciation (2).

### **1. L'équilibre entre objectifs communautaires**

Un premier objectif de l'Union européenne était d'assurer une ouverture de son marché, mais cette ouverture devait être maîtrisée. Cependant, aucune disposition du Traité ne rendait compte du rythme d'ouverture ainsi que de ses délais. Il n'y avait aucune référence à la période de transition pour indiquer que cette ouverture devait s'effectuer soit en parallèle de l'établissement de l'union douanière, soit en attente de son établissement effectif<sup>113</sup>. L'article 131 alinéa 2 du Traité CE disposait que « la politique commerciale commune tient compte de l'incidence favorable que la suppression des droits entre les Etats membres peut exercer sur l'accroissement de la force concurrentielle des entreprises des Etats ». Cette disposition semblait indiquer que le rythme de libéralisation devait être fonction de la bonne santé, de la compétitivité des entreprises européennes. Elle peut donc être interprétée comme une volonté manifeste de protéger l'industrie communautaire de la concurrence internationale. Quoiqu'il en soit, l'ouverture était souhaitée, mais devait être contrôlée au bénéfice de l'industrie communautaire.

Préalable à l'accès aux espaces commerciaux internationaux, l'union douanière devait être protégée pour demeurer un gage de renforcement de l'économie communautaire. Le marché de l'Union européenne devrait être un tremplin à la définition d'une stratégie commerciale européenne offensive. En clair, la libre circulation à l'intérieur de l'Union doit permettre de jeter les jalons d'une résistance et d'une participation à la concurrence internationale<sup>114</sup>. L'ouverture devait donc s'opérer en relation avec les avancées de l'intégration européenne, en prenant compte des risques largement identifiés par les économistes<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> V. Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de l'Union européenne*, op.cit. p. 73.

<sup>114</sup> V. Louis REBOUD (dir.), *L'achèvement du marché intérieur européen. Signification et exigences*, Paris, Economica, coll. « Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, 1987, p. 74.

<sup>115</sup> V. Philippe ROLLET et Florence HUART, *Du grand marché à l'Union économique et monétaire. Les enjeux de la construction européenne*, Paris, Cujas, coll. « Regards sur notre temps », 1995, p. 172.

Une ouverture faisant fi du degré réel de compétitivité des entreprises européennes aura pour conséquence de rendre nulle la capacité de ces dernières à soutenir la concurrence internationale, et de les faire disparaître à terme. C'est pourquoi Philippe Rollet et Florence Huart invitent à veiller à ce que le processus d'intégration se fasse dans l'intérêt prioritaire des Etats membres et ne soit pas infléchi de façon excessive par des influences extérieures. La Communauté doit chercher à établir une cohérence entre les progrès de l'intégration européenne à l'interne et ceux du libre-échange sur le plan externe<sup>116</sup>.

Un second objectif était d'assurer une saine concurrence commerciale internationale par le biais de la défense commerciale. En effet, l'ouverture du marché communautaire, évoquée plus haut, impose aux entreprises européennes une rude concurrence dans la mesure où son objectif est de faciliter les importations de produits étrangers. Conformément aux règles multilatérales, l'ouverture se matérialise par une réduction des droits de douanes ainsi qu'une élimination des barrières non tarifaires. Néanmoins, cette concurrence souhaitable et promue par l'Union européenne, au nom des principes du libre-échange, ne devait pas créer de difficultés supplémentaires aux entreprises européennes. La concurrence peut devenir aussi handicapante que bénéfique en fonction des capacités de résistance de celui qui y est confrontée. Le risque était que les progrès du libre-échange sur le plan externe soient beaucoup plus rapides, exposant une Communauté mal préparée à une concurrence internationale. Soit dit en passant, cette approche doit être considérée par rapport à l'état de l'industrie en 1957<sup>117</sup>. Le tarif douanier commun a été établi à un niveau relativement protecteur. Le niveau de protection s'avérait suffisant pour l'industrie communautaire. Cependant, au fur et à mesure de son démantèlement, conformément aux successives négociations commerciales au sein du GATT, de nouvelles formes de contrôle des échanges commerciaux ont vu le jour<sup>118</sup>. Elles étaient moins efficaces que le tarif douanier commun du fait d'abord, de la nécessité de les négocier – ce qui rendait leur mise en œuvre plus longue –, et ensuite, de leur champ matériel partiel, réduit à un secteur déterminé.

---

<sup>116</sup> V. Pierre MAILLET et Philippe ROLLET, *Intégration économique européenne. Théorie et pratique*, Paris, Nathan, coll. « Nathan-Supérieur », 1991, p. 153.

<sup>117</sup> Pour l'industrie communautaire, la concurrence n'apparaît pas, à cette date, comme un élément bénéfique tant ses besoins de restructuration étaient importants. Elle n'était pas suffisamment compétitive. Il était alors indispensable qu'une protection efficace du marché communautaire s'établisse pour permettre à l'industrie de s'adapter à la concurrence internationale. Dans le cas contraire, l'absence de protection ouvrirait la voie à des importations plus attractives, supplantant les produits communautaires incapables de résister à une concurrence à laquelle le marché communautaire aurait dû préparer progressivement les entreprises communautaires.

<sup>118</sup> Il s'agit des accords préférentiels avec des Etats tiers, contenant des clauses de sauvegarde et des accords d'autolimitation, restreignant le volume des importations. V. Nikolaus VAULONT, *L'Union douanière de la Communauté économique européenne*, Luxembourg, OPOCE, 1985, pp. 42-44.

Or, la protection dont avait besoin l'industrie communautaire, devait être plus réactive et agressive afin de juguler la concurrence qui se jouait au niveau international. L'Union européenne n'a pas toujours su éviter le risque d'une ouverture trop rapide de son marché<sup>119</sup>. C'est à ce niveau que la défense commerciale européenne garde toute sa pertinence. Comme instrument, elle est orientée vers la sanction des importations en violation des règles du droit international<sup>120</sup>. En intégrant la défense commerciale dans le dispositif communautaire, l'Union européenne s'est dotée de moyens à même de rétablir une concurrence loyale. Celle-ci permet de neutraliser les effets des comportements anticoncurrentiels en relevant le niveau des droits de douanes ou en imposant des engagements de prix. Le recours à la défense commerciale permet de faire respecter la véritable portée des concessions accordées. Par l'entremise des mesures de sauvegarde, elle est susceptible d'assurer une « protection temporaire » de l'industrie communautaire, dans des situations d'urgence. Les mesures de sauvegarde permettent de suspendre les concessions accordées aux pays tiers en cas de hausse subite et incontrôlée des importations. La pratique de la défense commerciale rend possible l'entreprise de différenciation consubstantielle à toute union douanière.

## 2. La différenciation par la défense commerciale

L'ouverture aux produits et services étrangers qui caractérise l'Union douanière, ne devrait pas conduire à sa transformation en zone de libre-échange. Cette évolution remettrait alors en cause le modèle d'intégration européenne. Une différenciation doit être maintenue entre les produits étrangers et les produits européens, ce qui permettra à l'intégration européenne de conserver toutes ses spécificités relativement aux pays tiers. Théoriquement, la définition d'une union douanière repose sur une différenciation par rapport aux pays tiers. Celle-ci est réalisée par l'établissement d'un tarif extérieur commun, complété par la mise en place d'une politique commerciale commune.

---

<sup>119</sup> Le tarif douanier, avant même son établissement, le 1<sup>er</sup> juillet 1968, avait déjà été modifié à plusieurs reprises, abaissant le niveau général d'environ 20%. Ce choix a accéléré pour certains Etats un démantèlement déjà conséquent résultant de l'instauration du tarif douanier commun. Parmi ces Etats figuraient la France et l'Italie dont les positions tarifaires étaient au-dessus de la moyenne communautaire, d'après Nikolaus VAULONT, *op. cit.*, p. 26. V. aussi MAILLET et Philippe ROLLET, *Intégration économique européenne. Théorie et pratique, op.cit.*, p. 153.

<sup>120</sup> Sont considérées parmi ces importations, celles effectuées en pratique de dumping ou de subventions. La spécificité de telles pratiques est d'aboutir à l'établissement d'un prix artificiellement bas, plus compétitif en comparaison des prix pratiqués sur le marché domestique. L'intérêt de ces pratiques pour les pays tiers, réside dans le gain rapide de parts de marché et potentiellement de l'élimination des industries domestiques.

Cette dernière est à l'origine d'un régime commun à l'importation assurant une homogénéité à l'union douanière. Elle est indispensable à un espace dominé par la libre circulation des facteurs de production. Elle garantit le bénéfice des avantages escomptés d'un grand marché unifié. La différenciation, conséquence logique de l'intégration économique régionale, permet de lutter contre les effets pervers de la globalisation. Les acteurs économiques doivent pouvoir profiter pleinement du marché intégré. Pour ce faire, la différenciation devient une nécessité et s'exprime à travers l'insertion d'une protection appropriée face à la concurrence extérieure.

Pour l'Union européenne, cette différenciation aboutit à la naissance de deux régimes de circulation des facteurs de production. Le premier est celui concernant les relations commerciales entre Etats membres de l'Union européenne, marquées par la suppression de tous les obstacles. Le second est celui défini dans le cadre des relations commerciales entre l'UE et les pays tiers. Cette fois-ci, des conditions d'accès, plus ou moins souples, au marché européen, sont établies. Une différenciation dans les degrés de circulation, conduit à la mise en place d'un « cordon sanitaire » vis-à-vis des pays tiers. La remise en cause progressive du principe de différenciation a conduit à l'érosion du tarif douanier commun. La conséquence inéluctable est, bien entendu, la dilution de l'union douanière dans le gigantesque marché mondial. Il existe un lien entre « régionalisme fermé » fondé sur le concept d'intégration économique et la politique commerciale commune qui définit encore plus nettement les contours de ce régionalisme, par opposition au « régionalisme ouvert » fondé sur le concept de libre-échange. Dans ce contexte, la défense commerciale doit être considérée comme un élément de la protection du marché européen, s'insérant dans la politique commerciale commune, et non comme un élément de protection isolé représentant la réunion d'instruments spécifiques visant des comportements particuliers. La question de la différenciation, relativement aux produits étrangers, se pose dans la perspective de la capacité de l'Union européenne à régir la libre circulation des marchandises tout en conservant, en parallèle, la spécificité de sa construction. Il faut dès lors une politique de régulation pour pallier les excès du libéralisme. C'est là que la défense commerciale joue un rôle primordial en intervenant pour protéger le marché. Tout en autorisant certaines pratiques commerciales, elle en sanctionne d'autres. Elle influence les conditions dans lesquelles les échanges se déroulent au sein de l'Union européenne, en favorisant le maintien d'une concurrence libre et transparente sur le marché européen, ceci conformément aux vœux des rédacteurs du Traité de Rome.

La défense commerciale « agit alors en faveur de la préservation d'un espace privilégié et cohérent, où les règles d'organisation économique interne ne peuvent être remises en cause par les seules importations »<sup>121</sup>. Elle est un moyen efficace pour garantir la différenciation nécessaire à la politique commerciale commune. Cet outil est ainsi adapté aux contraintes des échanges commerciaux.

## §2. Un outil adapté aux contraintes des échanges internationaux

Le commerce international s'est profondément métamorphosé au cours de la seconde moitié du XXème siècle sous l'impulsion du GATT et à sa suite, de l'OMC, institutions qui ont grandement contribué à la libéralisation ainsi qu'à l'internationalisation des échanges. Ces mutations ont fini par renforcer la concurrence entre Etats, de façon générale, et entre entreprises, de façon spéciale<sup>122</sup>. Longtemps limitée à l'échelle nationale ou régionale, la concurrence s'est mondialisée, contraignant les entreprises à devenir plus compétitives à l'international afin de conquérir des parts de marché. Le renforcement de la concurrence était toujours souhaité par les Etats, ainsi que cela ressort de la philosophie qui gouverna le GATT. Cependant, celle-ci ne saurait être viable que dans le respect des principes de non-discrimination, de réciprocité. Cet équilibre était insuffisant dans la mesure où la libéralisation ne permettait pas de garantir totalement l'instauration d'une concurrence pure et parfaite. Elle n'était qu'une étape vers le libre-échange. C'est pour cette raison que les Etats ont introduit, dans le cadre du GATT, des instruments destinés à assurer un commerce loyal par la régulation des pratiques commerciales déloyales<sup>123</sup>.

Néanmoins, le régime appliqué à l'ensemble des Membres n'était pas uniforme. Plusieurs dispositions particulières ont été introduites, certaines pour accorder des dérogations, d'autres des exemptions. La conséquence a été une fragmentation des règles applicables aux différentes Parties Contractantes, entraînant ainsi de fortes distorsions de concurrence. La concurrence est devenue imparfaite. Le marché ouvert de l'Union européenne est l'un des premiers à subir les effets de cette concurrence négative.

---

<sup>121</sup> V. Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de l'Union européenne*, op.cit. p. 82.

<sup>122</sup> Cela est confirmé par une disposition introduite à l'article 3 du Traité CEE : « Aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : le renforcement de la compétitivité de l'industrie de la Communauté ». V. Livre blanc de la Commission européenne, Croissance, compétitivité, emploi : les défis et les pistes pour entrer dans le XXIe siècle, Luxembourg, OPOCE, 1994, p. 75 et 79 et s.

<sup>123</sup> V. Sylvie JAVELOT, *La loyauté dans le commerce international*, Paris, Economica, 1998, p. 6.

Elle doit alors se protéger face à ces nouvelles contraintes afin de protéger plus efficacement les intérêts de son industrie communautaire (A). La protection mise en place doit empêcher la réalisation de préjudices irréversibles, susceptibles de remettre en cause l'acquis de la construction européenne (B).

### **A. La sauvegarde de l'industrie communautaire par la défense communautaire**

La croissance économique de l'Union européenne est largement tributaire de la bonne santé de son industrie<sup>124</sup>. Par sa capacité à exporter et à gagner des parts de marché, elle participe à l'expansion économique de l'Union européenne. Par sa compétitivité, elle lui permet d'acquérir les matières premières dont elle a besoin. Cela explique l'attachement des autorités communautaires<sup>125</sup> au libéralisme. L'industrie communautaire se présente ainsi comme une « pierre angulaire » indispensable à la réalisation des objectifs contenus à l'article 2 du traité instituant la Communauté européenne. Elle doit être protégée, par une protection appropriée qui passe nécessairement par le maintien de la défense commerciale<sup>126</sup>. Mais ce n'est pas tout. Pour l'Union européenne, la libéralisation des échanges comporte des effets sur les politiques communautaires. Le démantèlement des obstacles tarifaires ne suffit plus à assurer les moyens de réguler les pratiques commerciales déloyales. Cela met directement en danger l'efficacité des politiques communautaires sur le marché intérieur. La Commission européenne en est bien consciente. Les politiques communautaires sont essentielles au bon fonctionnement du système communautaire. La Communauté européenne, en se dotant de politiques communautaires, a voulu intégrer des mécanismes de régulation destinés à corriger les défaillances du marché. Celles-ci permettaient également de répondre aux objectifs fixés à l'article 2 du Traité CEE.

---

<sup>124</sup> L'industrie communautaire est le secteur de la Communauté qui exporte le plus. En 2006, la Communauté européenne a exporté pour une valeur de 1481,7 milliards de dollars US de marchandises. En comparaison, la Communauté a exporté pour une valeur de 555 milliards de dollars US de services (*Respectivement : Statistiques du commerce international 2007*, p. 13 et p. 15, tableau I.9 et I.11). Source : *Statistiques du commerce international 2003*, [www.wto.org](http://www.wto.org). Aussi d'après Eurostat, le commerce extra-européen total de l'UE-28 s'élevait en 2017, à 3753 milliards d'euros en importations et en exportations [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/International\\_trade\\_in\\_goods/fr](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/International_trade_in_goods/fr). V. Jean-Yves CARFANTAN, *L'épreuve de la mondialisation. Pour une ambition européenne*, Paris, Seuil, coll. « Epreuve des faits », 1996, p. 36.

<sup>125</sup> L'expression « autorités communautaires » renvoie aux autorités de l'Union européenne. Quoique la Communauté européenne ait disparu, remplacée par l'Union européenne, l'expression restera usitée tout au long de nos développements.

<sup>126</sup> V. Article 6 TFUE



En plus de la politique commerciale commune, il s'agit de la politique de concurrence et de la politique agricole commune qui sont concernées. L'Union européenne dispose d'une compétence exclusive sur les deux premières<sup>127</sup>. La menace principale qui pèse sur ces politiques provient des échanges avec les pays tiers. La défense commerciale, paraît être, dans ces conditions, le seul outil efficace pour lutter contre les distorsions au commerce.

La signature du GATT en 1947 marquait, au-delà de l'échec de la Charte de la Havane, l'ambition de libéraliser les échanges mais aussi d'encadrer cette libéralisation par un corpus de règles. L'énonciation des principes de *free trade* le traduisait. Cependant, le GATT n'a pu être un rempart aux différentes dérogations adoptées par les Parties Contractantes à cause de sa nature<sup>128</sup> mais aussi de sa structure institutionnelle<sup>129</sup>. Celles-ci ont imposé leur volonté de recourir à de nouvelles protections aux dépens de son unité juridique. La mise en œuvre de décisions aux antipodes de la philosophie libre-échangiste du GATT s'est établie. La résultante a été un affaiblissement du GATT, incapable d'appliquer ses principes destinés à contrecarrer le recours aux pratiques déloyales. La remise en cause des principes du GATT ne s'est pas limitée aux seules dérogations et exemptions. Les Parties Contractantes ont adopté, en parallèle, des politiques commerciales *contra legem* dans le but de se protéger des effets de la libéralisation et de retarder l'ouverture effective de leur marché. Les principales mesures ayant servi à contourner les règles du GATT ont pris la forme de restrictions volontaires d'exportation, autrement appelées « mesures grises », « mesures de zone grises » ou encore « mesures d'autolimitation »<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> La politique de concurrence et celle commerciale commune relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne (article 3 TFUE), contrairement à la politique agricole commune qui, depuis le Traité de Lisbonne ressort de la compétence partagée entre l'Union et ses États membres (article 4 TFUE).

<sup>128</sup> Le GATT était un accord en forme simplifiée ou « *executive agreement* ». V. Annie KRIEGER-KRYNICKI, *L'Organisation mondiale du commerce : structures juridiques et politiques de négociation*, Paris, Vuibert, coll. «Gestion Internationale », 1997, pp. 20-21.

<sup>129</sup> La seule structure institutionnelle était la conférence périodique des Parties Contractantes. Selon le dictionnaire du commerce international, le terme « mesures grises » renvoie à un « [*e*]nsemble de mesures de sauvegarde engagées par un pays pour protéger un secteur de l'économie nationale. Ces mesures qui sont des accords d'autolimitation des exportations de produits entre entreprises ou secteurs d'activité de différents pays sont appelées "zone grise" en raison du fait que leur compatibilité avec les règles du GATT est contestable. On est entre "la lumière du libre-échange et l'obscurité du protectionnisme", d'où la couleur grise ». <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/zone-grise.html#WVeoTvmgg0rMtqg8.99>

<sup>130</sup> V. Patrick MERSESELIN, *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Paris, Dunod, coll. « Ramses », 1995, p. 198. V. aussi John H. JACKSON, *The world trading system. Law and policy of international economic relation*, London, The MIT Press, 1991, p. 177.

Elles seront définies pour la première fois lors de l'Uruguay Round afin de les prohiber explicitement<sup>131</sup>. Leur interdiction est la conséquence de leur considérable multiplication. Ces mesures sont porteuses de fortes distorsions dans les échanges pour plusieurs raisons. Elles reviennent d'abord sur la division internationale du travail et la spécialisation fondée sur la théorie des avantages comparatifs, fondement du GATT. Dans ces conditions, la neutralisation des avantages comparatifs devient une source de déséquilibre des échanges. Celle-ci offre une protection du marché local aux industries nationales en bute à la concurrence étrangère, tout en leur permettant de participer elles-mêmes aux échanges internationaux. Au moment où elles bénéficient des concessions commerciales, elles refusent en parallèle d'assumer leur réciprocité. Cela pose la question de la loyauté des échanges<sup>132</sup>. Ensuite, ces mesures s'attaquent directement au principe de non-discrimination et plus particulièrement à la clause de la nation la plus favorisée. Seuls les pays économiquement puissants sont susceptibles de les imposer. Aujourd'hui, la disparition de ces mesures semble salutaire. Cependant, il convient de prévenir toute mesure équivalente en agissant sur deux types d'évolution. En premier lieu, il faudrait éviter que les mesures prohibées ne soient relayées par des mesures grises adoptées par les entreprises privées. Certes encore marginaux, ces accords privés peuvent, malgré tout, devenir une source d'affaiblissement du système commercial multilatéral. En second lieu, Il serait utile d'empêcher qu'elles ne soient remplacées par d'autres mesures étatiques, dont les effets seraient identiques<sup>133</sup>. Aujourd'hui la surveillance devrait porter principalement sur l'adoption de législations étatiques visant à prévenir l'imposition des normes trop contraignantes aux exportateurs. La difficulté fondamentale portera néanmoins sur leur justification<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Ainsi, l'article 11, paragraphe 1 b) de l'Accord sur les sauvegardes dispose qu' « *un Membre ne cherchera pas à prendre, ni ne maintiendra de mesure d'autolimitation des exportations, d'arrangement de commercialisation ordonnée ou toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation (...)* ». Selon les termes de l'Accord, les « mesures similaires » sont, par exemple : « *la modération des exportations, les systèmes de surveillance des prix à l'exportation ou à l'importation, la surveillance des exportations et des importations, les cartels d'importation imposés et les régimes de licences d'exportation ou d'importation discrétionnaires qui assurent une protection* ».

<sup>132</sup> V. Sylvie JAVELOT, *La loyauté dans le commerce international*, op.cit., p. 6.

<sup>133</sup> V. en ce sens Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 137.

<sup>134</sup> Une illustration peut être trouvée dans l'affaire relative à l'importation des « bœufs aux hormones » ayant opposé les Etats-Unis à l'Union européenne. Ce différend a fait l'objet de deux rapports, l'un par le Groupe spécial et l'autre par l'Organe d'appel. Rapport du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R/USA, du 18 août 1997. V. aussi Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, du 16 janvier 1998.

L'avènement de ces mesures n'est pas récent. L'existence de Codes destinés à les encadrer démontre la crainte des Etats à leur égard, relativement à leur pouvoir de nuisance à l'encontre des industries. Il est possible de distinguer deux catégories de mesures de politique commerciale ayant pour effet de favoriser les pratiques déloyales. La première concerne les subventions dommageables accordées par les Etats et, la seconde, est fondée sur la violation du principe du traitement national. Les subventions sont prises en considération dès l'origine du GATT par les articles VI et XVI. L'idée était de limiter celles qui étaient considérées comme ayant un fort potentiel de distorsions. Seules les subventions à l'exportation sont réellement prohibées en 1947. Par ailleurs, l'absence de définition de la notion de subvention jusqu'à l'Uruguay Round n'a pas permis de lutter efficacement contre ces dernières<sup>135</sup>. Cette situation a donné lieu à de nombreux contentieux entre la Communauté européenne et les Etats membres sur l'appréhension de nombreuses aides d'Etat et de leur bien-fondé par rapport aux règles multilatérales.

A partir de ces difficultés d'interprétation, de nombreux secteurs d'activité ont pu bénéficier de subventions au cours des dernières décennies, justifiées sur le fondement de la politique industrielle<sup>136</sup>. Face à la déstabilisation du secteur industriel, l'Uruguay Round est revenu sur les règles applicables aux subventions. Ainsi, les subventions ne sont plus systématiquement condamnées.

---

V. les observations de Thiébaud FLORY, « Affaire n°85 - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), in Eric CANAL-FORGUES et Thiébaud FLORY, *GATT/OMC : recueil des contentieux du 1<sup>er</sup> janvier 1948 au 31 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 792-803 ; V. Olivier BLIN, « La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation mondiale du commerce : le contentieux des hormones », *RTDE*, n°1, 1999, pp. 45-50 ; John JACKSON, William J. DAVEY et Alan O. SYKES, *Legal problems of international economic relations : Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relation*, Etats-Unis, West Group, 2002, pp. 579-590.

<sup>135</sup> V. Marc BENITAH, *Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systèmes GATT/OMC*, Genève/Paris, Droz, 1998, pp. 205-210. V. aussi Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 173 et s.

<sup>136</sup> En ce sens, la théorie relative à la politique commerciale stratégique née dans les années soixante-dix et renouvelée notamment par Paul KRUGMAN. Cette thèse est fondée sur l'idée selon laquelle l'intervention étatique peut modifier, dans certains cas, la concurrence au sein d'un secteur d'activité par l'intermédiaire de subventions concédées à une entreprise domestique. L'intérêt de l'Etat est de faire progresser directement son revenu national au détriment des autres pays. V. Paul KRUGMAN et Smith ALASDAIR, *Empirical studies of strategic trade policy*, National Bureau of Economic Research Project Report, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1994, 251 pages.

Trois catégories de subventions<sup>137</sup> seront identifiées par le code établi à cet effet : celles prohibées, dites de la « boîte rouge », celles tolérées, pouvant donner lieu à une action lorsqu'elles causent un dommage aux intérêts des autres Membres, dites de la « boîte jaune » et celles licites car ne donnant pas lieu à une action, la « boîte verte ». Quoiqu'il en soit, s'il en résulte des pratiques de dumping de la part des entreprises qui en ont bénéficié, celles-ci seront toujours appréhendées par des droits antidumping. Le problème tend néanmoins à persister puisque les Etats continuent à avoir recours à des subventions. La preuve est peu contestable eu égard aux contentieux qui se nouent devant l'ORD. Il en est ainsi, notamment, dans l'affaire du traitement fiscal des « Sociétés de vente à l'étranger »<sup>138</sup>, ou encore du programme de financement des exportations pour les aéronefs par le Brésil<sup>139</sup>.

La clause du traitement national, prévue à l'article III du GATT, est indispensable à la libéralisation des échanges. Le démantèlement des droits de douanes et l'élimination des barrières non tarifaires n'auront de sens que si l'accès au marché n'est pas remis en question par des discriminations au sein des marchés domestiques des différents Etats. Cette clause vise à assurer « *des conditions égales de concurrence à tous les produits, quelle que soit leur origine*<sup>140</sup> ». La clause a été correctement appliquée dans un certain nombre de situations, écartant des mesures de politique commerciale nationale contraires à l'article III du GATT. Par contre, d'autres situations y ont échappé du fait de leur complexité. L'exemple type est celui du marché japonais que les exportations des pays en développement ont toutes les difficultés à pénétrer<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> V. Article 8 de l'Accord sur l'agriculture : « Chaque Membre s'engage à ne pas octroyer de subventions à l'exportation si ce n'est en conformité avec le présent accord et avec les engagements qui sont spécifiés dans la Liste de ce Membre ». Cet article est à mettre en relation avec l'article 9 § 1 : « Les subventions à l'exportation ci-après font l'objet d'engagements de réduction (...) ». L'article 9 énumère la plupart des subventions octroyées par les pouvoirs publics, marquant un engagement conséquent des Membres. Articles 8 et 9 de l'Accord sur l'agriculture, in Secrétariat du GATT, Les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay : textes juridiques, Genève, mai 1994, p. 49.

<sup>138</sup> Dans cette affaire, les Etats-Unis ont été condamnés par le Groupe spécial et l'organe d'appel. Ces derniers défiscalisaient les marchandises exportées par les entreprises américaines, sous certaines conditions. L'organe d'appel a confirmé la position du Groupe spécial, en considérant que ce traitement constituait « *une subvention à l'exportation prohibée au sens de l'article 3.1 a) de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ». Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscal des « Sociétés de ventes à l'étranger »*, OMC, WT/DS/108/AB/R, du 24 février 2000.

<sup>139</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations d'aéronefs*, WT/DS46/AB/R, du 2 août 1999.

<sup>140</sup> V. Thiébaud FLORY, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, LGDJ, 1968, p. 21.

<sup>141</sup> V. François DAVID, *Relations économiques internationales : la politique commerciale des grandes puissances face à la crise*, Paris, STH, 1989, p. 143.

Au-delà des efforts entrepris, les Membres de l'OMC continuent d'adopter des législations générant des pratiques déloyales. C'est l'existence même de ces pratiques que l'Union européenne doit appréhender dans la définition et la conduite de sa politique commerciale, car le marché intérieur ainsi que les industries communautaires y sont directement confrontés. L'Union européenne ne peut donc pas uniquement espérer que les Membres de l'OMC respecteront systématiquement les règles, pour éliminer les pratiques déloyales. Aussi, a-t-elle l'obligation de conserver ses propres moyens d'action, en l'occurrence la défense commerciale, de manière à réguler les échanges commerciaux à chaque fois que les Etats tiers ou leurs entreprises useront de pratiques déloyales préjudiciables. La libéralisation des échanges commerciaux en concurrence imparfaite est créatrice de pratiques déloyales. Cette évolution est une préoccupation pour les Etats ayant privilégié le renforcement de l'encadrement juridique des échanges lors de l'Uruguay Round<sup>142</sup>. Cependant, les solutions institutionnelles n'ont pas suffi à écarter les pratiques déloyales. La Communauté européenne doit pouvoir préserver son industrie communautaire en régulant les échanges commerciaux. Cela dit, cette action repose sur la reconnaissance préalable de l'importance de l'industrie communautaire. Au regard des moyens juridiques dont elle dispose, il semble que seule la défense commerciale se présente comme le dispositif à même de réguler efficacement les échanges.

Néanmoins, il convient de remarquer que quelle que soit l'importance de la défense de l'industrie communautaire, une partie de la doctrine semble militer pour un approfondissement de la libéralisation, conformément à la théorie des avantages comparatifs. Or, cette théorie souffre de sérieuses limites qui confortent l'idée d'une défense de l'industrie communautaire. Les arguments en faveur de la sauvegarde de l'industrie communautaire se fondent sur l'évolution des échanges internationaux. Deux positions complémentaires tendant vers la préservation de l'industrie communautaire. Plusieurs auteurs ont défendu l'idée selon laquelle la théorie du libre-échange était tantôt inadaptée<sup>143</sup>, tantôt incomplète<sup>144</sup> en raison du fonctionnement même des relations économiques. Cette théorie ne peut plus être considérée comme le modèle absolu d'organisation des échanges commerciaux.

---

<sup>142</sup> V. Jean TOUSCOZ, « La réorganisation mondiale des échanges : quelques questions juridiques » (rapport introductif), in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*/Colloque de Nice des 1, 2 et 3 juin 1995, Paris, Pedone, 1996, pp. 3-36.

<sup>143</sup> V. Jean-Marcel JEANNENEY, *Pour un nouveau protectionnisme*, Paris, Seuil, 1978, p. 17 et s.

<sup>144</sup> V. Michèle DEBONNEUIL, « Le libre-échange a-t-il un sens ? », *Politique étrangère*, n°2, 1993, pp. 297 et 298.

Les Etats ont plus que jamais besoin de poursuivre des objectifs essentiels entraînant des obstacles au commerce. Leur solution est de concilier des mesures économiques interventionnistes et d'adapter le libre-échange pour prendre en compte ses imperfections<sup>145</sup>. La libéralisation du commerce « *n'est sans doute pas la meilleure des règles possibles*<sup>146</sup> ». L'Union européenne doit en être consciente à l'instar des Américains chez qui la Commission MIT spécifiait ce qui suit :

« [...] si les Américains veulent prendre part à la montée de la prospérité mondiale, ce qu'ils ont de mieux à faire est de retenir sur leur sol les branches à forte productivité et à croissance rapide. L'industrie manufacturière, et en particulier ses secteurs de haute technologie, en fait partie<sup>147</sup> ».

La même attention doit être accordée à l'industrie communautaire au sein même de l'Union européenne<sup>148</sup>. C'est à ce niveau qu'intervient la défense commerciale aux fins de régulation. La défense commerciale se présente comme l'outil de sauvegarde par excellence, de l'industrie communautaire, en identifiant diverses raisons. En premier lieu, les distorsions de concurrence liées à la libéralisation imparfaite prennent la forme de pratiques déloyales. Il est opportun que les instruments, qui ont pour objet de lutter contre ce type de pratiques, soient préservés dans le but d'y mettre un terme. La défense commerciale est dans ces conditions indispensable. Elle l'est d'autant plus qu'elle apparaît légitime face aux conséquences qu'aurait l'absence d'intervention de l'Union européenne. Le risque serait une disparition pure et simple du tissu industriel européen à cause des pratiques déloyales de pays tiers. En deuxième lieu, la défense commerciale est le seul moyen à même de lutter efficacement contre les pratiques déloyales notées actuellement dans les échanges internationaux. Les instruments de défense commerciale sont opérationnels, puisque la Communauté européenne dispose déjà de législations à cette fin. En outre, ils ne nécessitent pas de nouvelles négociations commerciales multilatérales ou une profonde modification de la structure des règles internationales.

---

<sup>145</sup> V. Louis REBOUD, *Economie européenne : les limites de l'internationalisation des marchés*, Grenoble, PUG, coll. « L'Economie en plus », 1996, pp. 23-24.

<sup>146</sup> V. Paul R. KRUGMAN, *La mondialisation n'est pas coupable : vertus et limites du libre-échange*, traduit par Anne SAINT-GIRONS, *La Découverte*, coll. « La Découverte/Poche », Essais n°81, Paris, 2000, p. 213.

<sup>147</sup> V. Michael DERTOUZOS, Richard LESTER et Robert SOLOW, *Made in America*, Traduit par Paul CHEMLA, *La Commission du Massachusetts International Technology sur la productivité industrielle*, Paris, InterEditions, 1990, p. 61.

<sup>148</sup> V. Gerard LAFAY et Deniz UNAL-KESENCI, *Repenser l'Europe*, Paris, Economica, coll. « Economie poche », 1993, p. 74 et s.

Troisièmement, les instruments de défense commerciale ont la caractéristique de permettre une mise en œuvre des mesures dans un délai relativement raisonnable. Or, l'efficacité de la lutte contre les pratiques déloyales dépend de la capacité à faire cesser au plus vite les importations en état de dumping ou de subvention. L'OMC est consciente de la nécessité de mener une action urgente en autorisant, dans ces cas-ci, l'adoption de mesures provisoires. En quatrième lieu, La défense commerciale prend place dans le cadre de la libéralisation des échanges sans la remettre en cause. En effet, ses instruments n'ont pas vocation à la remettre en cause. Ils visent à rétablir une concurrence loyale entre les partenaires commerciaux, en neutralisant les pratiques condamnables, conformément aux règles du GATT<sup>149</sup>. Pour finir, la défense commerciale est aussi un moyen d'accélérer la libéralisation des échanges. Le Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) participe à la sauvegarde des concessions accordées à la l'Union européenne, en empêchant les Membres de l'OMC, voire exceptionnellement un non Membre, de protéger illégalement leur/son marché domestique<sup>150</sup>. En définitive, il semble qu'il soit légitime, pour l'Union européenne, de faire usage d'instruments de défense commerciale, face à l'impossibilité des règles juridiques multilatérales de mettre un terme aux pratiques déloyales internationales<sup>151</sup>. La survie de certaines politiques communautaires en dépend.

## **B. La sauvegarde [de] politiques communautaires par la défense commerciale**

La sauvegarde du système communautaire passe aussi par l'utilisation de la défense commerciale comme instrument de préservation des politiques communautaires. Ainsi, la politique de concurrence est-elle intrinsèquement liée à la défense commerciale (1) au même titre que la politique agricole commune (2).

---

<sup>149</sup> Cela se perçoit par le calcul même des mesures de rétorsion que ce soit pour les droits antidumping ou pour les droits compensateurs. Ces droits sont calculés sur la base de la marge de dumping ou de subvention, le montant étant égal à la totalité ou partie de cette marge. Voir sur ce point l'article 9 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994.

<sup>150</sup> V. Article 1 du règlement (CE) n°3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994, arrétant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté, des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOCE* L 349 du 31 décembre 1994, p. 72.

<sup>151</sup> Cela va dans l'intérêt de l'Union européenne qui est la première à bénéficier du développement du commerce international, grâce à la capacité exportatrice de son industrie communautaire. V. en ce sens Marie-Louise HERSCHTEL, *L'économie de l'Union européenne*, Paris, Armand Colin, coll. « Coursus », 1997, pp. 32-34.

## 1. La défense commerciale et la politique de concurrence

La politique de concurrence et la défense commerciale ont un objectif commun, à savoir réguler les comportements des acteurs économiques (entreprises et Etats), afin de garantir des conditions de concurrence loyale. Cette finalité les conduit à sanctionner parfois des pratiques identiques, telles que le dumping<sup>152</sup>. Néanmoins, il convient de préciser que si cet objectif leur est commun, il ne suffit pas à définir leurs champs de compétence respectifs. La politique de concurrence vise directement les entreprises ou les Etats qui, à la suite d'un comportement, ont enfreint les règles de concurrence. Cependant, l'exigence d'un lien de rattachement de la survenance d'un fait au marché communautaire, limite l'étendue de la compétence extraterritoriale. Celle-ci aurait pu être développée sur la base du principe de la « territorialité objective » ou « théorie de l'effet »<sup>153</sup>. Par ailleurs, la défense commerciale agit dans le cadre de pratiques ayant exclusivement leur source à l'extérieur de la Communauté et qui portent préjudice aux entreprises.

La politique de concurrence et la défense commerciale ont des compétences juxtaposées qui les rendent complémentaires. Au-delà de la reconnaissance de la compétence communautaire, l'autorité des institutions aptes à faire appliquer leurs décisions, ne se limite plus au territoire de l'Union. Il va de soi que l'UE est soumise au respect de la souveraineté des autres Etats sur les territoires desquels se trouvent les entreprises étrangères<sup>154</sup>. Cette relative efficacité, voire efficacité, de la politique de concurrence, appelle un renforcement de la défense commerciale. L'application des règles de concurrence à des entreprises en dehors du territoire communautaire, est entravée par l'absence de véritable moyen de coercition pour exécuter la sanction ou pour cesser le comportement litigieux. Cette limite s'appuie, à titre principal, sur la distinction faite entre l'*impérium* et la *jurisdictio*<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Ce dumping s'exprime sous la forme de prix prédateurs dans le cadre d'un abus de position dominante ou parfois de prix discriminatoires également appréhendés dans le cadre des règles de concurrence. V. CJCE, *Akzo Chemie B.V contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-62/86, du 3 juillet 1991.

<sup>153</sup> La théorie de l'effet consacre la compétence d'un Etat à partir du moment où l'effet de la pratique anticoncurrentielle affecte son marché ou fausse la concurrence sur son marché. Nous reviendrons là-dessus plus en détail. V. Evelyne FRIEDEL-SOUCHU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 30-32.

<sup>154</sup> V. Dominique BRAULT, *Droit de la concurrence comparé : vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Paris, Economica, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », 1995, p. 119.

<sup>155</sup> Les deux notions permettent de déterminer la compétence des autorités chargées de faire appliquer le droit de la concurrence. La notion d'*imperium* recouvre la *compétence d'exécution* alors que la *jurisdictio* désigne la *compétence normative*. La compétence normative est plus large que la compétence d'exécution, car si la *jurisdictio* est comprise comme se définissant par rapport à la localisation de l'effet de la pratique restrictive, l'*imperium* serait limité au territoire communautaire.



Les deux notions permettent de déterminer la compétence des autorités européennes. Cela dit, la défense commerciale n'est pas soumise aux mêmes contraintes que la politique de concurrence. Il existe certes des difficultés similaires, pour les autorités communautaires, de collecter des informations de façon à pouvoir établir l'existence d'un préjudice, mais il en va différemment de l'application de la sanction. Si le droit de la concurrence vise à sanctionner directement l'entreprise par des sanctions pécuniaires telles que les amendes, les mesures de défense commerciale – droits antidumping et droits compensatoires –, sont appliquées aux importations à leur entrée sur le territoire de l'Union. Par voie de conséquence, l'exécution des mesures de rétorsion est réalisable par les autorités douanières. Dans le cadre de la défense commerciale, les autorités de l'UE ne sont pas soumises, en principe, au consentement ou à la coopération de l'Etat sur le territoire duquel a eu lieu l'infraction. La mesure de rétorsion sera appliquée aussi longtemps que durera la pratique déloyale. Dès lors, la défense commerciale est le seul moyen à même de contraindre les entreprises étrangères à respecter les règles communautaires de concurrence, lorsqu'elles n'ont de lien avec l'Union que la seule importation de leurs produits sur le marché intérieur. La complémentarité de la défense commerciale avec la politique de concurrence est ainsi évidente<sup>156</sup>. Aussi, entretient-elle des relations avec la politique agricole.

## 2. La défense commerciale et la politique agricole

Quant au secteur de l'agriculture, celui-ci a longtemps échappé à la libéralisation du commerce par le GATT<sup>157</sup>. L'Uruguay Round a mis un terme à cette exception en introduisant l'Accord sur l'agriculture<sup>158</sup>.

---

Ainsi, une décision peut être prise contre une entreprise établie dans un pays tiers, mais l'exécution de la décision ne peut avoir lieu que sur le territoire communautaire. Dès lors, toutes les mesures coercitives adoptées ne pourront être exercées qu'à l'intérieur du marché communautaire. Cela représente évidemment une contrainte pour l'efficacité de l'application des règles de concurrence à des entreprises localisées à l'étranger. V. aussi Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, Paris, Précis Dalloz, 1994, p. 733.

<sup>156</sup> V. Léon BRITTAN, *L'Europe qu'il nous faut*, Traduit par Fortunato ISRAEL et Edith OCHS, Paris, Plon, 1994, 261 pages. Léon BRITTAN estime que « la politique commerciale doit se substituer à une politique de la concurrence et tenter d'instaurer un juste fonctionnement du commerce là où les distorsions du marché sont manifestes » (p. 155).

<sup>157</sup> V. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, op. cit., p. 128 et s.

<sup>158</sup> V. Accord sur l'agriculture, in Secrétariat du GATT, *Les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay : textes juridiques*, op.cit., p. 40-71.

Cette décision fut la conséquence d'une longue guerre commerciale entre l'Union européenne et les Etats-Unis<sup>159</sup>, et d'une contestation de plus en plus importante d'Etats, dont le Groupe de Cairns<sup>160</sup> et des pays en développement. Il est reproché à l'UE le mode de fonctionnement de sa politique agricole commune (PAC). Celle-ci se traduit par une forte protection à l'entrée du marché européen, et par une politique dynamique à l'exportation appuyée sur des subventions. Dans ces conditions, la PAC est considérée par les concurrents de l'UE comme une source de distorsions dans les échanges internationaux. Ainsi, le cadre fixé par l'Accord sur l'agriculture atteint directement les modalités de fonctionnement de la PAC. C'est pourquoi l'Union européenne a opéré des réformes successives à partir de l'année 1992<sup>161</sup>.

Cela dit, l'évolution depuis les accords de Marrakech fait apparaître d'importantes divergences et la violation des obligations consenties, risquant d'entraîner la remise en cause de l'effectivité de la PAC en l'absence de moyens d'ajustement. L'agriculture européenne risque d'être confrontée à une volatilité des prix sur le marché mondial<sup>162</sup> ; d'où l'importance d'une protection efficace à travers la défense commerciale agricole. Le secteur agricole revêt une importance particulière en raison de distorsions, notamment le maintien de subventions susceptibles d'avoir des effets sur les échanges. Les droits compensatoires et, dans une moindre mesure les droits antidumping, deviennent incontournables.

---

<sup>159</sup> V. Yves PETIT, « L'agriculture, pomme de discorde entre l'Union européenne et les Etats-Unis », *RTDE*, 2004, pp. 600-601.

<sup>160</sup> Le Groupe de Cairns réunit un groupe de 16 pays exportateurs de produits agricoles et qui exigent l'élimination totale des aides à l'exportation, la suppression des primes compensatrices et une forte amélioration de l'accès au marché. Y figurent notamment, l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Indonésie, la Nouvelle-Zélande ou encore la Thaïlande.

<sup>161</sup> La première réforme liée à l'Uruguay Round est celle du 21 mai 1992, dite « réforme de Mac Sharry » (PAC 4). Elle est axée sur la compétitivité, sur l'introduction des aides directes et sur la régulation quantitative fondée sur la limitation des facteurs de production. Une seconde réforme est adoptée par le sommet de Berlin, le 26 mars 1999, dite de l' « Agenda 2000 » (PAC 5). Cette réforme accentue la précédente par une diminution des prix de soutien, compensée par des aides directes. Parallèlement, elle intègre le concept de multifonctionnalité de l'agriculture, consistant à considérer que l'agriculture a une mission aussi environnementale et d'aménagement du territoire. V. Jacques BLANCHET et Alain REVEL, *L'agriculture européenne face aux enjeux internationaux*, Paris, Economica, coll. « Economie agricole et agroalimentaire », 1999, p. 6.

<sup>162</sup> Une nouvelle révision de la PAC avait été proposée par le Commissaire européen Frantz FISCHLER dite du « *Mid Term Review* ». Celle-ci a abouti à l'adoption de plusieurs règlements par le Conseil de l'Union européenne le 29 septembre 2003. Cette révision s'apparente davantage à une réforme en raison de son ampleur. Elle intègre le découpage des aides directes, tout en respectant les lignes budgétaires fixées par l' « agenda 2000 ». V. sur ce point Communication de la Commission, Révision à mi-parcours de la politique agricole commune, *COM (2002) 394 final*, 10 juillet 2002. V. aussi Frantz FISCHLER, « Le Commissaire Frantz Fischler répond aux questions de la Revue sur : « La réforme de la PAC », *RMCUE*, n°461, septembre 2002, pp. 501-504. V. enfin Claude BLUMANN, « La réforme de la politique agricole commune », *CDE*, n°3-4, 2004, pp. 297-335.

Au demeurant, la difficulté de classer les subventions, l'absence d'un accord définitif relatif à la « boîte bleue », font peser des incertitudes sur beaucoup de mesures. Par conséquent, dans l'arsenal des instruments de défense commerciale, le ROC (Règlement sur les obstacles au commerce) trouve toute sa place<sup>163</sup>. Il existe une seconde approche de la défense commerciale en liaison avec la politique agricole. Elle joue un rôle essentiel dans la poursuite des objectifs de la PAC en agissant d'abord comme instrument de régulation – par une intervention sur les prix –, et ensuite par une action en faveur du maintien de la préférence communautaire.

Le premier aspect est directement lié au démantèlement des instruments traditionnels de la PAC. Celui-ci pose le problème de la régulation du marché communautaire. Il suffit de songer ici au mécanisme américain du *marketing deficiency payments*<sup>164</sup>. A cette fin, l'Union européenne pourra agir par le recours à une procédure de défense commerciale visant les subventions sur la base de l'article VI, adoption de droits compensatoires, ou de l'article XVI, autorisation de prendre des mesures de rétorsion conformément aux recommandations de l'ORD. Le second aspect concerne la préférence communautaire, ciment qui fait tenir le modèle agricole européen. Elle intervient comme moyen de préserver des objectifs communautaires à partir du marché intérieur, en ayant pour rôle de différencier le marché de l'UE des marchés des pays tiers. Le facteur de la différenciation réside dans le caractère unifié de la réglementation et de la prise de décision. L'homogénéisation du marché doit être assurée afin que puissent perdurer les conditions d'une préférence communautaire assurant une stabilité des prix et une garantie de revenu autrement que par les prélèvements à l'importation. La défense commerciale doit être cet outil pour plusieurs raisons<sup>165</sup>. Elle est indispensable à l'effectivité de la politique agricole commune.

---

<sup>163</sup> Cette procédure s'est jusqu'à présent montrée efficace dans quelques conflits opposant l'Union européenne aux Etats-Unis que ce soit au sujet de la loi antidumping de 1916 (Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, du 28 août 2000), de la législation sur les sociétés de vente à l'étranger (Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscale des « sociétés de ventes à l'étranger »*, - *Recours des Communautés européennes à l'article 21 du Memorandum d'Accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW, du 14 janvier 2002) ou tout dernièrement, de l'Amendement Byrd (Rapport de l'Organe d'appel, *Loi de 1990 sur la compensation par continuation du dumping et le maintien de la subvention*, WT/DS/217/AB/R, du 16 mars 2003).

<sup>164</sup> Dans le cadre de ce mécanisme, l'aide versée ne tient compte ni du coût de production, ni du prix du marché américain, autre que le prix de soutien. Le mécanisme s'établit par rapport au prix de vente du producteur, celui-ci a par conséquent seulement un intérêt dans l'acte de vente et non plus dans le prix de vente, puisque l'écart sera comblé par la subvention.

<sup>165</sup> Tout d'abord, les instruments de défense commerciale étant communautarisés, ils sont déjà un élément de l'unification du marché. Ensuite, ayant recours aux instruments de défense commerciale, les instances communautaires entendent faire respecter les conditions d'un commerce loyal, au sens de l'OMC, dans le marché intérieur.

## **SECTION 2**

### **L'EFFICACITE DE LA DEFENSE COMMERCIALE EUROPEENNE**

Dans la perspective des accords internationaux conclus par l'Union, la question de l'efficacité de la défense commerciale est au cœur des enjeux européens. Il n'est guère suffisant de se limiter aux seuls accords pour mesurer le poids que représente la défense commerciale. L'Union européenne est une entité régionale avec ses propres réalités, avant de devenir acteur international. L'analyse de cette problématique de la défense commerciale, dans une perspective européenne, montre que l'efficacité de celle-ci est mitigée (§1), cela appelle à un renforcement de la défense commerciale européenne (§ 2).

#### **§1. Une efficacité mitigée de la défense commerciale de l'U.E**

Le constat de l'inefficacité de la défense commerciale européenne s'opère à partir du processus décisionnel européen (**A**). Les rapports entre le Conseil et la Commission européenne sont marqués par des insuffisances. Celles-ci ne peuvent, dans ces conditions, qu'affecter l'industrie communautaire, elle qui est la principale bénéficiaire de l'efficacité de la défense commerciale. Mais la structure des institutions européennes (**B**) est aussi un autre obstacle à la bonne santé de la défense commerciale européenne. La défense commerciale fait l'objet d'une instrumentalisation de la part des Etats membres. Cette instrumentalisation cache mal l'utilisation de celle-ci comme instrument des relations extérieures de l'Union.

#### **A. Les dysfonctionnements au niveau du processus décisionnel européen**

La Commission européenne a en charge la défense commerciale, en participant et en conduisant la procédure. Le Parlement et le Conseil dispose d'un droit de regard. C'est d'abord la Commission qui a un rôle prépondérant dans son bon déroulement. Elle ouvre et instruit la plainte par diverses investigations. Ensuite, elle adopte les mesures – sous la forme d'institution de droits ou d'acceptation d'engagements -, soit la clôture de la procédure sans adoption de mesures, dans les procédures visant les pratiques déloyales. En revanche, elle pourra proposer de saisir l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ci-après ORD), en cas d'obstacles au commerce.

---

Enfin, par l'instrument de sauvegarde et le ROC, la Communauté l'Union peut faire face, en premier, aux crises dues à une évolution imprévue des importations et, en second, aux litiges qui pourraient naître avec ses partenaires commerciaux.

Néanmoins, la clôture de la procédure peut intervenir indépendamment de la preuve de dumping, de la subvention ou de l'obstacle au commerce, ainsi que du préjudice et du lien de causalité. Sa décision rendra effective la mesure de défense commerciale pour le dumping et les subventions. Mais dans la plupart des cas, il adopte sa proposition. Quoiqu'il en soit, l'institution d'une mesure de défense commerciale sera toujours le fruit de la prise de décisions successives des institutions communautaires, prise de décision révélant bien des insuffisances (1) qui, à leur tour, ont un impact sur l'industrie communautaire (2).

### **1. Les insuffisances décisionnelles de la procédure de défense commerciale**

Une procédure de défense commerciale est complexe à mener à son terme, tant par les difficultés que suscite la réunion des preuves pour étayer la plainte, que par les différentes étapes de la procédure afin de parvenir à une mesure de rétorsion satisfaisante de nature à faire disparaître le préjudice.

Les décisions adoptées au cours de la procédure doivent répondre à des critères<sup>166</sup> de pertinence et d'efficacité une fois suffisamment de preuves réunies. Deux étapes doivent être distinguées dans la prise de la mesure de défense commerciale. Une première correspond au déclenchement de la procédure, à travers le choix de l'instrument, appelé à servir de support à l'action communautaire. La seconde étape est celle de la mise en œuvre de la défense commerciale. Les instruments de défense commerciale renvoient à un ensemble de pratiques susceptibles de porter atteinte aux entreprises de l'Union européenne. Ils sont complémentaires, et s'il est possible qu'ils appréhendent des pratiques similaires, ce n'est que de façon exceptionnelle. Pourtant, les institutions communautaires opèrent une forme de sélectivité dans leur recours<sup>167</sup>, sélectivité préjudiciable à leur efficacité. L'OMC reconnaît deux formes de pratiques déloyales pouvant être sanctionnées dans une procédure de défense commerciale<sup>168</sup>. Il s'agit des subventions et du dumping.

---

<sup>166</sup> Ces critères ne semblent pas systématiquement déterminants dans les décisions émanant des procédures de défense commerciale. V. en ce sens, Joël BOUDANT, « La défense commerciale dans le secteur des matières premières (Minerais et métaux non ferreux) : limites d'un système et perspectives d'évolution », *RMCUE*, n° 390, août-septembre 1995, p. 435.

<sup>167</sup> Cette situation est difficilement compréhensible dans la mesure où elle entraîne une efficacité moindre de la défense commerciale, en laissant perdurer certains comportements, non pas par l'absence d'outil juridique adéquat, mais par une prise de décision qui n'est pas toujours appropriée pour l'industrie.

<sup>168</sup> Selon le dictionnaire du commerce international, « [l]e dumping (de l'anglais *to dump* : « déblayer ») désigne la pratique consistant, pour une entreprise ou pour un État, à vendre un produit déterminé moins cher à l'étranger que sur le marché intérieur. Diverses motivations entraînent cette pratique : conquérir un marché nouveau, éliminer un concurrent sur le marché, etc.

Si ces deux pratiques ont des effets similaires, qui se traduisent par la fixation artificielle d'un prix par rapport aux prix normaux du marché, elles ne recouvrent pas nécessairement des pratiques identiques. Entretenant une certaine confusion, l'Union européenne a pendant longtemps traité le problème du dumping et des subventions dans un même règlement<sup>169</sup>. Cette situation a renforcé l'idée selon laquelle les subventions pouvaient être appréhendées par l'intermédiaire des droits antidumping. Deux règlements distincts ont eu à aborder ces deux aspects<sup>170</sup>, mais la pratique communautaire continue de réserver une préférence aux mesures antidumping<sup>171</sup>. C'est l'observation de Vincent Bouhier selon laquelle, « il semble que les autorités communautaires ne sollicitent pas suffisamment la complémentarité des deux instruments pour lutter efficacement contre les pratiques déloyales »<sup>172</sup>. Il existerait même une préférence communautaire pour l'instrument antidumping.

Du point de vue du système commercial multilatéral, la principale observation à faire relativement aux rapports de l'ORD est que l'instrument antidumping représente pour certains Etats, le seul outil efficace<sup>173</sup>. D'un point de vue européen, on note une défaillance communautaire face aux pratiques de subventions.

---

Il existe aussi des formes indirectes de dumping : par exemple, l'attribution de primes à l'exportation ou le remboursement aux exportateurs de tout ou partie des charges fiscales ou sociales. Ces mesures sont considérées comme déloyales par [l'OMC](#), condamnées par le droit international public». Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de l'Accord sur les subventions, celles-ci peuvent être définies comme « toute contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre, tout soutien aux revenus ou aux prix, destinés à conférer un avantage à des entreprises ou à une branche de production ».

<sup>169</sup> V. Règlement (CEE) n° 2423/88 du Conseil du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui ont fait l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE* L 209 du 2 août 1988, p. 1.

<sup>170</sup> V. Règlement (CE) n° 384/96 du Conseil du 22 décembre 1995, *op.cit.*, p. 1. V. aussi Règlement (CE) n° 2026/97 du Conseil du 6 octobre 1997, relatif à la défense contre les importations qui ont fait l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 288 du 21 octobre 1997, p. 1.

<sup>171</sup> Cela est confirmé par Jacques BOURGEOIS et autres *in Politique commerciale commune, op.cit.* p. 195. V. aussi Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Trente-sixième rapport annuel de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2017), *COM(2018) 561 final*, Bruxelles, le 31 juillet 2018, p. 2.

<sup>172</sup> V. Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de l'Union européenne, op.cit.* p. 212.

<sup>173</sup> L'Inde comptait 177 mesures antidumping en vigueur au 30 juin 2006, pour aucune mesure compensatoire. Il en est de même pour le Brésil, avec 49 mesures antidumping en vigueur à la même date pour une mesure antisubventions. Les utilisateurs traditionnels, tels que l'Australie et le Canada, semblent avoir un recours plus régulier à ce type de mesure. Ainsi, le Canada en comptait 5 en juin 2006. Ces statistiques ont été établies à partir des différents rapports de l'OMC entre 1998 et 2007, [www.wto.org/french/res\\_f/reser\\_f/annual\\_report\\_f.htm](http://www.wto.org/french/res_f/reser_f/annual_report_f.htm). OMC, Rapport annuel 2007, OMC, Genève, 2007, p. 38.

De nombreuses plaintes ne font pas l'objet d'une ouverture de procédure, parce qu'elles ne sont pas officiellement reconnues. Cela est dû à la faculté laissée à la Commission européenne d'évaluer, avant l'ouverture de la procédure, l'allégation du recours aux pratiques déloyales et les preuves apportées par l'industrie en cause, au moment de la constitution du dossier. Cette phase qui conditionne la suite de la procédure, permet d'écarter une plainte pouvant être pourtant justifiée. Il est fréquent, confie Gérard Jourdan, ancien délégué général de la Fédération des minerais et métaux, « qu'un Etat ou la Commission essaie de dissuader une industrie de porter plainte contre un pays ami »<sup>174</sup>.

Dans un Mémoire publié en 1993, on peut lire que « la procédure antisubventions [était] trop faiblement utilisée par la Communauté européenne et [que] trop souvent les entreprises [étaient] dissuadées d'y avoir recours<sup>175</sup> ». Il arrive encore aujourd'hui que des fédérations professionnelles ou des industries alertent les autorités européennes sur l'existence de subventions, sans pour autant que celles-ci se décident d'agir. Or, sans accord tacite, en amont de la plainte, la procédure a peu de chance d'aboutir. Par ailleurs, on note un recours incident au règlement sur les obstacles au commerce (ROC), instrument s'inspirant directement de la Section 301<sup>176</sup> du *Trade Act* des Etats-Unis. La filiation est essentielle pour comprendre le rôle que devait jouer cet instrument dans le système de défense commerciale européen. Son adoption marquait la volonté d'appréhender l'ensemble des mesures des pays tiers susceptibles de contrevenir au commerce international et causant un préjudice à l'Union européenne. Face à ce discours, l'attente était qu'il y soit fait le plus souvent recours. D'ailleurs, le premier instrument, le Nouvel instrument de politique commerciale (NIPC)<sup>177</sup>, a été en ce sens très décevant.

---

<sup>174</sup> V. Gérard JOURDAN, « Peut-on parler de politique communautaire en matière commerciale ? », *Annales des Mines*, Série « Réalités industrielles », février 1994, p. 25.

<sup>175</sup> V. « Mémoire : politique commerciale de la Communauté du 24 août 1993 », in Patrick HOGUET, Les enjeux de la négociation du GATT (cycle d'Uruguay), Délégation des Communautés européennes, Rapport d'information n° 679, Assemblée nationale, vol. 1, 2 novembre 1993, p. 173 et s.

<sup>176</sup> La Section 301 vise l'application de mesures commerciales aux pays étrangers qui maintiennent une loi, une politique ou une pratique qui viole ou compromet les droits ou avantages conférés aux Etats-Unis par des accords commerciaux, ou qui est injustifiable, déraisonnable ou discriminatoire et entrave ou restreint le commerce américain. Le texte est reproduit dans l'annexe d'un rapport de l'ORD. Voir Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis-Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152R, du 22 décembre 1999, p. 393 et s.

<sup>177</sup> V. Règlement (CEE) n° 2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984, relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites, *JOCE L* 252 du 20 septembre 1984, p. 1.

Pour remédier à la faiblesse du nombre de procédures et pour répondre aux nouvelles exigences des accords de l'Uruguay Round, un second instrument, le ROC<sup>178</sup>, a été adopté. Son champ d'action a été élargi pour appréhender les obstacles aussi bien sur les marchés étrangers que ceux qui ont des effets au sein même du marché communautaire. C'est pourquoi la Commission européenne insistait sur le recours au ROC en affirmant que « l'Union européenne pourrait recourir davantage au règlement « Obstacles au commerce », qui permet à la Commission de prendre des mesures immédiates pour contraindre un pays à respecter les obligations qu'il a contractées en vertu de règles commerciales internationales (...) »<sup>179</sup>. L'objectif de la Commission a été dès lors de faire de cet instrument un « fer de lance » afin d'obtenir un meilleur accès aux marchés étrangers. Cependant, s'il apparaît bien qu'un effort ait été fait depuis l'adoption du ROC, l'Union reste largement en retrait dans sa lutte contre les obstacles au commerce. Et pourtant, l'efficacité de cet instrument ne souffre d'aucune contestation. Elle peut être constatée non seulement par rapport au nombre de procédures ouvertes, mais aussi relativement au fait que le ROC est une voie d'action pouvant aboutir à la saisine de l'ORD.

Autre insuffisance, le recours tardif aux mesures provisoires. En effet, les droits provisoires ont pour objectif d'éliminer momentanément le préjudice subi par l'industrie communautaire. Ils peuvent être imposés par la Commission européenne, au plus tôt, deux mois après l'ouverture de la procédure, s'il existe suffisamment d'éléments de preuve confirmant la pratique déloyale et l'existence d'un préjudice<sup>180</sup>. Les mesures conservatoires sont extrêmement importantes compte tenu de la longueur de la procédure, plus d'un an, ce qui est de nature à aggraver le préjudice. Si les règlements de base visant les pratiques déloyales permettaient une action rapide de la Commission européenne, lors de la constatation effective d'une pratique déloyale et du préjudice, la réalité est tout autre. Il est possible d'exprimer deux observations. La première est que les droits provisoires ne sont pas systématiquement imposés. La seconde est en lien avec le délai à partir duquel interviennent les droits provisoires. Si les règlements permettent à la Commission d'agir immédiatement, au bout de deux mois, la pratique s'avère tout à fait différente. Les droits provisoires ne remplissent pas la fonction qui leur est assignée.

---

<sup>178</sup> V. Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994, arrêtant les procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOCE* L 349 du 31 décembre 1994, p. 71.

<sup>179</sup> V. Commission européenne, *Le défi global du commerce international : une stratégie d'accès aux marchés pour l'Union européenne*, Bruxelles, *OPOCE*, 1997.

<sup>180</sup> V. Article 7 du règlement (UE) 2016/1036 sur la défense contre le dumping, *op.cit.*



Leur appréhension par la Commission n'est guère satisfaisante puisque l'impératif de réactivité, propre à l'efficacité des mesures de défense commerciale, n'est pas suffisamment pris en compte.

Pendant longtemps, le Conseil s'était fait remarquer dans son « déni épisodique » de prendre la décision de défense commerciale. Les modalités d'adoption des droits prévoyaient l'obligation d'un vote positif du Conseil pour leur institution. Cela n'obligeait pas pour autant le Conseil à se prononcer systématiquement pour refuser une proposition de la Commission. L'absence de vote pouvait conduire au même résultat dès lors que le délai imparti aux institutions communautaires avait expiré. Elle a conduit à la clôture de procédures, non pas en raison de faits objectifs – comme le retrait de la plainte ou l'existence d'un seuil « *de minimis* » - ou en raison de l'absence d'un élément constitutif (dumping, subvention), mais par l'absence de vote. La reconnaissance de l'intérêt à l'adoption de mesures n'était pas suivie d'effet, sans que cette position soit l'objet d'une décision. Même si de telles situations étaient globalement marginales, il est possible d'en citer deux<sup>181</sup>. Depuis la réforme des modalités de vote par le règlement (CE) n°461/2004, entrée en vigueur le 20 mars 2004, cette hypothèse n'est plus envisageable, car a été introduite, pour le Conseil, l'obligation de recourir à un vote pour rejeter la proposition de la Commission. Celle-ci a d'ailleurs argumenté en ce sens pour obtenir la révision de ce mode d'adoption « afin de rationaliser le processus décisionnel de la Communauté sans modifier les rôles respectifs de la Commission et du Conseil (...) »<sup>182</sup>. Cette évolution des règles était nécessaire, car elle entraînait de nombreuses conséquences. D'abord, la situation antérieure laissait les industries face à une procédure clôturée, sans possibilité de contester cette non-adoption jusqu'à un arrêt de 2003<sup>183</sup> alors que les éléments constitutifs semblaient réunis. La Cour de justice de l'UE a reconnu tardivement que la non-adoption des mesures définitives constituait un acte attaquant. A cette fin, elle est revenue sur les critères permettant de définir si cet acte pouvait être considéré comme attaquant en lien avec l'article 230 du Traité CE.

---

<sup>181</sup> Le premier cas était relatif à une plainte de dumping concernant du tissu de coton en provenance de Chine, Egypte, Inde, Indonésie, Pakistan et Turquie. Le second cas était relatif à une plainte de dumping concernant des barres en aciers inoxydables en provenance de l'Inde. V. l'Annexe D du Dix-septième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté (1999), *COM (1999) 411 final*, Bruxelles, 8 septembre 1999, p. 99.

<sup>182</sup> V. Commission européenne, Proposition modifiée du Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 384/96 du Conseil relatif à la défense commerciale contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part d'un pays non membre de la Communauté européenne et le règlement (CE) n° 2026/97 relatif à la défense contre les subventions qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *COM (2003) 799 final*, Bruxelles, 15 décembre 2003, p. 2.

<sup>183</sup> V. CJCE, *Eurocoton E.A contre Conseil*, aff. C-76/01 P, du 30 septembre 2003.

La Cour a conclu que cet acte était attaquant en ce qu'il « a fixé définitivement la proposition du Conseil dans la dernière phase de la procédure antidumping »<sup>184</sup>, et qu'il a créé des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts des requérants. Cette prise de position de la Cour, qui annulait dans le même temps l'arrêt du Tribunal de Première Instance<sup>185</sup>, ouvrait la voie à un recours justifié face à cette prise de position du Conseil. Cette jurisprudence n'a plus sa raison d'être au regard de la modification des règlements de base, néanmoins elle a permis de marquer d'une sanction cette attitude du Conseil pour défaut de motivation suffisante au regard de l'article 253 du Traité CE<sup>186</sup>. Ensuite, cette défiance du Conseil, sur une proposition de la Commission, signifiait que, momentanément, aucune procédure n'était à nouveau possible. La Commission était donc tentée d'écarter toute nouvelle plainte de l'industrie avant même son ouverture. Enfin, ce fonctionnement assurait aux Etats le moyen de s'abstenir en évitant d'avoir à se positionner par rapport à leur industrie. Il convient cependant de préciser que si cette anomalie est écartée, il n'en demeure pas moins qu'elle a participé à rendre moins efficace la défense commerciale européenne.

Un autre problème est celui de l'inadéquation de la forme des mesures imposées. La défense commerciale européenne ne peut être perçue comme déterminante dans la protection de l'industrie communautaire que si elle se concrétise par l'élimination effective du préjudice. Ainsi, les institutions communautaires disposent d'une palette de mesures<sup>187</sup> qui vont des droits aux engagements en passant par les accords d'autolimitation. Si les droits sont une mesure de rétorsion destinée à hausser le niveau des prix à l'entrée du marché européen, l'engagement repose sur un accord de prix entre les entreprises du pays exportateur et la Commission européenne destiné à éliminer la pratique déloyale. La principale difficulté réside dans le choix de la forme la plus opportune pour faire disparaître le préjudice et de garantir à nouveau la « loyauté » de la concurrence étrangère sur le marché intérieur. En dépit de l'éventail de mesures dont dispose l'Union, il apparaît que le recours à certaines d'entre elles, par les institutions communautaires, soit inefficace pour diverses raisons.

---

<sup>184</sup> *Id.*, p. 242.

<sup>185</sup> V. TPI, *Eurocoton contre Conseil*, aff. T-213/97, du 29 novembre 2000.

<sup>186</sup> V. CJCE, *Eurocoton contre Conseil*, précité, points 89-94. Ce raisonnement a été repris dans un arrêt du TPI, *Philips c/ Conseil*, aff. T-177/00, du 17 mars 2005, point 17.

<sup>187</sup> V. Article 8 du Règlement (UE) 2016/1036 sur le dumping et article 13 du Règlement (UE) 2016/1037 sur les subventions.

L'institution d'un droit antidumping ou antisubventions relève d'un pouvoir discrétionnaire des institutions européennes, en l'occurrence la Commission, le Conseil et le Parlement étant consultés<sup>188</sup>. La Cour le reconnaît en estimant que les institutions disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet effet<sup>189</sup>. Afin de garantir l'effectivité de ce pouvoir d'appréciation, elle a eu à considérer que la légalité de l'acte du Conseil ne pouvait être affectée que s'il était entaché d'un caractère « manifestement inapproprié »<sup>190</sup> par rapport aux objectifs poursuivis par l'institution compétente. Elle a vérifié si la Commission « n'a pas commis des erreurs manifestes dans son appréciation des faits, omis de prendre en considération des éléments essentiels qui seraient de nature à faire croire à l'existence d'un effet de subvention, ou fait entrer dans leur motivation des considérations consécutives d'un détournement de pouvoir<sup>191</sup> ». Pour effectuer son contrôle, la Cour distingue des intérêts de nature divergente, d'abord ceux des importateurs et des exportateurs, ensuite ceux de l'industrie communautaire<sup>192</sup>. Elle établit une hiérarchie en leur sein en privilégiant les intérêts de l'industrie communautaire. Il ressort de la jurisprudence que le droit imposé doit être empreint d'un objectif d'efficacité<sup>193</sup>. Le contrôle effectué dans le cadre de la défense commerciale est finalement très protecteur pour les institutions communautaires, puisqu'il est marqué par la « volonté du juge communautaire de ne pas entraver l'action communautaire » et s'apparente ainsi à un contrôle minimum<sup>194</sup> ou restreint<sup>195</sup>.

---

<sup>188</sup> V. CJCE, *Neotype Techmashexport GmbH contre Commission et Conseil des Communautés*, aff. C-305/86 et C-160/87, du 11 juillet 1990, point. 58.

<sup>189</sup> Pour les subventions, CJCE, *Fédération de l'industrie de la CEE (Fédiol) contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-191/82, arrêt du 4 octobre 1983, point 26. Pour le dumping CJCE, *Cartorobica Spa contre Ministro delle finanze dello stato*, aff. C-189/88, du 27 mars 1990, point 25. V. aussi Joël BOUDANT, *L'anti-dumping communautaire*, précité, p. 217 et s. et Paulette VANDER SHUEREN, « New anti-dumping rules and practice : wide discretion held on a tight leash ? », Pays-Bas, *Common Market Law Review*, vol. 33, n° 2, 1996, p. 274.

<sup>190</sup> V. TPI, *N M B France SARL, N M B- Minebea-GmbH, N M B UK Ltd et N M B Italia Srl contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-162/94, du 5 juin 1996, 1996, point. 70.

<sup>191</sup> V. CJCE, *Fédiol contre Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, point 30.

<sup>192</sup> V. TPI, *International Potash Company contre Conseil de l'Union européenne*, aff. T-87/98, du 29 septembre 2000, point 42.

<sup>193</sup> V. TPI, arrêt du 29 septembre 2000, affaire T-87/98, *op.cit.*, point 52. Le Tribunal se prononce précisément sur ce point en estimant, « eu égard au fait qu'un droit antidumping vise à éliminer le préjudice causé à l'industrie communautaire par des pratiques de dumping, il est raisonnable pour lesdites institutions de tenir compte, dans le choix du droit à imposer, de considérations tenant à l'efficacité de la mesure qu'elles envisagent de prendre ».

<sup>194</sup> V. Maurice-Christian BERGERES, *Contentieux communautaire*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1998, p. 233 et s. V. aussi Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, Coll. « Droit international », 2001, p. 550.

Cependant, il n'oblige pas les institutions à adopter le meilleur type de droit pour l'industrie communautaire. Pourtant, les institutions communautaires disposent d'alternatives crédibles pour établir des droits efficaces permettant de lutter durablement contre les pratiques déloyales. La principale possibilité réside dans le recours à la combinaison de droits, dispositif reconnu par le Tribunal dans l'affaire *International Potash Company*<sup>196</sup>. A côté des droits, les engagements posent aussi problème. Leur efficacité est tributaire de leur application, la Commission devant examiner si les engagements de prix sont bien respectés. A cette fin, elle ne dispose que des renseignements des exportateurs et de leur volonté de ne pas trahir l'accord passé. Il s'agit tout au plus d'une relation de confiance<sup>197</sup>. Or, il s'avère que les engagements de prix sont difficiles à surveiller en raison de l'insuffisance du nombre de fonctionnaires dévolus à la défense commerciale. C'est sans doute pour cette raison que les engagements de prix sont mal perçus. Cela se pressent à la lecture du rapport du Délégué général de la Fédération des minerais et métaux selon lequel: « certaines plaintes se sont conclues par des engagements de prix de la part des entreprises visées, mais ils seront en général mal respectés et déboucheront sur des réexamens, puis sur de nouveaux engagements<sup>198</sup> ». Toutes ces insuffisances décisionnelles auront inéluctablement des conséquences sur l'industrie communautaire.

## 2. Les répercussions dommageables pour l'industrie communautaire

La présence de certaines défaillances dans le processus décisionnel n'est pas sans conséquence pour l'acteur qui aurait dû en bénéficier : l'industrie ayant déposé la plainte. On peut distinguer deux niveaux de conséquences. Le premier est lié à la survie de l'activité de l'industrie qui subit les pratiques déloyales. Le second, à plus long terme, concerne la stratégie industrielle de l'Union européenne et son intérêt à protéger activement certains secteurs d'activité essentiels à son développement.

---

<sup>195</sup> V. Philippe MANIN, *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, 2005, p. 435.

<sup>196</sup> V. TPI, arrêt du 29 septembre 2000, *op.cit.*, points 58-60.

<sup>197</sup> *Id.*, point 43.

<sup>198</sup> V. Gérard JOURDAN, « Peut-on parler de politique communautaire en matière commerciale ? », *op.cit.*, p. 27.

Les dommages subis par l'industrie communautaire peuvent être le résultat soit d'un contournement de droits, soit de l'absence de mesures prises dans les délais raisonnables par rapport à l'urgence d'une situation<sup>199</sup>. Dans les deux situations, les conséquences sont les mêmes pour l'industrie, à partir des travaux réalisés par la Commission lors de chaque procédure de réexamen. A cette occasion, la Commission étudie précisément l'état de l'industrie à l'origine de la plainte et dresse un bilan de son évolution à compter de l'introduction des mesures adoptées pour éliminer le préjudice et rétablir les conditions d'une concurrence loyale. L'effet des mesures de défense commerciale est alors directement évalué. Deux types de dommages sont directement appréhendables. Le plus grave est relatif à la cessation d'activité de l'entreprise européenne ; le second est l'absence de l'élimination du préjudice qui conduit à la fragilisation de l'industrie plaignante.

La cessation d'activité d'une entreprise peut recouvrir deux dimensions. La première correspond à la cessation définitive de la production. Elle peut être totale lorsque l'entreprise est conduite à l'arrêt définitif de son activité en raison de sa faillite, ou partielle lorsqu'il s'agit de fermer une branche de production, indépendamment de la poursuite de ses autres secteurs d'activité. La seconde dimension correspond à la cessation de l'activité dans l'Union sans arrêt de la production. L'industrie va procéder à un transfert de ses activités sous la forme d'une délocalisation en dehors de l'UE. Ces différentes situations sont relativement limitées tant il est rare de constater ce type de dommages pendant le déroulement de la procédure, néanmoins elles se sont déjà présentées. Il est des cas où le seul producteur européen a été amené à fermer son site de production. Le cas s'est présenté dans le cadre de la plainte relative aux importations de manganèse sous forme brute en provenance de Chine<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Par exemple, la Commission a soulevé ce problème de manque de réactivité pour les cas du retrait des engagements, tout comme l'absence de délai contraignant pour les examens, nuisant à l'efficacité de la défense commerciale. Cette dernière a considéré clairement – pour reprendre l'exemple du retrait d'acceptation des engagements – que la procédure initiale des règlements antidumping et antisubventions en la matière était « inutilement longue », retardant de fait l'imposition de droits pour mettre fin au préjudice. Commission européenne, Proposition modifiée du Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 384/96 du Conseil relatif à la défense commerciale contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part d'un pays non membre de la Communauté européenne et le règlement (CE) n° 2026/97 relatif à la défense contre les subventions qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *COM (2003) 799 final, op. cit.*, p. 4.

<sup>200</sup> V. Décision de la Commission (93/519/CE) du 28 septembre 1993, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de manganèse sous forme brute contenant plus de 96% en poids de manganèse, originaire de République populaire de Chine, *JOCE L 244* du 30 septembre 1993, p. 32.

Si la plainte a bien été déposée, l'enquête ouverte et commencée à être menée, la procédure a été clôturée après que le producteur ait signifié la cessation de sa production. Pourtant, la Commission avait mis en évidence la pratique du dumping, mais elle a estimé fort logiquement que les mesures de protection devenaient « superflues »<sup>201</sup>. Dans d'autres plaintes, un ou une partie des producteurs a été conduit à la cessation d'activité. Cette situation s'est produite lors de l'enquête relative aux importations de sulfate de cuivre originaires de Yougoslavie<sup>202</sup>. La Commission a réévalué les droits antidumping définitifs à la suite de la cessation d'activité de deux producteurs communautaires<sup>203</sup>, le dumping perdurait et menaçait l'ensemble de l'industrie communautaire. Le déroulement de cette procédure laissait largement entrevoir le lien de causalité entre l'inadéquation des droits et la cessation d'activité<sup>204</sup>.

La remise en cause de l'activité de production donnant lieu à délocalisation a eu aussi à se produire. On peut citer le cas de la plainte du principal producteur de télécopieurs personnels de la Communauté, Philips. A l'époque l'Union ne comptait qu'un autre producteur qui avait refusé de soutenir la plainte de Philips en raison de ses liens avec des exportateurs. Philips représentait alors 50% de la production communautaire. A la suite de l'enquête, la Commission a démontré l'existence d'un préjudice, la présence d'un dumping et le lien de causalité entre les deux. Le Conseil adopta un règlement imposant des droits définitifs à l'égard de plusieurs pays<sup>205</sup>. La Commission avait motivé sa proposition en faveur de l'adoption de mesures, entre autres, par la nécessité d'éviter tout risque de cessation d'activité de cette industrie dans l'Union. En 2001, Philips annoncera la délocalisation d'une partie de ses activités et la cessation progressive de celles restant dans la Communauté<sup>206</sup>.

---

<sup>201</sup> *Id.*, p. 32.

<sup>202</sup> V. Règlement (CEE) n° 1244/86 du Conseil du 28 avril 1986, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de sulfate de cuivre originaires de Yougoslavie, *JOCE* L 113 du 30 avril 1986, p. 4

<sup>203</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>204</sup> V. Décision de la Commission (95/187/CE) du 31 mai 1995, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de certains mouvements de montres originaires de Malaisie et de Thaïlande, *JOCE* L 121 du 1 juin 1995, p. 76.

<sup>205</sup> V. Règlement (CE) n° 904/98 du Conseil du 27 avril 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaisie, de Singapour, de Taiwan et de Thaïlande, *JOCE* L 128 du 30 avril 1998, p. 1.

<sup>206</sup> V. Règlement (CE) n° 495/2002 du Conseil du 18 mars 2002, abrogeant le règlement (CE) n° 904/98 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaisie, de Singapour, de Taiwan et de Thaïlande, *JOCE* L 78 du 21 mars 2002, p. 2.

Le recours à la défense commerciale, dans une perspective unique de protection des intérêts industriels de l'Union, s'affirme comme un instrument bénéfique pour l'industrie communautaire. La défense commerciale européenne s'avère capable de mettre un terme aux pratiques déloyales atteignant l'industrie européenne. La Commission relèvera dans certains règlements que « le fait qu'aucune usine n'ait été fermée semble s'expliquer par l'approche stratégique des producteurs concernés, encouragés par l'existence de mesures antidumping visant les briquets jetables »<sup>207</sup>. Cette perception positive d'un droit adéquat est également confirmée par le fait qu'à l'occasion d'un réexamen des mesures, le droit adopté lors du règlement définitif ne soit pas remis en cause. La Commission vise dans ces procédures à prévenir la menace d'un dommage à venir, latent, en raison de la poursuite du dumping, mais neutralisé par l'imposition de droit. Cette argumentation s'est présentée notamment dans le règlement (CE) n°769/2002 du Conseil relatif à l'importation de Coumarine en provenance de Chine<sup>208</sup> et dans le règlement (CE) n°1011/2002 du Conseil relatif à l'importation de charbon activé en poudre de Chine<sup>209</sup>. Les difficultés de la défense commerciale européenne portent aussi sur les obstacles institutionnels au niveau de l'Union.

## **B. Les obstacles institutionnels à la défense commerciale européenne**

La défense commerciale est un outil à la disposition de l'Union européenne dont le but est d'éliminer les pratiques contraires aux règles du commerce international. Cette finalité essentielle a tendance à être contrariée par différents obstacles compromettant son efficacité. L'un prend sa source dans l'attribution d'un large pouvoir d'appréciation aux institutions communautaires qui leur autorise un usage très partiel des possibilités qu'offrent les instruments de défense commerciale. Celles-ci peuvent parfois rejeter l'imposition d'une mesure de défense commerciale indépendamment de la réunion des éléments constitutifs nécessaires à son adoption.

---

<sup>207</sup> V. Règlement (CE) n° 174/2000 du Conseil du 24 janvier 2000, abrogeant les parties du règlement (CEE) n° 3433/91 concernant le droit antidumping définitif institué sur les importations de briquets de poche avec pierre, à gaz, non rechargeables, originaires du Japon, *JOCE* L 22 du 27 janvier 2000, p. 16.

<sup>208</sup> V. Règlement (CE) n° 769/2002 du Conseil du 7 mai 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de coumarine originaires de la République populaire de Chine, *JOCE* L 123 du 9 mai 2002, p. 1.

<sup>209</sup> Règlement (CE) n° 1011/2002 du Conseil du 10 juin 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de charbons activés en poudre originaires de la République populaire de Chine, *JOCE* L 135 du 14 juin 2002, p. 1.

Le second résultat de l'intervention, au sein même du système juridique communautaire, des obligations internationales contractées par l'Union auprès de l'Organisation mondiale du commerce. Ces obligations limitent la capacité de l'Union à réformer unilatéralement ses instruments de défense commerciale. Ainsi l'application des instruments de défense est sujette parfois à diverses considérations. La question de leur instrumentalisation se pose à ce niveau (1) en plus de son assimilation à un instrument diplomatique (2).

### **1. L'instrumentalisation de la défense commerciale par les institutions européennes**

La défense commerciale n'est effective qu'à partir de sa mise en œuvre par les institutions. Si elles ont l'obligation de respecter les conditions d'application des mesures de défense commerciale figurant dans les différents règlements de base, le Conseil n'avait pas pour obligation d'en adopter une<sup>210</sup>. Il en est de même pour la Commission qui a la possibilité d'écarter en amont une plainte<sup>211</sup>, avant même l'ouverture de l'enquête ou au cours de la procédure, en justifiant d'un intérêt communautaire<sup>212</sup>. Les considérations amenant à refuser l'adoption d'une mesure de défense commerciale « résultent alors de motivations non plus objectives telles que le constat de dumping ou de subventions ou encore du préjudice, mais d'intérêts économiques, politiques ou diplomatiques subjectifs<sup>213</sup> ». L'instrumentalisation résulte de deux facteurs : l'absence de cohésion politique entre les Etats membres sur la défense commerciale et l'assimilation de la défense commerciale à un instrument de politique étrangère.

La préoccupation relative à la défense commerciale apparaît dès 1947 comme option laissée à la libre appréciation des Etats. Si certains principes du GATT sont impératifs, la défense commerciale est, quant à elle, considérée comme conditionnelle<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Le Tribunal de première instance de l'UE a pris position en ce sens, en affirmant que « les requérants ne peuvent pas (...) se prévaloir d'un droit à ce que le Conseil adopte une proposition de règlement instituant des droits antidumping définitifs qui lui seraient soumis par la Commission ». V. Arrêt *Eurocoton e.a. contre Conseil de l'Union européenne*, précité, point 62.

<sup>211</sup> La Commission peut le faire lorsqu'elle estime que les éléments de preuve ne sont pas suffisants, sachant qu'aucun contrôle juridictionnel n'existe à ce stade de la procédure. V. par exemple l'article 10§3 du Règlement (UE) 2016/1037 sur les subventions.

<sup>212</sup> *Id.*, article 21 §1

<sup>213</sup> V. Vincent BOUHIER, *La défense commerciale de l'Union européenne*, *op.cit.* p. 277.

<sup>214</sup> V. Patrick MESSERLIN, *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, *op.cit.*, p. 37 et s.



L'adoption d'une législation de défense commerciale par un Etat, est le signe, pour celui-ci, d'un positionnement en faveur de la régulation des échanges. Le choix de chaque partie s'est opéré en fonction de ses propres intérêts et de son propre héritage à l'égard du libéralisme. L'Union, en ce qui la concerne, a du concilier à la fois des philosophies économiques fortement contradictoires et des intérêts opposés. Ces différences de position au sein de l'entité européenne se sont manifestées rapidement, au travers de projets d'intégration économique concurrents. Un premier projet privilégiait une approche très libre-échangiste reposant sur la constitution d'une zone de libre-échange, tandis qu'un second s'orientait vers la mise en place d'une union douanière avec des politiques de régulation. La création de la Communauté européenne, issue du second projet, n'a pas effacé toutes ces divergences. Bien au contraire, elle s'est retrouvée confrontée à ces deux conceptions. La position la plus libérale, favorable au libre-échange, même unilatéralement, était défendue, dès 1957, par les Pays-Bas et l'Allemagne<sup>215</sup>. La position la plus protectionniste, favorable à une libéralisation des échanges maîtrisée voire administrée et sous couvert de réciprocité entre Etats, était soutenue par la France et l'Italie<sup>216</sup>.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la défense commerciale, difficile à uniformiser au sein de la Communauté, au cours de la période transitoire. Cette situation a été aggravée par l'adhésion d'Etats à l'origine favorables au projet de constitution d'une zone de libre-échange, tels que la Grande-Bretagne. Les deux tendances subsistent encore au sein de l'Union européenne<sup>217</sup>. A cette absence de cohésion se superpose un attachement variable à la défense commerciale, lié au degré de préjudice national subi. Chaque Etat membre, sous la pression de lobbies, est amené à se déterminer relativement à la nature de l'industrie nationale concernée et des effets potentiels des mesures envisagées<sup>218</sup>. L'adoption d'une mesure de défense commerciale donne lieu alors à un arbitrage, un compromis, entre Etats membres privilégiant les intérêts sectoriels nationaux aux dépens de l'intérêt communautaire.

---

<sup>215</sup> V. Pierre GERBET, *La construction de l'Europe*, Paris, Armand Colin, 2007, 584 pages.

<sup>216</sup> V. Hans Jürgen KUSTERS, *Fondements de la Communauté économique européenne*, coll. « Europe », Labor, 1990, p. 358.

<sup>217</sup> V. Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 12-13.

<sup>218</sup> Sur le lobbying lors du processus décisionnel, voir Joël RIDEAU, « Groupes de pression et administration dans la Communauté européenne », *Annuaire européen d'administration publique*, 1992, pp. 205-247 et Joël RIDEAU, « Les groupes d'intérêt dans le système institutionnel communautaire », *Revue des Affaires Européennes*, 1993, n°3, pp. 49-73.

Cela nuit à l'efficacité de la défense commerciale. Elle s'en retrouve affaiblie par les divergences des Etats membres au sujet du commerce international. Pourtant, l'Union européenne s'appréhende comme un espace juridique unifié<sup>219</sup>. Cette conception a été validée par la Cour de justice en parlant de l'existence d'un ordre juridique propre<sup>220</sup>. Face à ce système juridique cohérent, s'impose une communauté politique marquée par son manque d'homogénéité<sup>221</sup>. Cette situation rejaillit sur les questions de politiques commerciales.

L'Union européenne se présente donc comme une entité juridique unie autour de son marché intérieur, disposant d'instruments juridiques uniformisés, mais qui ne s'est pas définie de stratégie en matière de politique commerciale<sup>222</sup> et encore moins de lignes directrices relatives à sa défense commerciale<sup>223</sup>. Or, l'uniformisation des instruments n'est pas suffisante à l'élaboration d'une politique commerciale. Elle n'est qu'un moyen, devant être renforcé par des objectifs prédéterminés. L'Union européenne fonctionne principalement par l'adoption successive de positions communes<sup>224</sup>. Cela constitue un frein réel à l'établissement d'une politique commerciale cohérente, ce qui se répercute notamment sur la défense commerciale. L'examen de la politique commerciale européenne aboutit à considérer que l'Union est divisée autour de deux blocs, l'un constitué des pays du Nord, l'autre par ceux du Sud, le « bloc méditerranéen ». Le premier groupe, les pays du Nord, représente la tendance la plus libérale, très favorable au libre-échange. Ils sont enclins à limiter l'emploi des mesures de défense commerciale<sup>225</sup>.

---

<sup>219</sup> V. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2001, pp. 77-81. V. aussi Pierre-Yves MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, p. 28.

<sup>220</sup> V. CJCE, *Costa contre ENEL*, aff. 6/64, du 15 juillet 1964, p. 1141 et CJCE, *Simmenthal*, aff. 106/77, du 9 mars 1978, p. 629.

<sup>221</sup> V. Hugo PAEMEN et Alexandra BENSCH, *Du GATT à l'OMC : la Communauté européenne dans l'Uruguay Round*, Belgique, Presses universitaires du Louvain, 1995, p. 98.

<sup>222</sup> Seule une stratégie d'accès aux marchés a été définie, mais sa mise en œuvre reste limitée comme le démontre le nombre de procédures ouvertes sur le fondement du ROC. V. Commission européenne, *Le défi global du commerce international : une stratégie d'accès aux marchés pour l'Union européenne*, OPOCE, COM(96) 53 final, 1997, p. 8.

<sup>223</sup> V. Hugo PAEMEN et Alexandra BENSCH, *op.cit.*, p. 161.

<sup>224</sup> Les négociations lors de l'Uruguay Round sont particulièrement riches d'enseignements. La Communauté européenne a principalement adopté des positions communes en réaction aux propositions des autres partenaires commerciaux. Le Conseil a eu, en effet, toutes les difficultés à définir une stratégie globale en matière de politique commerciale, sous forme d'un mandat offensif à la Commission pour négocier lors de ce round. L'Accord de Blair House est en ce sens l'exemple le plus probant. V. Hugo PAEMEN et Alexandra BENSCH, *Id.*, p. 98.

<sup>225</sup> V. Terence P. STEWART, *The GATT Uruguay Round : a negotiating history (1986-1992)*, Boston, Kluwer Law International, 1993, 1382 pages.

Ils estiment qu'elles entravent les échanges commerciaux et empêchent de bénéficier pleinement des avantages comparatifs en soutenant des industries non compétitives<sup>226</sup>. Les mesures de défense commerciale les plus décriées sont les mesures de sauvegarde.

Les Etats du second groupe sont de tradition plus interventionniste et sont favorables à une économie plus régulée, plus administrée<sup>227</sup>. Ils sont souvent soupçonnés de vouloir recourir à des moyens plus protectionnistes. Ils sont disposés à permettre un recours plus systématique aux mesures de défense commerciale afin de faire obstacle aux excès de la libéralisation. La seule limite à ce recours se trouve dans le respect des règles internationales.

L'opposition entre les Etats membres au sujet de la défense commerciale n'est pas seulement théorique, elle a des implications pratiques. L'adoption des mesures de défense commerciale devient difficile au sein de l'Union européenne. Celle-ci trouve sa source dans les modalités de vote des procédures, ce qui laisse aux Etats, par le biais du Parlement, du Conseil et des Comités, le contrôle de leur institution. La procédure de défense commerciale laisse la décision finale appartient à la Commission quels que soient les instruments visés, mais elle est encadrée doublement. En premier lieu, la Commission ne peut instituer une mesure de défense commerciale qu'après avoir obtenu l'avis favorable du Comité. Or, les Etats contrôlent le Comité par leurs représentants. En second lieu, le Parlement et le Conseil disposent d'un droit de regard bien que celui-ci soit limité. Pendant longtemps, le processus décisionnel a été unifié. Il était obligatoire que le Conseil se prononce en faveur de la proposition de la Commission.

La première réforme sur ce point a donc été adoptée en 1994 avec le règlement (CE) n°522/94 du Conseil, instaurant la prise de décision à la majorité simple du Conseil<sup>228</sup>. Les deux règlements relatifs aux pratiques de dumping et de subventions, visant les résultats du cycle d'Uruguay, ont imposé à leur tour la majorité simple<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> V. Dominique PANTZ, *Institutions et politiques commerciales internationales du GATT à l'OMC*, Paris, Armand Colin, Coll. « U Economie », 1998, p. 177.

<sup>227</sup> V. Sylvie JAVELOT et Jean-Marc SIROEN, « Les nouveaux instruments de politique commerciale », *Revue économique*, vol. 45, n° 3, 1994, p. 499.

<sup>228</sup> V. Article 12 §2 du règlement (CEE) n° 2176/84 du Conseil du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de dumping ou de subventions par les pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L* 209 du 2 août 1988, p. 1.

<sup>229</sup> Pour le règlement antidumping, voir article 9 §4 du règlement (CE) n° 384/96 du Conseil du 22 décembre 1995, *op. cit.*, p. 1. Pour le règlement antisubventions, voir l'article 15 §1 du règlement (CE) n° 2026/97 du Conseil du 6 octobre 1997, *op. cit.*, p. 16.

Quant au Règlement sur les obstacles au commerce (ROC), celui-ci a fait l'objet d'une réforme. Avant, l'adoption de la mesure proposée devait se faire par un vote positif du Conseil à la majorité qualifiée<sup>230</sup>. Cette dernière rendait plus difficile son adoption. Elle était également nécessaire au Conseil, dans le cadre du ROC, pour demander la modification d'une proposition de clôture de la procédure<sup>231</sup>. Par conséquent, le Conseil avait une position centrale dans la mise en œuvre effective des mesures de défense commerciale, ouvrant la voie à une intervention des Etats. Avec la réforme de ce Règlement<sup>232</sup>, la Commission est devenue le principal acteur après le « Comité des obstacles au commerce ». Elle est investie d'un véritable pouvoir de décision. Bien entendu, tel qu'indiqué à propos des mesures antisubventions et antidumping, les Etats membres disposent toujours, par le truchement de leurs représentants, d'un pouvoir de contrôle, au travers du Comité et d'un droit de regard, par le biais du Conseil et du Parlement européen.

L'efficacité de la défense commerciale européenne dépend du fonctionnement des institutions et de leur capacité à prendre en compte l'intérêt communautaire. Dans cette perspective, la place du Conseil, dans l'architecture institutionnelle de l'Union, a longtemps été incontournable. Denys Simon rapportait déjà que dans le domaine des compétences communautaires, « *le Conseil apparaît comme l'organe investi de la fonction législative* », le « *titulaire principal du "pouvoir de décision"* »<sup>233</sup> dans l'Union. Cette armature institutionnelle créait de véritables difficultés compte tenu de la composition du Conseil qui réunit tous les Etats membres<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> Pour les mesures de sauvegarde, voir l'article 17 du règlement (CE) n° 3285/94 du Conseil du 22 décembre 1994 relatif au régime commun applicable aux importations et abrogeant le règlement (CE) n° 518/94, *JOCE* L 349 du 31 décembre 1994, p. 53. Pour le ROC, voir l'article 13§ 3 du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994, arrêtant les procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOCE* L 349 du 31 décembre 1994, p. 71.

<sup>231</sup> V. Article 14, paragraphe 4 du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, *idem*, p. 77

<sup>232</sup> V. Règlement (UE) n° 654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international et modifiant le règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, *JOUE* L 189, du 27 juin 2014. V. aussi Règlement (UE) 2015/1843 du Parlement européen et du Conseil arrêtant des procédures de l'Union en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par l'Union des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (texte codifié), *JOUE* L 272/1, du 16 octobre 2015.

<sup>233</sup> V. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 213-214. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2006, p. 436.

<sup>234</sup> Au sein du Conseil, chaque Etat dispose d'un représentant de niveau ministériel, qui siège et qui engage le gouvernement de l'Etat sur les textes qui y sont adoptés, conformément à l'article 203 du Traité CE. V. Louis

Cette composition influait sur le fonctionnement du Conseil, les différents représentants privilégiant les intérêts et les positions politiques de leurs Etats. Joël Rideau rapporte à propos des travaux du Conseil que ceux-ci se « caractérisent beaucoup plus par la recherche d'un compromis entre les intérêts nationaux que par la volonté de dégager les moyens nécessaires à la réalisation des actions indispensables à l'intérêt commun »<sup>235</sup>. Ainsi, le processus décisionnel mis en place entraînait parfois une paralysie des instruments<sup>236</sup>. Il faisait reposer la prise de position des représentants des Etats, sur d'autres considérations que la recherche du seul intérêt communautaire. La présence d'Etats indécis n'est pas un cas rare, principalement lorsqu'un Etat n'a pas une entreprise nationale directement concernée par la mesure de défense commerciale. Dès lors, l'Etat n'ayant aucun intérêt dans le dossier, aura tendance à modifier son vote pour avoir à son tour un soutien suffisant sur un autre dossier. La Commission n'ignorait pas cet état de fait. Elle préférerait, dans ces conditions, écarter une plainte, lorsqu'elle savait, à la suite de consultations, qu'elle ne pourrait réunir la majorité requise au Conseil. En effet, différents comités consultatifs interviennent dans le cadre des procédures de défense commerciale. Ils sont composés de représentants des Etats membres. En émettant un avis sur la plainte, au moment de l'ouverture de la procédure, la Commission, qui préside les comités consultatifs, peut déjà connaître la position des différents Etats siégeant au Conseil.

## **2. L'assimilation de la défense commerciale à un instrument de politique extérieure**

La défense commerciale est encore considérée comme un outil de politique extérieure. Cela démontrait, de la part du Conseil, « une absence de conception sur le rôle spécifique de cet instrument au sein de la Communauté européenne<sup>237</sup> ». La défense commerciale intervient ainsi comme « un outil de circonstances », adaptable aux nécessités des relations extérieures de l'Union. Son application fait l'objet de différents assouplissements.

---

CARTOU, CLERGERIE Jean-Louis, Annie GRUBER et Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz-Sirey, 2006, p. 115.

<sup>235</sup> V. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne et des Communautés européennes*, op. cit., p. 403.

<sup>236</sup> V. Jean de LIPKOWSKI et Frank BOROTRA, *La défense commerciale de la Communauté*, Délégation pour les Communautés européennes, Dossier n° 1, Les documents d'information n° 248, Assemblée nationale, 15 juin 1993, p. 21.

<sup>237</sup> V. Vincent. BOUHIER, op.cit., p. 302.

Cette approche de la défense commerciale a des effets néfastes, entraînant une confusion des intérêts et des objectifs, se traduisant par des décisions contraires à la protection effective de l'industrie européenne. Il s'agit là d'un nouvel obstacle à une mise en œuvre satisfaisante de la défense commerciale.

On note d'abord une application variable de la défense commerciale européenne, application qui est fonction du pays visé. La politique commerciale commune est une politique ambivalente dans la mesure où elle a pour objet d'organiser les échanges de l'Union avec les pays tiers. Elle a nécessairement des implications de politique étrangère. En choisissant de développer des relations commerciales particulières avec un Etat tiers, l'Union européenne entend le plus souvent renforcer ses liens, voire accompagner un pays dans son développement économique<sup>238</sup>. Les Etats ont toujours considéré que la politique commerciale était un vecteur de la politique extérieure, partie intégrante de la souveraineté<sup>239</sup>. Si un transfert de compétences a été effectué en matière de politique commerciale, il est à rappeler que les Etats sont toujours présents, par l'intermédiaire du Conseil, des Comités et des Conseils européens. Ils parviennent ainsi à orienter la politique commerciale en fonction des intérêts politiques préalablement définis. La légitimité de la défense commerciale est contestée par certains Etats membres de l'Union en la considérant comme un frein manifeste au commerce. Vient s'ajouter son caractère unilatéral, perçu comme une marque d'agressivité, à l'égal de toute mesure de rétorsion instituée par un Etat. En effet, à l'exception du ROC, l'ensemble des autres instruments procèdent d'une démarche unilatérale. La conjonction de ces éléments laisse à penser que la défense commerciale n'est pas toujours un dispositif favorisant le développement de relations privilégiées avec les pays tiers.

---

<sup>238</sup> V. Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000 – protocoles – Acte final – Déclarations, JOCE L 317 du 15 décembre 2000. V. Joël LEBULLENGER, « Les dispositions commerciales de l'accord de partenariat ACP/CE de Cotonou confrontées aux règles de l'OMC », *Revue des Affaires Européennes*, n°1, 2001-2002, pp. 75-91 et Francis A.S.T. MATAMBALYA et Susanna WOLF, « The Cotonou Agreement and the Challenges of Making the New EU – ACP Trade Regime WTO Compatible », *JWT*, vol. 35, n° 1, 2001, pp. 123-144.

<sup>239</sup> V. Tanguy DE WILDE D'ESTMAEL, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne : sanctions et incitants économiques comme moyens de politiques étrangères*, *Organisation internationale et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 20-34.

Ce caractère handicapant de la défense commerciale a été mis en avant au moment où les politiques ont formulé le souhait d'un rapprochement significatif de l'Union européenne avec les pays de l'Europe centrale et orientale<sup>240</sup>. Certains de ces pays ont depuis adhéré à l'Union européenne, lors de l'élargissement en 2004<sup>241</sup>. Au lendemain de la chute du mur de Berlin, l'Union européenne s'est engagée dans un processus d'adhésion de ces pays. C'est ainsi que le Conseil européen de Copenhague s'est prononcé sans ambiguïté en faveur de l'adhésion des pays qui le désiraient. Cette prise de position sera confirmée à l'occasion du Conseil européen d'Essen énonçant que :

« [...] la stratégie arrêtée par le Conseil européen est mise en œuvre sur le plan politique par l'instauration (...) « de relations structurées » qui favoriseront la confiance mutuelle et mettront en place un cadre d'intérêt commun. L'élément principal de la stratégie de rapprochement est la préparation des pays associés à l'intégration dans le marché intérieur de l'Union<sup>242</sup> ».

C'est dans cette perspective qu'est intervenu le Conseil européen au sujet de la défense commerciale. Celui-ci invitera la Commission à modifier son approche par rapport à ces pays. Il se prononçait en précisant que :

« [...] la Commission, sans préjudice de la position du Conseil, fournira, dans l'exercice de ses responsabilités en matière de mesures antidumping et de sauvegarde et dans le cadre des différents accords européens, des informations à tout pays associé avant qu'une procédure soit engagée et accordera clairement la préférence, suivant les cas et lorsque cela est approprié, à des engagements de prix plutôt qu'à des droits pour clore l'affaire antidumping en cas de préjudice dûment constaté<sup>243</sup> ».

On constate ainsi que la prise de position par rapport à la gestion de la défense commerciale, en relation avec ces pays, est intégrée dans le cadre d'une énumération de mesures que la Commission devait mettre en œuvre. La volonté de réduire la portée de la défense commerciale est manifeste.

---

<sup>240</sup> Il s'agissait du rapprochement avec la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la République Tchèque et la Slovaquie. En ce sens, Jean DE LIPKOWSKI, *Les accords entre la Communauté et l'Europe centrale et orientale : une occasion manquée ?*, Délégation pour les Communautés européennes, Rapport d'information n° 696, Assemblée nationale, 10 novembre 1993, p. 19.

<sup>241</sup> La Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la République Tchèque et la Slovaquie.

<sup>242</sup> V. Conseil européen d'Essen du 9 et 10 décembre 1994 – Conclusions de la présidence, *Bulletin de l'Union européenne*, 12/1994, p. 13.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 23.

On relève ensuite une utilisation de la défense commerciale dans le cadre de la gestion préventive de crises. Son aménagement répond à des circonstances factuelles. L'Union européenne marque son action par la volonté d'éviter une crise à venir soit avec un pays tiers soit au sein même d'un pays tiers, crise pouvant avoir des répercussions au sein de l'Union. La première hypothèse s'est réalisée avec les Etats-Unis. Les conflits commerciaux entre l'Union européenne et les Etats-Unis sont nombreux. S'il s'est avéré nécessaire de désamorcer les crises par la négociation, il est des différends dont la résolution nécessite l'usage des instruments de défense commerciale. Dans ces conditions, les attitudes divergentes des Etats membres compliquent la gestion du différend pour l'Union. Si certains Etats privilégient l'application de mesures de défense commerciale, la France par exemple, d'autres comme la Grande-Bretagne, encore dans l'Union, ou les Pays-Bas, militent pour la conciliation, privilégiant la préservation des liens avec leurs alliés<sup>244</sup>. Ils n'acceptent de s'aligner sur la position de la Commission que s'ils sont directement visés.

Dans le cadre de l'affaire bananes ayant opposé les Etats-Unis à l'UE, la Grande-Bretagne ne s'est ralliée à la plainte de la Commission que lorsque les autorités américaines ont brandi la menace de la Section 301<sup>245</sup>. La question s'est aussi posée dans le cadre de l'affaire des « sociétés de ventes à l'étranger » (« *Foreign sales corporation* »). Dans ce différend, l'Union européenne a retardé au maximum l'application de mesures de rétorsion, ménageant les Etats-Unis alors que les conditions étaient réunies. Au terme de la procédure, les dispositions législatives américaines avaient été déclarées incompatibles avec les règles de l'OMC. Si l'Union a finalement demandé l'application de mesures de rétorsion<sup>246</sup>, leur adoption a été retardée. Alors qu'elle avait obtenu l'autorisation de l'ORD pour imposer des mesures de rétorsion, l'Union européenne a choisi d'adopter une attitude attentiste<sup>247</sup>. En conséquence, tout le potentiel du dispositif européen de défense commerciale n'a pas été utilisé.

---

<sup>244</sup> V. François DAVID, *Les échanges commerciaux dans la nouvelle économie mondiale*, Paris, PUF, 1994, p. 154.

<sup>245</sup> Sur ce point, voir Rapport du Groupe spécial, *Communauté européenne – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 22.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/43, 14 janvier 1999, p. 3.

<sup>246</sup> V. Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » - Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémoire d'Accord relatif au règlement des différends*, WT/DS108/ABR, 30 août 2002.

<sup>247</sup> Cette temporisation dans l'application des sanctions avait été due à l'attitude de certains Etats membres, alors que l'Union avait obtenu de l'ORD, l'autorisation d'imposer des droits de douane supplémentaires d'un montant allant jusqu'à 4, 043 milliards de dollars US.



Cependant, en dépit du constat établi, il convient de préciser que cette attitude n'est pas systématique<sup>248</sup>. L'ambivalence de l'attitude européenne au sujet de l'application des mesures de défense commerciale peut être constatée lorsque le pays tiers est en butte à de graves difficultés économiques. Il en est ainsi des pays en développement. L'UE tient bien compte de leur statut dans l'application de ses mesures commerciales. Dans ces cas de figure, on note un assouplissement de la position européenne<sup>249</sup>.

En dernier lieu, la défense commerciale est utilisée comme instrument d'ouverture des marchés étrangers lors de négociations commerciales multilatérales. La conduite de la politique commerciale commune est assurée dans une perspective de libéralisation des échanges. Cela est d'autant plus compréhensible que la politique commerciale, dans la perspective des négociations commerciales multilatérales, est une politique de compromis entre concessions accordées et concessions attendues. On comprend pourquoi, lors du cycle d'Uruguay, la Communauté européenne, à l'époque, se soit prononcée en faveur d'une sélectivité dans l'application des mesures de sauvegarde<sup>250</sup>. L'Accord sur les sauvegardes a retenu la sélectivité comme exception au principe d'une application *erga omnes* des mesures afin d'éviter toute forme de discrimination<sup>251</sup>. Qu'à cela ne tienne, la défense commerciale européenne doit tendre vers son renforcement pour une plus grande efficacité de la politique économique de l'Union.

---

<sup>248</sup> La preuve se trouve dans la position européenne à la suite de l'institution de mesures de sauvegarde par les Etats-Unis sur certains produits plats en acier. Face à ces mesures unilatérales, la Communauté, par le biais de l'Accord sur les sauvegardes, avait décidé de l'imposition de mesures de représailles avant même que l'ORD ne se soit prononcé sur leur conformité. V. Règlement (CE) n° 1031/2002 du Conseil du 13 juin 2002, instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 157 du 15 juin 2002, pp. 8-24.

<sup>249</sup> V. par ex. l'article 23 de l'APE *Union européenne – Cariforum* : « Avant d'imposer des mesures antidumping ou compensatoires définitives sur des marchandises importées à partir d'États du Cariforum, la partie CE envisage la possibilité de solutions constructives, conformément aux accords de l'OMC applicables ». V. aussi l'article 24 du même accord : « 2. Nonobstant le paragraphe 1, à la lumière des objectifs généraux de développement du présent accord et compte tenu de la taille réduite des économies des États du Cariforum, la partie CE exclut les importations de tout État du Cariforum de toutes les mesures prises conformément à l'article XIX du GATT de 1994, à l'accord de l'OMC sur les sauvegardes et à l'article 5 de l'accord sur l'agriculture ». Ce genre de disposition se retrouve dans tous les accords conclus avec des pays en développement dont les économies sont de taille réduite.

<sup>250</sup> V. Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 251 et s.

<sup>251</sup> V. Article 5 de l'Accord sur les sauvegardes.

## §2. Un besoin évident de renforcement de la défense commerciale de l'UE

Les tares qui affectent la défense commerciale européenne, relativement à l'effet combiné du processus décisionnel et de l'architecture des institutions intervenant dans ledit processus, doivent conduire à un renforcement de celle-ci afin que les dispositions des accords externes y relatives ne deviennent pas de simples clauses de style. Ce renforcement appelle à une adaptation de la défense commerciale au niveau européen (A) mais aussi à sa consolidation (B).

### A. L'adaptation au niveau européen

L'Union européenne est une Organisation internationale conservant, par définition, une forte dimension étatique<sup>252</sup>. On l'a constaté non seulement à l'occasion de la modification du Traité ayant institué la Communauté européenne<sup>253</sup> qu'au moment de l'intervention du Conseil pour adopter les règlements de base sur la défense commerciale<sup>254</sup>. Le Conseil et le Parlement apparaissent ensemble comme le véritable législateur dans le système communautaire à la lecture de la Section 2 TFUE. Par conséquent, toute modification de la défense commerciale passe par une prise de position des Etats sur la question. L'évolution est rendue indispensable face aux mutations du commerce international ainsi que les défaillances déjà identifiées. Il faut intégrer autour de la question de la défense commerciale, l'évolution de la nature des échanges commerciaux avec leur extension aux nouveaux domaines d'activité que sont les services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. Dans l'optique de faire face à l'inefficacité de la défense commerciale, deux pistes doivent être explorées, l'une relative au pouvoir de chacune des institutions communautaires (1), l'autre portant sur le champ d'application de la défense commerciale européenne (2).

---

<sup>252</sup> V. Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 1722 pages. V. aussi Pierre PESCATORE, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *CDE*, vol. 14, n° 4, 1978, p. 393.

<sup>253</sup> V. Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2006, p. 72.

<sup>254</sup> L'expression « règlements de base » renvoie aux règlements ayant été pris directement sur la base des traités, par opposition aux règlements d'exécution qui constituent des mesures d'application des règlements de base. V. Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016, 922 pages.

## 1. Une modification indispensable de l'équilibre du processus décisionnel

Les Etats membres conservent une influence prépondérante dans la définition de la politique commerciale de l'Union, par l'intermédiaire de leurs représentants siégeant au Conseil, dans les Comités et au Parlement européen<sup>255</sup>. Dans le cadre des négociations bilatérales ou multilatérales, le Conseil précise le mandat de la Commission et engage définitivement l'Union. Il est l'organe décisionnel en dernier ressort pour tous les règlements de base mis en œuvre dans la perspective de la défense commerciale. Ces pouvoirs attribués à cet organe paraissent logiques.

Il est certain que les négociations, comme les accords commerciaux, sont susceptibles d'entraîner des conséquences juridiques nécessitant un contrôle du Conseil au moment de leur élaboration<sup>256</sup> et son consentement lors de leur conclusion. En revanche, le maintien de l'intervention systématique du Conseil se posait en ce qui concerne l'adoption des mesures d'exécution de la politique commerciale<sup>257</sup>, en particulier pour les mesures de défense commerciale. Face aux difficultés rencontrées, fallait-il maintenir à la fois l'intervention du Conseil et de la Commission dans la procédure ? La question se posait d'autant plus que les différentes réformes proposées par la Commission depuis 1992, avaient pour but d'éviter la constitution de minorités de blocage au moment de l'institution de mesures de défense commerciale<sup>258</sup>. Cependant tous les instruments de défense commerciale n'étaient pas concernés. Seuls ceux relatifs au dumping et aux subventions ont bénéficié d'une modification de leur processus décisionnel, ne réglant de fait que partiellement le problème<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> V. Chahira BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne : institutions, ordre juridique et contentieux*, Paris, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 401 et s.

<sup>256</sup> C'est tout à fait logique afin d'éviter la réitération des conséquences désastreuses de l'Accord de Blair House pour l'Union européenne, relativement à son unité politique vis-à-vis des pays tiers. Néanmoins, une présence trop importante du Conseil crée, à l'inverse, d'autres problèmes pour la Commission notamment au niveau de sa capacité de réaction lors des négociations.

<sup>257</sup> V. Julien JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Thèse, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001, pp. 62-69.

<sup>258</sup> V. Commission européenne, Proposition de règlement (CEE) du Conseil relative à l'harmonisation et à la rationalisation des procédures décisionnelles des instruments communautaires de défense commerciale et portant modification des règlements du Conseil applicables en la matière, *SEC/92/1097 final*, 30 juin 1992, JOCE C 181 du 17 juillet 1992, pp. 9-14. V. Patrick BOROTRA, *La défense commerciale de la Communauté*, Rapport n° 448, Assemblée nationale, 6 juillet 1993, pp. 15-19.

<sup>259</sup> V. Règlement (CE) n° 522/94 du Conseil du 7 mars 1994 relatif à la rationalisation des procédures décisionnelles de certains instruments communautaires de défense commerciale et portant modification des règlements (CEE) n° 2641/84 et n° 2423/88, *JOCE L 66* du 10 mars 1994, p. 10 et 11.

Quoique la Commission n'ait pas abordé la question de l'équilibre du processus décisionnel dans son livre vert de 2006 consacré à la défense commerciale, celle-ci restait toujours d'actualité<sup>260</sup>. Dans cette perspective, un transfert du pouvoir de décision en faveur de la Commission et au détriment du Conseil était un moyen d'accroître l'efficacité de la défense commerciale. Cette quête d'efficacité sera à l'origine des modifications apportées par le Traité de Lisbonne. Le pouvoir de prendre des actes d'exécution n'appartient plus au Conseil, mais bien à la Commission. Cette dernière est chargée de l'édiction des mesures de défense commerciale avec, en filigrane cependant, un contrôle exercé par les Etats dans le cadre des Comités et un droit de regard reconnu au Parlement et au Conseil.

L'avènement de l'OMC est marqué par l'introduction de règles plus précises définissant le champ matériel de la défense commerciale et les conditions de mise en œuvre de ses instruments. Les Membres ne peuvent y déroger. Néanmoins, ils ont la liberté d'organiser en interne la conduite de leur procédure, en en confiant le soin à diverses autorités. C'est pour cette raison que les procédures décisionnelles sont variables d'un pays à un autre. Une comparaison entre les procédures outre-Atlantiques (Canada et Etats-Unis) et celles de l'Union, serait d'une grande utilité dans la compréhension de la nécessité d'une modification du processus décisionnel.

La nature des autorités intervenant au cours des procédures visant à instituer une mesure de défense commerciale est très variable. Certaines autorités sont de nature administrative ou technique tandis que d'autres sont de nature politique. Une distinction peut également être établie en fonction de leur degré d'indépendance par rapport au pouvoir politique, et notamment au pouvoir exécutif. La distinction entre ces différentes autorités est nécessaire pour déterminer, à partir de leurs caractéristiques, le degré d'influence qu'elles ont dans la conduite de la procédure. Le choix de confier l'adoption des mesures de défense commerciale à une autorité administrative ou politique répond indubitablement à la volonté de contrôler, plus ou moins strictement, la mise en œuvre des instruments de défense commerciale. Les mesures de sauvegarde sont le plus souvent contrôlées par un organe politique tandis que d'autres instruments sont confiés à des autorités administratives.

---

<sup>260</sup> V. Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission. L'Europe dans le monde. Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation, Livre vert à soumettre à la consultation publique, *COM (2006), 763 final*, Bruxelles, 6 décembre 2006.

Si les procédures communautaires se caractérisent encore par la prépondérance des autorités politiques – car un avis négatif des Comités paralysent presque à tous les coups l’action de la Commission européenne - celles canadiennes et américaines sont de nature purement administrative. Au niveau de l’Union, le même schéma est le suivant. La Commission reçoit la plainte, l’examine et au regard des éléments présents, elle choisit d’ouvrir une enquête. A la fin de l’enquête, la Commission doit requérir l’avis du Comité afin de décider de l’institution d’une mesure de défense commerciale. Les Etats qui disposent de représentants dans les Comités, influencent fortement la procédure. Conformément à la procédure d’examen, la Commission doit obtenir, en principe, la majorité qualifiée du Comité<sup>261</sup>. Si le Comité émet un avis défavorable à la majorité qualifiée, l’adoption de la mesure est empêchée<sup>262</sup>. Par contre, si l’adoption de l’acte d’exécution est nécessaire, le président du Comité – *ex officio* le représentant de la Commission européenne – peut, dans un délai de deux mois à partir de l’émission de l’avis, soit soumettre un nouveau projet d’acte au même Comité, soit saisir le Comité d’appel dans un délai d’un mois à partir de l’émission de l’avis défavorable. Il reste toujours que la Commission dispose d’une marge de manœuvre dans l’hypothèse où, au sein du Comité, aucune majorité qualifiée ne s’est formée ni pour ni contre l’adoption du projet d’acte d’exécution<sup>263</sup>.

Avant l’adoption du Traité de Lisbonne et du Règlement 182/2011, le Conseil pouvait refuser, à la majorité qualifiée, un engagement accepté par la Commission<sup>264</sup>. La Commission a tenté, à maintes reprises, de remettre en cause cet équilibre entre les institutions. La teneur des propositions visait à modifier les modalités de vote, obligeant le Conseil à constituer une majorité de blocage et non plus une minorité<sup>265</sup>. Les parlementaires français se sont dressés contre cette transformation en prétextant qu’elle affaiblissait le Conseil en faveur d’un renforcement de la Commission. Cette évolution remettait clairement le pouvoir de contrôle dont disposaient les Etats à travers le Conseil.

---

<sup>261</sup> V. Article 5§1 du Règlement 182/2011 précité.

<sup>262</sup> V. Article 5§3 du Règlement

<sup>263</sup> V. Article 5§4 du Règlement

<sup>264</sup> V. Article 8§5 du règlement (CE) n° 384/96 du Conseil du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l’objet d’un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 56 du 6 mars 1996, p. 12.

<sup>265</sup> V. Commission européenne, Proposition de Règlement (CEE) du Conseil relative à l’harmonisation et à la rationalisation des procédures décisionnelles des instruments communautaires de défense commerciale et portant modification des règlements du Conseil applicables en la matière, SEC/92/1097 final, 30 juin 1992, *JOCE* C du 17 juillet 1992, pp. 9-14.

En ce qui concerne le Canada et les Etats-Unis, les procédures de défense commerciale traduisent plus nettement les attentes des acteurs vis-à-vis des instruments mis en place par les législations. Elles sont davantage portées sur la recherche de l'efficacité des instruments, en privilégiant une dynamique plus administrative que politique<sup>266</sup>. Contrairement à l'Union européenne, les autorités politiques américaines ne participent pas aux procédures de dumping et de subventions. Aux Etats-Unis, ces procédures font intervenir deux autorités distinctes. La première dépend du Département au commerce (DOC)<sup>267</sup>- l'Administration du commerce international (ITA)<sup>268</sup>, et la seconde est une Commission, la Commission du commerce international des Etats-Unis (USITC)<sup>269</sup>. Si l'ITA est intégrée à l'exécutif américain, l'USITC est une administration complètement indépendante, de type quasi juridictionnel. C'est une agence fédérale créée par le Congrès. Néanmoins, les autorités politiques continuent à intervenir dans le cadre de la procédure des mesures de sauvegarde<sup>270</sup> et de celle de la Section 301 du *Trade Act*. Au Canada, il s'agit du Commissaire de l'Agence des douanes et du revenu et du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE).

En ce qui concerne l'étendue des compétences des autorités européennes et américaines, il convient de préciser que le contraste est tout aussi saisissant. Au niveau européen, un large pouvoir d'appréciation est laissé aux institutions. Les règlements de base reconnaissent un certain pouvoir de décision à la Commission quoique celui-ci soit encadré par l'intervention des Comités constitués de représentants d'Etats membres. Ce pouvoir se caractérise par une maîtrise non seulement du déroulement de la procédure mais aussi des mesures provisoires instituées sous la responsabilité de la Commission. Il appartient aussi à la Commission de définir l'intérêt communautaire en recevant les plaintes, en les instruisant et en prenant une décision de proposition de mesures de défense commerciale. En revanche, les autorités américaines sont dans une situation de compétence liée. Leur pouvoir d'appréciation est quasi inexistant. Aux Etats-Unis, dans le cadre de la lutte antidumping et antisubventions, les autorités ont, soit peu de pouvoir d'appréciation, soit trop peu de temps pour faire valoir une proposition contraire à la poursuite de la procédure<sup>271</sup>. En ce qui concerne les mesures de sauvegarde et la Section 301, la marge d'appréciation des autorités est fortement encadrée.

---

<sup>266</sup> V. Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2013, 640 pages.

<sup>267</sup> DOC : *Department of Commerce*

<sup>268</sup> ITA : *International Trade Agency*

<sup>269</sup> USITC : *United State International Trade Commission*

<sup>270</sup> V. Articles 201 à 204 du Titre II du *Trade Act* de 1974.

<sup>271</sup> V. Rambod BEHBOODI, *Industrial Subsidies and Friction in World Trade : Trade Policy or Trade Politics*, Londres/New York, Routledge, 1994, p. 107.

Outre le pouvoir autonome du président des Etats-Unis, il convient de préciser que la Section 301 impose à l'USTR d'établir une liste des obstacles à éliminer prioritairement et de passer à l'acte. Au Canada, les dispositions en vigueur imposent aux autorités une véritable obligation de mener l'enquête lorsqu'une industrie se plaint de pratiques déloyales. La caractéristique des procédures canadiennes se situe au moment de la recevabilité de la plainte. Alors qu'aux Etats-Unis et dans l'Union européenne une plainte est recevable si elle contient des éléments suffisants – dans le cas contraire elle est écartée –, au Canada, l'examen de la plainte va donner lieu à une autre situation. Si la plainte est incomplète, elle ne sera pas systématiquement rejetée, mais fera l'objet d'une demande de renseignements complémentaires auprès de l'industrie. C'est une fois le dossier complet, que l'autorité canadienne – le Commissaire de l'Agence des douanes et du revenu – tranchera. En revanche, l'institution de droits provisoires fait l'objet d'une décision intégrant l'évaluation de leur nécessité.

A partir de cette étude comparative, il convient de retenir que pour améliorer le processus décisionnel, en ce qui concerne les mesures de défense commerciale, il est nécessaire de raffermir les pouvoirs de la Commission en évitant l'emprise des Etats membres, sur la procédure, à travers leurs représentants présents dans le Comité institué par le Règlement 182/2011. Elle serait la seule à disposer de la capacité d'adopter des mesures antidumping et antisubventions. C'est ainsi que les dispositions relatives à la défense commerciale, contenues dans les accords externes de l'Union, pourraient être efficaces. Mais cette efficacité de la défense commerciale ne doit pas être limitée aux marchandises. Elle doit être recherchée en lien avec les autres domaines commerciaux que sont les services et la propriété intellectuelle.

## **2. L'extension nécessaire de la défense commerciale aux nouveaux domaines des échanges commerciaux**

A l'origine, la défense commerciale de l'Union européenne était uniquement portée vers le commerce des marchandises. Le premier instrument relatif à un autre domaine du commerce n'a été adopté qu'en 1986. Il s'agit du règlement relatif à la propriété intellectuelle, et plus particulièrement à la contrefaçon<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> V. Règlement (CE) n° 3842/86 du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 1986 fixant les mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon, *JOCE* L 357 du 18 décembre 1986, p. 1 et s.

Cette appréhension restrictive du champ du commerce pouvait s'expliquer. Le Traité de Rome inclinait à envisager que seules les marchandises étaient couvertes par la politique commerciale commune<sup>273</sup>. De plus, l'environnement international renvoyait strictement au commerce des marchandises. La structure internationale des échanges était dominée par les marchandises et c'est fort logiquement que le champ matériel du GATT était limité à celles-ci. Cependant, l'évolution du commerce international, dans la perspective d'un développement continu du commerce des services et de la modification de la répartition des échanges de l'Union dans les différents secteurs d'activité, nécessitait une nouvelle approche de la politique commerciale. Par ailleurs, le champ matériel de l'OMC a été élargi pour être adapté à la nature des échanges, couvrant désormais le domaine des services<sup>274</sup>, celui de la propriété intellectuelle<sup>275</sup>, sans oublier celui des investissements liés au commerce<sup>276</sup>. Dans ces conditions, on voit bien que la défense commerciale ne pouvait plus être limitée aux échanges de marchandises.

Afin de répondre positivement à cette évolution, l'Union a adopté des règlements sectoriels dans le domaine des services<sup>277</sup> et a ouvert des procédures sur le fondement du ROC dans le domaine de la propriété intellectuelle<sup>278</sup>. La réforme institutionnelle engagée par l'Union dans le cadre de la politique commerciale commune, au travers des Traités d'Amsterdam et de Nice, s'inscrit dans cette dynamique<sup>279</sup>. La protection des nouveaux domaines commerciaux doit être considérée comme une priorité pour l'Union européenne. Elle doit adopter des mesures appropriées, visant à protéger de manière effective le domaine des services et celui de la propriété intellectuelle, afin de sauvegarder les conditions d'une concurrence loyale sur son marché.

---

<sup>273</sup> V. Thiébaud FLORY et Frédéric-Paul MARTIN, « Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 de la Cour de justice des Communautés européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune », *CDE*, n° 3-4, 1996, p. 382.

<sup>274</sup> V. l'AGCS : Accord général sur le commerce des services.

<sup>275</sup> V. l'ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce.

<sup>276</sup> V. Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce.

<sup>277</sup> V. Règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transports aériens de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE L* 162 du 30 avril 2004, p. 1-7.

<sup>278</sup> V. Avis d'ouverture d'une procédure d'examen concernant un obstacle au commerce au sens du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, consistant en des pratiques commerciales maintenues par le Canada dans le cadre de l'importation de certains vins, *JOCE C* 124 du 25 mai 2002, p. 6.

<sup>279</sup> V. Eleftheria NEFRAMI, « Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le traité d'Amsterdam : le maintien du statu quo et l'unité de la représentation internationale de la Communauté » *CDE*, n° 1-2, 1998, pp. 137-159. V. Eleftheria NEFRAMI, « La politique commerciale commune selon le traité de Nice », *CDE*, n° 5-6, 2001, pp. 605-646.



Cette décision s'impose aussi pour éviter toutes disparités entre la protection du secteur des marchandises et celle des autres. Cela permettra enfin, à l'Union, de protéger ses avantages comparatifs face aux importations réalisées dans des conditions déloyales. Cependant, la capacité d'action de l'Union, visant à développer une défense commerciale générale et efficace, à l'image du secteur des marchandises, était enfermée dans la logique de la répartition des compétences<sup>280</sup>. L'Union dispose désormais de la compétence de conclure des accords portant sur les services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. A cela s'est ajoutée la jurisprudence extensive de la Cour de justice, permettant l'adoption de l'instrument de lutte contre la contrefaçon<sup>281</sup>. Plusieurs instruments peuvent servir de base à une action communautaire dans le domaine de la défense du secteur des services et de la propriété intellectuelle. Il y a d'une part le Règlement sur les obstacles au commerce, dit ROC, dont l'objet est de lutter contre les obstacles au commerce contraires aux concessions reconnues à l'Union par le droit international<sup>282</sup>. D'autre part, des instruments sectoriels existent dans le domaine des transports visant spécifiquement les pratiques déloyales<sup>283</sup>.

Par le biais du ROC, l'Union européenne dispose d'une réelle capacité de défense commerciale. Son champ d'application est très étendu puisqu'il permet, selon son article 2, paragraphe 3, d'appréhender, « tout préjudice important qu'un obstacle au commerce cause ou risque de causer, en relation avec un produit ou un service, à son industrie communautaire sur le marché de la Communauté »<sup>284</sup>. En outre, l'industrie communautaire est définie plus largement puisqu'elle s'étend aux fournisseurs communautaires de services<sup>285</sup>. Il paraît, compte tenu du contenu de cet article, que l'Union européenne dispose de la capacité d'intenter une procédure non seulement dans le domaine des marchandises, mais aussi dans celui des services<sup>286</sup>. Le règlement va plus loin en énonçant qu'une procédure peut être engagée lorsqu'un préjudice important ou des effets commerciaux défavorables sont dus à un obstacle au commerce « en relation » avec un produit ou un service.

---

<sup>280</sup> V. Olivier AUDEOUD, *La détermination des compétences des organisations internationales*, Thèse, Université de Paris I, 1982, pp.86 -87. V. aussi Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'ère des compétences partagées. A propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 390, août-septembre 1995, pp. 461-470.

<sup>281</sup> V. CJCE, Avis 1/94 précité, point 104.

<sup>282</sup> V. Article 1 du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994, *op.cit.*, p. 72.

<sup>283</sup> V. Règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil du 22 décembre 1986 relatif aux pratiques déloyales dans les transports maritimes, *JOCE L 378* du 31 décembre 1986, p. 14.

<sup>284</sup> V. Article 2§3 du règlement (CE) n° 3286/94 du 22 décembre 1994, p. 72.

<sup>285</sup> *Id.*, p. 73.

<sup>286</sup> V. Daniel GABDIN, « Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *Juris-classeur*, 2003, fascicule 2330, p. 6.

Ainsi, le ROC permet d'agir contre tout obstacle ayant une incidence sur les marchandises ou les services, une fois que ceux-ci sont mis en libre pratique sur le marché des pays tiers. Par ce biais, l'Union peut se saisir des obstacles illégitimes en contradiction avec les règles de l'ADPIC. En dépit des vertus accordées au ROC, celui-ci assure une protection incomplète. La notion d' « obstacles au commerce » est relativement restreinte à la lecture de l'article 2§1 qui dispose :

« [...] on entend par « obstacles au commerce » toute pratique commerciale adoptée ou maintenue par un pays tiers au regard de laquelle le droit d'intenter une action est consacré par les règles commerciales internationales (...). Un tel droit existe lorsque les règles commerciales internationales interdisent expressément une pratique ou reconnaissent à la partie lésée par la pratique le droit de chercher à éliminer l'effet de la pratique<sup>287</sup> ».

Cette assez large définition restreint pourtant la portée du règlement. La mise en œuvre du ROC dépend de l'affectation d'un droit ou d'un avantage reconnu par le droit international<sup>288</sup>. Or, de nombreux accords internationaux, multilatéraux comme bilatéraux, ne reconnaissent pas encore certaines pratiques comme étant déloyale. Il en va ainsi du *dumping en amont* et du *contournement des droits* dans le domaine des marchandises, ou encore de *l'épuisement des droits de propriété intellectuelle*<sup>289</sup>. Pour ce qui est des instruments sectoriels, il est à indiquer qu'ils sont marqués par certaines limites intrinsèques en dépit de leur haute valeur ajoutée. Certes, ils permettent d'agir face aux pratiques déloyales contre lesquelles ne peut s'appliquer le ROC. Mais la méthode de développement choisie paraît limitée dans la perspective de l'élaboration d'une défense commerciale pleinement efficace dans le domaine des services et celui de la propriété intellectuelle. S'ils sont pertinents dans le secteur des transports, ces règlements ont un champ d'application restreint, limité à ce seul secteur. Il faudrait, pour arriver à une protection équivalente de l'ensemble du secteur des services, multiplier les règlements.

---

<sup>287</sup> V. Article 2§1 du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994, *op. cit.*, p. 72.

<sup>288</sup> V. Henry LESGUILLONS, « Origines et développements du Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *RDAl/IBLJ*, n°8, 2000, p. 970.

<sup>289</sup> V. Christine VILMART, « La compétence de la Communauté européenne en matière de protection de la propriété intellectuelle : quelques réflexions sur l'avis 1/94 de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 novembre 1994 », *Gazette du Palais*, n° 47, 1995, pp. 222-229. V. aussi Jean-Cyril BERMOND, « L'œuvre du juge communautaire dans le contentieux des droits de propriété intellectuelle et industrielles », *RDAl/IBLJ*, n°3, 2004, pp. 317-343.

## **B. La nécessaire consolidation de la défense commerciale européenne**

L'objectif du système commercial multilatéral est de promouvoir une libéralisation des échanges de plus en plus poussée. La suppression des obstacles au commerce est l'objectif majeur que se sont assignés les Etats. On comprend dès lors pourquoi les instruments de défense commerciale sont accusés à leur tour de favoriser des comportements protectionnistes nuisant au mouvement général de libéralisation. La tendance qui s'est dégagée du cycle d'Uruguay consiste à réduire leur portée en les encadrant strictement. Cependant, le choix porté sur cette dynamique libre-échangiste intégrale peut être contreproductif s'il n'est pas, à son tour, raisonné. Le risque immédiat qui pourrait se dégager de l'ultralibéralisme serait un « ultra-unilatéralisme étatique » en marge des règles multilatérales. Les mesures unilatérales agressives sont prises souvent en l'absence de tout fondement dans le système commercial multilatéral. Elles procèdent d'une certaine justice autoproclamée<sup>290</sup>. Elles s'opposent aux mesures de défense commerciale qui certes sont unilatérales, mais sont expressément autorisées<sup>291</sup>. Deux raisons explicatives peuvent être trouvées à la consolidation de la défense commerciale européenne. Rempart contre un unilatéralisme incontrôlé (1), la défense commerciale est par la même occasion un moyen de préserver la libéralisation des échanges (2).

### **1. La défense commerciale : un rempart contre un unilatéralisme incontrôlé**

La faiblesse des mesures de défense commerciale peut susciter des réactions de la part des Etats. Les Etats-Unis ont déjà apporté servent d'exemple à ce propos. Ce pays est un pionnier de l'unilatéralisme, en ayant adopté des mesures unilatérales en marge des règles du système multilatéral. L'unilatéralisme américain apparaissait comme une alternative à la fois pour se protéger sur leur marché mais également pour investir les marchés de pays tiers<sup>292</sup>. Cette orientation est dangereuse pour le commerce international.

---

<sup>290</sup> V. Fereydoun A. KHAVAND, *Le nouvel ordre commercial mondial du GATT à l'OMC*, Paris, Nathan, Coll. « Circa », 1995, p. 16.

<sup>291</sup> Les mesures antidumping, antisubventions et mesures de sauvegarde sont des mesures unilatérales puisqu'elles sont instituées par le pays à l'origine de la procédure, également instruite par celui-ci et que ce pays est à l'origine de la détermination le niveau de mesures de rétorsion. V. Hélène DELORME et Denis CLERC, *Un nouveau GATT ? Les échanges mondiaux après l'Uruguay Round*, Bruxelles, Complexes, 1994, p. 29.

<sup>292</sup> V. Alice LANDAU, *Conflits et coopération dans les relations économiques internationales : le cas de l'Uruguay Round*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, Coll. « Axes Savoir », 1996, pp. 199-203.

Elle est susceptible d'engendrer des tensions pouvant déboucher sur une spirale de guerre commerciale marquée par l'adoption, tous azimuts, de contre-mesures et de mesures de représailles. La crise de 1929 est un précédent assez instructif. Ainsi au regard des effets dévastateurs de l'unilatéralisme, la défense commerciale doit être, au contraire, consolidée. Les Etats disposent d'une souveraineté pleine et entière. Ils sont titulaires, sur leur territoire, de la plénitude et de l'exclusivité de leurs compétences. Toutefois, ils peuvent, à travers certains accords internationaux, consentir à un aménagement de leurs compétences. Leur capacité normative touchant aux compétences concernées est alors restreinte. Il leur est notamment interdit, en ce sens, d'adopter des mesures commerciales unilatérales en dehors des instruments de défense commerciale et des mesures de rétorsion autorisées par l'Organe de règlement des différends<sup>293</sup>. Les mesures unilatérales expriment la volonté des Etats de s'écarter sciemment des règles négociées et acceptées. Cette attitude menace la sérénité des relations commerciales internationales. La motivation des Etats, lors d'un recours à cette forme d'unilatéralisme, consiste à faire primer autrement leurs intérêts politiques, économiques et commerciaux, tels qu'ils ont été définis à un moment donné. Elle traduit l'ambition de conserver un certain hégémonisme menacé par les pays émergents<sup>294</sup>.

Une partie de la doctrine<sup>295</sup> soutient cette pratique des relations économiques internationales, en l'occurrence l'usage par les Etats-Unis de la Section 301 du Trade Act. Les partisans de cette vision du droit international économique, estiment qu'un Etat a la légitimité, sur le fondement de sa souveraineté, de s'opposer à des pratiques déloyales ou jugées discriminatoires, sans respecter les règles juridiques établies. La difficulté de cette approche est qu'elle repose sur une définition arbitraire de la loyauté des échanges, allant au-delà du champ retenu par l'OMC. L'arsenal législatif américain en matière de politique commerciale, est le plus développé pour contrer les pratiques qui porteraient préjudice à leur industrie. Il témoigne d'une réserve des Etats-Unis par rapport au système commercial, en contradiction avec leur participation active aux négociations commerciales multilatérales. La création de l'OMC a sensiblement atténué la position américaine sans la modifier fondamentalement. Deux phases se sont succédé de manière très rapprochée.

---

<sup>293</sup> V. Article 23 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

<sup>294</sup> V. Sylvie JAVELOT *op.cit.*, p. 231 et suivants, établit un lien entre unilatéralisme et nationalisme. Elle l'interprète comme une application des principes mercantilistes, c'est-à-dire que les exportations sont bénéfiques et les importations nuisibles.

<sup>295</sup> V. Harry L. FREEMAN, « A Slam Dunk [el ] : How Section 301 Could Survive Under the New World Trade Organization », *The international economy*, n°2, 1994, pp. 44-45.

Dans une première, les autorités américaines ont adopté des positions politiques refusant d'écarter par principe, le recours à des mesures unilatérales se situant en dehors du système multilatéral, maintenant ainsi une menace permanente à l'égard de leurs partenaires commerciaux. Elles visaient d'abord directement le mécanisme de règlement des différends. Le Congrès s'est montré très réservé sur les conséquences possibles que pourrait avoir ce mécanisme sur la politique commerciale américaine et notamment sur la défense de ses intérêts. Le Congrès y voyait une possible soumission du droit américain, portant atteinte à la souveraineté des Etats-Unis<sup>296</sup>. A la demande du Congrès, une Cour de justice composée de cinq juges avait été mise en place, ayant pour fonction d'examiner les décisions prises dans le cadre du règlement des différends. Cet examen devait servir, si « dans un trop grand nombre de cas (fixés à trois panels impliquant les Etats-Unis dans un délai de cinq ans) ces décisions n'étaient pas équitables », à conseiller le Président sur les mesures à prendre dans ces circonstances. La menace d'un refus d'appliquer les recommandations, voire d'un retrait de l'OMC, était brandie<sup>297</sup>.

Au demeurant, la légalité de la Section 301 du *Trade Act* s'est posée au regard du Mémoire relatif au règlement des différends, qui interdisait toutes sanctions unilatérales prises en l'absence du consentement de l'ORD. L'article 23 du Mémoire oblige les Membres à avoir recours uniquement au règlement des différends pour obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation voire de réduction d'avantages résultant des accords multilatéraux<sup>298</sup>. Or, la Section 301 permet aux Etats-Unis de prendre des mesures unilatérales chaque fois qu'ils estiment qu'un pays tiers a eu une action, politique ou pratique, incompatible avec un accord commercial, ou déraisonnable ou discriminatoire, ayant pour effet d'entraver ou de restreindre le commerce des Etats-Unis<sup>299</sup>. C'est dans cette perspective que les Américains ont menacé directement l'Union européenne de prendre des mesures sur le fondement de ce texte, dans le différend relatif à la banane<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup> V. Mohamed SALAH et Mohamed MAHMOUD, « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », *JDI*, n° 3, 1996, p. 650.

<sup>297</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, n°3, 1997, p. 748.

<sup>298</sup> V. Article 23 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

<sup>299</sup> V. Article 301 du Trade Act de 1974, in Rapport du Groupe spécial, Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur », WT/DS152/R, 22 décembre 1999, p. 393.

<sup>300</sup> V. Anne KLEBES-PELLISSIER, « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine : à propos de l'affaire section 301 du Trade Act de 1974 (Communauté européenne c/ Etats-Unis », WT/DS152/R, 30 novembre 1998), *RTDE*, n°2, 2002, p. 186.

Afin de contester la légalité de la Section 301, l'Union avait saisi l'ORD<sup>301</sup>. Quant à la seconde phase, elle marque le passage à un recours effectif aux mesures unilatérales agressives. La priorité était la protection des intérêts économiques des Etats-Unis. Cette nouvelle orientation prise par la politique commerciale américaine s'est traduite par l'adoption des lois *Helms-Burton* et d'*Amato-Kennedy*, de l'*Amendement Byrd* et, enfin, de droits de douanes à l'encontre des produits sidérurgiques européens. Les lois *Helms-Burton* et d'*Amato-Kennedy* sont sans doute les mesures unilatérales les plus emblématiques de par leur portée. Leur objectif était, a priori, purement politique, bien qu'elles aient incontestablement des conséquences économiques<sup>302</sup>. C'est tout naturellement qu'elles ont été contestées par l'Union européenne devant l'ORD<sup>303</sup>. Celle-ci estimait qu'elles étaient incompatibles avec l'article XI du GATT de 1994, relatif à l'élimination générale des restrictions quantitatives<sup>304</sup>, avec l'article XIII, relatif à l'application non discriminatoire des restrictions quantitatives<sup>305</sup>, et avec l'article V, relatif à la liberté de transit<sup>306</sup>. La seconde législation s'affranchissait unilatéralement des règles de l'OMC. L'*Amendement Byrd* s'inscrivait dans le cadre de la lutte contre le dumping et les subventions. Elle instaurait, au-delà des habituels droits antidumping et droits compensateurs, le versement d'une partie des droits perçus aux entreprises américaines ayant subi le préjudice. En détournant l'objet de la défense commerciale, les Etats-Unis ont reçu des recommandations de l'ORD, visant au démantèlement de cette législation<sup>307</sup>.

---

<sup>301</sup> *Id.*,

<sup>302</sup> La loi d'Amato-Kennedy est plus ambiguë. Si elle a un objectif politique affirmé, son adoption est intervenue dans un contexte particulier, puisqu'une société américaine, qui avait été interdite de passer un contrat visant au développement de champs pétrolifères, a été supplantée par une société européenne. Par l'intermédiaire de cette loi, le Congrès, en élargissant l'embargo contre les sociétés étrangères, protégeait finalement les intérêts de l'industrie américaine sur le long terme, en gelant tout investissement quelle que soit sa provenance.

<sup>303</sup> V. Organe de règlement des différends, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes*, WT/DS38/2, du 8 octobre 1996, p.3. V. Eric CANAL-FORGUES, « La plainte de la Communauté européenne devant l'Organisation mondiale du commerce », in Habib GHERARI et Sandra SZUREK (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international : à propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Paris, *Montchrestien*, 1998, pp. 307-319.

<sup>304</sup> V. Article XI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

<sup>305</sup> V. Article XIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

<sup>306</sup> V. Article V de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

<sup>307</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R, 16 septembre 2002. Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS234/AB/R, WT/DS217/AB/R, 16 janvier 2003.

La troisième mesure prise par les autorités américaines avait trait à l'adoption de droits de douanes supplémentaires à l'égard de produits sidérurgiques européens<sup>308</sup>. Ces mesures ont été instituées, sous le paravent de mesures de sauvegarde, indépendamment des conditions requises par l'Accord multilatéral. S'ils ne sont pas les seuls à recourir à l'unilatéralisme, les Américains sont ceux qui ont poussé l'utilisation de ce mécanisme le plus loin.

Il est intéressant de constater que l'institution de mesures unilatérales se fait souvent en parallèle des mesures de défense commerciale. Elles leur viennent en complément. Les mesures unilatérales non contrôlées interviennent en contradiction de plusieurs principes. Elles compromettent, tout d'abord, l'application, certes temporaire, de concessions offertes dans l'optique d'un meilleur accès au marché. Cette dimension les distingue des mesures de défense commerciale. Elles enfreignent, ensuite, la clause de la nation la plus favorisée. En appliquant un régime d'accès au marché différent selon les Membres, ce principe n'est plus nécessairement respecté. Par ailleurs, l'unilatéralisme entraîne une réaction en chaîne de la part des pays qui en sont victimes. L'institution de mesures unilatérales agit sur les droits et les avantages des autres Membres de l'OMC. Le cas échéant, les Membres, conformément à leurs obligations, devraient saisir le mécanisme de règlement des différends s'ils souhaitent faire cesser la violation, dans l'optique de parvenir à une solution négociée ou à l'exécution des recommandations de l'ORD. Toutefois, cette logique procédurale peut ne pas être respectée en raison des tensions entre les partenaires commerciaux. C'est de ces tensions que découle un accroissement des risques pour la libéralisation. En effet, les mesures unilatérales reposent sur un rapport de force. Le déroulement des événements qui va en découler, dépendra de la nature du Membre visé. Un Membre peu puissant commercialement acceptera certainement de modifier ses pratiques commerciales ou saisira l'ORD. Il en ira différemment entre partenaires économiques puissants<sup>309</sup>. Face à toutes ces atteintes et dérives possibles de l'unilatéralisme, il devient indispensable de renforcer les instruments de défense commerciale.

---

<sup>308</sup> V. Règlement (CE) n° 1031/2002 du Conseil du 13 juin 2002 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 157 du 15 juin 2002, pp. 8-24.

<sup>309</sup> Sur l'émergence des BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du sud) comme puissances commerciales, voir Laurent COHEN-TANUGI, *L'influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée*, Paris, Notes de l'Ifri, *Ifri*, Série n°3 : Stratégie d'influence de l'Union européenne », 2002, 56 pages. V. aussi Règlement (CE) n° 1031/2002 du Conseil du 13 juin 2002, instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 157 du 15 juin 2002, pp. 8-24. L'Inde qui fait partie des BRICS est passée, en 2018, à la sixième place des pays économiquement plus puissants, reléguant la France, deuxième puissance économique de l'UE, à la septième.

La libéralisation des échanges s'en porterait davantage mieux et le système commercial multilatéral continuerait à garder sa position d'enceinte de négociations et de règlement des différends commerciaux. Par voie de conséquence, le mouvement de libéralisation sera maintenu.

## **2. La préservation de la libéralisation des échanges par la défense commerciale**

Pour une partie de la doctrine, la libéralisation des échanges est essentielle au développement économique des Membres de l'OMC. Cela dit, elle n'est supportable qu'à la condition qu'elle soit encadrée. L'absence de règles entraîne des dérives que ce soit par les pratiques commerciales employées ou par le recours au protectionnisme illicite, et plus particulièrement l'usage d'un unilatéralisme incontrôlé. Tous ces facteurs nuisent inéluctablement au mouvement de libéralisation. Celle-ci s'effectue, dans ces circonstances, de manière déséquilibrée et les effets bénéfiques que les Membres souhaiteraient en retirer seraient menacés. Néanmoins, la libéralisation oblige à de constantes adaptations pour faire face à la concurrence internationale. Dans cette perspective, l'accélération du processus de libéralisation a mis en exergue d'importants déséquilibres entre marchés. D'où la nécessité d'une certaine protection commerciale. Cependant, la protection commerciale ne doit pas compromettre, sans justification, les intérêts commerciaux des autres membres de l'OMC. C'est d'ailleurs pourquoi si un membre peut être relevé de ses obligations ou peut instaurer des mesures de protection commerciale, cette décision doit se faire dans le cadre du système commercial multilatéral. La défense commerciale se présente ainsi comme la seule contrepartie acceptable à la libéralisation des échanges. Le rapport entre la défense commerciale et la libéralisation doit être perçu non pas sous l'angle d'une opposition, mais d'une complémentarité. La première sert de soutien à la seconde. La libéralisation des échanges n'est qu'un des éléments du système commercial multilatéral. En effet, si cet objectif est au centre de la création du GATT, puis de l'OMC, il n'assure pas la stabilisation, sur la durée, de ce système. Afin de pérenniser le système commercial multilatéral, le choix du multilatéralisme effectué en 1947 s'était appuyé sur la conclusion d'un Accord qui offrait des garanties permettant d'espérer une libéralisation progressive<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> V. John H. JACKSON, *The jurisprudence of GATT and the WTO : Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Grande Bretagne, Cambridge University Press, 2000, pp. 22-24.



Parmi ces garanties, il est naturel de compter la défense commerciale. Jagdish Bhagwati, pourtant fervent défenseur du libéralisme, en est arrivé à cette conclusion en écrivant que :

« [...] un régime de libre-échange incapable de réglementer ou contenir les subventions imposées artificiellement, serait voué à l'échec »<sup>311</sup> [avant d'ajouter qu'il rejoint] « la thèse cosmopolite selon laquelle le système commercial mondial doit refléter le principe du libre-échange pour tous, en permettant par exemple, l'application de droits compensateurs et de droits antidumping dans certains cas pour maintenir des pratiques commerciales loyales et le libre jeu de la concurrence<sup>312</sup> ».

La reconnaissance, aux Etats, d'un système de défense commerciale, dans le cadre fixé par les règles de l'OMC, s'appréhende également comme un outil en faveur d'une plus grande ouverture des marchés. Elle se présente comme un élément de négociation en contrepartie de l'acceptation d'autres concessions. La plupart des Etats, à l'instar de l'Union européenne, souhaitent avoir à leur disposition les moyens de se défendre légalement contre des pratiques contraires aux règles internationales collectivement arrêtées. En acceptant de développer des instruments de défense commerciale efficaces, les Membres peuvent plus sereinement envisager des concessions.

Les négociations commerciales multilatérales (NCM) de l'Uruguay Round ont été le théâtre de cette recherche d'équilibre. Des discussions importantes ont été menées relativement aux mesures de sauvegarde. Le point focal des négociations portait sur la prohibition des accords de restrictions volontaires (ARV) à l'exportation dans certains secteurs sensibles<sup>313</sup>. Plusieurs futurs Membres de l'OMC, dont l'Union européenne, exigeaient des contreparties à ces concessions, non pas au niveau d'une réciprocité de l'accès au marché, mais à celui de la protection commerciale dans ces secteurs assez sensibles. Ils souhaitaient, sous certaines conditions, pouvoir adopter des mesures de sauvegarde. L'Union, soutenue par d'autres pays développés comme les Etats-Unis, visait particulièrement à introduire au sein des mesures de sauvegarde, la sélectivité.

---

<sup>311</sup> V. Jagdish BHAGWATI, *Protectionnisme*, Paris, Dunod, Coll. « Sciences économiques », 1993, p. 35.

<sup>312</sup> *Id.*

<sup>313</sup> V. Pierre DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 311.

Celle-ci devait leur permettre, en cas d'importations préjudiciables, d'agir immédiatement contre le pays à l'origine du préjudice<sup>314</sup>. On voit, à travers cet exemple, que la défense commerciale se fait l'allié de la libéralisation. Elle devient un élément de la réciprocité à intégrer, comme d'autres concessions, aux négociations. La défense commerciale permet de rectifier les conséquences du non respect des principes posés par l'Accord général, tout en ne suspendant pas l'accès aux marchés. En prenant l'exemple des mesures de sauvegarde, Gérard Lafay considère cet instrument comme la « *soupe de sécurité nécessaire à la viabilité du multilatéralisme* »<sup>315</sup>. Ainsi, la défense commerciale ne saurait être envisagée que comme un complément naturel au mouvement de libéralisation.

### CONCLUSION CHAPITRE

La pratique conventionnelle européenne, qui s'exprime à travers les accords externes de l'Union, est marquée par la nécessité de protéger le marché intérieur de l'Union européenne. La mondialisation des échanges internationaux s'est accompagnée de distorsions et de pratiques restrictives au commerce, de détournement des règles établies par les Etats. Ces effets pervers de la mondialisation appellent de la part de l'Union européenne, à une réaction défensive allant dans le sens d'une protection du marché intérieur. Dans ces conditions, les accords externes, bien que conclus dans l'optique d'une libéralisation du commerce entre l'Union et ses partenaires, tentent de canaliser les répercussions négatives des échanges internationaux sur le marché européen. Cet objectif légitime la politique européenne de défense commerciale contre les pratiques de dumping ou de subventions liées à des importations en direction du marché de l'Union européenne. La légitimité de la défense commerciale européenne est sous-tendue par une double considération. C'est d'abord le processus de construction européenne qui avait besoin – et continue d'avoir besoin – des instruments de défense commerciale. La préservation du marché européen, plus précisément de l'industrie européenne, ne pourrait s'opérer que dans l'hypothèse où l'Union dispose d'une politique de protection efficace contre les distorsions au commerce international. Cela dit, l'efficacité de la défense commerciale européenne doit être sondée relativement aux instruments et procédures établis à cet effet.

---

<sup>314</sup> V. Thiébaud FLORY, *L'Organisation mondiale du commerce : droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 130§ 317.

<sup>315</sup> V. Gérard LAFAY et Jean-Marc SIROEN, *Maîtriser le libre-échange*, Paris, Economica, Coll. « Economie », 1994, p. 78.

Or, l'analyse de ces derniers montre que la défense commerciale de l'UE est d'une efficacité mitigée en raison de dysfonctionnements notés dans le processus décisionnel intra-européen et de l'existence d'obstacles institutionnels. Inutile donc de dire que la défense commerciale de l'Union européenne doit être renforcée continuellement, pour permettre à l'industrie communautaire de résister aux nombreuses violations des règles multilatérales et de s'octroyer des parts de marché à l'international. Ce renforcement de la politique commerciale commune, au travers de la défense commerciale, suppose l'activation de deux leviers. Le premier est celui de l'adaptation de la défense commerciale et le second, celui de sa consolidation. Au demeurant, la politique commerciale commune, dans ses aspects purement commerciaux, ne répondrait au principe d'efficacité des politiques européennes sans l'ouverture des espaces commerciaux internationaux. De ce fait, l'Union œuvre pour une libéralisation intelligente, maîtrisée du commerce international.

## **CHAPITRE 2**

### **L'ACCES AUX ESPACES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

Une seconde dimension de la politique commerciale commune réside dans la mise en place d'une politique extérieure résolument tournée vers la lutte contre les obstacles non tarifaires, voire leur gestion, sur les marchés étrangers. La politique commerciale européenne ne saurait être efficace que dans la mesure où elle permettrait, dans une dynamique défensive, de protéger le marché intérieur<sup>316</sup>, et dans une perspective offensive, de gérer la question des obstacles non tarifaires dans les espaces commerciaux internationaux. Il est vrai que le système commercial multilatéral a permis au mouvement de libéralisation de faire un grand pas dans la lutte contre le protectionnisme illicite. Mais, cela n'est guère suffisant. Les Membres de l'OMC ont inséré dans les accords, un principe de négociations continues devant permettre d'approfondir, au fur et à mesure de l'évolution, les échanges entre eux. En effet, la libéralisation n'est pas complète dans tous les secteurs commerciaux et l'OMC est une Organisation dont la vocation première est d'œuvrer dans le sens d'une libéralisation des échanges commerciaux entre ses Membres. Les Membres eux-mêmes ont besoin de parts de marchés de plus en plus importants afin de booster leur croissance économique.

---

<sup>316</sup> V. Damien RAYMOND, *Action antidumping et droit de la concurrence*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2014, 677 pages.

L'Union européenne n'échappe pas à une telle dynamique. Elle a plus que jamais besoin de parts de marché au niveau international. Cependant, un tel objectif ne saurait être atteint face aux résistances de certains Etats à libéraliser d'importants secteurs commerciaux, mais aussi de la propension d'autres de créer artificiellement des obstacles au commerce international. Le cadre multilatéral est particulièrement complexe pour rendre difficile toute concession entre les Membres, et l'Union européenne, à l'instar des Etats-Unis d'Amérique – l'un de ses principaux concurrents -, a décidé de passer par la voie bilatérale afin de bien administrer les obstacles non tarifaires dans les espaces commerciaux internationaux, ceci pour le grand bénéfice de ses opérateurs économiques. A cette fin, les accords externes ont permis à l'Union d'ouvrir les espaces commerciaux internationaux afin de s'assurer davantage de parts de marché (**Section 1**), tout en veillant, à travers leur régulation, à éviter l'annulation des retombées de cette ouverture (**Section 2**).

## **SECTION I L'OUVERTURE DES ESPACES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

Aussi bien en ce qui concerne l'Union européenne qu'en ce qui a trait à ses partenaires internationaux, l'accès au marché peut être compromis par des facteurs en amont et en aval du franchissement des frontières. C'est pour garantir l'effectivité de l'ouverture que les accords externes ont prévu des dispositions allant dans le sens d'une élimination des obstacles au franchissement des frontières, mais aussi d'une suppression de ceux qui subsistent après franchissement (§1). Cela dit, les ambitions européennes ne s'arrêtent pas là. Elles vont au-delà de la simple lutte contre les obstacles non tarifaires pour porter sur l'intensification de l'activité commerciale de l'UE (§2).

### **§1. La garantie d'une effectivité de l'ouverture**

Les accords externes de l'Union européenne mettent l'accent sur la dimension « accès au marché », que cela soit pour les pays développés que pour ceux en développement. Si, en principe, l'Union européenne garantit un tel accès à ses partenaires, rien n'est moins sûr pour les pays en développement. La complexité des normes européennes est susceptible de transformer les principes contenus dans les accords en de simples déclarations de bonnes intentions.

Les difficultés d'accès au marché ne se posent pas seulement aux partenaires de l'Union. Ses propres opérateurs économiques peuvent en être confrontés d'où la nécessité d'éliminer les obstacles au franchissement des frontières (A) mais aussi ceux qui subsistent après franchissement (B).

#### **A. L'élimination des contraintes au franchissement des frontières**

La première étape de l'ouverture des espaces commerciaux internationaux passe par le traitement de la problématique des règles d'origine. Car ces règles de détermination de l'origine des marchandises constituent, de par leur complexité, de sérieux obstacles non tarifaires. L'application des tarifs douaniers est tributaire de la détermination des règles d'origine. L'évolution du commerce international a montré que les règles d'origine emportaient d'importantes conséquences sur bien des aspects de la politique commerciale d'un Etat. Il paraît clair que la question de l'accès au marché se pose, à ce niveau, aussi bien pour l'Union européenne que pour les Etats tiers. D'un côté, ce sont les entreprises européennes qui se plaignent de la difficulté de cerner les pratiques étatiques en la matière à l'échelle internationale, et qu'il faut pour cela que les règles soient davantage comprises. D'un autre, ce sont les partenaires européens qui s'insurgent contre la complexité des règles d'origine européennes. En effet, cette complexité vient annihiler souvent les avantages obtenus à travers l'abaissement des barrières tarifaires au niveau de l'Europe. La solution ne pouvait résider, dans la pratique conventionnelle européenne, que dans l'adoption de protocoles sur les règles d'origine, annexés souvent aux accords conclus entre l'UE et ses partenaires internationaux. Les protocoles contiennent une définition de la notion de « produits originaires », la détermination des « règles de cumul » ainsi que celles relatives aux « produits entièrement obtenus »<sup>317</sup>. Cela permet une meilleure lisibilité et assure une certaine sécurité juridique aux opérateurs aussi bien européens que ceux des pays tiers. L'idée est d'arriver à une simplification des règles pour une meilleure compréhension mutuelle.

---

<sup>317</sup> V. Articles 2, 3 et 6 du protocole relatif à la définition de la notion de « produits originaires » et aux méthodes de coopération administrative annexé à l'Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 289/1/4 du 30 octobre 2008.

L'origine des marchandises est très souvent liée au territoire d'un pays. Jean Moliérac estimait déjà en 1930 que :

«[...] le pays d'origine est celui où la marchandise a été récoltée s'il s'agit d'un produit naturel ou fabriqué s'il s'agit d'un produit manufacturé<sup>318</sup>[...] lorsqu'un produit a subi une transformation complète dans un pays, il est considéré comme originaire de ce pays et lorsque la transformation est incomplète, il semble logique de le considérer comme originaire du pays où il a acquis la plus grande partie de sa valeur<sup>319</sup> ».

Quant au *Guide des procédures douanières*, il considère l'origine d'une marchandise comme le « lien géographique et économique qui unit la marchandise à un pays ou à un groupe de pays dans lequel elle a été produite ou fabriquée<sup>320</sup> ». Cette notion autonome par rapport à celle de barrières tarifaires, quoiqu'elles soient intrinsèquement liées, est une notion « abstraite dont le contenu varie suivant de nombreuses considérations, généralement tirées d'objectifs de politique commerciale<sup>321</sup> ». Dans cette perspective, l'origine des marchandises semble ne pouvoir être définie que par voie de réglementation unilatérale. Ainsi, la détermination du pays d'origine des marchandises fait partie, selon Catherine Teule-Martin, « de la stratégie commerciale de l'Etat ou d'un groupe d'Etats<sup>322</sup> ». Les règles d'origine font, de ce fait, partie intégrante de la politique commerciale de l'Union européenne. Celles européennes reflètent le modèle économique européen, un modèle équilibré, s'il est besoin de le rappeler, entre considérations économiques et préoccupations non économiques. C'est sans doute pour cette raison que Jean-Michel Grave estime que l'origine des marchandises « n'est qu'un facteur sur la base duquel des mesures inspirées par des politiques variées vont ou ne vont pas s'appliquer<sup>323</sup> ». Il voit là un problème fondamental pour qui veut définir l'origine. Car, selon lui, « on peut difficilement envisager en toute indépendance des mesures dont elle conditionne l'application et de ses effets sur cette application<sup>324</sup> ».

---

<sup>318</sup> V. Jean MOLIERAC, *Traité de législation douanière*, Paris, Sirey, 1930, p. 36.

<sup>319</sup> *Id.*

<sup>320</sup> V. *Guide des procédures douanières*, Lamy, 1997, n° 340/2.

<sup>321</sup> *Id.*

<sup>322</sup> V. Catherine TEULE-MARTIN, *La douane : instrument de la stratégie internationale*, Paris, Economica, 1995, p. 16.

<sup>323</sup> V. Jean-Michel GRAVE, « L'origine dans les régimes commerciaux préférentiels de la Communauté : une réforme impossible ? », *Revue des Affaires Européennes*, n° 4, 2005, p. 589.

<sup>324</sup> *Id.*

L'on constate alors que la notion d'origine est assez importante pour assurer un traitement différencié des marchandises en matière douanière. Mais elle constitue, parallèlement, un critère d'application des politiques commerciales. M. Lawrence, à ce propos, se prononce en ces termes :

« [...] Si l'on parle de libre-échange mondial, on n'a pas besoin de règles d'origine du tout. La seule raison qui justifie l'existence d'une règle d'origine, c'est la décision prise par deux pays (appartenant au même bloc) de ne pas fixer leurs barrières commerciales au même niveau vis-à-vis du reste du monde. Qu'ils décident l'un et l'autre de libéraliser pleinement leur commerce, et les règles d'origine n'auront plus de raison d'être<sup>325</sup> ».

A l'heure actuelle, aucun pays n'accorde un traitement uniforme aux marchandises originaires d'Etats tiers. La politique commerciale d'un Etat conduit tantôt à une différenciation de protection tarifaire (par exemple droits de douanes autonomes), tantôt à une application de mesures sélectives (prohibitions ou contingentements), ceci en dépit des efforts louables de libéralisation au niveau international. L'efficacité de telles mesures est fonction de l'institution d'un mécanisme de contrôle assez strict sur l'origine des marchandises<sup>326</sup>.

Nombreux sont les enjeux qui entourent la détermination de l'origine des marchandises. Cette notion est au cœur de problématiques aussi variées que les préférences collectives des Etats ou leurs objectifs de nature purement économique. La détermination de l'origine est dans ces conditions cruciale, compte tenu de la complexification des processus de fabrication. La spécialisation dans le processus de fabrication, combinée au coût faible de la main-d'œuvre dans les pays en développement, ainsi que le désir de voir octroyer au produit une origine plus avantageuse en ce qui concerne les droits de douanes, ont entraîné un éclatement du processus de fabrication entre plusieurs pays. La notion d'origine est une notion juridique<sup>327</sup> qui peut être rapprochée de celle de nationalité pour les personnes physiques ou morales.

---

<sup>325</sup> V. M. LAURENCE, « Le commerce régional : atout ou obstacle à la libéralisation mondiale ? » *Revue électronique de l'Agence d'information des États-Unis*, vol. 1, n°16, novembre 1996 cité in Dilek DOGAN, *Les enjeux du concept d'origine en droit international et communautaire*, Thèse, Université de Grenoble, 2012, p. 15.

<sup>326</sup> V. Claude JACQUEMART, *La nouvelle douane européenne*, Paris, Jupiter, p 120.

<sup>327</sup> V. Claude J. BERR et Henri TREMEAU, *L'introduction au droit douanier*, Paris, Dalloz, 1997, p. 53.

En effet, si la nationalité constitue un élément de rattachement d'une personne à un Etat – ce qui lui confère des droits et met des obligations à sa charge -, l'origine constitue pour une marchandise, un élément de rattachement lui permettant de bénéficier d'une réduction ou d'une exonération des droits d'importation ou de la soumettre à certaines restrictions. La doctrine distingue deux catégories de règles d'origine. Les règles d'origine non préférentielles renvoient au régime commun des tarifs douaniers fondés sur le principe de la nation la plus favorisée qui impose d'étendre immédiatement et sans conditions, à tous les partenaires, tout avantage octroyé à l'un d'eux. Les règles d'origine préférentielles, quant à elles, visent la détermination des produits pouvant bénéficier de préférences tarifaires accordées en vertu d'accords ou de régimes particuliers. M. Inama systématisé la différenciation en ces termes :

« [...] une des principales différences entre les règles d'origine préférentielles et non préférentielles est que les règles non préférentielles doivent toujours fournir une méthode exhaustive de détermination de l'origine. Parce qu'il faut dans tous les cas déterminer l'origine non préférentielle pour que les autorités douanières puissent appliquer les instruments de politique commerciale. En revanche, dans le cas des règles d'origine préférentielles, si les critères d'origine ne sont pas satisfaits, le droit préférentiel ne sera pas appliqué mais il n'est pas nécessaire de chercher d'autres méthodes de détermination de l'origine »<sup>328</sup>.

L'évolution de la notion d'origine est marquée, à notre époque, par le fait que le régime d'origine préférentiel s'est affirmé tel un élément incontournable des échanges commerciaux de l'Union européenne. L'application du régime préférentiel se traduit par la distinction entre les marchandises qui disposent et celles qui ne disposent pas d'un traitement préférentiel à l'importation. Cela veut dire qu'une marchandise similaire peut subir un traitement tarifaire et non tarifaire complètement différent en fonction de son origine. Ainsi, une marchandise possédant une origine préférentielle rencontrera à l'importation moins d'obstacles par rapport à une marchandise d'origine non préférentielle. Dans ces conditions, on voit que l'intérêt lié à l'origine des marchandises a augmenté d'une manière significative d'autant plus que l'OMC a légalisé l'application du régime préférentiel<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> V. Stefano INAMA, *Les règles d'origine non préférentielles*, CNUCED : Champ d'application de l'Accord : Programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine non préférentielles et déclaration commune sur les règles d'origine préférentielles, UNCTAD/ITCD/TSB/10, in *Les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales*, 2000, pp. 429-458.

<sup>329</sup> L'adoption de l'Accord de l'OMC sur les règles d'origine, en 1994, a donné lieu à une modeste tentative d'harmonisation des règles de détermination de l'origine des marchandises au niveau multilatéral.



Celui-ci apparaît comme une exception au traitement de la nation la plus favorisée. Il en a découlé une prolifération des régimes préférentiels justifiant la nécessité d'une harmonisation à l'échelle internationale<sup>330</sup>, harmonisation qui, il faut le dire, est plus facile à dire qu'à faire. On comprend alors pourquoi les tentatives d'harmonisation opérées en ce sens par l'Accord sur les règles d'origine de l'OMC, se sont révélées modestes.

La négociation des règles d'origine dans la pratique conventionnelle européenne se justifie par plusieurs raisons. Elles sont indispensables à la poursuite des politiques publiques européennes aussi bien à l'interne qu'à l'international. La première raison d'être des règles d'origine est qu'elles constituent un préalable à la taxation douanière. Cet élément se présente comme un critère de détermination des droits de douanes à percevoir. Les tarifs douaniers permettent la définition de droits de douanes différents en fonction de l'origine étatique de la marchandise. La politique commerciale des Etats et les arrangements commerciaux régionaux sont parfois discriminatoires. La connaissance de l'origine d'un produit rend possible des distinctions en fonction des importations, de façon à accorder un traitement préférentiel conforme aux arrangements commerciaux spéciaux. Cependant, la détermination de l'origine des marchandises dépasse le simple fait d'appliquer des droits de douanes. Elle renvoie à toute une philosophie. Elle reflète, pour ainsi dire, les préférences collectives des Etats en général et de l'Union européenne en particulier. Le « made in » renvoie à un savoir-faire national et guide subséquent les choix des consommateurs.

---

<sup>330</sup> L'une des tentatives de réglementation des règles d'origine au niveau intergouvernemental a été faite dans le cadre de la CNUCED lors du débat consacré au système de préférences généralisées (SPG). Le Comité spécial des préférences de la CNUCED avait établi un Groupe de travail sur les règles d'origine avec pour mission d'entreprendre des consultations sur les aspects techniques des règles d'origine, en vue de rédiger des projets de règles d'origine à appliquer uniformément à tous les schémas des SPG. V. Dilek DOGAN, *Les enjeux du concept d'origine en droit international et communautaire*, op.cit., p. 22. Par ailleurs, la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers du 8 mai 1973 (Convention de Kyoto) n'avait pas non plus abouti à une harmonisation des règles d'origine. Deux raisons à cela : l'adoption de l'Annexe D.1 sur les règles d'origine n'était pas obligatoire et l'Annexe avait une portée plus recommandatoire que contraignante. Les Etats-Unis l'ont ratifiée en excluant les dispositions sur les règles d'origine, parce qu'ils estimaient que le texte reflétait plus le système européen de détermination des règles d'origine que celui américain. V. René SCHWOK, *Les relations USA-CE dans l'après guerre froide: conflit ou partenariat?*, Genève, Georg, 1992, p. 108. En ce qui concerne l'OCDE, il était sorti de la réunion du Groupe de travail *ad hoc* du Comité commercial sur les préférences, qui se tint à Paris en 1970, que les pays donneurs de préférences étaient d'avis qu'ils étaient libres de décider des règles d'origine qu'ils jugeaient appropriés, compte tenu du fait que les préférences étaient accordées unilatéralement. V. OCDE, Groupe de travail *ad hoc* du Comité commercial sur les préférences, *Règles d'origine*, deuxième rapport, TC/Pref./70.25, p. 9, Paris, 25 septembre 1970. V. aussi Robert VERUE, « Règles d'origine et politique commerciale », Intervention présentée à l'occasion de la Conférence sur l'avenir des Règles d'origine organisée par l'Organisation Mondiale des Douanes., Bruxelles 26 et 27 janvier 2004.

La protection des consommateurs est devenue de nos jours une préoccupation essentielle des politiques étatiques. Pour les entreprises, en dehors de la détention de preuves documentaires de l'origine de leurs marchandises, la détermination de celle-ci les conduit naturellement à définir des stratégies globales. Le phénomène de la mondialisation et de la délocalisation de l'économie les a poussées à peaufiner des stratégies multinationales de production<sup>331</sup>. On voit aussi dans les règles d'origine un moyen de promotion commerciale. Ces règles sont souvent utilisées pour promouvoir les exportations de marchandises originaires de pays ayant une « tradition d'excellence » dans des secteurs particuliers. Dans cette hypothèse, les pays deviennent très protecteurs afin d'éviter les pratiques de contrefaçon de la part d'un certain nombre d'Etats simplement soucieux de promouvoir leurs propres ventes. Une passerelle est ainsi établie entre règles d'origine et mesures antidumping. La circonstance où des biens sont importés en masse d'un pays vers un autre donne lieu à l'application de règles d'origine non préférentielles afin de déterminer l'origine de ces produits. Ainsi, cela rend-il possible l'application de droits antidumping ou compensatoires. En liaison avec l'Accord sur les mesures SPS, on constate que les règles d'origine sont porteuses d'enjeux. C'est surtout dans le domaine des exportations de denrées d'origine animale que la notion d'origine revêt toute son importance. Le traité de l'Union européenne prévoit un haut niveau de protection de la santé humaine, mais aussi celle des animaux et des végétaux conformément au droit de l'OMC<sup>332</sup>. Les épisodes européens de la *Vache folle* ainsi que celle de la *Grippe aviaire* montrent à quel point il est indispensable de déterminer l'origine des produits<sup>333</sup>. Les mesures SPS sont fréquemment employées dans la pratique du commerce international, ce qui a généré une riche jurisprudence au niveau de l'OMC.

---

<sup>331</sup> La question de la détermination de l'origine a posé de sérieuses difficultés pratiques. En matière d'assemblage, certaines entreprises japonaises avaient tenté de contourner la législation antidumping communautaire en exportant des pièces détachées vers la Communauté. Les entreprises se cantonnaient à faire assembler les pièces – ce qui n'apporte que peu de valeur ajoutée au produit-, sur le territoire communautaire, en recourant à des « usines tournevis ». La manœuvre visait à faire attribuer au produit, une origine communautaire. La Commission européenne accordera à la France l'autorisation de restreindre les importations de télévisions en couleur japonaises. V. Franklin DEHOUSSE et Philippe VINCENT, *Les règles d'origine de la Communauté Européenne, Pratique du droit Communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 91. De façon identique, la France s'est opposée à l'importation de voitures japonaises *Blue Bird* fabriquées par le constructeur Nissan, au motif que le contenu local était insuffisant. V. LeMonde, « L'affaire Nissan complique les relations CEE-Japon », 1988, p. 4.

<sup>332</sup> V. Article 168, 169 et 191 TFUE.

<sup>333</sup> V. Nations-Unies : Commission économique pour l'Afrique, Bureau de la CEA pour l'Afrique du nord, *Le Commerce en Afrique du Nord : les règles d'origine*, "Note introductive" CEA-AN/RABAT/CIE/XXI/3/II, Avril 2006.

Parmi les affaires les plus connues traitées devant l'ORD, figurent l'affaire concernant *les viandes et les produits carnés aux hormones*<sup>334</sup> ainsi que l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumon non cuit*<sup>335</sup>. Dans ces affaires, l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ne mobilisait qu'indirectement la notion d'origine des produits. En effet, l'adoption de mesures de rétorsion par les Etats exportateurs, suite à l'introduction des prohibitions en question, est fondamentalement axée sur l'origine des marchandises. Les pays exportateurs dans l'affaire des hormones (Etats-Unis et Canada) et le Canada dans celle du saumon non cuit, avaient pris la décision de réduire la liste des concessions tarifaires relativement aux pays à l'origine des prohibitions. Dans la première affaire, les Etats membres de l'Union européenne et, dans la seconde, l'Australie, avaient pris des mesures de rétorsion sous la forme de réductions de concessions fondées sur l'origine des marchandises. D'autres accords de l'OMC contiennent des dispositions relatives aux règles d'origine<sup>336</sup>. Ainsi, l'Accord sur les marchés publics (AMP) prescrit aux Membres d'utiliser, dans la détermination de l'origine des produits importés ou des services fournis aux fins d'un marché public, les règles d'origine normalement applicables aux importations des produits ou aux fournitures de services. Il n'est pas question d'appliquer des règles d'origine différentes au motif qu'elles sont utilisées dans le cadre d'un marché public. L'article VI de l'AMP enjoint également les Membres parties à cet Accord, de tenir compte des résultats enregistrés dans le cadre des activités du Comité des règles d'origine. Cela dit, en l'absence d'harmonisation complète des règles d'origine, chaque partie appliquera ses propres règles en tenant évidemment compte des prescriptions des accords OMC sur les règles d'origine. Pour finir, et toujours au titre des enjeux entourant les règles d'origine, il convient de préciser que celles-ci constituent de sérieux obstacles à l'accès aux marchés des pays en développement. Les règles d'origine définies dans les différents accords entre pays développés et pays en développement apparaissent pour beaucoup d'autant plus restrictives que nécessaires, reflétant ainsi la volonté des lobbies industriels des premiers.

---

<sup>334</sup> V. Rapports du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R/USA et WT/DS48/R/Canada, du 18 août 1997. V. aussi Rapports de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, du 13 février 1998 et du 16 août 1998.

<sup>335</sup> V. Rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Australie – Mesures visant les importations de saumon non cuit*, WT/DS18/R et WT/DS18/AB/R, du 12 juin 1998 et du 20 octobre 1998.

<sup>336</sup> V. OMC : Comité des règles d'origine, "Dispositions relatives aux règles d'origine figurant dans les accords de l'OMC", Note du Secrétariat, G/RO/W/31, 8 mai 1998.

Dans le cadre de l'ALENA, les règles d'origine incitent les producteurs mexicains à privilégier un approvisionnement en produits intermédiaires en provenance des Etats-Unis afin de satisfaire aux exigences d'un pourcentage nord-américain de la valeur du bien. Parallèlement, au début des années 1980, une étude du Parlement britannique sur les règles d'origine de l'Accord de Lomé avait conclu que le système avantageait plus le développement industriel de l'Union européenne que celui des pays ACP. C'est ainsi qu'il faut comprendre la stratégie de simplification des règles d'origine initiée par la Commission européenne dans le cadre des accords commerciaux préférentiels avec les pays tiers. Quoiqu'il en soit, le Groupe spécial, dans l'affaire *Etats-Unis – Règles d'origine concernant les textiles et les vêtements*<sup>337</sup>, a indiqué que si, en vertu de l'Accord sur les règles d'origine, il est plausible aux Membres de recourir à des mesures ou instruments de politique commerciale pour réaliser leurs objectifs en matière commerciale, il leur est en revanche interdit d'utiliser ces règles d'origine pour atteindre ces mêmes objectifs. En ce sens, il rappelle l'article 2 b) de l'Accord qui précise que les règles d'origine ne seront pas utilisées comme des instruments visant à favoriser, directement ou indirectement, la réalisation des objectifs en matière de commerce.

Les règles d'origine, en tant qu'obstacles au franchissement des frontières doivent être intégrées à la problématique générale de la facilitation des échanges. Les entreprises européennes, à l'instar des entreprises des pays tiers partenaires de l'UE, sont confrontées à des lourdeurs administratives au moment du franchissement des frontières. Ces tracasseries administratives, préalables à toute introduction des marchandises, constituent de sérieuses contraintes à la libéralisation des échanges. C'est dans ce contexte qu'a été conclu l'Accord sur la facilitation des échanges<sup>338</sup>, le plus important accord commercial multilatéral conclu depuis l'avènement de l'OMC.

---

<sup>337</sup> V. Eric CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 216 pages.

<sup>338</sup> V. Conseil général, Annexe au Protocole amendant l'Accord de Marrakech établissant l'Organisation mondiale du commerce : Accord sur la facilitation des échanges, WT/L/940, du 28 novembre 2014. V. aussi Conférence de presse du Directeur général de l'OMC, Azevêdo, « Entrée en vigueur de l'Accord sur la facilitation des échanges, du 22 février 2017 : « En ratifiant l'Accord, les Membres de l'OMC ont montré leur attachement au système commercial multilatéral. Ils ont tenu les promesses faites au moment de la conclusion de cet accord à Bali, il y a un petit peu plus de trois ans. [...] Comme vous le savez, l'Accord vise à rationaliser, simplifier et normaliser les procédures douanières. Il contribuera ainsi à la réduction des coûts du commerce dans le monde entier. [...] L'Accord aidera ces pays [en développement] à diversifier leur commerce. Les pays en développement pourraient augmenter de 20% le nombre de produits qu'ils exportent, et ce chiffre pourrait atteindre 35% pour les PMA ».

Contraignant pour les Membres de l'OMC, cet accord contient douze articles dont le but est d'assurer une plus grande fluidité dans les transactions commerciales internationales<sup>339</sup>. L'Union européenne s'est félicitée de l'entrée en vigueur de cet Accord qui contribue grandement au mouvement de libéralisation de ses échanges commerciaux<sup>340</sup>. Ceci dit, le franchissement des frontières ne signifie pas la fin des obstacles au commerce de l'UE.

## **B. La suppression des obstacles post-frontières**

Garantir l'effectivité de l'ouverture des espaces commerciaux internationaux passe, pour l'Union européenne, par l'élimination des obstacles liés aux réglementations nationales<sup>341</sup>. Il s'agit d'un premier levier sur lequel nous n'allons pas insister outre mesure dans la mesure où le principe du traitement national, qui est au cœur des accords externes de l'Union, permet d'apporter des solutions à ce problème. De plus, la problématique des réglementations internes relève de la souveraineté des Etats. Ce n'est pas tant la rigueur de la réglementation qui est importante que le caractère discriminatoire de celle-ci vis-à-vis des entreprises européennes en comparaison avec celles des pays tiers concernés.

---

<sup>339</sup> C'est à l'issue de dix années de négociations que les Membres de l'OMC ont bouclé les négociations sur l'Accord sur la facilitation des échanges (AFE), lors de la neuvième conférence ministérielle qui se tint à Bali (Indonésie) en décembre 2013. L'AFE vise à stimuler le commerce mondial en accélérant le mouvement, la mainlevée et le dédouanement des marchandises, y compris celles en transit. Sa mise en œuvre réduit considérablement les coûts du commerce. Ce sont certainement les pays en développement (PED) qui vont en profiter le plus car ce sont eux qui subissent le plus frontalement les obstacles procéduraux. Selon l'OCDE, la mise en œuvre de l'AFE va se traduire par une réduction des coûts des échanges de l'ordre de 12,5 à 17,5%. Les exportations des PED devraient augmenter de 14 à 22% tout en se diversifiant. V. OECD, Policy Brief « Implementation of the WTO Trade Facilitation Agreement: The Potential Impact on Trade Costs », juin 2015.

<sup>340</sup> V. Communiqué de presse de la Commission européenne, L'Union européenne se félicite de l'entrée en vigueur de l'accord de l'OMC sur la facilitation des échanges, IP/17/188, Bruxelles, le 22 février 2017.

<sup>341</sup> La stratégie d'accès aux marchés (SAM) de l'UE constitue un élément clé dans les mesures prises afin de lutter contre les obstacles liés à l'accès aux marchés. Concrètement, ont été mises sur pied, des équipes chargées des questions d'accès aux marchés aussi bien à Bruxelles que dans les pays tiers. Les participants aux consultations juridiques réalisées par la Commission ont conclu à l'efficacité de la SAM, car celle-ci a permis de lever de nombreux obstacles commerciaux dans les pays tiers. V. Communication de la Commission au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions: L'Europe dans le monde: un partenariat renforcé pour assurer aux exportateurs européens un meilleur accès aux marchés extérieurs, *COM(2007) 183 final*, Bruxelles, du 18 avril 2007. V. aussi Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Commerce, croissance et affaires mondiales : La politique commerciale au cœur de la stratégie Europe 2020 », *COM(2010) 612 final*, Bruxelles, du 9 novembre 2010.

Le second levier sur lequel agit l'Union européenne, dans sa pratique conventionnelle, est celui des marchés publics. L'un des objectifs communs de l'UE et de l'OMC, est d'assurer l'effectivité de la libéralisation des échanges. Les engagements des Etats tiers en ce sens ne sauraient être cohérents que lorsqu'ils acceptent d'ouvrir leurs marchés publics - qui représentent une importante manne financière - aux entreprises européennes en particulier et aux opérateurs économiques mondiaux en général. C'est ce qui explique l'insertion, dans les accords externes – aussi bien avec les pays sous développés que les pays développés -, de dispositions relatives aux marchés publics<sup>342</sup>. Dans ce contexte, que la Commission européenne a rendu publique, en 2012, la proposition de règlement modifiée du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et des services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et des services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers<sup>343</sup>. La Commissaire européenne au commerce, Cecilia Malmström, déclarera en ce sens :

« Je suis fermement convaincue qu'un système commercial international ouvert doit inclure les marchés publics. L'ouverture est bénéfique non seulement pour les entreprises, mais également pour les consommateurs, et permet une utilisation efficace de l'argent des contribuables. Elle aide aussi à lutter contre la corruption. Cette nouvelle proposition nous donnera les moyens de prouver notre détermination à ouvrir les marchés publics à l'échelle mondiale<sup>344</sup> ».

Lui emboitant le pas, Elżbieta Bienkowska, la Commissaire européenne pour le marché intérieur, l'industrie, l'entrepreneuriat et les PME, déclarait à ce sujet:

---

<sup>342</sup> V. par exemple le chapitre 9 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *JOUE* L 127/6, du 14 mai 2011.

<sup>343</sup> V. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, proposition de règlement modifiée du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et des services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et des services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, *COM (2016) 34 final*, Bruxelles, 29 janvier 2016. Cette proposition de Règlement modifie la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union, *COM (2012) 124 final*, Bruxelles, 21 mars 2012.

<sup>344</sup> V. Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/16/178, Bruxelles, 29 janvier 2016.

« Les marchés publics dans le monde représentent un énorme marché. Nous voulons que les entreprises de l'Union puissent avoir accès aux marchés publics en dehors de l'Union tout comme les entreprises des pays tiers ont accès aux nôtres. Notre proposition d'aujourd'hui ouvrira de nouvelles perspectives à nos entreprises et leur permettra de bénéficier de conditions de concurrence équitables<sup>345</sup>».

L'ouverture à la concurrence internationale des marchés publics s'opère selon deux approches. D'une part, il y a les accords plurilatéraux et bilatéraux<sup>346</sup> en vertu desquels des pays s'engagent à ouvrir certains de leurs marchés publics aux autres pays signataires. D'autre part, cette ouverture peut s'opérer librement au niveau national/régional, et concerne les marchés publics non couverts par des engagements internationaux souscrits. Les normes nationales ou régionales adoptées en ce sens, peuvent restreindre ou ouvrir l'accès aux marchés publics concernés. Le modèle économique que l'Union européenne défend à travers le monde, sur la question des marchés publics, est marqué par son originalité. Celui-ci se caractérise par la prise d'engagements internationaux particulièrement généreux en la matière, mais aussi par le refus, quoique légitime par ailleurs, de prendre des mesures de restriction à l'accès aux marchés non couverts. Les engagements de l'Union dans le cadre de l'AMP de l'OMC prévoient une large ouverture des marchés publics européens<sup>347</sup>. C'est dans le même esprit qu'elle s'engage à travers ses accords externes, montrant ainsi la cohérence de son action extérieure. Le degré d'ouverture des marchés publics d'un pays à la concurrence internationale résulte de l'application des engagements internationaux souscrits. Ce degré est évalué en prenant en compte non seulement des marchés publics ayant fait l'objet d'engagements d'ouverture aux entreprises des pays tiers signataires des accords, mais aussi les marchés potentiellement contestables, c'est-à-dire ceux ne dépassant pas un montant fixé par l'AMP<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> *Id.*

<sup>346</sup> Les normes adoptées dans le cadre de ces textes ne deviennent effectives qu'à la suite de leur transposition en droit interne.

<sup>347</sup> L'AMP fait partie des accords signés au terme de l'Uruguay round en 1994. C'est un accord juridiquement contraignant de l'OMC qui porte spécifiquement sur les marchés publics. Les différends éventuels entre États signataires sont assujettis au système de règlement des différends de l'OMC.

<sup>348</sup> Les marchés potentiellement contestables représentaient, en 2012, au niveau de l'Union 370 milliards d'euros, aux États-Unis 559 milliards d'euros, et 83 milliards d'euros en Chine. V. Rapport du Sénat français sur la proposition de Règlement sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics (E 7237), n° 140, 21 novembre 2012, p.8.

L' « Europe » s'est engagée à ouvrir aux Etats parties à l'AMP ou aux signataires d'accords bilatéraux, 95% de ses marchés publics potentiellement contestables. C'est de loin le taux d'ouverture le plus élevé au monde contrairement à des Etats comme la Chine dont le taux d'ouverture, pour de tels marchés publics, est nul. D'autres Etats, bien que signataires de l'AMP, tantôt refusent de soumettre à la concurrence internationale les marchés des entités infra-étatiques (Etats-Unis, Canada), tantôt procèdent à l'application de règles d'exclusion sectorielle. Il en est ainsi du Japon et des Etats-Unis dans le domaine des chemins de fer et des travaux publics.

Cela dit, le droit de l'Union européenne va bien au-delà de ses engagements internationaux. L'Union, à l'instar de tout Etat souverain, est libre de déterminer les conditions dans lesquelles les entreprises des pays tiers peuvent accéder aux marchés publics non couverts par des engagements internationaux<sup>349</sup>. Il en est de même de la détermination des conditions dans lesquelles les entreprises des pays non signataires d'accords internationaux d'ouverture, peuvent accéder aux marchés publics contestables de l'Union<sup>350</sup>. Néanmoins, l'Union européenne n'a adopté aucune mesure de restriction à l'accès à ses marchés publics. Tous les marchés, qu'ils aient fait ou non l'objet d'une obligation internationale, sont ouverts à toutes les entreprises des pays tiers. Cette approche européenne particulièrement libérale doit être contrebalancée par l'ouverture réciproque des marchés publics des pays tiers. C'est dans cette perspective que la question des marchés publics occupe une place de choix dans les accords externes de l'Union. Le droit de l'UE interdit toute discrimination, conformément à ses engagements internationaux, à l'égard des entreprises de pays tiers ayant pris des engagements d'ouverture. Ces entreprises sont donc assimilées, dans le marché intérieur, à des entreprises européennes. Par ailleurs, dans la mesure où l'Union n'a pas adopté de réglementation spécifique aux marchés non couverts par des accords internationaux, son droit place, *de facto*, les pays tiers non signataires d'accords d'ouverture des marchés publics, sous le même régime que les Etats membres et les Etats tiers signataires de tels accords.

---

<sup>349</sup> C'est ainsi que l'Union européenne qui s'est engagée, vis-à-vis du Japon, à ouvrir 70% de ses marchés publics, pourrait, si elle le souhaitait, décider unilatéralement de fermer l'accès aux 30% restants sans contrevenir à des règles internationales.

<sup>350</sup> Si l'Union européenne décidait d'interdire aux entreprises chinoises de soumissionner aux marchés publics, elle n'enfreindrait aucune norme internationale dans la mesure où la Chine n'est signataire ni de l'AMP ni d'un accord bilatéral avec l'UE sur la question des marchés publics.



On voit ainsi que les marchés publics européens font l'objet d'une ouverture généralisée<sup>351</sup>. Cependant, la volonté européenne de promouvoir la réciprocité dans les marchés publics, par le biais de la proposition de règlement de 2012, est entravée par un certain nombre d'obstacles. En dépit des propositions utiles du texte, les ambitions de celui-ci sont assez mesurées.

C'est d'abord l'absence de consensus européen quant à l'obligation de réciprocité dans l'ouverture des marchés publics des pays tiers. S'il est vrai qu'un Etat membre comme la France milite en faveur de cette obligation de réciprocité, ce n'est guère le cas des autres Etats membres. Par ailleurs, la philosophie qui guide l'Europe est que celle-ci est foncièrement convaincue qu'une ouverture des marchés publics – y compris aux entreprises de pays tiers protectionnistes - constitue un facteur de compétitivité dans la mesure où elle permet de réduire les dépenses publiques. Il devient ainsi indispensable que les marchés publics européens restent ouverts. Impossible dans ces conditions d'adopter un texte interdisant de façon significative l'accès aux marchés de l'UE. Au demeurant, la question de l'opportunité de l'ouverture des marchés publics des pays tiers se pose relativement à certains Etats membres. Sur un plan stratégique, cette ouverture ne constitue pas un intérêt tactique pour ces Etats. Si un pays comme la France possède de grands groupes exportateurs dans le domaine de la commande publique, ce n'est pas le cas de tous les Etats membres de l'Union européenne<sup>352</sup>. A ces difficultés domestiques, s'ajoutent des contraintes internationales.

Il est clair qu'à l'échelle internationale, les marges de négociation de l'Union européenne dans l'optique d'ouvrir les marchés publics des pays tiers est très réduite.

---

<sup>351</sup> Cette ouverture généralisée doit néanmoins être tempérée car elle fait l'objet d'une exception prévue aux articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 relative aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. L'article 58 concerne des offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels la Communauté n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux marchés de ces pays tiers. Il prévoit que toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. L'article 59 prévoit que les États membres informent la Commission de toute difficulté d'ordre général rencontrée et signalée par leurs entreprises en fait ou en droit, lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers. La Commission peut, à tout moment, proposer au Conseil de décider à la majorité qualifiée de suspendre ou de restreindre momentanément l'attribution de marchés de services aux entreprises du pays incriminé. La Commission peut proposer ces mesures de sa propre initiative ou à la demande d'un État membre.

<sup>352</sup> Par exemple l'Allemagne. Ce pays, à l'instar d'autres qui sont dans la même situation, pourrait craindre qu'une politique résolument offensive dans ce domaine ne le pénalise par ricochet dans les domaines où il dispose de véritables intérêts économiques à défendre (les exportations industrielles).

D'abord, dans le cadre de l'OMC, et plus précisément de l'Accord sur les marchés publics, les Etats parties ont déjà obtenu de l'Union des engagements significatifs dans les domaines où ils ont des intérêts offensifs. Etant donné qu'ils disposent de la capacité d'exporter vers l'Europe tout ce dont ils ont besoin, dans le cadre de commandes publiques, quelle serait l'utilité pour ces Etats de prendre des engagements d'ouverture conséquents ? Ce d'autant plus que la règle de la consolidation des engagements, au niveau de l'OMC, interdit de revoir ses concessions à la baisse. Ensuite, au niveau des négociations multilatérales, les marchés publics ne pèsent pas lourd dans la balance. L'Union ne peut négocier une ouverture de ses marchés publics aux pays tiers en échange d'une ouverture de ces derniers dans d'autres domaines. La négociation « marchés publics contre marchés publics » empêche à l'Union d'agir en ce sens. Enfin, dans le cadre bilatéral, les pays émergents, considèrent souvent que l'ouverture de leurs marchés publics constitue un intérêt offensif pour les pays développés. Ils ne sont prêts à troquer cette ouverture que moyennant la même ouverture dans les domaines qui les intéressent particulièrement, l'agriculture pour le Brésil et les services pour l'Inde.

Compte tenu des contrastes de priorités<sup>353</sup> au sein même de l'Union européenne, celle-ci « n'est donc pas prête à consentir des concessions dans des domaines hautement sensibles comme les services et l'agriculture en contrepartie d'une ouverture des marchés publics tiers qui ne profitera véritablement qu'à la France<sup>354</sup> ». Ces difficultés institutionnelles expliquent la lenteur de l'adoption du règlement. En 2016, la proposition de règlement a fait l'objet d'une modification dont l'objectif était d'assurer un meilleur équilibre des enjeux entourant le texte. Le texte ainsi envisagé n'est pas conçu comme un outil administratif de contrôle et d'exclusion des entreprises des pays tiers des marchés publics de l'Union, mais comme « un outil diplomatique » de pression sur les pays tiers pour les pousser à ouvrir leurs marchés publics. Par la souplesse qu'elle intègre dans la mise en œuvre des mesures de rétorsion qu'elle prévoit, la proposition de règlement est de nature à rassurer les Etats membres opposés au déclenchement de guerres commerciales, qui ne seraient que préjudiciables au commerce extérieur de l'Union. Néanmoins, cette souplesse porte en elle-même un risque, celui d'une application « pusillanime<sup>355</sup> » des mécanismes du règlement, par la Commission.

---

<sup>353</sup> Si la question des marchés publics mobilise la France, tel n'est pas le cas de l'Allemagne ou du Royaume-Uni (à l'époque où il faisait encore partie de l'UE (l'Europe en général), plus en retrait.

<sup>354</sup> V. Rapport du Sénat français sur la proposition de Règlement sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics (E 7237), *op.cit.*, p. 13.

<sup>355</sup> V. Rapport du Sénat français, *op.cit.*, p. 17.

Dès lors, la portée de cet instrument de pression diplomatique dépendra de la volonté de l'Union européenne de mettre effectivement en œuvre ses priorités. Les priorités de l'Union vont au-delà de la garantie de l'ouverture des espaces commerciaux internationaux pour enserrer la question de l'intensification de son activité commerciale.

## **§2. L'intensification de l'activité commerciale européenne**

Les dispositions des accords externes de l'Union européenne peuvent également être interprétées dans le sens d'un besoin d'intensification de l'activité commerciale européenne. L'administration des obstacles non tarifaires rime, dans cette perspective, avec libéralisme de plus en plus poussé. Deux points seront abordés à travers ce chapitre. Il s'agit, dans un premier temps, de l'approfondissement de la libéralisation (A) et, dans un second, de la protection des opérateurs économiques européens sur les marchés étrangers (B).

### **A. L'approfondissement de la libéralisation**

La pratique conventionnelle européenne est marquée par l'approfondissement de la libéralisation des échanges entre l'Union et les pays tiers. Cet approfondissement porte sur trois domaines majeurs : le commerce des biens et services culturels (1), le commerce des services *lato sensu* ainsi que le commerce électronique (2).

#### **1. Un approfondissement contrôlé du commerce des biens et services culturels**

Les accords externes de l'Union européenne intègrent l'aspect culturel dans leurs dispositions. Plus précisément un protocole sur la « coopération culturelle<sup>356</sup> » peut être annexé aux accords. Celui-ci définit les conditions dans lesquelles les échanges de biens et services culturels peuvent s'opérer. La problématique de la culture n'a pas été traitée de façon spécifique par les accords OMC. La sensibilité de la question au sein de l'Union européenne explique sans doute l'alignement des accords externes sur le droit de l'Union.

---

<sup>356</sup> On trouve ce protocole dans l'Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 289/I/3, du 30 octobre 2008.

La volonté d'approfondir la libéralisation des échanges a conduit les autorités européennes à s'intéresser de plus près au commerce dans ce domaine de l'activité humaine<sup>357</sup>. Cela dit, le désir d'aller plus loin dans la libéralisation des échanges ne doit pas cacher la réalité des obstacles commerciaux liés à la culture. Au regard du droit de l'Union européenne – ce qui explique la pratique conventionnelle européenne en la matière –, les biens et services culturels sont appréhendés comme des biens et services économiques. Le développement du commerce y relatif, à travers les accords externes de l'Union, procède incontestablement d'un approfondissement du mouvement de libéralisation. L'article 28 TFUE (ex-article 23 Traité CE) prévoit la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur. Cette liberté s'applique aux produits originaires des Etats membres ainsi qu'à ceux, en provenance d'Etats tiers, mis en libre pratique au sein du marché européen. Le règlement du Conseil n° 802/68 précise que les marchandises d'origine d'un Etat membre sont celles qui sont entièrement obtenues ou qui ont fait l'objet de la dernière transformation substantielle dans cet Etat<sup>358</sup>. Ce critère de détermination de l'origine s'applique également aux produits originaires d'Etats avec qui l'Union a conclu des accords externes.

L'article 29 TFUE (ex-article 24 Traité CE) dispose que les biens en libre pratique sont des « produits en provenance de pays tiers pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douanes et taxes d'effet équivalent exigibles ont été perçus dans un Etat membre, et qui n'ont pas bénéficié d'une ristourne totale ou partielle de ces droits et taxes ». Dans l'arrêt *Commission contre Italie* du 10 décembre 1968, la Cour de justice a donné à la notion de produits une acception assez large, en les considérant comme des « produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels de former l'objet de transactions commerciales<sup>359</sup> ». Elle précisera à l'occasion que les qualités qui distinguent les biens en cause d'autres biens, importent peu tant qu'ils correspondent aux éléments de cette définition.

---

<sup>357</sup> V. Anne-Marie LOMAN, Kamiel MORTELMANS, Harry POST et Steward WATSON, « Culture and Community Law. Before and after Maastricht », Boston, *Kluwer Law International*, 1992, p. 41. V. aussi Georges Sp. KARYDIS, « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *RTDE*, vol. 30, n° 4, 1994, pp. 551-560.

<sup>358</sup> V. Article 60 du Règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013, établissant le code des douanes de l'Union (refonte), *JOUE L 269/1*, du 10 octobre 2013.

<sup>359</sup> V. CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. 7/68, du 10 décembre 1968, p. 617.

Pierre Pescatore rejoint la position de la Cour en estimant que « les œuvres d'art, en tant que telles ont une valeur vénale et qu'elles font l'objet de transactions commerciales. Elles sont des marchandises comme les autres<sup>360</sup> ». L'acceptation particulièrement extensive de la notion de produit par la Cour, conduit à rapprocher bien et produit culturel<sup>361</sup>. La généralité de la définition implique que l'intégration des biens culturels au marché intérieur ne se cantonne pas aux œuvres d'art – bien non reproductibles - mais s'étend également aux biens reproductibles (vidéocassettes autrefois, disques, livres par exemple). Les biens culturels sont dans ces circonstances soumis au régime de la libre circulation des marchandises dès lors qu'ils présentent une dimension économique<sup>362</sup>.

La même conception a été retenue s'agissant de la libre prestation des services prévue à l'article 56 TFUE (ex-article 49 Traité CE). L'article 57 TFUE (ex-article 50 Traité CE) dispose : « [...] sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas réglées par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes<sup>363</sup>». Cette liberté bénéficie aussi bien au prestataire de services<sup>364</sup> qu'au bénéficiaire<sup>365</sup> des services fournis, selon la Cour. Ainsi, à l'image des autres libertés communautaires, la libre prestation des services s'applique à toutes les activités économiques entrant dans la définition donnée à l'article 57 TFUE. La dimension économique est le seul critère pertinent, le contenu matériel du service n'est pas déterminant. Dès lors, la dimension culturelle n'apparaît pas comme un critère de qualification d'un service au sens du droit communautaire, celui-ci ne connaît que des services économiques.

---

<sup>360</sup> V. Pierre PESCATORE, « Le commerce de l'art et le marché commun », *RTDE*, vol. 21, n°3, 1985, pp. 451-462.

<sup>361</sup> V. Jean-Michel BRUGUIERE, « Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel », *Légicom*, n°36, 2006, pp. 9-17.

<sup>362</sup> V. Décision 2085/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 établissant un programme de soutien, comprenant la traduction, dans le domaine du livre et de la lecture (Ariane), *JOCE* L 291, du 24 octobre 1997, pp. 26-34, 2<sup>ème</sup> considérant.

<sup>363</sup> Les services comprennent : a) des activités à caractère industriel ; b) des activités à caractère commercial ; c) des activités artisanales ; d) des activités des professions libérales.

<sup>364</sup> V. CJCE, *Bond van Adverteerders contre Etat néerlandais*, aff. 352/85, du 26 avril 1988.

<sup>365</sup> V. CJCE, *Ian William Cowan contre Trésor public*, aff. 186/87, du 2 février 1989.

La directive Télévision sans frontières du 3 octobre 1989 résume cette position en ces termes : « [...] le traité prévoit la libre circulation de tous les services normalement contre rémunération, sans exclusion liée à leur contenu culturel et autre<sup>366</sup> ». Par ailleurs, la libéralisation du marché commun a permis un essor considérable des échanges de biens culturels en provenance des Etats membres mais aussi des Etats tiers. Cependant, cet essor s'est accompagné d'une augmentation du trafic illicite de biens culturels. Le commerce illicite de biens culturels est sévèrement combattu par l'Union européenne car il constitue, avec le trafic de drogue et d'armes, l'un des plus grands fléaux mondiaux. L'Union est particulièrement touchée par le vol de biens culturels<sup>367</sup>. Par conséquent, l'approfondissement de la libéralisation, dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, s'accompagne aussi de la prise en compte de cette préoccupation. L'ambivalence de la libre circulation, dans la perspective culturelle, a été bien soulignée par la Commission<sup>368</sup>. Les autorités communautaires ont ainsi adopté deux normes de droit dérivé pour pallier les externalités négatives provoquées par la mise en place du marché intérieur dans le domaine des biens culturels. Elles ont pour objectif commun de protéger les biens culturels. La première est d'ordre préventif. Il s'agit du règlement n° 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation de biens culturels<sup>369</sup>. Ce règlement adopté par le Conseil sur le fondement de la compétence communautaire en matière commerciale, visait à assurer un contrôle uniforme de l'exportation des biens culturels aux frontières extérieures de l'Union afin d'éviter qu'un bien culturel puisse quitter le territoire communautaire par un autre Etat que celui de son origine.

---

<sup>366</sup> V. Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* L 298 du 17 juillet 1989, pp.23-30.

<sup>367</sup> L'hebdomadaire *Courrier International* estimait que le commerce illégal de biens culturels s'évaluait annuellement entre 2 et 4 milliards de dollars. V. Pierre LELLOUCHE, *La lente agonie du marché européen de l'art. Rapport sur les obstacles fiscaux et réglementaires qui pèsent sur la défense du patrimoine culturel européen*, Assemblée nationale, Douzième législature, Délégation pour l'Union européenne, rapport d'information n°639, mars 2003, p. 43.

<sup>368</sup> V. Communication de la Commission au Conseil relative à la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans la perspective de la suppression des frontières intérieures en 1992, *COM (89) 594 final*, du 22 novembre 1989, p.18. V. Guido CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés : droit commun, Directive CEE, Conventions de l'UNESCO et d'UNIDROIT*, Paris, LGDJ, 1997, 493 pages.

<sup>369</sup> V. Règlement n° 3911/92, du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, *JOCE* L 395 du 31/12/1992, p.1, modifié par les règlements (CE) n° 2469/96 du Conseil du 16 décembre 1996 modifiant l'annexe du règlement (CEE) n° 3911/92 concernant l'exportation de biens culturels, *JOCE* L 335 du 24 décembre 1996 et n° 974/2001 du 14 mai 2001 modifiant le règlement (CEE) n° 3911/92 concernant l'exportation de biens culturels, *JOCE* L 137 du 19 mai 2001, pp. 10-11.

Le règlement vise à éviter le « pillage culturel européen<sup>370</sup> » en protégeant les biens culturels européens<sup>371</sup>. La seconde norme, la directive 97/7/CEE du 15 mars 1993, tendait à la restitution aux Etats membres, de leurs biens culturels ayant illicitement quitté leur territoire. Elle s'intéressait plus spécifiquement à la protection des trésors nationaux des Etats membres. Cette directive visait à redonner aux dispositions de l'article 30 Traité CE (article 36 TFUE), toute leur efficacité.

Bien que le commerce des services culturels soit promu dans la pratique conventionnelle européenne, il faut remarquer que le secteur audiovisuel fait l'objet d'une attention particulière à travers les protocoles culturels annexés aux accords externes de l'Union. Ce service est, en effet, marqué par la pratique de la coproduction<sup>372</sup>. L'objectif est bien évidemment de protéger la diversité culturelle de l'Europe<sup>373</sup>.

Le secteur audiovisuel a fait l'objet d'après discussions aussi bien au niveau de l'Union européenne que dans le cadre de l'OMC. Les obstacles au commerce dans ce secteur sont particulièrement prégnants. Au niveau européen, la directive Télévision Sans Frontières (TSF) ne se contentait pas seulement de participer à la mise en place effective d'un marché commun libéralisé dans le domaine de l'audiovisuel, mais prévoyait également des dispositions allant à l'encontre du libre-échange. D'une part, elle instaurait un système de chronologie des médias susceptible d'entraver la libre circulation des œuvres et d'autre part, un système de quotas au bénéfice des œuvres européennes. Dans son arrêt *Cinéthèque* du 11 juillet 1985, la Cour a jugé que le système français de chronologie des médias constituait une entrave à la libre circulation<sup>374</sup>. Le système des quotas frappait par son caractère exceptionnel. Il démontrait que les autorités européennes ne se laissaient pas entraîner dans une dogmatique purement libre-échangiste. Les quotas constituaient ainsi des entraves à la libre circulation des œuvres non-européennes sur le territoire de l'Union.

---

<sup>370</sup> V. Anne DEROUT, *La protection des biens culturels en droit communautaire*, Rennes, Apogée, 1993, p. 84.

<sup>371</sup> V. Daphné VOUDOURI, « Circulation et protection des biens culturels dans l'Europe sans frontières », *RDP*, 1994, pp. 493-494.

<sup>372</sup> V. Article 5 du Protocole sur la coopération audiovisuelle de l'APE *Communauté européenne-Cariforum*.

<sup>373</sup> V. Jean-Christophe BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire : contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, 599 pages.

<sup>374</sup> V. CJCE, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, aff. jtes. 60 et 61/81, 11 juillet 1985.

Emmanuel Derieux estime que le système consiste à « préserver, par une politique de programmation ainsi réglementée et encadrée, l'identité européenne et, de façon non moins importante et qui ne peut en être dissociée, d'assurer aussi la survie du secteur de la production audiovisuelle européenne, face aux produits ou programmes non européens <sup>375</sup> ». C'est surtout dans ce cadre qu'il faut comprendre les dispositions des accords externes de l'Union sur « la coproduction audiovisuelle ». Cette mesure de soutien à l'audiovisuel européen doit se comprendre comme un moyen de promotion de la diversité culturelle puisqu'elle cherche à soutenir les productions au sein de l'Union européenne<sup>376</sup>.

Ce système de quotas doit être mis en parallèle avec les positions adoptées par les instances européennes à l'occasion des négociations du GATT puis de l'OMC. Dans le cadre de ces négociations, l'Union européenne revendique des mesures d'exception par rapport au mouvement de libéralisation. Il s'agit de défendre l'audiovisuel européen face aux programmes en provenance du reste du monde et plus particulièrement des Etats-Unis. Lors des négociations de l'Uruguay round, les Parties Contractantes avaient décidé d'étendre les règles du GATT au secteur des services. Cette introduction des services, véritable révolution dans la diplomatie économique<sup>377</sup>, devait subséquemment intégrer le secteur audiovisuel. Au fil des négociations, il est apparu que l'application des principes du libre-échange devait entraîner un démantèlement du système de protection communautaire. Le principe de libre accès au marché impliquait l'abolition immédiate des quotas, qu'ils soient nationaux ou communautaires. Le principe du traitement national voulait, en ce qui le concerne, que tous les systèmes d'aide existants au sein de l'ordre juridique communautaire, soient supprimés ou étendus à l'ensemble des entreprises étrangères. Enfin, tous les accords préférentiels avec des pays tiers, notamment les accords de coproduction évoqués plus haut, auraient également du être étendus à tous les pays en vertu de la clause NPF.

---

<sup>375</sup> V. Emmanuel DERIEUX, « Droit économique européen des médias audiovisuels (Libéralisme économique et liberté d'information) », *Les Petites Affiches*, n° 156, 7 août 2000, pp. 11-12.

<sup>376</sup> Le système des quotas ne protège pas en tant que telles les productions nationales, mais bien la production européenne. Selon la directive, les œuvres audiovisuelles européennes sont les œuvres originaires des Etats membres de l'UE, des Etats tiers européens parties à la Convention européenne sur la télévision transfrontalière ou avec lesquels l'UE a conclu des accords ayant trait à l'audiovisuel.

<sup>377</sup> V. Laurence MAYER-ROBITAILLE, *Le statut des biens et services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2002, 544 pages.



Pour la Commission en charge des négociations, il s'agissait plutôt de défendre l'identité européenne dans ce domaine. Ainsi, dès 1990, la Commission s'est prononcée dans le cadre des négociations sur le futur AGCS, en faveur d'un régime spécifique pour l'audiovisuel. Pour autant, cela ne devait pas cacher les oppositions entre les Etats membres sur la question<sup>378</sup>. Néanmoins, un consensus fut trouvé entre les Etats membres et les institutions communautaires quant à la nécessité d'imposer, au bénéfice de l'audiovisuel, un régime spécifique ne se limitant pas au libre-échange. La volonté de mettre en place ce régime se justifiait par le souci commun de préserver les identités culturelles des Etats membres et de l'Europe<sup>379</sup>. L'application des règles du GATT aurait eu pour effet de renforcer l'emprise américaine dans le domaine audiovisuel d'une part, et d'empêcher les Etats membres de mettre en place ou de maintenir des systèmes d'aide ou de protection, d'autre part.

Certains ont même pu évoquer la possible disparition du cinéma européen. Etait en jeu la capacité des Etats et de la Communauté à se représenter grâce à une industrie audiovisuelle compétitive, capable de résister à la domination américaine. La France a joué un rôle majeur dans la promotion des conceptions sous-tendant la volonté de défendre l'audiovisuel. La défense de l'exception culturelle n'a pas résulté uniquement de la mobilisation des autorités publiques françaises. Elle a aussi bénéficié de celle des milieux professionnels<sup>380</sup>. Il est utile de rappeler qu'en France, la défense de l'audiovisuel, par le refus de l'application des règles du libre échange, s'inscrit dans un mouvement historique assez ancien<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> La France défendait la mise en place d'un cadre normatif particulier. Elle était suivie en cela, quoique de façon timorée, par la Belgique, l'Italie, l'Espagne, le Portugal. L'Allemagne et le Danemark, en ce qui les concerne, considéraient que l'audiovisuel n'entrait pas dans les compétences communautaires. Quant au Royaume-Uni, il avait aligné sa position sur celle des Etats-Unis. Pourtant la Cour de justice avait affirmé dès 1974, que l'absence de compétence communautaire dans un domaine, ne devait pas soustraire celui-ci du champ d'application du marché commun, pour peu qu'il existe un élément économique et transfrontalier. V. CJCE, *Donato Casagrande contre Landeshauptstadt München*, aff. 9/74, du 3 juillet 1974.

<sup>379</sup> V. Résolution du Parlement européen du 30 septembre 1993 sur l'état des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round du GATT, *JOCE C 279* du 18 octobre 93, pp. 16-18, point 7.

<sup>380</sup> C'est le cas de l'ARP (Association des Auteurs-Réalisateurs-Producteurs) fondée en 1987 par Claude Berri. Elle a joué un rôle important en faveur de la promotion de l'exception culturelle.

<sup>381</sup> V. Armand MATTELART, « Exception ou spécificité culturelle : les enjeux du GATT », Paris, *Encyclopédia Universalis*, 1995, pp. 138-141. V. aussi Laurent BURIN DES ROZIERS, « Du cinéma au multimédia : une brève histoire de l'exception culturelle », Les notes de l'IFRI, *IFRI*, n° 5, 1998, pp.37-45.

S'agissant des Etats-Unis, leur position était illustrée à travers ces propos : «[...] les films et les programmes audiovisuels devront à l'avenir figurer dans la liste des produits soumis à 100% aux normes du libre-échange<sup>382</sup> ». Cette position s'expliquait à plusieurs égards.

Dans un premier temps, la volonté de soumettre l'audiovisuel aux règles du commerce international, découlait d'une conception particulière de ce domaine. Pour les Etats-Unis, l'audiovisuel relève de l' « *entertainment* », du divertissement et donc, « d'une logique commerciale ». L'antagonisme de cette conception par rapport à la perception européenne de l'audiovisuel et du cinéma, apparaît alors clairement. Au niveau de l'Europe, le cinéma fait partie de la culture, c'est un art. Aux Etats-Unis, il est un business et fait partie de l'industrie. Deuxièmement, les Etats-Unis étant en position dominante sur le marché de l'audiovisuel et du cinéma, ont intérêt à lutter contre toute limitation aux échanges dans ce domaine<sup>383</sup>. Il existe entre l'Europe et les Etats-Unis une véritable asymétrie. Enfin, stratégiquement, cette domination contribue à la propagation diffuse mais universelle de l' « *american way of life* », des valeurs et référents identitaires des Etats-Unis<sup>384</sup>. L'absence de nuance des Etats-Unis lors des négociations dans le domaine de l'audiovisuel a été marquée par une rhétorique fondée sur la liberté de diffuser les idées, les spectacles et les informations. Ils arguaient d'une certaine hypocrisie européenne, utilisant l'argument culturel pour masquer des velléités de protectionnisme économique. Ceci est illustré à travers les déclarations de Jack Valenti, représentant de l'influente Motion Picture Association of America (MPAA), à la fin des négociations de l'Uruguay round.

---

<sup>382</sup> V. Bernard GOURNAY, « Exception culturelle et mondialisation », Paris, *Presses de Sciences Po*, 2002, p. 57.

<sup>383</sup> L'audiovisuel représente le deuxième poste à l'exportation pour les Etats-Unis. En 1998, la Commission estimait à six milliards de dollars le déficit des échanges entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur le marché de l'audiovisuel et du cinéma, ce qui équivaldrait à 250.000 emplois. V. Commission européenne, « Politique audiovisuelle de l'Union européenne 1998 », Bruxelles, *OPOCE*, 1997, p. 3. Au sein de l'Union européenne, la France est, derrière les Etats-Unis, le deuxième plus grand exportateur de films. V. Caroline SALLÉ, « La France, deuxième exportateur de films derrière les Etats-Unis », *Le Figaro*, du 14 mai 2014. V. aussi Laure CROISSET, « Succès historique des programmes audiovisuels français à l'étranger », *Challenges*, du 6 septembre 2018.

<sup>384</sup> V. Bruno DE WITTE, « Trade in Culture : International Legal Regimes and EU Constitutional Values », in Grainne DE BURCA et Joanne SCOTT, *The EU and the WTO : Legal and Constitutional Issues*, Portland Oregon, *Hart Publishing*, 2001, pp. 237-255.

« Dans le cadre d'un traité globalement supposé réduire les barrières commerciales, la Communauté a érigé un grand mur pour éliminer les œuvres des hommes et des femmes qui créent hors d'Europe. (...) Cette négociation n'a rien à voir avec la culture. La seule chose qui ait vraiment compté c'était l'argent et avec quelle cupidité ! A une époque où les technologies nouvelles offrent à tous les téléspectateurs, au sein de chaque famille, sur tous les continents, davantage de choix et d'ouverture ; à une époque de libre-échange des idées, des spectacles, des informations (...) la triste réalité est que la CEE tourne le dos à l'avenir<sup>385</sup> ».

Au final, les Américains refusèrent toute forme de concession dans les négociations à l'instar des Européens. Cette intransigeance eût raison de la volonté de négociation des représentants européens et notamment de la bienveillance du négociateur en chef, Sir Léon Brittain, pourtant attaché aux thèses libérales. En matière d'audiovisuel, les négociations débouchèrent sur un fiasco. Le communiqué de la Maison-Blanche était clair : « *We agreed to disagree* », disait-il<sup>386</sup>. Toutefois, pour éviter un échec global des négociations, la Communauté accepta d'inclure l'audiovisuel dans l'AGCS sans prendre le moindre engagement de libéralisation. Cette retenue notée dans le secteur culturel est contrebalancée par une volonté européenne d'accentuer le commerce des services *lato sensu*.

## 2. L'accentuation du commerce des services

Dans le but de poursuivre l'agenda du système commercial multilatéral, l'Union européenne s'est aussi lancée, à travers ses accords externes, dans une entreprise de libéralisation plus prononcée du commerce des services. La lecture des dispositions de ces accords suffit pour constater un double mouvement dans le projet de libéralisation. Il s'agit souvent de faire de telle sorte que tous les services transfrontaliers soient libéralisés, sous réserve d'un certain nombre d'exclusions dont la liste n'est guère très fournie<sup>387</sup>. Il s'agit ensuite d'accentuer les engagements pris dans chaque secteur de services libéralisé.

---

<sup>385</sup> V. *LeMONDE*, 16 décembre 1993, p. 6.

<sup>386</sup> Les Etats-Unis menacèrent l'Union européenne de rétorsions : *LeMONDE*, « Après l'exclusion de l'audiovisuel de l'accord sur le GATT les Etats-Unis menacent l'Europe de sanctions », 14 janvier 1994, p. 14.

<sup>387</sup> V. Article 7.4 Section B de l'Accord de libre-échange entre *l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part* précité. Parmi les services exclus, il y a les services audiovisuels sous réserve des dispositions du protocole sur la coopération culturelle.

Les négociations du Traité Transatlantique – qui intègrent cette dimension -, démontrent que les services constituent aussi bien pour les Etats-Unis que pour l’Union européenne, « la colonne vertébrale de l’économie ». Les services revêtent un potentiel considérable pour l’Union européenne. Elle est le premier fournisseur de services au monde et ces derniers représentaient en 2013, 74,3% de son PIB<sup>388</sup>. Cependant, les prestataires de services européens restent confrontés à de nombreux obstacles dans le domaine des services surtout dans les pays développés et les pays émergents<sup>389</sup>. Dans ces conditions, l’objectif européen d’accentuation de la libéralisation des services trouve ici toute sa raison d’être, ce d’autant plus que le droit de l’Union européenne garantit la libre prestation des services au sein du marché intérieur. Il en résulte que les services et prestataires de services étrangers, conformément aux engagements de l’Union dans le cadre de l’AGCS et des accords préférentiels, bénéficient de l’acquis communautaire en la matière.

A l’instar des arrêts *Dassonville*<sup>390</sup> de 1974 et *Rewe*<sup>391</sup> de 1979, la Cour de justice étendra aux services, dans son arrêt *Säger contre Dennemeyer*<sup>392</sup> de 1991, la jurisprudence dégagée en matière de libre circulation des marchandises. Dans cette dernière affaire, elle soutient que l’article 59 du Traité CEE (désormais article 56 TFUE) exige non seulement l’élimination de toute discrimination contre un prestataire de services sur la base de la nationalité, mais abolit concomitamment toute forme de restriction<sup>393</sup>.

---

<sup>388</sup> V. Communication de la Commission européenne, « Initiative phare Europe 2020 - Une Union de l’innovation », *COM(2010) 546 final*, du 6 octobre 2010.

<sup>389</sup> V. Document de travail de la Commission européenne, « Trade As a Driver For Prosperity », accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social et au Comité des régions, Commerce, croissance et affaires mondiales, « La politique commerciale au cœur de la stratégie Europe 2020 », Bruxelles, *SEC(2010) 1269, COM(2010) 612 final* [Non publié au Journal officiel], 2010. V. aussi Rapport « Mise en oeuvre de la communication de la Commission: L’Europe dans le monde: un partenariat renforcé pour assurer aux exportateurs européens un meilleur accès aux marchés extérieurs », du 18 avril 2007.

<sup>390</sup> Dans cet arrêt, la Cour donne sa première définition des restrictions à l’importation concernant les marchandises. Se trouvent ainsi interdites, toutes restrictions intra-communautaires, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement appliquées aux marchandises. V. CJCE, *Procureur du Roi contre Benoit et Gustave Dassonville*, aff. 8-74, du 11 juillet 1974.

<sup>391</sup> Dans cette affaire, la Cour étend le champ d’application de la libre circulation des marchandises aux mesures indistinctement applicables, c’est-à-dire même aux réglementations applicables à tous les produits, qu’ils soient domestiques ou importés. V. CJCE, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, du 20 février 1979.

<sup>392</sup> V. CJCE, *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*, aff. C-76/90, 25 juillet 1991.

<sup>393</sup> *Id.*

Le droit de l'Union européenne définit la libre prestation des services comme subsidiaire aux autres libertés garanties à l'article 57 TFUE. Une raison explicative à cela, nous dit Piet Eeckhout<sup>394</sup>, est qu'à l'époque de l'adoption du Traité de Rome, les services n'avaient pas encore fait l'objet de conceptualisation. Le concept de commerce des services n'existait pas encore, et les services n'occupaient pas une position prépondérante dans les économies industrialisées. Les services étaient plutôt vus comme insignifiants. Ils étaient néanmoins suffisamment visibles pour justifier leur inclusion dans le Traité. L'importance des services est justifiée par le fait qu'ils interfèrent avec les libertés de circulation des marchandises, des capitaux et d'établissement<sup>395</sup>. Cependant, la Cour n'a pas toujours conforté le caractère subsidiaire des services. Elle les a plutôt traités de façon spécifique. Dans l'arrêt *Svensson et Gustavsson contre Ministre du logement et de l'Urbanisme*, une mesure discriminant à l'égard des banques étrangères avait été considérée par la Cour comme enfreignant à la fois la liberté de circulation des capitaux et celle des services<sup>396</sup>. Ainsi, la Cour prend-t-elle très au sérieux la question des services en étendant considérablement la portée des articles 56 et 57 TFUE.

Le commerce des services a connu la même évolution aussi bien dans le cadre du GATT/OMC que de l'Union européenne. Il y avait un temps relativement long entre l'adoption du GATT et celle de l'AGCS. Cela a permis une réflexion initiale sur la conceptualisation du commerce des services et sa libéralisation. Il est utile de rappeler que la conclusion de l'AGCS a été précédée par des recherches très poussées dans le domaine de l'« économie des services », sur la définition du commerce des services, et sur la possible transposition des théories économiques démontrant les avantages du libre-échange au droit international du commerce des services<sup>397</sup>. L'approche des services a suivi les traces de celle relative aux marchandises. L'AGCS vise la libéralisation des services à travers des principes et mécanismes similaires à ceux appliqués dans le cadre du GATT : traitement NPF, traitement national, accès au marché, négociations.

---

<sup>394</sup> V. Piet EECKHOUT, « Constitutional concepts for free trade in services », in Grainne DE BURCA et Joanne SCOTT, *The EU and the WTO : legal and constitutional issues*, Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, pp. 211-235.

<sup>395</sup> *Id.*, p. 212.

<sup>396</sup> V. CJCE, *Peter Svensson et Lena Gustavsson contre Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, aff. C-484/93, du 14 novembre 1995.

<sup>397</sup> V. Piet EECKHOUT, *The European Internal Market and International Trade : A Legal Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 7-12.

Les efforts accomplis par l'Union européenne, à travers sa pratique conventionnelle, pour approfondir la libéralisation des services, sont à inscrire dans le contexte d'échec des négociations initiées au sein de l'OMC. En effet, l'AGCS prévoyait que les Membres de l'OMC allaient engager ultérieurement des séries de négociations afin d'accroître le niveau de libéralisation des services<sup>398</sup>. Mais l'échec du cycle de Doha, à l'agenda duquel figurait la question des services, a une nouvelle fois bloqué toute libéralisation multilatérale. Prenant acte du « patinage des négociations multilatérales<sup>399</sup> », des Membres de l'OMC ont avancé en 2013 l'idée d'un Accord plurilatéral, le *Trade in Services Agreement (TiSA)/Accord sur le Commerce des Services (ACS)*, pour déverrouiller le système, accord dont l'objectif affiché était de renforcer la libéralisation du commerce international des services. En ce qui concerne l'Union européenne, il nous suffira de préciser que la Commission a suivi les négociations relatives à cet instrument dans le cadre des directives de négociation du cycle de Doha. Après une phase informelle de discussions, celle-ci a sollicité<sup>400</sup> et obtenu du Conseil, des directives de négociation pour entamer les discussions formelles au nom de l'Union européenne<sup>401</sup>. L'Union européenne a fait un certain nombre de propositions dans le cadre des négociations de cet Accord plurilatéral<sup>402</sup>, suspendues depuis 2016. Son offre initiale incluait l'ouverture de son marché aux fournisseurs de services extracommunautaires, sous certaines conditions. Elle précisait également les types de services qu'ils pourraient fournir, sans jamais aller au-delà de ce qu'elle offre à ces partenaires dans le cadre de ses accords externes bilatéraux<sup>403</sup>.

Un troisième domaine d'approfondissement de la libéralisation, lié à celui qui précède, est celui du commerce électronique. La pratique conventionnelle européenne est marquée par l'insertion dans les accords externes, de sections<sup>404</sup> relatives à cette forme de commerce.

<sup>398</sup> V. Laura GUILLENTEGUY et Clara GHIO, « L'Union européenne et les négociations de l'Accord sur le commerce des services (ACS) – Trade in Services Agreement (TiSA) », *Revue Interventions économiques*, n° 55, 2016, pp. 1-19.

<sup>399</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>400</sup> V. Commission européenne, « La Commission européenne propose l'ouverture des négociations commerciales multilatérales sur les services », Communiqué de presse, IP/13/118, du 15 février 2013.

<sup>401</sup> V. Projet de directives pour la négociation d'un accord plurilatéral sur le commerce des services, document 6891/13 ADD 1 RESTREINT UE, 10 mars 2015.

<sup>402</sup> V. Proposal by the European Union, Plurilateral Services Agreement, Draft Text Provisions, Mars 2013 [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152687.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152687.pdf).

<sup>403</sup> V. European Union, TiSA : Trade In Services Agreement, Schedule of Specific Commitments and List of MNF Exemptions, 2013. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152689.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152689.pdf).

<sup>404</sup> Les dispositions relatives au commerce électronique se retrouvent souvent sous le même titre consacré à la question des investissements et du commerce des services. C'est tout à fait logique compte tenu du fait que le commerce électronique entretient d'étroits liens avec ces deux domaines. V. Titre 2 de l'Accord de partenariat économique entre les *États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres*, d'autre part. V. aussi Article 104 de l'Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Chili d'autre part, *JOCE L 352*, du 30 décembre 2002.

L'Union et ses partenaires y reconnaissent les perspectives en termes de croissance économique que génère le commerce électronique, et conviennent de coopérer afin de lutter contre tous les obstacles à son développement. Dans cette perspective, l'Union s'adapte au contexte mondial dominé par l'utilisation massive des télécommunications dans les diverses activités humaines, notamment en matière de commerce<sup>405</sup>. Cependant, l'intensification de l'activité commerciale de l'UE ne pourrait s'opérer que si les opérateurs européens sont protégés sur les espaces commerciaux internationaux.

## **B. La protection des opérateurs économiques européens à l'étranger**

La défense du modèle économique européen passe, dans le cadre des relations commerciales de l'Union européenne, par la protection spéciale garantie à ses opérateurs économiques sur les marchés étrangers. L'absence de protection de ceux qui font la compétitivité de l'économie européenne, ou l'inefficacité de celle-ci, serait source d'obstacles au commerce. La libéralisation des échanges suppose aussi de lutter contre tout ce qui pourrait entraver l'épanouissement du commerce international. C'est pourquoi, la pratique conventionnelle européenne reste marquée par la protection des droits de propriété intellectuelle (1), l'adoption de dispositions relatives à l'investissement dans son aspect « présence commerciale », mais aussi la fixation de règles garantissant les intérêts financiers des opérateurs, en l'occurrence leur possibilité de rapatrier librement et sans entraves leurs capitaux (2). Toutes contraintes liées à ces questions constitueraient de véritables obstacles à la libéralisation des échanges.

### **1. Le respect des droits de propriété intellectuelle des opérateurs européens**

Les droits de propriété intellectuelle occupent une bonne place dans les accords externes de l'Union européenne.

---

<sup>405</sup> V. Patrick THIEFFRY, *Commerce électronique : Droit international et européen*, Paris, Litec, 2002, 288 pages.

La protection devant être assurée aux opérateurs européens par les pays tiers partenaires et aux opérateurs étrangers par l'Union européenne, s'articule autour de « la mise en œuvre adéquate et effective des traités internationaux relatifs à la propriété intellectuelle auxquels ils ont adhéré ainsi que de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce<sup>406</sup> ». L'Union européenne dispose déjà, du fait de son marché intérieur, d'un dispositif efficace de protection des droits de propriété intellectuelle conformément aux engagements internationaux auxquels elle a souscrits. L'enjeu, à travers ses accords externes, est de garantir à ses opérateurs économiques sur les marchés internationaux, le même niveau de protection, protection qui, il faut le dire, manque parfois dans de nombreuses économies émergentes ou en développement. C'est bien en ce sens qu'il faudra comprendre la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 9 novembre 2010<sup>407</sup>. Dans le cadre de la Stratégie Europe 2020, la Commission européenne résume en ces termes la politique commerciale européenne en la matière :

« Afin de préserver et de renforcer leur compétitivité dans l'économie de la croissance, nos entreprises et titulaires de droits ont besoin que la propriété intellectuelle (PI), y compris les indications géographiques, soit protégée et respectée de façon plus efficace, sur tous les marchés étrangers, et plus particulièrement ceux des économies émergentes. Dans ce contexte, une meilleure harmonisation des règles en matière de PI en vigueur dans l'UE, renforcerait la capacité de la Commission à négocier au nom de l'UE, des engagements plus fermes en matière de PI avec nos principaux partenaires commerciaux. Dans les ALE en cours de négociation, les clauses relatives aux DPI doivent offrir, autant que faire se peut, des niveaux de protection des DPI identiques à ceux qui existent dans l'UE tout en tenant compte du niveau de développement des pays concernés. L'accord commercial anti-contrefaçon (ACAC) vise à établir un cadre international complet – un catalogue de « meilleures pratiques » - qui aidera ses membres à lutter efficacement contre les atteintes aux DPI. Une fois convenu et mis en œuvre, l'ACAC introduira effectivement une nouvelle norme internationale, s'inspirant de l'accord TRIPS de l'OMC<sup>408</sup> ».

---

<sup>406</sup> V. Article 139 de l'Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, précité. V. aussi Article 39 de l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, l'État d'Israël, d'autre part, *JOCE* L 147/3, du 21 juin 2000.

<sup>407</sup> V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 9 novembre 2010, « Commerce, croissance et affaires mondiales : La politique commerciale au cœur de la stratégie Europe 2020 », *COM(2010) 612 final*, Bruxelles, le 9 novembre 2010.

<sup>408</sup> *Id.*, p. 15.



Plusieurs choses sont à noter dans cette communication. Premièrement, un lien clair est établi entre croissance économique et protection de la propriété intellectuelle sur les marchés étrangers. Les accords externes de l'UE permettent ainsi de protéger, notamment - comme cela se fait déjà au sein du marché intérieur -, les droits d'auteur et les droits voisins<sup>409</sup>, les droits liés aux brevets<sup>410</sup>, les marques<sup>411</sup>, les indications géographiques, sans oublier les sanctions prévues en cas de méconnaissance des droits<sup>412</sup>. Deuxièmement, il s'agit d'assurer une meilleure harmonisation, au sein de l'Union européenne, des règles en matière de DPI. L'adoption de règles harmonisées à l'interne accroît la capacité de négociation de l'Union à l'échelle internationale. Cela est d'autant plus vrai que l'Union engage des dialogues<sup>413</sup> avec certains partenaires internationaux sur la question des droits de propriété intellectuelle. Ces derniers donnent parfois l'occasion aux entreprises européennes de participer aux échanges dans l'optique de résoudre efficacement les difficultés auxquelles elles sont confrontées surtout dans les pays émergents. Troisièmement, et comme c'est le cas dans la perspective qui nous occupe, les accords externes doivent garantir un niveau de protection identique à celui existant au sein de l'Union européenne. Le droit européen de la propriété intellectuelle assure en effet un haut niveau de protection des droits<sup>414</sup>. Toutefois, on note une prise en compte du niveau de développement des partenaires étrangers.

---

<sup>409</sup> V. Le Règlement (UE) n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil, *JOUE* L 181/15, 29 juin 2013.

<sup>410</sup> V. Le Règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet et le Règlement n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, *JOUE* L361/1 du 31 décembre 2012.

<sup>411</sup> V. Le Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *JOCE* n° L 78, du 24 mars 2009. Il codifie le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, *JOCE* L 11 du 14 janvier 1994. Ce règlement institue une marque communautaire, valable sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

<sup>412</sup> V. Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JOUE* L 157, du 30 avril 2004, pp. 45-86.

<sup>413</sup> Il en est ainsi de la Chine, la Russie, l'Argentine, Thaïlande ou encore du Brésil.

<sup>414</sup> L'Union européenne continuera à appliquer des normes rigoureuses en matière de DPI, tout en attendant la réciprocité de la part de ses partenaires étrangers. Cependant, elle soutiendra ses entreprises chaque fois que celles-ci seront confrontées à des pratiques déloyales sur les marchés internationaux. V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 9 novembre 2010, « Commerce, croissance et affaires mondiales : La politique commerciale au cœur de la stratégie Europe 2020 », *op.cit.*, p. 16.

C'est sans doute dans cet esprit qu'il faut comprendre l'approbation, par l'UE, de la Déclaration de Doha de 2001 sur l'accès aux médicaments<sup>415</sup>. Dans un Communiqué de presse en date du 1<sup>er</sup> juillet 2014<sup>416</sup>, la Commission affirmait avoir adopté deux communications en vue d'assurer une meilleure protection des DPI. L'une portait sur un plan d'action<sup>417</sup> de lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle au sein de l'Union européenne ; l'autre sur une stratégie<sup>418</sup> pour la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers. Ainsi, « Le plan d'action de l'UE contient une série de mesures visant à recentrer la politique de l'UE en matière de protection des DPI sur les infractions commises à une échelle commerciale. La stratégie qui définit, quant à elle, une approche à l'échelon international, examine les récentes évolutions et présente des solutions visant à améliorer les moyens d'action dont dispose actuellement la Commission pour promouvoir des normes plus strictes en matière de propriété intellectuelle dans les pays tiers et pour éliminer le commerce de biens contrefaits<sup>419</sup> ». Michel Barnier, Commissaire européen au marché intérieur et aux services, déclara que :

---

<sup>415</sup> V. Organisation mondiale du commerce, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN, (01)/DEC/2, du 20 novembre 2001.

<sup>416</sup> V. Commission européenne, « La Commission présente des mesures pour mieux protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle », Communiqué de presse, IP/14/760, 1er juillet 2014.

<sup>417</sup> Le plan d'action de l'UE pour lutter contre les violations aux DPI prévoit notamment : a) d'aider les entreprises à faire valoir plus efficacement leurs DPI, en améliorant les procédures judiciaires ; b) d'encourager la coopération et l'échange de bonnes pratiques entre les Etats membres ; c) de proposer un programme complet de formation destiné aux autorités des États membres afin d'accélérer la mise en œuvre d'actions visant à prévenir, dans toute l'Union, les infractions commises à l'échelle commerciale et de recenser les obstacles à la coopération transfrontière.

<sup>418</sup> En ce qui concerne la stratégie de protection des DPI à l'échelle internationale, la Commission propose: a) de poursuivre les efforts multilatéraux pour améliorer le cadre international des DPI et de veiller à ce que les chapitres relatifs aux DPI, dans les accords commerciaux bilatéraux, offrent aux titulaires de droits une protection adéquate et efficace; b) de collaborer avec les pays partenaires, à travers des dialogues et des groupes de travail sur la propriété intellectuelle, pour régler les problèmes systémiques en matière de propriété intellectuelle et pour remédier aux principales lacunes que présentent leurs régimes de protection des DPI; c) d'effectuer régulièrement des enquêtes afin d'établir une liste de «pays prioritaires» sur lesquels l'UE doit concentrer ses actions; d) d'aider sur le terrain les PME et les titulaires de droits grâce à des projets tels que des bureaux d'assistance sur les DPI, tout en exploitant et en renforçant l'expertise en matière de propriété intellectuelle au sein des représentations de l'UE et des États membres dans les pays tiers; e) de proposer aux pays tiers des programmes d'assistance technique dans le domaine de la propriété intellectuelle et de faire connaître ces programmes.

<sup>419</sup> V. Commission européenne, « La Commission présente des mesures pour mieux protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle », *op.cit.*, p. 1.

« L'adoption de ce plan d'action montre de quelle manière nous entendons réorienter notre politique en vue d'améliorer le respect des droits de propriété intellectuelle par le secteur privé», [avant d'ajouter ] « Plutôt que de sanctionner les particuliers qui enfreignent des droits de propriété intellectuelle, souvent sans le savoir, les actions présentées ici ouvrent la voie à une approche dite "follow the money", qui vise à priver de leurs revenus les contrevenants agissant à une échelle commerciale<sup>420</sup> ».

Les entreprises européennes doivent pouvoir être récompensées de leurs efforts d'innovation et de création. C'est l'avis de Karel de Gucht, Commissaire européen au commerce qui estimait que :

« À cette fin, et pour préserver les incitations à innover et à créer, nous devons poursuivre les efforts menés avec nos partenaires internationaux afin d'améliorer les normes. Nous pouvons envisager de moduler notre approche en fonction de leur niveau de développement, mais nous insisterons sur les effets positifs que la propriété intellectuelle peut avoir sur la croissance, l'emploi et les consommateurs<sup>421</sup> ».

Quatrièmement, l'amélioration des normes en matière de propriété intellectuelle est une nécessité afin d'agir plus efficacement contre les atteintes aux DPI. Selon l'OCDE, les pertes dues aux violations des droits de propriété intellectuelle, pour l'économie mondiale, s'élèvent à 200 milliards d'euros par an. Nul doute que c'est dans ce contexte qu'est intervenue la signature, par l'Union européenne, de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC)<sup>422</sup>. Signé par l'Union européenne et 22 Etats membres<sup>423</sup>, l'Accord a pour ambition de moderniser les mécanismes de lutte contre la violation des DPI tels que définis par l'ADPIC. Il s'inscrit donc dans la continuité de celui-ci, tout en réévaluant les réponses apportées au phénomène persistant de la contrefaçon internationale. Le texte vise à établir une coopération internationale plus efficace en matière de lutte contre la contrefaçon.

---

<sup>420</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>421</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>422</sup> V. En 2008, la Commission proposait une stratégie dans le domaine des DPI. V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen du 16 juillet 2008 « Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe », [COM (2008) 465 final – Non publié au Journal officiel].

<sup>423</sup> Les Etats-Unis sont à l'initiative du texte. L'Union européenne, le Japon, la Suisse, le Brésil notamment ont participé à l'élaboration de l'Accord. V. Résolution du Conseil du 25 septembre 2008 sur un plan européen global de lutte contre la contrefaçon et le piratage, JOCE C 253, du 4 octobre 2008.

Malheureusement, le Parlement européen a finalement refusé sa ratification, ce qui fait qu'elle n'a pas force de loi au sein de l'Union<sup>424</sup>. La préoccupation européenne vis-à-vis de la contrefaçon est ancienne<sup>425</sup>. Elle est aussi à mettre en relation avec l'arrêt *Nokia-Philips*<sup>426</sup>, de la Cour de justice de l'Union européenne, du 1<sup>er</sup> décembre 2011, dans lequel l'organe judiciaire considérait qu'une marchandise tierce en transit, transbordement ou sous un régime douanier suspensif, en provenance et à destination d'un État tiers, ne peut faire l'objet d'une retenue pour suspicion de contrefaçon qu'à condition d'être destinée à être commercialisée sur le marché de l'Union européenne. La décision de la Cour a un impact certain sur le contrôle, par les services douaniers, des marchandises<sup>427</sup>. L'Europe est ainsi exposée au risque de devenir une plateforme de redistribution de marchandises contrefaites, laissant ainsi les contrefacteurs agir en toute impunité. La décision a donné lieu à de vives réactions dans les Etats membres. Cela n'a pas tardé à inciter les autorités communautaires à adopter un texte préservant la capacité des autorités douanières à contrôler efficacement les marchandises<sup>428</sup>. La protection des opérateurs européens passe aussi par l'amélioration de leurs conditions d'établissement.

## 2. L'amélioration des conditions d'établissement des opérateurs européens

La lutte contre les obstacles non tarifaires suppose que l'environnement des affaires commerciales soit amélioré. L'absence de garanties dans ce domaine peut empêcher l'épanouissement du commerce de l'Union européenne dans les marchés étrangers.

---

<sup>424</sup> L'Accord a été critiqué, entre autres, car il favoriserait les intérêts des multinationales au détriment des droits fondamentaux des individus. Aussi, la société civile n'a pas été associée aux négociations de l'Accord. V. Résolution législative du Parlement européen du 4 juillet 2012 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon entre l'Union européenne et ses États membres, l'Australie, le Canada, la République de Corée, les États-Unis d'Amérique, le Japon, le Royaume du Maroc, les États-Unis mexicains, la Nouvelle-Zélande, la République de Singapour et la Confédération suisse (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)) (2013/C 349 E/32), *JOUE* C 349 E/552, du 29 novembre 2013.

<sup>425</sup> V. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque Centrale Européenne, Protection de l'Euro, lutte Anti-contrefaçon, COM(1998) 474 final, du 22 juillet 1998.

<sup>426</sup> V. CJUE, *Koninklijke Philips Electronics NV contre Lucheng Meijing Industrial Company Ltd et autres et Nokia Corporation contre Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, aff. jtes C-446/09 et 495/09, du 1<sup>er</sup> décembre 2011.

<sup>427</sup> V. *Question écrite n° 05328 de M. Philippe DAILLIER (Seine-Saint-Denis – UMP) publiée dans le JO Sénat du 21 mars 2013, page 910. Réponse du Ministre chargé du budget publiée dans le JO Sénat du 05 septembre 2013 – page 2561.*

<sup>428</sup> *Id.*

Deux points seront exposés à ce niveau. Il s'agit de la question de la libre circulation des capitaux et celle de la présence commerciale. Les accords externes de l'UE imposent, sous réserve d'exceptions<sup>429</sup>, une liberté de circulation des capitaux et une liberté des paiements. Les mouvements de capitaux entre les pays tiers et l'Union européenne doivent être préservés de tout obstacle qui serait préjudiciable aux activités économiques des opérateurs européens<sup>430</sup>. Les entreprises européennes doivent pouvoir, rapatrier librement tous les capitaux ou bénéfices résultant de leurs activités commerciales.

A ce niveau aussi, on note une tentative d'exportation du modèle économique européen, du moins la volonté de rendre effective le principe de réciprocité dans cette perspective. En effet, les opérateurs des pays tiers menant leurs activités économiques au sein de l'Union, conformément aux accords OMC et aux accords préférentiels, bénéficient de cette liberté économique. Le droit de l'Union européenne garantit depuis longtemps la libre circulation des capitaux. Le Traité de Rome distinguait déjà, à travers son article 67, les « mouvements de capitaux » et à l'article 106 « les paiements courants afférents aux mouvements de capitaux » qui, quant à eux, touchaient aux échanges de marchandises, de services ou de capitaux. Quoique le Traité n'ait pas défini ces deux notions, la Cour de justice a eu à préciser cette distinction. Dans l'affaire *Luisi et Carbone* du 31 janvier 1984, la Cour estimait que les paiements courants étaient des « transferts de devises qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente » et les mouvements de capitaux des « opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement et non la rémunération d'une prestation<sup>431</sup> ». Que cela soit une opération commerciale en tant que telle ou un investissement lié à une activité commerciale, la protection accordée aux opérateurs européens procède bien d'une entreprise de facilitation de leurs activités, et partant d'un approfondissement de la libéralisation.

Le principe de la libéralisation complète des mouvements de capitaux est posé par la directive 88/361 du 24 juin 1988. Par la suite c'est le traité de Maastricht qui est venu renforcer cette liberté. Ne négligeons pas les apports du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

---

<sup>429</sup> V. Articles 8.3 et 8.4 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *JOUE* L 127/28 du 14 mai 2011.

<sup>430</sup> V. par exemple l'Article 204 de l'Accord établissant une association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Amérique centrale, d'autre part, *JOUE* L 346, du 15 décembre 2012.

<sup>431</sup> V. CJCE, *Graciana Luisi et Giuseppe Carbone contre Ministero del Tesoro*, aff. 286/82 et 26/83, 31 janvier 1984.

L'article 1<sup>er</sup> de la directive énonce: « Les Etats membres suppriment les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les Etats membres ». Il en découle une obligation de suppression de toutes les restrictions directes ou indirectes à tous transferts de capitaux, y compris les transactions sous-jacentes. Le texte prévoit parallèlement un alignement du régime applicable entre Etats membres et pays tiers, sur le régime de libéralisation interne à l'Union<sup>432</sup>. Ainsi les Etats membres devront s'efforcer d'atteindre, dans le régime qu'ils appliquent aux transferts afférents aux mouvements de capitaux avec les pays tiers, le même degré de libération que celui des opérations intervenant avec les résidents des autres Etats membres<sup>433</sup>. Quant au Traité de Maastricht, celui-ci est venu supprimer les dispositions du traité de Rome, suppression entraînant *de facto* la disparition du droit dérivé correspondant. Le Traité énonce en son article 56, le principe d'interdiction de toutes restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements. Les restrictions sont prohibées tant entre les Etats membres qu'entre ceux-ci et les Etats tiers. Le traité de Lisbonne viendra finalement octroyer aussi bien aux institutions communautaires<sup>434</sup> qu'aux Etats membres<sup>435</sup>, une marge de manœuvre dans l'adoption de mesures restrictives vis-à-vis des pays tiers. C'est ce même niveau de libéralisation que l'Union européenne cherche à assurer dans sa pratique conventionnelle<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> V. Directive (88/361/CEE) du 24 juin 1988, du Conseil pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, *JOCE* L 178/5, 8 juillet 1988.

<sup>433</sup> Article 7 de la directive.

<sup>434</sup> Le traité de Lisbonne autorise le Parlement européen et le Conseil, conformément à la procédure législative ordinaire « à adopter des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés de capitaux » (article 57-2 TFUE). Il est précisé plus loin que « seul le Conseil, statuant selon une procédure législative spéciale à l'unanimité et après consultation du Parlement européen, peut adopter des mesures qui constituent un recul dans le droit de l'Union en ce qui concerne la libéralisation des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers » (article 57-3).

<sup>435</sup> L'article 65 TFUE, consacré aux compétences résiduelles des Etats membres, comprend un nouveau paragraphe 4 avalisant des mesures fiscales restrictives pouvant être prises spontanément par les Etats, en l'absence de mesures en application de l'article 64-3 TFUE. En effet, « la Commission ou, en l'absence de décision de la Commission dans un délai de trois mois à la suite de la demande de l'Etat membre concerné, le Conseil, peut adopter une décision disposant que les mesures fiscales restrictives prises par un Etat membre à l'égard d'un ou de plusieurs pays tiers sont réputées conformes au traité, pour autant qu'elles soient justifiées au regard de l'un des objectifs de l'Union et compatibles avec le bon fonctionnement du marché intérieur. Le Conseil statue à l'unanimité sur demande d'un Etat membre ». Les Etats membres se voient octroyer une marge de manœuvre dont ils ne disposaient pas jusque là.

<sup>436</sup> V. par exemple l'Article 8.2 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et la République de Corée de 2011.

La pratique conventionnelle européenne est également marquée par la lutte contre les obstacles liés à la présence commerciale des entreprises européennes. Pour garantir l'accès au marché à ces entreprises, l'Union européenne a, dans le cadre des secteurs libéralisés, convenu avec ses partenaires de s'abstenir de prendre des mesures entravant la présence commerciale, qui peut être un préalable à toute activité commerciale. Les mesures prohibées tournent, entre autres, autour des limitations concernant le nombre de présences commerciales, celles relatives à la valeur totale des transactions ou avoirs, les limitations portant sur le nombre total d'opérations ou la quantité totale de la production, ou encore les mesures restreignant ou interdisant certains types de présences commerciales<sup>437</sup>. L'objectif est, bien évidemment, d'assurer un plein épanouissement des activités commerciales. Mais cet épanouissement de l'activité commerciale européenne ne saurait être effectif dans les marchés internationaux sans certaines soupapes de sécurité.

## SECTION 2

### **LA REGULATION DES ESPACES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX : L'APPREHENSION DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS EXTRATERRITORIAUX**

Dans la section précédente, nous avons appréhendé la pratique conventionnelle européenne, à travers ses accords externes, dans la perspective de l'ouverture des espaces commerciaux internationaux. C'est cela aussi l'objectif premier de la politique commerciale commune dans sa dimension externe. En luttant contre les obstacles non tarifaires à l'échelle internationale, l'Union européenne se présente comme une figure majeure du mouvement de libéralisation des échanges internationaux. Cependant, afin d'éviter l'annihilation des efforts entrepris pour ouvrir les espaces économiques internationaux, l'Union européenne cherche à travers l'instrument conventionnel bilatéral, les moyens de réguler les espaces économiques des pays tiers, à l'instar de ce qui se fait de bien au sein de son espace économique. Cette entreprise de régulation peut être présentée comme une contrepartie logique à l'ouverture (§1) qui se traduit concrètement par l'établissement de sanctions contre les pratiques anticoncurrentielles (§2).

---

<sup>437</sup> V. Article 7.11 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, précité.

## **§1. La contrepartie logique à l'ouverture des espaces commerciaux internationaux**

La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles est importante dans le contexte de mondialisation actuelle (A). Par conséquent, il serait intéressant d'évoquer les objectifs de la politique européenne de lutte contre de telles pratiques (B).

### **A. L'importance de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles internationales**

La régulation des espaces commerciaux s'impose, qu'il s'agisse des conditions de leur accès ou des règles qui les ordonnent. L'intérêt général n'est plus conçu comme le fruit naturel de la compétition, et nul ne croit plus d'ailleurs que l'on puisse l'obtenir en quelque sorte par la prime de la main invisible d'Adam Smith, en laissant simplement les intérêts personnels s'exprimer librement. La concurrence est indispensable. Mais pour le reste, elle ne saurait être livrée à elle-même, sous peine d'être faussée par l'ensemble des acteurs<sup>438</sup>. Cela est valable aussi bien dans le cadre européen qu'au niveau international. Il s'agit là du paradoxe de l'économie de marché.

Le décloisonnement des marchés nationaux accentue l'évidence de ces pratiques. En même temps qu'augmente le nombre et la taille des entreprises, la dimension transnationale des comportements commerciaux induit une augmentation considérable du nombre et de l'importance des pratiques anticoncurrentielles conclues entre producteurs et distributeurs. Les opérateurs économiques y sont d'autant plus incités que leur activité se situe dans le contexte d'une libéralisation des échanges qui les facilite notablement. Leurs actions risquent ainsi de se substituer aux obstacles formels à l'ouverture des marchés que les Etats ont abolis ou réduits. L'ouverture des frontières et le recul des interventions publiques à caractère protectionniste, à l'échelle planétaire, ne sont pas l'apanage de l'Union européenne. Partout, les firmes multinationales sont à même de centrer leurs stratégies sur la recherche d'une compétitivité globale de groupe, et tant la vitesse d'adaptation de leurs filiales aux fluctuations du marché mondial que la maximisation rapide de leurs activités, deviennent des objectifs. Or, s'il est vrai que pour pallier ces dangers nous sommes très loin de disposer d'un droit mondial ou d'une mondialisation du droit, c'est bien d'un ordre public européen que relèvent les règles communautaires de concurrence et de libre circulation.

---

<sup>438</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, 208 pages.



Elles expriment la primauté de l'intérêt européen sur l'intérêt national et sont, à ce titre, impératives. Impératives non seulement pour les Etats membres et partant, pour leurs opérateurs, mais également pour les institutions européennes chargées de les faire respecter au niveau international dans le cadre de la pratique conventionnelle de l'UE.

L'ordre public communautaire ne lie pas seulement les entreprises. Il concerne aussi les Etats membres. Certes leurs interventions sur le marché peuvent se révéler indispensables, mais leur diversité ne saurait aboutir à une incohérence contraire à l'intérêt commun européen. Par ailleurs, ils sont naturellement enclins à définir les conditions de concurrence favorables à leurs ressortissants. Ainsi, peuvent-ils être tentés de leur réserver des avantages de droit ou de fait, ou d'entraver, par des contraintes spécifiques, l'établissement d'autres opérateurs ou l'importation de produits ou de services étrangers. L'exclusion prend la forme d'une règle de droit interne ou d'une pratique administrative : pour des motifs de développement économique ou de bien-être social d'intérêt local – à moins que ce ne soit sous l'empire d'une simple pression électorale -, les réglementations nationales sont alors utilisées, de façon indirecte, pour avantager sur un marché donné certains opérateurs économiques. Localement, les opérateurs sont privilégiés ; globalement, la concurrence est faussée au détriment de la libéralisation. Celle-ci est faussée entre les entreprises - puisque l'égalité dans la compétition disparaît - et entre les peuples, puisque les pays les plus pauvres peuvent éprouver plus de difficultés à soutenir, en matière de développement économique, une concurrence entre Etats<sup>439</sup>.

Par ailleurs, cet ordre public est limité à plusieurs égards. En premier lieu, la compétence de l'Union est définie par les traités européens. Cela suppose que pour pouvoir être sanctionnées à son niveau, les restrictions en cause doivent non seulement relever de catégories de pratiques préalablement déterminées, mais aussi être susceptibles d'affecter la structure de la concurrence sur le territoire de l'Union ou d'y entraver les échanges entre Etats membres. En second lieu, le droit de la concurrence de l'Union européenne n'a pas pour fonction de protéger les concurrents les uns les autres, mais de protéger la concurrence contre les concurrents eux-mêmes, individus ou Etats. La loyauté et l'équité entre protagonistes ne sont donc prises en compte que lorsqu'elles sont susceptibles d'aller à l'encontre de cet objectif.

---

<sup>439</sup> V. Richard BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Paris, Publisud, Tome I, 2002, p. 10.

Enfin, le droit de l'UE ouvre aux Etats membres et aux opérateurs économiques – dans certaines circonstances et sous certaines conditions - la possibilité d'écarter l'application du principe de concurrence non faussée<sup>440</sup>. Le développement des échanges sous le régime juridique du GATT a obligé les entreprises à s'adapter aux conditions d'une concurrence exacerbée. La libéralisation des échanges a donc eu des effets principalement sur cet acteur économique. L'Union européenne ne fait pas exception à cette règle.

Cependant, si la libéralisation des échanges se fait essentiellement ressentir à ce niveau économique pour de nombreux Etats – exigeant parfois concomitamment la redéfinition de politiques industrielles - l'Union européenne se doit d'être plus attentive aux conséquences de ce processus. Pour l'UE, la libéralisation des échanges comporte également des effets sur les politiques européennes. Le démantèlement des obstacles tarifaires n'offre plus les moyens de réguler les pratiques commerciales anticoncurrentielles. Cette situation met clairement en danger les politiques communautaires sur le marché intérieur et très certainement sur les marchés internationaux. La Commission européenne rapporte en ce sens que l' « ouverture plus large des frontières aux échanges, aussi souhaitable soit-elle, risque de rendre incertaine la régulation économique pour les autorités nationales<sup>441</sup> ». Or, ces politiques sont essentielles au fonctionnement du système communautaire, dont l'objectif ne se réduit pas à l'optimisation des facteurs de production par leur libre circulation.

Déjà avec le Traité de Rome, l'Union européenne a voulu intégrer des mécanismes de régulation destinés à corriger les défaillances du marché<sup>442</sup>. Ces politiques communautaires permettent ainsi de répondre pleinement aux objectifs fixés à l'Union à l'article 2 du Traité CE. Si de nombreuses politiques communautaires ont été prévues dès 1957, peu ont aujourd'hui une réelle efficacité. Néanmoins, celles qui existent sont indispensables<sup>443</sup>. En dehors de la politique commerciale commune (PCC) en tant que telle, est mise en place une politique de concurrence ou encore une politique agricole (PAC). La politique commerciale commune et la politique de concurrence relèvent de la compétence exclusive de l'Union.

---

<sup>440</sup> *Id.*

<sup>441</sup> V. Commission européenne, La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international, Bruxelles, *OPOCE*, 1995, p. 3.

<sup>442</sup> V. Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>443</sup> Pour ce qui est de la politique de concurrence, V. Hans VON DER GROEBEN, « La politique de concurrence de la Communauté économique européenne », in Walter Jean VAN DER MEERSCH GANSHOF (dir.), *Les Nouvelles : Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 796.

La politique de concurrence, au-delà de son rôle de régulation, a également eu pour caractéristique de participer directement à l'établissement du marché intérieur par le décloisonnement des marchés nationaux et éventuellement des marchés internationaux. Dans ces conditions, elle ne saurait être remise en cause sans modifier profondément le fonctionnement de l'Union. Aussi, une protection adaptée doit être instaurée de façon à préserver la politique de concurrence et ses acquis. L'origine du risque à son égard provient des échanges avec les pays tiers. Cette contrainte doit être prise en compte afin d'agir efficacement sur les échanges en cause.

## **B. Les objectifs de la politique européenne de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles**

L'Union européenne a décidé de se doter non pas uniquement de règles de concurrence pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles, mais aussi d'une politique de concurrence. Cette distinction n'est pas anodine et marque la volonté de l'Union de ne pas avoir pour seule ambition l'établissement d'une libre concurrence<sup>444</sup>. Cette voie démarque l'Union européenne notamment de son concurrent le plus immédiat, les Etats-Unis, où la concurrence est considérée comme une fin en soi. Elle montre une différence majeure de perception entre les deux premières puissances commerciales mondiales<sup>445</sup>. Cela se traduit par la mise en place d'un régime spécifique au sein de l'Union. La particularité de la mise en œuvre d'une politique de concurrence, est la possibilité de s'adapter aux contraintes extérieures et aux mutations du commerce international<sup>446</sup>. L'Union européenne est ainsi en mesure de se conformer aux exigences et aux besoins des entreprises confrontées à la concurrence internationale. Dès lors, la politique de concurrence de l'Union européenne bénéficie d'une véritable identité. La définition des objectifs de la politique de concurrence ne peut se faire qu'à la lecture du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La question de la concurrence est abordée à l'article 101 TFUE.

---

<sup>444</sup> V. Alexander SCHAUB, « La politique européenne de concurrence : objectifs et règles », *Les Petites affiches*, n° 220, novembre 2001, pp. 11-20.

<sup>445</sup> V. Christian GAVALDA, Benoît LECOURT et Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2014, 626 pages.

<sup>446</sup> V. Louis DUBOUIS et Claude BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015, 878 pages.

Le texte interdit les pratiques « qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ». Si l'objet de la politique de concurrence est décrit de manière générale, il n'en demeure pas moins que la politique de concurrence doit être considérée comme un moyen d'action à la mise en œuvre des objectifs de l'Union européenne.

Au demeurant, il est possible de déterminer les orientations de la politique de concurrence au sein de l'Union européenne. L'article 2 du Traité CE disposait déjà que « la Communauté a pour mission, (...) de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé (...) une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques (...), le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats membres<sup>447</sup> ». Le contenu de l'article n'est pas seulement économique. Il renvoie aussi à l'idée d'un « développement harmonieux », « un niveau d'emploi et de protection sociale élevé » et « le relèvement du niveau et de la qualité de la vie », cherchant à trouver un compromis entre les impératifs économiques et sociaux notamment. Cette finalité s'est d'ailleurs développée au fur et à mesure des traités communautaires pour intégrer des objectifs plus précis d'ordre social ou éthique s'imposant à la politique de concurrence.

Ainsi, la politique de concurrence doit-elle intégrer ces différents objectifs. Il est possible d'en dire que l'orientation générale de la politique de concurrence n'est pas d'établir une concurrence sur la seule base de la libre concurrence, privilégiant le marché au sens de la théorie classique. Cette perception est confirmée par l'article 119 TFUE (ex-article 4 du Traité CE), qui rappelle certes que la définition de la politique économique est « conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre », mais aussi sur la base de la « définition d'objectifs communs ». De cette façon, l'Union européenne marque son attachement à l'économie libérale tout en insistant sur sa finalité ultime, finalité qui ne se résume guère à ce seul objectif. Cette approche est caractéristique de la spécificité de la construction européenne. Une telle lecture est confirmée par la présence d'exceptions à l'application de règles de concurrence dans les articles du traité consacrés à la matière<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> V. Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTHIER et Denys SIMON (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2007, p. 21 et s.

<sup>448</sup> V. Article 101 & 3 TFUE.

En prenant en compte le cadre juridique s'imposant à la politique de concurrence, les institutions communautaires ont rapidement défini le contenu de cette politique autour de deux principaux objectifs : l'intégration de l'économie européenne dans le cadre du marché commun à l'origine et aujourd'hui la réalisation d'un marché intérieur.

Le premier objectif de la politique de concurrence est l'établissement à terme du marché intérieur par l'intégration des économies européennes. Le marché intérieur ne pourrait devenir une réalité que si le décloisonnement des marchés nationaux est effectué. Cet objectif ne peut être réalisé, parallèlement à l'établissement de la politique commerciale, que par le biais de la politique de concurrence. Celle-ci contribue incontestablement à l'homogénéisation du marché intérieur. La Cour de justice a elle-même confirmé cette approche<sup>449</sup>. La politique de concurrence a permis ainsi de rapprocher les politiques économiques des Etats membres en empêchant des comportements qui aboutiraient à restreindre ou à rendre inopérante la libre circulation des marchandises<sup>450</sup>.

Cette situation peut, par exemple, découler d'ententes ou d'abus de position dominante aboutissant à des contrats d'exclusivité empêchant la liberté de circulation. Or, il convient de s'assurer que quel que soit le lieu de l'infraction, le comportement anticoncurrentiel sera sanctionné et ne dépendra pas des législations nationales parfois divergentes. Il faut donc éliminer ces frontières juridiques nées de législations nationales contradictoires par l'établissement de cette politique de concurrence communautaire. Cette politique est directement dirigée vers les Etats.

Le second objectif poursuivi par la politique de concurrence est celui qui consiste à empêcher que la concurrence ne soit faussée dans le marché intérieur, conformément à l'article 101 TFUE. C'est l'objectif traditionnel de l'établissement des règles de concurrence. Cette disposition oblige les institutions européennes à assurer, au-delà du décloisonnement du marché, des conditions égales à tous les participants au marché. De fait, « elle vise à maintenir ou à organiser le fonctionnement de la concurrence et à en régler l'utilisation par les concurrents ».

---

<sup>449</sup> La Cour indique : « Attendu enfin que c'est seulement dans la mesure où les accords, décisions ou pratiques peuvent affecter le commerce entre Etats membres que l'altération du jeu de la concurrence relève des prohibitions communautaires ; que pour remplir cette condition, l'accord, la décision ou la pratique doit sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait (...) contribuer au cloisonnement du marché ou rendre plus difficile l'interprétation économique voulue par le traité ». V. CJCE, *S.A. Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, aff. 23/67, du 12 décembre 1967, p. 526.

<sup>450</sup> V. Evelyne FRIEDEL-SOUCHOU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1994, p. 6.

Dans ces conditions, les pratiques anticoncurrentielles doivent être sanctionnées. Cette approche subjective des règles de concurrence commande une définition préalable de la notion de concurrence. L'Union européenne a opté, par le biais de la Cour de justice<sup>451</sup>, pour une conception de la concurrence effective ou praticable. Cette conception consiste à prendre en compte la réalité de la structure du marché, en considérant concrètement que chaque marché est particulier. En revanche, elle ne se base pas sur une vision *in abstracto* liée à la conception de la concurrence parfaite. La Cour considère, au sujet de l'interprétation de l'article 81 du Traité CE, par exemple, que « *le jeu de la concurrence doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut d'accord litigieux*<sup>452</sup> ». En conséquence, la détermination de la pratique restrictive se fait au cas par cas, en intégrant les objectifs généraux de l'article 2 Traité CE. Ces deux objectifs sont toujours d'actualité.

Toutefois, si le premier n'a pas nécessité une redéfinition de son contenu, l'homogénéité du marché intérieur s'imposant, le second a dû, en revanche, faire l'objet d'une évolution en fonction des contraintes auxquelles étaient confrontées les industries. Les institutions européennes ont en conséquence modifié leur approche du second objectif afin de permettre la réalisation des objectifs communautaires, en favorisant l'adaptation des entreprises européennes aux mutations des échanges.

Le Traité de Rome, en ayant institué une politique de concurrence, a également ouvert la voie à son adaptation au fur et à mesure que progressait la construction européenne. Il exigeait, dans l'optique de la cohésion d'ensemble des objectifs, une redéfinition des priorités et des intérêts. S'il est possible de constater plusieurs évolutions, telle que la protection de l'environnement<sup>453</sup>, et de la recherche, ou la prise en compte des intérêts des consommateurs, il est surtout intéressant, dans la perspective des échanges internationaux, de remarquer l'attention portée, par la Commission, au développement de la concurrence à l'échelle mondiale<sup>454</sup>. La démarche de la Commission en matière de concurrence perdrait en efficacité sans une action au niveau international.

---

<sup>451</sup> V. CJCE, arrêt du 12 décembre 1967, aff. 23/67, *op.cit.*, p. 526. V. aussi CJCE, *Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, aff. 22/71, du 25 novembre 1971, p. 949.

<sup>452</sup> V. CJCE, *Société Technique Minière (L.T.M) contre Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, aff. 56/65, du 30 juin 1966, p. 337.

<sup>453</sup> V. Rapport de la Commission européenne, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Rapport sur la politique de concurrence 2016, *COM(2017) 285 final*, Bruxelles, 31 mai 2017.

<sup>454</sup> *Ibid.*, p. 14.

La mondialisation croissante des marchés a conduit la Commission à s'intéresser aux échanges extracommunautaires. Cet intérêt se manifeste à la fois dans la coopération bilatérale avec les États tiers et dans la collaboration active des instances communautaires au sein des organisations multilatérales en charge des questions de concurrence.

La coopération entre la Commission et les autorités de concurrence extracommunautaires repose sur des accords externes bilatéraux répondant au souci de lutter efficacement contre des pratiques anticoncurrentielles de dimension mondiale ou des pratiques que les systèmes de contrôle nationaux et régionaux ne permettent pas d'appréhender<sup>455</sup>. L'action internationale de la Commission en matière de concurrence ne se limite pas à ces relations bilatérales. Celle-ci est également active au niveau multilatéral, en particulier au travers de sa participation aux réunions de l'OMC et de l'OCDE. La Conférence ministérielle de l'OMC, qui s'est tenue à Singapour, avait institué un Groupe de travail chargé d'étudier les problèmes relatifs aux liens entre les échanges et la politique de la concurrence. Devant la nécessité de lier ces différents objectifs, tout l'intérêt pour la Communauté d'avoir établi une politique de concurrence est perceptible. Elle a ainsi les moyens de faire primer un objectif sur un autre selon les secteurs d'activité ou selon le compromis à faire valoir entre l'économie et le social par exemple<sup>456</sup>. La politique de concurrence agit alors comme une politique économique de régulation, tel un « facteur ordonnateur de l'économie » pour reprendre l'expression de Jacques Vandamme et Maurice Guerrin. Cette approche de la concurrence a abouti, en reconnaissant l'utilité de certaines pratiques – telles que les ententes ou les aides d'Etat - tout en condamnant la majeure partie des pratiques anticoncurrentielles, à la constitution d'une politique concurrentielle identifiable qui participe à la spécificité de l'intégration européenne et au développement de son marché intérieur. Cela dit, ces objectifs ne sauraient être atteints sans sanction des comportements anticoncurrentiels.

## **§2. La sanction des comportements anticoncurrentiels**

La sanction des pratiques anticoncurrentielles est aussi un objectif de la politique européenne de concurrence. Les stipulations des accords externes de l'Union européenne portent aussi sur cette dimension.

---

<sup>455</sup> V. par exemple l'Article 36 de l'Accord intérimaire sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, d'une part, et la Bosnie-et-Herzégovine, d'autre part, *JOCE* L 169/14, du 30 juin 2008.

<sup>456</sup> V. Louis DUBOUIS et Claude BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne, op.cit.*

Mais, force est de constater qu'il existe des contraintes aux sanctions susceptibles d'être appliquées (A), ce qui explique la promotion de la coopération internationale à travers les accords externes de l'Union (B).

### **A. La persistance de contraintes internationales en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles**

Les distorsions à la concurrence dans le cadre des échanges internationaux laissent aux multinationales ou à des Etats, depuis leur territoire d'origine, la faculté de ne pas respecter les règles communautaires ou les pratiques commerciales loyales tout simplement. Face à la menace qui pèse sur le respect des règles de concurrence adoptées dans l'Union, celle-ci se doit de posséder des moyens d'action appropriés. La capacité juridique de l'Union européenne se trouve restreinte face à un comportement trouvant sa source en dehors de ses frontières car au-delà de la constatation de l'illégalité du comportement, elle doit prouver sa compétence (1). Cette compétence, appelée compétence extraterritoriale est admise par le droit international<sup>457</sup> sous réserve de la preuve de l'existence d'un critère de rattachement. Dans cette hypothèse, la compétence extraterritoriale est appréhendée sous le prisme de la « théorie de l'effet ». Cela dit, la reconnaissance de la compétence extraterritoriale pose d'importants conflits de compétence<sup>458</sup>, non seulement en ce qui concerne le droit de la concurrence, mais aussi pour ce qui est de son application au choix des Etats et des rapports bilatéraux qu'ils entendent entretenir (2).

#### **1. La compétence normative de l'Union européenne**

La compétence normative (« *prescriptive jurisdiction* ») confère à l'entité qui la détient, le pouvoir d'édicter des règles destinées à des sujets de droit qu'elle identifie en fonction de leurs qualités personnelles, de leurs activités ou des biens qu'ils utilisent.

---

<sup>457</sup> V. CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10. V. aussi Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, 1986. pp. 7-52 ; Brigitte STERN, « L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 239-313 et enfin Xavier LAUREOTE, « A propos de l'illicéité internationale de la loi Helms-Burton », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n°11, 1999, pp. 105-132

<sup>458</sup> V. Patrick JUILLARD, « L'application extraterritoriale de la loi économique », in Michel BAZEX, Paul DEMARET, Emmanuel GAILLARD et Marie-Françoise LABOUZ (dir.), *L'application extraterritoriale du droit économique*, Troisième journée d'actualité internationale du CEDIN, 23 avril 1986, Cahiers n° 3, *Montchrestien*, 1987, pp. 13-20.



Or, il arrive que des opérateurs économiques contestent la compétence de l'Union à régir leurs comportements qui affectent le commerce entre les Etats membres, dès lors qu'ils se situent en dehors de son territoire. Leur raisonnement consiste à dire que l'Union ne saurait revendiquer une compétence normative aussi étendue qu'un Etat, dont elle n'a pas la forme juridique, ni ne pourrait *a fortiori* prétendre en avoir. Mais la Cour a toujours refusé ce raisonnement. Elle estime en premier lieu, d'une façon générale, que l'Union n'est pas liée par la conception que se font les Etats membres du droit international. Le fait que certains d'entre eux estiment ne pas devoir exercer leur compétence au regard d'événements survenus en dehors de leurs frontières ne remet pas en cause sa compétence. En second lieu, et plus particulièrement du point de vue de la concurrence, elle observe que le Traité lui imposant d'exécuter un certain nombre de missions, l'Union doit disposer de moyens nécessaires à cet effet, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. Il se trouve que parmi ces missions, le maintien d'un régime de concurrence non faussée à l'intérieur de son territoire<sup>459</sup>.

Cette exigence de principe s'exprime d'ailleurs non seulement en droit primaire, en matière d'ententes ou de positions dominantes, mais aussi en droit dérivé à propos des opérations de concentration. L'article 2 §1 sous a) du règlement n° 139/2004 relatif aux concentrations indiquait « la nécessité de préserver une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté »<sup>460</sup>. En ce sens, le Tribunal a eu à rappeler que l'article 1<sup>er</sup> de ce règlement « n'exige pas, pour qu'une opération soit considérée de dimension communautaire et tombe de ce fait dans son champ d'application, que les entreprises en cause soient établies dans la Communauté, ni que les activités d'extraction et/ou de production faisant l'objet de la concentration s'exercent sur le territoire de la Communauté »<sup>461</sup>. Dans la même perspective, la Commission a considéré que ledit règlement s'appliquait à des opérations de concentration caractérisées par des éléments d'extraterritorialité, notamment lorsque les entreprises en cause sont établies en dehors des frontières communes de l'Union<sup>462</sup>.

---

<sup>459</sup> V. CJCE, *Imperial Chemical Industries Ltd. contre/ Commission des Communautés européennes*, aff. 48/69, du 14 juillet 1972, pp. 698-699.

<sup>460</sup> V. Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *JOCE* L 024, du 20 juin 2004.

<sup>461</sup> V. TPI, *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-102/96, 25 mars 1999, point 79.

<sup>462</sup> V. Décision de la Commission déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'Accord sur l'Espace économique européen, aff. IV/M.877-Boeing/MacDonnell Douglas, *C(97) 2598 final*, du 30 juillet 1997.

La compétence normative de l'UE en matière de concurrence étant pleinement affirmée par la Cour de justice, il reste à en examiner les modalités. En droit international, les Etats peuvent fonder cette compétence sur le critère de la nationalité. Leurs normes peuvent s'appliquer alors à tous leurs ressortissants, fussent-ils hors de leur pays. Ils ont aussi la possibilité de s'appuyer sur le critère de la territorialité. Dans cette hypothèse, les normes s'imposent à tout bien, personne ou activité situé sur leur territoire. La première solution bien qu'ayant une efficacité limitée, peut être utile. La seconde solution est d'une application beaucoup plus appropriée. Selon une technique empruntée au droit américain de la concurrence, dite de « l'effet interne » ou de « la territorialité objective », l'origine territoriale des pratiques restrictives de concurrence, le lieu où elles ont été conçues, importe moins que le lieu où elles se réalisent. Cette technique a le mérite incontestable de permettre le jeu des règles de concurrence en dehors de toute référence à la nationalité des entreprises, à la répartition de leur capital, ou à leur lieu d'implantation.

La Cour semble en avoir fait implicitement usage, tant à propos de l'article 81 CE (101 TFUE)<sup>463</sup>, qu'à propos de l'article 82 CE (102 TFUE)<sup>464</sup>. Le critère de rattachement au droit de l'UE de l'activité litigieuse est donc celui de l'incidence de la pratique extra-européenne sur l'activité commerciale des entreprises de l'Union. Dans deux affaires jointes de 2012, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco contre Commission* et *Commission contre Alliance One International e.a.*, la Cour a précisé sa jurisprudence relative à la relation entre une société-mère et sa filiale<sup>465</sup>. La Cour précisera :

« [...] qu'une société mère et sa filiale, qui est elle-même la société mère de celle qui a commis une infraction, peuvent toutes deux être considérées comme constituant une unité économique avec cette dernière société. Le seul fait que cette société mère et sa filiale n'exercent, au cours d'une certaine période, qu'un contrôle conjoint sur la filiale ayant commis l'infraction ne s'oppose pas à la constatation de l'existence d'une unité économique entre ces sociétés, à condition que soit établi l'exercice effectif, par ces deux sociétés mères, d'une influence déterminante sur la politique commerciale de la filiale ayant commis l'infraction »<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> V. CJCE, *Beguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, aff. 22/71, du 25 novembre 1971, p. 949. V. aussi CJCE, *Matières odorantes*, aff. 48/69, du 14 juillet 1972, *op.cit.*, p. 619.

<sup>464</sup> V. CJCE, arrêt du 21 février 1972, *Continental Can*, aff. 6/72, *Rec.*, p. 157.

<sup>465</sup> V. CJUE, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco contre Commission* et *Commission contre Alliance One International e.a.*, aff. jtes C-628/10 P et C-14/11 P, du 19 juillet 2012.

<sup>466</sup> V. CJUE, *Rapport annuel 2012 sur l'activité judiciaire*, Luxembourg, OPOCE, 2013, p. 30.

Si les entreprises des pays tiers concernées par l'application de la compétence normative de l'UE sont établies sur le territoire d'un Etat membre, leurs activités sont soumises aux règles de concurrence de l'Union ; l'Union disposant d'une compétence exclusive en la matière. En revanche, le problème est beaucoup plus compliqué lorsque les opérateurs ne disposent d'aucun établissement à l'intérieur de l'Union. Sous l'angle du principe de territorialité, il s'agit, dans la première hypothèse, d'apprécier un comportement anticoncurrentiel situé dans le marché intérieur, tandis que dans la seconde, ce sont les effets sur ce marché d'une pratique restrictive de concurrence située à l'extérieur.

La principale question qui se pose à ce niveau est celle de la localisation de l'effet anticoncurrentiel. La réponse à cette question montrera toute la difficulté à laquelle est confrontée l'Union européenne. On se demande alors s'il faut, pour appliquer le droit de l'UE, considérer le territoire d'origine de la restriction de concurrence. Cela conduirait, en principe, à exclure de toute poursuite, les activités initiées par des entreprises situées dans un pays tiers, tout comme celles d'entreprises délocalisées en dehors de l'Union. Faudrait-il plutôt prendre en compte les conséquences que peut avoir un comportement, qu'elle qu'en soit l'origine territoriale, dès lors qu'il se révèle anticoncurrentiel sur le marché intérieur ? Bien que soumise à ces contraintes, l'Union européenne est susceptible de recourir à cette compétence extraterritoriale pour faire face à certaines pratiques anticoncurrentielles. Cela y va de son intérêt de reconnaître sa compétence extraterritoriale afin de garantir une protection satisfaisante de l'acquis communautaire en matière de concurrence, surtout lorsque les dispositifs institutionnels des pays tiers s'avèrent inefficaces pour maintenir de saines conditions de concurrence<sup>467</sup>. L'Union européenne est confrontée, comme tout Etat, à l'existence de restrictions à la concurrence sur son territoire. Si elle est en mesure de les sanctionner sans contrainte liée à sa compétence, lorsque les entreprises communautaires sont en cause, il en va autrement lorsque ces comportements sont liés à des entreprises localisées à l'étranger. Elle ne pourrait ainsi intervenir efficacement que sur la base du critère de l'effet.

L'hypothèse de la participation d'entreprises étrangères à des pratiques anticoncurrentielles n'est pas seulement théorique. Elle est bien réelle puisque la jurisprudence communautaire a eu à traiter des cas de cet acabit<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> Les accords externes de l'Union européenne reconnaissent aux autorités de concurrence de l'Union et des pays tiers la compétence gérer les questions de concurrence. V. Article 1 c) de l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, *JOCE* L 202/36, du 4 août 2009.

<sup>468</sup> V. Marie-Pierre PIRIOU, « L'affaire des colorants », *Cahiers de Droit européen*, n°1, 1973, pp. 37-63.

Il est possible de distinguer plusieurs types de comportements prenant leur source dans les pays tiers et ayant des effets anticoncurrentiels dans l'Union européenne : les comportements imputables aux Etats tiers eux-mêmes et ceux dus aux entreprises.

Les concentrations de deux entreprises étrangères constituent une première possibilité à la création de comportements anticoncurrentiels au sein de l'Union<sup>469</sup>. A partir du territoire étranger, cette situation est bien envisageable dans la mesure où une concentration est autorisée bien que s'effectuant dans un secteur d'activité déjà oligopolistique. Cela permet à ladite entreprise née de la concentration, d'avoir une stratégie indépendante des conditions du marché. Elle peut, dans ces conditions, dicter à ses concurrents l'équilibre du marché. La stratégie la plus avantageuse pour l'entreprise est d'éliminer tout bonnement ses concurrents par application de prix prédateurs prenant la forme d'un dumping. Les entreprises européennes peuvent ainsi être confrontées à cette stratégie pernicieuse sur les marchés étrangers. Leur présence sur ces marchés pourrait être supprimée alors que ces entreprises étrangères profiteraient pleinement des règles de concurrence établies au sein de l'Union. Cela constitue une entorse au principe de réciprocité ainsi qu'une violation de l'esprit libre-échangiste des accords OMC. La volonté de participer à la régulation des espaces commerciaux internationaux a conduit l'Union européenne à introduire, dans sa pratique conventionnelle, des stipulations sur les règles de concurrence<sup>470</sup>. L'objectif poursuivi par la Commission européenne est donc de préserver les parts de marché des entreprises européennes à l'étranger, par exemple, dans l'hypothèse d'un abus de position dominante non sanctionné dans un pays tiers.

Quant aux comportements anticoncurrentiels imputables aux actes d'un Etat étranger, il convient de préciser que ceux-ci sont principalement constitués par l'attribution d'aides soit par l'Etat lui-même soit au moyen de ressources publiques. L'Union européenne, par l'intermédiaire de la Commission, s'est efforcée de limiter les possibilités accordées aux Etats membres de fournir des aides<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> La Commission a eu à examiner des cas de concentrations concernant exclusivement des entreprises étrangères. V. Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence 2009, Luxembourg, *OPOCE*, 2010 et Décision de la Commission européenne du 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Honeywell/AlliedSignal*, *JOCE* L 152 du 7 juin 2001, p. 1.

<sup>470</sup> Dans certains accords externes, obligation est faite à l'Etat tiers de mettre un place, dans un délai convenu, un dispositif de concurrence. V. par exemple l'Article 36.4 de l'Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie précité.

<sup>471</sup> V. Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 770-771.

Au sein de l'Union, cette interdiction a été difficile à admettre par les Etats membres étant donné qu'ils avaient, depuis longtemps, pris l'habitude de soutenir leur économie et leur industrie par ce moyen. L'interventionnisme étatique était donc courant en Europe. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'encadrement strict, par les Traités européens, de l'attribution des aides. La Commission, de façon pratique, a pu cantonner les velléités étatiques dans ce domaine, par l'exercice d'un important contrôle discrétionnaire<sup>472</sup>. Il va sans dire que cette réglementation s'appuie, en parallèle, sur une obligation juridique figurant au sein de l'OMC, Organisation qui a vocation à limiter le recours aux subventions chaque fois que celles-ci créent ou sont susceptibles de créer un préjudice<sup>473</sup>. La Commission cherche donc, à travers ses initiatives, à éviter que le marché intérieur soit affecté ou que la concurrence y soit faussée par les aides d'Etat. Cependant, en parallèle, l'Union européenne et ses entreprises sont confrontées à de telles pratiques dues au comportement d'autres Etats tiers<sup>474</sup>. Ces derniers sont susceptibles d'accorder des subventions qui, par leur nature, seraient sanctionnées dans l'UE en raison de leurs effets. C'est d'ailleurs pour cette raison que le GATT a encadré leur versement et ouvert des possibilités de sanctions<sup>475</sup>. Les subventions peuvent compromettre durablement l'équilibre de la concurrence au niveau d'un secteur d'activité par l'élimination progressive des entreprises concurrentes. Ceci est valable aussi bien au sein de l'Union européenne que sur les espaces commerciaux étrangers. L'atteinte à la concurrence au niveau des marchés étrangers, mais ayant des effets sur le commerce européen, doit être sanctionnée par les autorités de concurrence reconnues par les accords externes. Au niveau de l'Union, il s'agit de la Commission européenne qui fait figure, dans la pratique conventionnelle de l'UE, d'« autorité de concurrence ». Ces pratiques anticoncurrentielles peuvent donner lieu à des contentieux vidés non pas au sein de l'Union européenne, mais dans le cadre des mécanismes arbitraux de règlement des différends mis en place par les accords externes ou encore des processus diplomatiques de consultation.

---

<sup>472</sup> *Id.*, pp. 778-779.

<sup>473</sup> Ainsi l'article XVI du GATT de 1994 impose le principe général qu'une subvention qui crée un préjudice peut faire l'objet de consultations entre membres concernés en vue de limiter la subvention.

<sup>474</sup>

<sup>475</sup> Les sanctions peuvent prendre la forme de droits compensateurs (Article 10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires) ou de contre-mesures proportionnelles (Article 7 de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires).

Au demeurant, l'atteinte à la concurrence sur le marché communautaire, depuis l'étranger, n'est pas une vue de l'esprit. Il en infère un devoir pour l'Union européenne, de trouver un moyen d'agir contre ces pratiques localisées à l'extérieur de son marché intérieur surtout lorsque les autorités de concurrence des pays tiers ne sont pas disposées à agir efficacement. C'est ce qui explique l'importance de la reconnaissance de la compétence extraterritoriale par le biais de la théorie de l'effet. Dans la plupart des cas, le rattachement à l'Union européenne – critère indispensable à la compétence communautaire - peut être établi par la participation au comportement anticoncurrentiel d'une entreprise installée sur le territoire européen.

## **2. L'utilisation mesurée des potentialités de la théorie de l'effet**

Lorsqu'une entreprise européenne participe à une entente sur un marché étranger<sup>476</sup>, ou lorsque l'entreprise étrangère dispose d'une succursale dans l'Union, la Cour de justice revendique naturellement sa compétence sur le fondement de la théorie de l'utilité économique<sup>477</sup>. Néanmoins, il faudrait indiquer qu'il existe des cas où le comportement anticoncurrentiel n'est pas rattachable, par sa localisation, au territoire européen, alors que ce comportement produit pourtant des effets restrictifs de concurrence sur le marché intérieur. Ces difficultés liées à la rattachabilité d'un comportement anticoncurrentiel justifient la reconnaissance de la compétence extraterritoriale de l'Union européenne afin que celle-ci puisse agir efficacement sur la base de la théorie de l'effet **(a)**. Mais l'application de cette théorie est complexe **(b)**.

### **a) La compétence de l'UE sur le fondement de la théorie de l'effet**

La théorie de l'effet consacre la compétence d'un Etat à partir du moment où l'effet de la pratique anticoncurrentielle affecte son marché ou fausse la concurrence sur son marché.

---

<sup>476</sup> V. CJCE, *Beguelin*, *op.cit.*, p. 949.

<sup>477</sup> La Cour a appliqué la théorie dans le cadre de l'article 85 et de l'article 86 respectivement CJCE, arrêt du 14 juillet 1972, *ICI contre Commission*, *op.cit.*, p. 619. V. aussi CJCE, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, aff. 6/72, du 21 février 1973, p. 215. La théorie se fonde sur la reconnaissance que les sociétés-mères exercent un contrôle sur leurs filiales, empêchant ces dernières d'avoir une conduite indépendante sur le marché en cause. Les entreprises étrangères, sociétés-mères, sont ainsi rendues responsables des comportements anticoncurrentiels de leurs filiales.

L'Union européenne a défini son champ d'application que ce soit par rapport à l'article 101 TFUE ou par rapport à l'article 102 TFUE. L'article 101 vise les ententes ayant « [...] pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». L'article 102 vise les abus de position dominante lorsqu'ils « affectent le marché communautaire ou une partie substantielle de celui-ci ». La compétence de l'Union, sur le fondement de cette théorie est reconnue lorsque la pratique anticoncurrentielle est d' « effet qualifié », c'est-à-dire qu'elle produit des effets substantiels, directs et prévisibles sur le territoire national. La question qui se pose est celle de savoir si l'Union est à même de fonder sa compétence sur cette théorie de l'effet, chaque fois qu'elle ne peut établir un lien par la localisation du comportement anticoncurrentiel sur son territoire. La légalité d'une telle pratique ne poserait guère problème aussi bien en droit international qu'en droit de l'Union européenne. Il en est de même de sa légitimité. L'Union est bien en droit de se défendre face à des pratiques restrictives susceptibles de menacer les objectifs qu'elle s'est assignée. Par voie de conséquence, ses pouvoirs d'injonction ne pourraient être remis en cause ; tout au moins, pourraient-ils être modulés en fonction des intérêts légitimes du pays étranger<sup>478</sup>.

Cependant, bien que la théorie du droit ait reconnu à l'Union européenne une compétence extraterritoriale, la Cour de justice, quant à elle, paraît beaucoup plus timide en refusant de rattacher sa compétence à ce seul critère. Ce critère de rattachement a pourtant été soutenu plusieurs fois par la Commission, à l'occasion de décisions, et par des avocats généraux dans le cadre contentieux. Dans son XI<sup>ème</sup> rapport sur la politique de concurrence, la Commission précisait que « les règles du traité CEE s'appliquent aux pratiques restrictives ou abusives émanant d'entreprises situées dans des pays tiers, dans la mesure où leurs comportements ont des effets sensibles à l'intérieur du marché commun<sup>479</sup> ». Elle ajoute ensuite que la théorie de l'effet « ne doit pas pour autant être considérée comme une application extraterritoriale inadmissible. Affirmer le contraire équivaldrait à empêcher les autorités publiques ou judiciaires de connaître effectivement d'affaires de concurrence relevant de leurs zones de compétences<sup>480</sup> ».

---

<sup>478</sup> V. Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, *Droit commercial européen, op.cit.*, p. 733.

<sup>479</sup> V. Commission des Communautés européennes, Onzième rapport sur la politique de concurrence, Luxembourg, *OPOCE*, 1982, p. 39.

<sup>480</sup> *Id.*

Elle ne manque pas de le rappeler pour fonder sa compétence dans le cadre de ses décisions<sup>481</sup>. Dans la même veine, l'Avocat général Mayras affirmera que :

« [...] l'article 85 retient incontestablement le seul critère de l'effet anticoncurrentiel dans le Marché commun, sans prendre en considération ni la nationalité, ni la localisation du siège des entreprises responsables des infractions à la concurrence. Il en est de même pour l'article 86 en ce qui concerne l'exploitation abusive d'une position dominante<sup>482</sup> ».

Mais la Cour de justice de l'Union européenne, dans toutes les affaires qu'elle a jugées jusqu'en 1984, a fondé sa compétence sur un autre critère ; celui-ci est un complément du critère de l'effet<sup>483</sup>. Elle a ainsi utilisé le critère de la théorie de l' « utilité économique » ou de l' « unité de groupe » pour faire condamner la société mère ayant une filiale sur le marché communautaire<sup>484</sup>. La Cour considéra que la filiale ne faisait qu'appliquer le comportement anticoncurrentiel qui lui avait été dicté par la société-mère. Selon elle, le fait que la filiale ait « une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société-mère. Que tel peut être le cas lorsque la filiale, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère<sup>485</sup> ». Dans ces conditions, si le comportement était réalisé dans le marché communautaire par la filiale – ce qui donnerait lieu à l'application du critère de rattachement de la compétence -, la responsable de la restriction de concurrence serait la société-mère.

Les choses ont été différentes dans l'affaire dite « *Pâtes de bois I* ». La Cour de justice s'était trouvée face à un contentieux où les entreprises en cause n'avaient pas leurs sièges sociaux dans l'Union, mais dans un certain nombre d'Etats tiers<sup>486</sup>.

---

<sup>481</sup> V. Décision de la Commission du 11 mars 1964 relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil (IY/A-00061), (64/233/CEE), *JOCE* n°58, du 9 avril 1994, aff. *Grosfillex - Fillistorf*, p. 915. V. aussi Décision de la Commission du 19 décembre 1984, *Pâte de Bois*, *JOCE* L 85 du 26 mars 1985, p. 15.

<sup>482</sup> V. Conclusions dans les affaires 48 à 57/69, CJCE, arrêt du 14 juillet 1972, *Matières colorantes*, *op.cit.*, p. 619.

<sup>483</sup> V. Evelyne FRIEDEL-SOUCHOU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>484</sup> V. CJUE, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco contre Commission et Commission contre Alliance One International e.a.* précité. V. aussi Eric COLMANT, « 14 juillet 1972, une date pour le droit de la concurrence : neuf arrêts règlent trois grandes questions. Affaires des matières colorantes : suite et fin », *RMC*, n° 161, 1973, pp. 15-22.

<sup>485</sup> V. CJCE, arrêt du 14 juillet 1972, *op.cit.*, p. 619.

<sup>486</sup> V. CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *A. Ahlstrom Osakeytio et autres c/ Commission des Communautés européennes* dit « *Pâte de bois I* », *Rec.*, 1988, p. 5193.



Les entreprises en cause n'entretenaient aucun lien avec le territoire de l'Union que cela soit par une filiale, un agent ou un représentant. Il leur était reproché d'avoir établi une entente restrictive de concurrence de par leur coordination sur les prix par un échange d'informations, notamment par l'intermédiaire d'associations d'entreprises dont KEA (*Kraft Export Association*). Cette entente portait atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché communautaire parce que le marché était de dimension mondiale en raison de la dépendance de l'UE à des approvisionnements extérieurs pour le produit de la pâte de bois. Le seul lien identifiable entre les entreprises et le marché intérieur était les contrats avec les clients communautaires. Dans cette affaire, la Cour a confirmé la décision de la Commission de condamner les entreprises des pays tiers.

La solution adoptée par la Cour a donné lieu à de nombreuses interprétations quant au point de savoir si la Cour de justice avait appliqué la théorie de l'effet<sup>487</sup>, ou le principe classique de la territorialité ou encore si elle avait eu recours à un nouveau principe de rattachement<sup>488</sup>. Cette complexité découle du raisonnement même de la Cour de justice qui a opéré une distinction entre « formation de l'entente » et « mise en œuvre de celle-ci »<sup>489</sup>. L'ambiguïté est renforcée et entretenue par la Cour de justice par l'absence de référence explicite à la théorie de l'effet pour revendiquer sa compétence. Elle admet pourtant que sa compétence « est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public<sup>490</sup> ».

Un certain nombre d'enseignements peuvent être tirés de cet arrêt. La Cour de justice, bien qu'ayant l'occasion de se référer à la seule théorie de l'effet – comme elle y était invitée à travers les moyens développés par les Parties qui considéraient que la Commission européenne s'était fondée sur cette compétence - n'a pas répondu à cet argument. En outre, elle s'est efforcée de faire appel à un autre critère de rattachement, liée à la notion de mise en œuvre, sans savoir si la distinction serait toujours possible. Elle a ainsi évité de revendiquer sa compétence sur base de la seule théorie de l'effet<sup>491</sup>, sans toutefois refuser d'admettre son existence, en justifiant plus largement sa compétence par rapport au principe de territorialité.

---

<sup>487</sup> V. Marie-Angèle HERMITTE, « Application extraterritoriale des règles de concurrence (oui) », *Chronique de la jurisprudence de la CJCE : concurrence, JDI*, n°2, 1989, pp. 432-434.

<sup>488</sup> V. Laurence IDOT, « Note sur l'arrêt du 27 septembre 1988, *Entreprises de pâtes de bois contre Commission des Communautés européennes*, *RTDE*, 1989, n° 2, p. 345-359.

<sup>489</sup> V. CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *Entreprises de pâtes de bois contre Commission des Communautés européennes*, *op.cit.*, points 16 et 17.

<sup>490</sup> V. CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *op.cit.*, point 18.

<sup>491</sup> La position de la Cour par rapport à l'association d'entreprises, KEA, le laissait penser. Cette association d'entreprises n'avait pas vendu dans la Communauté.

En ne se prononçant pas clairement en faveur de la théorie de l'effet, la Cour n'apporte pas une solution satisfaisante aux difficultés posées par des comportements restrictifs de concurrence localisés dans un pays tiers. Elle a ainsi limité la capacité de l'Union européenne<sup>492</sup>. L'approche prudente de l'Union européenne se retrouve dans les positions adoptées par les juridictions américaines quant au choix d'appuyer leur compétence sur la théorie de l'effet. En effet, si pendant longtemps les Etats-Unis se sont reconnus une large compétence fondée sur la théorie de l'effet, actuellement, les juridictions américaines ont assoupli leur position pour prendre en compte les conflits nés du caractère international du litige, délaissant ainsi la revendication de leur compétence sur le seul critère de l'effet<sup>493</sup>. Cette situation s'explique, pour partie, par la difficulté de mise en œuvre des décisions autant européennes qu'américaines en matière de concurrence, lorsque les entreprises en cause se trouvent à l'étranger. Cela démontre l'incapacité du droit de la concurrence à connaître de certaines situations extraterritoriales.

#### **b) La complexe application de la théorie de l'effet**

Il se peut tout d'abord que de par leur comportement, des entreprises situées sur le territoire de l'Union européenne restreignent la concurrence à l'extérieur de celle-ci. Leurs effets anticoncurrentiels ne tombent pas, *a priori*, sous le coup de la législation communautaire. Ainsi d'un accord entre cinq entreprises ayant leurs sièges à Paris et relevant du droit français, serait conforme au droit de l'UE dès lors qu'il n'aurait pour conséquence que d'organiser la vente en commun de produits phosphatés à destination de marchés en dehors de l'Union<sup>494</sup>. Cependant, les choses ne sont pas si simples. Il peut arriver que certains accords entre ces entreprises, bien qu'ils semblent ne viser que des pays tiers, aient en réalité un effet anticoncurrentiel sur le marché intérieur.

---

Elle a en effet estimé qu'elle n'avait « *pas joué un rôle propre dans la mise en œuvre de ces accords* » (point 26). La Cour a alors annulé la décision de la Commission de sanctionner KEA. V. CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *op.cit.*, point 24 à 28.

<sup>492</sup> V. Fernand Charles JEANTET, « Regard dur l'action de la CEE dans la police de la concurrence internationale », Doctrine, *La Semaine juridique*, Edition générale, 1990 I et II, n° 3426.

<sup>493</sup> V. Evelyne FRIEDEL-SOUCHOU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, *op.cit.*, p. 98 et s.

<sup>494</sup> V. Décision de la Commission, Supexie, du 23 décembre 1970, *JOCE* L 1, du 13 janvier 1971.

La Commission, de même que la Cour de justice, s'écartent-elles de toute solution systématique. Aussi, dans cette hypothèse, et en vertu d'un accord externe, la Commission européenne a l'obligation de prendre les mesures de sanction contre les comportements anticoncurrentiels. La Commission a ainsi affirmé notamment dans l'affaire dite de *l'industrie européenne du sucre*, qu'une concentration d'entreprises établies dans les Etats membres lors d'une adjudication de quota d'exportation vers des pays tiers, avait un effet restrictif de la concurrence à l'intérieur de l'Union. Sans cette concurrence, certaines des entreprises en cause auraient été incitées à commercialiser davantage de sucre sur le marché communautaire, et auraient, de ce fait, contribué à y intensifier la concurrence<sup>495</sup>. La solution est comparable lorsque les accords en cause sont conclus entre des entreprises de l'Union et des opérateurs de pays tiers. Il en est de même lorsqu'ils ont pour objet d'éliminer un concurrent établi dans la Communauté<sup>496</sup>.

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur un cas de cette espèce dans l'affaire *Javico*, où la restriction de concurrence était initiée dans la Communauté mais ne s'y réalisait que par le biais d'une entreprise située dans un pays tiers. Deux opérateurs économiques établis en France et en Allemagne avaient passé un accord de distribution qui obligeait le second à exporter la totalité des produits contractuels dans certains pays tiers, et lui imposait d'interdire à ses cocontractants de les commercialiser en dehors de ces pays. La Cour a jugé que la Communauté était concernée par cette interdiction, qui pouvait affecter le commerce entre les Etats membres<sup>497</sup>. Dans ces différents cas de figure, les comportements et leurs effets se situent les uns les autres dans le marché intérieur, et les normes communautaires s'appliquent par conséquent. Il n'est pas nécessaire de recourir au critère de la territorialité des effets. Il en va de même lorsque dans une entente entre une entreprise de la Communauté et une entreprise d'un pays tiers, cette dernière est tenue de vendre ses produits à l'intérieur de la Communauté. Dans l'affaire des colorants, la Cour a eu à se prononcer en ce sens, et d'une façon particulièrement nette en déclarant qu'il était inutile :

---

<sup>495</sup> V. Décision de la Commission, *Industrie européenne du sucre*, du 2 janvier 1973, *JOCE* L 140 du 25 mai 1973.

<sup>496</sup> V. TPI, *Compagnie maritime belge de transports SA*, T-24, 25, 26, 28/93, du 8 octobre 1996.

<sup>497</sup> V. CJCE, *Javico contre Yves Saint Laurent Parfums*, aff. C-306/96, du 28 avril 1998.

«[d] invoquer le droit international pour dénier à la Communauté le pouvoir de prendre les dispositions nécessaires pour garantir l'efficacité des mesures instituées en vue d'atteindre les comportements préjudiciables à la concurrence qui se sont manifestés dans le marché commun, même si l'auteur de ces faits a son siège dans un pays tiers »<sup>498</sup>.

Lorsqu'un comportement entraîne des effets anticoncurrentiels sur le marché intérieur, alors qu'il se situe uniquement et intégralement hors de celui-ci, sans aucune forme de participation à la réalisation d'une infraction dans l'ensemble de l'Espace économique européen, par l'intermédiaire d'un partenaire ou d'une filiale, le recours au critère de la territorialité des effets peut se révéler indispensable. Le seul fait que des entreprises soient situées et agissent ailleurs que sur le territoire communautaire peut-il les soustraire de l'application du droit communautaire de la concurrence ? Par exemple, les cartels d'exportation affectent en premier lieu d'autres marchés que celui sur lequel ils sont conçus, alors même que ses membres ne sont nullement implantés dans ces pays. Toutefois, l'application du droit communautaire requiert davantage qu'un simple effet indirect sur l'économie du marché intérieur. Mais cette condition ne réduit pas pour autant la notion de territorialité de l'effet à celle de territorialité du comportement. Car, elle doit être comprise, selon le principe de causalité, en ce sens que la restriction de concurrence doit pouvoir être rattachée « immédiatement » à l'entente en cause.

On a pu reprocher à la Commission de n'avoir pas toujours tenu compte de cet impératif, notamment dans l'affaire de *l'Aluminium de l'Allemagne de l'Est*<sup>499</sup>. Pour que puisse être invoquée la théorie de l'effet, il semble aussi nécessaire que l'entrave à la concurrence à l'intérieur de l'Union soit substantielle et prévisible. Cela s'explique par des motifs de sécurité juridique des entreprises et par le danger qu'il y aurait à valider des mesures d'interdiction de comportements d'opérateurs sans être à même de la justifier par le préjudice qui devrait raisonnablement en résulter pour les Etats membres ou l'Union. L'effet sur le commerce entre Etats membres doit cumuler trois caractères : immédiateté, substantialité et prévisibilité. Le Tribunal le rappelle dans l'arrêt *Gencor*, en relevant que :

---

<sup>498</sup> V. CJCE, arrêt du 14 juillet 1972, *op.cit.*, p. 619.

<sup>499</sup> V. Décision de la Commission, Importations d'aluminium de l'Allemagne de l'Est, du 19 décembre 1984, *JOCE* L 92, 30 mars 1984.

«[...] lorsqu'il est *prévisible* qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produise un effet *immédiat et substantiel* dans la Communauté, l'application du règlement n° 4964/89 est justifiée au regard du droit international public [...]e fait que, dans le contexte d'un marché mondial, d'autres parties du monde soient affectées par la concentration ne saurait empêcher la Communauté d'exercer son contrôle sur une opération de concentration affectant *substantiellement* la concurrence à l'intérieur du marché commun en créant une position dominante »<sup>500</sup>.

Sous ces réserves, le recours au principe de territorialité, pour soumettre aux normes du territoire où se produisent les effets d'un comportement situé hors de ses frontières, peut être acceptable. Mireille Delmas-Marty observe :

« [...] la technique de l'extra territorialité de la loi est légitime s'il y a un rattachement raisonnable à l'Etat, au regard de comportements commis par des étrangers à l'étranger ayant des "effets substantiels" sur le territoire national<sup>501</sup> ».

Mais elle ajoute que les Etats ne font pas toujours preuve d'objectivité suffisante en utilisant cette technique.

« [...] elle devient contraire au droit international quand ce n'est pas le cas : les lois américaines de 1996 (Helms-Burton pour Cuba et Amato-Kennedy pour la Libye et l'Iran) sont un exemple de version pervertie de la théorie des effets<sup>502</sup> ».

Le recours à la territorialité des effets est d'autant plus rare que, pour imputer à des entreprises agissant à l'échelle internationale les effets de pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles, la Cour va parfois très loin. Elle est allée jusqu'à considérer que :

---

<sup>500</sup> V. TPI, *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-102/96, du 25 mars 1999, points 90, 97 et 98.

<sup>501</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit, chances et risques », *Recueil Dalloz*, Chr. 1999, p. 43.

<sup>502</sup> *Id.*

« [...] une entente mondiale en matière de prix entre des vendeurs ayant leur siège dans des pays tiers se déroule dans le marché commun, dès lors que les membres de l'entente fournissent directement leurs clients communautaires au prix convenu conjointement. Le seul élément déterminant est le résultat de l'acte, à savoir l'élimination de la concurrence par les prix visant les clients ayant leur siège et opérant dans la Communauté et, partant, de la concurrence à l'intérieur du marché commun »<sup>503</sup>.

La Commission a eu à souligner qu'une extension aussi large du principe de territorialité ne laissait que peu de marge à l'application du principe d'effet. Le recours à ce critère reste néanmoins inévitable. Car ce n'est que par l'application de la théorie de l'effet qu'une pratique intégralement située dans un ou plusieurs pays tiers, et qui implique exclusivement des entreprises de ces pays, peut être soumise aux règles communautaires de concurrence. C'est dans cet esprit que la Commission a été amenée à se déclarer compétente pour examiner des effets de domination sur des marchés de dimension mondiale de concentrations situées à l'extérieur de la Communauté<sup>504</sup>. Les difficultés entourant l'application de la théorie de l'effet, légitiment la pratique conventionnelle européenne axée sur la coopération entre autorités de concurrence.

## **B. Le développement d'une coopération internationale en matière de concurrence**

Les difficultés liées à la sanction des comportements anticoncurrentiels à l'échelle internationale commandent la promotion d'une coopération internationale par l'Union européenne. Comme on l'a vu un peu plus haut, les institutions communautaires ont pris conscience d'une telle réalité et la Commission européenne qui fait office d'autorité de concurrence au niveau international, a inscrit l'objectif de régulation des espaces commerciaux internationaux parmi les stipulations des accords externes de l'Union<sup>505</sup>.

---

<sup>503</sup> V. CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *Pâte de bois I*, *op.cit.*, p. 5193.

<sup>504</sup> En 2001, la Commission a décidé d'interdire le projet d'acquisition de Honeywell Inc. Par General Electric, alors qu'il avait obtenu l'aval des autorités américaines et canadiennes. Le même jour, elle ouvrait une enquête sur la concentration entre une société japonaise et les producteurs brésiliens de minerais de fer. V. respectivement, IP/01/939 et IP/01/938, du 3 juillet 2001.

<sup>505</sup> V. par exemple Section D de l'Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part, *JOCE* L 311/3, du 4 décembre 1999.

L'organisation de la concurrence dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne s'effectue, à l'instar d'autres matières des accords externes, par l'édification d'une passerelle entre le bilatéral (accords externes) et le multilatéral (invocation des accords OMC sur la question). Agir dans le cadre conventionnel international suppose toujours, de la part de l'Union européenne, un respect des accords du système commercial multilatéral. Cependant, l'absence d'un droit de la concurrence mondial souligne les risques de conflits au niveau international en matière d'application des règles de la concurrence. En dépit du principe de territorialité, la possibilité que des pratiques restrictives soient condamnées dans un pays tiers alors même qu'elles sont autorisées par le droit de l'Union européenne où elle a été initiée, reste prégnante. L'inverse est tout aussi vrai.

Une coopération internationale s'impose aussi du fait que certaines mesures nationales de blocage peuvent permettre à une autorité nationale soit d'interdire la communication aux autorités d'un autre pays des renseignements d'ordre économique ou commercial, soit de priver d'efficacité les sanctions que prennent ces dernières sur leur fondement. Par ailleurs, en ce qui concerne les entreprises, la coopération internationale et l'élaboration en commun des mesures coercitives peuvent représenter un avantage considérable, dans la mesure où elle parvient à leur offrir un « guichet unique » dans la négociation de leurs engagements<sup>506</sup>. Il faudrait éviter que, profitant du démantèlement progressif des réglementations protectionnistes réalisé notamment dans le cadre de l'OMC, les plus puissants d'entre elles ne recréent, par leurs alliances ou leur domination, des entraves à la circulation. La coopération internationale en matière de concurrence, dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, est assurée sous l'éclairage du principe international de la « courtoisie active ». L'application du principe de la courtoisie internationale implique qu'un Etat fasse preuve de modération dans la mise en œuvre de sa législation. Elle consiste, pour une partie, à inviter l'autre partie d'intervenir lorsqu'un comportement anticoncurrentiel initié sur le territoire de cette dernière produit des effets dommageables sur celui de la première. L'OCDE, dans un rapport du 06 mai 1999, en donne une double définition<sup>507</sup>. Ainsi, la courtoisie positive :

---

<sup>506</sup> V. Décision de la Commission du 3 mars 1998, Worldcom/MCI, IV/M 1069 et Décision du 8 juillet 1998, Exxon/Shell, IV/M 1137, JOCE C-252/9, du 11 août 1998.

<sup>507</sup> V. OECD, « Report of the OECD Committee on competition law and policy : Making international markets more efficient through "positive comity" in competition law enforcement », DAFPE/CLP/ (99) 19, du 6 mai 1999.

« [...] may be described as the principle that a country should (1) give full and sympathetic consideration to another country's request that it open or expand a law enforcement proceeding in order to remedy conduct in its territory that is substantially and adversely affecting another country's interests, and (2) take whatever remedial action it deems appropriate on a voluntary basis and in considering its legitimate interests<sup>508</sup> ».

Par ailleurs, la courtoisie négative :

« [...] may be described as the principal that a country should (i) notify other countries when its enforcement proceedings may have an effect on their important interests, and (ii) give full and sympathetic consideration to possible ways of fulfilling its enforcement needs without harming those interests<sup>509</sup> ».

La courtoisie négative et la courtoisie positive sont liées à l'application, par les autres Etats, de leur législation en matière de concurrence. La différence entre les deux pourrait être résumée en ces termes : la courtoisie positive renvoie à la conduite d'une procédure avec l'objectif d'assister un autre Etat ; la courtoisie négative, quant à elle, suppose que dans l'application de sa législation, un Etat s'abstienne de causer préjudice à un autre Etat. Ce principe, en l'absence de règles uniformes internationales en matière de concurrence, imprègne les stipulations des accords externes de l'Union européenne. C'est un principe que l'on retrouve aussi bien dans les accords conclus relatifs à la concurrence<sup>510</sup> que dans les accords contenant des stipulations portant sur les règles de concurrence<sup>511</sup>.

La Commission européenne, dans sa décision *Aluminium de l'Allemagne de l'Est* a évoqué ce principe. Après avoir affirmé qu'aucune règle impérative de droit international n'empêchait l'application du droit communautaire à tous les membres de l'entente en cause, elle a conclu qu'aucune « raison de courtoisie » ne l'incitait à écarter le droit communautaire, étant donné que l'application de celui-ci ne lésait en rien les intérêts primordiaux des pays tiers concernés, alors que la mise à l'écart du droit communautaire aurait porté atteinte à l'intérêt fondamental de la Communauté à préserver une concurrence non faussée sur son territoire.

---

<sup>508</sup> *Id.*

<sup>509</sup> *Ibid.*

<sup>510</sup> V. Articles 5 et 6 de l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, *JOCE* L 202/36, du 4/08/2009.

<sup>511</sup> V. Article 38 de l'Accord entre la Communauté européenne et l'Afrique du sud précité.



Par conséquent, l'application du principe ne suppose pas neutralisation du droit de l'Union européenne dès l'instant que les intérêts européens sont remis en cause. En ce sens, la Cour de justice a indiqué dans l'affaire *Pâte de bois I* que la courtoisie internationale ne fonde aucun principe de droit international susceptible d'empêcher la Communauté d'appliquer ses règles de concurrence dans le cadre de sa compétence normative (point 22). Elle ajoutait toutefois que la Commission se devait d'en tenir compte avant d'engager des poursuites, ce qu'elle avait d'ailleurs fait en l'espèce en s'assurant auprès des autorités américaines qu'il n'existait aucun conflit de compétences (point 21).

Dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, il est à noter que l'Union européenne a intégré le principe de courtoisie dans ses accords avec certains pays développés. C'est ainsi qu'elle (Communauté européenne à l'époque) et les Etats-Unis d'Amérique, avaient conclu le 23 septembre 1991, un accord sur l'application de leurs règles de concurrence dans lequel était inséré un article V sur la courtoisie active ou courtoisie positive (*positive comity*), qui appelait à une coopération sur les activités anticoncurrentielles ayant lieu sur le territoire de l'une des parties, pratiques qui affecteraient les intérêts de l'autre partie<sup>512</sup>. Entendu de façon active, le principe permet à un Etat ayant subi un préjudice du fait de pratiques commerciales restrictives de concurrence émanant de l'étranger, de demander aux autorités compétentes de ce pays d'engager les actions prévues par sa propre législation. Afin d'en renforcer les effets sur la coopération en matière de concurrence, les Parties à l'accord de 1991 ont signé, en juin 1998, un accord concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence<sup>513</sup>. Autre accord, celui conclu entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada<sup>514</sup>. L'Accord avait pour objectif de renforcer la coopération entre la Communauté et le Canada dans la mise en œuvre de leurs règles de concurrence, afin d'éviter des décisions contradictoires et de coordonner les mesures d'application lorsque les intérêts des deux Parties ne divergeaient pas. L'Accord était très proche de celui conclu avec les Etats-Unis<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> V. Décision du Conseil et de la Commission (95/145/CE, CECA), relative à la conclusion de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, *JOCE* L 95, du 27 avril 1995.

<sup>513</sup> V. Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, *JOCE* L 173, du 18 juin 1998.

<sup>514</sup> V. Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, *JOCE* L 175 du 10 juillet 1999.

<sup>515</sup> Les principales dispositions de l'Accord sont les suivantes : a) notification réciproque des affaires sur lesquelles enquête l'une ou l'autre des autorités de concurrence, dans la mesure où elles sont susceptibles de toucher aux intérêts de l'autre partie ;

En revanche, les accords conclus avec les pays en développement procèdent d'une logique sensiblement différente. En dehors de l'application du principe international de courtoisie, ces accords témoignent d'une volonté de l'Union européenne de procéder à une exportation de ses règles en matière de concurrence, ou du moins de contribuer à l'émergence d'un droit international de la concurrence. En effet, les stipulations des accords contiennent une obligation pour les parties de se doter de règles de concurrence<sup>516</sup>. L'Union européenne disposant d'une longue pratique du droit de la concurrence n'est évidemment pas la partie visée par une telle obligation. Elle pèse sur certains pays en développement ne disposant pas d'un droit de la concurrence. L'appréhension efficace des pratiques anticoncurrentielles internationales suppose aussi une certaine coopération organique, celle entre les autorités nationales de concurrence. Afin d'analyser correctement les affaires dont elle est saisie, la Commission européenne doit entretenir des contacts étroits avec d'autres autorités de concurrence. L'objectif est d'échanger avec elles les informations nécessaires. Avec les Etats-Unis, ces exemples de coopération ont permis d'aboutir à des concertations réussies surtout en matière de positions dominantes et de concentrations, étant donné le nombre croissant d'opérations de ce type ayant une dimension mondiale. Toutefois, le dialogue n'est pas toujours efficace, lorsque sont en jeu des considérations de politique industrielle. Les divergences peuvent être importantes, comme en témoignent l'affaire de la fusion *Boeing – McDonnell Douglas*, l'affaire *General Electric – Honeywell*<sup>517</sup> ou encore l'affaire *Microsoft*<sup>518</sup>. Pour l'essentiel, la coopération porte sur l'examen en commun des mesures correctives, sur l'application des règles de confidentialité, et sur la participation des autorités européennes et des pays tiers aux auditions organisées dans les affaires de concurrence. L'application des règles relatives à la confidentialité des informations pose en revanche de sérieuses difficultés.

---

b) possibilité pour les autorités respectives de coordonner leurs mesures d'application et de se prêter mutuellement assistance ; c) possibilité pour une partie de demander à l'autre de prendre des mesures d'application (courtoisie active) et de tenir compte de ses intérêts dans la mise en œuvre de ses propres mesures d'application (courtoisie traditionnelle).

<sup>516</sup> V. Article 127 de l'Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *op.cit.*

<sup>517</sup> V. Décision du 19 mars 1997, *Boeing/McDonnell Douglas, IV/M. 0877*, *op.cit.* 7. V. aussi Décision *Honeywell-General Electric* du 3 juillet 2001,

<sup>518</sup> V. Article d'Eric LESER dans « LeMonde » du 8 septembre 2001, p. 22.

Dans le cadre de sa déclaration du 29 mai 1998 – (*Statement on Confidentiality of information*) -, dans le contexte de l'accord entre la Communauté et les Etats-Unis, la Commission avait souligné le devoir que lui imposait le droit communautaire d'assurer un haut niveau de protection des informations confidentielles qui lui sont communiquées par les entreprises. Elle ne pouvait ainsi procéder à un échange d'informations confidentielles avec une autre autorité de concurrence que dans la mesure où l'opérateur en cause l'y autorisait d'une façon parfaitement claire, sous peine d'engager sa responsabilité. Il semblerait que les autorités de concurrence des deux côtés de l'Atlantique aient pris l'habitude de demander systématiquement aux parties, une dérogation sur ce point, afin de pouvoir échanger leurs informations<sup>519</sup>. En ce qui concerne la participation mutuelle des autorités respectives de concurrence aux auditions, la Commission avait adopté le 31 mars 1999, un texte relatif à certains arrangements administratifs entre elle et les autorités américaines. Ces mesures de nature bilatérale et procédant de la réciprocité, n'avaient aucun caractère contraignant. Elles prévoyaient que la participation aux auditions ou aux réunions soit subordonnée au consentement exprès des personnes concernées. Bien qu'elles ne restreignent en rien les droits de ces personnes, elles contribuaient néanmoins à approfondir la connaissance, par les autorités de concurrence, de leurs procédures respectives et à améliorer la coordination et la prévention des conflits dans les affaires d'intérêt commun.

La coopération entre les autorités de concurrence permet d'éviter que, par des restrictions de concurrence mises en œuvre dans certains pays, des entreprises puissent y réaliser des bénéfices disproportionnés et jouir sur les marchés d'exportation, d'avantages concurrentiels considérables sans pour autant tomber sous le coup d'un instrument de lutte contre les pratiques déloyales. Alors que les entreprises de l'Union européenne peuvent être évincées des marchés de pays tiers par des obstacles au commerce et des pratiques restrictives insuffisamment réprimées – cas des conglomérats japonais (*Keiretsus*) ou coréens (*Chaebols*) - celles des pays tiers opérant au sein de l'Union, y bénéficient à la fois des libertés de circulation et du contrôle rigoureux des conditions de concurrence. On voit donc que les raisons ne manquent pas quant à la création d'une organisation internationale chargée de la concurrence. Trois fora sont aujourd'hui disponibles : l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), la Conférence des Nations-Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation mondiale du commerce.

---

<sup>519</sup> V. Richard BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 137.

Bien que l'OCDE et la CNUCED s'intéressent depuis longtemps aux problèmes de concurrence, elles sont toutefois inadéquates en raison de leur inaptitude à organiser des procédures contraignantes de règlement des différends<sup>520</sup>. On serait tenté de dire que seule l'OMC convient. Elle abrite en son sein un cadre de négociations et de consultations permanent. Elle dispose aussi d'un système renforcé de règlement des différends. Cependant, la création d'une autorité de la concurrence internationale disposant de pouvoirs propres d'enquête et de coercition n'est guère envisageable à court terme. Qu'à cela ne tienne, et comme l'observe la Commission européenne, la mise en œuvre de mécanismes de règlement des différends pourrait, par exemple, s'appliquer sans difficulté majeure en matière de concurrence lorsqu'un pays omet de mettre en place une structure interne de concurrence, ou lorsqu'il ne réagit pas à une demande d'intervention en vue de faire respecter le droit de la concurrence présentée par un membre de l'organisation. On pourrait aussi concevoir un Office international de la politique de concurrence où seraient enregistrées et rendues publiques les ententes transnationales d'une certaine importance et leurs mécanismes de fonctionnement<sup>521</sup>, ou inclure à l'Annexe 4 de l'Accord de 1994 instituant l'OMC, un Accord plurilatéral sur la concurrence et le commerce. Cet accord coordonnerait les réglementations nationales de la concurrence au moyen de normes internationales minimales en matière de notification, d'information et de coopération, mais demeurerait du ressort des autorités nationales<sup>522</sup>. Sur ces questions, la Commission européenne avait lancé un vaste débat au sein de l'OMC. Les points s'articulaient autour d'un certain nombre de thèmes. Il s'est agi de l'engagement de tous les Membres de l'OMC à se doter d'une structure nationale de concurrence ayant un rôle actif ; la définition et l'adoption de principes de concurrence communs au niveau international, du moins sur les pratiques les plus préjudiciables à la concurrence ; la création d'un instrument de coopération entre les autorités de concurrence ; enfin l'adaptation du système de règlement des différends de l'OMC au domaine de la concurrence.

---

<sup>520</sup> La Commission exposait déjà les orientations essentielles de la Communauté en matière de concurrence au niveau international dans sa Communication au Conseil, Vers l'établissement d'un cadre international de règles de concurrence, *COM (96) 284 final*, 18 juin 1996.

<sup>521</sup> V. Andreas HEINEMANN, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *RIDE*, Tome 18, n°3, 2004, pp. 293-324.

<sup>522</sup> V. Walid ABDEGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *RIDE*, Tome 15, n°2, 2001, pp. 161-196.

C'est dans cet esprit qu'il a été décidé, lors de la Conférence ministérielle de Singapour qui s'est tenu le 11 décembre 1996 dans le cadre de l'OMC, d'établir un Groupe de travail pour étudier les problèmes relatifs aux liens entre les échanges et la politique de concurrence sein de l'OMC<sup>523</sup>. Le Rapport du Groupe de travail a conclu à la pertinence, pour la politique de concurrence, des principes fondamentaux de l'OMC (non-discrimination et transparence), à la contribution de la politique de concurrence à la réalisation des objectifs de l'OMC. Tout en développant des approches promouvant la coopération entre les deux, le Groupe de travail a soulevé des interrogations. Parmi les questions méritant d'être examinées :

« [...] figuraient les perspectives de la politique de la concurrence et de la politique commerciale quant aux cartels à l'exportation, à l'application extraterritoriale des législations en matière de concurrence et des mesures antidumping »<sup>524</sup>.

## CONCLUSION CHAPITRE

L'analyse de la pratique conventionnelle européenne nous a permis de voir que le modèle économique européen n'était pas seulement orienté vers la protection du marché intérieur face aux pratiques déloyales introduites dans le commerce international. Ce modèle est, en parallèle, dirigé vers l'ouverture des espaces commerciaux internationaux. Il comporte donc un volet défensif, incarné par la défense commerciale européenne, en complémentarité avec une dimension offensive, destinée à favoriser le développement du commerce international. L'interpénétration de ces deux objectifs résume parfaitement la politique commerciale européenne dans sa dimension internationale. Cette politique ne se résume pas seulement à l'élimination des obstacles non tarifaires entre les Etats membres de l'Union européenne. Ces derniers ont compris que la politique commerciale commune ne pouvait être efficace, et leur être profitable, qu'en alliant protection du marché intérieur – qu'il ne faudrait pas confondre avec le protectionnisme illicite - et accès aux espaces commerciaux internationaux. De nombreux obstacles au commerce européen subsistent à l'échelle internationale. Certains sont légitimes et relèvent de la souveraineté des Etats ; d'autres par contre ne sauraient être justifiés à la lumière des règles du commerce international.

---

<sup>523</sup> V. Rapport du Groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence du 14 septembre 1999, (WT.WGTCP/3) disponible sur le site de l'OMC.

<sup>524</sup> V. OMC, Rapport (1999) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, WT/WGTCP/3, du 11 octobre 1999, point 85.

C'est d'ailleurs ce qui explique l'adoption du Règlement sur les obstacles au commerce. Ainsi, le bilatéralisme a-t-il permis à l'Union européenne de s'assurer d'une ouverture des marchés étrangers à ses opérateurs économiques. Au demeurant, partant du constat que certains espaces commerciaux internationaux ne font pas l'objet d'une régulation satisfaisante pour permettre le plein épanouissement de ses activités commerciales, l'Union européenne a négocié avec ses partenaires des dispositions sur les pratiques concurrentielles. Ainsi, à travers, la politique commerciale commune à laquelle elle est intrinsèquement liée, la politique de concurrence de l'Union – et non le droit de la concurrence de l'Union – réussit ainsi à étendre ses tentacules au-delà des frontières européennes. L'objectif est évidemment d'internationaliser les bonnes pratiques européennes en matière de concurrence, seules garanties d'une activité commerciale efficace.

## **TITRE 2**

### **L'EXPRESSION DES PREFERENCES COLLECTIVES DE L'UNION EUROPENNE**

L'Union européenne, à la différence de l'Organisation mondiale du commerce, n'est pas une Organisation d'intégration à vocation purement économique. L'Union est mue par des objectifs aussi bien économiques que non économiques. En effet, en même temps qu'elle cherche à éliminer les obstacles aux libertés de circulation – car elle est une Organisation d'intégration -, l'Union protège ses préférences collectives et celles de ses Etats membres. C'est pourquoi les politiques européennes sont façonnées de sorte à assurer une cohérence de l'ensemble des activités au sein du marché intérieur. Les objectifs économiques ne disposent pas d'une précellence naturelle vis-à-vis des préférences collectives. A l'Organisation mondiale du commerce, on assiste à un diktat de la légalité commerciale, ayant pour conséquence une remise en cause des valeurs non marchandes des Membres. Certains parmi ces derniers sont fortement attachés à leurs préférences collectives. Ce sont les Etats, peu ou prou, interventionnistes. D'autres le sont moins. Il s'agit de ceux dont l'engagement en faveur du libéralisme est assez prononcé. Un tel clivage n'existe pas seulement à l'OMC. Il marque également le fonctionnement de l'Union européenne. Des Etats comme l'Allemagne, la Pologne ou encore la Grande-Bretagne, sont davantage portés vers la libéralisation, alors que d'autres comme la France, sont plus interventionnistes.

C'est cette différence idéologique qui imprègne toutes les politiques européennes. On comprend dès lors le fondement de l'équilibre recherché entre valeurs marchandes et valeurs non marchandes au sein de l'Union européenne. Cet équilibre est à trouver au sein même de chaque politique publique car il n'existe pas de politique purement économique ou purement non économique. C'est dans ce contexte que se déploie la politique commerciale commune. Il s'agit, au travers de cette politique, de coordonner les objectifs économiques et non économiques de l'Union européenne. Cette approche a conduit, au sein du marché intérieur, à l'existence de la théorie des exigences impératives développée par la Cour de justice de l'Union européenne. Elle a aussi fondé les exceptions aux libertés de circulation. Ceci dit, les préférences collectives européennes ne pourraient être efficacement protégées dans le cadre de la politique commerciale commune en songeant seulement au cadre interne. L'Union européenne entretient des relations commerciales avec différentes entités internationales.

Elle doit dès lors être en mesure d'assurer une préservation de ses préférences collectives dans le cadre des accords externes, en se fondant à la fois sur le droit de l'OMC (**Chapitre 1**) et sur son propre droit interne (**Chapitre 2**).

## **CHAPITRE 1**

### **LA LEGITIMATION DES PREFERENCES COLLECTIVES EUROPEENNES PAR LES ACCORDS OMC**

En parcourant les accords externes de l'Union européenne, on ne manquera pas de constater que l'Union européenne et ses partenaires renvoient au droit de l'OMC pour donner un fondement juridique à la protection de leurs préférences collectives dans le cadre de leurs politiques commerciales. Le contenu de l'article XX du GATT est clairement repris dans les accords<sup>525</sup>. L'Organisation mondiale du commerce est chargée de la préservation de l'équilibre entre les droits et les obligations des Membres. De même, les accords conclus contiennent-ils compte des dispositions reconnaissant à ces derniers le droit légitime de poursuivre des objectifs non économiques légitimes.

Deux techniques juridiques ont été utilisées par les Membres de l'OMC afin d'ouvrir le système commercial multilatéral aux préférences collectives nationales. Il s'est agi de la technique de l'exception et de celle de la règle. L'article XX du GATT sur les exceptions générales constitue la base juridique à partir de laquelle les Membres peuvent se soustraire de n'importe laquelle de leurs obligations multilatérales en vue de poursuivre des objectifs politiques non commerciaux. De même l'article XXI du GATT permet à un Membre de restreindre le mouvement des échanges commerciaux pour des raisons liées à la sécurité. Bien entendu, toutes ces exceptions font l'objet d'un contrôle strict de la part du « juge » de l'OMC. En effet, en parallèle à l'affirmation graduelle des préférences collectives des Membres, s'est ajouté, un encadrement juridictionnel strict de l'Organe de règlement des différends de l'OMC pour éviter tout abus des exceptions. La seconde technique utilisée par les Membres est celle de la règle. Elle a permis de donner une caution juridique aux mesures étatiques affectant le commerce entre les Membres. On la retrouve à travers certains accords spécifiques de l'OMC.

---

<sup>525</sup> Il ne sera pas nécessaire de viser tous les articles y relatifs. Cette disposition sur les exceptions générales contenues dans le GATT, est présente dans tous les accords externes. V. par exemple l'article 7 de l'Accord commercial entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, *JOUE* L 354, du 21 décembre 2012.



A l'instar des préférences collectives prévues par le biais de l'exception, celles contenues dans les accords spécifiques font l'objet d'un encadrement du même « juge » de l'OMC. Dans ces conditions, on analysera successivement l'admission exceptionnelle (**Section 1**) puis celle d'office (**Section 2**) des préférences collectives.

## **SECTION 1**

### **L'ADMISSION EXCEPTIONNELLE DE PREFERENCES COLLECTIVES PAR LE DROIT DE L'O.M.C**

La problématique des préférences collectives dans le cadre du système commercial multilatéral s'est très tôt posée aux Etats dans le cadre de leurs relations économiques internationales. Contraints de poursuivre des politiques publiques non commerciales essentielles à leurs populations, les Etats ont fait de la question de l'interaction entre le commerce et les valeurs non marchandes, une condition *sine qua non* préalable à tout engagement. En partant de la Charte de la Havane au GATT de 1947, l'admission des préférences collectives s'est effectuée de façon graduelle (§1) avant d'être fortement encadrée par le « juge » de l'OMC (§2).

#### **§1. Une admission graduelle des préférences collectives**

Les linéaments d'une admission des préférences collectives sont nés dans le cadre de la gestation du système commercial multilatéral. Les premières tentatives de reconnaissance des préférences collectives ont été notées avec l'avènement de la Charte de la Havane (**A**). On sait que cette Charte n'a jamais vu le jour à cause du veto du Congrès américain. Mais cet échec n'a pas empêché les Parties Contractantes d'adopter le GATT en 1947. Cet Accord général, à travers ses dispositions, reprendra l'idée (**B**).

#### **A. Les premières tentatives de la charte de la Havane**

Les origines du système commercial multilatéral remontent à la Conférence internationale sur le commerce et l'emploi du 24 mars 1948. La Conférence de la Havane devait donner naissance à la Charte du même nom instituant l'Organisation internationale du Commerce (ci-après O.I.C).

Bien que la Charte n'ait jamais pu être ratifiée, la nécessité d'établir un organe international destiné à appliquer les règles commerciales multilatérales, incita les négociateurs à procéder à une opération de sauvetage et à accepter, sous réserve de quelques amendements, les dispositions contenues dans sa partie IV relative à la politique commerciale. Ces dispositions, regroupées sous le titre d'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948. Les autres parties de la Charte sont restées lettre morte. Ainsi, ce qui allait devenir le GATT, ne représentait plus que l'un des chapitres de la Charte de la Havane.

Certains ont pu dire que la non-ratification de la Charte reflétait l'échec de la première tentative d'intégration d'intérêts commerciaux et non commerciaux<sup>526</sup>. D'autres, plus optimistes, se sont tournés vers les exceptions générales qui, dès le lancement des négociations, ont semblé promouvoir l'incorporation d'un certain nombre de considérations non commerciales dans l'articulation des droits et des obligations devant découler du futur Accord. En effet, ces exceptions ont, à l'origine, constitué un précieux instrument de canalisation de la tension entre souveraineté et intégration, entre la volonté des Parties Contractantes de libéraliser le commerce et leur souhait de conserver une marge de manœuvre dans l'élaboration d'objectifs de politiques publiques dans les domaines non commerciaux.

La manifestation de la tension entre le respect de la souveraineté des Etats et la libéralisation des échanges n'est pas le propre des négociations ayant conduit à la mise en place du système commercial multilatéral. Des résistances se sont exprimées bien avant l'élaboration de la Charte, à l'occasion des négociations portant sur l'élaboration de la Convention internationale pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation<sup>527</sup>. Les discussions avaient permis à un certain nombre d'Etats, d'identifier huit catégories de lois nationales devant être exemptées de l'application d'un éventuel accord multilatéral en matière de commerce<sup>528</sup>. Les exceptions étaient néanmoins soumises à certaines conditions.

---

<sup>526</sup> V. Daniel K. TARULLO, « The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements », in Marco BRONCKERS et Reinhard QUICK (dir.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John.H. Jackson*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, pp. 155-159.

<sup>527</sup> La Convention a été signée à Genève le 8 novembre 1927, Société des Nations – Recueil des traités, vol. XCVII, p. 391.

<sup>528</sup> V. Lewis BRIGGS, « Conserving "Exhaustible Naturel Resources" : The Role of Precedent in the GATT Article XX (g) Exception », in E. BROWN WEISS et J. H. JACKSON (dir.), *Reconciling Environment and Trade*, New York, Transnational Publishers, 2008, p. 265. V. aussi S. CHARNOWITZ, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *J.W.T.*, vol. 25, n° 5, 1999, p. 41.

Les mesures nationales ne devaient être appliquées de sorte à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existaient, soit une restriction déguisée au commerce international. Ce langage fut repris par les négociateurs de la Charte de la Havane, lesquels devaient relever le même défi que celui qui s'était posé vingt ans plus tôt, à savoir gérer le rapport concurrentiel entre les valeurs stimulant le mouvement de libéralisation des échanges et celles inspirant l'élaboration de politiques non exclusivement commerciales jugées légitimes<sup>529</sup>.

Le défi était d'autant plus grand que, dès la fin du XIX<sup>ème</sup> et le début du XX<sup>ème</sup> siècle, une pratique courante consistait à utiliser des mesures commerciales pour la poursuite d'objectifs autres que commerciaux, notamment en matière d'environnement<sup>530</sup>. Celles-ci étaient mises en œuvre soit par les Parties à un traité multilatéral, soit sur une base unilatérale<sup>531</sup>. De la même manière, il était fréquent d'incorporer dans les accords commerciaux, une exception visant les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique<sup>532</sup>. Les négociateurs du GATT et de la Charte de la Havane étaient conscients du fait qu'aucun accord international ne survivrait sans l'introduction de clauses autorisant un assouplissement de la norme<sup>533</sup>. C'est pourquoi ils ont envisagé plusieurs dispositions permettant aux Parties Contractantes de se dégager de leurs obligations dans certaines circonstances<sup>534</sup>.

---

<sup>529</sup> V. John H. JACKSON, « World Trade Rules and Environmental Policies : Congruence or Conflict ? », in Symposium : *Environmental Quality and Free Trade : Interdependent Goals or Irreconcilable Conflict ?*, Wash. & Lee L. Rev., vol. 49, 1992, p. 1231.

<sup>530</sup> V. Certains traités sont cités en exemple : Convention on Nature Protection and Wildlife preservation in the Western Hemisphere, 161 U.N.T.S 193 ; African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, 1001 U.N.T.S 3 ; Convention between the U.S.A and Mexico for the Protection of Migratory Birds and Game Animals, 178 L.N.T.S 310 ; International Convention for the Protection of Birds, 638 U.N.T.S 185.

<sup>531</sup> Sur un plan multilatéral, V. Steve CHARNOVITZ, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *op.cit.*, p. 39. L'auteur énumère une série de conventions datant du début du XX<sup>ème</sup> siècle. Parmi celles-ci, une Convention conclue en 1906 autorisant les restrictions à l'importation d'allumettes fabriquées à partir de phosphore blanc, un produit chimique dont l'utilisation comporte des risques pour la santé humaine. Sur le plan unilatéral, S. CHARNOVITZ, *id.*, p. 40 cite l'exemple des Etats-Unis qui, dès 1927, comptaient une douzaine de lois utilisant des mesures commerciales pour la poursuite d'objectifs environnementaux.

<sup>532</sup> V. Steve CHARNOVITZ, « The Moral Exception in Trade Policy », *Va J. Int'l L.*, vol. 38, n° 4, 1998, p. 708.

<sup>533</sup> V. John H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT – A Legal Analysis of the General Agreement on Tariff and Trade*, Charlottesville, Bobbs-Merill, 1969, p. 525.

<sup>534</sup> V. Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, Committee II, Draft Report on the Technical Sub-Committee, U.N. ESCOR, U.N. Doc. E/OC/T/C.II/54, p. 32 (1946), cité par S. CHARNOVITZ dans « The Moral Exception in Trade Policy », *op.cit.*, p. 704.

C'est ainsi que les premières ébauches de la Charte intégraient déjà plusieurs exceptions visant à prendre en compte une série de mesures existantes, découlant de divers accords multilatéraux ou lois nationales élaborées dans des domaines autres que commerciaux mais affectant le commerce<sup>535</sup>. Ces accords internationaux et lois nationales attestaient des principales préoccupations non commerciales de l'époque, dont plusieurs étaient d'abord liées à des questions sanitaire et environnementale. C'est dans ce contexte qu'ont été incorporées à la Charte des dispositions relatives « à la protection de la vie ou de la santé des personnes ou des animaux ou à la préservation des végétaux<sup>536</sup> », « à la conservation des ressources naturelles susceptibles d'épuisement<sup>537</sup> ».

L'incorporation a également porté sur « la conservation des ressources des pêcheries, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages<sup>538</sup> ». Puisque l'impact du libre commerce sur la capacité des Etats à protéger la moralité publique faisait l'objet de vives préoccupations et était pris en compte dans de nombreux accords internationaux, une exception en la matière semblait justifiée<sup>539</sup>. Au fur et à mesure que les Parties à la négociation exprimaient le souhait que soient prises en compte des préférences collectives existantes - mais inconsistantes avec certaines obligations proposées dans l'avant-projet -, les exceptions se multipliaient. Pour les négociateurs, il semblait plus facile d'accepter de prendre en compte ces préférences que de requérir des changements dans les pratiques commerciales<sup>540</sup>. Le contexte de l'après-guerre incitait également à inclure de nouvelles catégories d'exceptions, telles que celle relative aux mesures « imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique<sup>541</sup> », celle « se rapportant aux articles fabriqués par les détenus<sup>542</sup> » et celle visant les mesures « nécessaires à la protection des intérêts essentiels de la sécurité<sup>543</sup> » d'une Partie Contractante. A l'issue de deux années d'intenses négociations, un consensus sur ce qui pouvait constituer un obstacle légitime à la libre circulation des marchandises, parut être atteint.

---

<sup>535</sup> V. U.S. Proposals, Department of State Pub., n° 2411, § 13, 16, 18 (1945), cité dans J.H. JACKSON « *World Trade and the Law of GATT* », *op. cit.*, p. 535.

<sup>536</sup> V. Article 45 :1 a) iii) de la Charte.

<sup>537</sup> V. Article 45 : 1 a) viii) de la Charte.

<sup>538</sup> V. Article 45 : 1 a) x) de la Charte.

<sup>539</sup> V. Article 45 : 1 a) i) de la Charte. V. Christoph. T. FEDDERSEN, « Focusing on Substantive Law in International Economic Relations : The Public Morals of GATT's Article XX (a) and "Conventional" Rules of Interpretation », *Minn. J. Global Trade*, vol. 7, n° 1, 1998, p. 118.

<sup>540</sup> V. John H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, *id.*, p. 535.

<sup>541</sup> V. Article 45 :1 a) vii) de la Charte

<sup>542</sup> V. Article 45 : 1 a) vi) de la Charte

<sup>543</sup> V. Article 99 :1 b) de la Charte

Le nombre restreint de Parties Contractantes, pays occidentaux majoritairement, et le champ d'application limité de l'Accord, offraient un cadre plus propice à l'expression de vues communes qu'à l'émergence de désaccords. De plus, l'objectif que s'étaient fixées à l'époque les vingt-trois Parties Contractantes – soit la réduction et la consolidation des tarifs douaniers dans le but d'encourager la libre circulation des marchandises – préservait une marge de manœuvre considérable aux Etats dans l'élaboration de leur politique commerciale. Au final, peu de dispositions semblaient susceptibles de constituer une menace aux politiques nationales des Parties Contractantes dans des domaines autres que commerciaux. Néanmoins, afin d'éviter tout abus des exceptions, une « clause introductive » destinée à encadrer l'application de ces dispositions fut élaborée<sup>544</sup>.

La proposition présentée par le Royaume-Uni<sup>545</sup> en vue d'intégrer un « chapeau » à l'article sur les exceptions, constituait donc une reconnaissance implicite des dangers que pouvaient constituer les exceptions générales, notamment pour les Etats enclins à adopter des mesures protectionnistes sous couvert de la légitimité des objectifs de politique nationale poursuivis. A la veille de la Conférence des Nations-Unies sur le commerce et l'emploi, les divers chapitres de la Charte destinée à régir les relations multilatérales des futurs membres de l'OIC, contenaient ainsi plusieurs exceptions relatives aux préférences collectives. Celles-ci confirmaient la légitimité de certaines politiques susceptibles d'affecter les échanges. Les droits et les obligations négociés par les Etats paraissaient ainsi conciliables avec le respect des préférences collectives étatiques. Des trois années de négociations, est ressorti un équilibre entre les intérêts commerciaux des Etats et la préservation de leur droit souverain d'adopter des mesures non commerciales. La non-ratification de la Charte de la Havane soulève encore aujourd'hui des interrogations sur les conséquences de la décortication du projet initialement envisagé et de l'opération de sauvetage de son chapitre IV consacré à la politique commerciale. La préservation de l'équilibre entre droits et obligations, et entre intérêts commerciaux et préférences collectives, doit alors être examinée à la lumière des dispositions contenues dans le GATT de 1947, et des autres chapitres du projet de Charte dont les dispositions ne sont jamais entrées en application.

---

<sup>544</sup> V. J. H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, *op.cit.*, p. 743.

<sup>545</sup> V. OMC, *Index analytique du GATT : guide des règles et pratiques du GATT*, 6<sup>ème</sup> éd., Genève, 1995, p. 609.

Les exceptions générales de la Charte de la Havane étaient contenues principalement dans les articles 45 (*Exceptions générales au chapitre IV*) et 99 (*Exceptions générales*, c'est-à-dire les exceptions applicables à l'ensemble des dispositions de la Charte). Tous les alinéas de l'article 45 furent repris dans l'article XX du GATT de 1947 consacré aux exceptions générales, à l'exception d'un alinéa consacré aux « mesures prises en application d'accords intergouvernementaux qui ont pour seul but la conservation des ressources des pêcheries, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages<sup>546</sup> ». L'article 99, à l'origine, ne faisait pas partie des dispositions du chapitre IV consacré à la politique commerciale. Il fut en grande partie repris par l'article XXI de l'accord provisoire (GATT de 1947), consacré aux exceptions concernant la sécurité. De même, un certain nombre de dispositions qui ouvraient la porte à la prise en compte de valeurs non marchandes ont été exclues du GATT.

Il en est ainsi du chapitre II sur l'emploi et l'activité économique, composé de sept articles, dont un relatif aux normes équitables de travail (Article 7). Un débat persiste sur le lien qu'établissait cet article entre le respect de certains droits humains et la liberté des échanges<sup>547</sup>. Certains ont affirmé que l'article 7 traitait expressément des normes du travail et ont allégué sur cette base qu'une éventuelle incorporation des droits des travailleurs et d'autres droits humains dans le cadre du GATT et de l'OMC, répondrait à un souci de cohérence avec l'intention des Etats à l'époque de la mise en place du système commercial multilatéral<sup>548</sup>. Si l'OMC venait à reconnaître la protection des droits humains comme justification pour l'invocation d'une ou de plusieurs exceptions contenues à l'article XX, elle devrait également reconnaître la protection des droits des travailleurs, d'autant plus que ces droits sont davantage liés aux échanges internationaux que ne le sont les autres droits fondamentaux. Le libellé de l'article 7 révèle cependant un autre type de préoccupation. Il indique que « les Etats membres reconnaissent que l'existence de conditions de travail non équitables, particulièrement dans les secteurs de la production travaillant pour l'exportation, crée des difficultés aux échanges internationaux ».

---

<sup>546</sup> Il s'agissait du paragraphe 45 x). Cette exception a été supprimée dans la mesure où « les pêcheries et la faune sauvage » se trouvaient couvertes par l'expression « conservation des ressources naturelles épuisables ».

<sup>547</sup> V. Salman BAL, « International Free Trade Agreements and Human Rights : Reinterpreting Article XX of GATT », *Minn. J. Global Trade*, vol. 10, n°1, 2001, p. 66.

<sup>548</sup> V. Elissa ALBEN, « GATT and the Fair Wage : A Historical Perspective on the Labor-Trade Link », *Colum. L. Rev.*, vol. 101, n° 6, 2001, p. 1421.

Ainsi la préservation de saines conditions de concurrence pour le commerce international semble avoir constitué la principale préoccupation des négociateurs à l'époque de l'élaboration de la Charte de la Havane<sup>549</sup>. Une autre phrase selon laquelle les Etats reconnaissaient « que tous les pays ont intérêt commun à la réalisation et au maintien de normes équitables de travail en rapport avec la productivité de la main-d'œuvre », renforce cette hypothèse. L'échec de la Conférence de 1948 ne semble donc pas avoir pu engendrer un quelconque déséquilibre entre les intérêts commerciaux des Etats et leurs préoccupations non commerciales relatives au respect de droits fondamentaux et des normes minimales des travailleurs. Le but général et les objectifs de la Charte de la Havane énoncés dans son chapitre 1<sup>er</sup> consolident cette théorie. L'article 1<sup>er</sup> précise que les Parties s'engagent à « faciliter [...] la solution des problèmes intéressants le commerce international dans les domaines de l'emploi, du développement économique, et de la politique commerciale, des pratiques commerciales et de la politique des produits de base».

En outre, elles doivent « permettre aux différents pays [...] d'éviter le recours à des mesures qui pourraient désorganiser le commerce mondial, réduire l'emploi productif ou retarder le progrès économique ». C'est dans ce contexte que doivent être envisagés les autres chapitres de la Charte de la Havane dont certaines dispositions semblaient autoriser une prise en compte de préférences collectives des Etats en matière de commerce et d'emploi, mais qui n'ont finalement pas été intégrés au GATT de 1947<sup>550</sup>. Le rejet des dispositions de la Charte de la Havane visant les mesures liées au respect de normes minimales de travail, ne saurait fonder des critiques dirigées contre la liste exhaustive d'exceptions finalement retenue par le GATT de 1947. La logique de nombreuses dispositions figurant dans le projet de Charte et qui, indirectement, pouvaient être reliées à certaines valeurs non marchandes, consistait en l'imposition d'une règle destinée à prévenir d'éventuelles distorsions dans les échanges. L'utilisation d'une exception visant à intégrer la prise en compte de telles valeurs dans l'Accord ne fut donc pas considérée. Néanmoins, des progrès ont pu être réalisés.

---

<sup>549</sup> *Id.*

<sup>550</sup> Ainsi du chapitre III sur le développement économique et la reconstruction et le chapitre V sur les accords intergouvernementaux sur les produits de base.

## B. Les progrès réalisés au sein du GATT

L'objectif fondamental du GATT, tel qu'envisagé par les négociateurs de la Charte de la Havane, consistait, avant tout, à libéraliser les échanges entre Etats afin d'en tirer le maximum de bénéfices. A l'époque, la théorie économique enseignait aux décideurs politiques, qu'une réduction des barrières au commerce aurait pour effet de promouvoir la stabilité économique, l'une des principales préoccupations des Etats occidentaux dans le contexte de l'après-guerre. Alors, puisque l'objectif principal du GATT était de récolter le maximum de bénéfices du libre-échange, l'Accord devait conduire les Parties Contractantes vers l'abaissement progressif des droits de douanes, l'interdiction des pratiques discriminatoires et l'élimination des « barrières non tarifaires ». Il s'agissait de restreindre au minimum les interférences gouvernementales avec le commerce. C'est dans cet esprit que les règles du système commercial ont été fixées et les exceptions élaborées. Celles-ci ont été incorporées dans l'article XX sur les exceptions générales et l'article XXI sur les exceptions relatives à la sécurité.

Les exceptions intégrées au système commercial multilatéral font l'objet d'une double qualification. Elles sont classées en deux grandes catégories : les exceptions générales et les exceptions spécifiques. On désignera par « exceptions générales », celles qui permettent de se soustraire à n'importe quelle obligation découlant du GATT<sup>551</sup>. Par opposition, les exceptions spécifiques « relèvent le Membre d'une ou de quelques-unes de ses obligations seulement<sup>552</sup> ». C'est par le biais des exceptions générales qu'une prise en compte des valeurs non marchandes est autorisée ; les exceptions spécifiques étant plutôt liées à des considérations d'ordre économique, portent néanmoins sur des aspects non tarifaires. Il en est ainsi de l'article VI sur les mesures antidumping, des articles XII et XIV consacrés à la balance des paiements qui relèvent les Membres de leurs obligations en matière d'interdiction de restrictions quantitatives, ou encore de l'article XXIV sur les unions douanières et les zones de libre-échange.

---

<sup>551</sup> Selon le vocabulaire du Secrétariat de l'OMC, ces dispositions définissent « les cas particuliers dans lesquels les Membres de l'OMC peuvent être exemptés des règles du GATT » (*OMC, Règles de l'OMC et politiques environnementales* : introduction, en ligne : [www.wto.org](http://www.wto.org)).

<sup>552</sup> Dans ces conditions, il peut être difficile de faire la distinction entre ce qui relève de la règle et ce qui peut être qualifié d'exception, la portée de l'obligation étant souvent imprécise. Seul le langage utilisé permet de distinguer la règle de l'exception spécifique. V. John H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, op.cit, p. 538.



L'article XX se présente sous la forme d'une clause introductive, assortie de paragraphes présentant les exceptions générales. Le chapeau stipule que « rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute Partie Contractante », annonçant un régime susceptible d'être utilisé quelle que soit l'obligation dont une Partie pourrait souhaiter se dégager. Qualifiées de coutumières en raison de leur origine antérieure au GATT de 1947<sup>553</sup>, ces exceptions énoncent une série de mesures soustraites de façon permanente à l'application des règles de l'Accord. Les sous-paragraphes de l'article XX délimitent le champ d'application des exceptions générales. La liste des mesures visées est exhaustive. Cette disposition a été qualifiée de « conditionnelle » par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel<sup>554</sup>. Cela ne veut pas dire que les gouvernements ne sont pas libres d'adopter d'autres types de mesures ayant des effets restrictifs sur le commerce. Les Etats peuvent en principe poursuivre les objectifs politiques de leur choix.

Toutefois, les mesures discriminatoires ne pourront être justifiées que si une exception est applicable<sup>555</sup>. La conséquence est que la prise en compte des préférences collectives étatiques s'en est trouvée affectée car les exceptions générales ne permettent d'articuler qu'un nombre limité de mesures nationales avec les règles multilatérales. La fonction principale du chapeau consiste à prévenir l'abus des exceptions de l'article XX<sup>556</sup>. Il permet :

« [...] to prevent Article XX from becoming a large loop hole that governments can use to justify almost any measures that are motived by protectionist considerations<sup>557</sup> ».

Le chapeau conditionne ainsi la validité du recours aux divers paragraphes de l'article XX, dans la mesure où les mesures visées ne devront pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable [...] soit une restriction déguisée au commerce international ».

---

<sup>553</sup> V. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ., 2010, pp. 271 et s.

<sup>554</sup> V. Arthur E. APPLETON, « Shrimp/Turtle : Untangling the Nets », *JIEL.*, vol. 2, n° 3, 1999, p. 482 en référence au rapport du Groupe spécial dans l'affaire, *Etats-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, 36S/386, 7 novembre 1989, § 5.9 (ci-après « Etats-Unis – Section 337 »).

<sup>555</sup> V. Petros C. MAVROIDIS et A. MATTOO, « Trade, Environment and the WTO : The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT », in E.U. PETERSMANN (dir.), *International Trade Law and the GATT/OMC Dispute Settlement System*, La Haye, *Kluwer Law International*, 1997, p. 335.

<sup>556</sup> V. Kenichiro URAKAMI, « Unsolved Problems and Implications for the Chapeau of GATT Article XX After the Reformulated Gasoline Case », in E. BROWN WEISS et J. H. JACKSON (dir.), *Reconciling Environment and Trade*, New York, Transnational Publishers, 2001, p. 171.

<sup>557</sup> V. John H. JACKSON, « World Trade Rules and Environmental Policies : Congruence or Conflict ? », *op.cit.*, p. 1240.

L'alinéa a) de l'article XX traite des « *mesures nécessaires à la protection de la moralité publique* ». Les documents relatifs aux négociations de la Charte de la Havane apportent peu de précisions concernant la définition de l'objet de la protection. L'historique des négociations relate surtout l'absence de débat ayant entouré l'adoption de cette exception. Une explication fut avancée selon laquelle il s'agissait d'une clause-type des accords commerciaux de l'époque et que, par conséquent, les négociateurs savaient déjà ce que cette expression avait vocation à couvrir. Steve Charnovitz estime à cet égard :

« Article XX (a) was not discussed [because] the negotiators knew what it meant. [...] many of the exceptions were viewed as similar to those typically included in commercial treaties<sup>558</sup> ».

En dépit de l'apparent consensus qui a prévalu lors de l'adoption du texte, il est à dire que le contenu matériel de l'alinéa a) de l'article XX demeure encore incertain. Il semble donc difficile de prévoir le type de mesures susceptibles d'être couverts par l'expression « *moralité publique* ». Cela pourrait ouvrir la porte à diverses interprétations de cette disposition par les Membres. Les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique sont effectivement fonction des valeurs, de la culture, de l'identité et des croyances d'une collectivité<sup>559</sup>. La définition de la portée des exceptions générales se révèle fondamentale pour l'articulation des engagements commerciaux avec des politiques élaborées dans d'autres domaines de l'activité étatique. Aussi, l'article XX vise-t-il, en réalité, à équilibrer les valeurs en apparence conflictuelles : dans un sens, le développement du système commercial ; dans un autre, certaines valeurs non marchandes exigeant la poursuite d'objectifs de politique nationale considérées essentielles. Il est aussi intéressant de préciser que les mesures nationales peuvent refléter des préférences partagées par une pluralité d'Etats, consignées ou non dans un accord conclu à un niveau supranational. D'ailleurs, l'historique des négociations de la Charte de la Havane a précédemment démontré que l'article XX fut envisagé de façon à intégrer un certain nombre de préoccupations non commerciales faisant l'objet soit de politiques nationales, soit d'accords multilatéraux auxquels les Parties à la négociation de la Charte avaient déjà adhéré.

---

<sup>558</sup> V. Steve CHARNOVITZ, « The Moral Exception in Trade Policy », *op.cit.*, p. 707.

<sup>559</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op.cit.*, p. 42.

L'article XX est ainsi destiné à articuler à la fois des mesures élaborées unilatéralement et des mesures dont les objectifs comportaient une dimension plus globale<sup>560</sup>. Dans le contexte d'une articulation des règles commerciales avec les préférences collectives des Etats, la souveraineté peut être entendue comme leur liberté résiduelle d'élaborer les politiques de leur choix, lesquelles peuvent être influencées par leur spécificité culturelle, économique, politique et sociale.

La toile de fond de cette problématique concerne la localisation des bénéficiaires des diverses mesures susceptibles d'être adoptées par un Etat sous couvert des exceptions générales. En effet, en ce qui concerne, par exemple, la protection de la vie ou de la santé des personnes, il s'agirait de déterminer si une mesure ne peut que viser la protection de personnes situées sur le territoire de l'Etat qui prend la mesure, ou si elle peut légalement protéger des personnes situées sur un autre territoire. Le fait est que les mesures visées à l'article XX peuvent avoir été élaborées dans diverses perspectives.

A moins qu'elles ne constituent clairement une restriction déguisée au commerce, il est légitime de présumer que le contenu de ces mesures a pu être influencé par la culture, les valeurs, les expériences ou l'histoire de l'Etat qui les adopte. La préservation de ces valeurs, par exemple, peut nécessiter une action dont l'objet ou les bénéficiaires de la protection se situent au-delà des frontières de l'Etat qui adopte la mesure. Ainsi, la détermination de la portée des mesures autorisées au titre des différents alinéas de l'article XX circonscrit la nature de certaines préférences collectives.

Cependant, tous les alinéas ne présentent pas le même degré de précision, et la portée des mesures visées semble variable, ou du moins sujette à interprétation. Certains alinéas indiquent clairement que les mesures adoptées par les Etats peuvent viser le comportement d'autres Etats à l'égard de leurs propres ressortissants. Les bénéficiaires se trouvent dans cette hypothèse sur le territoire d'un Etat autre que celui qui adopte la mesure. Les mesures ont ainsi une portée extraterritoriale. Dans un autre sens, des alinéas visent expressément un objet situé sur le territoire de l'Etat qui prend la mesure<sup>561</sup>. En revanche, d'autres alinéas n'apportent aucune précision quant à la portée des mesures envisagées<sup>562</sup>.

---

<sup>560</sup> V. J. SAUNDERS, « Trade and Environment : The Fine Line between Environmental Protection and Environmental Protectionism », *Int'l J.*, vol. 47, n° 4, 1992, p. 724.

<sup>561</sup> Exemple de l'alinéa e) qui traite des mesures « se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons ».

<sup>562</sup> Ainsi de l'alinéa i) portant sur les « restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays ».

Des différends portés devant des Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont attiré l'attention sur les ambiguïtés des exceptions générales à cet égard<sup>563</sup>. La poursuite des préférences collectives pose aussi la question de leur hiérarchisation.

« Puisque l'article XX ouvre la voie à une articulation de valeurs commerciales et non commerciales, toute condition ou restriction imposée aux politiques visées par les sous-paragraphes de cet article aura pour effet de rendre plus difficiles les dérogations aux règles du système, et donc de faire prévaloir les intérêts commerciaux de certains membres sur les valeurs non commerciales exprimées par d'autres.

Une interprétation extensive pourrait à l'inverse engendrer une négation des droits de certains membres au titre des accords de l'OMC et faire naître une certaine insécurité juridique<sup>564</sup> ».

La question d'une distinction entre les mesures de protée extraterritoriale ou extrajuridictionnelle se pose en ce sens. On devrait départager les mesures visant des personnes, des animaux ou des végétaux entièrement localisés à l'extérieur des frontières d'un Etat, des mesures visant des biens communs ou situés au sein d'un espace public partagé. Il en est de même des mesures liées à certaines problématiques d'ordre global, de celles aspirant à régler des problèmes locaux ou régionaux. Enfin, la même logique prévaut relativement aux mesures qui sont susceptibles de produire des effets directs sur des personnes, animaux ou végétaux situés sur le territoire de l'Etat qui les prend, tout en ayant des répercussions sur d'autres Etats. Une solution consisterait à examiner la légitimité d'une mesure dont la portée s'étend au-delà du territoire ou de la juridiction d'un Etat. Des critères de légitimité devraient être clairement identifiés.

---

<sup>563</sup> Dans l'affaire *Etats-Unis – Thon I* a été attirée pour la première fois l'attention des observateurs sur la portée extrajuridictionnelle des mesures visées à l'article XX. Dans cette affaire, le Mexique contestait une mesure américaine interdisant les importations de thon afin de protéger les dauphins capturés dans les filets de pêche de thon. Le grief portait notamment sur le fait que les dauphins menacés se situaient à l'extérieur de la juridiction des Etats-Unis. Prenant note du fait que le libellé de l'article XX b) ne limitait pas expressément le bénéfice de la protection aux personnes, aux animaux ou végétaux situés sur le territoire de l'Etat, le Groupe spécial décida d'examiner l'historique de ce paragraphe et conclut que les préoccupations des négociateurs du GATT concernaient les mesures sanitaires destinées à préserver la vie ou la santé des personnes, des animaux ou des végétaux situés à l'intérieur de la juridiction de l'Etat importateur (V. § 5.26).

<sup>564</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, op.cit., p. 48.

Tout comme l'article XX, l'article XXI<sup>565</sup> du GATT consacré aux exceptions relatives à la sécurité peut être invoqué par un Membre pour se soustraire à n'importe quelle obligation découlant de l'Accord général. L'article XXI contient également des exceptions qualifiées de générales. Pour comprendre la façon dont cet article a été élaboré, il est nécessaire de remonter aux négociations de la Charte de la Havane. L'historique de ce texte rappelle que les exceptions des articles XX et XXI avaient initialement été proposées dans une seule et même disposition.

Pour prévenir l'abus de ces exceptions, le Royaume-Uni avait, en cours de négociations, proposé d'insérer une clause introductive à cet article<sup>566</sup>. Finalement, au cours de la session de Genève, la disposition contenant la liste d'exceptions fut scindée en deux. Ainsi, l'exception concernant la sécurité allait constituer une nouvelle disposition, sans toutefois que la clause introductive intégrée dans l'article initial ne soit reprise dans le nouvel article XXI. Les exceptions de l'article permettent à un Etat de prendre des mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à certaines marchandises ou qui sont appliquées dans certaines circonstances. La clause est rédigée en des termes généraux et les concepts tels que les « *intérêts essentiels* », « *en temps de guerre* », ou « *en cas de grave tension internationale* » ne sont pas définis. Les alinéas de cet article frappent donc par leur imprécision. Dans le contexte des relations internationales, il paraît périlleux de définir ce que constitue une « guerre » ou une « grave tension internationale ».

Bien qu'un renvoi vers les systèmes compétents soit envisageable, l'article XXI préserve une marge de manœuvre extraordinaire aux Etats qui souhaiteraient limiter la libre circulation de marchandises au nom de la protection de leur sécurité. Le champ d'application de l'article s'en trouve élargi, ce qui ouvre la porte à l'adoption d'un large éventail de mesures. La légitimité et la légalité de telles mesures peuvent aisément se confondre dans cette perspective au gré des préférences collectives des Etats.

---

<sup>565</sup> L'article XXI se lit comme suit : « Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée : a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ; b) ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité : i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ; ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ; iii) appliquées en tant de guerre ou en cas de grave tension internationale ; c) ou comme empêchant une partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

<sup>566</sup> V. U.N. Doc. EPCT/C.11/50, 1946, p. 7.

A l'instar de l'article XX, l'article XXI vise à équilibrer des intérêts divergents, en l'espèce le commerce et la sécurité nationale. Mais la généralité des termes utilisés et la variété des enjeux en matière de sécurité pourraient bien avoir transformé ce texte en un outil permettant d'intégrer dans le cadre multilatéral, diverses préoccupations d'ordre politique et stratégique. On se demande si les mesures visées par l'article XXI peuvent entraîner des discriminations arbitraires, celles-ci étant proscrites par la clause introductive de l'article XX. Il semble logique de répondre par l'affirmative. La protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un Etat peut exiger que des restrictions aux exportations d'armes et de matériel de guerre ne visent que certains Etats « ennemis » ou encore qu'elles ne soient pas appliquées aux Etats « alliés ». Il en découle nécessairement un arbitraire, mais qui semble difficilement questionnable par une Organisation internationale chargée d'appliquer des règles commerciales. La ligne de partage entre la sécurité et les autres considérations peut être difficile à tracer.

Plusieurs exemples démontrent que les exceptions concernant la sécurité ont souvent été mises en œuvre pour couvrir d'un voile de légalité des gestes – légitimes ou non – contestables au regard des accords commerciaux multilatéraux. L'une des affaires les plus révélatrices concerne les mesures prises par la Communauté européenne, le Canada et l'Australie, visant la suspension des importations en provenance de l'Argentine à la suite de l'intervention armée de ce pays dans les îles Falkland. Bien que l'article XXI ait été invoqué pour justifier les mesures commerciales appliquées à l'Argentine, des doutes sérieux ont été exprimés concernant le respect des conditions imposées par cette exception, et surtout, l'existence d'une menace réelle pour la sécurité des pays ayant banni les importations en provenance de ce pays. C'est à la suite de cette affaire que l'Argentine a réclamé une interprétation de l'article XXI. Des discussions au sein du Conseil général ont conduit les Parties Contractantes vers l'inclusion du paragraphe 7 iii) dans la Déclaration ministérielle de novembre 1982 précisant que :

« [...] the contracting parties undertake [...] : [...] to abstain from taking restrictive trade measures, for reasons of a non-economic character, not consistent with the General Agreement<sup>567</sup> ».

---

<sup>567</sup> V. Déclaration L/5424, adoptée le 29 novembre 1982. V. GATT, Index analytique du GATT : guide des règles et pratiques du GATT, *op. cit.* p. 603. En ce sens, les Parties contractantes ont adopté la *Décision concernant l'article XXI de l'Accord général* visant à clarifier la mise en œuvre de cet article.

Cette Déclaration n'a toutefois pas réussi à prévenir l'invocation non fondée de l'article XXI puisque, quelques années plus tard, le plus important conflit entourant la mise en œuvre de cet article a éclaté entre les Etats-Unis et le Nicaragua<sup>568</sup>. Plus récemment encore, le *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act* of 1996, mieux connu sous le nom de la *Loi Helms-Burton* promulguée par le président Clinton en 1996, a également provoqué de fortes réactions<sup>569</sup>. L'Union européenne avait immédiatement enclenché un processus de consultation avec les Américains, puis demandé la constitution d'un Groupe spécial<sup>570</sup>. Ce dernier avait toutefois suspendu ses travaux suite à des tractations bilatérales entre les deux Membres. Par conséquent, les Américains n'ont jamais invoqué l'article XXI comme moyen de défense à un recours fondé sur la contestation de mesures prises au titre de la loi *Helms-Burton*. L'affaire demeure néanmoins pertinente pour illustrer l'élasticité de la notion de sécurité.

De 1947 à 1979, fin du Tokyo Round, les exceptions des articles XX et XXI du GATT n'ont subi que des modifications mineures et aucune nouvelle exception générale n'a été intégrée. Contrairement aux cycles précédents, les négociations d'Uruguay ont métamorphosé le système commercial multilatéral. De nouvelles exceptions générales ont été envisagées, entraînant ainsi une multiplication des mécanismes d'exception.

---

<sup>568</sup> En 1985, le président Reagan déclarait que « *the policies and actions of the Government of Nicaragua constitute an unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States* ». Cette menace expliquait alors que l'ensemble des importations et exportations en provenance ou à destination du Nicaragua soit interdit. Certains pays ont fort logiquement critiqué la mesure américaine en estimant qu'un si petit pays, compte tenu de ses ressources limitées, ne pouvait en aucune manière menacer la sécurité des Etats-Unis. V. GATT, United States – Trade measures affecting Nicaragua – Communications from United States, L/5803, 29 mai 1985, § 2 et § 7. V. Michael J. HAHN, « Vital Interests and the Law of GATT : An Analysis of GATT's Security Exception », *Mich. J. Int'l L.*, n° 3, 1991, pp. 575-576.

<sup>569</sup> V. Janette HABEL, « La Havane sous la pression de la loi Helms-Burton – Miser sur l'Eglise pour sauver la révolution cubaine ? », *Le Monde diplomatique*, février 1997, pp. 22-23.

La loi s'applique aux étrangers ayant des relations d'affaires avec Cuba. En vertu de ce texte, les Etats-Unis se sont unilatéralement octroyé le droit de prendre des sanctions contre ceux qui ne respectaient pas la législation imposée. La loi était justifiée par le fait que Cuba posait aux Etats-Unis des problèmes de sécurité. La loi a été sévèrement critiquée. On se demandait si l'article XXI constituait une exception susceptible de justifier les mesures américaines. Car au-delà des considérations sécuritaires évoquées, les motivations politiques de la loi étaient manifestes, celle-ci conférait un caractère permanent aux sanctions économiques dans l'attente de l'avènement d'un gouvernement démocratique ou de transition vers la démocratie, qui n'inclurait ni Fidel Castro ni Raul Castro.

<sup>570</sup> V. OMC, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, WT/DS38/1, 13 mai 1996 ; OMC, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes*, WT/DS38/2, 8 octobre 1996 ; OMC, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Consultation du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, WT/DS38/3, 20 février 1997.

C'est dans le domaine des services qu'a eu lieu un renouvellement des exceptions. Le GATT de 1947 ne s'était jamais attardé sur le commerce des services, ces derniers étant, jusqu'au début des années 1980, considérés comme relevant des politiques nationales plus ou moins protectionnistes. Les avancées technologiques de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, particulièrement en matière d'information et de communication, changèrent l'image des services. C'est dans ce contexte qu'ils ont été inscrits à l'agenda du cycle d'Uruguay. Mandat a ainsi été donné à un Groupe de négociations sur les services<sup>571</sup>. L'idée de transposer, dans le cadre de l'AGCS, les exceptions générales des articles XX et XXI du GATT, fut rapidement évoquée<sup>572</sup>. Lorsqu'apparut l'idée de définir une série de principes généraux applicables à l'ensemble des services, les négociateurs envisagèrent deux catégories d'exception, à savoir des exceptions générales applicables à tous les services et des exceptions sectorielles. Cette flexibilité devait viser à prendre en compte la diversité des objectifs légitimes de politiques nationales propres aux divers secteurs d'activité<sup>573</sup>.

En ce qui concerne les exceptions générales, les débats sur la transposition des articles XX et XXI du GATT dans le cadre de l'AGCS firent émerger certaines préoccupations. Les Communautés européennes demandaient que soit examinée la mesure dans laquelle « le recours à ces articles nécessitait des définitions plus élaborées, une rédaction plus soignée, peut-être même une certaine surveillance ou tout au moins l'obligation de justifier qu'on se trouvait en présence d'une des exceptions prévues »<sup>574</sup>. Quant aux Etats-Unis, ils souhaitaient « améliorer le texte des articles XX et XXI de l'Accord général pour pouvoir les appliquer au commerce des services ».

---

<sup>571</sup> Le mandat consistait à « établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services et en particulier à élaborer éventuellement des disciplines par secteur, en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive [...]. Ce cadre devait respecter les objectifs politiques des lois et réglementations nationales qui s'appliquent aux services et tenir compte des travaux des organisations internationales compétentes ». V. Déclaration ministérielle de Punta del Este, Partie II – Négociations sur le commerce des services, § 2.

<sup>572</sup> V. GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion du 15 au 17 septembre 1987*, MNT. GNS/10, du 15 octobre 1987, §§ 11-12 ; GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion du 27 au 29 janvier 1988*, MNT. GNS/13, du 13 février 1988, § 21 ; GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion du 17 au 20 mai 1988*, MNT. GNS/16, du 8 août 1988.

<sup>573</sup> V. GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Rapport au Comité des négociations commerciales réuni à l'échelon ministériel, Montréal, décembre 1998*, MTN.GNS/21, 25 novembre 1998.

<sup>574</sup> V. GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion tenue du 18 au 22 septembre 1989*, MNT.GNS/25, 23 octobre 1989, § 221.



Ils ajoutèrent que « des problèmes spéciaux pourraient surgir si des concepts généraux tels que [...] de la moralité publique était retenu dans la formulation du concept d'exceptions en relation avec services<sup>575</sup> ». Cela dit, le contenu des articles XX et XXI du GATT fut reporté presque intégralement aux articles XIV et XIV bis de l'AGCS, respectivement consacrés aux exceptions générales et aux exceptions concernant la sécurité. En dépit de l'impossible actualisation des exceptions générales, des espoirs avaient pourtant longtemps été entretenus à l'égard de l'inclusion d'une nouvelle forme d'exception dans le futur accord sur les services, l'objectif étant de tenir compte de leurs particularités. Néanmoins, le travail de réflexion sur les exceptions sectorielles donnera certains résultats relativement au secteur des télécommunications<sup>576</sup>, mais aussi à celui des transports aérien et maritime<sup>577</sup>.

## §2. Une admission des préférences collectives encadrée par le « juge de l'OMC »

Toute exception est d'interprétation stricte. Le droit reconnu aux Membres de l'OMC, de poursuivre leurs préférences collectives, ne doit pas remettre en cause la viabilité du système commercial multilatéral. En effet, celles-ci ne doivent pas être utilisées dans une optique protectionniste, ce qui légitime l'intervention du « juge » de l'OMC afin de maintenir un certain ordre. Ainsi, verra-t-on successivement le contrôle du but légitime de la mesure étatique (A) et celui du lien entre le but et la mesure (B).

---

<sup>575</sup> *Id.*, § 230.

<sup>576</sup> Les télécommunications, secteur strictement réglementé et objet de nombreux monopoles étatiques, ont été les premiers services à être examinés. Ce secteur avait déjà fait l'objet de nombreux accords internationaux. Il s'agissait d'un secteur stratégique soulevant d'importantes précautions en matière de protection des renseignements personnels et des considérations stratégiques en matière de défense et de sécurité. V. GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services - Note sur la réunion tenue du 5 au 9 juin 1989*, MTN.GNS/23, 11 juillet 1989, § 6. V. GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Groupe de travail des services de télécommunication – Note sur la réunion des 10-12 septembre 1990*, MNT.GNS/TEL/3, 12 octobre 1990, §§ 94-103.

<sup>577</sup> Ces secteurs ont aussi donné lieu à la constitution d'un groupe de travail puis à l'inclusion d'annexes sectorielles. Ces secteurs, tout comme le précédent, sont fortement réglementés et sujets à l'exercice de la souveraineté étatique. V. GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Commerce des services de transport – Note du secrétariat*, MNT.GNS/W/60, 4 juillet 1989, §§76-82. V. aussi GATT, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion tenue du 17 au 21 juillet 1989*, MNT.GNS/24, 28 août 1989.

## A. Le contrôle du but légitime de la mesure étatique

Lorsqu'une exception est invoquée à titre de moyen de défense, la charge de la preuve incombe au Membre qui l'invoque au soutien d'une mesure jugée incompatible avec l'une des prescriptions des accords OMC<sup>578</sup>. Le contrôle porte précisément sur les composantes de cette charge de la preuve. A l'époque du GATT, les exceptions générales faisaient l'objet d'une interprétation restrictive de la part des Groupes spéciaux<sup>579</sup>. Cette démarche a été révisée par l'Organe d'appel au profit d'une approche privilégiant la recherche d'un équilibre entre les droits et les obligations des Parties. L'un des enjeux de l'affaire *Etats-Unis – Essence* résidait dans « la portée que l'Organe d'appel entendrait conférer aux exceptions envisagées par l'article XX<sup>580</sup> ». Cela dit, le « principe » d'une interprétation restrictive des exceptions sera expressément remis en cause dans l'affaire *CE – Hormones*. En effet, l'Organe d'appel statuera que « le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'"exception" ne justifie pas en soi une interprétation "plus stricte" ou "plus étroite" de cette disposition<sup>581</sup> ».

Le tout premier rapport de l'Organe d'appel relatif aux exceptions générales a réussi à stabiliser la démarche interprétative du juge de l'OMC. Des prescriptions relativement claires au sujet des étapes de l'examen de l'article XX ont été élaborées<sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> En matière d'exception, la question de la charge de la preuve a été traitée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, du 25 avril 1997. Dans cette affaire, l'article XX a été qualifié par l'Organe d'appel de moyen de défense affirmatif. Il a souligné aussi que la charge de la preuve incombait à la partie qui se prévalait de l'exception, d'établir ce moyen de défense. Depuis, la question de la charge de la preuve s'est complexifiée, notamment en ce qui concerne le test de nécessité de l'article XX.

<sup>579</sup> Les trois premiers rapports de Groupes spéciaux impliquant l'examen d'une mesure fondée sur une préférence collective tombant dans le champ d'application de l'article XX (*Etats-Unis – Thon et produits du thon de 1982, Canada – Saumons et harengs de 1988 et Thaïlande – Taxes sur les cigarettes de 1990*) attestent d'un silence des interprètes sur la question de l'interprétation restrictive. Ce n'est qu'en 1991 qu'un Groupe spécial s'est, pour la première fois, prononcé en faveur d'une interprétation restrictive des exceptions dans un rapport qui ne fût pas adopté par les Parties contractantes. V. *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de thon I*, § 5.22.

<sup>580</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI, « Chronique du règlement des différends de l'OMC (1996-1998) », *J.D.I.*, vol. 126, n° 2, 1999, p. 455.

<sup>581</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, p. 104.

<sup>582</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Essence*, p. 22 : « Pour que la protection conférée par l'article XX puisse s'appliquer à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou de l'autre des exceptions particulières – paragraphes a) à j) – énumérées à l'article XX ; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX. En d'autres termes, l'analyse est double : premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève de l'une des exceptions ; deuxièmement, nouvelle évaluation de la mesure au regard des clauses introductives de l'article XX ».

De l'approche développée par l'Organe d'appel, deux étapes ont été identifiées dans l'interprétation : la première concerne les prescriptions des différents paragraphes des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS ; la seconde porte sur les conditions énoncées dans la clause introductive de ces articles.

Les exceptions générales établissent une liste de mesures poursuivant certains objectifs de politique nationale tenus comme légitimes et susceptibles donc de justifier une restriction à la libre circulation des biens et services. Les mesures contestées devant l'ORD ont été couvertes par un petit nombre de buts énoncés aux articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. Abstraction faite des décisions relatives à l'interprétation de l'article XX, certains différends ont porté sur une mesure contestée, poursuivant selon le défendeur, l'un des buts énoncés à l'article XX du GATT ou XIV de l'AGCS. Trois exceptions ont seulement été invoquées ; à savoir les exceptions fondées sur la protection de la moralité publique ou sur le maintien de l'ordre public, la protection de la santé et de la vie des animaux ou la préservation des végétaux, et la conservation des ressources naturelles épuisables. D'autres différends renvoient à des mesures liées à des considérations environnementale ou sanitaire ou encore relatives à la santé publique. La première catégorie est plus difficile à cerner, des considérations liées à la moralité publique sont susceptibles d'intervenir dans toutes les sphères de l'activité gouvernementale.

Des chevauchements entre les divers paragraphes a), b), et g) de l'article XX du GATT, et les paragraphes a) et b) de l'article XIV de l'AGCS, existent en filigrane. En raison de ces derniers, certains différends ont conduit les Membres à invoquer plusieurs exceptions pour justifier une mesure contestée<sup>583</sup>. Ce droit n'a jamais été remis en cause par un Groupe spécial ou l'Organe d'appel. La mesure doit néanmoins poursuivre, au moins, l'un des buts énoncés par les exceptions générales. Cela renvoie à la première étape de l'interprétation des exceptions. Compte tenu de la diversité socioculturelle des Membres de l'OMC et de l'hétérogénéité de leur niveau de développement, un même objectif pourra faire l'objet d'un large éventail de mesures ou se voir attribuer diverses significations<sup>584</sup>.

---

<sup>583</sup> V. Affaires *Thon – Dauphin I et Thon – Dauphin II ; Crevettes – Tortues et Essence nouvelle*. Les défendeurs se sont appuyés à la fois sur les paragraphes b) et g) de l'article XX pour justifier la mesure objet du différend. Les trois premières affaires portaient sur une mesure visant à la fois à protéger la vie de certains animaux et à conserver une ressource naturelle épuisable. Dans la dernière affaire, la mesure visait à réduire la pollution atmosphérique due à la consommation d'essence afin de protéger la santé et la vie des personnes, des animaux et des végétaux. Elle visait aussi à préserver la pureté de l'air, l'« air pur » étant considéré comme une ressource naturelle épuisable.

<sup>584</sup> V. Jagdish BHAGWATI, « Moral Obligations and Trade », Conference on International Trade in Omaha, décembre 1998, p. 2. V. aussi Franciscus MEIJBOOM et Frans W.A BROM, « Intransigent or Reconciliable :

L'exception de moralité publique illustre bien ce propos. Il a, certes, été constaté que « l'expression "moralité publique" désigne les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom<sup>585</sup> », mais leur définition reste floue. Au demeurant, des précisions seront apportées au concept. Dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, le Groupe spécial a affirmé – à propos de normes de bonne et mauvaise conduites -, que « la teneur de ces concepts pour les membres pouvait varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles éthiques et religieuses dominantes<sup>586</sup> ». Il ajoutera par la suite qu' « il conviendrait d'accorder aux membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de "moralité publique" et d'"ordre public" sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs<sup>587</sup> ». Pareille interprétation sera donnée dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels* dans laquelle l'Organe d'appel rappellera que « la teneur et la portée du concept de moralité publique peuvent varier d'un Membre à un autre, car elles dépendent des valeurs [...] dominantes de chaque Membre<sup>588</sup> ».

Une autre conception de la moralité publique, celle-là universaliste, paraît difficile à envisager puisque les standards en la matière varient nécessairement d'un Etat à un autre<sup>589</sup>. D'un côté, une interprétation privilégiant le recours à des critères uniformes permettrait d'atteindre un certain niveau de prévisibilité juridique. Cependant, une telle uniformisation ne pourrait se réaliser qu'aux dépens de la diversité socioculturelle des Membres. Cela justifie non seulement le rejet d'une conception de la moralité publique limitée à ce qui est communément partagé, mais surtout la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation. Cette marge existe à la fois en ce qui concerne la détermination de la teneur et de la portée des buts énoncés, mais aussi, de façon plus générale, à l'égard des allégations du Membre à l'effet que la mesure contestée entretienne un lien avec le but qu'elle est supposée poursuivre. En l'état actuel de la jurisprudence, le contrôle du but légitime paraît relativement souple.

---

The Complex Relation between Public Morals, the WTO and Consumers », in A. VEDDER (dir.), *The WTO and Concerns Regarding Animals and Nature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, p. 91.

<sup>585</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de Jeux et paris*, WT/DS285/R, du 10 novembre 2004, § 6.465.

<sup>586</sup> V. *op.cit.*, § 6.461.

<sup>587</sup> *Id.*,

<sup>588</sup> V. OMC, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009, § 7.763.

<sup>589</sup> V. Lorand BARTELS, « Article XX of the GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction : The Case of Trade measures for the Protection of human Rights », *J.W.T.*, vol. 36, n° 2, 2002, p. 356.

Cette souplesse traduit la réticence des « juges » à intervenir dans les choix politiques des Membres. Le bien-fondé d'une démarche visant à poursuivre l'un de ces buts légitimes, pourrait en effet être difficilement contestable et la jurisprudence ne tend qu'à confirmer cette déférence envers la souveraineté étatique<sup>590</sup>, au stade de l'identification de l'objectif de politique nationale dans le contexte de la première étape de l'interprétation des exceptions générales. La même approche ressortait déjà des rapports de Groupes spéciaux à l'époque du GATT. Elle sera confirmée, par la suite, dans le premier rapport de l'Organe d'appel. Ce dernier insistera sur le fait que les Membres « disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre<sup>591</sup> ».

Des rapports postérieurs ont été parfaitement cohérents avec ce raisonnement. Chaque fois qu'une exception générale a été invoquée, le Groupe spécial ou l'Organe d'appel a statué que la mesure contestée poursuivait effectivement l'objectif allégué<sup>592</sup>. Puisque les politiques publiques sont intimement liées aux valeurs et à l'identité nationale, cette déférence ne peut être que positive pour la prise en compte des préférences collectives des Etats. Toute intervention extérieure conduisant à la négation des allégations d'un Membre à l'effet qu'une mesure poursuit effectivement certaines politiques publiques, ne pourrait être qu'inopportune, d'autant plus que le texte de l'article XX ne fournit aucun cadre de référence à cet effet.

Il ne suffit toutefois pas de saluer la déférence des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel pour rendre compte de la finesse de leur approche à l'égard des objectifs de politique nationale visés par les exceptions générales. Sans le recours à une interprétation évolutive de quelques concepts et notions clés figurant dans le libellé des exceptions générales, cette précieuse déférence aurait bien pu s'essouffler. Le libellé de la très grande majorité des exceptions soumises à l'appréciation de ces interprètes, a été rédigé près d'un siècle avant l'éclatement des différends en cause.

---

<sup>590</sup> V. Steve CHARNOVITZ estime que : « *the authors of the GATT had no intention of using trade rules to review how sensible domestic policies were. Instead, Article XX establishes a strong deference to sovereignty and national decision-making* ». V. Steve CHARNOVITZ, « Fair Trade, Fair Trade, Green Trade : Defogging the Debate », *Cornell Int'l L.J.*, vol. 27, n° 3, 1994, p. 478.

<sup>591</sup> V. *Etats-Unis – Essence*, *op.cit.*, p. 30.

<sup>592</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, §140.

Seul le recours à une interprétation évolutive, fondée sur la règle de l'effet utile<sup>593</sup>, était susceptible de rendre compte des défis du moment et de la responsabilité des Membres à l'égard de ces préoccupations contemporaines. Le rapport de l'Organe d'appel, dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*<sup>594</sup>, doit être analysé dans cette perspective. Ce différend fit l'objet de nombreuses condamnations de la part des environnementalistes lesquels ont qualifié le système commercial multilatéral d'obstacle à la poursuite des objectifs légitimes de développement durable par les Etats. Le rapport adopté par l'ORD contenait pourtant des avancées majeures pour la gestion des préférences collectives étatiques, notamment celles liées à la conservation de ressources naturelles épuisables. L'un des paragraphes du rapport précisait ce qui suit, à propos de la question de savoir si les tortues marines pouvaient être considérées comme des « ressources naturelles épuisables » au sens du paragraphe g) :

« L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de cinquante ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le cycle d'Uruguay, mais le Préambule de l'*Accord sur l'OMC* montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. [...] Si nous nous plaçons dans la perspective du Préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX g) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs". Il convient donc de noter que les conventions et déclarations internationales modernes font souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois biologiques et non biologiques »<sup>595</sup>.

L'utilisation de telles méthodes d'interprétation traduit la sensibilité de l'Organe d'appel à l'égard de préoccupations non commerciales appréhendées à la lumière des défis du troisième millénaire. Ainsi l'Organe d'appel montre « sa volonté de se situer dans une logique non seulement de conciliation, mais de complémentarité, en insistant notamment sur le fait que les préoccupations environnementales sont intégrées par l'OMC »<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends de l'OMC (1996-1998) », *op.cit.*, pp. 499-500.

<sup>594</sup> V. W. J. DAVEY, « Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority ? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Use of Issue-Avoidance Techniques », *JIEL.*, vol. 4, n° 1, 2001, p. 88.

<sup>595</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, §§ 129-130.

<sup>596</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends de l'OMC (1996-1998) », *op.cit.*, p. 500.

En tenant compte des contenus immatériels de certains produits culturels – en particulier du lien que peuvent entretenir ces contenus avec l’objectif de protection de la moralité publique - le rapport *Chine – Publications et produits audiovisuels* s’est inscrit dans le prolongement de cette approche<sup>597</sup>. Cependant, l’interprétation évolutive comporte des limites inhérentes au mandat confié aux divers interprètes et aux outils qu’ils utilisent dans l’accomplissement de cette tâche. Ces limites découlent aussi du texte même des exceptions générales et de la nature exhaustive des listes d’exceptions générales du GATT et de l’AGCS.

Au-delà de l’évolution de certains concepts visés par les objectifs de politique nationale, de nombreux buts légitimes fondés sur de multiples valeurs, sont susceptibles d’être éventuellement reconnus par la Communauté internationale. Bien qu’il soit possible que certains puissent se greffer au texte des exceptions, même la plus évolutive des interprétations ne pourrait absorber l’ensemble de ces nouvelles préoccupations. Il est alors permis de s’interroger sur le sort réservé aux préoccupations dont la légitimité pourrait ne jamais être reconnue par le système commercial multilatéral. C’est dans ce contexte d’incertitude que des observateurs se sont penchés sur les mesures relatives à la protection (ou au respect) des droits de l’homme ou des normes fondamentales du travail<sup>598</sup>. D’autres encore se sont intéressés à la préservation de la diversité culturelle ou linguistique<sup>599</sup>. Bien que la question soit loin d’être tranchée, quant à savoir lesquelles de ces préoccupations pourraient éventuellement être couvertes par l’une des exceptions générales, des limites à la prise en compte de plusieurs valeurs non marchandes, par la voie de l’exception, restent perceptibles. Les confrontations auxquelles se sont heurtés les Etats qui ont tenté de modifier la liste de ces exceptions, indiquent qu’il est peu probable que ces limites soient substantiellement repoussées. Après avoir exposé le contrôle du but légitime de la mesure, il s’agit de voir à présent le contrôle du lien entre le but légitime et la mesure étatique.

---

<sup>597</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, WT/DS363/R, 12 août 2009. Dans cette affaire, le Groupe spécial a noté l’affirmation de la Chine selon laquelle les types de contenus qui sont prohibés au titre des mesures visées peuvent avoir une incidence sur la moralité publique en Chine.

<sup>598</sup> V. Laurence DUBIN, *La protection des droits sociaux dans le cadre du commerce international : aspects normatifs et institutionnels*, sous la direction d’Y. DAUDET, Thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon – Sorbonne, 2001, 461 pages.

<sup>599</sup> V. Ivan BERNIER et Hélène RUIZ FABRI, « Evaluation de la faisabilité juridique d’un instrument international sur la diversité culturelle », rapport produit pour le Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Québec, avril 2002, 50 pages. V. aussi Ivan BERNIER, « Un nouvel accord international sur la diversité culturelle : objectif, contenu et articulation avec l’OMC », Deuxièmes rencontres internationales des organisations professionnelles de la culture, Paris, 2-4 février 2003, 13 pages.

## B. Le contrôle du lien entre le but et la mesure

Les exceptions générales contenues dans les accords OMC ne sont pas toutes fondées sur les mêmes conditions d'application. Il découle du libellé de chacun des paragraphes de l'article XX du GATT et XIV de l'AGCS que, pour qu'une mesure soit validée, la relation qu'elle entretient avec un objectif de politique publique doit respecter certaines exigences qui varient en fonction de l'objectif invoqué. Divers qualificatifs, tels que « nécessaires », « relatives à », « se rapportant à » et « essentiel à », précisent ainsi le lien de causalité exigé entre le but et la mesure contestée.

Dans son premier rapport, l'Organe d'appel a accordé une attention particulière à ces divers critères. Compte tenu de la méthodologie interprétative qu'il a privilégiée, et en particulier de l'importance accordée au sens ordinaire des termes d'un traité, il est à indiquer que ces qualificatifs ont été interprétés différemment. Deux critères de contrôle ont été développés : le test de nécessité et le critère des mesures « relatives à ». Les paragraphes b) de l'article XX du GATT et a) de l'article XIV de l'AGCS contiennent un test de nécessité. Le lien de causalité entre la mesure et l'objectif poursuivi exige que les conditions fixées par ces paragraphes soient respectées. L'analyse de la jurisprudence révèle trois étapes dans le contrôle. Bien que le critère de nécessité fut pris en compte dans le cadre de certaines affaires ayant éclaté au début des années 1980, ce n'est qu'en 1989 qu'un véritable test de nécessité fut appliqué<sup>600</sup>. Le Groupe spécial est arrivé à la conclusion suivante dans son interprétation du terme « nécessaire » :

« Une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'accord général en la déclarant "nécessaire" [...] si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général. De même, dans les cas où une mesure compatible avec d'autres dispositions de l'Accord général n'est pas raisonnablement disponible, une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général<sup>601</sup> ».

<sup>600</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/R, du 15 novembre 2010, § 74.

<sup>601</sup> V. Rapport *Etats-Unis – Section 337*, § 5.26.



Cette approche fondée sur la recherche et l'identification d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles avec l'Accord général, sera réitérée dans les rapports *Thaïlande – Taxes sur les cigarettes*<sup>602</sup>, *Etats-Unis – Thon I*<sup>603</sup> et *Etats-Unis – Thon II*<sup>604</sup>. Celle-ci imposait aux Etats la charge trop lourde d'examiner les effets de chaque mesure envisageable sur toutes les dimensions de sa politique commerciale. Cette approche sera révisée en 2000 à l'occasion de l'affaire *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*<sup>605</sup>.

C'est un véritable contrôle de proportionnalité<sup>606</sup> qu'a esquissé l'Organe d'appel. Son attention s'est d'abord tournée vers le sens du terme « nécessaire », dont l'approche littérale fut relativisée. Il considérera qu'une « mesure nécessaire » se situe beaucoup plus près du pôle « indispensable » que du pôle opposé, c'est-à-dire favoriser simplement. Il élabore ainsi une nouvelle approche pour déterminer si une mesure qui n'est pas indispensable peut néanmoins être nécessaire. Il faut, dans cette hypothèse :

« Soupeser une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations<sup>607</sup> ».

On passe ainsi d'un critère unique – la mesure la moins restrictive pour le commerce – à une liste de trois critères orientés vers des considérations de diverses natures. Outre une analyse de l'impact commercial d'une mesure, ces critères intègrent un examen de son efficacité – fondée sur une analyse quantitative ou qualitative –, de même que la prise en compte de l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qu'elle protège.

Il est utile d'examiner le chemin parcouru par le teste de nécessité suite au rapport *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*.

---

<sup>602</sup> V. Rapport *Thaïlande – Taxes sur les cigarettes*, *op.cit.*, § 81.

<sup>603</sup> V. Rapport Groupe spécial, *op.cit.*, §§ 5.27 et 5.28.

<sup>604</sup> V. Rapport non adopté.

<sup>605</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 décembre 2000.

<sup>606</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2000) », *J.D.I.*, vol. 128, n° 3, 2001, p. 932.

<sup>607</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, p. 164.

L'approche privilégiée dans ce rapport fut reprise dans une affaire à l'issue de laquelle une mesure « sanitaire » fut reconnue pour la première fois comme satisfaisant au critère de nécessité du paragraphe XX b). Il s'agit de l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*<sup>608</sup>. L'Organe d'appel rappelle que dans son rapport *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf*, il avait indiqué « qu'un aspect du "processus de soupesage et de mise en balance [...] compris dans la détermination de la question de savoir si une mesure de rechange compatible avec l'Accord sur l'OMC" est raisonnablement disponible, est la mesure dans laquelle la mesure de rechange "favorise la réalisation de l'objectif poursuivi<sup>609</sup>" ». Il rappellera par la suite que « plus l'intérêt commun ou les valeurs communes poursuivis sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la "nécessité" de mesures conçues pour atteindre ces objectifs<sup>610</sup> ». Ainsi la valeur poursuivie par la mesure – à savoir la protection de la vie et de la santé des personnes, était « à la fois vitale et importante au plus haut point<sup>611</sup> ». Parmi les critères avancés, deux éléments retiennent l'attention.

Le premier concerne le respect et l'application des règles de la Convention de Vienne. Il est clair que le sens ordinaire des termes fut pris en compte. L'objet et le but ont, peut-être, été implicitement considérés, de même que les moyens secondaires d'interprétation. Le deuxième élément est le critère d'efficacité qui consiste à évaluer si la mesure de rechange favorise la réalisation de l'objectif poursuivi. Ce critère souffre néanmoins d'imprécisions : efficace pour qui et selon quoi ? Est-il envisageable de dégager des critères objectifs d'efficacité ? Exemple, une mesure efficace pour un Etat ne l'est peut-être pas pour son voisin ou encore pour l'ensemble de la Communauté internationale<sup>612</sup>. Par ailleurs, l'introduction du qualificatif « commun » - intérêt commun, valeurs communes – dans le teste de nécessité ou de proportionnalité de l'article XX, est préoccupante. S'il est louable que, dans le contexte de l'interprétation du critère de nécessité, le caractère vital ou l'importance de l'intérêt ou des valeurs partagées par une mesure soit pris en compte, l'ajout d'une exigence voulant que les intérêts ou valeurs soient partagés par la Communauté internationale est questionnable.

---

<sup>608</sup> V. OMC, *CE – Amiante*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

<sup>609</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, *op.cit.*, §§ 163 et 166.

<sup>610</sup> *Id.*, § 162.

<sup>611</sup> *CE- Amiante*, *id.*

<sup>612</sup> V. Petros C. MAVROIDIS et A MATTOO, *op. cit.*, p. 340.

Le critère relatif à l'importance ou au caractère vital d'un intérêt commun/valeur commune soulève par exemple la question de savoir qui apprécie ce qui est vital et qui en est juge de la contestation<sup>613</sup>. Appréhender ces intérêts ou valeurs en direction de la seule Communauté internationale serait ouvrir la porte à la prise en compte des préférences collectives internationales uniquement, alors que les exceptions générales ont d'abord été envisagées pour le bénéfice de chaque Etat soucieux de protéger certains intérêts non commerciaux. Parallèlement, donner à ce qualificatif une dimension nationale seulement, semble aller à contre-courant des préjugés favorables de l'ORD à l'égard du multilatéralisme. Au regard des préférences collectives nationales et internationales, c'est toute la discrétion dont jouissent les Etats dans le choix et l'adoption de mesures poursuivant des objectifs jugés légitimes, qui entre en jeu.

Apparaît ici, la question de la marge de manœuvre dont bénéficient les Etats dans l'adoption de telles mesures. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'analyse portait sur des produits menaçant la vie des personnes. La marge de manœuvre devait donc être considérable. Mais quelle aurait été la réaction de l'Organe d'appel si la mesure adoptée par un Etat avait eu pour objectif d'interdire l'importation d'un produit non cancérigène, mais tout de même menaçant pour la santé. Les nuances sont importantes car les préférences collectives « ne se fondent pas systématiquement sur un critère « objectif » de nécessité, mais sur une nécessité déterminée en fonction de certaines valeurs, teintées de considérations culturelles et sociales qui ne peuvent être que subjectives<sup>614</sup> ». Dans d'autres circonstances, la contribution de la mesure à l'atteinte de l'objectif peut être difficilement observable dans l'immédiat.

Le rapport *Brésil – Pneumatiques rechapés* a témoigné d'avancées significatives puisque l'Organe d'appel a reconnu que certains problèmes complexes, nécessitant parfois des mesures préventives, peuvent exiger « une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes » dont « les résultats obtenus [...] peuvent uniquement être évalués avec le recul<sup>615</sup> ». Une telle approche offre sans doute une marge de manœuvre plus importante aux Etats membres de l'OMC, dans la gestion de leurs préférences collectives. Quant au troisième critère du test de nécessité – celui de la relation entre la mesure et son impact sur la libre circulation des biens ou des services -, son importance a été reconnue depuis l'affaire *Etats-Unis – Jeux*. Ce critère a, cependant, toujours été discutable.

---

<sup>613</sup> V. Hélène R. UIZ-FABRI, « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2000) », *op.cit.*, p. 932.

<sup>614</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 121.

<sup>615</sup> V. § 151 du rapport.

Au cours de la première phase du test de nécessité, les Groupes spéciaux lui avaient accordé un poids déterminant dans l'interprétation des exceptions générales. Puis dans l'affaire *CE – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel en avait fait l'un des critères d'analyse de la nécessité. A cette occasion, il avait précisé qu'« une mesure qui a une incidence relativement faible sur les produits importés pourra plus facilement être considérée comme "nécessaire" qu'une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges<sup>616</sup> ». Ce critère de l'incidence semblait encourager l'interférence directe de considérations commerciales dans le mécanisme du test, dont la première partie vise justement à examiner des considérations autres que d'ordre commercial. Soit dit en passant, l'importance des valeurs protégées pouvait, dans certains cas, justifier même l'adoption de la mesure la plus restrictive au commerce.

Le rapport *Etats-Unis – Jeux*, a non seulement permis de valider ce critère, mais a surtout contribué à lui redonner un rôle plus important dans l'application du test de nécessité. L'évaluation de l'impact sur le commerce en est devenue autonome par rapport à l'examen des autres critères. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a réitéré l'approche développée dans son rapport *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf*. Après avoir mentionné les trois critères du test de nécessité, il a déclaré qu'il « faudrait donc procéder à une comparaison entre la mesure contestée et les solutions de rechange possibles », avant d'ajouter que « les résultats de cette comparaison devraient être examinés à la lumière de l'importance des intérêts en cause ». Il finira par préciser que « c'est sur la base de ce "souplesage et de cette mise en balance" et de la comparaison des mesures, compte tenu des intérêts ou valeurs en jeu, qu'un groupe spécial détermine si une mesure est "nécessaire" ou à titre subsidiaire, si une autre mesure, compatible avec les règles de l'OMC, est "raisonnablement disponible"<sup>617</sup> ». Cette approche sera confirmée dans les affaires *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et *Brésil – Pneumatiques rechapés*<sup>618</sup>. Une telle évolution n'est pas sans conséquence sur la prise en compte des préférences collectives des Etats. Il est toutefois préoccupant de constater que la nouvelle approche est uniquement destinée à renforcer la prise en compte des conséquences de la mesure sur les importations et les exportations, à l'exclusion de tous les effets possibles ou envisageables sur les autres sphères de l'activité d'un Etat.

---

<sup>616</sup> § 163.

<sup>617</sup> § 307.

<sup>618</sup> Pour ce qui est de cette dernière affaire, voir § 178 du rapport de l'Organe d'appel.

Plus positive est, néanmoins, l'évolution du fardeau de la preuve depuis le rapport *Etats-Unis – Jeux*. Comme toujours, l'Organe d'appel précise que le Membre qui invoque l'exception doit démontrer la nécessité de la mesure contestée<sup>619</sup>. Il a statué, en parallèle, qu'il n'incombe pas à ce Membre « de montrer, d'emblée, qu'il n'y a pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs », précisant qu'« une partie défenderesse n'a pas besoin d'indiquer l'ensemble des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce puis de montrer qu'aucune de ces mesures ne réalise l'objectif souhaité<sup>620</sup> ».

Par ailleurs, si « la partie plaignante invoque une mesure de rechange compatible avec les règles de l'OMC [...], la partie défenderesse sera tenue de démontrer pourquoi sa mesure contestée reste néanmoins "nécessaire" à la lumière de la mesure de rechange en question ou, autrement dit, pourquoi la mesure de rechange proposée n'est pas, en fait, "raisonnablement disponible"<sup>621</sup> ». Il s'agit là d'une démarche favorisant la prise en compte des préférences collectives des Etats membres, l'Organe d'appel facilitant incontestablement l'invocation des exceptions<sup>622</sup>.

Le paragraphe XX g) du GATT, interprété à plusieurs reprises par des Groupes spéciaux et l'Organe d'appel se distingue du paragraphe XX b) de même que de l'article XIV a) de l'AGCS en ce qu'il existe un lien de causalité d'une autre nature. En effet, dans le cas de la « conservation des ressources naturelles épuisables », les mesures mises en œuvre par un Etat n'ont pas à être « nécessaires », mais seulement « relatives à » cet objectif. Une condition supplémentaire exige néanmoins que ces mesures soient « appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ». Au regard de l'évolution jurisprudentielle, il est permis de constater qu'il existe diverses interprétations de l'expression « relatives à ». Bien que ce paragraphe ait été invoqué dès 1982 à l'occasion de l'affaire *Etats-Unis – Thon I*, les termes « relatives à » ne furent interprétés que six années plus tard par un Groupe spécial chargé de résoudre le différend entre le Canada et les Etats-Unis à propos du saumon et du hareng.

---

<sup>619</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, §309.

<sup>620</sup> *Id.*,

<sup>621</sup> *Ibid.*, § 311.

<sup>622</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI, « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2004) », p. 979.

Le Groupe spécial précisa que cette exception soulevait « la question de savoir si n'importe quel rapport avec la conservation et n'importe quelle conjonction avec des restrictions à la production suffisent pour qu'une mesure commerciale relève de l'article XX g) ou si une conjonction et un rapport particuliers sont requis<sup>623</sup> ». Pour examiner le sens de l'expression, le Groupe spécial décida de tenir compte du contexte dans lequel l'article XX g) figure dans l'Accord. En constatant que plusieurs paragraphes de l'article XX requièrent un lien de causalité différent entre les divers objectifs et les mesures reliées, le Groupe spécial statua que l'article XX g) « ne concerne pas seulement les mesures qui sont nécessaires ou essentielles pour la conservation des ressources naturelles épuisables, mais aussi une gamme plus large de mesures ». Il conclura « que, s'il n'était pas impératif qu'une mesure commerciale soit nécessaire ou essentielle pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable, il fallait cependant que cette mesure vise principalement à la conservation d'une ressource naturelle épuisable pour qu'elle soit considérée comme se "rapportant à" la conservation, au sens de l'article XX g) »<sup>624</sup>. Les termes « relatives à » furent ainsi interprétés comme signifiant que la mesure devait « viser principalement à » la conservation.

D'autres affaires ont permis à des Groupes spéciaux de compléter l'interprétation du paragraphe XX g)<sup>625</sup>. Corrigeant les « dérives » du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Essence*, le premier rapport de l'Organe d'appel sur l'article XX g) réitéra le bien-fondé d'une approche interprétative fondée sur le sens ordinaire des mots, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. Les Parties n'ont pas contesté le critère « viser principalement à », tel qu'élaborer dans les précédents rapports. L'Organe d'appel précisa néanmoins le sens du paragraphe XX g) en deux temps. Il infirma d'abord la conclusion du Groupe spécial qui avait examiné la relation entre le « traitement moins favorable » et la conservation des ressources naturelles, indiquant que l'article XX g) requérait que la « mesure » - et non le traitement -, « vise principalement à » la conservation.

---

<sup>623</sup> V. § 4.5 du rapport du Groupe spécial.

<sup>624</sup> *Id.*, § 4.6.

<sup>625</sup> Dans l'affaire *Etats-Unis – Thon I*, le Groupe spécial s'est attardé sur le caractère imprévisible des conditions sur lesquelles se fondait la mesure en cause, et a conclu « qu'une limitation des échanges fondée sur des conditions aussi imprévisibles ne pouvait pas être considérée comme visant principalement à la conservation des dauphins ». (§ 5.33). Dans l'affaire *Etas-Unis – Automobiles*, le Groupe spécial conclut qu'« une mesure qui ne favorisait pas la réalisation des objectifs de conservation d'une ressource épuisable ne saurait être considérée comme visant principalement à la conservation de cette ressource » (§ 5.60).

Il déclara ensuite qu'une mesure serait considérée comme « se rapportant à la conservation des ressources naturelles » si la mesure témoignait d'une « relation substantielle » avec la conservation des ressources naturelles épuisables, et ne visait pas « qu'incidemment ou qu'accidentellement à » cette conservation<sup>626</sup>. Ce n'est qu'à l'occasion de l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* que cette interprétation de l'article XX g) fut réévaluée. Faisant fi de se prononcer sur les rapports précédents ayant statué que les termes « se rapportant à » signifiaient que la mesure doit « viser principalement à » la conservation d'une ressource naturelle épuisable, l'Organe d'appel se concentra plutôt sur la détermination de l'existence d'une relation substantielle, c'est-à-dire une « relation étroite et réelle » entre la mesure et l'objectif poursuivi. En définitive, pour qu'une mesure soit provisoirement justifiée au regard de l'une des exceptions prévues à l'article XX, il faudrait que « premièrement, la mesure traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe ; et, deuxièmement, il existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé »<sup>627</sup>. Autrement dit, la simple existence d'un lien n'est pas de nature à justifier la mesure ; il faut que le lien soit « suffisant ». La définition de ce qui est suffisant relève non pas des Etats, mais bien du juge de l'OMC qui s'octroie ainsi un pouvoir discrétionnaire un peu plus important et restreint corrélativement la capacité des Membres à poursuivre des objectifs non commerciaux.

En ce qui concerne le second élément contenu au paragraphe XX g), soit l'exigence que la mesure soit prise « conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales », ce sont surtout les termes « conjointement avec » qui ont retenu l'attention des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Soulignant que cette clause établit une obligation d'impartialité dans l'imposition de restrictions – au nom de la conservation, à la production ou à la consommation de ressources naturelles épuisables -, l'Organe d'appel a déclaré qu'« on peut tout simplement interpréter l'expression "conjointement avec" comme signifiant "de concert avec" ou "concurrentement avec"<sup>628</sup> ». La même interprétation sera retenue par l'Organe d'appel dans son rapport *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*<sup>629</sup>.

---

<sup>626</sup> V. Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC, *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002, p. 20.

<sup>627</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et modules solaires*, WT/DS456/AB/R, du 16 septembre 2016, §5.57 et Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453/AB/R, du 14 avril 2016, §6.202.

<sup>628</sup> V. Rapport *Etats-Unis – Essence*, p. 20.

<sup>629</sup> V. WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012, §§ 356 à 361.

Pour finir, il convient de préciser que pour qu'une mesure soit valide, celle-ci doit non seulement respecter les conditions posées par l'un des sous-paragraphes des exceptions générales, mais doit également être conforme aux prescriptions de la clause introductive. Elle ne devra donc pas être appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce. La philosophie générale de la clause introductive est de prévenir l'abus des exceptions. Selon l'Organe d'appel, ce qu'il faut examiner c'est la manière dont la mesure est appliquée<sup>630</sup>. Il considère que le texte de la clause introductive n'est qu'une façon d'exprimer le principe de bonne foi<sup>631</sup>. La *doctrine de l'abus de droit* constitue l'une de ses applications. Celle-ci prescrit que dès lors que la revendication d'un droit empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit doit être exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable<sup>632</sup>. L'approche centrée sur l'application de la mesure consacre en apparence un caractère procédural à la clause introductive. L'examen de cette clause devrait donc s'orienter autour de « la gestion de la préférence collective » et non sur leur nature, objet ou légitimité. Il en découle que les autorités nationales chargées de répondre aux préférences collectives de leur population, ne sauraient s'affranchir de leurs obligations au titre des accords commerciaux multilatéraux, sans qu'un certain contrôle relatif à la mise en œuvre des mesures légitimées par les exceptions, soit exercé.

Toutefois, l'application d'une mesure peut être considérée comme un usage abusif ou impropre d'une exception non seulement lorsque ses modalités prescrivent l'activité arbitraire ou injustifiable, mais aussi dans les cas où une mesure – par ailleurs équitable et juste en apparence –, est en fait appliquée de manière arbitraire ou injustifiable. Tout devient ainsi question d'équilibre. Le raisonnement de l'Organe d'appel est perceptible dans les rapports *Etats-Unis – Essence* et *Etats-Unis – Crevettes*. Il sera précisé à l'occasion de l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Dans ce dernier rapport, il a rappelé que « pour analyser si une discrimination est arbitraire ou injustifiable, il faut généralement procéder à une analyse qui porte essentiellement sur la cause ou la raison d'être de la discrimination<sup>633</sup> », les effets engendrés par cette dernière n'étant pas pertinents<sup>634</sup>.

---

<sup>630</sup> V. Rapport *Etats-Unis – Essence*, p. 25.

<sup>631</sup> V. Rapport *Etats-Unis – Crevettes*, p. 158.

<sup>632</sup> *Id.*

<sup>633</sup> V. Rapport, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, *op.cit.*, §225.

<sup>634</sup> *Id.*, § 229.



Selon l'Organe d'appel, il sera considéré qu'un membre a recouru abusivement à une exception générale « lorsqu'une mesure provisoirement justifiée au regard d'un alinéa de l'article XX est appliquée de façon discriminatoire "entre les pays où les mêmes conditions existent", et lorsque les raisons données quant à cette discrimination n'ont pas de lien rationnel avec l'objectif relevant d'un alinéa de l'article XX, ou iraient à l'encontre de cet objectif<sup>635</sup> ». L'interprétation du chapeau des exceptions générales doit donc être réalisée à la lumière de l'objectif de la mesure temporairement validée par l'un des sous-paragraphes des exceptions générales.

En ce qui concerne l'interprétation des critères du chapeau, soit « la discrimination arbitraire », la « discrimination injustifiée » et la « restriction déguisée au commerce », ils ont surtout fait l'objet d'une analyse globale. Sur ce point, le raisonnement de l'Organe d'appel est peu développé. La confusion entre la discrimination « arbitraire » et « injustifiée » est constante. Dès son rapport *Etats-Unis – Essence*, l'Organe d'appel avait indiqué que ces critères pouvaient « se lire parallèlement, chacun influant sur le sens des autres »<sup>636</sup>. Il est utile de revenir sur le rapport *Etats-Unis – Crevettes* à propos des effets coercitifs de la mesure examinée. Ces effets ont été pris en compte dans la détermination de la « discrimination injustifiable ». Le simple fait de constater ces effets coercitifs ne saurait constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable. L'interprétation de l'Organe d'appel est allée beaucoup plus loin.

Toujours dans cette affaire, et pour déterminer le caractère justifiable de la discrimination, l'Organe d'appel se réfère à l'absence de négociations initiées par les Etats-Unis dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux préalablement à la prohibition des importations. L'objectif de la mesure – soit la protection et la conservation des tortues marines – est alors utilisé par l'Organe d'appel pour condamner l'approche unilatérale des Etats-Unis et requérir des efforts concertés<sup>637</sup>. Cette association entre l'unilatéralisme et le caractère injustifiable d'une mesure « semble non seulement dépourvue de fondement textuel, mais paraît presque illogique, les exceptions ayant précisément pour but de valider certaines mesures unilatérales ayant des effets restrictifs sur le commerce<sup>638</sup> ».

---

<sup>635</sup> *Ibid.*, § 227.

<sup>636</sup> V. Rapport, p. 28.

<sup>637</sup> Le principe 12 de la Déclaration de Rio est rappelé, lequel invite les Etats à éviter toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de leur juridiction. D'autres accords sont aussi cités dans l'optique de renforcer le choix porté sur la démarche multilatérale.

<sup>638</sup> V. Donald M. McRAE, « GATT Article XX and the WTO Appellate Body », in M. BRONCKERS et R. QUICK (dir.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. JACKSON*, La Haye, *Kluwer Law International*, 2001, p. 229.

Pour autant, le raisonnement de l'Organe d'appel n'est pas dénué de toute logique. La préservation d'un héritage naturel commun nécessite la recherche de solutions internationalement agréées. Par conséquent, l'initiative d'un seul Etat n'est pas suffisante dans un tel contexte<sup>639</sup>. Elle n'est même pas souhaitable car l'équilibre du système commercial multilatéral pourrait être menacé. De nouveau, ce raisonnement connaît une limite. Il est difficile de concevoir comment l'expression « discrimination injustifiable » pourrait ouvrir la porte à un contrôle de l'efficacité de la mesure, et ainsi requérir la preuve que des négociations bilatérales ou multilatérales ont bien été conduites entre les Etats affectés par la mesure. Cette exigence soulève une autre interrogation : une mesure discriminatoire « dans son application », mais résultant de négociations bilatérales ou multilatérales, pourrait-elle être justifiée ? Le résultat permet de constater l'incertitude qui plane sur les initiatives des Etats visant à gérer une préférence collective encore non reconnue par un accord multilatéral, mais dont l'objet commande une action qui déborde le cadre des frontières nationales. A côté de la technique de l'exception, les accords OMC reconnaissent aux Membres, par le biais de la technique de la règle, le droit de poursuivre d'office leurs préférences collectives.

## **SECTION 2**

### **LA RECONNAISSANCE D'OFFICE DE PREFERENCES COLLECTIVES PAR LE DROIT DE L'O.M.C**

Les préférences collectives, dans le cadre de l'OMC sont reconnues selon deux techniques. La technique de l'exception a permis la reconnaissance des exceptions générales du GATT et de l'AGCS. Une autre technique permet aussi une prise en compte des préférences collectives des Etats membres. Il s'agit de l'usage de la règle. Par le biais d'un certain nombre d'instruments prévus par les accords OMC, les préférences collectives se voient reconnues d'office (§1), tout en restant encadrées (§2).

#### **§1. Une reconnaissance fondée sur des accords spécifiques**

Les préférences collectives reconnues par la mise en œuvre de la technique juridique de la règle, se retrouvent à travers les accords spécifiques de l'Organisation mondiale du commerce.

---

<sup>639</sup> V. B. JANSEN et M. LUGARD, « Some Considerations on Trade Barriers Erected for Non-Economic Reasons and WTO Obligations », *J. Int'l L.*, vol.2, n°3, 1999, pp. 533-534.

Les Membres de l'OMC se sont focalisés sur un nombre limité de préférences collectives de cette nature (A). Cette limitation explique sans doute l'intention qui est derrière, celle de l'établissement de conditions de validité (B).

### **A. La focalisation sur un nombre limité de préférences collectives**

Le passage de l'exception à la règle ne reflète pas une reconnaissance générale des valeurs et préférences non marchandes dans le droit de l'OMC. Leur prise en compte reste quantitativement et qualitativement limitée. Les nouveaux accords issus du cycle d'Uruguay et qui traitent de questions non strictement commerciales, sont peu nombreux. Par voie de conséquence, seuls quelques objectifs de politique nationale sont reconnus légitimes, ce qui réduit sensiblement le nombre de mesures restrictives susceptibles d'être jugées conformes aux règles de l'OMC. L'abondance et la diversité des valeurs que reflètent les préférences collectives, éliminent toute possibilité que chacune de ces préférences puisse faire l'objet d'un accord spécifique. Le bilan des négociations du cycle d'Uruguay ne pouvait dès lors qu'être mitigé. Ces résultats traduisent une évolution du système commercial multilatéral puisque les Etats ont accepté d'y faire entrer des disciplines qui leur paraissaient, à l'origine, partiellement ou totalement, étrangères au commerce, telle la santé des personnes et des animaux.

Certains sujets qui, d'une certaine façon, constituaient un obstacle à la libre circulation des marchandises, ont ainsi fait l'objet d'accords spécifiques, peut-être en raison de leur relation étroite avec le commerce, relation qui, avec le temps, se révéla de plus en plus manifeste. Cependant, ces accords n'autorisent que la poursuite de certains objectifs de politique nationale, ce qui limite considérablement la reconnaissance accordée aux préférences collectives. Les accords qui admettent dans leurs règles la légitimité de certaines préférences collectives sont peu nombreux et peuvent être répartis en deux catégories. D'un côté, nous avons les accords qui reconnaissent des préférences collectives liées à un secteur d'activité, d'un autre, les accords qui reconnaissent des préférences qui peuvent s'exprimer au-delà d'une activité pour enserrer tous les secteurs du commerce.

La source des accords relatifs à la première catégorie de préférences collectives se trouve au sein de l'une ou l'autre des dispositions du GATT de 1947. Ainsi, le passage de l'exception à la règle ne traduit pas tant une rupture avec l'ancêtre de l'OMC qu'une simple évolution du système.

Antérieurement, les dispositions concernées constituaient une forme d'entraves acceptables, bien que conditionnelles, aux principes fondamentaux du système commercial. Grâce à l'élaboration d'un cadre normatif entièrement consacré à ces « nouveaux domaines » de l'OMC, ces entraves ont été absorbées par le système et les domaines concernés tombent désormais dans le champ d'application des nouveaux accords. L'histoire du système commercial multilatéral témoigne du fait que ces préoccupations non commerciales, parce qu'elles pouvaient être appliquées de manière à protéger les marchés, ont rapidement été qualifiées d' « obstacles non tarifaires au commerce<sup>640</sup> ». Les négociations du cycle de Tokyo (1973-1979) ont été une première occasion pour les Parties Contractantes du GATT de se pencher sur ce type d'obstacles non tarifaires<sup>641</sup>, lesquels firent l'objet d'un Code de la normalisation, également appelé Accord sur les obstacles techniques au commerce<sup>642</sup>. Ce Code abordait principalement des thèmes aujourd'hui traités au sein de trois accords distincts, bien qu'intimement liés : les mesures sanitaires et phytosanitaires, les obstacles techniques au commerce et certains aspects du commerce des produits agricoles.

C'est sur la base de cet héritage que l'ordre du jour d'un nouveau cycle de négociations a été élaboré au début des années 1980. Outre l'inclusion de secteurs ayant jusqu'alors échappé aux règles multilatérales, tels les services, le cycle d'Uruguay devait permettre d'examiner certaines questions devenues problématiques pour la libre circulation des marchandises. Les accords spécifiques ainsi élaborés s'enracinent dans des dispositions issues de la Charte de la Havane. Les sujets abordés n'étaient cependant pas méconnus du système. C'est ce qui pourrait expliquer, en partie, que les mesures sanitaires et phytosanitaires – santé publique et aspects environnementaux liés -, les obstacles techniques au commerce et les produits agricoles, aient été des thèmes retenus par les négociateurs. D'autres types de préoccupations non commerciales n'ont, pour leur part, fait l'objet d'aucune disposition particulière<sup>643</sup>.

Un autre facteur pouvant expliquer le choix porté sur ces thèmes tient au fait que la normalisation technique internationale s'est développée au cours des dernières décennies<sup>644</sup>.

---

<sup>640</sup> V. GATT, Comité de l'Agriculture – Rapport au Conseil, L/3472, 18 décembre 1970.

<sup>641</sup> V. Déclaration de Tokyo du 14 septembre 1973, p. 3 b).

<sup>642</sup> V. GATT, Les négociations commerciales multilatérales du Tokyo round – Rapports et Accords, Archives, vol. 55, Genève, 1979. Le Code comptait trente-six signataires et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1980.

<sup>643</sup> Les normes du travail et la culture n'ont fait l'objet d'aucune disposition particulière.

<sup>644</sup> V. Michael J. TREBILCOCK et Robert HOWSE, *The Regulation of International Trade*, New York, Routledge, 2005, p. 202.

Pendant longtemps, ces normes sont demeurées à la périphérie du système commercial, car elles paraissaient ne remplir qu'une fonction technique, c'est-à-dire « assurer la compatibilité technique des produits entre eux et du même coup une réduction des coûts<sup>645</sup> ». Graduellement, il est apparu que cette réglementation pouvait constituer une forme d'obstacle au commerce lorsqu'elle est placée « au service de certaines valeurs<sup>646</sup> ». Sa multiplication a donc inévitablement attiré l'attention des Etats, exportateurs ou importateurs, lesquels ont porté le sujet à l'agenda des négociations en espérant qu'un nouveau dispositif favoriserait une certaine harmonisation de ces normes. La diversité de ces réglementations a été un élément moteur dans l'élaboration d'une nouvelle approche visant à articuler les politiques nationales des Etats avec les règles du système commercial. Le droit souverain des Etats d'adopter des mesures dans ces domaines paraissait de plus en plus difficile à concilier avec les principes d'ouverture et de non-discrimination par le simple recours aux exceptions de l'article XX du GATT dont certains paragraphes étaient considérés comme trop vagues.

D'autres techniques allaient être recherchées, ce qui allait se traduire par l'élaboration de nouvelles règles entièrement consacrées à ces questions. Il est important de préciser que les produits agricoles et les mesures SPS, auparavant objet du code de normalisation, demeuraient pratiquement indissociables. Dès lors que les Parties Contractantes avaient pris la décision d'ouvrir enfin leurs marchés agricoles à la concurrence, il devenait impératif de lutter contre les effets négatifs des mesures SPS. La libéralisation des échanges dans le secteur agricole nécessitait donc la définition de critères plus clairs pour l'élaboration et la mise en œuvre des mesures SPS. C'est le contexte d'élaboration de l'Accord SPS, l'Accord OTC et de l'Accord sur l'agriculture.

L'Accord SPS traite de la sécurité alimentaire et réglemente le droit des Membres de l'OMC d'élaborer et de mettre en œuvre certaines normes en la matière. Le passage de la « règle à l'exception » est clairement illustré par son article premier qui stipule que l'Accord « s'applique à toutes les mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce international ».

---

<sup>645</sup> V. Estelle BROSSET et Eve TRUILHE-MARENGO, « Normes techniques en droit international - Les mots et les choses... », in E. BROSSET et E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 16.

<sup>646</sup> *Id.*

L'objectif ne consiste plus à se rabattre sur une exception afin d'exclure du champ d'application du GATT certaines mesures poursuivant des objectifs de politique nationale pré-identifiés, mais plutôt à orienter « l'élaboration, l'adoption et l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires afin de réduire au minimum leurs effets négatifs sur le commerce<sup>647</sup> ». Autre preuve de ce changement de paradigme se trouve à l'article 2 de l'Accord SPS qui affirme expressément « le droit des membres de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». L'accord OTC s'inscrit dans une logique similaire. Son champ d'application s'étend aux « règlements techniques et normes, y compris les prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage, et les procédures d'évaluation de la conformité aux règlements techniques et aux normes<sup>648</sup> ». Ces règlements et normes peuvent concerner les produits aussi bien industriels qu'agricoles<sup>649</sup>.

L'Accord prévoit l'obligation pour les Membres d'accorder « aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays ». Ils devront également faire en sorte que « l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international<sup>650</sup> ». Le passage de l'exception à la règle se manifeste clairement à travers ce langage prescriptif. On assiste ainsi à une extension du principe de non-discrimination à des mesures auparavant susceptibles d'être couvertes par les exceptions générales du GATT.

Enfin l'Accord sur l'agriculture traduit également un changement de paradigme. Cette fois, la logique n'est pas la même que celle suivie dans les Accords SPS et OTC, les produits agricoles ayant été considérés comme des « biens commerciaux » dès l'entrée en vigueur du GATT de 1947. Contrairement aux Accords SPS et OTC, l'Accord sur l'Agriculture ne vise pas à faire entrer dans le système commercial, un secteur qui en était exclu. Le GATT régissait déjà les produits agricoles traités comme n'importe quel autre produit. Cependant, quelques articles prévoyaient un traitement spécial pour ces produits. Il en était ainsi de dispositions relatives aux subventions et aux contingentements.

---

<sup>647</sup> V. Quatrième alinéa du Préambule de l'Accord SPS.

<sup>648</sup> V. Cinquième alinéa du Préambule de l'Accord OTC.

<sup>649</sup> V. Article 1:3 de l'Accord OTC.

<sup>650</sup> V. Article 2 :2 de l'Accord OTC.

Cette spécificité montrait clairement que les rédacteurs de l'Accord général étaient conscients du statut politique particulier de l'agriculture dans les grandes économies de l'époque. La pratique s'est développée au cours des quarante premières années d'existence du GATT, vers une exclusion *de facto* des produits agricoles du champ d'application de l'Accord<sup>651</sup>. Cela, combiné aux nombreux différends agricoles, a conduit les négociateurs du cycle d'Uruguay à repenser les règles commerciales applicables à ce secteur et à imaginer ainsi une nouvelle approche. La solution sera trouvée dans l'adoption d'un nouvel accord consacré exclusivement aux produits agricoles, au sein duquel l'une des règles fondamentales – soit l'élimination et l'abaissement des soutiens internes – fut conciliée avec la poursuite de certains objectifs de politique nationale.

Au-delà des politiques sectorielles couvertes par les accords SPS, OTC et sur l'agriculture, les Etats poursuivent des objectifs de politique nationale en recourant à divers outils – de nature financière ou commerciale - susceptibles d'être utilisés dans tous les secteurs de l'économie. Les subventions, soit l'attribution par l'Etat d'une aide financière à un agent économique, constituent l'un des outils les plus marquants. Elles n'ont jamais été ignorées par le système commercial. Cependant, à l'origine du GATT, les Parties Contractantes étaient simplement encouragées à notifier ces aides et à mener des consultations avec leurs partenaires ayant subi un préjudice<sup>652</sup>. Il est dit que quelques années après l'entrée en vigueur de l'Accord général, la disposition relative aux subventions fut complétée par une nouvelle section consacrée aux aides à l'exportation<sup>653</sup>. Par la suite, et pour atteindre plus d'efficacité, les Parties Contractantes ont du adopter une nouvelle approche pour règlementer l'utilisation des subventions. Celle-ci s'est traduite d'abord par l'adoption d'un Code sur les subventions durant le Tokyo Round, puis par l'entrée en vigueur d'un nouvel Accord sur les subventions à l'issue du cycle d'Uruguay. Cela dit, l'octroi d'une subvention ne constitue ni un droit reconnu aux Membres de l'OMC ni une exception. Les subventions ne sont que contrôlées par une série de règles visant à déterminer l'existence d'un préjudice grave ou la menace d'un préjudice grave. La question des subventions demeure néanmoins intéressante puisque la transformation des règles y relatives, témoigne d'une évolution dans la prise en compte de certaines préférences collectives.

---

<sup>651</sup> Les produits agricoles étaient certes couverts par le GATT de 1947. Mais dans la pratique, les Parties contractantes se sont rapidement appuyées sur certaines exceptions, notamment le paragraphe XI :2 c) sur les restrictions quantitatives et le paragraphe XVI. B :2 sur les subventions à l'exportation de produits primaires, pour soustraire ces produits de l'application des règles de l'Accord général.

<sup>652</sup> V. Section A de l'Article XVI du GATT.

<sup>653</sup> Il s'agit de la section B de l'article XVI, intitulée « Dispositions additionnelles relatives aux subventions à l'exportation ». Elle fut ajoutée en 1955.

Dans le cadre du GATT, il est utile de rappeler qu'aucune discipline contraignante ne dictait de façon efficace le comportement des Etats dans ce domaine. En revanche, le Code des subventions hérité du cycle de Tokyo contenait quelques précisions. C'est à ce niveau que la prise en compte des préférences collectives devient intéressante. Destiné principalement à régler le recours aux droits compensateurs, ce Code reconnaissait que des subventions pouvaient être utilisées par les gouvernements dans le but de promouvoir des objectifs de politique nationale<sup>654</sup>, ces objectifs constituant naturellement des obstacles au mouvement des échanges. Dans cet esprit, l'article 11 portant sur les « Subventions autres que les subventions à l'exportation » consacrait le droit des Parties Contractantes d'attribuer des aides en vue de promouvoir des objectifs de politiques sociale et économique et fournissait une liste de tels objectifs. Les signataires du Code s'engageaient à ne pas restreindre le droit des Parties Contractantes d'attribuer des subventions en vue d'atteindre « ces objectifs » considérés souhaitables, mais celles-ci devaient tout de même s'efforcer d'en réduire les effets défavorables<sup>655</sup>. Elles pouvaient de ce fait faire l'objet de contentieux.

Mais la reconnaissance de la légitimité des objectifs poursuivis rendait le recours aux droits compensatoires beaucoup plus intéressant dans la perspective de notre étude. La voie de la catégorisation des aides publiques se trouvait néanmoins tracée. Cela permit aux négociateurs de l'Accord sur les subventions de l'OMC de perfectionner les règles en la matière. Trois catégories seront ainsi créées : les subventions prohibées, celles pouvant donner lieu à une action et les subventions ne donnant pas lieu à une action. Dans la perspective qui nous occupe, la troisième catégorie présentait un intérêt particulier puisqu'elle reconnaissait aux Membres le droit d'accorder des subventions poursuivant certains objectifs énumérés.

Dans la mesure où elle ne se souciait pas des effets de ces aides publiques, cette catégorie attribuait une importante marge de manœuvre dans la gestion de certaines préférences collectives. Ces objectifs de politique nationale étaient aussi divers et variés. Ils allaient de l'aide à des activités de recherche<sup>656</sup>, à l'aide aux régions défavorisées accordée au titre du développement régional<sup>657</sup> ou encore à celle visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales<sup>658</sup>.

---

<sup>654</sup> V. § 2 du Préambule.

<sup>655</sup> V. Article 11:2 du Code sur les subventions.

<sup>656</sup> V. Article 8 :1 a).

<sup>657</sup> V. Article 8 :2 b).

<sup>658</sup> V. Article 8 :3 c).



Ces objectifs non commerciaux prenaient ainsi le pas sur les préoccupations commerciales. Cela traduit inéluctablement la prise en compte des préférences collectives par le système OMC. La liste des préférences reconnues semblait critiquable dans la mesure où elle concernait davantage les préférences collectives des pays développés et, par conséquent, les pays en développement se trouvaient peu concernés par cette catégorie de programmes publics qu'ils n'avaient nullement les moyens de subventionner. Cette catégorie de subventions disparaîtra de l'Accord OMC, car elle reposait sur deux articles d'application provisoire. Mais au-delà de cette disparition, il s'agit du seul mécanisme de prise en compte « quasi automatique » des préférences collectives des Membres qui s'est envolé. Les aides visées sont ainsi entrées dans la catégorie des subventions pouvant donner lieu à action.

L'Accord sur les subventions constitue le seul mécanisme spécifique des accords OMC traitant de ce qu'on pourrait qualifier de préférences transversales. Pourtant l'Accord sur les sauvegardes aurait pu servir de base pour la prise en compte de préférences d'une telle nature.

En vertu des dispositions de cet accord, un Membre n'est autorisé à prendre des mesures de sauvegarde que si un « produit est importé sur son territoire en quantités tellement accrues [...] et à des conditions telles qu'il cause ou menace de causer un dommage grave à la branche de production nationale de produits similaires ou directement concurrents<sup>659</sup> ». Le dommage grave est défini comme étant « une dégradation générale notable de la situation d'une branche de production nationale<sup>660</sup> » alors que la menace de dommage s'entend de « l'imminence évidente d'un dommage grave<sup>661</sup> ». Ainsi le dommage ne peut concerner que des entreprises et ne s'évalue qu'en fonction de facteurs objectifs pertinents<sup>662</sup>. Des mécanismes de sauvegarde autorisant la prise en compte « du respect des normes fondamentales du travail ou visant à protéger les consommateurs exposés à certains risques<sup>663</sup> » auraient pu être élaborés. Cela dit, les préférences collectives reconnues par le biais de la technique de la règle, font l'objet d'un encadrement.

---

<sup>659</sup> V. Article 2 :1 de l'Accord sur les sauvegardes.

<sup>660</sup> V. Article 4 :1 a).

<sup>661</sup> V. Article 4 :1 b).

<sup>662</sup> Article 4 :2 a).

<sup>663</sup> V. Steve CHARNOVITZ, « An analysis of Pascal Lamy's Proposal on Collective Preferences », *JIEL.*, vol. 8, n° 2, 2005, pp. 454-455.

## B. La fixation de conditions de validité des préférences

En contrepartie de la reconnaissance des préférences collectives des Etats dans les domaines couverts, entre autres, par les accords SPS, OTC et sur l'agriculture, des conditions strictes doivent être respectées pour que les mesures fondées sur ces préférences puissent être maintenues. Ces conditions présentent un intérêt particulier, non seulement parce qu'elles traduisent l'étendue de la reconnaissance de la souveraineté des Etats dans les domaines couverts par les accords spécifiques, mais parce que leur simple existence constitue une matérialisation de l'évolution des mécanismes de prise en compte des valeurs non marchandes, plus précisément du passage de l'exception à la règle. L'une des principales manifestations du passage de l'exception à la règle dans les Accords SPS et OTC, se trouve davantage dans la disparition d'un incontournable pré-requis à l'invocation d'une exception dans le régime du GATT, soit la constatation d'une violation de l'une des dispositions de l'Accord général.

Les mesures SPS et règlements techniques sont, en effet, soumis à un nouveau régime dont les conditions diffèrent sensiblement de celles qui étaient imposées à l'époque du GATT, et plus précisément par son article XX b). Ainsi, contrairement à l'exception dont le contrôle n'intervenait qu'en situation de contentieux, les régimes relatifs aux mesures SPS et aux obstacles techniques au commerce exigent une investigation de la part du Membre avant que la mesure ne soit mise en œuvre, c'est-à-dire en l'absence de contentieux. Cette forme de mutation des obligations des Membres à l'égard de leurs mesures SPS a été soulignée à l'occasion du premier différend fondée sur l'interprétation de cet accord et porté devant l'ORD. Il s'agissait de l'affaire *CE – Hormones*. Le Groupe spécial chargé de se prononcer sur cette affaire indiqua que l'Accord SPS imposait aux Membres des obligations d'une nature différente de celles qui découlaient jusqu'alors de l'article XX b) du GATT :

« Nous relevons à cet égard que l'approche générale adoptée à l'article XX b) du GATT diffère fondamentalement de celle qui a été retenue dans l'Accord SPS. L'article XX b), qui ne porte pas seulement sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, prévoit une exception générale qui peut être invoquée pour justifier toute violation d'une autre disposition du GATT. L'Accord SPS, quant à lui, prévoit des obligations spécifiques qu'un Membre doit respecter pour pouvoir adopter ou maintenir des mesures d'un type spécifique, à savoir des mesures sanitaires ou phytosanitaires »<sup>664</sup>.

---

<sup>664</sup> V. § 8.39 du rapport du Groupe spécial.

Le langage utilisé par le Groupe spécial reflète bien l'idée qu'il ne s'agit plus d'examiner les conditions d'exemption de l'application de certaines règles à l'égard d'une mesure, mais bien de considérer les critères de compatibilité d'une telle mesure avec les obligations d'un Membre au titre de l'Accord SPS. Ce passage de l'exception à la règle s'est répercuté sur le fardeau de la preuve, celui-ci ayant basculé du défendeur vers le plaignant<sup>665</sup>. Les Accords SPS et OTC contenant une série de règles positives autorisant les Membres à prendre des mesures pour poursuivre des objectifs non commerciaux reconnus légitimes, le plaignant se voit alors imposer la charge de démontrer le non-respect des conditions découlant de ces règles. Outre le fait que la mesure doit tomber dans le champ d'application de l'Accord SPS, ce dernier impose le respect de trois conditions.

La première est la nécessité. L'Accord établit que « les membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux<sup>666</sup> ». Aussi, elles ne doivent être appliquées que dans la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que les Etats se sont fixé. On note ainsi une survivance du test de nécessité de l'article XX. Celle-ci ne doit, cependant pas occulter la différence qui existe entre les deux approches du test de nécessité. Car, comme le précisent G. Marceau et J.P. Trachtman :

«[...] the TBT and SPS Agreements have made it a "positive requirement" on all relevant regulations while the GATT keeps it, under Article XX as a "justification" for restrictions found to violate other provisions, including basic market access rights »<sup>667</sup>.

Le passage de l'exception à la règle semble donc avoir eu un effet direct sur la façon dont le système commercial multilatéral s'est emparé d'un domaine qui était, dans le cadre du GATT, exclu de son champ d'application par l'utilisation de la technique de l'exception. La deuxième et la troisième condition exigent que la mesure soit « fondée sur des principes scientifiques », et interdisent qu'elle soit maintenue « sans preuves scientifiques suffisantes<sup>668</sup> ». Il incombe alors au Membre d'accomplir certaines formalités préalablement à la mise en œuvre de la mesure.

---

<sup>665</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE- Hormones*, p. 98.

<sup>666</sup> V. Article 2 :1 de l'Accord SPS.

<sup>667</sup> V. Gabrielle MARCEAU, et Joel P. TRACHTMAN, « A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods : The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade, *J.W.T.*, vol. 48, n°2, 2014, pp. 351-432.

<sup>668</sup> V. Article 2 :2 de l'Accord SPS.

Cette obligation peut être temporairement contournée « dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes ». Ainsi un « Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires et phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles<sup>669</sup> ». Il s'agit là d'une acceptation limitée et strictement encadrée du principe de précaution. Ces nouvelles conditions de validation d'une mesure SPS ont pour effet de réduire sensiblement la marge de manœuvre des Membres de l'OMC.

Sous le régime des exceptions, des discriminations pouvaient être tolérées, tant qu'elles n'étaient pas considérées comme « arbitraires » ou « injustifiées », ou qu'elles ne se voyaient pas associées à une restriction déguisée au commerce. Sous le régime de la règle de l'Accord SPS, toute discrimination qui ne repose pas sur des preuves scientifiques ouvre la porte à une possible condamnation<sup>670</sup>.

En matière de réglementation technique, la matérialisation du passage de l'exception à la règle semble s'être réalisée plus en douceur puisque les conditions imposées par l'Accord OTC paraissent plus faciles à respecter. En outre, l'Accord OTC possède un champ d'application plus vaste que l'Accord SPS. En effet, il n'est pas limité à la poursuite d'un seul objectif – soit la protection de la vie ou de la santé des personnes et des animaux -, ou la préservation des végétaux. En plus de ces objectifs, l'Accord OTC en vise une panoplie d'objectifs non économiques. L'interprétation par l'Organe d'appel, de ce qui peut être considéré comme objectif légitime au titre de l'Accord OTC fait état d'une considérable marge de manœuvre ménagée aux Membres. Bien que cette marge de manœuvre soit importante, trois conditions doivent être respectées. La première est que les mesures ne doivent pas être discriminatoires<sup>671</sup>. Cette obligation reprend en substance le contenu des articles I et III du GATT. L'Organe d'appel a précisé qu'il devait évaluer, en particulier, dans un premier temps, « si la mesure en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché [...] au détriment des produits importés » et dans un second « si un effet préjudiciable quelconque reflète une discrimination à l'encontre des produits importés »<sup>672</sup>.

---

<sup>669</sup> *Id.*

<sup>670</sup> V. Jacqueline PEEL, « A GMO by Any Other Name... Might Be an SPS Risk ! Implications of Expanding the Scope of WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement », *E.J.I.L.*, vol. 17, n°5, 2007, pp. 1011-1012. V. aussi Joost PAUWELYN, « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes EC- Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals », *JIEL*, vol. 2, n°4, 1999, p. 644.

<sup>671</sup> V. Article 2 :1 de l'Accord OTC.

<sup>672</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Thon II (Mexique)*, § 231 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS381/AB/R, 4 avril 2012, § 180.

Au demeurant, le Préambule de l'Accord OTC ouvre la porte à la prise en compte des préférences collectives dans la mesure où l'Organe d'appel estime qu'il fournit « des éclaircissements sur le sens et la portée de la prescription relative au "traitement non moins favorable" qui figure à l'article 2.1, en indiquant clairement, en particulier, que les règlements techniques peuvent chercher à atteindre des objectifs légitimes, mais ne doivent pas être appliqués de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable »<sup>673</sup>. La simple existence d'un effet préjudiciable découlant de la modification des conditions de concurrence sur le marché « *ne suffit pas à démontrer qu'il y a traitement moins favorable au sens de l'article 2.1* »<sup>674</sup>.

La seconde condition est que « l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques ne devront avoir ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international<sup>675</sup> ». L'Accord ajoute que « les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait<sup>676</sup> ». L'Organe d'appel a précisé que « dans le contexte de l'article 2.2, l'évaluation de la nécessité suppose une analyse relationnelle du caractère restrictif pour le commerce du règlement technique, du degré de contribution qu'il apporte à l'accomplissement d'un objectif légitime, et des risques que la non-réalisation entraînerait<sup>677</sup> ». Le test de nécessité incorpore expressément un élément de proportionnalité. L'évaluation de la nécessité au titre de l'Accord OTC, intègre également la prise en compte de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce<sup>678</sup>. Ainsi, la répartition du fardeau de la preuve est déterminante puisqu'il revient à la Partie plaignante « d'indiquer une mesure de rechange possible qui est moins restrictive pour le commerce, apporte une contribution équivalente à l'objectif pertinent et est raisonnablement disponible<sup>679</sup> ». C'est de l'examen des éléments de preuve sur cette question, que l'Organe d'appel a conclu à la compatibilité de deux mesures contestées avec les prescriptions de l'article 2.2 dans les affaires *Etats-Unis – Thon II (Mexique)* et *Etats-Unis – COOL*.

---

<sup>673</sup> V. *Etats-Unis – Thon II (Mexique)*, §215.

<sup>674</sup> *Id.*, § 215.

<sup>675</sup> V. Article 2 :2 de l'Accord OTC.

<sup>676</sup> *Id.*

<sup>677</sup> V. *Etats-Unis – Thon II (Mexique)*, § 318.

<sup>678</sup> *Id.*, § 320.

<sup>679</sup> *Id.*, § 323.

La dernière condition est que « les règlements techniques ne seront pas maintenus si les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou ont changé de telle sorte qu'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce<sup>680</sup> ». Ce qui est important à ce niveau est que l'Accord OTC, contrairement aux règles de l'Accord SPS, permet aux Membres de déterminer le niveau de protection approprié sans qu'une exigence relative à l'évaluation du risque soit imposée. Certes, les mesures devront être fondées sur les normes internationales en vigueur, ou en cours de l'être, si ces dernières permettent d'atteindre l'objectif visé<sup>681</sup>. Mais dans le cas contraire, il sera possible d'adopter des mesures plus protectrices<sup>682</sup>. Cela facilite davantage la prise en compte des préférences collectives des Membres.

Pour finir sur les conditions posées par l'Accord sur l'agriculture, il est intéressant de rappeler que l'un de ses principaux objectifs porte sur l'établissement d' « un système de commerce des produits agricoles qui soit équitable et axé sur le marché<sup>683</sup> ». Cela implique notamment des « réductions progressives substantielles du soutien et de la protection de l'agriculture »<sup>684</sup>. Deux formes de soutien sont spécifiquement concernées, à savoir les subventions à l'exportation et les mesures de soutien interne. Les Membres ont affirmé leur volonté de voir les engagements « pris de manière équitable par tous les membres, eu égard aux considérations autres que d'ordre commercial, y compris la sécurité alimentaire et la nécessité de protéger l'environnement »<sup>685</sup>. La prise en compte des préférences collectives, par les règles de cet accord, se trouve ainsi annoncée.

L'annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture présente quatre conditions que devront remplir les Etats pour que leurs préférences collectives soient validées. La première a trait aux effets de la mesure sur les échanges entre les Membres. Pour être exemptées du processus de réduction des subventions, les mesures de soutien doivent répondre « à une prescription fondamentale, à savoir que leurs effets de distorsion sur les échanges ou leurs effets sur la production doivent être nuls, ou, au plus, minimales »<sup>686</sup>.

---

<sup>680</sup> V. Article 2 :3 de l'Accord OTC.

<sup>681</sup> V. Article 2 :4 et 2 :5 de l'Accord OTC.

<sup>682</sup> V. Article 2 :4 de l'Accord OTC.

<sup>683</sup> V. § 2 du Préambule de l'Accord sur l'agriculture.

<sup>684</sup> V. § 3 du Préambule de l'Accord sur l'agriculture.

<sup>685</sup> V. § 6 du Préambule de l'Accord sur l'agriculture.

<sup>686</sup> V. Article 1 de l'annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture.

Ensuite, « le soutien en question sera fourni dans le cadre d'un programme public financé par des fonds publics (y compris les recettes publiques sacrifiées) n'impliquant pas de transferts de la part des consommateurs<sup>687</sup> ». En outre, ce soutien « n'aura pas pour effet d'apporter un soutien des prix aux producteurs<sup>688</sup> ». Enfin, il doit s'agir d'une mesure relative à l'une des politiques énumérées aux articles 2 à 13 de cette annexe et les conditions spécifiques à chacune de ces politiques doivent être respectées. Il est important de constater que plusieurs des politiques prévues dans cette annexe 2 sont relatives à des préoccupations non commerciales.

Néanmoins, la première condition analysée limite considérablement l'efficacité du mécanisme puisqu'elle subordonne la prise en compte de la considération non marchande à un critère commercial. Il en résulte que « la marge de manœuvre du Membre s'en trouve inévitablement réduite puisque dans tous les cas, c'est-à-dire quelle que soit la mesure envisagée ou l'objectif légitime poursuivi, les effets de la mesure devront toujours être nuls, ou tout au plus minimes<sup>689</sup> ». Cette réduction de la marge de manœuvre du Membre conduit donc à une atténuation des préférences collectives reconnues par le biais de la règle.

## **§2. L'atténuation des préférences collectives reconnues d'office**

Les préférences collectives bien que reconnues d'office souffrent d'un certain nombre de limites liées d'un côté à l'effectivité des accords spécifiques qui les consacrent (**A**) et d'un autre, au fardeau du principe de non-discrimination (**B**).

### **A. L'effectivité limitée des accords spécifiques**

La reconnaissance de la légitimité de certains objectifs de politique nationale ne saurait préjuger de la façon dont les valeurs concernées s'articulent avec les impératifs de libre-échange dictés par les accords OMC. Bien que les objectifs de politique nationale puissent prévaloir, potentiellement, sur les intérêts commerciaux, certaines conditions semblent si difficiles à satisfaire qu'au final, la légitimité des objectifs poursuivis s'estompe au profit de considérations objectives dont l'évaluation ne relève plus de l'Etat mais d'un juge chargé de trancher un différend.

---

<sup>687</sup> *Id.*

<sup>688</sup> *Id.*

<sup>689</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, op.cit., p 357.

Deux limites majeures ont été notées à travers les accords spécifiques relativement à l'effectivité de la prise en compte des préférences collectives par le biais de la technique de la règle.

La première limite est liée à l'objectif d'harmonisation des normes nationales dans le cadre des accords SPS et OTC. Ces accords accordent une place importante à l'objectif d'harmonisation des normes nationales. Cet objectif se traduit par la reconnaissance de la conformité d'une mesure SPS ou d'une norme technique lorsque celle-ci est fondée sur des normes, directives ou recommandations internationales. L'effectivité de la prise en compte de certaines valeurs défendues individuellement par un Membre est limitée par cette forme de traitement privilégié accordé aux mesures fondées sur des valeurs « partagées » par une pluralité d'Etats. Les textes des accords SPS et OTC sont clairs en ce sens.

En ce qui concerne le premier, les Membres reconnaissent dans le Préambule que les normes, directives et recommandations internationales contribuent de manière importante à réduire les effets négatifs de ce type de mesures sur le commerce<sup>690</sup>. Ils affirment également leur désir « de favoriser l'utilisation de mesures sanitaires et phytosanitaires harmonisées entre les membres, sur la base de normes, directives et recommandations internationales élaborées par les organisations internationales compétentes, dont la Commission du *Codex Alimentarius*, l'Office international des épizooties, et les organisations internationales et régionales compétentes opérant dans le cadre de la Convention internationale pour la protection des végétaux<sup>691</sup> ». Les conséquences juridiques de cette reconnaissance se manifestent à l'article 3 consacré à l'harmonisation des mesures. Son premier paragraphe demande aux Membres d'établir « leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales ». Le paragraphe suivant établit que « les mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». Elles sont également présumées compatibles avec les règles de l'Accord SPS<sup>692</sup>.

---

<sup>690</sup> V. § 5 du Préambule de l'Accord SPS.

<sup>691</sup> V. § 6 du Préambule de l'Accord SPS.

<sup>692</sup> V. Article 3 :2 de l'Accord SPS.



Il convient de préciser qu'un Membre pourra fixer un niveau de protection plus élevé que celui qui résulte de l'application des standards internationaux et adopter une mesure en fonction de cet objectif s'il y a une justification scientifique<sup>693</sup>, ou s'il conduit une analyse des risques fondée sur les preuves scientifiques disponibles. La pratique a démontré que ce type de preuve est difficile à apporter, la dynamique de l'Accord SPS incite les Membres à privilégier des mesures fondées sur des règles internationales. L'accord OTC s'inscrit dans une logique similaire.

Les Membres, à travers le préambule, ont affirmé l'importance que « les systèmes internationaux de normalisation et d'évaluation de la conformité, peuvent apporter à l'égard de la réalisation des objectifs du GATT, en renforçant l'efficacité de la production et en facilitant la conduite du commerce international ». Ils mettent en avant, par la même occasion, leur désir d'encourager le développement de tels systèmes. Quant au dispositif de l'article 2:4, il établit que « dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques ». Ici encore, une « présomption » est créée en faveur des normes internationales puisque l'article 2:5 affirme que « chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international ». Les Accords SPS et OTC ne réalisent pas directement une harmonisation des politiques et mesures tombant dans le champ d'application de ces accords. Mais tous deux favorisent l'adoption de standards internationaux élaborés au sein d'autres systèmes. Ils reconnaissent aussi l'importance de la contribution des normes techniques internationales à la réalisation des objectifs poursuivis par le droit de l'OMC<sup>694</sup>. Cela explique sans doute la tendance à accepter plus facilement la conformité d'une mesure lorsque celle-ci repose sur des standards internationaux. L'harmonisation est donc conçue comme un vecteur de libre-échange.

---

<sup>693</sup> V. Article 3 :3 de l'Accord SPS.

<sup>694</sup> V. Marie-Pierre LANFRANCHI, « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in Estelle BROSSET et Eve TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 189.

Outre les effets qu'elle entraîne sur la prise en compte des préférences collectives des Etats, cette dynamique fait apparaître l'absence de contrôle du processus décisionnel relatif à l'adoption des normes et standards internationaux présumés conformes aux règles du système commercial multilatéral. Tous les Etats ne disposent pas de moyens leur permettant de participer à l'élaboration des normes internationales. Aussi les intérêts de toutes les parties intéressées ne sont pas nécessairement pris en compte dans l'adoption des normes et standards internationaux. C'est la raison pour laquelle certains ont estimé que l'établissement de la norme semblerait « davantage avoir des visées politico-commerciales que de protection de la santé et de loyauté dans les relations commerciales<sup>695</sup> ». Ainsi, non seulement des Membres se voient contraints ou, tout au moins, incités à s'en remettre à ces standards qu'ils n'ont jamais eu l'occasion de négocier et d'accepter. Mais il s'avère également que ces standards ne soient toujours pas élaborés en vue de promouvoir les valeurs qu'ils sont censés protéger. L'objectif d'harmonisation poursuivi par les accords SPS contraste avec l'approche traditionnellement privilégiée au sein du système commercial multilatéral, celle d'une libéralisation progressive. Alors que la flexibilité favorise normalement une prise en compte effective des valeurs non marchandes dans le droit de l'OMC, le renvoi opéré par les Accords SPS et OTC à des procédures d'harmonisation, enferme les Membres dans un cadre normatif rigide, minant de fait l'effectivité de cette prise en compte.

La seconde limite concerne le rôle attribué à la science particulièrement dans l'Accord SPS. La science occupe dans ce texte une place prépondérante. Le rôle qui lui est attribué par l'article 2 de l'Accord SPS est à la fois informatif et normatif. Le premier est incontestablement positif dans la mesure où « il renvoie au rôle par lequel la science contribue à un meilleur équilibre entre commerce et protection de la santé en fournissant des données et de l'information scientifique aux décideurs publics des membres de l'OMC qui sont appelés à élaborer et à appliquer des mesures SPS<sup>696</sup> ». La science permet alors de mieux équilibrer le libre commerce et les préférences collectives des Etats en matière de protection de la santé, le but étant au final de disposer de tous les éléments pertinents permettant d'évaluer la nécessité d'une mesure restrictive pour le commerce. Son rôle concerne à la fois l'évaluation du risque, la détermination du niveau de protection, et le choix de la mesure SPS appropriée.

---

<sup>695</sup> V. Nathalie THOME, « Participation et représentation des Etats dans l'élaboration des normes du Codex Alimentarius », in E. BROSSET et E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, op.cit., pp. 91-104.

<sup>696</sup> V. Véronique GUEVREMONT, op.cit., p. 363.

Le second rôle attribué à la science est de type normatif. Celle-ci est utilisée pour établir des seuils de risque sanitaire et phytosanitaire en deçà desquels une mesure SPS ne sera pas nécessaire à la protection de la santé. La science paraît alors diminuer considérablement l'effectivité de la prise en compte des préférences collectives, dans la mesure où elle occulte les autres éléments susceptibles d'être pris en compte dans la mise en œuvre d'une mesure SPS. A ce stade, il semble intéressant d'établir une distinction entre le rôle normatif de la science dans « *l'analyse du risque* », son rôle normatif dans « *la détermination du niveau de protection appropriée* » et son rôle normatif dans « *le choix de la mesure pour atteindre ce niveau de protection* ».

Pour rendre compte du rôle normatif de la science dans « l'évaluation du risque », il est nécessaire d'examiner l'évolution de la jurisprudence relative aux articles 3 et 5 de l'Accord SPS. Dans cette perspective, il est utile de rappeler les termes de l'article 3:3 selon lesquels les Membres « peuvent introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié ». A la lecture de l'article 3:3, on pourrait croire que cette marge de manœuvre peut jouer lorsque la norme internationale est inappropriée, viciée ou dépassée sur le plan scientifique, ou lorsqu'un Membre souhaite de toute façon obtenir un niveau de protection qu'il juge approprié et qu'il le détermine conformément à l'article 5<sup>697</sup>. Or l'interprétation de ce paragraphe a considérablement réduit la marge. L'Organe d'appel a estimé que dans tous les cas, le Membre devait respecter les prescriptions de l'article 5 :1 et conduire une évaluation des risques<sup>698</sup>. De même, les conditions fixées à l'article 5 restreignent ladite marge. La science entre en scène au moment où un Membre se voit dans l'obligation de conduire une évaluation du risque, c'est-à-dire chaque fois qu'il introduit une mesure assurant un niveau de protection plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes<sup>699</sup>. L'évaluation du risque prévue à l'article 5 et définie à l'article 4 de l'annexe A, devra tenir compte d'un certain nombre d'éléments objectifs<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> V. *CE- Hormones*, rapport de l'Organe d'appel, § 8.84

<sup>698</sup> Rapport de l'Organe d'appel, § 176.

<sup>699</sup> V. Christine NOIVILLE, « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce : le cas du commerce alimentaire », *JDI.*, vol. 127, n° 2, 2000, p. 271.

<sup>700</sup> V. Article 5 :2 de l'Accord SPS.

Des clarifications ont été apportées à ce sujet à l'occasion de l'affaire *CE – Hormones*. L'évaluation du risque fut définie par l'Organe d'appel comme étant « *un examen scientifique des données et des études factuelles*<sup>701</sup> », les juges ayant considéré utile de préciser qu'il ne s'agissait pas d' « une démarche politique faisant appel à des jugements de valeur à caractère social qui seraient posés par des organes politiques<sup>702</sup> ». L'Organe d'appel a par ailleurs estimé que l'article 5:1 exigeait « que les résultats de l'évaluation des risques justifient suffisamment – c'est-à-dire raisonnablement – la mesure SPS en jeu<sup>703</sup> ». Il ajoute que cette évaluation pouvait « faire ressortir à la fois l'opinion la plus répandue qui représente le courant scientifique "dominant" ainsi que les opinions de scientifiques qui ont un point de vue divergent<sup>704</sup> ». L'obligation du Membre devait se limiter à pouvoir montrer qu'il existe une relation logique entre chaque mesure SPS appliquée et les résultats de l'évaluation des risques.

L'affaire *Australie – Saumon*<sup>705</sup> a permis, par la suite, à l'Organe d'appel, de préciser la définition de l'évaluation des risques en identifiant trois questions auxquelles cette évaluation doit répondre. A cette occasion, l'Organe d'appel voulait savoir si l'évaluation conduite par l'Australie avait permis de répondre à ces trois questions. Plutôt que de se cantonner à s'assurer que l'évaluation des risques comportait bien une base scientifique, il s'est autorisé à vérifier si cette évaluation était suffisante et appropriée, s'immisçant subtilement dans la question de la méthode de l'évaluation des risques. Ce rôle normatif limite d'autant plus l'effectivité de la prise en compte des préférences collectives des Membres qu'en aucun cas ces derniers ne sauraient être autorisés à intégrer des considérations subjectives dans la procédure d'évaluation du risque. Il convient néanmoins de distinguer « l'évaluation de la gestion du risque », opération effectuée par le Groupe spécial dans le rapport *CE – Hormones*<sup>706</sup>. Par la suite, le Groupe spécial a précisé que la gestion des risques faisait appel à des considérations non scientifiques telles que des jugements de valeur à caractère social<sup>707</sup>. Il s'est enfin attaché à l'articulation des deux étapes que constituent la gestion des risques et leur évaluation<sup>708</sup>.

---

<sup>701</sup> V. § 8.94 du rapport du Groupe spécial dans *CE- Hormones, op.cit.*

<sup>702</sup> *Id.*

<sup>703</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, § 193.

<sup>704</sup> *Id.*, § 194.

<sup>705</sup> V. § 121 du rapport de l'Organe d'appel.

<sup>706</sup> V. Rapport du rapport du Groupe spécial, *CE- Hormones, op.cit.*, § 8. 95

<sup>707</sup> *Id.*, § 8.97.

<sup>708</sup> *Ibid.*, § 8.160.

Cette interprétation de l'Accord SPS, plus précisément cette distinction entre évaluation du risque et gestion du risque, semblait ouvrir la porte à une articulation harmonieuse des préférences collectives des Membres. L'Organe d'appel refusa toutefois cette distinction au motif que l'article 5 de l'Accord SPS, de même que son annexe A, ne font aucunement allusion à la gestion des risques. Pourtant, la reconnaissance de la distinction aurait été salutaire. Par ailleurs, en s'arrêtant sur la question de l'évaluation des risques, l'Organe d'appel a cependant choisi de limiter la possibilité que des considérations subjectives puissent être introduites dans l'analyse des facteurs susceptibles de justifier le maintien d'une mesure assurant le niveau jugé approprié par un Membre. L'effectivité de la prise en compte des préférences collectives s'en trouve affectée. La preuve scientifique est donc importante dans l'analyse conduite par le juge.

L'Organe d'appel a accepté la définition donnée à l'évaluation des risques par le Groupe spécial, selon laquelle l'évaluation des risques est « un processus scientifique [...] caractérisé par une analyse et un examen systématiques rigoureux et objectif, c'est-à-dire une méthode d'étude et d'analyse des faits et des avis<sup>709</sup> ». Il a toutefois rattaché cette notion au monde réel dans lequel nous vivons<sup>710</sup>. Des problèmes demeurent cependant dans l'évaluation du risque. Les autres facteurs susceptibles d'être pris en compte dans l'évaluation du risque ne sont pas définis. De plus, des doutes peuvent être exprimés quant à l'opportunité que des facteurs non scientifiques soient pris en compte et évalués par des experts mandatés pour se prononcer sur les preuves scientifiques disponibles ou sur d'autres facteurs de nature quantitative. Certains ont naturellement exprimé des préoccupations à cet égard<sup>711</sup>.

L'introduction d'éléments de preuve non scientifiques ne serait donc pas sans susciter un certain nombre d'inquiétudes sur la manipulation de ces éléments par les experts chargés de se prononcer sur l'existence du risque. Plusieurs interrogations subsistent relativement au témoignage des experts, lesquels sont souvent mandatés pour présenter la preuve scientifique et de ce fait, occupent une place centrale au sein de l'Accord SPS. Dans la mesure où leur témoignage peut constituer une preuve scientifique, la question de savoir sur quelle base leur témoignage peut être qualifié de scientifique, reste entière<sup>712</sup>.

---

<sup>709</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *CE- Hormones*, § 187.

<sup>710</sup> *Id.*

<sup>711</sup> V. Michael J. TREBILCOCK et Julia A. SOLOWAY, « International Trade Policy and Domestic Food Safety Regulation : The Case for Substantial Deference by the WTO Dispute Settlement Body under the SPS Agreement », in P.C. MAVROIDIS et A.O. SYKES (dir.), *The WTO and International Trade Law/ Dispute Settlement*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 206.

<sup>712</sup> V. Henrik HORN et Petros C. MAVROIDIS, « National Health Regulations and the SPS Agreement : The WTO Case Law of the Early Years », in T. COTTIER et P.C. MAVROIDIS (dir.), *The Role of the Judge in*

Il en va de même de la contribution de ces experts à l'appréciation de la réponse formulée par les autorités nationales d'un Membre à la suite de l'évaluation du risque. Tout ceci pour dire que la légitimité du système commercial pourrait être remise en cause par une intégration à outrance de la science qui ne manquerait certainement pas de minorer la capacité des Etats à poursuivre leurs préférences collectives. Cela est crucial puisque l'utilisation de la science conditionne la légalité des mesures qu'un Membre pourrait prendre temporairement au nom du principe de précaution<sup>713</sup>. Rappelons que dans un premier temps l'Organe d'appel a refusé de prendre position sur le statut du principe de précaution dans le droit international. Il a néanmoins relevé certains aspects de la relation entre le principe de précaution et l'Accord SPS dans l'affaire *CE – Hormones*<sup>714</sup>. Il est ressorti de la jurisprudence que, bien que le principe de précaution puisse temporairement être appliqué par un Membre, ce dernier ne saurait être dispensé de son obligation de procéder à une évaluation des risques. Pour autant, la non-discrimination constitue un principe d'encadrement de la capacité des Membres à poursuivre des préférences collectives reconnues par le biais de la règle.

## **B. Le fardeau du principe de non-discrimination**

La prise en compte des objectifs non commerciaux par les règles de l'OMC repose non seulement sur le contenu de celles-ci, mais également sur leur interprétation. Les règles spécifiques étudiées précédemment demeurent pertinentes. Mais ce sont les fondements du système commercial multilatéral qui renferment les clés d'une véritable articulation de ces objectifs avec les engagements commerciaux des Etats. Le principe de non-discrimination est sans doute le plus important pilier de cette structure normative. Il est mis en œuvre par l'incorporation du traitement de la nation la plus favorisée et du traitement national dans les règles auxquelles les Membres doivent se conformer. Le principe est capital pour la gestion des objectifs non commerciaux, car il restreint considérablement la marge de manœuvre de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, que celui-ci s'exerce sur son territoire ou qu'il soit mis en œuvre à la frontière en vue de contrôler l'entrée de biens ou de services produits à l'étranger.

---

*International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2003, p. 260.

<sup>713</sup> V. Article 5 :7 de l'Accord SPS.

<sup>714</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, §§ 124-125.

Le principe du traitement national fait obligation à un Etat d'accorder aux biens et services importés, le même traitement que celui qu'il accorde aux biens et services produits sur son territoire. Son application repose sur des politiques internes qui peuvent refléter des valeurs exprimées par la collectivité. Le pouvoir législatif de l'Etat, manifestation de sa souveraineté, se voit alors limité par des règles définies par une pluralité d'Etats et exposées à l'appréciation du juge international. Dans le cadre du GATT, le principe de libéralisation progressive permettait de réduire et d'éliminer un certain nombre d'obstacles au commerce. Il n'engendre toutefois pas une liberté de circulation totale entre les Etats qui y sont parties, se distinguant ainsi du modèle d'intégration adopté par l'Union européenne. A la différence de celui-ci, le système commercial multilatéral tend plutôt à préserver la liberté des Membres d'exercer un contrôle sur le commerce et de formuler les politiques nationales de leur choix. La logique guidant l'inclusion d'une telle clause dans les accords commerciaux se comprend aisément. En effet, si l'Etat s'engage uniquement à baisser les tarifs, il pourra mettre en œuvre des politiques internes qui auront pour effet d'annuler l'avantage par ailleurs concédé à ses partenaires commerciaux. La seule réduction des tarifs douaniers n'est donc pas une garantie de libéralisation effective des marchés puisque les concessions tarifaires peuvent être annulées par la réglementation intérieure des Etats. Deux postulats de base justifient le recours à cette règle.

Le premier est qu'on constate que les politiques publiques qui discriminent entre les biens nationaux et les biens étrangers sont rarement indispensables à la poursuite d'un objectif public légitime – ce type de discrimination ayant souvent pour but la protection d'un segment de l'industrie nationale. Le second est que cette forme de discrimination a pour effet de réduire ou d'annuler les engagements consentis par les Etats en matière d'abaissement des tarifs douaniers<sup>715</sup>. Le traitement national permet d'éliminer ce type de réglementation, tout en comportant l'avantage d'interférer dans les choix politiques des Etats. Les différents paragraphes<sup>716</sup> de l'article III du GATT, ainsi qu'une note annexée à celui-ci, ont fait l'objet d'une importante jurisprudence depuis l'entrée en vigueur de cet Accord en 1947. Néanmoins, des difficultés subsistent. L'un des problèmes d'interprétation est lié aux termes « produits similaires ».

---

<sup>715</sup> V. Michael J. TREBILCOCK et Robert HOWSE, *op.cit.*, p. 84.

<sup>716</sup> V. § 1, 2 et 4 de l'article III du GATT.

Le sens attribué à ces deux mots est crucial, dans la mesure où le GATT ne condamne que la discrimination entre produits nationaux et produits importés « similaires » ou « directement concurrents ou substituables ». Très tôt, il est établi que le concept de similarité entre deux produits devait faire l'objet d'un examen au cas par cas. De plus, l'utilisation finale du produit, les caractéristiques physiques (les propriétés, la nature et la qualité) de ce produit, ainsi que les goûts et les habitudes des consommateurs, ont été reconnus dès 1970 comme critères devant guider l'analyse de la similarité<sup>717</sup>. Les Groupes spéciaux ont utilisé ces critères à plusieurs reprises jusqu'en 1987, année de la publication du premier rapport relatif à l'imposition d'une taxe japonaise applicable aux boissons alcooliques en provenance des Communautés européennes<sup>718</sup>. Le critère des goûts et des habitudes des consommateurs, présente, en théorie, un intérêt particulier pour la prise en compte des objectifs non commerciaux puisque ces préférences peuvent être reflétées par le comportement des consommateurs contraints d'effectuer un choix entre plusieurs produits.

Certaines constatations formulées dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques I* devaient néanmoins freiner d'éventuels développements dans cette direction. Bien que dans cette affaire, le critère des « goûts et des habitudes des consommateurs » ait été qualifié de « subjectif<sup>719</sup> », le rapport a révélé la frilosité du Groupe spécial à considérer les préférences fondées sur des considérations socioculturelles et sa détermination à appliquer ce critère de manière objective en dépit de la diversité des Parties Contractantes<sup>720</sup>. Les critères de similarité utilisés jusqu'en 1987 ont donc laissé place, peu à peu, à la prise en compte de facteurs susceptibles d'être modélés par les préférences collectives de chaque Etat.

---

<sup>717</sup> V. Report by the working party on Border Tax Adjustments, L/3464, 20 novembre 1970, § 18.

<sup>718</sup> Le différend portait sur l'application d'une loi japonaise sur la taxation des produits alcooliques. Cette loi classait les boissons alcooliques en diverses catégories et fixait, pour chacune, des taux d'imposition différents en fonction de la teneur en alcool et d'autres caractéristiques des boissons, ainsi que selon l'aptitude des consommateurs éventuels à acquitter la taxe. Procédant à une analyse de la similarité des produits, le Groupe spécial utilisa les critères développés dans l'affaire *Border Tax Adjustment* ainsi que les classifications dans les nomenclatures tarifaires pour contester la similarité de plusieurs produits taxés différemment. Il conclut également que même si certains produits devaient être considérés non similaires, il existait une concurrence ou une substituabilité directe entre ces diverses boissons alcooliques (§§ 5.6 et 5.7). V. aussi Richard L. MATHENY, « In the Wake of the Flood : "Like Products" and Cultural Products after World Trade Organization's Decision in Canada certain measures concerning Periodicals », *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, p. 251.

<sup>719</sup> Le Groupe spécial affirmait à cette occasion que « la similitude » des produits devait être examinée en tenant compte non seulement de critères objectifs (la composition et les procédés de fabrication des produits), mais aussi de critères subjectifs liés aux consommateurs (la consommation et l'utilisation par les consommateurs). *Japon – Boissons alcooliques I*, § 5.6.

<sup>720</sup> *Id.*, § 5.7.



L'affaire *Japon – Boissons alcooliques I* a témoigné d'une analyse théorique de la similarité, c'est-à-dire d'une analyse réalisée dans l'abstrait sans égard aux spécificités d'un marché donné et aux goûts particuliers des consommateurs évoluant sur ce marché. La prise en compte des préférences collectives s'en est trouvée limitée. C'est au début des années 1990 qu'un important revirement de jurisprudence s'est produit. L'articulation des préférences collectives avec la règle du traitement national est alors apparue possible grâce à l'introduction d'un test fondé sur le but et les effets de la mesure. Cette approche flexible impliquait pour l'Etat qui contestait une mesure, la charge de démontrer que la réglementation visée était protectionniste dans son objet et dans ses effets. Ainsi, lorsque la Partie défenderesse arrivait à faire la preuve que la mesure contestée poursuivait un objectif légitime non protectionniste, cette mesure se voyait considérée conforme aux conditions de l'article III<sup>721</sup>. La prise en compte des préférences collectives était constatable.

Les affaires *Etats-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de Malt de 1992*<sup>722</sup> et *Etats-Unis – Taxes sur les automobiles de 1994*<sup>723</sup>, ont la particularité d'attirer l'attention sur la prescription du paragraphe premier de l'article III du GATT<sup>724</sup>. L'examen de l'objectif poursuivi par la mesure contestée occupe une place centrale dans l'analyse développée par le juge, celui-ci s'attachant à la recherche de l'intention qui se cache derrière une telle mesure. Il ne s'agit donc plus d'examiner les perceptions relatives à la similarité théorique de deux produits, en concurrence sur un marché, par une application mécanique des quatre critères dégagés dans les précédentes affaires, mais plutôt de rechercher l'objectif poursuivi par le gouvernement dans l'application de la mesure contestée.

Cette approche est donc apparue, pour la première fois, dans l'affaire *Boissons à base de Malt* ayant opposé le Canada aux Etats-Unis<sup>725</sup>. Ce rapport témoigne de l'attention particulière accordée par le Groupe spécial au pouvoir règlementaire des Membres et du lien tissé entre le sens attribué au concept de similarité de l'article III et les conséquences que cette définition peut engendrer à l'égard de ce pouvoir règlementaire.

---

<sup>721</sup> V. Richard L. MATHENY, *op.cit.*, p. 252.

<sup>722</sup> V. 39S/206, 19 juin 1992 (ci-après *Etats-Unis – Boissons à base de Malt*).

<sup>723</sup> V. DS31/R, 11 octobre 1994 (rapport non adopté).

<sup>724</sup> V. Henrik HORN et Petros C. MAVROIDIS, « Still Hazy after All these Years : The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-Law on Tax Discrimination », *E.J.I.L.*, vol. 15, n° 1, 2004, p. 44.

<sup>725</sup> V. § 5. 23 du rapport.

Le Groupe spécial a été particulièrement soucieux d'en arriver à un équilibre entre le respect de la souveraineté et l'autonomie réglementaire des Etats, d'une part, l'élimination des mesures ayant pour effet de protéger la production nationale, d'autre part<sup>726</sup>. Au regard de l'articulation des préférences collectives avec les règles de l'OMC, l'approche développée par le Groupe spécial pouvait alors être considérée comme un pas dans la direction d'une reconnaissance de la diversité des Membres et donc, de leurs préférences collectives.

Sous le règne de l'OMC, le critère de « marché » a semblé être prééminent. L'Organe d'appel se prononça rapidement sur l'article III. C'est ainsi que le système japonais de classification des boissons alcooliques se faisait attaquer de nouveau<sup>727</sup>. L'affaire permit à l'Organe d'appel de réaliser sa première interprétation du traitement national. La méthodologie utilisée ne fut pas sans conséquence sur la prise en compte des préférences collectives dans l'interprétation de la clause de traitement national. Celle-ci a conduit à un rejet du test du but et des effets, d'abord implicitement en ce qui concerne l'interprétation de la première phrase de l'article III:2, et de façon explicite au cours de son interprétation de la seconde. Il a précisé qu'il ne s'agissait pas d'une question d'intention<sup>728</sup> et qu'il n'était pas nécessaire de recenser « les nombreuses raisons qui conduisent souvent les législateurs et les autorités réglementaires à faire ce qu'ils font » puisque « ce qui est en cause, c'est la manière dont la mesure en question est appliquée<sup>729</sup> ». Ce sont plutôt les objectifs visant à garantir « l'égalité des conditions de concurrence » et à protéger « l'égalité du rapport compétitif » qui doivent guider l'interprétation de l'article III:2.

En ce qui concerne l'interprétation des termes « directement concurrents ou substituables », l'Organe d'appel a considéré qu'il était nécessaire « d'examiner non seulement des questions comme les caractéristiques physiques, les utilisations finales communes et classification tarifaire, mais aussi le "marché" ».

---

<sup>726</sup> V. Rapport *Japon –Boissons alcooliques I*, *op.cit.*, § 5. 72. V. aussi R.E. HUDEC, « GATT/WTO Constraints on National Regulation : Requiem for an « Aim and Effects Test », *Int'l Lawyer*, vol. 32, n° 3, 1998, p. 627.

<sup>727</sup> Malgré les réformes conduites par les Japonais depuis l'éclatement du premier différend, les Européens continuaient à contester l'application de cette loi et à alléguer une violation de la clause du traitement national. Le Canada, et les Etats-Unis ont également contesté la loi japonaise. Rapports Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans *Japon –Boissons alcooliques II*.

<sup>728</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, p. 38.

<sup>729</sup> *Id.*

Il a précisé qu'il était effectivement « utile de considérer la concurrence sur les marchés concernés comme l'un des moyens de définir la catégorie plus large des produits qui peuvent être qualifiés de "produits directement concurrents ou directement substituables"<sup>730</sup> ». L'affaire *Canada – Périodiques*<sup>731</sup> est intéressante à cet égard. Il en ressort qu'aucun objectif de politique nationale, même légitime, ne peut justifier qu'une mesure modifie le rapport de concurrence entre produits. En outre, ce différend qui impliquait notamment des considérations d'ordre culturel, l'Organe d'appel s'est borné à examiner le rapport de concurrence des périodiques canadiens et américains sur le marché canadien, refusant de considérer l'intention ayant présidé à l'adoption des mesures contestées<sup>732</sup>.

L'affaire *Corée – Boissons alcooliques* a permis à l'Organe d'appel de réitérer l'importance du critère du marché<sup>733</sup>. Elle a également confirmé sa volonté de ne pas se laisser influencer par des considérations subjectives. Reconnaissant que « *la concurrence sur le marché est un processus dynamique, évolutif* », l'Organe d'appel a observé que le libellé de l'expression "directement concurrents ou directement substituables", signifiait que le rapport de concurrence entre les produits ne devait pas être analysé exclusivement par référence aux préférences actuelles des consommateurs. Il est dès lors difficile de dégager de cette approche des éléments positifs pour la prise en compte des préférences collectives dans l'interprétation de la clause de traitement national. Ce rapport développe davantage ce critère de marché. L'Organe d'appel considère que des éléments de preuve provenant d'autres marchés peuvent être pertinents pour l'examen du marché en question, en particulier lorsque la demande sur un marché a été influencée par des obstacles réglementaires au commerce ou à la concurrence<sup>734</sup>.

---

<sup>730</sup> V. *Japon – Boissons alcooliques II*, pp.28-29.

<sup>731</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Périodiques*, p. 21.

<sup>732</sup> V. *Canada – Périodiques, Demande de consultations présentée par les Etats-Unis*, WT/DS31/1, 14 mars 1996. Dans ce différend, les Etats-Unis contestaient notamment l'imposition d'une taxe canadienne sur la publicité payée par des annonceurs canadiens dans les périodiques américains à tirage dédoublé, et attaquaient le Canada sur la base de l'article III :2 du GATT. L'un des points fondamentaux du différend consistait à déterminer si un périodique canadien et un périodique américain à tirage dédoublé sont des produits similaires ou substituables. Il a noté qu'un périodique à tirage dédoublé est un périodique dont le contenu rédactionnel est généralement le même que l'édition d'origine, mais dont la publicité varie en fonction du pays vers lequel le magazine est exporté (Canada dans ce cas). Les périodiques à tirage dédoublé permettent donc, à ceux qui les produisent et les distribuent, de faire du profit sur un périodique déjà amorti sur le territoire national.

<sup>733</sup> Cette affaire concernait l'imposition de taxes sur certaines boissons alcooliques et les questions litigieuses étaient fort semblables à celles soulevées dans *Japon – Boissons alcooliques II*. (*Corée – Boissons alcooliques*, §§ 114-115). V. Hélène RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1999, *J.D.I.*, vol. 127, n°2, 2000, p. 387.

<sup>734</sup> V. Rapport *Corée – Boissons alcooliques*, § 124.

Pour finir à propos de l'article III du GATT, relativement à l'interprétation de son paragraphe 4, il convient de préciser que le rapport *CE – Amiante* témoigne de l'adoption d'une méthode similaire à celle développée dans l'interprétation de l'article III:2. La même importance est accordée au critère de marché dans l'analyse de la similarité de deux produits<sup>735</sup>. Les préoccupations non commerciales gouvernementales n'y reçoivent aucune attention particulière.

Pour ce qui est du traitement de la nation la plus favorisée, celui-ci est prévu à l'article premier du GATT, dans l'AGCS<sup>736</sup> et l'Accord sur les ADPIC<sup>737</sup>. Son champ d'application s'étend à l'ensemble des mesures relatives aux trois grands domaines de compétence de l'OMC. Il concerne également non seulement les mesures applicables à la frontière, mais également celles mises en œuvre sur le territoire des Membres<sup>738</sup>. Ces dernières sont généralement associées à la poursuite d'objectifs multiples, autres que commerciaux. L'application du traitement de la nation la plus favorisée est donc susceptible d'interférer avec l'articulation de politiques fondées sur des valeurs non marchandes. La clause NPF se retrouve dans les traités commerciaux sous diverses formes<sup>739</sup>. Dans le contexte du GATT, elle se caractérise par son caractère inconditionnel et le paragraphe premier de l'article I rend bien compte de cette particularité.

---

<sup>735</sup> L'Organe d'appel considère que l'interprétation de l'article III :4 doit « traduire le fait que, en tentant d'assurer "l'égalité des conditions de concurrence", le "principe général" énoncé à l'article III vise à éviter que les membres n'appliquent des taxes et des réglementations intérieures d'une façon qui fausse le rapport de concurrence, sur le marché, entre les produits nationaux et les produits importés considérés, "de manière à protéger la production nationale" » (§ 98).

<sup>736</sup> V. Article II de l'AGCS.

<sup>737</sup> V. Article 4 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>738</sup> V. Rapport *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004, § 101, référant aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, § 69 et *Etats-Unis – Article 221 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, 2 janvier 2002, § 297. L'Organe d'appel y affirme que le principe NPF est « "l'un des piliers du système commercial de l'OMC" qui a régulièrement servi de base et d'élément moteur essentiel pour l'octroi de concessions pendant les négociations commerciales ». V. aussi Mitsuo MATSUSHITA, Thomas J. SCHOENBAUM et Petros C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practices and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 202.

<sup>739</sup> La Commission du droit international a défini la clause de la manière suivante : « *the conceding State or promiser undertakes an obligation towards another State [...] to treat it, its nationals, goods, etc., on a footing not inferior to the treatment it has been giving or will be giving to the most-favoured third State in pursuance of a separate treaty or otherwise* » (ILC, *Yearbook of the International Law Commission 1968*, vol.2, Documents of the twentieth session including the report of the Commission to the General Assembly, A/CN.4/SER.A/1968/Add.1, New York, 1970, p. 106. La question du traitement de la nation la plus favorisée a été incluse dans le programme de travail de la Commission à l'occasion de sa XIXème session, à la suite de l'adoption de la résolution 2272 (XXII) le 1<sup>er</sup> décembre 1967 par l'Assemblée générale de l'ONU.

L'expression « immédiatement et sans condition » exige une extension systématique de toute concession acceptée par un Membre à l'ensemble des autres Membres de l'OMC. La large portée de la clause NPF a été confirmée par l'Organe d'appel à l'occasion d'un différend entre le Canada et l'Union européenne au sujet d'une mesure canadienne qui accordait un traitement plus favorable aux voitures en provenance des Etats-Unis. Dans son rapport, l'Organe d'appel insista sur le fait que « ni l'expression "de jure" ni l'expression "de facto" ne figure à l'article I:1 », concluant alors que cette disposition ne visait « pas uniquement la discrimination "en droit" ou "de jure", mais la discrimination "de fait" ou de facto<sup>740</sup> ».

L'article I:1 exige que « tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités » accordés par un Membre à un « produit originaire ou à destination » de tout autre pays, soient étendus aux produits « similaires » originaires ou à destination du territoire de tous les autres Membres. Le terme « avantages » a traditionnellement fait l'objet d'une interprétation extensive de la part des Groupes spéciaux<sup>741</sup>. La jurisprudence du GATT et de l'OMC tend à démontrer que le concept de similarité a généralement été interprété restrictivement par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel<sup>742</sup>. La classification douanière a souvent été le principal critère utilisé<sup>743</sup>. Cette approche a conduit les Groupes spéciaux, à une occasion, à ignorer complètement certaines caractéristiques physiques des produits pourtant susceptibles d'être déterminants vis-à-vis des goûts et des habitudes des consommateurs<sup>744</sup>.

---

<sup>740</sup> V. Rapport *Canada – Autos*, §78. L'argument du Canada selon lequel l'article I ne s'appliquait pas aux mesures qui sont, à première vue, « neutres quant à l'origine », fut rejeté. La prohibition des discriminations *de facto* fut confirmée par l'Organe d'appel dans son rapport *CE – Bananes III* (§ 232). Aussi, une décision interprétative du 24 août 1948 a rapidement confirmé la large portée de l'article I du GATT, en particulier en ce qui a trait aux taxes intérieures. V. Document IBDD II/12, cité dans le rapport *Etats-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, BISD 39S/128, 10 janvier 1992, § 4.7. Plus tard, le rapport *CE – Bananes III* permit au Groupe spécial de revenir sur ce lien entre les articles I et III du GATT et l'Organe d'appel confirma les conclusions du Groupe spécial sur ce point. V. rapport WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, §§ 206 et 207.

<sup>741</sup> V. Rapport *Etats-Unis – Chaussures*, § 6.8.

<sup>742</sup> V. Henrik HORN et Petros C. MAVROIDIS, « Economic and Legal Aspects of the Most Favoured Nation Clause », Discussion Paper n°2859, Londres, Center for Economic Policy Research, 2001, p. 10.

<sup>743</sup> V. Rapport *CEE – Mesures appliquées aux protéines destinées à l'alimentation des animaux*, BISD 25S/53, 14 mars 1978, § 4.2.

<sup>744</sup> V. Rapport *Espagne – Régime tarifaire appliqué au café non torréfié*, BISD 28S/102., 11 juin 1981, §§ 4.6 et 4.9. Aussi Robert E. HUDEC, « GATT/WTO Constraints on National Regulation : Requiem for an « Aim and Effects Test », *op.cit.*, p. 116.

La volonté de faire de la classification douanière le critère dominant dans l'analyse de la similarité de deux produits, s'est manifestée tout particulièrement dans le rapport *Canada/Japon – Droit de douane appliqué aux importations de bois d'œuvre d'épicéa, de pin et de sapin (EPS) coupé à dimensions*<sup>745</sup>.

Compte tenu de l'importance de ce critère, la question qui se pose est celle de savoir si un Membre peut utiliser cette classification pour traiter différemment des produits qui, tout en étant apparemment similaires, se distinguent à certains égards. La question est pertinente quant à la prise en compte des préférences collectives des Etats. Certains Membres pourraient vouloir appliquer un tarif plus élevé à des biens qui, par exemple, sont plus polluants ou dont l'utilisation entraîne certains risques pour la santé. Cette possibilité se voit déjà partiellement limitée par l'autorité dont jouit le *Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*<sup>746</sup>. Bien qu'il ne soit pas obligatoire, ce système constitue une référence et fait peser une lourde charge sur les Membres enclins à s'écarter de la classification privilégiée par le système harmonisé (SH). Dès lors que des tarifs distincts sont appliqués à des biens qui relèvent de la même classe tarifaire du SH, des doutes quant au caractère discriminatoire de la mesure tendront à être soulevés. Bien entendu, les Membres pourraient décider de respecter le SH, tout en créant de nouvelles sous-positions tarifaires au-delà des six chiffres. Dans l'affaire *Canada/Japon – Bois d'œuvre*, le Groupe spécial a reconnu le droit d'établir une classification tarifaire plus détaillée que la structure du SH. Il s'agissait, selon lui, pour la Partie Contractante, d'un moyen légitime d'adapter son tarif à ses intérêts en matière de politique commerciale.

Un aspect important pour la problématique des préférences collectives concerne la possibilité que des considérations subjectives, reflétant les valeurs d'un Membre, puissent être introduites dans l'analyse de la similarité. Il semblerait néanmoins que la possibilité soit limitée. Elle l'est d'autant plus que les juges ont tendance à examiner la classification utilisée par d'autres Membres pour déterminer si les produits doivent être considérés comme similaires.

---

<sup>745</sup> V. Rapport *Canada – Bois d'œuvre*, BISD 36S/167, 19 juillet 1989, §§ 5.8 et 5.14.

<sup>746</sup> Appelé « Système harmonisé » ou « SH », établi par l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et entré en vigueur en 1988. C'est un système de classification internationale du commerce des marchandises s'appliquant à plus de 170 pays membres, comportant plus de 5000 sous-positions tarifaires.

De ce fait, si un Membre associe deux produits à des classes tarifaires distinctes, alors que ses partenaires commerciaux les rangent plutôt dans la même catégorie, le juge aura propension à conclure que la mesure établit une discrimination entre deux produits similaires. Il devient dès lors manifeste que les préférences collectives ne constituent pas une considération pertinente dans l'interprétation de l'article I. En vertu de l'article I:1, un Membre se doit d'étendre « immédiatement et sans condition » tout avantage consenti à un autre Membre. L'expression « sans condition » n'étant pas sans véhiculer des ambiguïtés. Deux grandes tendances se dégagent de l'interprétation de cette expression.

« There is a first category of cases (panel and working party reports), which interpret the term as equivalent to outlawing any conditions imposed by the importing WTO member. These reports [...] outlaw the imposition of a condition in the first place [...]. Then, there is a second string of cases which do not take such an absolute approach. These reports compare two situations and essentially try to evaluate, to what extent additional conditions have been imposed when extending an already granted (probably, following of specified conditions) advantage<sup>747</sup> ».

Ces incertitudes entourant le caractère inconditionnel de la clause NPF et la notion de similarité des produits, ont perduré après l'entrée en fonction de l'ORD. Dans le rapport *Indonésie – Autos*<sup>748</sup>, le Groupe spécial a affirmé qu'aucun avantage ne pouvait être subordonné à un critère qui n'a pas de rapport avec le produit importé lui-même<sup>749</sup>. Cela pouvait être interprété soit comme une simple interdiction de discriminer des produits sur la base de leur pays d'origine, soit comme une prescription visant à interdire d'autres types de discriminations, par exemple celles fondées sur les PMP des produits<sup>750</sup>. Néanmoins, un doute subsiste quant à la nature des conditions pouvant légalement être imposées.

---

<sup>747</sup> V. Mitsuo MATSUSHITA, Thomas J. SCHOENBAUM et Petros C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practices and Policy*, op.cit., p. 213 et 214.

<sup>748</sup> Bien que la jurisprudence récente tende à démontrer une victoire de la seconde approche sur la première, des doutes ont longtemps subsisté sur le sens qui devait être attribué à l'expression « sans condition ». Son interprétation a été au cœur du célèbre rapport *Belgique – Allocations familiales*, BISD 1S/63, 7 novembre 1952. Ce rapport de 1952 constituait une interdiction adressée aux Parties contractantes d'imposer une condition dans l'attribution d'un avantage.

<sup>749</sup> § 14.143.

<sup>750</sup> Cela pourrait signifier alors que les PMP soient considérés comme n'étant pas directement liés aux caractéristiques du produit.

Dans le rapport *Canada – Autos*, le Groupe spécial a déclaré que « l'obligation d'accorder "sans condition" aux pays tiers qui sont membres de l'OMC un avantage accordé à tout autre pays signifie que l'octroi de cet avantage ne peut pas être soumis à des conditions pour ce qui est de la situation ou du comportement desdits pays<sup>751</sup> ». On aurait pu en déduire que les conditions doivent par conséquent être directement liées au produit visé par la mesure. Cependant, le Groupe spécial a fait une autre constatation selon laquelle « le fait que les conditions associées à un [...] avantage soient sans lien avec le produit importé lui-même n'implique pas nécessairement que ces conditions soient discriminatoires quant à l'origine des produits importés<sup>752</sup> ». Il semblerait alors que les PMP peuvent constituer un motif de discrimination compatible avec les prescriptions de l'article I. Ainsi, n'importe quel type de condition pourrait être imposé pour que les avantages accordés à un Etat puissent être étendus aux autres Membres. Il s'agit là d'une évolution plutôt positive dans la prise en compte des préférences collectives des Etats.

## CONCLUSION CHAPITRE

On a vu, dans les précédents développements, qu'à travers ses accords externes, l'Union européenne affirme son objectif de préservation de ses préférences collectives. Le bilatéralisme qu'il pratique dans ce domaine sert à maintenir le modèle économique européen dans la perspective de ses relations extérieures. Globalement, les dispositions de ses accords externes, bien que constituant une base juridique de poursuite des préoccupations non économiques de l'Union, ne sont pas suffisantes en soi. Dans ces conditions, des passerelles ont été établies à travers un renvoi aux accords de l'OMC et au droit de l'Union européenne, afin de trouver une source de légalité et de légitimité aux préférences collectives européennes. Relativement au système commercial multilatéral, les choses se sont faites de façon évolutive depuis la Charte de la Havane à l'OMC en passant par l'Accord général de 1947. Deux techniques juridiques ont été utilisées pour consacrer l'existence des préférences collectives au sein du système commercial multilatéral. Il s'est agi de la technique de l'exception que l'on trouve aux articles XX et XXI du GATT, mais aussi celle de la règle qui imprègne un certain nombre d'accords spécifiques. Dans ces deux cas de figure, le « juge » de l'OMC à tenu à encadrer l'expression de ces préférences.

---

<sup>751</sup> V. § 10.23.

<sup>752</sup> *Id.*, § 10.24.



## CHAPITRE 2

### UNE EXPRESSION FONDEE SUR LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

La pratique conventionnelle européenne des obstacles non tarifaires, est marquée par une triple dimension. Il s'agit d'abord de tenir compte des exigences du système commercial multilatéral en aménageant un cadre aux accords de l'OMC. Comme on l'a étudié précédemment, ces accords contiennent des dispositions relatives à la question des préférences collectives. L'Union européenne trouve ici le premier fondement juridique à la poursuite de ses préférences collectives. Il s'agit ensuite de préserver l' « acquis européen » à travers les accords externes. Le volet non marchand de cet acquis a pu être affirmé par l'aménagement d'un pouvoir discrétionnaire européen. En effet, il est souvent rappelé, après avoir listé un certain nombre de valeurs non marchandes, que rien n'empêchait la Partie européenne ainsi que son partenaire, de poursuivre d'autres préférences<sup>753</sup>. L'ouverture au droit de l'Union est clairement effectuée en ce sens. Le droit de l'Union européenne devient ainsi le second fondement des préférences collectives européennes. Enfin, en partant de ce droit même, il devient possible de trouver un troisième fondement aux préférences européennes. Il s'agit d'un ensemble d'accords conclus par l'Union et/ou ses Etats membres, accords qui contiennent des obligations dans des domaines aussi variés que les droits de l'homme, l'environnement, la culture.

Cette architecture complexe de préférences collectives renferme autant d'obstacles non tarifaires auxquels les produits et services en provenance des partenaires de l'Union européenne doivent faire face. Il va sans dire que ces produits et services, une fois sur le territoire européen, ont un statut européen/communautaire. De ce fait, ils peuvent être affectés par les préférences collectives européennes. Les exportateurs européens sont, en parallèle, soumis aux mêmes contraintes sur les marchés étrangers. A l'extérieur, ils seront, eux aussi, tenus de s'adapter aux préférences collectives des Etats tiers. Ces derniers, à l'instar de l'Union, poursuivent des objectifs non commerciaux en fonction de leur trajectoire historique, de leurs idéologies dominantes, de leurs intérêts essentiels tout simplement.

---

<sup>753</sup> Le procédé sera le même que celui adopté pour les exceptions générales du GATT contenues dans les accords externes. Il suffit de parcourir n'importe quel accord externe pour constater l'existence de ce pouvoir discrétionnaire reconnu à l'Union européenne afin de protéger ses préférences collectives. Le renvoi au droit de l'Union est clair. V. par exemple l'Article 45 de l'Accord de stabilisation et d'association entre les *Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Serbie, d'autre part*, publié au JOUE L 278/14, du 10 octobre 2013. La reconnaissance à l'Union du droit de poursuivre des objectifs non commerciaux est à mettre en relation avec l'état des préférences collectives au sein de l'Union européenne.

Les préférences collectives européennes constituent un ensemble d'objectifs et de valeurs (**Section 1**) qui font, au sein du marché intérieur, l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de justice de l'Union européenne (**Section 2**).

## **SECTION 1**

### **LES PREFERENCES COLLECTIVES EUROPEENNES : UN ENSEMBLE D'OBJECTIFS ET DE VALEURS**

Les préférences collectives de l'Union européenne doivent être entendues comme des préférences de l'Union, en sa qualité d'Organisation supranationale fondée sur l'intergouvernementalisme, mais aussi de ses Etats membres. Cette diversité, préservée au sein de l' « Europe » doit être contenue dans le cadre des relations extérieures de l'Union afin de donner à l'Organisation, la figure d'un acteur unitaire. C'est la raison pour laquelle, aucune distinction ne sera effectuée entre préférences collectives de l'Union et celles de ses Etats membres. Ainsi, aborderons-nous ces dernières en tant qu'objectifs pluriels (§1) et valeurs (§2) de l'Union et de ses Etats membres.

#### **§1. Les préférences collectives européennes : objectifs pluriels de l'Union et de ses membres**

La problématique des objectifs pluriels de l'Union et de ses Etats membres, exprimant les préférences collectives européennes, sera appréhendée dans une double perspective. Il s'agira de s'appesantir d'abord sur le cadre constitutionnel des objectifs (**A**) avant de s'intéresser à leur mise en ordre (**B**).

#### **A. Le cadre constitutionnel des objectifs**

Dans l'affaire *Allemagne contre Parlement et Conseil*, la Cour de justice déclarait que l'article 100 A (ex-article 95 du Traité CE), ne reconnaissait pas au législateur communautaire un pouvoir général de régulation du marché intérieur<sup>754</sup>.

---

<sup>754</sup> V. CJCE, *Allemagne contre Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, 5 octobre 2000, § 83.

Les mesures prévues à l'article 95 du Traité CE n'étaient admises que dans l'hypothèse où elles contribuaient à l'élimination des obstacles au commerce intracommunautaire ainsi que des distorsions préjudiciables aux échanges. Cependant, une troisième justification apparaissait en filigrane de cette disposition. Il s'agissait aussi de rendre uniformes les règles décidées au niveau étatique dans l'optique d'atteindre des objectifs communs non économiques.

La technique de l'harmonisation des législations nationales relatives aux objectifs non économiques a été un élément central dans plusieurs politiques européennes. C'est ainsi que ces objectifs non économiques se sont développés en parallèle d'objectifs économiques. La reconnaissance explicite des valeurs non marchandes dans le marché intérieur a eu lieu lors du Sommet de Paris d'Octobre 1972, à l'occasion de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de la CEE. La Déclaration adoptée a cet effet soulignait que :

« Economic expansion is not an end itself... It should result in an improvement in the quality of life as well as in standards of living. As befits the genius of Europe, particular attention will be given to intangible values and to protecting the environment, so that progress may really be put at the service of mankind »<sup>755</sup>.

Suivant cette Déclaration, les chefs d'Etat et de gouvernement appelaient la Communauté à développer une politique régionale, sociale et environnementale. Au demeurant, ces politiques ont été initiées dans les années qui ont suivi et le Sommet de Paris. En développant ces politiques, en l'absence de dispositions autorisant l'adoption de mesures dans le domaine sociale ou environnemental, les institutions communautaires ont utilisé la clause de compétence générale (article 235 Traité CEE devenu article 308 Traité CE) ainsi que le pouvoir général d'harmonisation conféré par l'article 100 CEE<sup>756</sup> (devenu article 94 CE). Les exemples font foison de mesures législatives prises sur la base de l'article d'harmonisation<sup>757</sup>.

---

<sup>755</sup> V. Déclaration adoptée lors du Sommet de Paris les 19-21 octobre 1972 publiée dans *Sixth General Report on the Activities of the Communities 1972*, p.7. Sur l'évolution de la législation du marché intérieur, V. P. CRAIG, « The evolution of the single market », in C. BARNARD and J. SCOTT (eds), *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 1-40.

<sup>756</sup> Sur les questions de compétence soulevées par l'article 100, V. Eckard REHBINDER and Richard STEWART, « Environmental Protection Policy », in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE and J. WEILER (gen.eds), *Integration Through Law*, Berlin and New York, De Gruyter, 1985, pp. 15-28.

<sup>757</sup> V. Directive Européenne n°73-404 du 22 novembre 1973, n° 73404 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux détergents, *JOCE* du 17 décembre 1973.

Celui-ci reconnaissait au Conseil le pouvoir d'adopter, à l'unanimité, des directives d'harmonisation des législations nationales relatives, entre autres, aux valeurs non marchandes affectant le bon fonctionnement du marché intérieur. Cette disposition faisait écho à l'article 3 h) du Traité CEE<sup>758</sup>. Cette situation a perduré durant toute la période allant du Sommet de Paris de 1972 à l'Acte unique européen de 1986. Cependant, cette pratique consistant à adopter des directives d'harmonisation en l'absence de base spécifique dans les Traités, allait donner lieu à controverse. La Chambre des Lords au Royaume-Uni, décidera de tenir un débat sur la légitimité d'une telle tendance<sup>759</sup>. Néanmoins, celle-ci n'a jamais été contestée par un Etat membre pour la simple raison que, compte tenu de la règle de l'unanimité contenue à l'article 100 CEE, les Etats membres s'accordaient sur toutes les mesures adoptées sur cette base. Du fait de ce consensus général au niveau des gouvernements des Etats membres, la Cour de justice n'avait vraiment pas eu l'opportunité d'examiner la constitutionnalité d'une telle pratique législative.

Dans l'affaire des *Détergents*, relative à une action en manquement introduite par la Commission contre l'Italie, suite à la non-transposition de la directive sur la biodégradabilité des détergents, la Cour a été confrontée à la tentative italienne de soutenir qu'aucune compétence n'a été reconnue aux institutions communautaires pour adopter une directive en ce sens. La Cour déclarera qu'« il n'est nullement exclu que des dispositions en matière d'environnement puissent s'encadrer dans l'article 100 du traité. Les dispositions que nécessitent les considérations de santé et d'environnement, peuvent être de nature à grever les entreprises auxquelles elles s'appliquent, et faute de rapprochement des dispositions nationales en la matière, la concurrence pourrait être sensiblement faussée »<sup>760</sup>.

---

Directive européenne n°85-210 du 20 mars 1985, n° 85210 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la teneur en plomb de l'essence, *JOCE* du 3 avril 1985 ; Directive européenne n°75-129 du 17 février 1975, n° 75129 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* du 22 février 1975 ; Directive européenne n°77-187 du 14 février 1977, n° 77187 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissements, *JOCE* du 5 mars 1977.

<sup>758</sup> V. Article 3 h) CEE : « Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : h) le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun ».

<sup>759</sup> Pour une présentation des pratiques de la Commission durant ces années, V. G. CLOSE, « Harmonisation of laws : Use or abuse of the powers under the EEC Treaty ? », *European Law Review*, n°3, 1978, pp. 461-473.

<sup>760</sup> V. CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. n° C-91/79, du 18 mars 1980, § 7.

Elle donne ainsi une caution à l'utilisation de la compétence d'harmonisation des législations nationales relatives, notamment, aux objectifs non économiques, ou si l'on préfère, aux préférences collectives des Etats membres et subséquentement de l'Union. Avec l'adoption de l'Acte unique européen (AUE), les choses évoluèrent positivement dans le sens d'une affirmation plus poussée des préférences collectives européennes. La principale raison d'être de ce texte était de faciliter le processus de prise de décision au sein du marché intérieur. En adoptant le vote à la majorité qualifiée dans le cadre du nouvel article 100 a), les auteurs de l'Acte unique européen (AUE) contribuèrent à améliorer l'application législative du programme sur le marché intérieur prévu dans le livre blanc de la Commission de 1985. Ce Traité, ainsi que les suivants, ont réduit considérablement le champ matériel du marché intérieur en créant des bases spécifiques à des politiques sectorielles<sup>761</sup>. L'AUE poursuivait ainsi la pratique particulière consistant à poursuivre des valeurs non marchandes dans le cadre du marché intérieur. Il l'a d'ailleurs rendue légitime. En effet, ces préférences collectives, en l'absence de clause d'exclusion dans le traité, devaient être des objets spécifiques du marché intérieur. Les changements opérés dans le processus décisionnel, par l'AUE, le Traité de Maastricht et le Traité d'Amsterdam tendaient ainsi à renforcer l'incorporation des valeurs non marchandes de diverses manières. Le passage à la majorité qualifiée au Conseil a permis la constitution d'une majorité de blocage contre l'opposition d'un ou de plusieurs Etats. L'influence acquise par le Parlement européen permettait à cette institution d'agir comme le « champion de la protection des intérêts diffus<sup>762</sup> ». Stephen Weatherill s'interrogeait dans cette perspective en ces termes :

---

<sup>761</sup> Avec les nouvelles bases juridiques contenues dans les traités, les mesures législatives antérieurement fondées sur la compétence communautaire commune, pouvaient désormais se fonder sur des compétences communautaires plus spécifiques. Cette évolution a commencé avec la création, par l'Acte unique européen, d'une base juridique pour la protection de l'environnement, la santé et la sécurité des travailleurs. Elle a continué avec le traité de Maastricht, par la création de compétences élargies en matière de politique sociale, pour finir avec le traité d'Amsterdam consacrant de nouvelles compétences harmonisées notamment en matière d'immigration et de protection de certains aspects de la santé.

<sup>762</sup> V. Mark A. POLLACK, « Representing diffuse interests in EC policy-making », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n° 4, 1997, p. 586. V. aussi C. HUBSCHMID et P. MOSER, « The co-operation procedure in the EU : Why was the European Parliament influential in the decision on car emission standards ? », *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, n°2, 1997, pp. 225-242.

« [...] how to reconcile the pre-Single European Act reality that much harmonisation legislation was not really about market-making at all with the post-Single European Act reality that sector-specific legal bases had been (and continued to be) created, with that awkward implication that some previous practice might need to be unravelled in order to allocate matters previously dealt with the harmonisation programme to sector-specific legal bases that involved different rules from those pertaining to the making of measures of harmonisation<sup>763</sup> ».

Aujourd'hui l'article 114 TFUE (ex-article 95 du Traité CE) continue d'offrir, par le biais de l'harmonisation, une base constitutionnelle à l'incorporation d'un ensemble de préférences collectives<sup>764</sup> susceptible de créer des obstacles non tarifaires au mouvement des échanges. D'autres dispositions du Traité rendent légitime la poursuite des préférences collectives au sein de l'Union européenne. La possibilité de poursuivre des objectifs de politique culturelle, à travers le marché intérieur, résulte de l'article 167 TFUE (ex-article 151 du Traité CE)<sup>765</sup>. La protection de la santé publique, des consommateurs, de l'environnement, justifiant un haut niveau de protection est prévue respectivement aux articles 168§1 TFUE<sup>766</sup>, 169§1 TFUE et 191§2 TFUE. A l'opposé de cette clause culturelle, la protection et la promotion des droits fondamentaux est un devoir pour les institutions. Cette obligation est prévue par l'article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux<sup>767</sup>.

---

<sup>763</sup> V. Stephen R. Weatherill, « Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preferences and interpretation », in Niamh Nic SHUIBHNE (ed), *Regulating the Internal Market*, UK, Edward Elgar, 2006, p. 29.

<sup>764</sup> V. Article 114§1 : « Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » et 114§3: « La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif ».

<sup>765</sup> V. Article 151§3 TFUE : « L'Union et les États membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes dans le domaine de la culture, et en particulier avec le Conseil de l'Europe ». V. aussi Rachel CRAUFURD SMITH, « Community intervention in the cultural field. Continuity or change ? », in R. CRAUFURD SMITH (ed.), *Culture and European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 19-78.

<sup>766</sup> V. Article 168§1 TFUE : « Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ».

<sup>767</sup> V. Article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE C 364/1, du 18 décembre 2000 : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ». Sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux dans la législation du marché intérieur, V. Stephen WEATHERILL, « The internal market », in S.

Bruno de Witte considère que la poursuite de valeurs non économiques :

« [...] does not depend whether a particular value is expressly recognised by the text of the Treaty or as a general principle of Community law. That possibility also arises, more generally, as a reflection and counterpart of the market integration doctrines developed by the ECJ<sup>768</sup> ».

La Cour de justice a précisé<sup>769</sup> que les dérogations au marché intérieur, introduites par les Etats membres, cessent d'être admissibles dans l'hypothèse d'une harmonisation. Il en est de même lorsque le législateur européen dispose de la compétence de légiférer dans cette matière. A défaut, il y aurait une faille dans le système. Le législateur communautaire pourrait seulement harmoniser les législations nationales disparates, sans possibilité d'adopter d'office des mesures communes relatives aux préférences collectives. Si les Etats membres sont autorisés à maintenir des restrictions à la libre circulation des biens et des services, justifiées par des préférences collectives, l'Union européenne peut, elle aussi, aborder les mêmes problématiques en adoptant des mesures d'harmonisation propres à supprimer lesdites restrictions. Ainsi, la prohibition de l'harmonisation culturelle, contenue à l'article 167 TFUE (ex-article 151 du Traité CE), n'a pas empêché l'usage occasionnel du pouvoir législatif européen en vue d'harmoniser les législations culturelles nationales<sup>770</sup>. Dès lors, toutes les politiques publiques acceptées par la Cour, au fil des années - créant des obstacles au commerce et à la libre circulation - pourraient être tenues comme une finalité du processus d'harmonisation.

Par ailleurs, il n'existerait *a priori* aucune limite matérielle aux types d'objectifs non économiques dont le législateur européen pourrait tenir compte en adoptant des dispositions relatives au marché intérieur. Le législateur européen pourrait décider de ne pas tenir compte des préférences collectives dans le but de faciliter l'intégration économique. Il s'agit là d'un choix politique et non point d'un comportement dicté par un principe constitutionnel<sup>771</sup>.

---

PEERS and A. WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights : Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 183-210.

<sup>768</sup> V. Bruno DE WITTE, « Non-market values in internal market legislation », in N. Nic Shuibhne (ed), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, p. 69.

<sup>769</sup> L'affaire inaugurale est constituée par l'arrêt CJCE, *Ministère Public contre Tullio Ratti*, aff. 148/78, du 5 avril 1979, Rec. 1979, p. 1629.

<sup>770</sup> V. Bruno DE WITTE, « Non-market values in internal market legislation », *op.cit.*, p. 71.

<sup>771</sup> *Id.*, p. 72.

Dans certaines affaires, la Cour de justice semble accepter que des préférences collectives prédominent sur l'objectif économique du marché intérieur, ou du moins, le deviennent par la suite. Dans l'arrêt *INPS contre Barsotti et autres* de 2004<sup>772</sup>, la Cour s'est référée à l'« objectif social » de la directive 80/987 sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur<sup>773</sup>. Dans d'autres affaires, la Cour précise que les objectifs économiques et non économiques contenus dans une législation communautaire n'ont pas à être nécessairement compatibles. Ainsi, dans son arrêt *Lindqvist*, elle déclara que la directive sur la libre circulation des données personnelles cherchait à assurer non seulement leur libre circulation au sein du marché intérieur, mais aussi la sauvegarde des droits fondamentaux des individus. Elle ajouta que ces objectifs pourraient être incompatibles<sup>774</sup>, et que la directive contenait des mécanismes permettant de contrebalancer ces différents intérêts<sup>775</sup>. Dans un autre arrêt, *RTL Television*, interprétant la directive Télévision sans frontières, la Cour estimait que l'article 11 :

«[...] is intended to establish a balanced protection of the financial interests of the television broadcasters and advertisers, on the one hand, and the interests of the rights holders, namely the writers and producers, and of consumers as television viewers, on the other<sup>776</sup>».

La Cour de justice n'a, dès lors, pas entendu déclarer que l'objectif de libre circulation était prédominant dans la directive et devait, pour ainsi dire, avoir précellence dans l'interprétation des dispositions de la directive.

---

<sup>772</sup> V. Affaires jointes C-19/01, C-50/01 et C-94/01.

<sup>773</sup> V. Directive 80/97/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE* L 283, du 20 octobre 1980.

<sup>774</sup> V. CJCE, *Procédure pénale contre Bodil Lindqvist*, aff. n° C-101/01, 6 novembre 2003. Au point 79, la Cour précise : « Il ressort du septième considérant de la directive 95/46 que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur sont susceptibles d'être sérieusement affectés par les différences entre les régimes nationaux applicables au traitement des données à caractère personnel. Selon le troisième considérant de la même directive, l'harmonisation de ces régimes nationaux doit avoir pour objectifs non seulement la libre circulation de ces données entre États membres, mais également la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes. Ces objectifs peuvent évidemment entrer en conflit. ».

<sup>775</sup> *Id.* Au point 82, elle ajoute : « Les mécanismes permettant de mettre en balance ces différents droits et intérêts sont inscrits, d'une part, dans la directive 95/46 elle-même, en ce qu'elle prévoit des règles qui déterminent dans quelles situations et dans quelle mesure le traitement des données à caractère personnel est licite et quelles sauvegardes doivent être prévues. D'autre part, ils résultent de l'adoption, par les États membres, de dispositions nationales assurant la transposition de cette directive et de l'éventuelle application de celles-ci par les autorités nationales ».

<sup>776</sup> V. CJCE, *RTL Television v. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, aff. C-245/01, du 21 octobre 2003, § 62.



En définitive, Bruno De Witte estime que :

« [...] the one firm limit to the incorporation of non-market values in internal market legislation is that resulting from the existence of a specific competence elsewhere in the Treaty to legislate in pursuit of those values »<sup>777</sup>.

Plus récemment encore, la *Stratégie du marché intérieur*<sup>778</sup> proposée par la Commission en mai 2003, endossée par le Conseil de la concurrence de septembre de la même année, n'avait prêté aucune attention aux valeurs non marchandes. Ce document dont l'importance politique a été soulignée par le fait qu'il était devenu une composante du processus de Lisbonne, listait une dizaine de priorités de la politique du marché intérieur européen, lesquelles ne portaient que sur la réduction des obstacles et la facilitation de la mobilité des biens et services<sup>779</sup>. Les préférences collectives étaient presque absentes du programme. La même chose a été notée à propos de la proposition de directive sur les services. Le texte proposait une large libéralisation, appliquant les principes du pays d'origine et de la reconnaissance mutuelle à tous les services, sauf à ceux ayant fait l'objet d'une exception car couverts par une réglementation sectorielle. La proposition ne visait pas une libéralisation totale, dans la mesure où elle prévoyait une harmonisation horizontale dans le but de protéger les consommateurs de services. Cependant, la Commission ne proposait aucune harmonisation liée aux valeurs non marchandes. Qu'à cela ne tienne, l'objectif de compétitivité économique est toujours contrebalancé dans d'autres documents politiques de la Commission, ainsi que dans les résolutions du Conseil. Ces derniers abordent la question du rôle de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement, de la santé, de la sécurité, de la culture ou encore des droits de l'homme.

L'expression des valeurs non marchandes devient beaucoup plus évidente lorsque celles-ci sont formellement incorporées parmi les objectifs des mesures législatives européennes.

---

<sup>777</sup> V. Bruno DE WITTE, « Non-market values in internal market legislation », *op.cit.*, p. 74. V. aussi Christian JOERGES and Florian RÖDL, « "Social market economy" as Europe's social model ? », *EUI Working Paper LAW*, n° 8, 2004, pp. 1-25.

<sup>778</sup> V. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Stratégie pour le marché intérieur : Priorités 2003 – 2006*, COM(2003) 238 final, Bruxelles, 7 mai 2003.

<sup>779</sup> V. Salvatore D'ACUNTO, « La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur », *Revue du Droit de l'Union européenne*, n°2, 2001, pp. 201-248.

Une formule typique consiste à mentionner « le double objectif » du texte communautaire à l'article 1<sup>er</sup>. Dans le Règlement 648/2004 sur les détergents, fondé sur l'article 95 du Traité CE, l'article 1<sup>er</sup> définit ses objectifs comme suit :

« Le présent règlement établit des règles visant à assurer la libre circulation, dans le marché intérieur, des détergents et des agents de surface destinés à faire partie de détergents, tout en assurant un degré élevé de protection de l'environnement et de la santé humaine<sup>780</sup> ».

Pareille pratique a été notée avec le Règlement 1829/2003 sur les aliments génétiquement modifiés. Ce domaine est celui-ci dans lequel la législation européenne souligne ouvertement la dimension plurielle des actes. L'article 1 a) dispose que son objet consiste à :

« [...] établir le fondement permettant de garantir, en ce qui concerne les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, un niveau élevé de protection de la vie et de la santé humaine, de la santé et du bien-être des animaux, de l'environnement et des intérêts des consommateurs, tout en assurant le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>781</sup> ».

Cependant, cette technique de prise en compte simultanée, d'une pluralité de valeurs non marchandes dans un même texte de l'Union, n'est pas systématique. De nombreux textes communautaires ne disposent pas d'un article sur les objectifs<sup>782</sup>. Par ailleurs, se pose la question de savoir s'il existe une obligation, pour les institutions communautaires, de découvrir les objectifs poursuivis par un texte communautaire<sup>783</sup>. La Cour de justice, dans une jurisprudence constante, a statué que le devoir de fournir les raisons motivant des mesures législatives – imposé par l'article 253 du Traité CE (article 296 TFUE) – exige l'indication des objectifs généraux que celles-ci souhaitent atteindre<sup>784</sup>.

---

<sup>780</sup> V. Article 1<sup>er</sup> du Règlement (CE) n° 648/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *relatif aux détergents*, JOCE L104, du 08 avril 2004.

<sup>781</sup> V. Article 1<sup>er</sup> du Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, JOCE n° L 268, du 18 octobre 2003.

<sup>782</sup> V. Article 1<sup>er</sup> de la Directive 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE L 167, du 22 juin 2001.

<sup>783</sup> V. Bruno DE WITTE, « Non-market values in internal market legislation », *op.cit.*, p. 81.

<sup>784</sup> V. CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. n° 168/98, 7 novembre 2000, point 62.

Aussi, certaines préférences collectives peuvent être incluses dans la législation commune à la suite d'une campagne publique menée par des groupes d'intérêt ou des Etats pris individuellement<sup>785</sup>. Au demeurant, dans certains domaines comme celui de la commande publique, la question s'est posée de savoir si les autorités attribuant les marchés devraient tenir compte de considérations environnementales ou sociales. La Commission a publié des communications interprétatives à ce propos et la Cour de justice a eu à trancher certaines affaires y relatives<sup>786</sup>. Les dispositions européennes relatives aux marchés publics mentionnent le critère environnemental et celui social. Le degré de prise en compte de ces valeurs non marchandes lors de l'attribution d'un marché, était le point nodal de l'opposition entre le Conseil et le Parlement dans le cadre du processus de conciliation ayant mené à l'accord final sur la législation relative aux marchés publics. Enfin, il serait intéressant de préciser qu'aucune institution européenne ne dispose de préférences collectives homogènes. Il en est ainsi :

« [...] for the Council (with the specialised formations and conflicting Member State interests) and the European Parliament (with its specialised committees and mobile ideological divides) but applies equally to the Commission<sup>787</sup> ».

Par exemple, l'adoption d'un acte est souvent le résultat d'une concurrence de priorités à laquelle est confrontée la Commission.

---

<sup>785</sup> Pour des exemples, V. Bruno DE WITTE, « Non-market values in internal market legislation », *op.cit.*, p.81.

<sup>786</sup> Sur les Communications, voir Commission des Communautés européennes, Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, *COM(2001) 566 final*, Bruxelles, le 15 octobre 2001. Sur ce point, en ce qui concerne la jurisprudence relative aux considérations environnementales (CJCE, *Concordia Bus Finland Oy Ab/Helsingin Kaupunki/HKL-Bussiliikenne*, aff. n° C-513/99, 17 septembre 2002) et les considérations sociales (CJCE, *Commission contre France*, aff. n° C-225/98, 26 septembre 2000). V. Christopher BOVIS, « Recent case-law relating to public procurement : A beacon for the integration of public markets », *Common Market Law Review*, vol. 39, n° 5, 2002, 1025-1056.

<sup>787</sup> V. Bruno DE WITTE, *op.cit.*, p 83. En ce sens, voir le Communiqué de presse de la Commission, Marchés publics : la Commission se félicite de l'accord de conciliation en faveur de la simplification et de la modernisation de la législation, Bruxelles, *IP/03/1649*, 3 décembre 2003. V. aussi Mark POLLACK, « Representing diffuse interests in EC policymaking », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n°4, 1997, pp.572-90. V. aussi Fritz SCHARPF, *Governing in Europe : Effective and Democratic ?*, Oxford, *Oxford University Press*, 1999, 244 pages.

Simon Hix indiquera en ce sens que :

« [...] whereas some Commission Directorate-Generals are heavily linked to transnational business interests, others are "captured" by EU-level environmental, consumer and trade union groups<sup>788</sup> ».

Pour conclure, il est possible de dire que le modèle réglementaire de l'Union européenne est sensible aux préférences collectives et non pas seulement aux intérêts économiques. Les Etats membres ont la responsabilité, vis-à-vis de leurs populations, de les protéger contre la libéralisation effrénée. Celles-ci ne doivent pas être sacrifiées à l'autel des libertés de circulation. Ceci étant dit, il reste à évoquer la question de leur mise en ordre.

## **B. La mise en ordre des objectifs**

Les préférences collectives européennes sont nombreuses et se développent au fil du temps. La consécration prétorienne des exigences impérieuses d'intérêt général témoigne de la non-exhaustivité des valeurs non marchandes. Les préoccupations non économiques des Etats membres évoluent et les institutions européennes se doivent d'en tenir compte. Mais face à ce foisonnement de préférences collectives, la question de leur coordination se pose inéluctablement. Dès lors, un autre objectif des textes européens servira d'instrument de mise en ordre de ces différentes préoccupations non économiques. Il s'agit de l'objectif de cohérence<sup>789</sup>.

Qu'il nous suffise de dire en passant que la cohérence est un principe qui gouverne toutes les politiques européennes. Celle-ci est recherchée aussi bien entre les objectifs qu'entre ceux-ci et les valeurs<sup>790</sup>. La question spécifique des « valeurs de l'Union » sera appréhendée dans la partie qui va suivre.

---

<sup>788</sup> V. Simon HIX, *The Political System of the European Union*, New York, St. Martin's Press 1999, p. 239. Un exemple de ces oppositions entre institutions européennes est donné en matière de santé. Voir les développements de Sébastien GUIGNER, « L'Odyssée de l'administration européenne de la santé : la quête d'un leadership », *Politique européenne*, n° 11, 2003, pp. 31-56.

<sup>789</sup> Le concept de cohérence renvoie à des notions telles que l'harmonie politique ou à la logique. Les dictionnaires donnent de la cohérence l'explication de « ce qui est privé d'autocontradiction ». Bien que les discours politiques recèlent de nombreuses contradictions, il est à noter que l'action de nombreuses organisations non gouvernementales européennes a permis de poser le débat de la cohérence des politiques européennes en relation, particulièrement, avec les pays en développement.

<sup>790</sup> La question des valeurs de l'Union européenne fera l'objet de développements ultérieurs.

Il convient de noter que la dimension « valeurs » des politiques européennes imprègne toute l'action de l'Union. La Charte des droits fondamentaux ainsi que les différents instruments juridiques internationaux relatifs aux valeurs que l'Union promeut, témoignent de l'engagement européen dans ce domaine.

La volonté de l'Union européenne de s'affirmer comme acteur global, aussi bien au niveau interne qu'au niveau international, passe par la prévention de la fragmentation de son action. En effet, « le risque de fragmentation ne réside pas seulement dans la coexistence de l'Union et de ses Etats membres sur le plan international, mais aussi dans l'action de la seule Union, en raison de l'exercice de différentes compétences, qui correspondent aux différents objectifs sectoriels<sup>791</sup> ». Les principes développés par le droit de l'Union européenne en la matière, possèdent une dimension à la fois interne et externe. L'« action de l'Union » ne doit pas être entravée par celle des Etats membres dans les domaines où elle agit. Cette action est parfois nécessaire face au foisonnement des politiques nationales. L'adoption de règles communes par la technique juridique de l'harmonisation sert cet objectif. L'harmonisation des politiques publiques des Etats membres permet d'éviter non seulement les pratiques protectionnistes préjudiciables au marché intérieur, mais elle contribue également à unifier de l'action européenne. Ainsi conformément au devoir de loyauté, les Etats membres se doivent de s'abstenir de mettre en péril l'action de l'UE. Ils doivent « se mettre au service » de l'Organisation.

Au demeurant, la cohérence globale comme outil d'affirmation de l'Union est un objectif du Traité. L'article 21§3 du Traité sur l'UE, soumet l'élaboration et la mise en œuvre des différentes politiques d'action extérieure – y compris les politiques poursuivant un objectif transversal ainsi que les politiques internes dans leurs aspects extérieurs - aux objectifs regroupés dans l'article 21§2 TUE. La mise en œuvre de chaque politique, tout en poursuivant un objectif sectoriel, doit s'inscrire dans une logique de cohérence avec l'ensemble des politiques d'action extérieure. Les préférences collectives que reflètent ces politiques sont soumises au respect de cette exigence. La cohérence entre certaines politiques de l'Union est inhérente à l'interférence des compétences dans la poursuite des objectifs larges<sup>792</sup>.

---

<sup>791</sup> V. Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne : fondements, moyens, principes*, LGDJ, 2010, p. 141.

<sup>792</sup> *Id.*, p. 142.

Le Traité de Lisbonne a multiplié les objectifs à caractère transversal<sup>793</sup>. Ces derniers permettent de garantir une cohérence partielle entre les politiques auxquelles ils correspondent. Ils peuvent être considérés comme des dispositions incontournables des traités fondant l'Union européenne. Au demeurant, Elefthéria Neframi systématise ainsi les différentes dimensions de l'exigence de cohérence en matière de relations extérieures:

« D'un point de vue institutionnel, il peut s'agir de cohérence verticale ou horizontale. Verticale, entre l'action de l'Union et celle des Etats membres aboutissant soit au dessaisissement étatique, soit à la présence conjointe mais unie sur la scène internationale. Horizontale, la cohérence est recherchée dans l'action des institutions de l'Union et notamment dans le dépassement de la diversité des politiques et l'uniformisation des instruments juridiques. D'un point de vue matériel, la cohérence est également recherchée horizontalement, se rapportant au degré d'homogénéité des différentes politiques de l'Union, ou verticalement, dans la coordination de l'action autonome de l'Union et des Etats membres dans le même domaine. Si la cohérence matérielle permet d'éviter les contradictions et d'assurer l'unité dans la représentation internationale de l'Union, la cohérence institutionnelle est susceptible d'attribuer un véritable poids politique à l'Union et la consacrer comme acteur international global<sup>794</sup> ».

La cohérence entre politiques internes et politiques externes est moins un objectif qu'une conséquence<sup>795</sup>. Les clauses de cohérence visent l'exercice intégré des compétences au profit d'un objectif large. Celle relative à la politique de coopération au développement s'inscrit dans cette perspective. La notion de développement sera entendue ici dans son acception large, renvoyant ainsi au concept de développement durable présent de plus en plus dans les différents instruments juridiques internationaux. Le concept de développement intègre non seulement des considérations économiques, mais comporte aussi une dimension non économique, reflet des préférences collectives des Etats. Les questions sociales et environnementales sont ainsi au cœur des politiques de l'Union européenne.

---

<sup>793</sup> V. Valérie MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », in Elefthéria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 177-210. V. plus généralement Elefthéria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 450 pages.

<sup>794</sup> V. Elefthéria NEFRAMI, « Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in Valérie MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 49. V. plus globalement Valérie MICHEL, *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 440 pages.

<sup>795</sup> V. Elefthéria NEFRAMI, « Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne », *op.cit.*, p. 55.

Trois types d'incohérence doivent être évités dans la perspective de la politique de coopération au développement. Il peut s'agir d'une incohérence entre les objectifs de développement du Traité et la politique extérieure de l'Union européenne. L'incohérence peut aussi se manifester entre les politiques de développement de l'UE et les autres politiques intérieures. Il en est ainsi des politiques visant directement les affaires intérieures européennes, tout en étant susceptibles d'avoir des répercussions sur les pays en développement. En outre, la politique de développement de l'Union et la politique de développement des Etats membres pris individuellement, la politique de développement européenne et celles des pays en développement, peuvent également être affectées par l'incohérence.

La problématique de l'incohérence en matière de politique au développement s'est longtemps posée. L'incohérence entre la politique commerciale et la politique de développement était expressément pointée du doigt par les organisations non gouvernementales (ONG)<sup>796</sup>. D'un point de vue politique, la volonté d'assurer la cohérence entre les objectifs de développement et les autres domaines de l'action de l'Union résulte de prises de position des institutions, de rapports, communications et déclarations conjointes. Ainsi, dans une Communication de 2005, la Commission européenne affirmait que « l'engagement de l'UE à l'égard de la cohérence des politiques n'est pas seulement un engagement politique clé dans le contexte des OMD, il a aussi un fondement juridique fort dans le traité CE (article 178). La nouvelle constitution de l'Union européenne confirme cet engagement en termes plus nets encore (article III – 292, article III – 316)<sup>797</sup> ». De même, le Traité constitutionnel assurait la cohérence matérielle par un rapprochement entre les différentes politiques qui constituaient l'action extérieure de l'Union européenne et leurs différents objectifs.

---

<sup>796</sup> C'est ainsi qu'on notait dès 1993, une intense activité des ONG européennes tendant à exercer des pressions contre les subventions des exportations de viande vers l'Afrique de l'Ouest. Elles assimilaient ces exportations à des pratiques d'écoulement de surplus de production, perturbant ainsi les filiales locales de production. V. Paul HOEBINK, « Cohérence des politiques de développement de l'Union européenne », *Tiers-Monde*, Tome 41, n° 164, 2000, pp. 885-902.

<sup>797</sup> V. Communication de la Commission eu Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, Cohérence des politiques au service du développement : Accélérer la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, *COM(2005) 134 final*, Bruxelles, le 12 avril 2005. V. aussi Communication de la Commission eu Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, La cohérence des politiques pour le développement – établissement du cadre politique pour une approche «de toute l'Union», *COM (2009) 458 final*, Bruxelles, le 15 septembre 2009. V. enfin Résolution du Parlement européen sur la cohérence des différentes politiques de l'Union avec la Politique de développement, B5-0118/2000, du 10 février 2000.

En rassemblant les quatre politiques considérées comme éléments de l'action extérieure de l'Union, le Traité tentait d'établir une véritable politique étrangère européenne constituée en un seul bloc. Si ces politiques étaient jusque-là distinctes, les risques de contradiction et d'inefficacité ont conduit les rédacteurs du traité constitutionnel à les rassembler sous les mêmes objectifs pour assurer la cohérence globale de l'action extérieure de l'Union européenne. Dans son rapport sur la cohérence de 2015, la Commission note :

« En poursuivant la cohérence des politiques pour le développement (CPD), l'UE cherche à tenir compte des objectifs de développement dans l'ensemble des politiques susceptibles d'affecter les pays en développement. La promotion de la CPD vise à limiter les contradictions et à créer des synergies entre les différentes politiques de l'UE dans l'intérêt des pays en développement et afin d'accroître l'efficacité de la coopération au développement<sup>798</sup> ».

D'ailleurs, l'Union admet à la fois qu'il est désormais universellement reconnu que le développement des pays pauvres et la réalisation des objectifs du millénaire pour le développement (OMD), passent par une intégration au commerce mondial. Aussi, trouve-t-on dans les accords externes de l'Union trois volets complémentaires ; à savoir le dialogue politique, le volet commercial et l'aide au développement<sup>799</sup>. Leur complémentarité s'explique par le fait que le dialogue politique censé assurer la paix, la sécurité et la bonne gouvernance, constitue un préalable à toute croissance économique, tandis que la croissance économique est nécessaire à la création d'un environnement propice au développement social. L'harmonisation des objectifs conduit l'Union européenne à supprimer l'autonomie de la politique de coopération en considérant qu'elle est interdépendante des autres politiques extérieures. Néanmoins, les institutions européennes ne cessent d'indiquer l'existence des liens qui existent entre l'objectif de développement et les autres objectifs communautaires. Par conséquent, il est nécessaire d'en tenir compte dans la conception et la mise en œuvre des différentes politiques<sup>800</sup>.

---

<sup>798</sup> V. Commission européenne, Rapport 2015 de l'UE sur la cohérence des politiques pour le développement », *SWD (2015) 159 final*, Bruxelles, du 3 août 2015, p. 14.

<sup>799</sup> V. par exemple l'Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, *JOUE* L 84/13, du 20 mars 2004. Voir aussi l'articulation opérée entre ces trois volets dans les différents Accords de partenariat économique.

<sup>800</sup> V. Eleftheria NEFRAMI, « Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne », *op.cit.*,

V. aussi Laurent LEVARD, *La cohérence des politiques commerciales et agricoles avec les objectifs de développement*, Coordination SUD, septembre 2011, 56 pages.



Dans la pratique juridique de l'Union européenne, différents instruments de cohérence globale ont été adoptés. A la différence des instruments servant un objectif large qui mobilisent l'exercice intégré de plusieurs compétences, « les instruments de cohérence globale ne réalisent pas d'objectif matériel concret, mais encadrent l'exercice futur des compétences à l'égard d'une région, d'un pays ou à propos d'une thématique, dans le but de cohérence<sup>801</sup> ». Sous le régime du traité de Nice, un tel instrument était la stratégie commune.

*Les stratégies communes*<sup>802</sup> peuvent concerner les relations de l'Union avec un pays ou une région ou avoir une portée thématique. Elles établissent des priorités et opèrent à la « conciliation » des objectifs nécessaire à leur approche globale. Les stratégies européennes apparaissent ainsi comme un instrument matérialisant l'approche intégrée des compétences externes. *Les instruments de soft law* servent également la cohérence globale. Dans cette perspective, *les plans d'action*, en fixant à l'égard des pays tiers des obligations afin que ces derniers alignent leur législation sur celle de l'Union, abordent globalement les différents domaines de compétence de l'Union. Reflétant la politique globale de l'Union européenne à l'égard des Etats tiers, les plans d'action présupposent la cohérence matérielle des différentes actions. Il convient d'ajouter que ces plans d'action permettent une exportation du modèle européen, et non « un simple processus ou coopération<sup>803</sup> ». Enfin, il convient d'ajouter que les instruments opérationnels adoptés dans le cadre de l'exercice d'une compétence sectorielle d'objectif large – la coopération au développement ou la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers – sont simplifiés et regroupés autour d'instruments géographiques ou thématiques d'approche globale. Ces instruments permettent d'assurer un appui matériel à l'exercice intégré des compétences et sont adoptés sur la base d'une stratégie pluriannuelle globale. C'est ainsi qu'en 2006, de nombreux instruments avaient été adoptés dans le cadre des politiques de coopération au développement et de coopération économique, financière et technique avec les pays tiers<sup>804</sup>.

---

<sup>801</sup> V. Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne : fondements, moyens, principes*, *op.cit.*, p. 149.

<sup>802</sup> *Id.*

<sup>803</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>804</sup> V. Règlement (CE) n° 1085/2006 du Conseil du 17 juillet 2006 établissant un instrument d'aide de préadhésion (IAP), *JOUE* L 210/82, 31 juillet 2006. Ce règlement est adopté dans le cadre de la coopération économique, financière et technique avec les pays tiers et s'adresse aux pays candidats à l'adhésion. V. aussi Règlement (CE) n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, *JOUE* L 310/1, 9 novembre 2006. Il est adopté sur la double base juridique de la coopération au développement et de la coopération économique, financière et technique ; Règlement (CE) n° 1905/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 établissant un instrument de financement de la coopération au développement, *JOUE* L 378/41, du 27

Les préférences collectives européennes ne se limitent pas aux objectifs de l'Union européenne ; elles portent aussi sur ses valeurs.

## **§2. Les préférences collectives européennes : valeurs de l'Union et de ses Etats membres**

Comme on l'a fait avec les objectifs de l'Union et de ses Membres, la même méthode sera adoptée dans le cadre de l'étude des valeurs de ces deux entités. Aucune distinction ne sera opérée. Toutes les valeurs européennes seront prises dans leur ensemble. A partir de là, on verra quelle importance revêtent les valeurs européennes (A) mais surtout leur effectivité (B).

### **A. L'importance reconnue aux valeurs**

Les accords externes de l'Union européenne laissent une place importante à ses valeurs. L'Union portait dès son origine un projet politique qui dépassait la construction du seul marché unique. D'ailleurs, elle fonde son identité commune sur un socle de valeurs que les Etats membres ont en partage. Le concept de « valeurs » entretient ainsi d'étroites relations avec celui d' « identité ». Les valeurs structurent non seulement la dimension interne de l'identité européenne, mais aussi sa dimension externe. Elles pèsent de tout leur poids sur l'image que l'Union donne, ou souhaite donner d'elle, à travers le monde<sup>805</sup>.

---

décembre 2006. Il est adopté dans le cadre de la politique de coopération au développement. Il s'adresse aux pays et territoires ne pouvant pas aspirer à l'adhésion. Tous ces instruments étaient valables jusqu'au 31 décembre 2013. V. aussi Règlement (CE) n° 1717/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 instituant un instrument de stabilité, *JOUE L 372/1*, 24 novembre 2006. Il est adopté sur la base de la coopération au développement. V. enfin Règlement (CE) n° 1889/2006 du 20 décembre 2006 instituant un instrument financier pour la promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans le monde, *JOUE L 386/1*, 29 décembre 2006. Il a été adopté sur la double base juridique de la coopération au développement et de la coopération économique, financière et technique. Tous ces règlements étaient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013.

<sup>804</sup> V. Commission européenne, Document de travail des services de la Commission : Rapport 2015 de l'UE sur la cohérence des politiques pour le développement, SWD(2015) 159 final, Bruxelles, le 3 août 2015. V. aussi les rapports précédents de l'UE sur la cohérence des politiques au service du développement de 2007, 2009, 2011 et 2013.

<sup>805</sup> V. Jean-Louis QUERMONNE, *L'Union européenne dans le temps long*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2008, p 113. L'auteur y affirme que: « plutôt que de chercher dans son histoire ou sa géographie des racines qui marqueraient son identité ou d'emprunter par mimétisme à d'autres ensembles un statut préexistant qui la définirait, l'Union européenne tend elle à regarder vers l'avenir en fondant sa singularité sur des valeurs. C'est là sa pièce d'identité, même si elle ne doit pas faciliter à l'avenir les conditions de nouvelles adhésions, ni assouplir la nature des relations qu'elle sera appelée à entretenir avec l'ensemble des Etats de la planète! Mais ce sera sa vocation et sa spécificité ».

Les valeurs consacrées par le Traité de Lisbonne constituent la résultante d'un long processus de maturation. A mesure que le système juridique de l'Union européenne s'étendait et se complexifiait, la mise en avant de ces valeurs devenait pressante<sup>806</sup>. La consécration des valeurs européennes trouve sa logique dans le parachèvement d'un processus d'affirmation enclenché en 1973 par la Déclaration sur l'identité européenne.

La Déclaration de Copenhague de 1973 portait les germes de l'affirmation à laquelle procédera le Traité de Lisbonne par la suite. Elle fondait cette identité sur un certain nombre de valeurs partagées par les Etats membres. Certains passages de ladite déclaration, plaçaient les valeurs au centre de la construction européenne<sup>807</sup>. Celles-ci étaient au premier rang des préoccupations des chefs de gouvernement. Quelques années après cette première déclaration, la Déclaration solennelle sur l'Union européenne du 19 juin 1983 promouvait « la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux [...] notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ». Elle se fondait « sur la conscience d'une communauté de destin et sur la volonté d'affirmer l'identité européenne »<sup>808</sup>.

L'Acte unique européen s'inscrit dans la même dynamique. S'il ne joue pas un rôle majeur dans l'affirmation de l'Union comme Union de valeurs, il ne dément pas la filiation axiologique contenue dans les deux précédentes déclarations. Les valeurs qui fondent l'identité de l'Union européenne y sont rappelées.

Le Traité précisait que les chefs de gouvernements étaient « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des Etats membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale<sup>809</sup> ». Bien que ces textes soient de nature différente, ils symbolisent une ambition commune, marquant l'impulsion d'un processus d'affirmation identitaire. Le concept de « principes » a parfois été utilisé pour renvoyer à celui de « valeurs ».

---

<sup>806</sup> V. Simon LABAYLE, « Les valeurs européennes (1992/2012- Deux décennies d'une Union des valeurs) », *RQDI*, 2012, Hors-série, p. 42.

<sup>807</sup> V. Préambule de la Déclaration sur l'identité européenne : « [d]ésireux d'assurer le respect des valeurs d'ordre juridique, politique et moral auxquelles ils sont attachés, soucieux de préserver la riche variété de leurs cultures nationales, partageant une même conception de la vie, fondée sur la volonté de bâtir une société conçue et réalisée au service des hommes, ils entendent sauvegarder les principes de la démocratie représentative, du règne de la loi, de la justice sociale finalité du progrès économique et du respect des droits de l'homme, qui constituent des éléments fondamentaux de l'identité européenne ».

<sup>808</sup> V. Déclaration solennelle sur l'Union européenne de 1983.

<sup>809</sup> V. Acte Unique Européen de 1986.

Le Traité de Maastricht pose les premiers jalons d'une affirmation concrète et explicite des valeurs dans le droit primaire de l'Union européenne. Le texte confirme l'attachement aux principes « de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit » des gouvernements et des citoyens de l'Union (article 2 Traité sur l'Union européenne). A sa suite, le Traité d'Amsterdam pose aussi un jalon important. L'article F remanié affirmait que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit <sup>810</sup>», tout en prenant le soin de rappeler que ces principes sont « communs aux Etats membres ». Par ailleurs, le traité conférait à ces principes une toute autre portée. L'article F leur offrait une protection concrète par l'insertion d'un article F§1 <sup>811</sup>. Le mécanisme de ce dernier article symbolisait le statut particulier dont bénéficiaient les valeurs de l'Union. Dans cette perspective, celle-ci était censée disposer des moyens de contrôler le respect, par les Etats membres, des valeurs qui sous-tendaient la construction européenne. En outre, le Traité de Nice ne révolutionnait pas le processus d'affirmation de l'UE comme Union de valeurs. La réécriture de l'article 7 complétait, cependant, l'opportunité de sanctionner une « violation grave des valeurs de l'Union » par celle de sanctionner un « risque de violation grave <sup>812</sup>».

La Commission relevait à ce sujet que « la notion de risque, introduite par le Traité de Nice, en vue de permettre une intervention préventive de l'Union, semble être propre au système juridique de l'Union <sup>813</sup> ». Cela forçait naturellement les institutions à une surveillance constante. Enfin le Traité de Lisbonne réfère aux valeurs de l'Union. Leur influence historique est soulignée dès le Préambule. De nouvelles valeurs apparaissent dans le corpus européen.

---

<sup>810</sup> V. Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *JOCE* C 340/1, 2 octobre 1997.

<sup>811</sup> V. Article F.1 « Le Conseil [...] peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre de principes énoncés à l'article F, paragraphe 1, après avoir invité le gouvernement de cet État membre à présenter toute observation en la matière ».

<sup>812</sup> V. Article 7.1: « Le Conseil [...] peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre de principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, et lui adresser des recommandations appropriées. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut, statuant selon la même procédure, demander à des personnalités indépendantes de présenter dans un délai raisonnable un rapport sur la situation dans l'État membre en question ».

<sup>813</sup> V. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, *COM (2003), 606 final*, du 28 octobre 2003, p. 7.

Sont ainsi consacrées au rang de valeurs européennes, entre autres, le respect de la dignité humaine ainsi que celui des droits des personnes appartenant à des minorités. Au demeurant, dans le cadre de sa pratique conventionnelle, l'Union européenne cherche à protéger ses valeurs en lien avec sa politique commerciale commune. C'est ce que rappelle Tsoukalis, cité par Jan Orbie, en ces termes :

« The Europeans have values as well as goods and services they would like to export. These values include a developed sensitivity for environment, the rights of workers, and distributional justice. They form part of European model, if there is to be one »<sup>814</sup>.

Le respect des droits fondamentaux apparaît dans l'affaire *Kadi* comme une valeur si essentielle qu'elle détermine les relations que l'Union entretient avec le reste de la communauté internationale. A la lumière de la jurisprudence de la Cour, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. Il en infère que les obligations « qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du Traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux<sup>815</sup> ». La Cour suivait en cela les recommandations assez précises de l'Avocat général Maduro dans ses conclusions :

« [...] la Cour ne saurait, contrairement aux opinions exprimées par ces institutions, faire fi des valeurs fondamentales sur lesquelles repose l'ordre juridique communautaire et qu'elle se doit de protéger [...]. Par conséquent, dans des situations dans lesquelles des valeurs fondamentales de la Communauté sont en jeu, la Cour peut être appelée à apprécier, et éventuellement à annuler, des mesures adoptées par les institutions communautaires, même lorsque ces mesures reflètent les souhaits du Conseil de sécurité »<sup>816</sup>.

C'est dire toute l'importance qu'ont les valeurs européennes dans le dispositif juridique de l'UE. Aussi la volonté de les rendre effectives est clairement manifestée à travers la politique commerciale commune de l'Union.

---

<sup>814</sup> V. Jan ORBIE, « Values in European Union trade policy Promoting development of the South ? », in Christian FRANCK et Geneviève DUCHENNE, *L'action extérieure de l'Union européenne : rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques et valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 298.

<sup>815</sup> V. CJCE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c Conseil et Commission*, aff. jtes n° C-402/05 P et C-415/05 P, 3 septembre 2008, p. 283.

<sup>816</sup> V. *Yassin Abdullah Kadi c Conseil et Commission*, « Conclusion de l'avocat général M Poireres Maduro », C-402/05 P, [2008] ECR I-06351 au para 44.

## B. L'effectivité des valeurs de l'Union européenne

Les valeurs de l'Union européenne fondent l'interdiction du commerce dans certains domaines (1). Leur promotion à travers les accords externes s'effectue à travers diverses approches (2).

### 1. Les valeurs européennes : cause d'interdiction du commerce entre l'Union et les Etats tiers

L'attachement de l'Union européenne au respect de la dignité humaine<sup>817</sup>, reflété à travers ses engagements internationaux en matière de respect des droits fondamentaux<sup>818</sup>, justifie l'interdiction de la commercialisation des équipements de torture, marchandises comme les autres. L'Union européenne estime que « nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »<sup>819</sup>. C'est pourquoi elle a décidé, depuis 1995, d'insérer dans ses accords commerciaux externes, une clause relative au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'objectif affiché participe de la politique européenne orientée vers l'abolition universelle de la peine de mort et l'interdiction de soumettre des individus à des peines ou traitements inhumains. C'est dans cette perspective que s'inscrit le Règlement du Conseil du 27 juin 2005<sup>820</sup>. Celui-ci vise à instaurer à l'échelle de l'Union, des règles régissant le commerce, avec les pays tiers, de biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale ou destinés à la torture<sup>821</sup>. En harmonisant ses règles ne la matière, l'Union européenne entend :

« [...] protéger les principes éthiques de la société, garantir que les opérateurs économiques ne tirent aucun profit d'un tel commerce ou pratiquent ce commerce de manière incompatible avec les orientations de l'Union, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que les conventions internationales »<sup>822</sup>

---

<sup>817</sup> V. Charte des droits fondamentaux et l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.

<sup>818</sup> V. Article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la Résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975 de l'Assemblée générale des Nations-Unies.

<sup>819</sup> V. Article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

<sup>820</sup> V. Règlement 1236/2005 du Conseil, du 27 juin 2005 concernant le commerce de certains bien susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *JOUE* L 200, du 30 juillet 2005.

<sup>821</sup> V. Article 2 du Règlement 1236/2005 précité.

<sup>822</sup> V. Jacques BOURGEOIS, *La politique commerciale commune*, op. cit., p. 253.

Le Règlement opère néanmoins une distinction entre « équipements qui n'ont d'autre utilisation pratique que celle d'infliger la peine capitale, la torture et/ou des traitements inhumains et dégradants » et « équipements non exclusivement destinés à ces fins ». En ce qui concerne la première catégorie, l'interdiction des importations et des exportations est absolue, ainsi que toute assistance technique à leur fabrication<sup>823</sup>. Quant à la seconde, le Règlement soumet leur commercialisation à un contrôle. Par conséquent, une autorisation préalable est requise quelle que soit leur provenance<sup>824</sup>. A travers cette réglementation, il devient possible de constater que la promotion des valeurs de l'Union européenne n'est pas une simple vue de l'esprit à travers sa pratique conventionnelle.

Ce règlement constitue un cas concret de priorisation des valeurs européennes sur la libéralisation des échanges. L'Union n'est, par voie de conséquence, pas uniquement animée par des objectifs commerciaux ; les valeurs qu'elle cherche à promouvoir à travers ses relations conventionnelles, peuvent constituer de sérieux obstacles non tarifaires. A partir de là, on voit toute l'importance qu'occupent les valeurs européennes dans les différentes politiques de l'Union. Ces valeurs peuvent constituer des obstacles au commerce entre l'UE et les Etats tiers.

## 2. L'internationalisation des valeurs européennes à travers les accords externes

L'Union européenne, parallèlement à sa propre mutation vers une union politique et un approfondissement de la communauté de droit, a enclenché une internationalisation de ces mêmes valeurs fondatrices<sup>825</sup> par le biais, notamment, de sa politique de coopération au développement. Cette exigence aboutit à la formalisation et à l'insertion dans les accords externes d'un certain nombre de dispositions portant sur le respect des droits de l'homme. Ces clauses sont désignées par la pratique à travers diverses expressions telles que la clause « fondement » ou encore la clause « élément essentiel »<sup>826</sup>.

---

<sup>823</sup> V. Article 3 du Règlement 1236/2005.

<sup>824</sup> V. Article 5 du Règlement 1236/2005.

<sup>825</sup> V. Joël MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2005, p. 64.

<sup>826</sup> La « clause fondement » que l'on retrouve dans différents instruments ne prévoit en principe pas de sanction. Elle est ainsi libellée : « *Les relations économiques et toutes les dispositions de l'accord se fondent sur le respect des principes démocratiques et les droits de l'homme qui inspirent les politiques internes et internationales tant de la Communauté que de l'Etat contractant* ». A partir de 1992, cette clause disparaît dans de nombreux accords avec les pays tiers parce que peu efficace, pour faire place à la clause « droits de l'homme » qui, dans sa dernière version, devient la clause « élément essentiel ».

La question qui se pose est celle de savoir quelle serait la légitimité<sup>827</sup> d'une projection systématique sur des pays tiers, de valeurs identitaires européennes? Bien que les droits de l'homme aient une vocation universelle, l'imposition des valeurs européenne ne contribuerait-elle pas à la négation des aspirations des citoyens des sociétés non européennes ?<sup>828</sup> Cela dit, du point de vue du droit positif, de nombreux Etats non européens ont bien ratifié, d'une part, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, d'autre part, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. Il est aussi utile de souligner que de nombreuses dispositions de la Déclaration *universelle des droits de l'homme de 1948* (DUDH) ont été insérées dans les instruments juridiques nationaux parfois au rang constitutionnel.

La pratique conventionnelle européenne à l'égard d'un certain nombre de pays en développement est marquée par l'existence d'une interconnexion entre le système généralisé de préférences (SGP) et les accords externes. La jonction est effectuée à ce niveau entre l'unilatéral et le conventionnel. Ainsi, dans le cadre de sa politique de coopération au développement, l'Union européenne a établi un ensemble de mesures tarifaires au profit de certains produits industriels et agricoles en provenance de pays en développement<sup>829</sup>.

---

Cette clause conçoit les droits de l'homme, le respect des principes démocratiques comme « élément essentiel des relations conventionnelles », donc un sujet d'intérêt commun. Elle contient une « clause de non-exécution » qui confère aux différentes parties, un pouvoir de sanction. La « clause balte » repose sur l'urgence d'une situation et exclut toute consultation préalable. Elle est dite balte pour avoir été insérée pour la première fois dans les accords avec les pays baltes, l'Albanie et la Slovaquie. Quant à la « clause bulgare », elle est une clause générale de non-exécution qui suppose des consultations avant toute sanction. Elle stipule : « Si une partie considère que l'autre n'a pas rempli l'une des obligations que lui impose le présent accord, elle peut prendre des mesures appropriées. Auparavant, elle doit, sauf en cas d'urgence spéciale, fournir au Conseil d'association (ou de coopération) toutes les informations pertinentes nécessaires à un examen approfondi de la situation en vue de rechercher une solution acceptable pour les parties. Ce choix doit se porter par priorité sur les mesures qui perturbent le moins le fonctionnement de l'accord ».

<sup>827</sup> V. Saïd HAMMAMOUN, « Droits de l'homme et conditionnalité dans les accords de coopération de l'Union européenne : quelle logique juridique ? », *Revue générale de droit*, vol. 40, n°1, 2010, pp. 145-178.

<sup>828</sup> V. Le Préambule de la Charte des Nations-Unies souligne : « *Nous peuples des Nations-Unies, résolu...*, à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples ». C'est bien dans cette perspective qu'il faut comprendre l'article 8 du Préambule du Traité de Rome du 25 mars 1957 lorsqu'il affirmait « *la solidarité qui lie l'Europe aux PTOM* » et proclamait la volonté des Etats membres « *d'assurer le développement de leur prospérité conformément à la Charte des Nations* ».

<sup>829</sup> Au regard du droit de l'OMC, des dérogations ont dues être demandées par l'Union européenne pour poursuivre l'application de son régime préférentiel.



Le cadre normatif de ses préférences tarifaires est constitué par une batterie de règlements communautaires<sup>830</sup>. Il en était ainsi, par exemple, de l'article 9 d'un règlement n° 2820/98<sup>831</sup> du Conseil portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1999 au 31 décembre 2001, qui induisait une implicite clause de conditionnalité liée de façon générale au respect des droits de l'homme. Il instituait un régime de *retrait d'avantages octroyés en cas de fabrication et d'exportation des biens réalisés à l'aide du travail de prisonniers, éventuellement d'enfants ou grâce au travail forcé des personnes ayant le plus souvent le statut d'esclaves*<sup>832</sup>. Cependant, cette disposition au carrefour « des clauses relatives au droit de l'homme et de ce qu'il convient d'appeler la clause sociale est apte par son amphibologie à être taxée par les pays en développement de mesures protectionnistes nonobstant le concept d'indivisibilité des droits »<sup>833</sup>.

---

<sup>830</sup> Trois régimes sont prévus et les pays bénéficiaires changent en fonction des critères d'éligibilité. Il s'agit du régime général, du « SGP + » et de l'initiative « Tout sauf les armes ». Pour ce qui est du régime général SGP, au moment où s'achevaient les négociations sur le cycle d'Uruguay en 1994, était en vigueur le Règlement n° 3281/94 du Conseil du 19 décembre 1994 appliquant un système quadriennal de préférences tarifaires généralisées (de 1995 à 1998), en ce qui concerne certains produits industriels en provenance des pays en développement, *JOCE* L 348/1, du 31 décembre 1994. Dans sa version modifiée par le Règlement n° 2623/97 du Conseil du 19 décembre 1997, *JOCE* L 354/9, 1997. On peut citer aussi le Règlement n° 1256/96 du Conseil du 20 juin 1996 appliquant des systèmes pluriannuels de préférences tarifaires généralisées du 1<sup>er</sup> juillet 1996 au 30 juin 1999 en ce qui concerne certains produits agricoles originaires des pays en développement, *JOCE* L 160/1, du 29 juin 1996. Dans sa version modifiée par le Règlement 2623/97 du Conseil du 19 décembre 1997, *JOCE* L 354/9, 1997. V. Le Règlement n° 2820/98 du Conseil portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1999 au 31 décembre 2001, *JOCE* L 357 du 30 décembre 1998. Il a été modifié par le Règlement n° 416/2001 du Conseil, *JOUE* L 60 du 1<sup>er</sup> février 2001. Règlement n° 2501/2001 du Conseil portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 décembre 2004, *JOCE* L 346 du 31 décembre 2001. Le régime général fait l'objet de modifications périodiques. En ce qui concerne les régimes spéciaux, on peut citer le régime spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance et l'initiative Tous sauf les armes pour les PMA. V. enfin le Règlement (UE) 978/2012 du Parlement européen et du Conseil, appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil, *JOUE* L 303/1, du 25 octobre 2012.

<sup>831</sup> V. Le Règlement n° 2820/98 du Conseil portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1999 au 31 décembre 2001, *op.cit.*

<sup>832</sup> *Id.*

<sup>833</sup> V. Joël MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 72. Les pays en développement ont exprimé un certain nombre de réserves dans la déclaration ministérielle de Singapour de 1996 dans le cadre de l'OMC : « Nous rejetons l'usage des normes du travail à des fins protectionnistes et convenons que l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaire, ne doit en aucune façon être remis en question » (OMC, *Déclaration ministérielle de Singapour du 13 décembre 1996*, § 4, WT/MIN (96)/DEC/W). L'avis du Comité économique et social sur les droits de l'homme au travail reconnaît « la complexité des rapports entre, d'une part, le commerce et le développement social et, d'autre part, le commerce et la lutte contre la pauvreté ».

Globalement, le SGP de l'Union européenne permet aux pays en développement d'accéder au marché communautaire dans des conditions très avantageuses, notamment en termes de droits de douane. Les critères d'éligibilité peuvent porter sur des préférences collectives européennes. Il en est ainsi du régime d'encouragement en faveur du « développement durable, de la bonne gouvernance ou du respect des droits des travailleurs ». L'inobservance de ces exigences entraîne un retrait de la liste des pays bénéficiaires ; retrait qui peut être considéré comme étant constitutif d'un manque à gagner pour les pays en développement, donc d'un obstacle non tarifaire. L'obstacle ne provient pas de l' « élévation du niveau des droits de douane ou de leur non abaissement ». C'est le non respect de certaines préférences collectives qui en est la source.

Cela dit, la clause « élément essentiel », contenue dans certains accords externes, repose souvent sur le tryptique « Etat de droit, démocratie, droits de l'homme ». Sa présence dans ces derniers n'a pas toujours été notée. Elle coïncide d'une part, avec un contexte historique précis caractérisé par les mutations géopolitiques à l'intérieur et à la périphérie de l'Union et, d'autre part, avec l'affirmation d'une corrélation entre les valeurs démocratiques, les droits de l'homme et le développement économique. Ainsi, dans une formulation quasi identique, la clause relative aux droits de l'homme est, de manière systématique, insérée dans la plupart des accords avec les pays en développement depuis le début des années 1990<sup>834</sup>. Cependant, les clauses « éléments essentiels » n'ont jamais permis la « suspension d'un lien conventionnel ». Deux raisons à cela. Il s'agit d'abord de l'absence d'un mécanisme de sanction. Cela est, ensuite, dû à des considérations éminemment politiques. Entre l'approche persuasive et l'approche coercitive, l'Union européenne a privilégié plutôt la première. Il apparaît tout de même que l'Union européenne tient compte au cas par cas des intérêts économiques en présence et du poids géopolitique de chaque Etat.

---

Dans cet avis, et *a contrario*, le Comité tente de montrer que « *les normes fondamentales de travail ne doivent pas être considérées comme une politique protectionniste déguisée de la part des pays industrialisés et souligne que le commerce international a besoin des règles internationales, tout particulièrement en ce qui concerne les droits fondamentaux des travailleurs* ». (Bull. UE, 7/8-2001, p. 11).

<sup>834</sup> V. Barbara BRANDTER and Allan ROSAS, « Human Rights and the External Relations of the European Community : An Analysis of Doctrine and Practice », *E.J.I.L.*, n° 3, 1998, pp. 468-490. V. aussi Joël LEBULLENGER, « La rénovation de la politique de développement de la Communauté », *Revue trimestrielle de droit européen*, n°30, 1994, p. 651. La Commission a eu à récuser l'existence de la conditionnalité démocratique. V. Règlement (CE) n° 976/99 du 29 avril 1999, *JOCE* L 120 du 8 mai 1999, p. 1. V. aussi Pieter J. KUYPER, « Trade Sanctions, Security and Human Rights », in Marc MARESCAU (ed.), *The European Community's Commercial Policy after 1992 : the legal Dimension*, Dordrecht, Martinus Nijhoff-Kluwer, 1993, pp. 387-422.

Au demeurant, les conventions de Lomé et de l'accord de Cotonou offraient une gamme complète de mécanismes d'incitation au respect des principes fondateurs de nature politique et de des mécanismes de sanction. De ce point de vue, et parce qu'elles constituent « les seuls cas concrets de mise en œuvre de sanction, elles méritent un examen approfondi. En effet, l'espace UE/ACP peut être qualifié de véritable laboratoire de la politique extérieure de l'Union européenne »<sup>835</sup>. La clause essentielle dans la Convention de Lomé IV révisée était assortie d'un des éléments de la clause complémentaire à savoir la clause « bulgare » de suspension doublée d'un mécanisme de consultation sur une base paritaire<sup>836</sup>. Elle prévoyait également de façon substantielle les cas de suspension unilatérale en cas d'urgence comme prévu dans la clause « balte »<sup>837</sup>.

Par ailleurs, des actions positives et préventives sont prévues dans la pratique conventionnelle européenne. Elles concernent notamment l'aide à la restructuration du secteur public, l'aide au développement d'une société civile pluraliste, l'aide à la protection des groupes vulnérables. Elles concernent également la mise en œuvre des processus électoraux et le renforcement du pouvoir judiciaire<sup>838</sup>. Dans le cadre des accords commerciaux, le respect par les pays tiers des standards de l'OIT n° 87, 98, 138 qui consacrent la liberté syndicale, le droit à la négociation, la stricte réglementation du travail des enfants, aboutit à une sorte de prime caractérisée notamment par l'octroi d'avantages commerciaux supplémentaires. En ce qui concerne les actions négatives, la plupart des accords passés par l'Union européenne avec les pays tiers ont prévu des clauses d'inexécution de l'accord en cas de violation substantielle des « éléments essentiels de l'accord<sup>839</sup> ». Ces clauses insistent sur la nécessité, sauf cas d'urgence, d'adopter des « mesures appropriées<sup>840</sup> ». En théorie, chaque partie peut se prévaloir de ce manquement. En pratique, il s'agit d'un pouvoir de sanction dont dispose l'Union européenne<sup>841</sup>.

---

<sup>835</sup> V. Joël MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 74.

<sup>836</sup> V. Article 366 bis de la Convention.

<sup>837</sup> *Id.*

<sup>838</sup> V. Articles 2, 68 et 74 de l'Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et la République de Macédoine, précité.

<sup>839</sup> V. Article 19 de l'Accord de coopération avec le Laos (Décision du Conseil du 10 novembre 1997 concernant la conclusion de l'accord de coopération entre la Communauté européenne et le Laos, *JOCE* n° L 334 du 5 décembre 1997), ou encore de l'article 16 de l'accord de coopération avec le Bangladesh (Accord entre la Communauté européenne et el Bangladesh, *JOCE* n° L 118, du 30 mars 2001).

<sup>840</sup> V. Accord intérimaire sur le commerce entre la Communauté européenne et les Etats-Unis du Mexique, *JOCE* n° L 226 du 13 août 1998.

<sup>841</sup> V. Lorand BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 336 pages. V. aussi V. René CANDUSSO, « Zimbabwe, droits de l'homme et Assemblée parlementaire conjointe ACP-UE », *Revue du marché commun*, n° 464, janvier 2003, pp. 21-23.

## SECTION 2

### L'ENCADREMENT DES PREFERENCES COLLECTIVES EUROPEENNES PAR LA COUR DE JUSTICE

La garantie de la libre circulation des biens et des services au sein du marché intérieur n'est pas seulement assurée au profit des Etats membres. Elle l'est aussi au profit des partenaires de l'Union européenne. Le franchissement des frontières européennes par les biens et services en provenance des pays tiers, permet à ces derniers d'obtenir le statut communautaire et de se voir appliquer les règles établies au sein du marché européen. Par conséquent, ces libertés de circulation occupent une place importante dans la pratique conventionnelle européenne, quoique les accords externes ne les invoquent pas expressément.

Ainsi les opérateurs économiques des Etats tiers tout en bénéficiant de ces libertés, sont subséquemment exposés aux différentes contraintes juridiques internes à l'Union européenne. L'interdiction des obstacles au commerce est un principe établi au sein de l'ordre juridique européen. L'invocation de justifications économiques pour interdire le mouvement libre des échanges a fait l'objet d'une prohibition de la part de la Cour de justice depuis les affaires *Campus Oil et Duphar*<sup>842</sup>. Néanmoins, la poursuite d'un certain nombre d'objectifs non commerciaux a été admise, sous conditions, par l'instance judiciaire européenne. Ainsi, dans la perspective qui nous occupe, il est intéressant de voir à quel point les biens et services étrangers peuvent être affectés par les politiques nationales des Etats membres de l'UE, à la suite du franchissement des frontières européennes. Les garde-fous établis par la Cour de justice quant à la possibilité, pour les Etats membres, de prendre des mesures non économiques (§1), interviennent inéluctablement dans le cadre des relations que l'Union entretient avec ses partenaires. Bien entendu, il n'est pas permis d'exposer ici l'architecture juridique de chacun des Etats avec lesquels l'Union a conclu des accords traitant des obstacles non tarifaires. Ce serait une tâche bien trop ambitieuse. L'important est d'analyser le raisonnement suivi par la Cour dans la perspective des justifications apportées par les Etats lors de l'adoption de mesures obstruant le commerce intra-européen (§2).

---

<sup>842</sup> V. CJCE, *Campus Oil Limited et autres contre Ministre pour l'industrie et l'énergie et autres*, aff. C- 72/83, du 10 juillet 1984 et CJCE, *Duphar BV et autres contre Etat néerlandais*, aff. C- 238/82, du 4 février 1984.

## **§1. Le glissement du contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne**

Le contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne sur les préférences collectives, au sein du marché intérieur, a été initialement fondé sur le substratum des Traités de l'UE (A). Ceci dit, avec l'évolution du marché intérieur de l'Union, la Cour a été conduite à consacrer, par le biais de sa théorie des exigences impératives d'intérêt général, l'émergence de nouvelles préférences collectives (B).

### **A. Un contrôle initialement limité aux préférences contenues dans les traités**

Lors de la rédaction des traités, il était peu concevable de mettre en place un système répressif des entraves à la libre circulation, au travers du principe général d'interdiction, sans accorder aux Etats une relative souplesse quant à la gestion des intérêts nationaux prééminents.

La protection légitime desdits intérêts devait passer par la remise en cause des libertés de circulation<sup>843</sup>. Ce sera chose faite. C'est ainsi que l'article 36 TFUE permet aux Etats membres de protéger leurs préférences collectives au prix d'une entrave au commerce intra-européen<sup>844</sup>. Cette disposition énumère diverses raisons tirées de l'intérêt général, qui peuvent suggérer aux Etats membres un comportement restrictif aux échanges mais selon des conditions sévèrement interprétées par la Cour. Cependant, le socle initial des dérogations au principe de libre circulation des marchandises ne sera pas suffisant pour appréhender les multiples manifestations des préférences collectives des Etats membres, d'autant plus que le juge de l'Union se livrera à une interprétation restrictive des arguments avancés par les Etats membres.

---

<sup>843</sup> V. Joël MOLINIER et Nathalie DE GROVE-VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, LGDJ, 2008, 230 pages.

<sup>844</sup> V. L'article 36 TFUE établit que « les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de la préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété intellectuelle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ».

C'est dans ces conditions que le système de protection des intérêts essentiels des Etats a fait l'objet d'une double contribution, celle des traités et celle du juge de l'Union lequel, à l'occasion d'un arrêt de principe, viendra inscrire une nouvelle catégorie de dérogations. La Cour a néanmoins eu à préciser la symétrie entre les deux types de dérogations, notamment au regard de leurs conditions d'application<sup>845</sup>.

Alors qu'ils consacrent le principe de libre circulation, les rédacteurs du Traité prévoyaient, en parallèle, la faculté pour les Etats membres, de justifier une interdiction ou une restriction aux échanges dès l'instant qu'il est impératif pour eux de protéger l'intérêt public entendu dans une pleine diversité. Les mesures dûment invoquées en ce sens, portant atteinte à la libre circulation des échanges, doivent entrer dans le champ d'application de l'article 36 TFUE et répondre à de sévères conditions d'application. La formulation de l'article 36 TFUE présente un champ d'application dont les éléments sont énumérés de manière précise. Le champ d'application est d'autant plus restreint que toute mesure protectrice ou de contrôle aux frontières, dont un Etat serait auteur, doit être entreprise dans le cadre strict de la réglementation de l'Union.

Par exemple, une mesure restrictive n'est pas fondée dès lors qu'une directive d'harmonisation est adoptée. L'Etat membre n'est plus en mesure d'établir des exigences différentes – en matière de santé publique par exemple - de celles fixées par la directive. Il y a prévalence de la compétence communautaire sur la compétence nationale. Néanmoins, l'Etat pourra conserver une compétence résiduelle, tirée de l'article 36 TFUE, si la directive le prévoit expressément. On assiste ainsi à l'exercice de compétences concurrentes<sup>846</sup>.

La compétence nationale peut aussi être exercée en raison de l'incomplétude d'une directive. Il en est ainsi dans l'hypothèse de l'absence d'harmonisation complète<sup>847</sup>. La Cour de justice a précisé que l'article 36 TFUE ne vise pas des situations de nature économique. Elle rappelle régulièrement que « les motifs de caractère purement économique ne peuvent constituer des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 TFUE de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité<sup>848</sup> ».

---

<sup>845</sup> V. CJCE, *ATRAL*, aff. C-14/02, du 8 mai 2003, *Rec.*, p. I-4431 et CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République de Portugal*, aff. C-265/06, du 10 avril 2008, *Rec.*, p. I-2245.

<sup>846</sup> V. CJCE, *Carlo Tedeschi contre Denkavit Commerciale Srl*, aff. 5/77, du 5 octobre 1977, *Rec.*, p. 1555.

<sup>847</sup> V. CJCE, *Laboratoire Lyocentre*, aff. C-109/12, du 3 octobre 2013.

<sup>848</sup> V. CJCE, *TK-Heimdienst*, aff. C-254/98, du 13 janvier 2000, *Rec.*, p. I-151 ; CJCE, *Kranemann*, aff. C-109/04, 17 mars 2005, *Rec.* p. I-2421 et CJUE, *Asociacion Nacional de Expendares de Tabaco y Timbre (ANETT)*, aff. C-456/10, 26 avril 2012.

Les mesures que peut prendre un Etat membre pour restreindre la libre circulation doivent être limitées aux seuls intérêts énumérés à l'article 36 TFUE. Par conséquent, le texte est d'interprétation stricte. S'agissant d'une dérogation à un pilier fondamental du droit de l'Union, la liste des préférences invocables au titre de l'article, est exhaustive. La Cour ne dit pas autre chose en déclarant : « Cette disposition, parce qu'elle est une dérogation à la règle fondamentale d'élimination de tous les obstacles, est d'interprétation stricte<sup>849</sup> ». Il en infère que l'article 36 TFUE ne peut s'étendre à d'autres intérêts que ceux textuellement évoqués.

Les conditions d'invocation de cette disposition ont été clairement établies par la Cour. C'est ainsi qu'elle exige un lien direct et pertinent entre la mesure adoptée et l'intérêt à protéger. Il s'agit d'un rapport de causalité. L'Etat membre est tenu de poursuivre les objectifs invoqués d'une manière cohérente et systématique, et d'éviter toute incohérence entre les mesures choisies et les mesures non choisies<sup>850</sup>. A défaut, la Cour peut conclure à l'existence d'incohérences qui soulignent alors l'absence de causalité. Il en était ainsi le 4 décembre 2008, dans l'affaire *Commission/Pays-Bas*, dans laquelle elle décrivait certaines incohérences dans le système de dérogation, qui ont fait apparaître l'absence d'objectivité et la nature discriminatoire dudit système<sup>851</sup>.

La Cour exerce également un contrôle de nécessité sur les mesures<sup>852</sup>, veillant à ce que les autorités nationales ne dépassent pas ce qui est strictement nécessaire en vue de protéger la préférence collective en cause<sup>853</sup>. Il s'y ajoute un contrôle de proportionnalité sur les mesures adoptées par l'Etat, celles-ci doivent être équilibrées au regard de l'objectif invoqué<sup>854</sup>. Les autorités nationales doivent prouver que l'intérêt invoqué ne peut être atteint par l'adoption de mesures moins restrictives sur les échanges<sup>855</sup>. A ces deux types de contrôle – celui de la proportionnalité et celui de la nécessité – il faudrait ajouter le contrôle de l'entrave minimale.

---

<sup>849</sup> V. CJCE, *Commission c/ Irlande*, aff. 113/80, du 17 juin 1981, , *Rec.*, p. 1625.

<sup>850</sup> V. CJCE, *Corporation Dermoeástica*, aff. C-500/06, du 17 juillet 2008, *Rec.*, p. I-5785 et CJCE, *Hartlauer*, aff. C-169/07, du 10 mars 2009, *Rec.*, p. I-1719.

<sup>851</sup> V. CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas*, aff. C-249/07, du 4 décembre 2008.

<sup>852</sup> V. CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République de Pologne*, aff. C-165/08, du 16 juillet 2009 et CJCE, *Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement*, aff. C-443/10, du 6 octobre 2011.

<sup>853</sup> V. CJCE, *Commission européenne contre République d'Autriche*, aff. C-28/09, 8 mars 2011.

<sup>854</sup> V. CJCE, *Gourmet International*, aff. C-405/98, du 8 mars 2001, *Rec.*, p. I-1795 ; CJCE, *Commission c/ France*, aff. C-24/00, du 5 février 2004, *Rec.*, p. I-1277.

<sup>855</sup> V. CJCE, *Sandoz*, aff. 174/82, du 14 juillet 1983, *Rec.*, p. 2445.

Le contrôle de « substitution » dit de l' « entrave minimale », permet de s'assurer que l'entrave est minime, et ce en dépit de la présence d'une mesure pourtant considérée comme proportionnée à l'objectif poursuivi<sup>856</sup>. En d'autres termes, l'entrave doit demeurer la plus faible possible. La Cour vérifiera ainsi s'il existe des mesures de recharge qui restreignent moins les courants d'échanges. En effet, l'Etat membre est tenu de privilégier la mesure la moins restrictive eu égard au principe de proportionnalité.

Dans cette perspective, la Cour affirme régulièrement que des mesures nationales ne satisfont pas au « test de substitution », au motif que des solutions de remplacement existaient<sup>857</sup>. Toutefois, un Etat peut toujours démontrer que l'adoption d'une mesure de remplacement aurait un effet négatif sur d'autres intérêts légitimes<sup>858</sup>. En outre, il convient de préciser que la compétence nationale est résiduelle et précaire. Celle-ci n'est ni exclusive ni définitive dans la mesure où elle ne peut s'exercer entièrement, si au niveau de l'Union, une réglementation est intervenue ou est prévue au regard du principe de préemption communautaire<sup>859</sup>. La Cour de justice réfute, de manière constante, l'exercice de la compétence nationale afin de protéger un intérêt essentiel dès l'instant que l'autorité de l'Union a déjà agi par voie d'harmonisation. Le caractère précaire peut parfois donner lieu à une substitution partielle ou totale de la compétence nationale par la compétence communautaire. L'intervention du législateur national pour protéger une préférence collective, dépendra du niveau atteint par le degré d'intégration des règles au niveau de l'Union<sup>860</sup>.

Quant à la charge de la preuve, elle appartient aux autorités nationales<sup>861</sup>. Lorsqu'un Etat membre invoque l'article 36 TFUE pour justifier une restriction aux échanges, il lui appartient d'établir la preuve de l'utilité de la mesure car il incombe toujours à l'autorité nationale de démontrer que la mesure satisfait aux critères de l'article<sup>862</sup>.

---

<sup>856</sup> Sur les frontières poreuses entre le contrôle de substitution, qui repose sur l'examen du caractère minimal de l'entrave, et le contrôle de proportionnalité, qui tend à apprécier la gravité de la mesure adoptée. V. CJUE, *Kakavetsos-Fragkopoulos AE*, aff. C-161/09, du 3 mars 2011.

<sup>857</sup> V. CJCE, *De Peijper*, aff. 104/75, du 20 mai 1976, *Rec.*, p. 613 ; CJCE, *Commission c/ Finlande*, aff. C-54/05, du 15 mars 2007, *Rec.*, p I-2473.

<sup>858</sup> V. CJCE, *Ahokainen et Leppik*, aff. C-434/04, du 28 septembre 2006, *Rec.*, p. I-9171.

<sup>859</sup> V. Chahira BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, Paris, LGDJ, 2017, 592 pages.

<sup>860</sup> *Id.*

<sup>861</sup> V. CJCE, *Denkavit*, *op.cit.*, p. 3369.

<sup>862</sup> V. CJCE, 10 avril 2008, *Commission c/ Portugal*, *op.cit.*



Afin de démontrer le bien-fondé d'une mesure nationale, l'Etat membre doit notamment établir l'existence d'une raison d'intérêt général, qu'il n'existe pas d'autres moyens d'un effet moins restrictif. Il est également tenu de prouver la nécessité de la restriction et son caractère proportionné par rapport à l'objectif poursuivi. En revanche, il ne saurait se borner à de générales et imprécises formulations. Les justifications avancées doivent reposer sur des preuves appropriées ainsi que des éléments détaillés permettant d'étoffer les arguments de l'Etat<sup>863</sup>. Une déclaration sommaire qui se limite à l'affirmation que la mesure est justifiée par l'un des motifs acceptés ou l'absence d'analyse de mesures de remplacement, ne peut être considérée comme satisfaisante<sup>864</sup>. De plus, la Cour estime que la charge de la preuve impose que l'Etat membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser lesdits objectifs dans des conditions similaires<sup>865</sup>.

Au demeurant, l'article 36 énonce de nombreux intérêts susceptibles de requérir une protection. Certaines de ces préférences collectives font l'objet d'un contentieux dense, alors que d'autres, la protection des trésors nationaux<sup>866</sup> par exemple, se prêtent à peu de développements jurisprudentiels. Les motifs textuels de dérogation peuvent être cantonnés dans trois champs. Il s'est d'abord agi des intérêts liés à l'ordre public. C'est ainsi que la Cour estime qu'il appartient souverainement aux Etats membres, de déterminer les exigences en matière de moralité publique selon leur propre échelle de valeurs. La mesure fera l'objet d'un contrôle objectif. Le niveau de protection approprié est laissé à la discrétion des Etats membres car il s'agit de la manifestation de leurs préférences collectives. Cela dit, la notion de « moralité publique » revêt un caractère contingent. La Cour de justice examinera, en cas d'entrée de marchandises à caractère pornographique par exemple, selon les circonstances, si la mesure restrictive est justifiée au regard des exigences de moralité publique ou au contraire, si elle est infondée du fait de son caractère arbitraire. La moralité publique pourra être admise seule en tant que justification suffisante concernant des marchandises qualifiées d'obscènes ou indécentes<sup>867</sup> alors que dans d'autres affaires où la moralité était également invoquée, elle a relevé l'existence d'autres justifications qui étaient étroitement liées entre elles, à savoir l'intérêt public concernant les jeux de hasard<sup>868</sup> et la protection des mineurs<sup>869</sup>.

---

<sup>863</sup> V. CJCE, 8 mai 2003, *ATRAL*, *op.cit.*

<sup>864</sup> V. CJCE, 10 avril 2008, *Commission c/ Portugal*, *op.cit.*

<sup>865</sup> V. CJCE, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, du 10 février 2009, *Rec.*, p. I-519.

<sup>866</sup> V. J.L. MARQUE, « La protection des trésors nationaux dans le cadre du grand marché : problèmes et perspectives », *RMCUE*, 1992, n° 363, p. 905.

<sup>867</sup> V. CJCE, *Henn et Darby*, aff. 34/79, du 14 décembre 1979, *Rec.* p. 3795 ; CJCE, *Conegate*, aff. 121/85, du 11 mars 1986, *Rec.*, p. 1007.

<sup>868</sup> V. CJCE, *Schindler*, aff. C-275/92, du 24 mars 1994, *Rec.* 1994, p. I-1039.

Dès l'instant qu'un autre motif de dérogation prévu par l'article 36 TFUE est applicable, la Cour s'efforce d'y recourir ou d'associer l'intérêt tiré de l'ordre public en combinaison avec d'autres motifs. Pourtant, elle a été amenée, dans une affaire, à prendre en considération, à titre exclusif, le motif tiré de l'ordre public à l'occasion d'un arrêt qui portait sur les restrictions nationales à l'importation et à l'exportation de pièces d'or de collection. Le juge de l'Union a considéré qu'une telle mesure était fondée sur des considérations liées à l'ordre public<sup>870</sup>. Le motif de sécurité publique a été admis par la Cour dans le domaine énergétique de l'Union<sup>871</sup>. Il en a aussi été ainsi à propos du commerce de marchandises stratégiques<sup>872</sup> et de marchandises à double usage<sup>873</sup> dès lors que « le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique des peuples est susceptible d'affecter la sécurité publique d'un Etat membre<sup>874</sup> ». A cet égard, l'article 36 TFUE est applicable à la fois à la sécurité intérieure, mais aussi à celle extérieure<sup>875</sup>. Le contenu de l'article 36 TFUE concerne également les intérêts liés à la protection de la santé.

La protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux constitue l'argument le plus invoqué par les autorités nationales lorsqu'elles entendent justifier des mesures restrictives sous la forme de contrôles à vocation sanitaire ou vétérinaire<sup>876</sup>. La Cour n'a pas manqué de souligner que parmi les biens et intérêts protégés par l'article 36 TFUE, « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang et qu'il appartient aux Etats membres, dans les limites imposées par le traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection, en particulier du degré de sévérité des contrôles à effectuer<sup>877</sup> ».

---

<sup>869</sup> V. CJCE, *Dynamic Medien*, aff. C-224/06, du 14 février 2008, , *Rec.* 2008, p. I-505.

<sup>870</sup> V. CJCE, *Thompson*, aff. C-7/78, du 23 novembre 1978.

<sup>871</sup> V. CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, *op.cit.* Dans cette affaire, un Etat membre avait ordonné aux importateurs de pétrole de s'approvisionner à concurrence de 35% de leurs besoins auprès d'une compagnie pétrolière nationale et ce selon des prix fixés par le gouvernement. La Cour de justice a conclu que le caractère discriminatoire et protectionniste de la mesure était manifeste au sens de la disposition devenue article 34 TFUE, tout en estimant que ladite mesure était justifiée par des raisons de sécurité publique.

<sup>872</sup> V. CJCE, *Richardt*, aff. C-367/89, du 4 octobre 1991, *Rec.*, p. I-4621.

<sup>873</sup> V. CJCE, *Leifer*, aff. C-83/94, du 17 octobre 1995, *Rec.* p. I-3231 et CJCE, *Werner*, aff. C-70/94, du 17 octobre 1995, *Rec.* p. I-3189.

<sup>874</sup> *Id.*

<sup>875</sup> V. CJCE, 4 octobre 1991, *Richardt*, *op.cit.*

<sup>876</sup> A propos d'une réglementation relative à la détention et à la commercialisation d'oiseaux nés et élevés en captivité, V. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, du 10 septembre 2009, *Rec.*, p. I-140. Pour un contrôle sur des mesures phytopharmaceutiques, CJCE, *Commission c/ France*, aff. C-210/06, du 21 février 2008, *Rec.*, p. I-735.

<sup>877</sup> V. CJCE, 20 mai 1976, *De Peijper*, *op.cit.*

Cette préférence collective légitime est soumise à de sévères conditions d'application. En effet, les mesures invoquées au titre de la protection de la santé doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas dépasser ce qui est strictement nécessaire afin de parvenir à l'objectif revendiqué par l'autorité nationale.

La Cour contrôle rigoureusement les conditions d'application de l'article 36 TFUE, notamment celles tenant aux critères de nécessité<sup>878</sup> et de proportionnalité<sup>879</sup>. Dans ces conditions, il ne sera pas possible de justifier une mesure nationale restrictive au titre de cette disposition, s'il est établi que la santé et la vie des personnes peuvent être protégées de manière tout aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges. Il doit aussi être démontré que les mesures nationales n'interviennent qu'en l'absence d'harmonisation en la matière puisque dans ce cas, il appartient aux Etats membres de déterminer le niveau approprié de protection. A l'inverse, l'Etat membre ne pourra pas revendiquer la défense de la santé publique<sup>880</sup> puisque les contrôles à l'échelle de l'Union ont déjà été instaurés, bien entendu, sous réserve de l'existence d'irrégularités ou de fraudes justifiant une nouvelle intervention de l'autorité nationale lors de l'accès à son territoire<sup>881</sup>. Il convient d'indiquer que l'appréciation de la protection de la santé peut être opérée, non pas à la lumière des sources textuelles classiques (article 36 TFUE) et jurisprudentielles, mais à l'aune de l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux<sup>882</sup>. Dans la perspective sanitaire, le recours au principe de précaution est chose possible, et ceci dans le cadre de l'article 36 TFUE. La jurisprudence antérieure faisait certes référence à ce principe, mais de façon implicite. C'est à l'occasion de l'arrêt *National Farmers' Union* que la Cour a eu recours pour la première fois au principe de précaution, en énonçant :

« [...] lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »<sup>883</sup>.

---

<sup>878</sup> V. CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Pologne*, *op.cit.*

<sup>879</sup> V. CJCE, *Commission c/ France*, aff. C-24/00, du 5 février 2004, *Rec.* I-1277.

<sup>880</sup> V. CJCE, *Ratti*, aff. C-148/78, du 5 février 1979.

<sup>881</sup> V. CJCE, *Moormann*, aff. 190/87, du 20 septembre 1988, *Rec.* p. 4689.

<sup>882</sup> V. CJUE, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, du 6 septembre 2012.

<sup>883</sup> V. CJCE, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, du 5 mai 1998, *Rec.* p. I-2211.

Ce principe<sup>884</sup> permet de déterminer les conditions dans lesquelles le législateur national, européen ou international, peut adopter des mesures dont l'objet serait de protéger les consommateurs contre les risques pour la santé qui, au regard des incertitudes scientifiques, sont susceptibles d'être associées à l'utilisation d'un produit ou d'un service. Pour adopter des mesures sur le fondement du principe de précaution, les Etats sont tenus de procéder au préalable à une évaluation du risque en prenant appui sur l'existence d'incertitudes scientifiques. C'est seulement après que la Cour accordera aux Etats membres ou aux institutions compétentes, une certaine marge d'appréciation à l'occasion de l'adoption de mesures de mise en œuvre. Celles-ci ne doivent pas être prises sur la base de considérations purement « hypothétiques<sup>885</sup> ». A cet égard, la Cour exige de l'Etat auteur de la mesure de protection de la santé, de démontrer la nécessité des mesures en cause<sup>886</sup>, en établissant l'existence d'un risque réel eu égard aux résultats les plus récents de la recherche scientifique à l'échelle internationale. Ceci étant dit, il est important de préciser que le contenu de l'article 36 TFUE ne se limite pas aux seules préférences collectives évoquées plus haut. Après s'être longtemps appuyée sur les préférences collectives consacrées par les Traités dans le cadre de son contrôle des mesures restrictives, la Cour de justice a elle-même dégagé d'autres préférences.

### **B. Un contrôle étendu aux préférences consacrées par la jurisprudence de la Cour**

Un second socle supplétif de justifications s'est greffé aux justifications textuelles anciennes. Celles-ci ont une origine prétorienne. La Cour de justice a consacré l'existence de la catégorie des « *exigences impératives d'intérêt général* ». Ces exigences constituent également l'expression des préférences collectives des Etats membres<sup>887</sup>. Pour la première fois, la Cour s'écartera de la liste des intérêts établis par l'article 36 TFUE pour admettre que des réglementations nationales puissent être justifiées par d'autres intérêts supérieurs.

---

<sup>884</sup> V. Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, *COM (2000) 1 final*, Bruxelles, du 2 février 2000.

<sup>885</sup> V. CJCE, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/0, du 9 septembre 2003, *Rec.* p. I-8105.

<sup>886</sup> V. CJCE, *Van Bennekam*, aff. 227/82, du 30 novembre 1983, *Rec.* p. 3883.

<sup>887</sup> V. A. MATTERA, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle, instruments au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, n° 4, 1992, p. 13.

C'est à l'occasion de l'arrêt *Rewe-Zentral AG* communément appelé *Cassis de Dijon*<sup>888</sup>, que la Cour consacrera de nouvelles dérogations au travers de la notion d' « exigences impératives ». Dans un premier temps, la Cour affirma le droit dont disposait tout Etat de régir la production et la commercialisation des produits accédant à son territoire et y circulant, à la condition qu'il n'exista pas d'harmonisation dans le domaine en cause. Toutefois, au regard du principe de reconnaissance mutuelle, les contrôles exercés sur les marchandises bénéficiaient d'une reconnaissance entre Etats membres. Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre, en conformité avec la réglementation nationale, doit pouvoir l'être dans les autres Etats membres. Néanmoins, la Cour admet la possibilité pour un Etat membre d'introduire ou de maintenir une entrave si elle est justifiée par des exigences impératives.

L'apport de la jurisprudence est double. D'une part, la Cour oppose expressément aux Etats membres un principe de reconnaissance mutuelle qui contribuera au décloisonnement du marché puisque les autorités nationales sont tenues d'admettre l'équivalence des contrôles. D'autre part, la Cour reconnaît le caractère supérieur d'intérêts considérés comme essentiels pour un Etat. Ces intérêts sont rangés dans une nouvelle catégorie juridique qui conceptualise l'intérêt général et permet de justifier une atteinte à la libre circulation des marchandises. Cependant, ces exigences impératives ne peuvent être soulevées que dans le cadre de l'article 34 TFUE et non dans celui de l'article 36 TFUE, qui est d'interprétation stricte<sup>889</sup>. Si la Cour admet la validité de mesures restrictives aux échanges, justifiées par des exigences impératives, la mesure revêt alors un caractère licite et ne peut être considérée comme mesure d'effet équivalent. La mesure échappe alors au champ d'application de l'article 34 TFUE qui pose l'interdiction de telles mesures.

La juridiction communautaire a également explicité les conditions d'application des exigences impératives. La première condition est que le recours aux exigences impératives par un Etat membre est seulement admis dans les situations où il n'existe guère d'harmonisation des législations nationales régissant le domaine en cause. Ce n'est qu'à défaut d'une intervention du législateur de l'Union, que l'autorité nationale conservera sa compétence dans ce domaine et est susceptible, partant, de prendre une mesure protectrice de sa préférence collective<sup>890</sup>.

---

<sup>888</sup> V. CJCE, *Rewe-Zentral AG*, aff. 120/78, du 20 février 1979.

<sup>889</sup> V. CJCE, 17 juin 1998, *Commission c/ Irlande*, *op.cit.*

<sup>890</sup> V. CJCE, *Mars*, aff. C-470/93, du 6 juillet 1995, *Rec.* p. I-1923.

Cette condition permet d'éviter les dérives des Etats lorsqu'ils sont tentés d'arguer aisément de la « remise en cause d'intérêts essentiels ». La nécessité d'une carence au niveau de l'Union restreint fondamentalement le champ des mesures invocables. La seconde condition est que l'Etat membre ne pourra invoquer les exigences impératives que pour des mesures « indistinctement applicables » sans opérer une quelconque discrimination à l'encontre des marchandises originaires des autres Etats membres, car la protection de la préférence collective est valable pour l'ensemble des opérateurs. L'effet discriminatoire de la mesure ruine la validité de l'exigence invoquée. La Cour tend de plus en plus à rapprocher les deux régimes de dérogations dans un souci de simplification de sorte qu'elle peut être amenée à examiner une mesure discriminatoire, outre au titre de l'article 36 TFUE, mais aussi de celui des exigences impératives. C'est dans cette perspective qu'elle a accepté la justification fondée sur la protection de l'environnement<sup>891</sup>.

Dans la même optique, la Cour a choisi de considérer une mesure comme étant « indistinctement applicable et non indirectement discriminatoire<sup>892</sup> », afin de l'examiner sous l'angle de « ses exigences impératives ». Dernière condition, la Cour se livre à un examen *in concreto* au terme duquel elle s'assure que la mesure en cause est proportionnée quant à la protection de l'intérêt visé et qu'elle répond à un principe de nécessité<sup>893</sup>. Il s'agit du même type de contrôle consacré pour l'article 36 TFUE. Le nombre d'exigences impératives reconnues par la Cour de justice n'est pas limité. En témoigne l'emploi de l'adverbe « notamment » dans le libellé de l'arrêt fondateur. La qualification d'exigence impérative sera étendue à d'autres intérêts fortement imprégnés par l'intérêt général.

De nombreuses préférences collectives ont été ainsi consacrées par la Cour, parmi lesquelles la protection de l'environnement<sup>894</sup>, la défense du cinéma d'auteur, la protection de la culture<sup>895</sup>, l'amélioration des conditions de travail<sup>896</sup>, la défense des consommateurs<sup>897</sup>, ou l'équilibre financier du système de sécurité sociale<sup>898</sup>.

---

<sup>891</sup> V. CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-2/90, du 9 juillet 1992, *Rec.* 1992, p. I-4431.

<sup>892</sup> V. CJCE, *Commission contre Autriche*, aff. C-320/03, du 15 novembre 2005, *Rec.* 2005, p. I-9871.

<sup>893</sup> V. CJCE, *Belgacom*, aff. C-221/12, du 14 novembre 2013.

<sup>894</sup> V. CJCE, *Commission c/ Danemark*, aff. C-302/86, du 20 septembre 1988, *Rec.* p. I-4407 ; CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde*, *op.cit.*

<sup>895</sup> V. CJCE, *Cinéthèque*, aff. 60 et 61/84, du 11 juillet 1985, *Rec.* p. 2605.

<sup>896</sup> V. CJCE, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* 1981, p. 1993.

<sup>897</sup> V. CJCE, *Commission contre France*, aff. C-184/96, du 22 octobre 1998, *Rec.* p. I-6197.

<sup>898</sup> V. CJCE, *Decker*, aff. C-120/95, du 28 avril 1998.

Cependant, il ne faut pas voir dans la démarche de la Cour un blanc-seing accordé aux comportements protectionnistes des Etats membres<sup>899</sup> ». Son contrôle s'avère toujours strict, d'où l'utilité d'appréhender la systématique de son raisonnement vis-à-vis des mesures nationales restrictives fondées sur des préférences collectives.

## **§2. La systématique du raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne**

Après avoir abordé la question de l'objet du contrôle de la Cour de justice sur les préférences collectives, dans cette partie l'idée est de présenter une systématique du raisonnement de l'institution judiciaire européenne dans le cadre de son office de contrôle. Plus précisément, la tâche consistera à déceler la manière dont ce contrôle est effectué. A la double dimension du raisonnement de la Cour (**A**), s'ajouteront des développements sur les leviers explicatifs de ce même raisonnement (**B**).

### **A. La double dimension du raisonnement de la Cour**

Le premier type de raisonnement utilisé par la Cour de justice, et systématisé par Valérie Michel<sup>900</sup> - systématisation que nous allons reprendre ici - est le raisonnement par association, qu'elle appelle « raisonnement par agrégation ». Celui-ci consiste « à relier, pour la défense d'une justification non économique, des arguments d'ordre non économique et économique<sup>901</sup> ». Il consiste à considérer que les données économiques sont utiles à la promotion des préférences collectives des Etats membres avancée comme entrave au libre commerce.

Dans son arrêt *Campus Oil*, la Cour a, dans un premier temps, statué sur l'applicabilité de l'article 36 TFUE<sup>902</sup> au regard des arguments avancés par l'Etat défendeur. Cette approche se subdivise en deux branches. Il a importé d'abord de jauger l'argument en défense rapporté par l'Irlande et tiré de la protection de « la sécurité publique » :

---

<sup>899</sup> V. Chahira BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne*, op.cit., p. 78.

<sup>900</sup> V. Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions du droit du marché intérieur », in S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Cahiers européens, n° 6, Pedone, 2014, pp. 65-99.

<sup>901</sup> *Id.*, p. 72.

<sup>902</sup> V. CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited*, op.cit.

« [...] la forte dépendance de l'Irlande d'importations des autres pays pour son approvisionnement en pétrole et l'importance du pétrole pour la vie du pays rendraient indispensable le maintien d'une capacité de raffinage sur le territoire national, permettant aux autorités nationales de conclure avec les pays producteurs de pétrole brut des contrats de livraison à long terme<sup>903</sup> ».

On voit à travers cet exemple une volonté de la Cour de considérer l'argument tiré de la protection de la « sécurité publique ». Les considérations économiques ne sont pas complètement déconnectées du dispositif national dans la mesure où il s'agit de maintenir une capacité de raffinage sur le territoire de cet Etat. La Cour estime que cet argument dépasse des considérations de nature « purement économique », dans la mesure où il renvoie à la protection de la sécurité publique. Il en découle une distinction entre « considérations économiques » et « préoccupations de nature purement économique ».

Dans cette affaire, la Cour s'est attachée à définir le contenu de la sécurité publique, exigence non-économique reconnue par le Traité et avancée par l'Etat comme cause de justification de l'entrave. En d'autres termes, elle statue sur l'inclusion, dans la notion de sécurité publique, de considérations tirées de la sécurité des approvisionnements. En considérant que la sécurité des approvisionnements ne participe pas d'une « considération de nature purement économique », la Cour procède à cette inclusion et peut donc conclure à l'applicabilité de l'article 36. En définissant la consistance de l'une des causes non-économiques de justification, elle admet que des considérations économiques soient incluses dans cet objectif non-économique. Si un Etat membre aspire à défendre une situation économique, un premier levier peut être trouvé dans la définition des causes non économiques de justification. Cela suppose l'existence d'un lien entre les considérations économiques et les préoccupations non économiques. Il s'agit d'un lien d'utilité<sup>904</sup>, les considérations économiques sont utiles à l'existence de l'impératif d'intérêt général.

Cette approche fut confirmée dans l'affaire *Openbaar Ministerie contre Nertsvoederfabriek Nederland BV*<sup>905</sup>.

---

<sup>903</sup> *Id.*, pt. 22.

<sup>904</sup> V. Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions du droit du marché intérieur », *op.cit.*, p. 73.

<sup>905</sup> V. CJCE, *Openbaar Ministerie contre Nertsvoederfabriek Nederland BV*, aff. 118/86, du 6 octobre 1987, Rec. 1987, pp. 3883 et s.



Après avoir admis, par application de la théorie principal/accessoire, que l'objectif de défense de la « rentabilité des entreprises domestiques » est admissible à titre accessoire à la défense de la santé publique, la Cour conforte son analyse en concluant qu'« il en est d'autant plus ainsi lorsque l'objectif de nature économique doit permettre la réalisation de l'objectif sanitaire<sup>906</sup> ». L'argumentaire économique peut être couronné de succès lorsqu'il tend à démontrer que la sauvegarde d'éléments économiques est une composante nécessaire à la défense de considérations non économiques. Cela veut dire qu'une entrave peut être justifiée par un motif d'intérêt général, lequel suppose pour sa pleine efficacité, la prise en compte de considérations économiques. La composante économique fait corps avec et constitue un élément essentiel de la politique nationale défendue au titre d'une justification non-économique. Cette approche démontre la réceptivité de la Cour quant aux préférences collectives des Etats en refusant de ne pas faire primer systématiquement l'argument économique comme justification de l'entrave.

Parmi les préférences collectives, la protection de la santé publique est l'objet d'étude le plus fertile. Il s'agit d'un domaine dans lequel les considérations économiques sont assez prégnantes<sup>907</sup>. En effet, la Cour considère que « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et intérêts à protéger par le traité<sup>908</sup> ». Le secteur de la santé n'échappe pas à l'emprise du marché et les Etats membres gardent la responsabilité de « la définition de leur politique de santé, ainsi que de l'organisation et de la fourniture de service de santé et de soins médicaux<sup>909</sup> ». Il en découle que la Cour est confrontée à un difficile arbitrage, notamment lorsque la composante économique s'incruste dans l'argumentaire en défense d'une entrave.

L'argument économique n'est pas nié et ses modalités de prise en compte procèdent de deux démarches. Il est soit considéré en lui-même comme motif de justification avec la dimension santé publique en filigrane<sup>910</sup>, soit cette dimension économique est expressément incluse dans l'objectif de protection de la santé. Ainsi, la protection de santé publique est un impératif fondamental, car elle occupe le premier rang parmi les biens et intérêts à protéger par le Traité.

---

<sup>906</sup> *Id.*, pt. 15.

<sup>907</sup> V. CJUE, 5 octobre 2010, *Commission c/ France*, aff. C-512/08, *Rec.* 2010, p. I-8833, pt. 38.

<sup>908</sup> V. CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerhammer des Saarlandes e.a.*, *op.cit.*, pt. 19.

<sup>909</sup> V. Article 168.7 TFUE. V. CJCE, 28 avril 1998, *Kholl*, aff. C-158/96, *Rec.* 1998, pp. I-1931 et s, pt. 41. V. aussi CJCE, 16 mai 2006, *Yvonne Watts c/ Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health*, *op.cit.*, pt. 103-105.

<sup>910</sup> V. CJCE, *Aikaterini Stamatelaki c. OAEE*, aff. C-444/05, du 19 avril 2007, *Rec.* 2007, p. I-3185, pt. 30.

La protection de la santé publique suppose la satisfaction de plusieurs impératifs. Or, la réalisation de ces impératifs dépend de considérations économiques. La défense de ces derniers permet enfin de satisfaire l'objectif de protection de la santé publique<sup>911</sup>. Dès lors, on constate que les considérations économiques peuvent s'agréger à la justification non économique. La construction réaliste suivie par la Cour, présente l'avantage de tenir compte des préférences collectives des Etats membres. Cela dit, elle n'ouvre pas une brèche trop grande dans le principe de l'interdiction des justifications économiques. Pour autant, l'approche informe de la distinction entre « *justifications purement économiques – proscrites - et considérations économiques indispensables à la réalisation d'un objectif non économique - admises*<sup>912</sup> ». La Cour systématise parfaitement cette approche en considérant:

« [...] si des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation des marchandises, cependant, s'agissant des intérêts d'ordre économique ayant pour objectif le maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, la Cour a admis qu'un tel objectif pouvait également relever de l'une des dérogations pour des raisons de santé publique, dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé »<sup>913</sup>.

L'argument économique formulé sèchement n'est pas recommandé. Il faudrait préférer un argumentaire économique à un argumentaire purement économique sous peine de sanction de la part de la Cour. Dans ces conditions, l'argument économique ne semble pouvoir être admis que quand il vient au soutien de la défense de considérations non-économiques.

Le domaine de la libre prestation des services se prête aussi au raisonnement par agrégation. La protection des travailleurs constitue un terreau de mise en avant d'arguments économiques au titre d'une justification de l'entrave. Les difficultés auxquelles sont confrontés les Etats dans ce secteur sont assez nombreuses. Elles vont de la protection nationale du marché de l'emploi, à la lutte contre la concurrence déloyale en passant par celle contre le dumping social. Ces réalités renvoient toutes à des préoccupations liées aux conditions sociales de travail au sein des Etats membres.

---

<sup>911</sup> V. CJCE, 10 décembre 2010, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, *Rec.* 2010, p. I-12941, pts. 40-43.

<sup>912</sup> V. Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions du droit du marché intérieur », *op.cit.*, p. 75.

<sup>913</sup> V. CJCE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-141/07, du 11 septembre 2008, *Rec.* 2008, p. I-6935, pt. 60.

Pour combattre ces difficultés, les Etats membres invoquent la lutte contre la concurrence déloyale ou encore le dumping social lorsque leurs actions génèrent des entraves. La Cour rappellera à propos de la libre prestation des services que « des mesures constituant une entrave à la libre prestation des services ne sauraient être justifiées par des objectifs de nature [purement] économique<sup>914</sup>, tels que la protection des entreprises nationales »<sup>915</sup>. La démarche consiste ici à arrimer les considérations économiques à la protection des travailleurs, justification de l'entrave.

Le second type de raisonnement de la Cour de justice identifié par Valérie Michel est le « raisonnement par distinction<sup>916</sup> » que nous rendrons simplement par « raisonnement par dissociation ». A ce niveau aussi, et en partance de la jurisprudence *Campus Oil*, l'argument économique peut être mobilisé au bénéfice d'une différenciation entre le principal et l'accessoire. Après avoir admis la justification de l'entrave par l'ordre public, la Cour considère que « le fait que la réglementation soit de nature à permettre d'atteindre, à côté des objectifs relevant de la sécurité publique, d'autres objectifs de nature économique éventuellement poursuivis par l'Etat membre, n'exclut pas l'application de l'article 36<sup>917</sup> ». Il convient ici de prendre compte de l'objectif principal et les éventuels objectifs accessoires poursuivis par l'Etat, distinction qui conduit à énoncer la règle suivante :

« [...] dès lors que l'objectif principal poursuivi par l'Etat est de nature non-économique, il lui est loisible de poursuivre à titre accessoire d'autres objectifs de nature économique et ce sans hypothéquer l'applicabilité des dérogations à l'interdiction de l'entrave<sup>918</sup> ».

Comme l'affirmait l'avocat général Mancini dans l'affaire *Duphar*, l'article 36 du Traité CE « ne dit pas que si une mesure a plusieurs buts dont un seul apparaît comme cause justificative, cette mesure doit être considérée comme injustifiée<sup>919</sup> ».

---

<sup>914</sup> V. Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions du droit du marché intérieur », *op.cit.*, p. 78.

<sup>915</sup> V. CJCE, *Finalarie e.a.* aff. jtes. C-49/98, C-50/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, du 25 octobre 2001, Rec. 2001, pp. I-7831 et c. pt. 39.

<sup>916</sup> V. Valérie MICHEL, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions du droit du marché intérieur », *op.cit.* p. 80.

<sup>917</sup> V. CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>918</sup> V. Valérie MICHEL, *op.cit.*, p. 80.

<sup>919</sup> V. Conclusions sous affaire *Duphar*. P. 550.

On trouve ce raisonnement dans une affaire relative à une restriction à l'exportation liée à une réglementation obligeant les producteurs nationaux de déchets d'animaux à céder les abats de volaille aux seuls équarisseurs agréés<sup>920</sup>. Une telle législation comportait implicitement une interdiction d'exportation et contrevenait à l'article 35 du Traité CE. L'appréciation par la Cour, de la justification tirée de la protection de la santé, est particulièrement instructive. La Cour estimait que le gouvernement néerlandais avait :

« [...] fait valoir de façon convaincante que cette obligation est indispensable pour préserver l'efficacité de l'ensemble du régime institué par la "destructiewet" dans le but d'assurer, avec toutes les garanties requises dans l'intérêt de la santé et de la vie des personnes et des animaux, l'enlèvement de tous les déchets d'animaux. Dans ces conditions, il importe peu que les abats de volaille puissent, après transformations, donner lieu à un produit pouvant être commercialisé par les équarisseurs et assurer ainsi la rentabilité de leur établissement. En effet, ainsi que la Cour l'a admis dans son arrêt du 10 juillet 1984 (*Campus Oil LTD c. Ministère pour l'industrie*, aff. 72/83), l'application de l'article 36 n'est pas exclue, du seul fait qu'une réglementation nationale justifiée par des circonstances objectives répondant aux exigences des intérêts y visés permet d'atteindre à côté d'autres objectifs de nature économique »<sup>921</sup>.

On perçoit à travers ce raisonnement de la Cour, que l'objectif principal de la réglementation coïncidait avec une justification non-économique – la sécurité publique dans l'affaire *Campus Oil* ou la santé publique dans celle *Openbaar Ministerie* – et la satisfaction de cet objectif comportait, à titre accessoire, un effet sur la rentabilité des entreprises domestiques. L'effet économique qui assurait la position des opérateurs domestiques, est admis en raison de cette nature accessoire à la justification non-économique.

Du point de vue de l'évolution jurisprudentielle, il semblerait que « la dichotomie entre justification non-économique et économique soit dépassée. L'approche binaire semble céder la place à une approche ternaire dans laquelle doivent être distingués les objectifs non-économiques, les objectifs économiques et les objectifs purement économiques »<sup>922</sup>.

---

<sup>920</sup> V. CJCE, 6 octobre 1987, *Openbaar Ministerie contre Nertsvoederfabriek Nederland BV*, *op.cit.*

<sup>921</sup> *Id.*, p. 81.

<sup>922</sup> V. Valérie MICHEL, *op.cit.*, p. 81

Il en infère que les *justifications non-économiques sont naturellement admissibles, les justifications économiques peuvent également être acceptées pourvu qu'elles soient une composante de la justification non-économique ou un accessoire à l'objectif non-économique poursuivi à titre principal ; enfin, les justifications rejetées tout bonnement sont celles qui sont purement économiques*<sup>923</sup>. Une telle approche traduit un réalisme certain de la Cour de justice et ne constitue en aucun cas un blanc-seing octroyé aux Etats quant à la mise en œuvre de mesures restrictives même ayant pour finalité la poursuite de leurs préférences collectives. Ces préférences sont susceptibles d'être instrumentalisées par les Etats membres pour satisfaire des objectifs économiques. Il y a ainsi des limites à ne pas franchir. L'approche réaliste de la Cour se comprend aisément, dans la mesure où il est difficile de nier l'importance des considérations économiques dans la conception des politiques nationales servant la satisfaction d'un intérêt général. Aussi, le raffinement de la dichotomie proposée doit être appréhendé en considération de la charge probatoire incombant aux Etats membres. Valérie Michel déclare :

« [...] le réalisme socio-économique de la Cour ne peut donner gain de cause aux Etats que si leur démarche procède du même registre. En d'autres termes, une faiblesse argumentative peut être le signe soit d'une négligence coupable, soit d'une démarche non-fondée au regard des dichotomies ici proposées et derrière laquelle transparaît un objectif purement économique, purement protectionniste et donc prohibé »<sup>924</sup>.

Des affaires attestent d'une telle vision des choses. Dans le cadre du raisonnement par agrégation, l'affaire *Attanasio Group Srl*<sup>925</sup> offre une illustration. On trouve ici confirmée la possibilité d'inclure dans une justification non-économique – en l'espèce la protection des consommateurs –, des considérations économiques – la rationalisation du service rendu auxdits consommateurs. Cela dit, il faudrait pour ce faire, que la nécessité de cette inclusion soit démontrée ou confirmée au regard du régime juridique des justifications. Or, cela ne ressortait pas de l'argumentaire en défense. Après avoir exposé le raisonnement suivi par la Cour dans le cadre de son office de contrôle des mesures restrictives à la libre circulation, voyons à présent les leviers explicatifs de ce raisonnement.

---

<sup>923</sup> *Id.*

<sup>924</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>925</sup> V. CJUE, *Attanasio Group Srl*, aff.C-384/08, du 11 mars 2010, *Rec.* 2010, pp. I-2055 et s.

## B. Les leviers explicatifs du raisonnement de la Cour

Les causes justificatives du glissement de la jurisprudence de la Cour semblent avant tout tenir à la conception du marché intérieur. Plusieurs arguments le laissent penser.

Dans un premier temps, il importe de préciser que dès lors que la notion d'entrave est entendue au sens large, le champ des justifications admissibles doit procéder de la même dynamique. Cependant, cette conception peut être critiquable compte tenu du principe d'interprétation stricte des exceptions. Néanmoins, il s'agit ici de tirer parti de la construction de la Cour relative aux exigences impératives d'intérêt général. Qu'il soit dit en passant, la jurisprudence de la Cour de justice a, à un moment donné, délimité les sphères d'application respectives des dérogations textuelles et des exigences impératives<sup>926</sup>.

La logique d'ensemble de la construction européenne est fondée sur l'extension de la notion de « mesure d'effet équivalent » et l'« admission corrélative des exigences impératives »<sup>927</sup>. Elle présente un avantage non seulement pour les Etats membres, mais aussi pour l'Union. Pour le droit de l'Union, l'avantage réside dans l'extension du champ des réglementations susceptibles d'être qualifiées de mesure d'effet équivalent. Pour les Etats membres, il s'agit de la possibilité qui leur est offerte d'invoquer de nouvelles causes de justification afin de promouvoir plus efficacement leurs préférences collectives. En ce sens, Valérie Michel déclarait que :

« De deux choses l'une : ou bien l'on considère que la notion d'"exigences impératives" doit être étendue également aux objectifs socio-économiques et l'on élargit alors l'emprise des règles relatives à la libre circulation également au domaine des compétences des Etats membres en la matière ; ou bien l'on estime que de tels objectifs ne rentrent pas dans cette notion et l'on exclut alors tout simplement l'applicabilité des règles précitées du Traité en réduisant ainsi leur champ d'intervention »<sup>928</sup>.

En étendant ainsi la notion de mesure d'effet équivalent – et donc en soumettant un plus grand nombre de réglementations nationales aux impératifs de la libre circulation des marchandises, il est inéluctable que cette extension – qui comporte en elle-même la cause de justification – emportera la prise en compte de considérations socio-économiques, c'est-à-dire des justifications non-économiques souvent non dépourvues de considérations économiques.

---

<sup>926</sup> *Id.*

<sup>927</sup> V. Brunessen BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, pp. 6-12.

<sup>928</sup> *Ibid.*, p. 85.

Plus le champ du marché intérieur s'étend, plus il pénètre dans les réglementations nationales socio-économiques, plus il est indispensable d'admettre que des considérations socio-économiques soient opératoires au stade de la justification de l'entrave. M. Poiares Maduro estime dans cette perspective que la Cour :

« [...] doit assumer qu'il y aura des conflits qui naissent forcément entre l'élargissement du champ accordé aux règles sur la libre circulation et les valeurs socio-économiques incarnées dans les réglementations nationales qui, bien qu'elles n'exercent pas de discrimination au détriment des nationaux ou des produits étrangers ont une incidence sur la liberté des échanges »<sup>929</sup>.

Une seconde explication pourrait être donnée. Elle procède de la conjonction de deux processus d'intégration imaginés dès 1957 – l'intégration positive et négative – et de l'accroissement corrélatif des domaines de compétence de l'Union. L'approfondissement du marché intérieur et l'admissibilité d'entraves valides car justifiées par les justifications textuelles ou jurisprudentielles (intégration négative), a engendré un besoin de réglementation européenne aux fins d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur (intégration positive), c'est-à-dire un rapprochement des législations dans les domaines correspondant aux causes de justification de l'entrave. Ces domaines initialement conçus comme accessoires du marché intérieur, ont ultérieurement fait l'objet d'une attribution expresse de compétence à l'Union et réglementés en tant que tel<sup>930</sup>.

L'intégration européenne repose aujourd'hui sur un marché intérieur et sur un nombre grandissant de politiques européennes. Le schéma actuel peut être appréhendé doublement. Dans un sens, il s'agit de voir dans cet ensemble une succession d'actions dans des secteurs différents, et dans un autre, il importe de prendre en compte le mode de déploiement de ces politiques européennes et leur lien originel avec le marché intérieur. La dernière approche se doit de primer sur la première car il est nécessaire de garder à l'esprit le lien originel qui existe entre le marché intérieur et les politiques européennes. Ce lien a historiquement engendré un accroissement des domaines d'action des politiques de l'Union. Ces politiques ne sont pas toutes des politiques purement économiques et nombre d'entre elles portent sur des questions sociétales ou socio-économiques telle que la santé publique ou l'environnement.

---

<sup>929</sup> V. Miguel POIARES MADURO, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in Ph. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 465, spéc. p. 480.

<sup>930</sup> V. Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 263 et s.

Il est possible d'avancer l'idée que compte tenu du lien originel entre le marché intérieur et les politiques européennes, le point de vue socio-économique des secondes peut – et doit – agir sur l'argumentaire déployé dans le premier<sup>931</sup>. Cette volonté de coordonner les actions européennes transparaît à travers les arguments d'Avocats généraux en ce qui concerne notamment la clause sociale de l'article 9 TFUE pour cesser d'interpréter strictement la justification fondée sur la protection des travailleurs, ou encore la clause environnementale contenue à l'article 11 TFU, afin de tenir compte, à l'égard de mesures discriminatoires, de l'absence de mention, dans l'article 36 TFUE, de la protection de l'environnement<sup>932</sup>. On estime, dans ces conditions, que la Cour ne doit pas être opposée à la défense, par les Etats membres, de secteurs d'activité spécifiques qui expriment leurs préférences collectives. Cette particularité tient au fait que ces secteurs sont certes soumis au marché intérieur, mais ils donnent également lieu à des choix politiques forts. La prise en compte de ces choix politiques démontre que la Cour de justice est bien réceptive à la défense d'intérêts nationaux essentiels.

Il est difficile, avec le processus actuel d'osmose entre les secteurs d'activité économique et non-économique, de procéder à une isolation clinique de ces derniers. Aucun secteur non-économique n'est entièrement dénué de liens économiques et les secteurs économiques comprennent souvent une dimension non-économique assez prégnante. L'argument des choix politiques et économiques a longtemps été pris en compte. Leurs premières mentions sont étroitement liées au processus de développement de la notion d'entrave. Ainsi, la Cour a-t-elle été confrontée à la délicate mise en balance entre ces réglementations exprimant des choix politiques et économiques et les règles du marché. Elle estimait en ce sens que « de telles réglementations constituent (...) l'expression de certains choix politiques et économiques<sup>933</sup> ». L'Avocat général Van Gerven observait qu'outre les exigences impératives, la Cour use de ce critère pour :

---

<sup>931</sup> V. Miguel POIARES MADURO, *op.cit.*, p. 482.

<sup>932</sup> V. Conclusions de l'Avocat général Bot dans l'affaire *Essent Belgiu BV*, aff. jtes. C-204/12 à 208/12, pts. 86 et s.

<sup>933</sup> V. CJCE, *Torfaen Borough Council*, aff. C-145/88, du 23 novembre 1989, *Rec.* 1989, pp. 3853 et s., pt. 14.



« [...] toutes les réglementations nationales dont la mise en œuvre implique des choix de politique culturelle et/ou socio-économique se situant dans la ligne des buts d'intérêt général poursuivis par le traité (tels que ceux cités à l'article 100 A) et/ou adaptés aux particularités socioculturelles ou autres, nationales ou régionales, dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux Etats membres »<sup>934</sup>.

La mise en œuvre de ces choix sociopolitiques passe souvent par l'adoption de mesures économiques. De ce fait, nier les préoccupations sociopolitiques des Etats pourrait avoir comme conséquence l'abandon ou, du moins, la réduction de leurs politiques sociales.

## CONCLUSION CHAPITRE

Le second fondement juridique à la poursuite des préférences collectives de l'Union européenne est constitué, au détour des accords externes de l'Union, par le droit de l'Union européenne. Déjà, le Traité de Rome prévoyait des exceptions aux libertés de circulation. Il fallait reconnaître aux Etats membres, une relative souplesse en ce qui concerne la protection des intérêts nationaux essentiels dont la mise en œuvre légitime, imposait une remise en cause des mouvements d'échange de marchandises et certainement de services. C'est dans cette perspective que l'article 36 TFUE permet aux Etats membres de protéger un intérêt primordial au prix, évidemment, d'entraves au commerce intra-communautaire. Cependant, les mesures affectant les libertés de circulation sont strictement contrôlées par la Cour de justice. Néanmoins, cette dernière a, dans le cadre de son office, dégagé une théorie jurisprudentielle, celle des exigences impératives d'intérêt général, étendant le champ des exceptions pouvant être apportées aux libertés de circulation au sein du marché intérieur.

Dans le cadre de sa pratique conventionnelle, les accords externes de l'Union européenne garantissent aux opérateurs des pays tiers, l'accès au marché intérieur. A la suite du franchissement des frontières européennes, les marchandises et services en provenance des pays tiers obtiennent le statut communautaire et sont, au même titre que ceux issus des Etats membres de l'UE, susceptibles d'être affectés par des mesures étatiques non économiques. Une telle considération a motivé les développements sur les libertés de circulation au sein du marché intérieur en lien avec les accords externes de l'Union européenne.

---

<sup>934</sup> V. Conclusions sous CJCE, *Union départementale des syndicats CGT c/ SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, aff. C-312/89, du 28 février 1991, *Rec.* 1991, pp. I-997 et s.

**DEUXIEME PARTIE**  
**L'INSTAURATION D'UN MECANISME SPECIAL D'ADMINISTRATION DES**  
**OBSTACLES NON TARIFAIRES**

## **TITRE PREMIER**

### **LE SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES**

Les accords externes de l'Union européenne ont mis en place tout un système d'administration des obstacles non tarifaires. La gestion de ces obstacles au libre-échange en constitue le thème majeur, car l'essentiel de leurs dispositions ne porte pas sur les questions de droits de douanes. Bien que les droits de douanes aient fondamentalement baissé au niveau international, force est d'admettre que cette baisse concerne surtout les pays développés. Les pays en développement sont toujours tributaires des revenus tirés de l'application de droits de douanes aux échanges commerciaux en raison de la faiblesse de leurs budgets. Cependant, cette dépendance vis-à-vis des droits de douanes est de nature à occasionner des obstacles au commerce européen dans les pays en développement. Or, tout en respectant les objectifs économiques des Etats concernés, l'Union européenne a besoin de parts de marché au profit de ses entreprises. On comprend dès lors l'introduction des dispositions sur les droits de douanes dans les accords externes. D'ailleurs, les questions douanières sont les premières à être appréhendées. Toute la politique de l'Union dans ce domaine, s'articule autour de la disparition, à plus ou moins long terme, de ces droits.

Au demeurant, la disparition des droits de douanes n'est pas seule de nature à favoriser le développement du commerce européen. L'atteinte des objectifs économiques et non économiques passe aussi par une bonne gestion de la question des obstacles non tarifaires. Pour ce faire, un système d'administration de ces obstacles a été mis en place. L'approche européenne, articulée autour du concept d' « administration des obstacles non tarifaires » se justifie à bien des égards. Les justifications avancées sont tout aussi valables pour ses partenaires. Premièrement, l'Union européenne lutte contre certains obstacles non tarifaires en vue de promouvoir son commerce au niveau international. Deuxièmement, il peut arriver qu'elle impose des obstacles non tarifaires en réaction à des mesures prises par des partenaires. Troisièmement, l'Union reconnaît la légitimité de certains obstacles justifiés par des objectifs légitimes. Pour toutes ces raisons, l'approche européenne s'inscrit dans la perspective d'une administration efficace des obstacles non tarifaires. La mise en place de ce système dans la pratique conventionnelle européenne résulte de certaines considérations (**Chapitre 1**) et présente un certain nombre de caractéristiques essentielles (**Chapitre 2**).

## CHAPITRE 1

### UN SYSTEME REALISTE : LES RAISONS DE L'INSTITUTION

Le système commercial multilatéral n'est pas un système parfait. Comme tout système, celui-ci comporte des lacunes et fait, par conséquent, l'objet de critiques. Les principales critiques adressées à l'Organisation mondiale du commerce est son profond attachement au libéralisme, sacrifiant ainsi les préoccupations non commerciales à l'autel du libre-échange. Une telle situation est de nature à engendrer des tensions avec les Membres souverains. Les Etats disposent d'une certaine liberté dans l'édiction de mesures de politiques publiques non économiques. Ces politiques n'évoluent pas de façon autonome ; elles interagissent avec les politiques économiques. Les Etats sont ainsi chargés, par leurs populations respectives, d'harmoniser le tout afin d'éviter de sacrifier certaines politiques au profit d'autres. Il s'agit là d'une logique interne à chaque Etat. C'est pourquoi, à l'échelle internationale, les Etats essaient de s'assurer que les engagements qu'ils prennent ne seront pas de nature à compromettre leurs politiques internes. Ramenée à l'OMC, la problématique signifie que cette Organisation internationale économique ne saurait empêcher ses Membres de prendre des mesures politiques non économiques sous le seul prétexte du libre-échange.

Malheureusement, la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC a montré toutes les difficultés auxquelles étaient confrontés les Membres de l'OMC pour poursuivre leurs préférences collectives. Cela crée inéluctablement une tension, des blocages que l'Union, à l'instar des autres Membres, cherche à contenir par la mise en place d'un système d'administration des obstacles non tarifaires. C'est en réaction aux insuffisances du système commercial multilatéral (**Section 1**) que l'Union européenne s'est lancée dans un bilatéralisme conquérant en vue d'administrer efficacement les obstacles non tarifaires (**Section 2**).

## SECTION 1

### LES INSUFFISANCES DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL

Les accords externes de l'Union européenne ont permis la mise en place d'un système d'administration des obstacles non tarifaires. L'une des difficultés majeures auxquelles sont confrontées les Membres de l'OMC, est la poursuite d'objectifs non économiques à travers leurs politiques internes. La mise en œuvre de ces politiques publiques se traduit par la naissance de sérieux obstacles au commerce international. L'Organe de règlement des différends chargé, par les accords OMC de maintenir l'équilibre entre les droits et les obligations des Membres et de censurer tout protectionnisme de leur part, en est arrivé à exercer un contrôle strict des mesures étatiques. Confrontés aux difficultés de mener des politiques internes, expressions des préférences collectives de leurs sociétés, les Membres ont tenté, par le biais d'un bilatéralisme conquérant, de réagir aux lacunes des accords OMC (§1) mais aussi à l'impérialisme de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (§2).

#### §1. La réaction aux lacunes des accords O.M.C

L'institution du système européen d'administration des obstacles non tarifaires, au travers des accords externes de l'Union européenne, peut être justifiée par la volonté de réagir aux lacunes des accords OMC. L'Organe de règlement des différends, par ses décisions, remet en cause les préférences collectives étatiques à cause du diktat du principe de l'équilibre des droits et des obligations (A) et de la réallocation des pouvoirs institutionnels (B).

##### A. La remise en cause des préférences collectives étatiques par le diktat du principe de l'équilibre des droits et des obligations

L'objectif principal que les accords OMC ont assigné à l'Organe de règlement des différends (ci après ORD), est la préservation de l'équilibre du système à travers un droit spécifique applicable<sup>935</sup>.

---

<sup>935</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* : « [p]our interpréter et appliquer le texte introductif, il nous faut donc essentiellement mener à bien la tâche délicate de localiser et de circonscrire le point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond (par exemple l'article XI) du GATT de 1994, de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'équilibre des droits et des obligations établi par les Membres eux-mêmes dans cet accord » (§159).

Plusieurs sources de droit existent en droit international, mais le Mémorandum d'accord pour le règlement des différends (ci-après MARD) limite le droit appliqué par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, aux accords visés<sup>936</sup>. Cela confirme la nature spécialisée du mécanisme de règlement des différends. Il en infère que l'ORD ne saurait appliquer des règles issues d'accords conclus à l'extérieur du cadre multilatéral. C'est à ce niveau qu'il faudrait trouver une justification à l'institution du système européen d'administration des obstacles non tarifaires. Un certain nombre de politiques publiques poursuivies par les Etats membres ne sont pas fondamentalement prises en compte par les accords OMC. Or, ces politiques souveraines se révèlent être d'une importance capitale pour les Membres et ne sauraient être sacrifiées à l'autel des préoccupations commerciales. C'est dans ces conditions qu'il faudrait comprendre le « droit de régler » les échanges que s'est arrogée l'Union européenne dans le cadre de ses accords externes. L'Union cherche à préserver un équilibre entre objectifs commerciaux et objectifs non commerciaux. L'OMC, quant à elle, vise principalement le maintien d'un équilibre entre droits et obligations des Membres. Les accords OMC préviennent ainsi toute modification, par l'organe juridictionnel, de l'équilibre atteint au sein du système multilatéral<sup>937</sup>. D'ailleurs, l'Organe d'appel a eu l'occasion de se prononcer sur le lien existant entre l'application des « accords visés » et le maintien de l'équilibre des droits et des obligations des Membres<sup>938</sup>. Un débat doctrinal s'est posé autour de la question du droit applicable par les organes de jugement de l'OMC.

---

<sup>936</sup> Contrairement au droit international public où les sources du droit sont multiples, le Mémorandum d'accord limite le droit applicable par les organes de jugement aux accords visés. En ce qui concerne le premier, les sources sont contenues dans l'article 38:1 du Statut de la CIJ, auxquelles il faut ajouter les actes unilatéraux. Pour ce qui est du second, il s'agit précisément des accords énumérés à l'Appendice 1 du Mémorandum d'accord que sont les accords des annexes 1A (Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises), 1B (Accord général sur le commerce des services) et 1C (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), les accords commerciaux plurilatéraux et le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

<sup>937</sup> V. L'article 3:5 du M.A.R.D indique que « [t]outes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs ». V. Joel P. TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », *H.I.L.J.*, vol. 40, n°2, 1999, p.342.

<sup>938</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, 13 décembre 1999, § 79 : « nous estimons que le Groupe spécial n'a accru les droits ou obligations d'aucun Membre de l'OMC. De plus, il nous est difficile d'imaginer les circonstances dans lesquelles un Groupe spécial pourrait accroître les droits et obligations d'un Membre de l'OMC si ses conclusions traduisent une interprétation et une application correctes des dispositions des accords visés ».

La controverse tournait autour de ce qu'il fallait entendre par « application autonome » d'accords internationaux conclus entre des Membres de l'OMC mais n'appartenant pas à la catégorie des accords visés<sup>939</sup>. Elle s'étendait aussi à l'application des normes coutumières internationales<sup>940</sup>. Certains auteurs estiment que le droit applicable par l'ORD peut s'étendre au-delà des accords visés<sup>941</sup>. Néanmoins, celle-ci doit respecter les prescriptions des articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (ci-après MARD). Ces dispositions précisent que les constatations, les recommandations ou les décisions des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, « ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». En outre, elles n'édicteraient qu'une règle relative aux conflits entre les diverses sources de droit, établissant qu'en cas d'incompatibilité entre ces dernières, les « accords visés » devraient avoir précellence. D'autres pensent, quant à eux, que les accords visés constituent la source fondamentale du droit de l'OMC, tout en ajoutant que les textes de ces accords n'épuisent pas la source du droit pertinent<sup>942</sup>. Enfin, il a été considéré que l'expression « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public », contenue à l'article 3:2 de la Convention de Vienne, ouvrirait la porte, par le biais de l'article 31:3, à une application de règles autres que celles découlant des « accords visés »<sup>943</sup>. Les partisans de cette thèse estiment, en outre, que l'article 7 n'interdit pas aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, d'appliquer de telles règles dans des circonstances particulières. La possibilité de les invoquer comme moyen de défense, permettrait au juge de l'OMC de les appliquer ou de décliner l'exercice de sa compétence au profit d'une autre juridiction.

Cela dit, ces thèses que l'on vient de présenter s'accordent difficilement avec l'objectif de préservation de l'équilibre des droits et des obligations.

---

<sup>939</sup> V. Eric CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 107 et s.

<sup>940</sup> Dans les affaires *CE – Hormones* et *CE – Produits biotechnologiques*, le problème du recours au principe de précaution en tant que « principe reconnu de droit international général ou coutumier », s'est posé sans pour autant être tranché. Pourtant, en l'espèce, la question de l'applicabilité d'une norme non écrite aurait pu être tranchée par les organes de jugement de l'OMC. V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, du §§ 122-124 et Rapport du Groupe spécial, WT/DS48/R/CAN, du 18 août 1997, § 7.8-9.

<sup>941</sup> V. Lorand BARTELS, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceeding », *J.W.T.*, vol. 35, n°3, 2001, p. 502.

<sup>942</sup> V. David PALMETER et Petros C. MAVROIDIS, « The WTO Legal System : System of Law », *A.J.I.L.*, vol. 92, n°3, 1998, p. 399.

<sup>943</sup> V. Joost PAUWELYN, « How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law ? Question of Jurisdiction and Merits », *J.W.T.*, vol. 37, n°6, 2003, p. 1001.

L'approche favorisant une interprétation restrictive du droit applicable par les organes de règlement des différends – défendue notamment par Joël P. Trachtman et Gabrielle Marceau -, se révèle plus fidèle aux termes des accords OMC<sup>944</sup>. La conséquence immédiate de cette approche est, bien évidemment, que le droit applicable par le juge de l'OMC constitue un frein à toute aspiration visant à corriger certains déséquilibres entre les impératifs de libre commerce et la préservation d'autres valeurs non commerciales reconnues légitimes. Ainsi, les limites imposées au droit applicable « pourraient priver le juge de certains outils qui lui permettraient non pas d'éliminer de façon permanente les diverses lacunes des accords, mais à tout le moins de contourner ces lacunes par une prise en compte d'autres valeurs »<sup>945</sup>. Dans cette perspective, on voit que le juge de l'OMC devient inapte dans la recherche d'un équilibre global entre intérêts commerciaux et non commerciaux, affectant par là la prise en compte effective des préférences collectives défendues par les Etats. Cette incapacité de l'OMC à administrer de telles préférences, du fait des accords, fait que l'Union européenne se soit aménagée un cadre normatif lui permettant de gérer ses propres préférences collectives à travers les accords externes. Par ailleurs, l'application de cette approche a conduit, dans le cadre de l'OMC, à un triomphe de la légalité commerciale<sup>946</sup>.

Le diktat du principe de l'équilibre des droits et des obligations, combiné à la juridictionnalisation du système de règlement des différends, n'a pas été sans effet sur les solutions apportées aux litiges. Les décisions des organes de jugement de l'OMC ne se fondent que sur le droit découlant des « accords visés ». Dès lors, ils ne disposent pas de tous les outils leur permettant de résoudre les différends soumis à leur appréciation, car ils n'utilisent que les règles garantissant la préservation de l'équilibre des droits des Parties aux différends. Même si l'article 31:3 c) du MARD les autorise à prendre en compte « tout autre droit applicable » dans la relation entre les Parties, l'objectif ultime demeure celui du maintien de cet équilibre. Dans le cadre d'un différend impliquant uniquement des considérations commerciales, cette approche est tout à fait justifiée car adéquate.

---

<sup>944</sup> Pour Joël P. Trachtman, « [t]he mandate to WTO dispute resolution panels, to the Appellate Body and to the Dispute Settlement Body is clear : apply (directly) only WTO law ». Dans le même ordre d'idées, Gabriel Marceau considère que : « under the DSU not all sources of law may be applied or enforced by WTO adjudicating bodies ». V. Gabrielle MARCEAU, « A Call for Coherence in International Law : Praises for Prohibition against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement », *J.W.T.*, vol. 33, n°5, 1999, p. 110.

<sup>945</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, *op.cit.*, p. 173.

<sup>946</sup> *Id.*, p. 182.



En revanche, dans un litige impliquant à la fois des considérations commerciales et non commerciales (environnement, culture, droit des travailleurs, par exemple), la prise en compte des seuls aspects commerciaux a conduit, avec la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC, à un triomphe du droit de l'OMC sur tout autre règle susceptible d'influencer l'issue d'un litige. Cette victoire de la légalité commerciale fait que « tout autre droit » ne pourra que jouer un rôle assez limité dans l'interprétation des accords. Pourtant, l'Organe de règlement des différends de l'OMC a eu à déclarer que le droit de l'OMC ne devrait pas être isolé cliniquement du droit international<sup>947</sup>. Aussi, l'Union européenne, en ce qui la concerne, se réserve-t-elle le droit souverain de protéger ses préférences collectives. Ce besoin de préservation de ses préférences collectives se manifeste clairement à la lecture des stipulations des accords externes. Très souvent, celles-ci attirent l'attention sur le fait que rien dans les accords n'empêche aux partenaires –Union européenne et les Etats tiers -, de poursuivre des buts légitimes<sup>948</sup>. L'existence de ce domaine réservé était nécessaire à la poursuite des politiques publiques européennes dans le cadre conventionnel.

Le triomphe de la légalité commerciale a néanmoins pour mérite de garantir la stabilité du système et la sécurité juridique dont le renforcement est nécessaire. Eric Canal-Forgues ne dit pas autre chose en déclarant que « le règlement rapide et effectif des différends portant sur l'application et l'interprétation des accords de l'OMC est [...] essentiel pour le système commercial international en vue d'assurer la sécurité et la prévisibilité dont il a besoin pour fonctionner de manière harmonieuse et pacifique<sup>949</sup> ». Conçue ainsi, l'approche de l'Organe d'appel ne peut être que favorable. L'objectif du maintien de l'équilibre a même joué un rôle déterminant dans le traitement réservé à certains concepts juridiques.

Il en était ainsi lorsque l'Organe d'appel a refusé d'accorder une quelconque valeur interprétative aux *attentes légitimes* des Membres de l'OMC<sup>950</sup>. Celles-ci ont été considérées comme étant trop aléatoires pour être conciliables avec la prévisibilité et la sécurité juridique dont a besoin le système.

---

<sup>947</sup> V. Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres principes et instruments internationaux ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n°2, 2008, pp. 159-169. V. Rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

<sup>948</sup> Exemple de l'article 42 « Clause d'exception générale » de l'Accord de partenariat économique intérimaire entre la Communauté européenne et les Etats du Pacifique, *JOUE L 272/2*, du 16 octobre 2009.

<sup>949</sup> V. Eric CANAL-FORGUES, *op.cit.*, p.6. V. aussi John H. JACKSON, « Sovereignty, Subsidiarity, and Separation of Powers : The High-Wire Balancing Act of Globalization », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (dir.), *The Political Economy of International Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 28-29.

<sup>950</sup> Une telle attitude a été notée dans le cadre du rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*, WT/DS50/1B/R, 19 décembre 1997, §45 et confirmée dans l'affaire *CE – Matériels informatiques*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS62/AB/R, 5 juin 1998, §§ 84-97.

De ce fait, elles ont été écartées par le juge de l'OMC au profit de la recherche de la « commune intention des Parties » par application des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>951</sup>. Cependant, l'objectif de maintien de l'équilibre des droits et des obligations des Membres a eu des conséquences particulières sur l'interprétation des exceptions générales du GATT.

Qu'il nous soit utile de rappeler que c'est, entre autres, dans l'article XX sur les « exceptions générales » et l'article XXI sur l'exception relative à la « sécurité » que l'on retrouve quelques-unes des préférences collectives reconnues par le droit de l'OMC. En vertu de ces exceptions générales, comme on l'a vu dans la première partie, les Membres de l'OMC ont la possibilité de poursuivre des objectifs non commerciaux dans le cadre de leur droit interne sans que cette poursuite ne cache des ambitions protectionnistes. Dans la crainte de voir le recours aux exceptions entraîner une négation des droits des autres Parties, les juges ont développé un courant jurisprudentiel fondé sur la *doctrine de l'abus de droit*. Cette doctrine se focalise sur les risques d'abus entourant le recours aux exceptions générales. Il en a découlé un examen minutieux des conditions posées par les mécanismes de ces dispositions, particulièrement au regard de la mise en œuvre des mesures visées par les exceptions générales<sup>952</sup>. Cette doctrine est tout à fait prompte à être applicable dans le cadre du droit de l'OMC. Elle serait apte, dans cette perspective, à contrer les aspirations protectionnistes des Etats tentés de passer par les exceptions générales pour mettre en œuvre des politiques discriminatoires au profit de leurs entreprises domestiques. Mais en dépit de l'importance attachée à cette doctrine, celle-ci n' « a jamais été utilisée dans le contexte de l'interprétation des principes généraux des accords de l'OMC »<sup>953</sup>.

Bien qu'elle n'ait jamais été utilisée expressément par les organes de jugement de l'OMC, force est de constater que l'objectif poursuivi par celle-ci, à savoir éviter la négation des droits des autres Membres, est bien atteint à travers la technique de l'interprétation stricte des exceptions générales. D'ailleurs, toute exception est d'interprétation stricte. Bien que les rapports de Groupes spéciaux formés sous le GATT aient témoigné d'un traitement particulier réservé aux exceptions générales, lesquelles devaient faire l'objet d'une interprétation restrictive, un revirement important a été noté dans le cadre de l'affaire *CE – Hormones*.

---

<sup>951</sup> V. Yves NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *A.F.D.I.*, vol. 47, 2001, pp. 473-474.

<sup>952</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, § 158.

<sup>953</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 184.

L'Organe d'appel y a, en effet, expressément remis en question le « principe » d'interprétation restrictive des exceptions et a déclaré que « le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d' « exception » ne justifie pas en soi une interprétation "plus stricte" ou "plus étroite" de cette disposition<sup>954</sup> ». Cette approche a été reprise par d'autres Groupes spéciaux ainsi que l'Organe d'appel. Cela traduit une volonté de l'ORD de rompre avec le « principe de l'interprétation restrictive systématique » de toute mesure fondée sur les exceptions générales. Certains auteurs y ont vu la volonté de l'Organe d'appel de se conformer aux règles coutumières d'interprétation des traités<sup>955</sup>. Cependant, bien que soit bannie l'application systématique de cette approche restrictive, le contrôle des exceptions générales demeure strict et la charge de la preuve pour le défendeur reste onéreuse<sup>956</sup>. Hélène Ruiz Fabri fait remarquer que « la position prise par l'Organe d'appel en matière de charge de la preuve dans le rapport Etats-Unis – Essence avait [...] conduit à se demander si l'interprétation du chapeau de l'article XX n'aboutissait pas en pratique à une interprétation stricte des exceptions<sup>957</sup> ». Par la suite, elle conclura que le rapport *Etats-Unis – Crevettes* « paraît l'exclure en plaçant très explicitement l'interprétation de ce chapeau sous le signe de l'équilibre<sup>958</sup> ». Ce rapport prouve donc l'attachement de l'Organe d'appel à la préservation de l'équilibre entre droits et obligations des Membres.

Toutefois, il ne faudrait surtout pas occulter le fait que l'impératif de maintien de l'équilibre des droits et des obligations, se soit traduit par une « certaine méfiance » des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel à l'égard des politiques étatiques tendant à limiter la libre circulation des biens et des services. D'aucuns estiment que les rapports de l'Organe d'appel relatifs à l'application des exceptions générales n'ont pas semblé avoir conduit à des conclusions déraisonnables. Néanmoins, l'approche adoptée « dans certains rapports » a pu exercer une certaine pression sur les droits des Etats membres, notamment de l'Union européenne<sup>959</sup>. Le diktat permanent du principe de l'équilibre des droits et obligations ne saurait faire perdre de vue la légitimité des préférences collectives au sein de la société internationale.

---

<sup>954</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, *op.cit.*, p. 104.

<sup>955</sup> V. Daniel PALMETER et Petros C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 151.

<sup>956</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 186.

<sup>957</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends de l'OMC (1996-1998) », *J.D.I.*, vol. 126, n° 2, 1999, p.500.

<sup>958</sup> *Id.*

<sup>959</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 184.

Les contraintes imposées au juge vis-à-vis de la préservation de cet équilibre, comportent nécessairement des risques pour la reconnaissance des préférences collectives étatiques, mais peuvent également constituer un frein à l'atteinte d'un équilibre global entre intérêts commerciaux et valeurs non marchandes. La remise en cause de ces dernières s'explique aussi par la réallocation des pouvoirs au sein de l'OMC.

### **B. La remise en cause des préférences collectives étatiques par la réallocation des pouvoirs institutionnels**

Une autre raison pouvant justifier la mise en place du système européen d'administration des obstacles non tarifaires, par les accords externes de l'Union européenne, pourrait être liée aux conséquences de la réallocation pratique des pouvoirs dans le cadre de l'OMC. Cette réallocation a eu pour conséquence un glissement des pouvoirs des organes de jugement. Ces derniers ont préempté ceux des organes législatifs rendant ainsi difficile la poursuite, par les Membres de l'OMC, de leurs préférences collectives. Les juges de l'OMC disposent des moyens de venir au secours de la diplomatie lorsque celle-ci est confrontée aux blocages inhérents aux processus complexes de négociations commerciales internationales. Toutes les avancées réalisées dans le cadre multilatéral, ont pu l'être par le biais de négociations entre les Membres de l'OMC. Celles-ci font d'ailleurs l'objet d'une institutionnalisation dans le but d'aller toujours plus loin dans la libéralisation des échanges internationaux<sup>960</sup>.

Valérie Boré-Eveno estime en ce sens que la nécessité « de ne pas accroître ou diminuer les droits et obligations des Etats membres devrait certes écarter toute idée de pouvoirs normatifs, mais la fonction de clarification, dont le caractère juridictionnel peut être défendu notamment par le fait qu'elle est exercée sur la base des dispositions du droit de l'OMC, permet à l'Organe de règlement des différends de disposer d'une certaine liberté d'action et même d'être un élément moteur au sein du système <sup>961</sup>». Cette liberté d'action a été remarquable dans le cadre de l'interprétation des exceptions générales qui sont des mécanismes de reconnaissance des préférences collectives.

---

<sup>960</sup> Après l'avènement de l'OMC, ont eu lieu un certain nombre de Conférences ministérielles à l'occasion desquelles devaient être engagées de nouvelles négociations sur le commerce international. Il en a été ainsi de la Conférence ministérielle de Singapour de 1996, de celle de Seattle de 1999 et celle de Doha de 2001.

<sup>961</sup> V. Valérie BORE-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, sous la direction de J.-M. SOREL, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 35.

Des propositions d'Etats ont été notées dans le cadre du cycle d'Uruguay pour l'ajout d'une mention expresse portant sur les mesures environnementales dans la liste des exceptions générales. Mais celles-ci n'ont pas été adoptées. En dépit de ce rejet, les organes de jugement de l'OMC n'ont pas manqué de relier l'objectif de développement durable et de préservation de l'environnement – mentionné dans le Préambule de l'Accord sur l'OMC -, au droit des Etats d'adopter des mesures en vertu de l'article XX g) du GATT<sup>962</sup>. On voit donc, à travers cet exemple, que l'existence de désaccords entre Etats sur la question de l'inclusion d'une nouvelle exception relative à l'environnement, n'a pas empêché à l'Organe d'appel d'établir les liens nécessaires à la prise en compte des préoccupations environnementales dans le cadre des accords OMC. Hélène Ruiz Fabri considère néanmoins que cette pratique comporte des dangers. Elle estime qu'un « certain nombre de problèmes importants, non réglés antérieurement, faute de consensus, risquent ainsi d'être traités dans l'urgence et dans des termes qui, pour être liés aux finalités particulières du système, ne vont pas moins conditionner les développements ultérieurs. Ainsi, les Etats risquent-ils de voir leur échapper des débats essentiels, parfois délibérément différés »<sup>963</sup>. Ainsi, les organes de jugement de l'OMC exercent-ils une fonction législative normalement dévolue à la Conférence ministérielle et au Conseil général en traitant de différends dont la problématique constitue l'objet même des négociations entre Etats. C'est à ce titre que Timothy M. Reif et Julie Eckert ont déclaré ce qui suit :

« In the absence of express or implied guidance from WTO Members to panels and the Appellate Body, the DBS is gradually creating precedent on its own. The fact that panels are stepping into this void is problematic, but is also a reality and consequence of the fact that the WTO has to date been unable to update or clarify its rules in a swift and regular manner »<sup>964</sup>.

Bien que cette fonction juridictionnelle puisse être considérée comme une fonction complémentaire de celle législative, force est de constater qu'elle peut être une menace à la souveraineté des Etats membres en général et de l'Union européenne en particulier dans le cadre de la préservation de ses préférences collectives<sup>965</sup>.

<sup>962</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Crevettes*, *op.cit.*, §§ 153-154.

<sup>963</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, Tome 103, n°1, 1999, p. 51.

<sup>964</sup> V. Timothy M. REIF et Julie ECKERT, « Courage You Can't Understand : How to Achieve the Right Balance between Shaping and Policing Commerce in Disputes before the World Trade Organization », *Col. J. Trans. L.*, vol. 42, n°3, 2003-2004, p. 666.

<sup>965</sup> V. Claus-Dieter EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the "World Trade Court" : Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *J.W.T.*, vol. 36, n°4, 2002, p.

En effet, la question de la prise en compte des mémoires d'*amicus curiae* soumis par les personnes privées et non sollicitées (sur laquelle nous reviendrons plus tard), telle que soulevée dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, illustre cet état de fait. Ce différend témoigne des pouvoirs dont dispose le juge de l'OMC pour contourner l'incapacité des Membres à trouver des solutions aux questions politiquement sensibles<sup>966</sup>. Au demeurant, ces importants pouvoirs dont disposent les organes de jugement, interrogent sur le fonctionnement de l'« organe législatif » de l'OMC<sup>967</sup>. Ces organes sont chargés de prendre les décisions « sur toutes les questions relevant de tout Accord commercial multilatéral<sup>968</sup> », mais sont en même temps marqués par une certaine faiblesse. Helge E. Zeitler déclare en ce sens que :

« [...] the theoretical idea of the Members, assembled in the General Council or the Dispute Settlement body, having the control over the development of WTO law, is contravened in practice by the weakness of the same bodies<sup>969</sup> ».

L'une des faiblesses de ces organes réside dans la pratique du consensus. Cette dernière permet aux Membres d'imposer, ou de renverser, les décisions des organes de jugement. Les difficultés rencontrées en ce sens ont été notoires durant les cycles de négociations commerciales. Le passage à la règle du « consensus inversé » a conduit à rendre plus compliqué le renversement des rapports des organes de jugement. Il en a découlé un accroissement considérable de leur pouvoir et une corrélative diminution de celui des Membres. C'est pourquoi certains auteurs en sont arrivés à la conclusion que :

« [...] the great inefficiency of the WTO rulemaking (legislative) procedures has greatly increased pressure on the dispute settlement system (the judicial branch) to create new rules or reinterpret old rules through the back door »<sup>970</sup>.

---

633. V. aussi Richard H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », *A.J.I.L.*, vol. 98, n°2, 2004, p. 250.

<sup>966</sup> En l'espèce, il s'agissait d'interpréter l'article 13:2 du Mémoire d'accord, en l'occurrence le passage qui suit : « [I]es groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question ». Ainsi, la prise en compte du mémoire d'*amicus curiae* d'une ONG, non sollicité par les juges, a été considérée comme conforme à la disposition.

<sup>967</sup> Il s'agit de la Conférence ministérielle, organe décisionnel suprême de l'OMC, et du Conseil général qui se réunit très souvent pour exercer les fonctions de l'Organisation.

<sup>968</sup> V. Article 4 du Mémoire d'accord.

<sup>969</sup> V. Helge E. ZEITLER, « "Good faith" in the WTO Jurisprudence : Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism ? », *J. Int'l Econ. L.*, vol.8, n°3, 2005, p. 753.

<sup>970</sup> V. Claude E. ARFIELD, « Free Trade, Sovereignty, Democracy : The Future of the World Trade Organization », *Chicago J. of Int'l L.*, vol. 2, n°2, 2001, p. 410.

Les relations entre l'organe législatif et celui judiciaire peuvent être appréhendées sous le prisme d'une approche concurrentielle et d'une approche complémentaire. La première approche suppose un rapport conflictuel entre les fonctions législative et juridictionnelle. Dans cette perspective, le diktat de la légalité commerciale ne peut se faire qu'au détriment de la négociation, expression de la souveraineté des Etats<sup>971</sup>. Ainsi, l'efficacité du système de règlement des différends ne saurait combler les lacunes du système commercial multilatéral dans un certain nombre de domaines. Quant à la seconde approche, elle aborde les relations entre les deux organes, selon Hélène Ruiz-Fabri, dans une dynamique de complémentarité avec « a consideration of what judicialization can contribute to the successful functioning of political governance<sup>972</sup> ». Quel que soit le point de vue que l'on adopte, la question de l'équilibre institutionnel du système commercial multilatéral reste entière. Le cycle d'Uruguay a consacré le passage de la règle du consensus positif, pour l'adoption des rapports de Groupes spéciaux, à la règle du consensus négatif. A l'époque du GATT, les Panels prenaient certaines précautions dans le cadre de l'élaboration de leurs constatations dans la mesure où toute Partie Contractante avait la possibilité d'empêcher l'adoption des rapports<sup>973</sup>. En revanche, les nouvelles règles multilatérales ont donné à l'organe juridictionnel plus de pouvoirs compte tenu de la difficulté de renverser les rapports par les Membres<sup>974</sup>. Il en est résulté un important transfert de pouvoirs en faveur des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel au détriment de la sphère législative qui constitue le cadre, par excellence, d'exercice de la souveraineté des Etats et de défense des politiques nationales non commerciales. Amerigo Beviglia Zampetti note que :

---

<sup>971</sup> V. Armin VON BOGBANDY, « Law and Politics in the WTO : Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 612. L'auteur présente les relations entre les différents organes de l'OMC comme un « *serious mismatch between the cumbersome political institutions and procedures on the one hand and the WTO's often far-reaching rules applied by compulsory adjudication on the other* ». V. aussi Joseph H.H. WEILER, « The Rules of Lawyers and the Ethos of Diplomats : Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », in P.C. MAVROIDIS et A.O. SYKES (dir.), *The WTO and International Trade Law/ Dispute Settlement*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 684.

<sup>972</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Trade Negotiations and Dispute Settlement : What a Balance between Political Governance and Judicialization ? », *op.cit.*, p. 3.

<sup>973</sup> V. Richard H. STEINBERG, « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », *op.cit.*, p. 263.

<sup>974</sup> *Id.*

« The sensitivity that surrounds the balancing of economic and noneconomic objectives affects the equilibrium between powers within the organization, specifically, the extent to which the WTO "judiciary" should engage in the balancing exercise, if at all, in order to cover for the lack of rulemaking or the interpretation by "legislators", the WTO Members<sup>975</sup> ».

L'affectation de l'équilibre des pouvoirs entre les organes fait que les organes de jugement ont été conduits à adresser la question de l'interface entre le commerce et les valeurs non marchandes. Philips M. Nichols estime d'ailleurs que l'Organe d'appel :

« [...] just as the European Court of Justice, could enhance the World Trade Organization's credibility by moving the organization forward in areas in which the legislative process has been unable to reach decisions. One area in which it will be particularly difficult for the World Trade Organization to reach consensus is the interface between promoting free trade, on the one hand, and other societal values, such as protecting the environment, labor standards or human rights, on the other. As complex as this interface may be, the World Trade Organization must address it if the organization is to become a credible institution. It is almost certain that these questions will come before the Appellate Body ; coherent answers by the Appellate Body will do much to legitimize the organization<sup>976</sup> ».

Les échecs répétés des négociations commerciales multilatérales sur la question de certaines préférences collectives, font que l'Organe de règlement des différends s'est trouvé très souvent confronté à l'exercice de la difficile mise en balance des intérêts commerciaux et des intérêts non commerciaux. Quand il a été amené à se prononcer sur leur articulation, les solutions qu'elle a fournies n'ont pas toujours emporté la conviction des Membres. Sa position sur la problématique du principe de précaution a été fortement décriée par l'Union européenne dont l'engagement en faveur de la protection de ses préférences collectives n'est plus à démontrer. Par voie de conséquence, on comprend la raison déterminante qui est à la base de l'approche qu'elle a adoptée dans le cadre de ses accords externes afin de protéger certaines valeurs non marchandes. L'absence de compromis au niveau multilatéral a poussé au développement de solutions bilatérales à travers ses accords externes.

---

<sup>975</sup> V. Amerigo BEVIGLIA ZAMPETTI, « A Rough Map of Challenges to the Multilateral Trading System at the Millenium », in R.B. PORTER et autres (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D.C., *Brooking institution Press*, 2001, p. 43.

<sup>976</sup> V. Philip M. NICHOLS, « GATT Doctrine », *Virginia J. Int'l L.*, vol. 36, n°2, 1996, pp. 463-464.



## §2. La réaction à l'impérialisme de l'organe de règlement des différends de l'OMC

La jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC limite considérablement la liberté des Membres de poursuivre des objectifs non économiques à travers leurs politiques publiques. Ces mesures internes certes légitimes, posent de sérieux problèmes de légalité en raison de leurs effets restrictifs. L'office du juge de l'OMC a donné lieu à un activisme judiciaire (A) impliquant des interrogations sur la légitimité de l'ORD (B).

### A. L'activisme judiciaire dénoncé de l'ORD

Le rôle important de l'Organe de règlement des différends, à travers l'Organe d'appel, dans la recherche d'une solution compatible avec le maintien de l'équilibre des droits et des obligations des Membres, fait que celui-ci s'est montré très créatif dans son office. En tant qu'interprète, il dispose d'une certaine liberté d'action, d'une certaine marge de manœuvre. Mais le résultat final de son interprétation doit pouvoir se comprendre compte tenu des outils à sa disposition. Sinon, il est naturel de se demander « si l'interprète n'a pas pris des libertés qui outrepassent les limites du mandat qui lui a été initialement adressé »<sup>977</sup>. Il est clair que la volonté des organes de jugement de l'OMC est de trouver un équilibre entre les droits et obligations des Membres. L'omniprésence de cette « idée d'équilibre s'est traduite dans un certain nombre de partis pris, comme de considérer tout le texte, mais rien que le texte, d'éviter toute méthode d'interprétation susceptible de déporter le résultat en faveur d'un point de vue situé »<sup>978</sup>. D'ailleurs, Véronique Guèvremont affirmait en ce qui concerne l'Organe d'appel, que bien que ses « conclusions relatives aux différends fondés sur des exceptions générales soient généralement apparues rationnelles ou pragmatiques, son raisonnement a parfois semblé déconnecté, en totalité ou en partie, du texte et du contexte de l'article XX du GATT ou XIV de l'AGCS »<sup>979</sup>. Si dans certaines affaires l'Organe d'appel s'est montré assez prudent dans ses conclusions, dans d'autres, il a manifesté un certain « activisme judiciaire » préjudiciable à la défense, par les Etats membres, de leurs préférences collectives. Pour comprendre les causes de cet activisme, il faudrait renvoyer à la distinction qui existe entre les deux grandes traditions juridiques.

<sup>977</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 188.

<sup>978</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *op.cit.*, p. 93.

<sup>979</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *id.*

Dans la tradition juridique romano-germanique, « les magistrats seraient tenus de se cantonner au rôle d'automates appliquant mécaniquement la loi », alors que dans celle anglo-saxonne, « les juges, en tant qu'oracles du droit, auraient toute liberté de modifier celui-ci<sup>980</sup> ». L'*activisme judiciaire* suppose la reconnaissance d'un rôle qui excède celui de dire le droit. Bien que cette pratique puisse être tolérée, « les limites de son pouvoir se situent donc quelque part entre la fonction de « juger » et celle de « légiférer »<sup>981</sup> ». L'idée d'*activisme judiciaire* s'oppose au principe de la « *retenue judiciaire* », plus connu sous le nom de « *judicial restraint* » dans la tradition juridique anglo-saxonne. Ce dernier signifie que « when a court can resolve a case based on a particular issue, it should do so, without reaching unnecessary issues<sup>982</sup> ». Il renvoie à l'idée d'un rôle politique exercé par le juge. Il doit se limiter au cadre strictement nécessaire à la résolution du litige et s'abstenir d'aller au-delà.

Néanmoins, force est de reconnaître qu'il est difficile, dans le cadre de l'OMC, de fixer une ligne de partage entre la fonction juridictionnelle des organes de jugement – dont l'interprétation suppose parfois l'exercice de choix politiques – et l'activisme judiciaire. Il en est ainsi lorsque leurs conclusions sont exprimées en des termes vagues ou ambigus. Plus encore, il faut indiquer que « l'identification de la frontière entre ce qui est nécessaire au règlement du litige et ce qui découle de l'exercice d'une discrétion excessive de la part du juge constitue une opération complexe, sujette à l'appréciation subjective de l'observateur<sup>983</sup> ». La tentation de suspecter le juge d'outrepasser ses pouvoirs est d'autant plus grande lorsque l'affaire en cause est politiquement sensible<sup>984</sup>. Quelques rapports de l'Organe d'appel relatifs aux exceptions générales permettent de mettre en évidence un certain nombre de manifestations des vues personnelles du juge dans le règlement de litiges.

---

<sup>980</sup> V. Guy CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Archives de Philosophie du droit*, n° 50, 2006, p. 8.

<sup>981</sup> V. Robert HOWSE, « The Most Dangerous Branch ? WTO Appellate Body Jurisprudence on the Nature and Limits of the Judicial Power », in T. COTTIER et P.C. MAVROIDIS (dir.), *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2003, p. 35. V. aussi Black's Law Dictionary, 3<sup>e</sup> éd. Par B.A GARNER (dir.), coll. « Black's Law Pocket Dictionary », St-Paul (MN), Thomson/West, 2006, qui donne une définition de la notion d' « activisme judiciaire » (judicial activism) : « [a] philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions ».

<sup>982</sup> *Id.* Par opposition à l'activisme judiciaire, la « retenue judiciaire » (*judicial restraint*) est considérée comme « [a] philosophy of judicial decision-making whereby judges avoid indulging their personal beliefs about the public good and instead try merely to interpret the law as legislated and accord to precedent ».

<sup>983</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 190.

<sup>984</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Trade Negotiations and Dispute Settlement : What a Balance between Political Governance and Judicialization ? », *op.cit.*, p. 2.

Il en est ainsi des rapports *Etats-Unis – Essence* et *Etats-Unis – Crevettes* portant sur l'interprétation du chapeau de l'article XX du GATT. L'interprétation de l'expression « discrimination injustifiée » a conduit l'Organe d'appel à développer tout un raisonnement relatif au multilatéralisme et à la coopération internationale.

Dans la première affaire, l'Organe d'appel a insisté sur le fait que les Etats-Unis n'avaient pas « étudié la possibilité de conclure des arrangements de coopération » avec les gouvernements concernés<sup>985</sup>. Dans la seconde, il les a critiqués au motif que « des négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux » n'avaient pas été sérieusement engagées<sup>986</sup>. En l'espèce, l'Organe d'appel a finalement constaté que « la principale conséquence de ce manquement trouve peut-être son expression dans l'unilatéralisme qu'il entraîne et qui caractérise l'application de la mesure contestée<sup>987</sup> ». Autrement dit, l'Organe d'appel sanctionnait l'unilatéralisme des Etats-Unis en se réfugiant derrière l'émergence d'une « obligation de coopération » entre les Membres de l'OMC dans les domaines autres que commerciaux. Cette exigence est ainsi attachée au critère de « discrimination injustifiée », ce qui démontre toute la latitude dont dispose l'Organe d'appel dans l'interprétation des dispositions de l'article XX du GATT. Une telle interprétation du chapeau de l'article XX du GATT, a pour conséquence d'imposer une obligation supplémentaire à la charge des Membres souhaitant bénéficier du régime des exceptions générales<sup>988</sup>. L'interprétation faite par l'Organe d'appel conduit non seulement à l'émergence d'un nouveau critère, mais affecte concomitamment l'équilibre des concessions en imposant un fardeau supplémentaire à l'exercice des droits attaché aux exceptions générales. Rien de tel pour les autres dispositions. Rappelons que ces exceptions générales constituent l'un des rares mécanismes, dans les accords OMC, permettant aux Membres de poursuivre des politiques publiques non économiques. La démarche de l'Organe d'appel a été pragmatique<sup>989</sup>, mais ce pragmatisme ne doit pas occulter le défaut de fondement juridique au raisonnement tenu. Cela a fait dire à un auteur :

---

<sup>985</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, p. 27.

<sup>986</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, §§ 166-172.

<sup>987</sup> *Id.*, § 172.

<sup>988</sup> V. Lewis BRIGGS, « Conserving "Exhaustible Natural Resources" : The Role of Precedent in the GATT Article XX (g) Exception », in E. BROWN WEISS et J.H. JACKSON (dir.), *Reconciling Environment and Trade*, New York, *Transnational Publishers*, 2001, pp. 290-291.

<sup>989</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, § 168 : « la protection et la conservation des espèces de tortues marines qui sont de grandes migratrices, autrement dit l'objectif même de la mesure, exigent des efforts concertés et une coopération de la part des nombreux pays dont les tortues marines traversent les eaux au cours de leurs migrations périodiques ».

« [...] il est difficile d'identifier la raison pour laquelle une telle considération, liée à l'efficacité de la mesure, n'est pas prise en compte au cours de la première étape de l'interprétation de l'article XX. Cette étape, fondée sur l'interprétation des divers paragraphes de cet article, doit pourtant permettre au juge d'examiner le lien entre la mesure et l'objectif poursuivi. Le texte du chapeau ne contient aucun terme permettant de justifier le développement de l'Organe d'appel au sujet de la procédure que devrait suivre un Etat pour que sa mesure produise les meilleurs résultats<sup>990</sup> ».

Dans cette perspective, le juge de l'OMC fait subrepticement appel au multilatéralisme. Or, bien que l'on puisse concevoir que le multilatéralisme puisse éliminer les risques de discrimination arbitraire, rien ne dit que l'unilatéralisme engendre nécessairement de telles discriminations.

La deuxième affaire *Etats-Unis – Crevettes* est intéressante pour démontrer l'activisme dont fait preuve l'ORD de l'OMC dans le traitement d'affaires politiquement sensibles, parce qu'impliquant des considérations non commerciales de la plus haute importance pour les Membres. On se focalisera ici sur le critère de « l'absence de flexibilité de la mesure » incriminée pour conclure à sa nature arbitraire. En examinant la façon dont la mesure est mise en œuvre, l'Organe d'appel est arrivé à la conclusion que le processus « semble [...] singulièrement informel et simpliste, et paraît mené d'une manière telle qu'il pourrait aboutir à la négation des droits des membres<sup>991</sup> ». Il a en outre déclaré que les Membres exportateurs « ne bénéficiaient pas de l'équité élémentaire ni des garanties d'une procédure régulière et faisaient donc l'objet d'une discrimination<sup>992</sup> ». L'émergence d'une exigence d'application régulière de la loi est manifeste à ce niveau. Elle pourrait être appropriée sauf que cette exigence constitue une obligation déjà imputée aux Membres en vertu de l'article X:3 du GATT. L'Organe d'appel avait lui-même fait remarquer que les exceptions énumérées à l'article XX se rapportaient à toutes les obligations découlant de l'Accord général. On constate donc ici l'existence d'une liberté que s'est arrogé l'Organe d'appel dans l'interprétation des accords.

Par ailleurs, sont difficilement identifiables les fondements juridiques du rattachement des prescriptions de l'article X:3 au critère de « discrimination arbitraire » du texte introductif de l'article XX.

---

<sup>990</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 192.

<sup>991</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes*, *op.cit.* § 181.

<sup>992</sup> *Id.*

Certains ont mis en lumière le fait que cette exigence non fondée est de nature à engendrer de nouvelles conditions – non prévues dans le texte - relatives aux formalités administratives<sup>993</sup>. L'absence de flexibilité peut être un élément pertinent d'analyse des conditions imposées par le chapeau de l'article XX. Mais l'Organe d'appel est allé beaucoup trop loin en exigeant le « respect rigoureux de ces prescriptions fondamentales » afin que les conditions de l'article XX soient remplies.

Une autre preuve de l'activisme de l'Organe d'appel se retrouve dans l'affaire *Etats-Unis – Essence* et porte sur l'interprétation des termes « restriction déguisée au commerce ». L'Organe d'appel y fait entendre que le test appliqué en la matière, pourrait impliquer des considérations relatives à l'« intention » de l'Etat concerné. Il déclarait, à cet effet, que « la discrimination qui en résulte devait avoir été prévue, et n'était pas purement accidentelle ou inévitable<sup>994</sup> ». Ce nouveau critère d'intentionnalité introduit est peu compréhensible dans la mesure où le texte de l'article XX ne fait nulle mention à l'intention devant guider le choix des mesures étatiques. On pourrait déduire de ce passage que toute mesure visant délibérément à restreindre la libre circulation de certains produits ou services pourra être assimilée à une restriction déguisée au commerce. Or, une mesure restrictive peut être intentionnellement prise sans qu'il n'y ait de volonté de procurer un avantage derrière. L'Organe d'appel n'a pas fait cette nuance et a simplement considéré que la discrimination n'étant pas accidentelle ou inévitable, l'existence de la « restriction déguisée » devait être établie.

D'autres inquiétudes peuvent être soulevées relativement à l'interprétation des divers paragraphes de l'article XX. Ainsi, si l'ouverture de l'Organe d'appel aux considérations externes, en matière d'environnement notamment, doit être considérée comme salubre, les critères de prise en compte de ces autres considérations demeurent ambigus. Cette ambiguïté traduit toute l'instabilité de la jurisprudence de l'OMC lorsqu'il s'agit de mesures restrictives fondées sur les exceptions générales. L'Organe d'appel a reconnu, dans son rapport *Brésil – Pneumatiques rechapés*<sup>995</sup>, la protection de l'environnement comme une valeur importante<sup>996</sup>.

---

<sup>993</sup> V. Timothy M. REIF et Julie ECKERT, « Courage You Can't Understand : How to Achieve the Right Balance between Shaping and Policing Commerce in Disputes before the World Trade Organization », *op.cit.*, p. 695.

<sup>994</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, p. 29.

<sup>995</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant l'importation de Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007.

<sup>996</sup> *Id.*, § 179.

Néanmoins, cela ne doit pas masquer la marge discrétionnaire attachée à la qualification par le juge, de toute « autre valeur » alléguée par un Membre. La prise en compte de préoccupations non commerciales par le système commercial multilatéral est certes positive, mais l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en la matière pourrait, dans certains cas, devenir une source d'insécurité juridique. De nombreuses questions restent sans réponse de la part de l'Organe d'appel. Ainsi de la « maturité » que doivent avoir atteint les valeurs impliquées pour être prises en compte. L'exemple de la reconnaissance de la diversité des expressions culturelles, comme nouvelle valeur dans le cadre de l'UNESCO, est assez significatif.

Pour finir sur la question de l'activisme de l'ORD, parlons de l'application des critères relatifs au « test de nécessité », tel que développé par l'Organe d'appel dans son rapport *Corée – Viande de bœuf* et précisé dans le rapport *CE – Amiante*<sup>997</sup>. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'Organe d'appel dans l'interprétation de cette notion, menace la prise en compte de l'importance des valeurs ou intérêts communs dans l'examen des mesures alternatives raisonnablement disponibles. Certaines interrogations restent entières. Il en est ainsi des questions de l'autorité chargée d'apprécier la nature « vitale » d'une valeur, ce qui implique le moment où celle-ci peut être considérée comme étant commune. L'absence d'indication propre à guider son raisonnement, fait que le juge de l'OMC dispose d'une latitude considérable. Ainsi, quand la démarche du juge n'est pas fondée sur un texte, ou lorsqu'elle s'établit en l'absence de dispositions précises, il en infère des questionnements sur sa légitimité.

## B. Les interrogations sur la légitimité de l'ORD

L'activisme dont fait preuve l'ORD de l'OMC dans le cadre de son entreprise d'interprétation des accords, débouche sur un questionnement de la légitimité des organes de jugement. Il existe plusieurs conceptions de la légitimité.

---

<sup>997</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel *Corée-Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelé*, WT/DS161/AB/R, 11 décembre 2000, § 157 et Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, § 172. Les critères sont les suivants : le rôle joué par la mesure d'application dans la poursuite de l'objectif visé par la mesure, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes protégées, l'incidence de la mesure sur le commerce.

Selon le dictionnaire Gérard Cornu, « la légitimité est [...] intégrée dans la légalité » alors que dans d'autres cas « la légitimité se distingue de la légalité<sup>998</sup> ». Joseph H. H. Weiler, dans son analyse de la légitimité de l'OMC, rejoint cette double conception, en distinguant entre légitimité formelle et légitimité sociale<sup>999</sup>. D'autres encore, comme Philip M. Nichols mettent l'accent sur trois aspects de la légitimité : « legal validity, systemic legitimacy and empirical legitimacy ». Il soutient que :

« [...] for the World Trade Organization to achieve legal validity, it must demonstrate both that a legal framework exists and that it adheres to that framework<sup>1000</sup> ».

A la lumière des autres aspects de la légitimité de Philip M. Nichols, celle-ci se différencie de la légalité. Elle est liée à la « conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement ou politiquement l'autorité de cette institution<sup>1001</sup> ». Cette définition du dictionnaire Gérard Cornu renvoie à la légitimité sociale de Joseph H. H. Weiler. La distinction entre légitimité formelle et légitimité sociale est très importante, à ce niveau de l'analyse car si les partisans du libéralisme appellent les sceptiques à reconnaître le rôle important qu'occupe la règle de droit dans le système commercial (légitimité formelle), les défenseurs des préférences collectives estiment que les préoccupations non commerciales doivent être prises en compte plainement (légitimité sociale). Le rapport *Etats-Unis – Crevettes* est perçu en ce sens comme l'incontestable victoire du commerce sur l'environnement. D'autres encore regrettent le rejet de l'exception culturelle et s'inquiètent de l'avenir des biens et services culturels, considérés comme des marchandises spéciales.

Pareilles préoccupations mobilisent les défenseurs de la protection de la santé publique, des normes fondamentales du travail et des droits de l'homme. Ils estiment que l'OMC ne prend en compte que les intérêts commerciaux de ses Membres, à l'exclusion de toute autre préoccupation. Or, cette conception du commerce n'épouse pas la vision européenne. En effet, l'Union européenne adopte une démarche équilibrée articulant intérêts commerciaux et préoccupations non commerciales.

---

<sup>998</sup> V. Gerard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., coll. « Quadrige Dicos Poche », 2008, p. 542.

<sup>999</sup> V. Joseph H.H. WEILER, « The Transformation of Europe », *Yale L.J.*, vol. 100, n°8, 1991, pp. 2466-2477.

<sup>1000</sup> V. Philip M. NICHOLS, « GATT Doctrine », *op.cit.*, p. 458.

<sup>1001</sup> V. Gerard CORNU, *op.cit.*, p. 542.

Ses objectifs commerciaux sont aussi importants que ses objectifs non commerciaux. Il n'y a pas de hiérarchie entre ses politiques publiques ; celles-ci procèdent d'une logique de cohérence, ainsi que cela a été démontré dans la première partie. Au demeurant, force est de constater que l'OMC est très efficace en matière de levée des obstacles au commerce. Néanmoins, cela a eu pour conséquence de porter un regard accusateur sur l'Organisation. Cette dernière est perçue comme une Organisation qui empiète sur des domaines qui ne sont pas de sa compétence, voire une entité non démocratique qui retire aux Etats leur capacité d'intervenir dans des domaines d'activités qui relèvent encore de leur souveraineté<sup>1002</sup>. La légitimité sociale de l'OMC sera examinée à travers celle des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

Si l'interprétation se présente comme « un acte dont la portée dépend de la qualité et des attributs de celui qui l'énonce, elle conditionne également directement la légitimité et l'autorité de l'interprète, ainsi que celle du mécanisme et du système dont il dépend<sup>1003</sup> ». Est interrogée la légitimité<sup>1004</sup> des organes de jugement dans l'arbitrage des relations entre plusieurs valeurs conflictuelles, impliquant d'une part des intérêts commerciaux des Etats et, d'autre part, leurs préoccupations autres que commerciales. La problématique de l'articulation entre valeurs commerciales et valeurs non commerciales s'est posée bien avant la naissance de l'ORD. Déjà en 1991, un différend entre les Etats-Unis et le Mexique avait soulevé d'importantes préoccupations liées à l'articulation de valeurs conflictuelles<sup>1005</sup>.

Il est possible d'analyser la légitimité des organes de jugement de l'OMC en utilisant deux approches. La première inscrit l'évaluation de leur légitimité dans une perspective évolutive. Elle consiste à examiner la légitimité des organes de jugement de l'OMC à l'époque du GATT, avant de faire ressortir les améliorations subséquentes qui ont été réalisées grâce à la juridictionnalisation du système<sup>1006</sup>.

---

<sup>1002</sup> V. Robert HOWSE, « The Legitimacy of the World Trade Organization ? », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (dir.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, pp. 391-394.

<sup>1003</sup> V. Vincent TOMKIEWICZ, *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, sous la direction d'H. RUIZ FABRI, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2004, p. 157.

<sup>1004</sup> Sur la légitimité des organisations internationales en général : V. Jean-Marc COICAUD et Veijo HEISKANEN, *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, 578 pages.

<sup>1005</sup> V. Rapport du Groupe spécial *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de Thon*, DS21/R, 3 septembre 1991. Le Rapport n'a pas été adopté.

<sup>1006</sup> V. Samuel J.M. DONNELLY, « Reflecting on the Rule of Law, Its Reciprocal Relation with Rights, Legitimacy and Other Concepts and Institutions », *Syracuse J. Int'L. & Com.*, vol. 32, n°2, 2005, pp. 249. L'auteur estime que « [the] legitimacy power can accumulate slowly case by case during a sequence of law reform or over the history of an institution. A judge who renders a series of important decisions supported by good legal argument grows in legitimacy power ».



La seconde consiste à évaluer la légitimité des organes de jugement à l'aune des rapports adoptés et à la lumière de critères plus objectifs.

La première approche a été utilisée par Robert Howse qui distinguait « [...] three necessary elements in legitimacy in the adjudication of competing values : fair procedures, coherence and integrity in legal interpretation, and institutional sensitivity »<sup>1007</sup>. Sur la base de ces trois critères, il a analysé la légitimité acquise par le système de règlement des différends multilatéral du rapport *Etats-Unis – Thon I* de 1991 à celui *Etats-Unis – Crevettes* de 2001. Cette analyse a conduit à voir dans le système de règlement des différends (ci-après S.R.D), un facteur de légitimation du système commercial multilatéral dans son ensemble. La seconde approche, quant à elle, conduit à évaluer le SRD « non pas au regard de ce qu'elle a déjà été ou de ce qu'elle est en voie de devenir, mais simplement en tant que telle aujourd'hui, à la lumière des préoccupations du moment et des défis contemporains<sup>1008</sup> ». Ainsi, selon la vision de Dworkin, la légitimité n'est pas enracinée « in the hard terrain of contracts or duties of justice or obligations of fair play [...] but in the more fertile ground of fraternity, community and their attendant obligations<sup>1009</sup> ». Il ajoutera que l'intégrité d'une institution, Etat, juge, par exemple, renforce sa légitimité<sup>1010</sup>. A partir de là, la légitimité de l'ORD pourrait être évaluée relativement à son ouverture aux considérations non commerciales externes à l'OMC. En appliquant ces critères aux organes de jugement de l'OMC, on constate l'existence d'une multitude de valeurs conflictuelles au sein du système commercial multilatéral, ayant parfois fait l'objet de différends<sup>1011</sup> sans jamais avoir été directement adressée par le juge. Reconnaissons néanmoins que l'Organe d'appel a affirmé sa volonté de ne pas isoler le système commercial multilatéral<sup>1012</sup>. Cela dit, la confrontation réelle entre les préférences collectives n'a jamais été véritablement prise en compte. Aussi, l'hétérogénéité des valeurs et choix de société privilégiés par les différents Membres impliqués dans un différend n'a pas été considérée.

---

<sup>1007</sup> V. Robert HOWSE, « Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law : The Early Years of WTO Jurisprudence », in Joseph H.H WEILER (dir.), *The EU, the WTO and the NAFTA : Towards A Common Law of International Trade ?* Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 41-42.

<sup>1008</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 212. V. aussi Mathilde LEGENDRE LE CLOAREC, *L'interprétation par l'organe d'appel de l'OMC à l'aune de l'objectif de sécurité juridique*, sous la direction d'Hélène RUIZ-FABRI, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2013, 573 pages.

<sup>1009</sup> V. Ronald M. DWORKIN, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, p. 206.

<sup>1010</sup> *Id.*, p. 227.

<sup>1011</sup> V. John H. JACKSON, « The Varied Policies of International Juridical Bodies : Reflections on Theory and Practice », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, p. 869.

<sup>1012</sup> V. Deborah Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization – Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 183.

Il en résulte un risque d'isolement de l'OMC par rapport aux préoccupations non commerciales de ses Membres, ou de donner au commerce une prépondérance sur les autres considérations<sup>1013</sup>.

Un autre aspect du règlement des différends doit être évoqué. Il s'agit de la négligence des intérêts non commerciaux défendus individuellement par un Membre, au profit d'une focalisation sur « l'intérêt commun » (non pas d'une société, mais d'une pluralité d'Etats) ou de « nouvelles valeurs internationales » ayant, selon la seule appréciation du juge, émergé au sein de la communauté des Etats<sup>1014</sup>. En ce sens, a été mise en évidence une nouvelle exigence relative à la « coopération internationale » dans l'interprétation du critère relatif à la « discrimination arbitraire ». C'est la raison pour laquelle certains reconnaissent aux préférences collectives « un avenir plutôt sombre ». Raison de plus pour comprendre les efforts déployés par l'Union européenne dans la multiplication des accords externes tendant à « administrer » les obstacles commerciaux que sont les préférences collectives. La prise en compte de l'intérêt commun ne devrait en aucune manière empêcher aux Etats de revendiquer individuellement la prise en compte de leurs préférences collectives, fondées sur le seul intérêt général de leur société. A défaut d'une telle prise en compte, c'est la légitimité sociale du système qui va en pâtir<sup>1015</sup>. Or, on a vu que l'OMC ne semblait guère préoccupée par les préférences collectives nationales. Certaines affaires illustrent la tendance de l'Organe d'appel à négliger les préférences collectives nationales.

On songe ici à l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* qui a été trachée sans que des réponses ne soient apportées à un certain nombre de questions. Il en est ainsi de la question de la portée extraterritoriale des mesures autorisées au titre de l'article XX, une question importante dans l'articulation entre le commerce et de nombreuses mesures unilatérales fondées sur des préférences environnementales d'Etats agissant individuellement. A la place, l'Organe d'appel a préféré s'attarder sur la coopération internationale et le multilatéralisme. En outre, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel ne s'est pas clairement prononcé sur le poids, par rapport aux règles commerciales, des préférences collectives d'une communauté d'Etats à l'égard du principe de précaution, en l'occurrence l'Union européenne.

---

<sup>1013</sup> V. Joost PAUWELYN, « The Sutherland Report : A Missed Opportunity for Genuine Debate on Trade, Globalization and Reforming the WTO », *J.I.E.L.*, vol. 8, n°2, 2005, p. 331.

<sup>1014</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 214.

<sup>1015</sup> V. Vincent TOMKIEWICZ, *op.cit.*, p. 511 où l'auteur estime qu'en « *alliant l'exercice de ses fonctions de règlement des différends à la sauvegarde d'un intérêt commun dont la légitimité est reconnue, l'Organe d'appel peut alors apporter une contribution à l'ensemble plus vaste auquel il appartient, en assurant la cohérence du droit de l'OMC avec le droit international public* ».

L'organe de jugement s'est contenté de déclarer que le principe de précaution, « du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité<sup>1016</sup> ». Pourtant il pouvait prêter attention à la reconnaissance du principe de précaution dans le cadre du droit de l'Union européenne. D'autres affaires ont également soulevé des préoccupations similaires à l'égard de la prise en compte de valeurs conflictuelles. Dans l'affaire *Canada – Périodiques*, l'Organe d'appel avait vidé le contentieux sans évoquer la problématique entourant l'articulation de politiques culturelles avec les règles commerciales multilatérales et la question de « la double nature des biens et services culturels<sup>1017</sup> ».

Au demeurant, l'articulation de valeurs conflictuelles outrepassa les questions relatives à l'interprétation des règles et des exceptions pour enserrer la nécessaire conciliation des intérêts commerciaux avec les impératifs de développement. Les représentants de certains Etats ont déclaré, en ce sens, qu'une « lecture attentive de la jurisprudence [...] montre que les intérêts et points de vue des pays en développement n'ont pas été dûment pris en compte. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont fait montre d'un légalisme excessif et aseptisé, souvent au détriment de la constitution d'une jurisprudence propice au développement<sup>1018</sup> ». Dans ce contexte, les Membres ont proposé que les organes de jugement tiennent compte de l'incidence des mesures en cause sur l'économie des pays en développement<sup>1019</sup>. A travers ses accords externes, on ne manquera pas de constater que l'Union européenne a donné plus de force à cette recommandation du système commercial multilatéral. L'analyse de la légitimité du système de règlement des différends montre que celle-ci est « menacée par la « légalité » de ce système ». C'est pourquoi Robert Howse a affirmé que :

« [...] the very decision to follow these general interpretative norms of public international law enhances the legitimacy of the dispute settlement organs in adjudicating competing values, because these norms are common to international law generally, including the regimes that give priority to very different values, and are not specific to a regime that has traditionally privileged a single value, that of free trade »<sup>1020</sup>.

---

<sup>1016</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, op.cit., § 123.

<sup>1017</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Canada — Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997, § 5.45.

<sup>1018</sup> V. OMC, Organe de règlement des différends – Session extraordinaire – Négociations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Proposition du Groupe des PMA, TN/DS/W/17, 9 octobre 2002, p. 2.

<sup>1019</sup> V. OMC, Organe de règlement des différends – Session extraordinaire – Contribution de la Jamaïque au réexamen, prescrit à Doha, du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, TN/DS/W/21, 10 octobre 2002, p. 3. Les accords externes avec les pays en développement accordent une place importante à la question.

<sup>1020</sup> V. Robert HOWSE, « From Politics to Technocracy – and Back Again : The Fate of the Multilateral Trading Regime », *Symposium : The Boundaries of the WTO, A.J.I.L.*, vol. 96, n°1, 2002, p. 95.

Cependant, une telle déclaration semble difficilement vérifiable. L'Organe d'appel s'est montré, parfois, ouvert aux considérations non commerciales en se référant à d'autres sources que les « accords visés ». Mais il faut dire que les règles d'interprétation habituellement admises en droit international ont un caractère logique qui « permet en principe d'exclure toute référence à un ordre de valeurs »<sup>1021</sup>. Quoiqu'il en soit, l'utilisation des méthodes d'interprétation prévues par la Convention de Vienne n'a pas conduit l'Organe d'appel à prendre en compte durablement les préférences collectives des Membres en dépit de l'existence de quelques signes d'ouverture.

On ne saurait faire fi des contraintes auxquelles sont confrontés les organes de jugement de l'OMC. Leur objectif ultime demeurant la préservation de l'équilibre des droits et des obligations des Membres, ils ne jouissent pas de la liberté nécessaire à une orientation objective de leur démarche interprétative ainsi qu'à la recherche d'une parfaite cohérence entre les divers systèmes juridiques internationaux. Il convient, dans ces conditions, d'admettre qu'il existe « un rapport de "contrainte" entre les principes d'interprétation et l'organe juridictionnel qui interprète, les conclusions de ce dernier apparaissant "déterminées" par un certain nombre de prémisses incontournables<sup>1022</sup> ». Il en découle inéluctablement, une précellence des intérêts économiques sur les préoccupations non commerciales des Etats. On comprend alors pourquoi l'Union européenne a du mal à imposer sa vision du commerce international au sein du système commercial multilatéral. Cette vision ne repose pas sur un déséquilibre entre commerce et autres préoccupations non commerciales, mais sur un principe de cohérence, une harmonie. L'approche intégrée de ses politiques aussi bien à l'interne qu'à l'international imprime sa marque à ses relations commerciales internationales. Pour lutter contre les insuffisances du système commercial multilatéral, le bilatéralisme constitue pour l'Union européenne, un moyen d'apporter des réponses efficaces à un certain nombre de ses préoccupations.

---

<sup>1021</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 216.

<sup>1022</sup> V. Valérie BORE-EVENO, *op.cit.*, p. 265.

## **SECTION 2**

### **LA QUETE D'EFFICACITE DANS UN BILATERALISME CONQUERANT**

Les relations économiques internationales sont, de nos jours, de plus en plus marquées par un retour au bilatéralisme. Les Etats-Unis ainsi que l'Union européenne concluent de plus en plus d'accords bilatéraux pour régir le commerce international. Sans forcément nier le multilatéralisme, ce bilatéralisme se veut conquérant et se pose même en alternative. En effet, le système commercial multilatéral connaît un blocage réel sur certaines questions touchant au commerce. Dans ces conditions, pour atteindre plus d'efficacité dans la mise en œuvre de sa politique commerciale, l'Union européenne a fait des accords bilatéraux, un instrument prompt à réguler efficacement les obstacles non tarifaires. Cette régulation bilatérale des obstacles non tarifaires se fait au service des relations extérieures de l'Union (§1) mais constitue avant tout un cadre propice aux concessions sur les obstacles au commerce (§2).

#### **§1. Le cadre bilatéral : un moyen de régulation des obstacles non tarifaires au service des relations extérieures européennes**

Le cadre bilatéral d'administration des obstacles non tarifaires constitue un instrument d'exportation des standards normatifs de l'Union européenne (A), mais également une stratégie de maîtrise de la mondialisation (B).

##### **A. L'exportation des standards normatifs européens à travers l'administration des obstacles non tarifaires**

L'approche européenne des obstacles non tarifaires pourrait conduire à constater que l'Union européenne, à travers l'administration de ces derniers, cherche à exporter ses standards normatifs relatifs à diverses politiques publiques portant souvent atteinte à la libéralisation des échanges commerciaux. Qu'il soit utile de rappeler que l'Union européenne ne s'oppose pas systématiquement aux obstacles non tarifaires, elle les tolère parfois dans la poursuite d'un certain nombre d'objectifs non économiques. A travers l'une ou l'autre démarche, on remarquera qu'à la lecture des accords externes de l'Union, celle-ci procède à la promotion d'un certain nombre de règles qui lui sont soit propres soit appartiennent à des organisations internationales non économiques auxquelles elle fait partie.

C'est ce que l'on entend par standards normatifs sur ce point; c'est-à-dire un ensemble de règles d'origines diverses gouvernant les politiques publiques non économiques de l'Union européenne. Cela dit, l'aspect le plus important de l'analyse à ce niveau, porte sur l'approche adoptée par l'UE afin d'exporter ces normes. On dira même qu'il s'agit d'une approche qui est double en fonction des partenaires. En effet, l'approche fondée sur la « *hard law* » (normes dures) se superpose à celle axée sur les « normes molles », la « *soft law* »<sup>1023</sup>. La doctrine explique ce phénomène d'exportation par l'expression de « transfert de normes » propres à une politique, une institution ou un Etat, à destination d'un autre Etat. Les « *policy transfer studies* » sont conçues comme :

« [...] un processus par lequel le savoir sur des politiques, des arrangements administratifs, des institutions et des idées d'un système politique (passé ou présent) est utilisé pour développer les politiques, arrangements administratifs, institutions et idées dans un autre système politique<sup>1024</sup> ».

Ainsi, en fonction de l'état du processus, certains concepts peuvent paraître plus pertinents que d'autres « pour analyser soit la production des normes, soit le processus de leur diffusion d'un pays, d'une politique ou d'une institution vers l'autre, soit encore leur interprétation et adaptation par les acteurs ou institutions divers<sup>1025</sup> ». Autant dire que ce n'est pas sur la base d'un socle conceptuel commun que s'effectue la diffusion des normes européennes. Néanmoins, il est important de faire une précision à ce niveau de l'analyse :

« [S'il] est possible de parler de « transfert » pour des normes « dures » incluses dans les traités, les règlements et les directives, voire des standards de l'UE liés au droit communautaire ou encore des standards professionnels en raison des possibles sanctions dont leur non-respect pourraient (*sic*) entraîner [...], il devient plus difficile d'employer ce terme pour les normes « molles » comme les valeurs de l'UE<sup>1026</sup> ».

---

<sup>1023</sup> V. Elsa TULMETS, « L'exportation des normes « molles » dans la politique extérieure de l'UE. Un ou plusieurs modèles ? », *Politique européenne*, vol. 4, n° 46, 2014, pp. 34-58.

<sup>1024</sup> V. David DOLOWITZ et David MARSH, « Learning from Abroad: the Role of Policy-Making in Contemporary Policy-Making », *Governance*, vol. 13, n°1, 2000, p. 5.

<sup>1025</sup> V. Elsa TULMETS, *op.cit.*, p. 35.

<sup>1026</sup> *Id.*, p. 36.

Dans cette perspective, l'exportation des standards normatifs de l'Union européenne s'effectue, à travers les accords externes, dans le cadre d'un processus de « transfert » en ce qui concerne sa « *hard law* » ou d'un processus de « diffusion, de socialisation ou d'adaptation » pour ce qui est de la « *soft law* ».

Dans le cadre des accords d'association impliquant une participation au marché intérieur de l'Union européenne, il a été constaté que leur mise en œuvre nécessitait la reprise du modèle européen<sup>1027</sup>. Celle-ci se traduisait notamment par l'interprétation et l'adoption de bonnes pratiques institutionnelles inspirées des Etats membres de l'Union. Ici la relation a eu à concerner l'Union européenne et les Etats candidats à l'adhésion. Les négociations avec ces Etats postulants ont été l'occasion, pour la doctrine, de forger le concept d' « acquis communautaire », celui-ci renvoyant à « l'ensemble des normes incluses dans les traités, les règlements et directives, mais aussi la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE<sup>1028</sup> ». Le processus d'adhésion a donc été utilisé par l'Union européenne pour contraindre, dans une certaine mesure, des Etats tiers, à adopter les standards normatifs européens dans divers domaines de l'activité européenne. L'adoption du modèle européen portait sur des aspects aussi bien économiques que non économiques car les politiques européennes s'interpénètrent. C'est d'ailleurs ce qui explique l'approche cohérente adoptée par les institutions européennes, mais aussi les Etats membres, en vue de mettre en œuvre les politiques publiques européennes. A ce niveau on voit que ce processus peut constituer un mécanisme au service des relations extérieures de l'UE. Cependant, une certaine retenue est à observer. L'Union européenne ne pouvait contraindre les Etats-candidats à respecter l'ensemble des normes européennes. Il lui a fallu affiner les instruments en vue de ménager une certaine marge de manœuvre à ces Etats avec l'objectif, à plus ou moins long terme, de les amener à se conformer aux prescriptions européennes. Ces prescriptions concernant aussi bien les politiques économiques que non économiques, constituaient autant d' « obstacles non tarifaires » aux relations commerciales entre l'Union et les Etats candidats.

---

<sup>1027</sup> V. Cécile RAPOPORT, « Typologie des accords externes de l'Union européenne », *Revue de droit public*, n°6, 2016, pp. 1695-1710. L'auteur distingue dans son article les accords d'association (ex-article 238 CEE), de l'accord de retrait (article 50 TUE) et de l'accord de voisinage (article 8 TUE et 217 TFUE).

<sup>1028</sup> *Ibid.*, p. 40. Voir aussi Elsa TULMETS, « Analyser l'exportation des normes au-delà de l'Union européenne. Pour une approche éclectique », *Politique européenne*, vol.4, n° 46, 2014, pp. 8-32.

Le mauvais fonctionnement des structures administratives étant de nature à engendrer de sérieux obstacles au commerce des entreprises européennes, la pratique conventionnelle de l'UE a été marquée, relativement au contexte de l'élargissement, par la notion de renforcement des institutions (« *institution building* »). Pareil constat, quoique de façon moins contraignante, est noté dans le cadre des accords externes conclus avec différentes régions du monde<sup>1029</sup>.

Cette notion renvoie aux réformes administratives initiées par des acteurs internationaux, transnationaux ou nationaux en vue d'améliorer la « bonne gouvernance » entendue au sens large. Carlos Santiso formule, de la manière suivante, la distinction entre la bonne gouvernance et une notion connexe en déclarant : « [...] alors que la démocratie tend à faire référence à la légitimité du gouvernement, la bonne gouvernance fait référence à l'efficacité du gouvernement<sup>1030</sup> ». Il faut voir derrière cette recherche d'efficacité, la volonté d'exporter les modèles européens d'administration afin de permettre aux « champions européens » de trouver un cadre propice au développement de leurs activités économiques. C'est ainsi qu'au milieu des années 1990, l'Union européenne a fait tienne une telle approche dans le cadre de son livre blanc sur la gouvernance de l'Union<sup>1031</sup>. Les Etats candidats à l'adhésion étaient tenus d'opérer certaines réformes qui impliquaient des capacités administratives et institutionnelles.

---

<sup>1029</sup> V. Jean d'HAUSSONVILLE, « Le processus d'adhésion : cet élargissement est-il le mieux préparé dans l'histoire de l'Union ? », *Pouvoirs*, vol.3, n° 106, 2003, pp. 5-39. L'auteur rapporte les propos du Commissaire en charge de l'adhésion à l'époque, M. Günther Verheugen, qui affirmait que l'élargissement « *cet élargissement* » était le mieux préparé de toute l'histoire de l'Union ». Il retrace tout au long de son article les péripéties par lesquelles sont passés les candidats à l'adhésion, en mettant un accent sur les accords d'association signés à cet effet. V. en ce sens : « *CONSIDÉRANT l'attachement des parties au renforcement des libertés de nature politique et économique qui constituent le fondement du nouvel accord commercial et à la mise en place progressive, en Lettonie, d'un nouveau système politique et économique qui respecte, en vertu notamment des engagements pris dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), l'État de droit et les droits de l'homme, notamment ceux des personnes appartenant à des minorités, se fonde sur le multipartisme et des élections libres et démocratiques et favorise la libéralisation économique tendant à l'instauration d'une économie de marché* » de l'Accord entre la Communauté européenne, la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Communauté européenne du charbon et de l'acier, d'une part, et la république de Lettonie, d'autre part, sur la libéralisation des échanges et l'institution de mesures d'accompagnement, *JOCE* L 374/2, du 31 décembre 1994. V. aussi Accord entre la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et la république de Lituanie, d'autre part, concernant le commerce et la coopération commerciale et économique, *JOCE* L 403/20, du 31 décembre 1994.

<sup>1030</sup> V. Carlos SANTISO, *Good Governance and Aid Effectiveness: The World Bank and Conditionality*, The Georgetown Public Policy Review, vol. 7, n° 1, 2001, p. 1.

<sup>1031</sup> V. Didier GEORGAKAKIS et Marine DE LASSALLE (dir.), *La nouvelle gouvernance européenne. Genèse et usages politiques d'un Livre blanc*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, 392 pages.



Ainsi, fussent mis en mouvement, en 2010, certains instruments - dont l'instrument complet de renforcement des capacités institutionnelles (« *Comprehensive institution building instrument* ») -, qui constituaient le cadre global de négociation et de mise en œuvre des réformes institutionnelles promues pour la réalisation des Accords de libre-échange approfondis et complets (ALEAC)<sup>1032</sup>. Ceci étant dit, la démarche a été différente en ce qui concerne la « *soft law* ».

Dans cette perspective, il faudra considérer le cas des Etats enserrés dans le cadre de la politique européenne de voisinage (PEV) et les autres Etats tiers liés à l'Union par de simples Accords de libre-échange. Ainsi, les « normes molles » sont-elles conçues par le sociologue du droit, Francis Snyder, comme des « règles de conduite qui n'ont en principe pas de force contraignante mais qui peuvent toutefois avoir un effet pratique »<sup>1033</sup>. A l'échelle internationale, ce « droit mou » consiste en des :

«[...] lignes de conduite, comme celles fournies par les traités non encore entrés en vigueur, les résolutions des Nations unies, ou les conférences internationales, qui ne sont pas contraignantes en soi mais représentent des manifestations d'aspiration politique (elles oscillent entre un statut juridique et politique). Le droit mou « contraste avec le droit dur, c'est-à-dire ces obligations légales que l'on retrouve dans les traités ou le droit coutumier [...] qui sont contraignants en soi et pour soi<sup>1034</sup> ».

Dans le cadre de la politique européenne de voisinage, les réformes internes qui ont été initiées, à travers des accords d'association également, ont été « calquées sur les normes européennes, sur les transferts de politiques publiques et d'institutions<sup>1035</sup> ». S'apparentant à bien des égards aux accords d'association conclus dans le cadre de l'élargissement à l'Est, ceux établis en 2003 pour les besoins de la politique européenne de voisinage ont montré que l'Union n'était jamais allée aussi loin dans le transfert de ses normes dures à des pays non candidats à l'adhésion<sup>1036</sup>.

---

<sup>1032</sup> L'instrument complet de soutien aux institutions intéressait les six pays bénéficiaires de la politique de voisinage vers l'Est, à savoir l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Géorgie, la Moldavie et l'Ukraine, qui avaient commencé à négocier l'ALEAC.

<sup>1033</sup> V. Francis SNYDER, « The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Modern Law Review*, 1993, n° 56, p. 35.

<sup>1034</sup> Cette définition de la « *soft law* » peut être trouvée dans le dictionnaire Jonathan LAW et Elizabeth A. MARTIN, *Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>1035</sup> V. Elsa TULMETS, « L'exportation des normes « molles » dans la politique extérieure de l'UE. Un ou plusieurs modèles ? », *op.cit.*, p. 40.

<sup>1036</sup> V. Laure DELCOUR, « Meandering Europeanisation : EU Policy Instruments and Policy Convergence in Georgia under the Eastern Partnership », *East European Politics*, vol. 29, n° 3, 2013, p. 344-357.

Cela a d'autant plus attiré l'attention qu'on se trouvait dans un contexte où les normes molles devraient constituer l'épine dorsale de la relation entre l'Union européenne et ses partenaires du voisinage.

Au demeurant, à la lecture des accords externes de l'Union européenne, l'on constatera que parfois, l'Union cherche à exporter - après s'être appuyée sur elles - des normes et règles promues par différentes organisations internationales dans un certain nombre de domaines traitant des obstacles non tarifaires. La formule consacrée se retrouve, par exemple, dans le cadre de l'article 31 de l'APE *Communautés européennes - Cariforum*. Cette stipulation de l'accord porte sur les législations et procédures douanières – et non des questions tarifaires – qui constituent de sérieux obstacles au commerce. C'est ce qu'expriment les partenaires en ces termes :

« La partie CE et les États signataires du Cariforum *conviennent* que leurs législations, dispositions et procédures commerciales et douanières respectives se fondent sur les instruments et les normes internationales en vigueur dans les domaines douanier et commercial, notamment les éléments matériels de la convention révisée de Kyoto concernant la simplification et l'harmonisation des procédures douanières, le cadre de normes de l'OMD visant à sécuriser et à faciliter le commerce mondial, la base de données de l'OMD et la convention relative au SH ».

Cette disposition est typique de la nature des relations qui lient l'Union européenne et son partenaire ACP. Dans la plupart des cas, des dispositions de cette nature sont introduites à l'intention du partenaire de l'UE. L'objectif est d'inviter ce dernier à adapter sa législation aux standards internationaux en la matière dans le but ultime de faciliter le commerce mondial et de lutter contre les obstacles illégitimes. Aussi, ce qui serait important de préciser est qu'on est en présence d'une norme molle dans la mesure où l'obligatorité de la mise en conformité des législations nationales des Etats membres de cette organisation d'intégration régionale, n'est pas établie. En effet, l'Union européenne et son partenaire ACP se limitent-ils à « convenir » que leurs législations respectives s'appuieraient sur les normes internationales consacrées en matière de procédure douanière. Il s'agit d'un certain nombre de prescriptions et de bonnes pratiques à respecter par les Etats participant à l'Organisation mondiale des douanes (OMD). En l'espèce, rien n'est dit sur l'obligation de participer à l'Organisation mondiale. Les partenaires européens et ceux du Cariforum gardent toute latitude de s'inspirer des standards mis en place par cette Organisation internationale sans pour autant être obligés d'en ratifier l'acte constitutif.

Cela dit, cette situation est exceptionnelle, la règle étant que les Etats qui s'inspirent des normes OMD soient souvent membres de l'Organisation. Pareille disposition se retrouve dans le domaine des mesures sanitaires et phytosanitaires (« mesures SPS »). Ainsi, l'article 5.6 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée dispose que les Parties « coopèrent, à la demande de l'une des parties, en vue de développer une compréhension commune de l'application des normes internationales dans des domaines qui ont ou sont susceptibles d'avoir une incidence sur les échanges commerciaux entre elles en vue de réduire autant que possible les effets négatifs sur les échanges<sup>1037</sup> ». Dans ce domaine également, les partenaires européen et coréen n'ont pas l'obligation d'adopter ou de se référer à des normes SPS internationales précises. Les Parties s'engagent à coopérer afin de développer une compréhension commune des normes internationales qu'elles appliquent. Les Etats membres du *Codex Alimentarius* ou de l'OIE peuvent se référer aux standards consacrés au sein de ces institutions internationales sans pour autant se priver de leur droit souverain d'adopter des normes SPS bien plus rigoureuses en fonction de la nécessité de protéger la santé humaine et la vie des animaux et des végétaux<sup>1038</sup>. Ces préférences collectives constituent des valeurs importantes à l'échelle internationale et sont souvent à l'origine de nombreux obstacles au commerce mondial.

On comprend dès lors que dans un domaine où la souveraineté de l'Etat reste, peu ou prou entière, l'Union européenne passe par des normes molles pour influencer ses partenaires. Influence, dans l'hypothèse où la relation conventionnelle internationale concerne l'UE et un pays plus ou moins développé ; transfert de standards normatifs dans le cas où est impliqué un pays en développement. Selon le poids de l'Etat partenaire, l'Union se trouve tantôt dans une situation où elle cherche à influencer, tout en n'étant pas à l'abri d'une influence, tantôt dans un rapport de domination vis-à-vis de pays au poids économique faible.

---

<sup>1037</sup> V. Accord de partenariat économique entre les Etats du Cariforum d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, *JOUE* L 289/I/3, du 30 octobre 2008 ; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *JOUE* L127/6, du 14 mai 2011.

<sup>1038</sup> V. Article 3.3 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires : « Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5.2 Nonobstant ce qui précède, aucune mesure qui entraîne un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire différent de celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales ne sera incompatible avec une autre disposition du présent accord ».

Plus encore, de ces différentes relations conventionnelles, peuvent naître des standards internationaux nés de jeux d'influences réciproques entre l'Union et ses partenaires internationaux. Cet objectif est d'ailleurs clairement précisé à travers l'ALE liant l'Union européenne à la Corée<sup>1039</sup>.

Par ailleurs, dans le domaine des droits humains, plus précisément des droits des travailleurs, il n'est pas rare de voir des accords mettant l'accent sur la nécessité pour le partenaire européen et celui de l'Etat tiers, de ratifier les conventions conclues dans le cadre de l'organisation internationale du travail. L'approche est toujours la même pour l'Union européenne. En prenant l'engagement de ratifier ces différents accords, au même titre que ses partenaires, l'Union européenne cherche en réalité à se protéger des conséquences commerciales de l'adoption de normes faibles de protection des travailleurs. Le statut des travailleurs est des plus intéressants dans l'Union européenne et dans les entreprises européennes. En revanche, à l'échelle internationale, certains pays en développement – cas de la Chine ou de l'Inde par exemple – disposent d'avantages comparatifs en la matière. Il en résulte une situation de désavantage concurrentiel pour les entreprises européennes. Commerce et normes du travail étant intrinsèquement liées, l'Union européenne vise à travers la ratification de ces conventions internationales par ses partenaires commerciaux, à rendre son économie plus compétitive à l'échelle internationale. Mais l'obstacle majeur auquel est confrontée l'Union est lié au caractère non contraignant des stipulations conventionnelles sur la question. Comme dans l'hypothèse des normes SPS, dans le domaine du travail, les Etats ne sont pas tenus de ratifier et de mettre en œuvre systématiquement les normes internationales de l'OIT. Dans ces conditions, celles-ci continueront pour encore longtemps à constituer des obstacles sérieux au commerce international de l'Union européenne<sup>1040</sup>.

Ainsi, un domaine dans lequel les normes molles européennes ont fait irruption, dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, est celui des droits de l'homme. Bien que n'étant pas imposés par des « normes dures », les droits de l'homme constituent un domaine d'expression de la pratique européenne d'exportation de standards normatifs. Les droits de l'homme, entendus *lato sensu*, font partie des valeurs que l'Union européenne cherche à promouvoir à l'échelle internationale.

---

<sup>1039</sup> V. Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *op.cit.* En son article 5.6 b), les Parties affirment qu'elles « *coopèrent en vue de l'élaboration de recommandations, delignes directrices et de normes internationales* ».

<sup>1040</sup> V. Articles 191 à 196 de l'Accord de partenariat économique entre les Etats du Cariforum d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, *op.cit.*

L'approche globale adoptée par l'UE aussi bien dans sa politique interne que dans le cadre de ses relations extérieures, fait que la dimension « droits de l'homme » est toujours prise en compte en relation avec les autres politiques, notamment celle commerciale. Ainsi, le respect des droits de l'homme est promu même dans le cadre des relations économiques internationales. Les deux sphères ne sauraient être déconnectées au risque de remettre en cause l'action européenne. On serait tenté de dire qu'il ne pouvait en être autrement dans la mesure où l'Union européenne dispose d'une Charte des droits fondamentaux. De même ses Etats membres participent à certaines Organisations internationales oeuvrant dans le domaine des droits de l'homme. Il en est ainsi de l'Organisation des Nations-Unies avec son Pacte international relatif aux droits civils et politiques et celui relatif aux droits économiques et sociaux. Il en est de même du Conseil de l'Europe dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacre le respect des droits de propriété. Bien que l'Union ne soit pas encore partie à la Convention, les Etats qui la composent ont ratifié celle-ci, ce qui fait qu'ils sont tenus de mettre en œuvre ses dispositions pertinentes. Tout en obligeant les Etats membres à mettre en œuvre son contenu, la Convention impose à ces derniers l'obligation de ne pas agir de sorte à remettre en cause l'effectivité de celle-ci. La question qui se pose est celle de savoir s'il est légitime de faire de ces « normes européennes » des obligations pour les Etats tiers qui n'ont pas ratifié, par exemple, la Convention. Il est important de préciser que l'Union européenne n'est pas, de façon immédiate, obligée d'imposer ses principes de démocratie et de bonne gouvernance à ses partenaires internationaux, bien que les droits de l'homme fassent partie intégrante de ses valeurs. L'obligation de mise en cohérence de l'action de l'Union et celle de ses Etats membres pris individuellement, ne doit pas aller jusqu'à déboucher sur une obligation, pour les Etats tiers, de respecter les droits de l'homme.

Les accords OMC n'intègrent cette dimension « droits de l'homme » que de façon parcellaire, à travers certains droits humains<sup>1041</sup>. Par conséquent, l'on n'est pas en présence d'une matière justiciable dans le cadre de l'OMC. Un dilemme en résulte pour l'UE qui elle, est soucieuse de promouvoir les droits de l'homme. Ce dilemme est d'autant plus important que lorsque l'Union est liée, dans sa relation conventionnelle, à un partenaire commercial plus ou moins puissant économiquement, il lui est quasiment impossible d'imposer le respect des droits de l'homme. La technique des « normes dures » s'avère ainsi inopérante. Il faut alors lui préférer celle des « normes molles » plus efficaces.

---

<sup>1041</sup> V. Article XX e) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948.

Ainsi, la mise en œuvre d'une « conditionnalité positive » permet-elle à l'Union de récompenser les partenaires œuvrant dans le sens de l'effectivité des droits de l'homme<sup>1042</sup>.

Les choses seront différentes dans l'hypothèse où le partenaire de l'Union est un pays en développement. L'Union a, en effet, mis en place des systèmes de préférences généralisées pour les pays en développement mais aussi pour les pays les moins avancés (PMA)<sup>1043</sup>. Ces systèmes de préférences constituent un moyen efficace, pour l'Organisation, d'exporter ses valeurs. Bien que mises en mouvement par le biais de la *soft law*, force est de constater que la mise en œuvre de ces valeurs est, dans une certaine mesure, une obligation qui pèse sur certains de ses partenaires. Ces derniers ayant besoin d'accéder au marché européen, n'ont souvent d'autre choix que de se plier aux exigences européennes. Le besoin d'accéder au marché de la première puissance commerciale mondiale<sup>1044</sup> étant, l'Union réussit, à travers cet instrument, à susciter entre ses partenaires non démocratiques, une concurrence en matière de promotion des droits de l'homme. Dans cette perspective, l'Union européenne participe à la démocratisation des Etats à l'échelle internationale<sup>1045</sup>. Le non respect de ces normes « droits de l'homme » peut être de nature à constituer des obstacles au commerce pour les Etats qui en sont responsables dans la mesure où ils ne pourront bénéficier des préférences commerciales européennes. Ici, on n'est pas dans le cadre de la « conditionnalité négative » mais plutôt dans une « conditionnalité positive ». Ceci étant dit, la question qui se pose est celle de savoir si l'Union européenne aurait quelque chose à gagner dans le respect, par ses partenaires, des normes relatives aux droits de l'homme. On répondra par l'affirmative. Le respect de ces normes peut avoir une incidence positive sur les relations extérieures de l'Union européenne. La mise en place d'un cadre démocratique peut être de nature à fournir aux entreprises européennes, un « environnement » propice aux affaires et diminuer ainsi les obstacles commerciaux auxquels elles sont souvent confrontées au niveau international<sup>1046</sup>.

---

<sup>1042</sup> V. Pierre DU BOIS, « L'Union européenne et les droits de l'homme », *Relations internationales*, vol.4, n° 132, 2007, pp. 33-39. V. aussi Thierry GARCIN, « Les droits de l'homme à l'épreuve de l'universalité », *Relations internationales*, vol. 4, n° 132, 2007, pp. 41-50.

<sup>1043</sup> V. Lorand BARTELS, « The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels », *EJIL*, Vol. 25, n° 4, 2014, 1071–1091. V. aussi Ha Hai HOANG et Daniela SICURELLI, « The EU's preferential trade agreements with Singapore and Vietnam. Market vs. normative imperatives », *Contemporary Politics*, vol. 23, n°4, 2017, pp. 369-387.

<sup>1044</sup> V. Direction de l'information légale et administrative de la primature française, « L'Union européenne est-elle une grande puissance », 30 mars 2017. <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/approfondissements/union-europeenne-est-elle-grande-puissance.html>

<sup>1045</sup> V. Enzo CANNIZZARO, « The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels », *EJIL*, Vol. 25, n° 4, 2014, pp. 1093–1099.

<sup>1046</sup> V. Tamara K. HERVEY, « The “Right to Health” in European Union Law », in T. Hervey and J. Kenner (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003, p. 212.

Ce cadre devrait se traduire par la possibilité offerte aux entreprises européennes, d'ester en justice pour faire respecter leurs droits. Cela suppose donc la mise en place de structures juridiques promptes au rétablissement de leurs droits économiques. L'existence d'un système judiciaire fiable dans les pays tiers commerçant avec l'Union européenne est une condition *sine qua none* à l'effectivité du droit de propriété dans un contexte international marqué par la promotion de structures œuvrant en matière de concurrence. Il n'est d'ailleurs pas rare de trouver, dans la pratique conventionnelle européenne, des accords conclus avec des Etats tiers dans le domaine de la concurrence<sup>1047</sup>. La garantie d'une concurrence loyale s'inscrit dans un contexte plus large de maîtrise de la mondialisation.

### **B. La contribution à la mondialisation par l'administration des obstacles non tarifaires : la « mondialisation maîtrisée »**

L'intensification des échanges commerciaux mondiaux sous les effets de la mondialisation, a été à l'origine d'une nouvelle donne : la marge de manœuvre des politiques nationales non économiques s'est trouvée réduite. Ce phénomène a été à l'origine de sérieuses inquiétudes au niveau des populations européennes à telle enseigne qu'elles ont réclamé une prise en compte de leur destin, par les institutions européennes, dans le contexte de la gouvernance mondiale. L'une des solutions à avoir été évoquée, est « la possibilité d'utiliser le libéralisme commercial comme instrument de cette mondialisation<sup>1048</sup> ». Cela dit, la question de la nature de cette mondialisation voulue s'est néanmoins posée. Comment appréhender la gouvernance mondiale dans le cadre de cette mondialisation ? A cette question, l'Union européenne a opté pour une « mondialisation maîtrisée » qui repose sur un attachement au multilatéralisme (1) et sur une extension de la définition du commerce en vue de protéger les politiques publiques non économiques (2).

---

<sup>1047</sup> V. Daniel AUGENSTEIN et David KINLEY, « When Human Rights “Responsibilities” become “Duties”: The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations », in S. Deva and D. Bilchitz (eds), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013, pp.271-294. V. aussi Daniela SICURELLI « The EU as a Promoter of Human Rights in Bilateral Trade Agreements: The Case of the Negotiations with Vietnam », *Journal of Contemporary European Research*, vol. 11, n°2, 2015, pp. 230-245. V. aussi Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, *JOUE* L 202/36, du 4 août 2009.

<sup>1048</sup> V. Sophie MEUNIER, « L'Union européenne et l'OMC : la « mondialisation maîtrisée » à l'épreuve », in Gérard BOISMENU et Isabelle PETIT (dir.), *L'Europe qui se fait : Regards croisés sur un parcours inachevé*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2008, p. 159.

## 1. La maîtrise de la mondialisation par un attachement préalable au multilatéralisme

A la fin des années 1990, la politique commerciale européenne devait être guidée par la doctrine de la mondialisation maîtrisée<sup>1049</sup>. Le concept, introduit par Pascal Lamy en 1999, à l'occasion de son audition devant le Parlement européen en vue de devenir Commissaire au commerce, suggérait que :

« [...] la mondialisation était une force que l'Europe devait canaliser et redistribuer. Au lieu d'une libéralisation *ad hoc* et incontrôlée, le commerce international devait poursuivre son ouverture de façon régulée et encadrée, de préférence par les Européens. Au lieu d'un processus bénéficiant aux multinationales cherchant à maximiser leur profit grâce aux exportations et aux délocalisations, la mondialisation serait plus juste si elle était guidée par des bureaucraties œuvrant pour l'intérêt général »<sup>1050</sup>.

A la lecture de cette déclaration, on voit décrite en quelques mots toute la philosophie qui guide la politique commerciale de l'Union européenne. A la nécessité de participer pleinement à la mondialisation, s'est adjoint un besoin de contrôle de ce phénomène. L'analyse de la pratique conventionnelle européenne démontre ainsi que l'administration des obstacles non tarifaires, à travers les accords externes, s'inscrit en droite ligne de cette approche. Ce n'est pas pour rien que l'expression « administration des obstacles non tarifaires » a été utilisée à la place de celle de « lutte contre les obstacles non tarifaires ». En effet, la politique européenne n'est pas uniquement marquée par une lutte contre les obstacles non tarifaires, ceci pour plusieurs raisons : les obstacles non tarifaires peuvent être légitimes ou illégitimes en raison d'un certain nombre de conditions ; l'Union européenne peut ériger des obstacles au commerce en réaction à la mise en place d'obstacles non tarifaires illégitimes par des Etats tiers ; l'Union européenne peut être conduite à œuvrer pour la réduction voire la disparition d'obstacles non tarifaires dans les pays partenaires en vue d'améliorer l'accès au marché pour ses entreprises.

---

<sup>1049</sup> Sur la doctrine de la mondialisation maîtrisée (« managed globalization »), voir. Abdelal RAWI et Sophie MEUNIER, « La Règle du Jeu : France and the Paradox of Managed Globalization », *Communication présentée au Annual Meeting of the American Political Science Association*, 30 août-3 septembre 2006, pp. 1-31.

<sup>1050</sup> V. Sophie MEUNIER, « L'Union européenne et l'OMC : la « mondialisation maîtrisée » à l'épreuve », *op.cit.* p. 159.



Il arrive même que l'Union européenne, en fonction du niveau de développement de son partenaire, « tolère » les obstacles non tarifaires. Toutes ces hypothèses sont de nature à confirmer cette approche maîtrisée de la mondialisation. Au demeurant, la mise en pratique de cette doctrine de la mondialisation maîtrisée devait se traduire par un processus multifactoriel<sup>1051</sup>. Il s'est agi d'encadrer la libéralisation commerciale par des règles contraignantes et des institutions internationales, de promouvoir le multilatéralisme, d'inclure des sujets périphériques au commerce dans les négociations commerciales internationales, d'exporter des pratiques et valeurs du modèle européen, ou encore de redistribuer les coûts et les avantages de la mondialisation autant en Europe que dans le reste du monde.

Le premier instrument de mise en œuvre de la « mondialisation maîtrisée » a été sans conteste, l'instauration de règles et d'institutions contraignantes mais aussi les moyens de les faire observer. C'est dans cette perspective que l'Union européenne a soutenu le passage du GATT à l'OMC en 1995 dans l'optique de permettre une libéralisation contrôlée d'un commerce en dehors de tout règne de la « loi du plus fort », mais plutôt de la « *rule of law* »<sup>1052</sup>. C'est aussi dans ce contexte qu'il faudra comprendre la pratique conventionnelle européenne dans sa dimension tournée vers le démantèlement des obstacles non tarifaires. Mais cette attitude européenne pro-libérale cache mal les controverses politiques nées en Europe du fait des effets négatifs de l'ultralibéralisme sur les politiques publiques. Les critiques ont porté sur la façon dont les décisions étaient prises mais également la manière dont les différends étaient réglés. Plus spécifiquement, était remise en cause, l'absence de représentation démocratique dans les organes de règlement des différends. Ces critiques, sur lesquelles nous reviendrons, ont surtout été adressées à l'ORD de l'OMC qui s'est montré peu perméable à toute idée de démocratisation. Les Panels renversent très souvent les décisions des parlements nationaux souverains, comme ce fût le cas dans l'affaire du Bœuf aux hormones<sup>1053</sup>. Cette remise en cause de la souveraineté étatique a, par voie de conséquence, été très mal perçue. En revanche, dans le cadre de ses accords externes, l'Union européenne a semblé avoir donné suite aux dites critiques, dans la mesure où on y note une volonté de démocratisation du processus de règlement des différends par une association importante, mais canalisée, des personnes privées.

---

<sup>1051</sup> *Id.*

<sup>1052</sup> V. Jennifer HILLMAN, « An Emerging International Rule of Law?-The WTO Dispute Settlement System's Role in its Evolution », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 42, n°2, 2011, pp. 269-284.

<sup>1053</sup> Comme on l'a déjà vu précédemment.

Aussi, le soutien au mouvement de libéralisation a-t-il été mis à l'épreuve à la suite des premiers rapports de l'ORD, notamment dans les affaires *Bananes* et *Hormones*. Ces dernières avaient fini par mettre en évidence la nature fondamentalement libérale et « non maîtrisante » de l'OMC. En l'espèce, l'Union européenne était en position de défenderesse et a été reconnue fautive. Néanmoins, cela ne l'a pas empêché de poursuivre sa politique de soutien au système commercial multilatéral en acceptant le verdict, renforçant ainsi les critiques « qui ont vu dans cette capitulation la preuve que la doctrine de la « mondialisation maîtrisée » n'était qu'un écran de fumée pour masquer la progression de la libéralisation commerciale et la logique de la concurrence capitaliste à tout prix<sup>1054</sup> ». C'est dans ce climat de doute sur l'efficacité des règles de l'OMC à maîtriser la mondialisation, que s'est tenue la Conférence ministérielle de Seattle en 1999 qui échoua à lancer un nouveau cycle de négociations. C'est aussi dans cette perspective que sera inauguré le cycle de Doha de 2001 baptisé « cycle de négociations pour le développement », en réaction à la nécessité de faire profiter pleinement les pays en développement, des retombées de la mondialisation<sup>1055</sup>.

Le second levier sur lequel s'est appuyée l'Union européenne pour maîtriser la mondialisation, a été la promotion du multilatéralisme. La pratique conventionnelle européenne comporte bien cette dimension dans la mesure où il arrive, à la lecture des stipulations des accords, de constater que l'Union européenne, bien loin de toute idée d'entraver le multilatéralisme par les accords qu'elle conclut, fait la promotion des règles multilatérales. Aucune remise en cause aux dispositions des accords OMC n'est notée, la tendance va plutôt dans le sens de leur respect. Il serait curieux qu'il en soit autrement. Rares sont les Etats non membres de l'OMC et ses accords, à travers l'article XXIV du GATT, invitent les Etats engagés dans un bilatéralisme à ne pas remettre en cause leur contenu<sup>1056</sup>. La promotion du multilatéralisme s'explique par l'objectif de faire de sorte que le processus de la mondialisation soit encadré par une pluralité d'acteurs. L'Union a d'ailleurs activement contribué à l'accroissement du nombre de Membres de l'OMC, notamment dans le cadre des adhésions de la Chine – en dépit des réticences américaines –, du Cambodge ou encore du Vietnam<sup>1057</sup>.

---

<sup>1054</sup> V. Sophie MEUNIER, « L'Union européenne et l'OMC : la « mondialisation maîtrisée » à l'épreuve », *op.cit.* p. 161.

<sup>1055</sup> V. Timothy A. WISE et al. « Le développement est-il de retour dans le cycle de Doha ? », *L'Économie politique*, vol.1, n° 45, 2010, pp. 55-69.

<sup>1056</sup> V. Christian DEBLOCK, « Accords commerciaux : entre coopération et compétition », *Politique étrangère*, n°4, 2012, pp. 819-831. V. aussi OMC, L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence, Rapport sur le commerce mondial, 2011, pp. 42-45.

<sup>1057</sup> V. Sophie MEUNIER, *op.cit.*, p. 161.

En contribuant à l'augmentation du nombre de Membres, l'Union a apporté sa pierre à l'édifice d'extension du champ d'application territorial des règles multilatérales. Autrement, ce serait certainement un retour à la « loi de la jungle » marqueur des accords bilatéraux entre pays développés et pays en développement. Une telle position, fondée sur la promotion systématique du multilatéralisme, semblait néanmoins intenable pour l'Union européenne pour au moins deux raisons. La première raison était que l'Union ne pouvait pas continuer à faire la promotion du multilatéralisme alors que son concurrent le plus sérieux, les Etats-Unis, s'était déjà lancé dans la conclusion d'une pluralité d'accords commerciaux bilatéraux. C'est au début des années 1990 que les Etats-Unis, craignant un échec des négociations du cycle d'Uruguay, ont accéléré, par pur réalisme, la prolifération des accords bilatéraux. Ces derniers se présentaient comme « alternative » au système multilatéral<sup>1058</sup>. D'autres ont même qualifié l'attitude américaine de « parade » à l'OMC, l'Organisation étant parfois perçue par l'administration américaine, comme une ONU commerciale, « une sorte de système multilatéral anti-américain<sup>1059</sup> ». L'Union européenne était ainsi placée devant une alternative : soit continuer à insister sur le multilatéralisme en se privant des avantages comparatifs attachés au bilatéralisme, soit faire comme les Etats-Unis et les pays d'Asie en se lançant dans la course aux accords commerciaux bilatéraux. D'ailleurs, le Commissaire européen aux affaires économiques, Joachim Almunia, affirmait que « [l']Union européenne ne peut rester les bras croisés pendant que tous les autres cherchent la défense de leurs intérêts à travers des accords bilatéraux<sup>1060</sup> ». C'est bien la seconde option qui sera choisie par l'Union européenne. Ainsi, est-il possible de dire que c'est aussi en réaction à la rude concurrence des Etats-Unis et des pays d'Asie, que l'Union européenne s'est tournée vers le bilatéralisme. C'est ainsi que la Commission annonçait en 2017 la finalisation de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon. Cet accord de partenariat économique est le plus important jamais conclu par l'Union européenne. Le président de la Commission européenne, Jean-Claude JUNKER se prononçait à ce propos, en ces termes :

---

<sup>1058</sup> *Id.*

<sup>1059</sup> V. Sixtine LEON-DUFOUR, « En marge de l'OMC, les accords fleurissent », *Le Figaro*, 11 septembre 2006.

<sup>1060</sup> V. Philippe RICARD, « L'Union européenne veut placer l'Asie au coeur de sa politique commerciale », *Le Monde*, 11 septembre 2006.

« This is the EU at its best, delivering both on form and on substance. The EU and Japan send a powerful message in *defence of open, fair and rules-based trade*. This agreement enshrines *common values and principles, and brings tangible benefits to both sides while safeguarding each other's sensitivities*. In line with the commitment made in July, we finalised the discussions before the end of the year. We will now do the necessary to submit the agreement to the European Parliament and EU's Member States so that our companies and citizens can start exploring its full potential before the end of the mandate of my Commission »<sup>1061</sup>.

A travers cet Accord, voilà résumée la conception européenne de la mondialisation. Celle-ci doit être maîtrisée dans le sens d'une ouverture des marchés mais aussi d'une préservation des préférences collectives en général et celles de l'Union européenne en particulier. Ainsi, voit-on bien que le bilatéralisme européen, à travers sa pratique conventionnelle, n'est pas formulé dans le sens d'une remise en cause du multilatéralisme<sup>1062</sup>. Il se déploie en parallèle, tout en préservant les règles multilatérales dans les domaines couverts par les accords OMC.

La seconde raison était que d'un point de vue stratégique, l'insistance sur le multilatéralisme jouait en défaveur de l'Union européenne dans la mesure où celui-ci avait pour conséquence de diluer son influence au sein de l'OMC, compte tenu du grand nombre de pays désormais impliqués dans le processus de prise de décision. La modification des rapports de force compliquerait davantage les négociations au détriment de l'Union. Avant l'avènement de l'OMC, les décisions étaient souvent prises par l'Union européenne et les Etats-Unis, le reste du monde ne faisant qu'entériner leurs volontés<sup>1063</sup>. Mais la configuration de l'OMC se prêtait mal à la perpétuation d'une telle attitude. A côté du « Quad » (UE, Etats-Unis, Japon, Canada) se tenaient désormais les BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud). Ainsi, la conclusion d'accords bilatéraux était, pour l'Union européenne, un moyen de nouer des alliances stratégiques en vue des négociations multilatérales. L'objectif était, bien évidemment, de maîtriser la mondialisation et de la faire jouer en sa faveur.

---

<sup>1061</sup> V. Communiqué de presse, EU and Japan finalise Economic Partnership Agreement, Bruxelles, 8 décembre 2017. Pour un aperçu du contenu de l'Accord entre l'Union européenne et le Japon, V. Commission européenne, Annexe de la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon, *COM (2018) 192 final*, Bruxelles, 18 avril 2018.

<sup>1062</sup> V. Christian DEBLOCK, « OMC : le déclin irréversible de la réciprocité et du multilatéralisme », *L'Économie politique*, vol. 1, n°45, 2010, p. 35-54.

<sup>1063</sup> V. Ernest-Antoine SEILLIERE, « La Commission ne doit pas se laisser engluer dans le climat d'attentisme actuel », *La Tribune*, 21 septembre 2006. L'auteur affirme que « « jeune diplomate, j'étais dans le Kennedy Round, il y a quarante ans : une vingtaine de partenaires se mettaient alors autour de la table, les quatre plus importants se mettaient d'accord, et le tour était joué ».

Cependant, la pratique conventionnelle européenne n'est pas seulement dirigée vers la recherche d'une maîtrise de la mondialisation. Les accords externes de l'Union ont permis à l'Union d'impulser des alliances dans le sens d'une coopération avec ses partenaires au sein d'autres organisations internationales à vocation non économique<sup>1064</sup>. A travers ces alliances internationales sur des matières portant sur les obstacles non tarifaires, l'Union cherche à contrôler le phénomène de la mondialisation *lato sensu* en vue de promouvoir ses propres préférences collectives.

## 2. La maîtrise de la mondialisation par l'extension du champ d'application du commerce

Le dernier levier sur lequel s'est appuyée l'Union européenne, pour avoir une maîtrise de la mondialisation dans ses accords externes, a été l'extension importante du champ d'application du commerce. L'objectif visé était que les règles adoptées ne devaient pas affecter négativement les politiques publiques non économiques, expression des préférences collectives des Etats. Les négociations du cycle d'Uruguay avaient permis de constater que le commerce mondial avait changé de nature dans les années 1980, dans la mesure où celui-ci impliquait des barrières non tarifaires de plus en plus importantes mais affectait, par la même, nombre de politiques internes essentielles aux Etats, notamment en matière d'environnement, de concurrence, de politiques sociales, voire de culture. Ces questions ont été évoquées dans la première partie de cette thèse sous un autre angle. Mais dans la perspective qui nous occupe à présent, il s'agira de démontrer que l'administration de ces dernières, dans la pratique conventionnelle européenne, constitue une expression de la volonté de l'Union d'avoir une maîtrise de la mondialisation.

Lors de la première Conférence ministérielle qui s'est tenue à Singapour en 1996, l'Union européenne avait demandé la création d'un groupe de travail sur les questions relatives aux « *conditions du commerce* », autrement dit, sur l'« *environnement du commerce* »<sup>1065</sup>. L'Union avait compris qu'un environnement délétère pouvait être de nature à créer de sérieux obstacles non tarifaires liés aux conditions de concurrence, à la transparence des marchés publics, à la facilitation des échanges ou encore à l'investissement.

---

<sup>1064</sup> V. Article 11 « Coopération dans les enceintes internationales » de l'Accord d'étape – vers un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la partie Afrique centrale, d'autre part, JOUE L 57/2, du 28 février 2009 : « *Les parties s'efforceront de coopérer dans toutes les enceintes internationales dans lesquelles les thèmes intéressant le présent partenariat sont traités* ».

<sup>1065</sup> V. Raphaël DELPECH et Jean-Marie PAUGAM, « La politique commerciale de l'Union européenne. Le fédéralisme clandestin », *Politique étrangère*, n°4, 2005, pp. 743-754.

La même préoccupation a été réaffirmée lors de la Conférence de Seattle en 1999, l'UE voulant que les « questions de Singapour » fussent inscrites à l'agenda, puis à l'occasion du lancement du cycle de Doha en 2001, où l'Union voulait faire de ces questions un objectif essentiel afin d'éviter de discuter uniquement sur l'agriculture<sup>1066</sup>. Ces sujets ont certes été inscrits à l'ordre du jour des négociations, mais cette inclusion cache mal l'échec de l'Europe car, mis à part l'Accord sur la facilitation des échanges<sup>1067</sup>, aucune règle n'a été adoptée dans ces domaines.

Aussi, l'Union européenne a compris que la maîtrise de la mondialisation ne pouvait s'opérer en marge des préoccupations environnementales. Déjà, au début des années 1990, l'UE soutenait que le commerce et l'environnement étaient liés au moins sur trois aspects. Premièrement, la libéralisation des activités commerciales avait un impact négatif sur l'environnement ; deuxièmement, la protection de l'environnement empiétait souvent sur la liberté de commerce et conduisait à un protectionnisme illicite ainsi que l'avaient prouvé deux affaires jugées dans le cadre du GATT<sup>1068</sup> ; enfin, le commerce pouvait servir de moyen par lequel les questions environnementales seraient réglées. C'est bien pour ces raisons que l'Union européenne avait demandé une clarification des interactions complexes entre le commerce et l'environnement. On voit alors pourquoi la préoccupation environnementale fait partie des stipulations essentielles des accords externes de l'Union européenne. Si la problématique est gérée dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, tel n'est pas encore le cas dans le cadre multilatéral. Les timides initiatives prises par les Membres de l'OMC en ce sens ne sont pas de nature à apporter une solution définitive à la complexe articulation entre le commerce et l'environnement<sup>1069</sup>. Cela s'explique par le fait que de nombreux pays émergents s'opposent à toute inclusion de la question à l'ordre du jour de l'OMC, craignant, selon eux, un « protectionnisme vert » des pays développés<sup>1070</sup>.

---

<sup>1066</sup> V. Sophie MEUNIER, *op.cit.*, p. 163.

<sup>1067</sup> V. OMC, Annexe au Protocole portant amendement de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce : Accord sur la facilitation des échanges, Conseil général du 28 novembre 2004, WT/L/940.

<sup>1068</sup> V. Olivier PAYE, « La protection de l'environnement dans le système du GATT », *RBDI*, n°1, 1992, pp. 67-103. V. aussi Olivier PAYE, « L'OMC et la protection de l'environnement », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 23, n° 1528, 1996, pp. 1-41.

<sup>1069</sup> V. Michel DAMIAN et Jean-Christophe GRAZ « L'Organisation mondiale du commerce, l'environnement et la contestation écologique », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 4, n° 170, 2001, pp. 657-670. V. aussi Eric NEUMAYER, « The WTO and the Environment: Its Past Record is Better than Critics Believe, But the Future Outlook is Bleak », *Global environmental politics*, 2004, pp. 1-8.

<sup>1070</sup> V. Olivier PAYE, « L'OMC et la protection de l'environnement », *op.cit.*

L'un des aspects les plus dérangeants de la mondialisation serait, pour l'Union européenne, son impact négatif sur la culture. Au sein de l'Union, la France, entre autres, acteur important de l'Organisation, a considéré que de la libéralisation progressive du commerce en est résultée une expansion de la culture populaire américaine au détriment des cultures européennes. Par conséquent, une maîtrise de la culture constitue ainsi une composante de la mondialisation maîtrisée<sup>1071</sup>. Pour ce faire, il fallait soustraire la problématique culturelle – la culture en soi n'étant pas une marchandise – de l'emprise des règles multilatérales en la régulant à l'extérieur de l'OMC. L'Union adopte ainsi une démarche négative, aux antipodes de celle prônée pour les autres questions liées au commerce. Pour ces dernières, il fallait agir par inclusion dans les accords OMC alors que pour la culture, il était nécessaire de procéder par exclusion de ces mêmes accords<sup>1072</sup>. Bien entendu, cette approche s'opposait aux vues américaines. Les Etats-Unis proposaient déjà, en 1993, lors des négociations du cycle d'Uruguay ayant conduit à la naissance de l'OMC, l'inclusion des biens culturels dans l'agenda<sup>1073</sup>. C'est dans ce contexte qu'il faudra comprendre la conclusion, en 2005 de la Convention sur la diversité des expressions culturelles par l'UNESCO, laquelle Convention n'a été ratifiée ni par les Etats-Unis ni par Israël<sup>1074</sup>. Aussi, la même conception européenne se retrouve dans les accords externes où les biens culturels ne bénéficient pas du statut de marchandises. Les seules stipulations y relatives se limitent souvent à un protocole sur la « coopération culturelle »<sup>1075</sup>.

Le bilatéralisme de l'Union européenne ne s'inscrit pas seulement dans le contexte d'une mondialisation maîtrisée. Il va bien au-delà en servant de cadre de concessions à l'Union européenne. Dans une relation de partenariat, les concessions constituent une nécessité non seulement pour la conclusion des accords externes, mais aussi pour leur mise en œuvre.

---

<sup>1071</sup> V. Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Challenges to the Legitimacy and Efficiency of the World Trading System : Democratic governance and Competition culture in the WTO : Introduction and Summary », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, pp. 585-603.

<sup>1072</sup> V. Christophe GERMANN, « Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO à l'exemple du cinéma », *Revue internationale de droit économique*, Tome 18, n° 3, 2004, pp. 325-354.

<sup>1073</sup> V. Sophie MEUNIER, *op.cit.*, p. 164.

<sup>1074</sup> V. Joëlle FARCHY, « Promouvoir la diversité culturelle. Les limites des formes actuelles de régulation », *Questions de communication*, 2008, pp. 171-195.

<sup>1075</sup> V. Jean MUSITELLI, « L'invention de la diversité culturelle », *AFDI*, 2005, pp. 512-523.

## **§2. Le cadre bilatéral : un espace de régulation des obstacles non tarifaires propice aux concessions entre l'Union européenne et ses partenaires internationaux**

La mise en œuvre de mécanismes de concessions entre l'Union européenne et ses partenaires commerciaux ne pouvaient s'effectuer sans l'introduction de flexibilités dans les accords (A) ou l'institution d'une coopération entre les parties (B).

### **A. L'introduction d'un mécanisme spécial de flexibilité dans les accords externes de l'Union**

L'un des traits caractéristiques des accords externes de l'Union européenne est l'introduction de mécanismes de flexibilité afin d'administrer, de façon efficace, les obstacles non tarifaires. Rappelons que la pratique conventionnelle européenne n'est pas résolument tournée vers une lutte contre les obstacles non tarifaires, mais elle est plutôt orientée vers une gestion, une maîtrise des obstacles non tarifaires, ceci dans l'optique d'une mise en œuvre efficiente des accords. Que ce soit les dispositions sur la dimension économique des obstacles non tarifaires ou celle non économique, le thème de la flexibilité reste omniprésent à travers les accords externes. Aussi, ce dernier revient autant dans les accords conclus entre l'Union européenne et d'autres pays développés que dans le cadre des accords noués avec des pays en développement. Avant d'en venir à l'exposé de quelques dispositions des accords externes de l'Union sur le mécanisme spécial de flexibilité (2), évoquons la philosophie globale qui guide la pratique conventionnelle européenne dans le domaine du développement (1).

#### **1. La conception européenne gouvernant l'application du mécanisme spécial de flexibilité**

L'un des objectifs du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est, faut-il le rappeler, de promouvoir la coopération au développement au profit des pays en développement. Les accords qui sont signés avec cette catégorie de pays sont souvent orientés vers une participation de ces pays au commerce mondial<sup>1076</sup>.

---

<sup>1076</sup> V. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *JOUE* C 115/141, du 9 mai 2008, article 208 : « 1. La politique de l'Union dans le domaine de la coopération au développement est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union. La politique de coopération au développement de l'Union et celles des États membres se complètent et se renforcent mutuellement. L'objectif principal de la politique de l'Union dans ce domaine est la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté.



Mieux encore, est recherchée une insertion harmonieuse de ces pays dans le commerce international<sup>1077</sup>. Ce soutien apporté aux pays en développement ne pouvait être effectif qu'avec l'existence de concessions. Ainsi, les flexibilités reconnues à ces derniers témoignent de la volonté de l'Union européenne de leur faire bénéficier pleinement de la mondialisation.

La mondialisation économique suppose une redistribution des coûts et des bénéfices qui en résultent, à tous les acteurs de la scène internationale. Il s'agirait d'une extension de la social-démocratie à l'échelle internationale<sup>1078</sup>. Ainsi, l'objectif affiché par l'Union européenne dans le cadre du cycle de Doha, autrement connu sous le nom d'« agenda de Doha pour le développement », était de permettre une meilleure intégration des pays en développement dans l'économie mondiale. La rhétorique européenne était dirigée vers la promotion de l'idée de redistribution des bénéfices de la libéralisation commerciale dans le but d'améliorer la condition économique de pays qui en avaient manifestement besoin.

Ainsi, les accords commerciaux qu'elle conclut avec différentes régions défavorisées du monde, s'inscrivent dans la dynamique de lutte contre la pauvreté. Différentes initiatives unilatérales ont marqué la politique extérieure de l'Union européenne. Elles allaient toutes dans le sens de la coopération pour le développement. Il en était ainsi du Système de préférences généralisées (« SGP ») pour les pays en développement (PED)<sup>1079</sup>, mais aussi de l'Initiative « Tout sauf les armes » au profit de la sous-catégorie des pays les moins avancés (PMA)<sup>1080</sup>. Il semblerait même que l'Union ait été le premier acteur global à accorder de telles préférences aux pays les moins avancés. De même, mue par l'idée que le système commercial ne devait pas seulement être mercantile – et, par voie de conséquence, devait prendre en charge des priorités publiques au service du développement –, l'Union a été à l'origine de la nouvelle politique d'accès aux médicaments essentiels adoptée à l'OMC en 2003.

---

L'Union tient compte des objectifs de la coopération au développement dans la mise en œuvre des politiques qui sont susceptibles d'affecter les pays en développement. 2. L'Union et les États membres respectent les engagements et tiennent compte des objectifs qu'ils ont agréés dans le cadre des Nations Unies et des autres organisations internationales compétentes ».

<sup>1077</sup> V. Jan ORBIE, « Values in European Union trade policy Promoting development of the South ? », in Christian FRANCK et Geneviève DUCHENNE (dir.), *L'action extérieure de l'Union européenne : rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, Actes de la XIème Chaire AGC – Glaverbel d'études européennes, *Etudes Européennes Louvain*, n°1, 2008, pp. 297-320.

<sup>1078</sup> V. Sophie MEUNIER, *op.cit.*, p. 165. V. aussi Olufemi A. BABARINDE et Guerit FABER, *The European Union and the Developing Countries : The Cotonou Agreement*, Leiden, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2005, 304 pages.

<sup>1079</sup> V. Ignace BERTEN, « L'Union européenne et sa politique étrangère : un projet politique animé de valeurs ? », in Christian FRANCK et Geneviève DUCHENNE (dir.), *L'action extérieure de l'Union européenne : rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, *op.cit.*, pp. 322-385.

<sup>1080</sup> V. Commission européenne, « La Commission propose une initiative « Tout sauf les armes » (TSA) ouvrant l'accès au marché de l'UE, en franchise de droits et libre de tout contingentement, à tous les produits originaires des pays les moins avancés », *IP/00/1034*, Bruxelles, 20 septembre 2000.

C'est sous l'impulsion de l'Union européenne que les règles multilatérales sur la propriété intellectuelle ont fait l'objet d'un aménagement afin de permettre aux pays dépourvus d'industrie pharmaceutique, d'importer des médicaments génériques à bas prix<sup>1081</sup>. Au demeurant, cette philosophie européenne devrait concrètement se traduire par une différenciation au profit des pays en développement. Une telle différenciation est d'ailleurs légitimée par l'OMC dans la mesure où les Membres ont, depuis l'époque du GATT, reconnu un principe de traitement spécial et différencié au profit des pays les plus pauvres<sup>1082</sup>. On se limitera seulement au rappel du principe sans aller dans les détails au niveau de cette partie. L'objectif était de montrer que la conception qui gouverne le mécanisme spécial de flexibilité introduit par l'Union, dans ses accords externes, avait un double fondement : un fondement européen, à travers les traités européens, et un fondement multilatéral, les accords GATT/OMC.

Cependant, comme pour le cas d'initiatives similaires, la volonté européenne d'œuvrer pour l'insertion harmonieuse des pays en développement dans le commerce mondial, se heurte à des problèmes sérieux dans le cadre des négociations commerciales internationales. En premier lieu, cette volonté va, dans un certain sens, à l'encontre de la défense des intérêts commerciaux européens. Sa démarche est même parfois contradictoire quoique louable. En effet, relativement à l'agriculture, secteur qui a longtemps déterminé la position commerciale européenne, les préférences unilatérales accordées au travers des schémas évoqués plus haut, peuvent entraîner une concurrence au détriment des agriculteurs européens, qui auraient certainement préféré continuer à bénéficier d'une position protectionniste des institutions européennes. Il en est de même en ce qui concerne la politique nouvelle de l'OMC en matière de médicaments dans la mesure où une bonne partie des industries pharmaceutiques concernées par les questions de brevet, est européenne. Elles auraient certainement préféré une protection plus absolue de leurs intérêts par l'Union. En second lieu, la multiplication des arrangements commerciaux avec différents groupes de pays en développement est susceptible de créer des conflits entre les obligations institutionnelles de l'Union<sup>1083</sup>. Certains pays en développement peuvent contester les préférences commerciales accordées à d'autres pays du même acabit, sur le fondement d'une violation des règles multilatérales.

---

<sup>1081</sup> V. Valerie GATEAUX et Jean-Michel HEITZ, « L'accès aux médicaments : un défi pour l'industrie pharmaceutique », *Humanisme et Entreprise*, vol.1, n° 286, 2008, pp. 13-28. V. aussi Claude MFUKA, « Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques : le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *Revue d'économie industrielle*, n°99, 2002, pp. 191-214.

<sup>1082</sup> V. Aboubakry GOLLOCK, *Les implications de l'Accord de l'OMC sur les Aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne*, Thèse de Doctorat, Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2007, 477 pages.

<sup>1083</sup> Sophie MEUNIER, *op.cit.*, p. 166.

Se pose alors la question de la résolution de ces conflits institutionnels compte tenu de l'absence de hiérarchie dans le système international. Dans le long terme, ces conflits pourraient être à l'origine d'un affaiblissement des efforts européens pour maîtriser la mondialisation – problématique sur laquelle nous reviendrons -, car la valeur et la contrainte associée aux règles, seraient diluées<sup>1084</sup>. A partir de là, il devient évident que les règles perdraient une bonne partie de leur pouvoir. L'affaire des bananes est particulièrement illustrative de ce point de vue. L'Union européenne avait des obligations commerciales en ce qui concerne le commerce des bananes avec des pays ACP dans le cadre des accords de Lomé. Mais au sein du GATT, ces engagements européens ont donné lieu à des contestations de la part de pays en développement d'Amérique latine et centrale. Les accords préférentiels conclus par l'Union européenne avec ces Etats seront, par la suite, attaqués devant l'OMC, par les Etats-Unis et l'Equateur. On voit ainsi que dans le cadre multilatéral, l'Union européenne a eu du mal à concilier différents engagements pris auprès de pays en développement.

Plus encore, dans le cadre intra-européen, l'Allemagne a contesté l'organisation commune du marché des bananes (« OCMB ») auprès de la Cour de justice de l'Union européenne et des Cours allemandes<sup>1085</sup>. Ce qui montre que la mise en œuvre de l'objectif de coopération au développement est susceptible d'être à l'origine d'oppositions entre les Etats membres de l'Union<sup>1086</sup>. En dernier lieu, il semblerait que la position de l'Union, en faveur des pays en développement, n'ait pas payé, dans le cadre du cycle de Doha, en termes de soutien politique dans les négociations<sup>1087</sup>. Il est plausible de considérer que la mise en avant du commerce au service du développement, par l'Union, soit une stratégie européenne en vue de se faire des alliés dans un système multilatéral où de plus en plus d'acteurs ont une voix. Cependant, il semblerait que les choses se sont passées autrement dans le cadre du cycle de Doha. Aux réunions de Hongkong de 2005 et de Genève de 2006, l'Union s'était trouvée isolée et mise aux bancs des accusés à cause de son intransigeance sur le dossier des subventions agricoles. Pourtant, les pays pour lesquels elle avait soutenu l'agenda du « commerce pour le développement » ne se sont pas réellement sentis contraints par un quelconque devoir de reconnaissance vis-à-vis de l'UE.

---

<sup>1084</sup> *Id.*

<sup>1085</sup> V. Alter KAREN et Sophie MEUNIER, « Nested and Overlapping Regimes in the Transatlantic Banana Dispute », *Journal of European Public Policy*, vol. 1, n°3, 2006, pp. 362-382.

<sup>1086</sup> V. CJUE, *Allemagne/Conseil*, aff. C-280/93, 5 octobre 1994. V. aussi Catherine LAROCHE-DUPRAZ, « Vers une nouvelle réforme de l'organisation commune de marché de la banane », *Economie rurale*, 2001, n°261, pp. 63-76.

<sup>1087</sup> V. Sandrine RIOUAL, « La guerre de la banane ». De la suprématie des firmes à la réforme de la Convention de Lomé ? », *Politique africaine*, vol. 3 n° 75, 1999, pp. 118-130.

Bien entendu, il ne faudrait pas perdre de vue le faible poids à l'OMC, de ces Etats, comme facteur explicatif de l'échec de la stratégie européenne. Voyons à présent l'application qui a été faite du mécanisme de flexibilité à travers les accords externes.

## **2. L'application du mécanisme spécial de flexibilité à travers les accords externes de l'Union**

En scrutant les accords externes de l'Union impliquant des pays en développement, on ne manquera pas de remarquer que certaines dispositions sont aménagées de sorte à prendre en compte les objectifs de développement de ces pays. On pourrait même se demander s'il était possible de les conclure sans inclure des mécanismes de flexibilité. Nous allons nous appuyer sur certaines dispositions d'accords pour illustrer l'idée que l'Union inclut des mécanismes de flexibilité dans sa pratique conventionnelle, avant de montrer que les concessions autour de ces flexibilités ne sont pas toujours aisées. Dans ce dernier cas de figure, les difficiles négociations des APE<sup>1088</sup> constituent un exemple de relation conventionnelle complexe entre pays développés (UE) et pays en développement (ACP).

Ainsi, en matière de défense commerciale, dans l'hypothèse où l'Union européenne dispose d'un droit légitime de prendre des mesures antidumping et/ou compensatoires - en réaction à des pratiques de dumping en provenance de pays en développement -, celle-ci ne s'inscrit pas systématiquement dans une démarche de sanction bien que ses intérêts soient menacés. Pour s'en convaincre, l'article 23 de l'Accord de partenariat économique *Communautés européennes – Cariforum* dispose qu'avant « [...] d'imposer des mesures antidumping ou compensatoires définitives sur des marchandises importées à partir d'Etats du Cariforum, la partie CE envisage la possibilité de solutions constructives, conformément aux accords de l'OMC applicables ». La recherche de « solutions constructives » est donc le *leitmotiv* de l'action de l'Union européenne, la sanction étant ainsi l'exception. De même, dans le domaine des « sauvegardes », le mécanisme spécial de flexibilité est au cœur des dispositions des accords.

---

<sup>1088</sup> V. Hervé GAYMARD et Jean-Claude FRUTEAU, *Les accords de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, Rapport de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale française, du 2 décembre 2009.

L'article 24 du même accord précise en son alinéa 2, après avoir reconnu le droit des Parties de prendre des mesures de sauvegarde à l'alinéa 1, qu'« à la lumière des objectifs généraux de développement du présent accord et compte tenu de la taille réduite des économies des États du Cariforum, la partie CE exclut les importations de tout État du Cariforum de toutes les mesures prises conformément à l'article XIX du GATT de 1994, à l'accord de l'OMC sur les sauvegardes et à l'article 5 de l'accord sur l'agriculture ». A travers cette disposition, on constate que l'Union s'appuie expressément sur des objectifs généraux de développement pour « exclure » l'application de mesures de sauvegarde en vue de protéger son marché intérieur contre les importations en quantité excessive en provenance de pays du Cariforum. De façon réaliste, on voit mal comment des pays confrontés à de sérieuses difficultés d'accès au marché européen - à cause du niveau élevé des standards européens - en arriveraient à inonder le marché européen à tel point que l'Union soit obligée de prendre des mesures de sauvegarde. Bien que l'hypothèse paraisse relever de la spéculation, compte tenu du niveau de développement actuel des pays de cette région, on ne saurait présager du futur de ces économies. Par conséquent, il faudrait procéder à une lecture « contextualisée » de cette disposition, en considérant que l'Union européenne pourrait sans doute appliquer des mesures de sauvegarde si le niveau de développement futur d'un Etat Cariforum lui permettait d'exporter des marchandises en quantités importantes, de nature à menacer le marché intérieur européen.

Par ailleurs, en matière de délai de mise en œuvre des accords, l'Union européenne concède souvent aux pays en développement une certaine flexibilité<sup>1089</sup>. Le constat est le même, dans certains accords, relativement au taux d'ouverture des marchés des Etats tiers<sup>1090</sup>. En effet, les délais et les taux imposés à l'Union sont différents de ceux appliqués aux pays en développement.

---

<sup>1089</sup> Les délais de mise en œuvre des accords ne sont pas les mêmes pour l'Union et ses partenaires en développement. A l'application immédiate et entière dès l'entrée en vigueur de l'accord pour l'Union européenne, s'oppose une application progressive de celle-ci pour les PED. C'est ce que prévoit, par exemple, l'article 1<sup>er</sup> c) de l'APE UE – Cariforum, qui précise que l'un des objectifs du partenariat est de : « promouvoir l'intégration progressive des États du Cariforum dans l'économie mondiale, conformément à leurs choix politiques et priorités de développement ».

<sup>1090</sup> Si l'Union ouvre son marché intégralement dès l'entrée en vigueur de l'accord, tel n'est pas le cas des pays en développement dont le taux d'ouverture de départ varie selon le niveau économique du partenaire sans jamais atteindre 100%.

Aussi, en ce qui concerne le principe de non-discrimination, en l'occurrence celui de la nation la plus favorisée, le mécanisme de flexibilité reste constant car l'Union procède à une « neutralisation » des effets de celui-ci dans les hypothèses où un accord serait conclu entre le pays en développement - avec lequel elle est liée par un accord bilatéral – et un autre pays en développement<sup>1091</sup>. Enfin, le mécanisme a été appliqué relativement à la question des droits de propriété intellectuelle. L'article 139 alinéa 1 de l'Accord de partenariat économique *Communautés européennes – Cariforum* indique que, tout en postulant le principe du respect des droits de propriété intellectuelle des détenteurs – essentiellement européens -, « il est nécessaire de tenir compte des besoins en matière de développement des États du Cariforum, d'établir un équilibre entre les droits et obligations incombant aux titulaires des droits d'une part et aux utilisateurs d'autre part, et de permettre à la partie CE et aux États signataires du Cariforum de protéger la santé publique et l'alimentation ». L'article ajoute qu'« [a]ucune disposition du présent accord ne peut être interprétée de manière à compromettre la capacité des parties et des États signataires du Cariforum à promouvoir l'accès aux médicaments ».

L'Union européenne reconnaît que l'application rigoriste des obligations liées à la propriété intellectuelle serait de nature à compromettre les efforts entrepris par les États du Cariforum en vue d'atteindre leurs objectifs en matière de santé publique et de sécurité alimentaire, deux préférences collectives qui leur sont essentielles. La violation des droits de propriété intellectuelle se traduit pour l'Union européenne, par une perte par rapport aux bénéfices escomptés du libéralisme. En cela, elle constitue un obstacle au commerce européen à l'échelle internationale. La notion d'« obstacles non tarifaires » n'est pas seulement liée à la question de l'accès au marché. Elle renvoie aussi aux avantages comparatifs attendus une fois l'accès au marché réalisé. Les droits de propriété intellectuelle sont liés à cette seconde dimension de la notion. Pour autant, la lutte contre les obstacles non tarifaires, pour ce qui est de la propriété intellectuelle, ne doit pas conduire à des obstacles pour les pays en développement dans leur entreprise de protéger la santé publique et de pourvoir aux besoins alimentaires de leurs populations. C'est la poursuite de ces objectifs de développement qui explique la position de l'UE dans le cadre de l'accord sur les « médicaments essentiels » conclu sous l'égide de l'OMC. Toutefois, ces concessions accordées par l'Union, par le biais du mécanisme spécial de flexibilité, ont parfois été très complexes, ainsi qu'en témoignent les négociations des Accords de partenariat économique.

---

<sup>1091</sup> Dans le cadre des négociations des Accords de partenariat économique, les Parties avaient convenu que la clause de la nation la plus favorisée ne soit pas appliquée lorsque le partenaire de l'Union était dans une relation conventionnelle avec un autre pays en développement.

L'Accord de Cotonou de 2000, qui sonnait le glas des conventions de Lomé, prévoyait à travers ses dispositions, la conclusion d'Accords de partenariat économique avec les différentes régions du Groupe ACP<sup>1092</sup>. Mais bien que le cap ait été fixé par cet accord-cadre, les négociations pour la conclusion des APE se sont révélées tumultueuses. Seules quelques régions ACP ont réussi à conclure un APE avec l'Union européenne. Pour les autres, les partenaires se sont longtemps heurtés sur un certain nombre de points sur lesquels l'Union européenne n'a pas, ou peu, accordé de flexibilités<sup>1093</sup>. Pour avoir une pleine mesure de la difficulté, renvoyons aux clauses de désaccord entre l'Union et ses partenaires ACP<sup>1094</sup>.

Il s'est agi de la clause de la nation la plus favorisée (« clause NPF ») européenne. Les accords commerciaux régionaux (ACR) constituent une exception au principe de non-discrimination, s'exprimant à travers la clause NPF et celle du traitement national. L'article 1<sup>er</sup> du GATT dispose en son alinéa 1 que tous les « avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes ». Dans la perspective des pays en développement ACP, les ACR futurs qu'ils seraient amenés à conclure avec d'autres pays en développement, ne devraient pas donner lieu à une extension d'avantages à l'Union européenne, conformément à la philosophie qui guide les flexibilités. Mais de façon réaliste, l'Union avait introduit une clause NPF à l'européenne pour tenir compte, si l'on peut dire, non seulement de l'imprécision de la définition des catégories à l'OMC mais aussi du niveau économique réel de certains pays supposément en développement<sup>1095</sup>. Du point de vue de l'Union européenne, la terminologie n'est pas déterminante quant à la définition du poids économique d'un Etat. La clause qu'elle a introduite dans les négociations était bien dirigée contre les BRICS, perçus au sens de l'OMC, comme des pays en développement.

---

<sup>1092</sup> Le Groupe ACP était ainsi divisé en six (6) zones de négociations, chacune devant conclure un APE avec l'Union européenne.

<sup>1093</sup> Voir en ce sens Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Accords de partenariat économique », *COM (2007) 635 final*, Bruxelles, 23 octobre 2007. V. aussi Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Conseil économique et social et au Comité des régions, « Intégration régionale pour le développement des pays ACP », *COM (2008) 604 final*, Bruxelles, 1<sup>er</sup> octobre 2008.

<sup>1094</sup> Pour une vue détaillée de ces clauses, voir l'ouvrage du Dr. Abdourahmane Diouf, négociateur dans le cadre des APE. V. Abdourahmane DIOUF, *L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales : OMC, APE, intégration régionale*, L'Harmattan, 2009, 392 pages.

<sup>1095</sup> Bien que qualifiés de pays en développement, les BRICS occupent une place importante dans le commerce mondial. D'ailleurs, l'Inde vient de reléguer à la France à la place de 7<sup>ème</sup> puissance économique mondiale. Les accords OMC ne donnent pas une définition des « pays en développement » et des « pays développés ». Les pays en développement sont désignés comme tels sur la base d'une pratique d'auto-sélection. Le procédé n'est pas accepté, de façon systématique, par l'ensemble des Membres dans la mesure où la qualification d'un pays ne reflète pas forcément son poids économique.

Objectivement, la clause NPF européenne concerne tout « partenaire commercial majeur » ; autrement dit, tout partenaire des Etats ACP dont les parts dans les échanges commerciaux internationaux atteignent 1,5%<sup>1096</sup>. Naturellement, cette disposition était considérée comme une contrainte inadmissible. Le Brésil s'en est d'ailleurs ouvertement plaint auprès de l'OMC, arguant du fait qu'elle mettait en péril le commerce Sud-Sud<sup>1097</sup>. On constate avec cet exemple de la clause NPF européenne, qu'un principe juridique - en l'occurrence le principe de non-discrimination -, peut être, à travers son application, constitutif d'obstacle non tarifaire. L'effet restrictif attaché à la clause a bien été remarqué aussi bien par les pays ACP qui ont besoin de s'insérer dans le commerce mondial mais aussi par d'autres pays en développement (les BRICS), ces derniers s'étant résolument positionnés en concurrents sérieux de l'Union européenne. Cela dit, les négociations des APE ont également achoppé sur d'autres barrières non tarifaires. Il en est ainsi non seulement des mesures sanitaires et phytosanitaires (« mesures SPS ») mais également des normes sociales. Bien qu'il existe des standards internationaux en la matière, chaque Etat dispose de la latitude d'adopter - par exemple dans le domaine des mesures SPS -, des normes plus élevées en vue d'assurer une protection efficace de la santé des personnes et de la vie des animaux et des végétaux. Ainsi, les dispositions des accords externes de l'Union européenne y relatives, reflètent bien cette approche de la problématique dans la mesure où l'Union européenne y impose « un maintien des normes » pour éviter tout nivellement vers le bas en vue de s'octroyer des parts de marché ou d'attirer les investissements<sup>1098</sup>.

---

<sup>1096</sup> V. Article 16 de l'Accord de partenariat intérimaire entre l'Union européenne et ses Etats membres et les Etats du Pacifique, *op.cit* : « 1. En ce qui concerne les questions couvertes par le présent chapitre, la partie CE accorde aux États du Pacifique tout traitement plus favorable qui serait applicable du fait de l'adhésion de la partie CE à un accord de libre-échange qu'elle aurait conclu avec des tiers postérieurement à la signature du présent accord.

6. Aux fins du présent article, on entend par « grande économie commerciale » tout pays développé, tout pays dont la part dans les exportations mondiales de marchandises est supérieure à 1 % au cours de l'année précédant l'entrée en vigueur de l'accord de libre-échange visé au paragraphe 2 ou tout groupe de pays agissant individuellement, collectivement ou dans le cadre d'un accord de libre-échange, dont la part cumulée dans les exportations mondiales de marchandises est supérieure à 1,5 % au cours de l'année précédant l'entrée en vigueur de l'accord de libre-échange visé au paragraphe 2 ». V. aussi. Habib GUERARI, Les accords commerciaux préférentiels, *Larcier*, 2013, 270 pages.

<sup>1097</sup> General Council Meeting – 5th February 2008, Item 6 – « ACP – EU Economic Partnership Agreements, Statement by Brazil » ([www.wto.org](http://www.wto.org)). V. aussi Cheikh. T. DIEYE et Victoria. HANSON, « Clauses NPF dans les APE : une menace pour le commerce sud-sud ? », *ICTSD*, vol. 7, n°2, mars 2008, pp. 1-3.

<sup>1098</sup> V. Article 188 « Maintien des niveaux de protection » de l'APE UE – *Cariforum*, *op.cit* : 1. Sous réserve des dispositions de l'article 184, paragraphe 1, les parties conviennent de ne pas encourager les échanges commerciaux ou les investissements directs étrangers dans le but de préserver ou d'accroître un avantage concurrentiel en: a) abaissant le niveau de protection assuré par la législation environnementale et sanitaire interne; b) dérogeant à cette législation ou en ne l'appliquant pas.



Sur ces préférences collectives, l'Union européenne s'est montrée intransigeante. Or, les pays ACP, à l'instar de bien des pays en développement, sont confrontés à un problème d'accès au marché européen à cause de ces standards, ceci en dépit de l'ouverture proclamée. En réalité, les entreprises des pays ACP ne disposent pas forcément des capacités techniques leur permettant de se mettre à niveau afin d'intégrer le marché intérieur. C'est ce qui explique les tentatives de ces pays d'obtenir, de l'Union européenne, une atténuation des effets des normes de conformité. Malheureusement, une telle flexibilité n'a pu être accordée par l'Union malgré l'objectif européen de faire des APE, des accords au service du développement. A défaut de flexibilité, l'Union européenne est passée par un autre mécanisme afin de maîtriser les obstacles non tarifaires : la coopération.

## **B. L'institution de la coopération dans les accords externes de l'Union**

Une autre voie utilisée par l'Union européenne, dans le cadre de sa pratique conventionnelle, en vue d'administrer les obstacles non tarifaires, a été d'instituer une coopération avec ses partenaires internationaux. La coopération, au même titre que la flexibilité, constitue pour l'Union un critère d'efficacité de sa pratique conventionnelle d'administration des obstacles non tarifaires. Pour ce faire, il a fallu créer des institutions promouvant la coopération (1), tout en établissant un principe de transparence devant guider aussi bien l'Union que ses partenaires (2).

### **1. Une coopération fondée sur des institutions conventionnelles**

L'Union européenne a compris que l'administration des obstacles non tarifaires, ne pourrait être efficace qu'à la condition que les concessions faites en ce sens, le soient dans un cadre coopératif bien déterminé. C'est ce qui explique, dans sa pratique conventionnelle, la mise en valeur de la voie institutionnelle afin de maîtriser la tension pouvant résulter des interférences entre le commerce et les préoccupations non commerciales et/ou des politiques économiques concurrentes. Cela dit, cette coopération n'est pas seulement sous-tendue par les institutions créées par les accords externes, mais également par le régionalisme.

---

2. Les parties et les États signataires du Cariforum s'engagent à ne pas adopter ou appliquer de législation régionale ou nationale liée aux échanges commerciaux ou aux investissements ou d'autres mesures administratives de même nature d'une manière qui aurait pour effet de contrarier des mesures visant à favoriser, protéger ou conserver l'environnement ou les ressources naturelles ou à protéger la santé publique ».

Ainsi, la maîtrise des obstacles non tarifaires devait se faire en étroite collaboration avec les Organisations d'intégration régionale<sup>1099</sup> fortement influencées par le modèle d'intégration européen. La stratégie de l'Union européenne consiste donc à créer un « monde peuplé de clones<sup>1100</sup> ». A travers les accords externes qu'ils concluent, les responsables économiques européens ont essayé de favoriser l'intégration régionale au service, dans une certaine mesure, de ses relations extérieures. L'Union promet-elle « un accès privilégié à son grand marché à des pays qui, en échange, doivent se grouper en entités régionales et remplir certaines conditions sociales, environnementales ou de droits de l'homme qui devraient les faire ressembler, à terme, à l'Union européenne<sup>1101</sup> ». La stratégie a été suivie avec des pays appartenant à différentes zones géographiques. Il en est ainsi avec le MERCOSUR, les Balkans, les pays Méditerranéens, et surtout les pays ACP dont les relations commerciales avec l'Union européenne, sont l'une des plus importantes compte tenu du nombre de pays impliqués<sup>1102</sup>. En effet, le Groupe ACP est constitué de pays appartenant à diverses Organisations d'intégration régionales. C'est avec chacune de ces organisations que l'Union européenne devait négocier et conclure des Accords de partenariat économique.

La coopération aurait été autrement plus délicate si elle devait s'effectuer avec l'ensemble des pays concernés dans un seul cadre. Cela est d'autant plus compréhensible que les pays ACP n'ont pas entendu, à travers l'Accord de Georgetown ayant créé le Groupe, mettre en place une Organisation d'intégration à l'image de l'Union européenne. Sans structures d'intégration régionales bien identifiées, les concessions allaient être beaucoup plus difficiles. Sans être dans un cadre multilatéral comparable au système commercial multilatéral, le cadre des pays ACP s'en rapproche néanmoins. La coopération par le biais du régionalisme est avantageuse pour l'Union européenne à plus d'un titre. Cette stratégie a un effet libéralisant certain tout en permettant à l'Union de susciter une certaine forme d'intégration des économies de ses partenaires. Elle en a d'ailleurs besoin pour assurer aux opérateurs européens une « clarté » ainsi qu'une « prévisibilité »<sup>1103</sup> des règles appliquées aux activités commerciales.

---

<sup>1099</sup> V. Sebastian SANTANDER, « Entre globalisation et régionalisme : la stratégie de coopération inter-régionale Union-européenne-MERCOSUR », *AFRI*, vol. 2, 2001, pp. 524-535. V. aussi Jacques FONTANEL, « L'essor des organisations économiques internationales : régionalisation vs globalisation », *AFRI*, vol. 8, 2007, pp. 764-774.

<sup>1100</sup> V. Loïc GRARD, *Les intégrations régionales : l'Union européenne et après*, Pedone, 2015, 202 pages.

<sup>1101</sup> V. Sophie MEUNIER, *op.cit.*, p. 165.

<sup>1102</sup> V. Laura ALISSON, *The EU, ASEAN and Interregionalism : Regionalism Support and Norm Diffusion between the EU and ASEAN*, United Kingdom, Palgrave Macmillan, 2015, 248 pages.

<sup>1103</sup> V. Jean B. GRUGEL, « New Regionalism and Modes of Governance – Comparing US and EU Strategies in Latin America », *European Journal of International Relations*, vol. 10, Issue 4, 2004, pp. 603- 626.

Dans cette optique, certaines dispositions des accords externes de l'Union mettent l'accent sur la nécessité d'une « harmonisation » des normes au niveau régional, celle-ci débouchant, à terme, sur la naissance de « normes régionales harmonisées »<sup>1104</sup>. C'est l'approche adoptée par l'Union européenne pour éviter aux opérateurs économiques européens de devoir s'adapter aux standards, souvent divers et variés, établis par chaque Etat individuellement. Une intégration poussée des économies régionales, combinée à une influence des normes européennes - dans les domaines aussi variés que les droits sociaux, les normes SPS, les normes techniques – favoriserait à coup sûr une administration plus efficace des obstacles non tarifaires. D'ailleurs, la mise en place future de la Zone de libre-échange continentale, dans le cadre de l'Union africaine (ZLEC), facilitera grandement l'atteinte des objectifs de la politique commerciale européenne en Afrique<sup>1105</sup>. Un Accord de libre-échange entre l'Union européenne et l'Union africaine ne serait que la continuité logique des efforts entrepris par l'Union en perspective d'une administration maîtrisée des obstacles non tarifaires. C'est fort logiquement, serait-on tenté de dire, que le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, propose dans son dernier discours sur l'état de l'Union, la négociation d'un accord de libre-échange avec l'Union africaine :

« Le commerce entre l'Europe et l'Afrique n'est pas sans importance. 36 % du commerce de l'Afrique se fait d'ores et déjà avec l'Union européenne. Mais les échanges commerciaux entre nous ne sont pas suffisants. Je suis convaincu que nous devrions faire évoluer les nombreux accords commerciaux entre les pays africains et l'Union européenne vers un accord de libre-échange de continent à continent, un partenariat économique entre partenaires égaux »<sup>1106</sup>.

---

<sup>1104</sup> En matière sociale, on peut citer l'article 194 « Intégration régionale » de l'APE UE – Cariforum : « À la lumière des défis sociaux auxquels leurs régions respectives sont confrontées, et en vue de favoriser le développement soutenable du commerce international, les parties reconnaissent l'importance de mettre en place des politiques et mesures de cohésion sociale et de promouvoir le travail décent au niveau régional ». L'harmonisation des normes au niveau régional répond à l'objectif de prévisibilité du système commercial dans son ensemble. D'ailleurs le système de règlement des différends de l'OMC a été mis en place en ce sens.

V. Julien BURDA, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : Vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *RQDI*, n° 18-2, 2005, pp. 1-38.

<sup>1105</sup> V. ONU, La Zone de libre-échange continentale (ZLEC) en Afrique, vue sous l'angle des droits de l'homme, *Rapport de la Commission économique pour l'Afrique*, Bureau de Genève, octobre 2017, 180 pages. V. aussi Mustapha MAGHRITI, « La Zone de libre-échange continentale africaine ZLECA, le marché mondial du siècle ? Quels sont les préalables ? », *LesEchos*, 2 mai 2018.

<sup>1106</sup> V. Commission européenne, Jean-Claude JUNKER : Discours sur l'état de l'Union 2018, SPEECH/18/5808, du 12 septembre 2018.

Toujours dans cette perspective, il n'est guère rare de trouver des dispositions sur la mise en place de « mécanismes d'équivalence » fondés sur un principe de reconnaissance mutuelle<sup>1107</sup> en vue de faciliter l'accès au marché européen au profit des opérateurs des pays partenaires.

Enfin, l'Union européenne a également compris que l'efficacité de la coopération autour des obstacles non tarifaires serait plus affirmée si ses partenaires commerciaux adoptaient les normes minimales consacrées par les organisations internationales auxquelles elle participe. C'est la raison pour laquelle, les Etats tiers sont non seulement invités à s'« inspirer » des normes internationales<sup>1108</sup>, mais aussi à « ratifier »<sup>1109</sup> certaines conventions internationales et même à « coopérer »<sup>1110</sup> avec l'Union au sein des organisations internationales. Cette approche permet à l'UE d'imposer sa conception des normes à adopter. Mais, cette forme de coopération institutionnelle, à travers la promotion du régionalisme, n'est pas sans comporter des aspects négatifs pour les partenaires de l'UE. On songe ici au problème de la concurrence entre organisations d'intégration régionales<sup>1111</sup>. Le phénomène de la concurrence est doublement interprété par la doctrine. En parallèle de la concurrence positive entre organisations d'intégration, se déploie une concurrence négative<sup>1112</sup>. Ce risque est réel et certaines organisations d'intégration ont pris les devants en adoptant un certain nombre de recommandations à l'intention d'autres entités sous régionales<sup>1113</sup> afin d'obvier à d'éventuelles mésintelligences qui seraient préjudiciables à l'unité du système global.

---

<sup>1107</sup> V. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, «La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur», COM (1999) 299 final, du 16 juin 1999. La présente communication définit le principe de reconnaissance mutuelle comme suit : « *Le principe de la reconnaissance mutuelle signifie que tout produit vendu légalement dans un pays de l'UE peut être vendu dans un autre, même s'il ne respecte pas toutes ses règles techniques — sauf dans des circonstances strictement définies* ». V. aussi Résolution du Conseil du 24 juin 1999 sur la gestion des accords de reconnaissance mutuelle, JOCE C 190, du 7 juillet 1999, p. 2. V. aussi Règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE, JOCE L 218, du 13 août 2008, pp. 21-29.

<sup>1108</sup> V. Article 185 de l'APE UE - Cariforum

<sup>1109</sup> V. Article 191 de l'APE UE - Cariforum

<sup>1110</sup> V. Article 196 de l'APE UE - Cariforum

<sup>1111</sup> V. CERDRADI, Actes du Colloque sur « La concurrence des organisations régionales en Afrique », Bordeaux, Janvier 2010. Disponibles sur le site <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>.

<sup>1112</sup> *Id.*

<sup>1113</sup> Ainsi des négociations des APE pour lesquelles le Groupe ACP avait adopté des décisions allant dans le sens de la promotion de positions communes. V. Groupe ACP, « Orientations ACP pour les négociations des accords de partenariat économique », ACP/61/056/02 [FINAL], Bruxelles, 5 juillet 2002. V. aussi Rapport conjoint, « « Tous ACP » - CE des négociations sur les APE », (ACP/00/118/03 Rev. 1), Bruxelles, 2 octobre 2003.

Certains ont même vu dans la démarche européenne, à propos des zones de négociation des APE, une volonté de susciter à dessein, la « division des pays ACP – trop enclins à faire bloc dans les négociations internationales – en zones avec lesquelles elle devait négocier séparément des Accords de libre-échange baptisés « Accords de partenariat économique régionaux » (APER) compatibles avec les accords de l'OMC<sup>1114</sup> ». Cette approche serait même à l'origine de tensions internes à certaines Organisations sous régionales en Afrique. La preuve en est qu'au moment où l'Union européenne et ses partenaires échouaient à conclure des APER (Accords de partenariat économique régionaux), certains Etats se sentant économiquement importants pour soutenir la concurrence européenne, se sont engagés dans la finalisation d'Accords de partenariat intérimaires<sup>1115</sup>. Cette vision fondée sur la division est, comme on le voit, contraire à celle de l'unité évoquée plus haut. Néanmoins, nous continuons à croire que l'Union européenne gagnerait à trouver un cadre juridique unique et global avec les pays ACP de façon générale, ou au moins, avec ceux qui se trouvent sur le continent africain, afin de permettre la sécrétion de normes harmonisées sur l'ensemble du continent ou de l'espace géographique couvert par le Groupe ACP.

La seconde forme de la coopération institutionnelle est dominée par la mise en place d'institutions conventionnelles chargées de mettre en œuvre les accords externes. Celles-ci jouent un rôle important dans l'administration des obstacles non tarifaires car elles offrent un cadre de dialogue permanent aux partenaires afin de juguler les tensions pouvant naître de l'application de certaines mesures. Nous ne procéderons pas à une énumération des différents Comités mis en place par les accords externes pour traiter des obstacles non tarifaires. Leur dénomination peut varier d'un accord à l'autre. L'essentiel est d'indiquer qu'ils sont constitués de représentants de la partie européenne, d'une part, et des pays partenaires, d'autre part. L'architecture institutionnelle est souvent constituée de Comités que l'on pourrait qualifier de généraux, car s'intéressant à plusieurs domaines de la relation conventionnelle, chapeautant des Comités spécialisés dans des domaines spécifiques des obstacles non tarifaires<sup>1116</sup>. Ces derniers jouent un rôle considérable pour éviter l'éclatement d'un contentieux pouvant se nouer jusque devant l'OMC.

---

<sup>1114</sup> V. Raoul Marc JENNAR, « Ces accords que Bruxelles impose à l'Afrique », *Le Monde diplomatique*, 1<sup>er</sup> février 2005, p.10. V. aussi Laure DELCOUR, « L'Union européenne : une approche spécifique du développement ? », *Mondes en développement*, vol. 4, n° 124, 2003, pp. 77-94.

<sup>1115</sup> Il en est ainsi de l'Accord de partenariat économique d'étape entre la Côte d'Ivoire, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 59/3, du 3 mars 2009.

<sup>1116</sup> On va prendre comme exemple l'APE complet *Union européenne – Cariforum*. C'est la même dynamique institutionnelle dans les autres accords. Comme organes généraux, on y trouve un *Conseil-conjoint Cariforum-UE*, « chargé de superviser la mise en oeuvre du présent accord.

En s'accordant des concessions réciproques, dans un cadre bilatéral, l'Union européenne parvient ainsi à prévenir toute tension pouvant naître de l'expression de préférences collectives parfois opposées. Par ailleurs, ces Comités seraient même un cadre privilégié pour nouer un dialogue fécond avec les représentants de pays appartenant à des organisations régionales non dotées de normes uniformisées ou harmonisées dans certains domaines des obstacles non tarifaires. Ce ne sont pas toutes les Organisations régionales avec lesquelles l'Union entretient des relations commerciales qui disposent de normes et de procédures harmonisées, par exemple, dans le domaine des mesures SPS ou des mesures techniques. Les Etats conservent souvent une souveraineté pleine et entière dans la définition de ces mesures. Dans ces conditions, le cadre institutionnel constitué par ces Comités techniques permettra à chacun des partenaires de mieux appréhender les normes de l'autre partie<sup>1117</sup>.

Cela dit, la coopération institutionnelle ne s'opère pas seulement dans le cadre des Comités mis en place par les accords. Elle s'effectue aussi par le biais d'un médiateur. L'institution de la médiation est un autre instrument par lequel l'Union européenne et ses partenaires commerciaux s'octroient des concessions. Le médiateur, au lieu de proposer une solution aux partenaires, accompagne ces derniers dans la recherche de solution à leurs différends<sup>1118</sup>. Tous ces cadres institutionnels préventifs sont initiés, dans la pratique conventionnelle européenne, dans le but ultime d'éviter l'éclatement d'un contentieux commercial. Toutefois, l'action de ces institutions conventionnelles ne saurait être efficace que lorsque les différents partenaires commerciaux agiraient de bonne foi.

---

Le conseil conjoint Cariforum-CE se réunit au niveau ministériel à des intervalles réguliers ne dépassant pas deux ans et tient des réunions extraordinaires dès que les circonstances l'exigent et si les parties en conviennent », le *Comité parlementaire Cariforum-UE* qui « constitue un lieu de rencontre et de dialogue entre les membres du Parlement européen et ceux des législatures des États du Cariforum. Il se réunit selon une périodicité qu'il détermine. Il coopère avec l'*Assemblée parlementaire paritaire* visée à l'article 17 de l'accord de Cotonou ». A ces organes s'ajoutent divers organes spécialisés sur les différentes questions couvertes par l'Accord. Ainsi du *Comité Cariforum « commerce et développement »* ou encore du *Comité Cariforum-UE « Commerce et environnement »*.

<sup>1117</sup> V. Makane M. MBENGUE et Urs P. THOMAS, « Le codex Alimentarius, le protocole de Cartagena et l'OMC : une relation triangulaire en émergence ? », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLII, 2004, n° 130, pp. 229-248.

<sup>1118</sup> V. Article 4.3 « Médiation » de l'Accord entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc instituant un mécanisme de règlement des différends, *JOUE* L 176/2, du 5 juillet 2011: « L'avis du médiateur peut comporter une ou plusieurs recommandations sur des mesures compatibles avec les dispositions visées à l'article 2 permettant de résoudre le différend. Son avis n'a aucun caractère contraignant ».

## 2. Une coopération guidée par la transparence

La coopération prônée par l'Union européenne, à travers sa pratique conventionnelle, est gouvernée par l'application d'un principe de transparence. Dans des relations commerciales où les différents partenaires gardent toute latitude de prendre des mesures pouvant affecter le libéralisme, une solution efficace serait de mettre en œuvre des mécanismes de coopération susceptibles de les ménager. La transparence dont il s'agit, participe à un nouveau « mode de conduite » des relations internationales dans lequel « le pouvoir perd sa puissance symbolique et la sacralité qui en dérivait<sup>1119</sup> ». Il semblerait que l'heure soit à la recherche du consensus et à l'adhésion optimale comme conditions à l'efficacité et à la légitimité du pouvoir<sup>1120</sup>. C'est bien ce qu'a compris l'Union européenne, en instituant à travers sa pratique conventionnelle, une coopération permanente dans l'optique d'une bonne administration des obstacles non tarifaires. La transparence dans l'édition de mesures susceptibles de constituer des obstacles au commerce, serait une application du principe de bonne foi dans les relations internationales<sup>1121</sup>.

C'est pourquoi certaines dispositions des accords externes de l'Union européenne contiennent une obligation de coopération dont la violation serait constitutive d'une faute imputable au partenaire qui en serait l'auteur<sup>1122</sup>. Par conséquent, cette coopération ne relève pas uniquement d'une déclaration de bonnes intentions. Elle peut aller jusqu'à se transformer en obligation juridique. Concept polysémique, la transparence peut être conçue comme une « parfaite accessibilité de l'information dans les domaines qui regardent l'opinion publique<sup>1123</sup> ». C'est cette accessibilité à l'information relative aux obstacles non tarifaires que l'Union européenne et ses partenaires commerciaux cherchent à promouvoir.

---

<sup>1119</sup> V. Habib KAZZI, « Le principe de transparence dans les accords OMC », *RGDI*, vol. 114, n°4, 2010, p. 704.

<sup>1120</sup> *Id.*

<sup>1121</sup> V. Robert KOLB, « La bonne foi en droit international public », *R.B.D.I.*, n°2, 1998, pp. 661-732. V. aussi l'ouvrage Robert KOLB, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux du droit*, Paris, PUF, 2001, 832 pages.

<sup>1122</sup> V. Article 11.3 « Mise en œuvre » de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée, *op.cit.*, « À la demande d'une partie, l'autre partie met à sa disposition les informations publiques concernant ses mesures d'application du droit de la concurrence et sa législation concernant les obligations qui lui incombent en application de la présente section ». De façon plus nette, voir l'article 29.2 « Absence de coopération administrative » de l'Accord intérimaire entre la Communauté européenne et la République de Bosnie-et-Herzégovine précité : « *Lorsqu'une partie constate, sur la base d'informations objectives, une absence de coopération administrative et/ou des irrégularités ou une fraude au sens du présent titre, elle peut suspendre temporairement le traitement préférentiel du ou des produits concernés aux conditions du présent article* ».

<sup>1123</sup> Selon le Larousse.

La notion renvoie à la prévisibilité, à la concertation, à l'efficacité, ou encore à la légitimité des décisions prises par les autorités étatiques dans le domaine commercial. La transparence est, dirait l'autre, « à la mode ». Elle constitue une exigence qui n'épargne aucun échelon de l'action collective, qu'elle soit publique ou privée. C'est fort logiquement que cette exigence est inscrite au cœur des relations commerciales à l'OMC. Les mesures de transparence servent à relever le niveau de confiance que peuvent placer les acteurs dans un système donné. L'objectif de l'Union européenne est de garantir à ses opérateurs économiques internationaux, une concurrence libre et non faussée sur les marchés étrangers. Le principe de transparence reposant sur la prévisibilité et la surveillance, constitue le troisième principe directeur de l'OMC après le principe de non-discrimination et le principe d'équité<sup>1124</sup>. La transparence assure un meilleur éclairage, favorisant ainsi le respect des mesures prises par les Etats et permettant d'éviter l'éclatement des conflits.

En outre, diverses considérations s'attachent à l'exigence de transparence dans les accords externes de l'Union européenne, un peu comme à l'OMC. Une telle exigence pèse à titre principal sur les Etats signataires, et non sur les véritables bénéficiaires des normes que sont les entreprises. Ainsi, l'Union et ses partenaires sont-ils tenus de rendre publiques les « réglementations d'application générale » relatives aux matières traitées par l'accord, plus spécifiquement celles portant sur les obstacles non tarifaires<sup>1125</sup>. Naturellement, toute modification de réglementation doit aussi être notifiée à l'autre partenaire sous peine de violation du principe de transparence et par conséquent, de remise en cause de la coopération.

Cependant, deux obstacles au principe de transparence doivent être relevés. Le premier, qui concerne plus l'Union européenne, est que les opérateurs européens peuvent être confrontés à des difficultés d'adaptation à une pluralité de réglementations dans le cadre d'Organisations régionales non dotées de normes harmonisées sur bien des aspects des obstacles non tarifaires. Cette multitude de réglementations peut constituer un cauchemar pour les opérateurs européens, d'où la nécessité, ressentie par l'Union, d'engager ses partenaires à adopter des normes internationales. Aussi, celles-ci doivent-elles être connues par les entreprises européennes.

---

<sup>1124</sup> Pour une étude de ces principes : OMC, Les principes fondamentaux de l'OMC : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, 14 avril 1999, WT/WGTCP/W/114 ; OCDE, Principes fondamentaux de non-discrimination, de transparence et d'équité en matière de procédure dans un cadre multilatéral sur la concurrence, avril 2003, CCNM/GF/COMP/TR (2003) 6.

<sup>1125</sup> V. Article 11.3 « Mise en œuvre » de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée, *op.cit.* Cette obligation est également prévue par les accords de l'OMC ; à savoir l'article X de l'Accord sur le commerce des marchandises (GATT), les articles III et VI de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et les articles 41-42 et 62-63 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC). Elle revient aussi dans les accords spécifiques.



C'est la raison pour laquelle la tenue de points d'information nationaux est une condition d'objectivation de la coopération. Le second obstacle au principe de transparence est lié à une exception déjà consacrée par le droit de l'OMC, consistant à exclure de cette exigence, la révélation « de renseignements confidentiels dont la divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait d'une autre manière contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées<sup>1126</sup> ». Comme toute exception, celle-ci doit être entendue de façon stricte sous peine d'être utilisée par le partenaire qui s'en prévaut, dans le sens d'une discrimination à l'égard des entreprises de l'autre partie. Cette exception a d'ailleurs fait l'objet d'un différend dans le cadre de l'ORD. La jurisprudence de l'OMC a précisé que l'obligation de publication ne devait pas être étendue aux mesures administratives mettant en cause des particuliers ou des entités spécifiques. Elle a reconnu aussi qu'une telle obligation devrait s'appliquer à des décisions administratives dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient des critères existants<sup>1127</sup>.

---

<sup>1126</sup> V. Article 7.1 « Confidentialité » de l'Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, *op.cit* : « Nonobstant toute autre disposition du présent accord, aucune des parties n'est obligée de communiquer des informations à l'autre partie si cette communication est interdite par la législation et la réglementation de la partie qui détient les informations ou serait incompatible avec ses intérêts importants ». V. aussi l'Article X : 1 du GATT. L'exception se retrouve à l'article III bis de l'AGCS et 63:4 de l'ADPIC.

<sup>1127</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, 31 mars 1998, WT/DS44/R. En l'espèce, il s'agissait d'une supposée violation de l'article X :1 du GATT du fait de la non publication de certaines mesures de mise en œuvre prises par la *Japan Fair Trade Commission* et les Conseils locaux sur l'équité de la concurrence.

## CONCLUSION CHAPITRE

Les raisons profondes qui ont gouverné la mise en place du système européen d'administration des obstacles non tarifaires sont à trouver dans le cadre multilatéral, mais aussi au sein même de l'Union européenne. A l'OMC, l'Union européenne se heurte à une conception quelque peu différente des relations économiques internationales. L'Organisation multilatérale est résolument tournée vers la promotion du libéralisme économique. Le fondement juridique d'une telle attitude se retrouve dans les accords. En effet, les accords OMC sont marqués par des lacunes ayant conduit au diktat de la légalité commerciale, ainsi qu'à une réallocation des pouvoirs institutionnels. De ces deux conséquences a découlé une remise en cause des préférences collectives des Membres. Or, contrairement à l'OMC, l'Union européenne n'est pas uniquement mue par des préoccupations commerciales. Tout en poursuivant des objectifs commerciaux, l'Organisation européenne cherche à atteindre, en parallèle, des objectifs non commerciaux, expression de ses préférences collectives. La tension frontale découlant de la contradiction, partielle mais importante, entre les objectifs de l'OMC et ceux de l'Union européenne, a poussé cette dernière à conclure des accords externes en réaction aux difficultés rencontrées dans le cadre multilatéral. Par ailleurs, l'institution du système européen d'administration des obstacles non tarifaires peut être reliée, dans le cadre bilatéral, aux objectifs d'action extérieure de l'Union européenne mais aussi à la volonté de l'Union de mener une politique commerciale commune efficace à l'échelle internationale. C'est ainsi qu'il faudrait comprendre l'inclusion de mécanismes de flexibilité dans les accords.

## CHAPITRE 2

### UN SYSTEME MIXTE : LES CARACTERISTIQUES DE L'INSTITUTION

Comme tout système, celui européen d'administration des obstacles non tarifaires présente certaines caractéristiques. Il s'agit d'un système hybride mêlant des éléments politiques et judiciaires. L'administration des obstacles non tarifaires s'inscrit dans une dynamique de maîtrise. C'est cela qui explique l'importance prise par les considérations politiques dans le règlement des différends nés de l'existence d'obstacles non tarifaires.

Les solutions politiques sont nettement préférées aux solutions judiciaires dans la pratique conventionnelle européenne. Les accords externes de l'Union leur accordent la plus grande importance en invitant les parties à s'activer dans la recherche d'une solution mutuellement satisfaisante. De façon chronologique, les solutions politiques constituent un préalable à toute saisine d'un organe de jugement. Elles se caractérisent par leur flexibilité et leur rapidité dans la perspective d'une bonne administration des obstacles non tarifaires. La pratique européenne, en ce sens, n'est qu'une extension de la pratique des Membres de l'OMC à l'échelle bilatérale. Les consultations existent au sein de l'OMC et constituent un préalable obligatoire à la constitution d'un Groupe spécial. A l'instar de l'OMC, la recherche d'une solution politique satisfaisante commence par la mise en place d'une coopération institutionnelle avant de culminer à l'institution d'une médiation. Cette étape est fondamentale pour la mise en œuvre de concessions entre l'Union européenne et ses partenaires. Cela dit, l'échec des négociations politiques conduira nécessairement à l'enclenchement d'un processus judiciaire de résorption des litiges. C'est ce qui explique l'institution du mécanisme arbitral. Ainsi, le système européen d'administration des obstacles non tarifaires se présente-t-il comme un système hybride composé d'une procédure diplomatique de règlement des différends (**Section 1**) qui vient en amont d'une procédure judiciaire incarnée par le mécanisme arbitral (**Section 2**).

**SECTION 1**  
**L'ETABLISSEMENT D'UNE PROCEDURE NON JUDICIAIRE DE**  
**REGLEMENT DES CONFLITS RELATIFS AUX OBSTACLES NON TARIFAIRES :**  
**LE RECOURS PRIORITAIRE A LA DIPLOMATIE**

L'une des caractéristiques du système européen de règlement des différends relatifs aux obstacles non tarifaires, est l'établissement d'une procédure non judiciaire. Celle-ci est dominée par la recherche d'une solution politique aux différends nés de la mise en œuvre des accords externes. Pour ce faire, l'instrument diplomatique a été placé au cœur de la pratique conventionnelle européenne. Les solutions mutuellement convenues constituent le premier objectif vers lequel doivent tendre l'Union européenne et ses partenaires internationaux. Après avoir présenté le modèle des solutions mutuellement convenues de la pratique conventionnelle européenne (§1), on terminera par une analyse des éléments pertinents dans le recours aux solutions mutuellement convenues (§2).

**§1. Le modèle des solutions mutuellement convenues dans le règlement des différends entre l'UE et ses partenaires**

Le règlement diplomatique des différends, par le biais des solutions mutuellement convenues, pose avant tout un défi conceptuel dans les accords externes de l'Union européenne (A). Mais, en dépit des imprécisions qui entourent le concept, celui-ci imprègne toutes les étapes de la procédure de règlement des différends (B).

**A. Les solutions mutuellement convenues : un défi conceptuel**

L'article 14.1 du chapitre 14 du traité conclu entre *l'Union européenne et la Corée du sud* – comme beaucoup d'autres du même acabit – expose la philosophie qui guide le système européen d'administration des obstacles non tarifaires.

« L'objectif du présent chapitre est de prévenir et régler les différends qui pourraient survenir entre les parties quant à l'application de bonne foi du présent accord et de parvenir, dans la mesure du possible, à une solution mutuellement convenue ».

A la lecture de cet article, on constate que l'objectif principal du système de règlement des différends, dans les accords externes de l'Union européenne, est de parvenir à « *une solution mutuellement convenue* ». On sent clairement, à ce niveau, l'impact du droit de l'OMC ainsi que de la pratique suivie par l'Union au sein de cette instance multilatérale. Encore faut-il le rappeler, les accords externes de l'UE établissent une passerelle indispensable avec leurs pendants OMC. Il ne saurait en être autrement, d'autant plus que l'OMC dispose toujours d'un droit de regard en vertu de l'article XXIV du GATT sur les intégrations régionales. On remarque donc l'empreinte du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends à l'OMC (MARD) sur le système européen de règlement des différends nés de la mise en œuvre de ses accords externes. La notion de « *solution mutuellement convenue* » se retrouve aussi en droit de l'OMC – avec une variante mineure dans la formulation –, comme préalable obligatoire à toute saisine des organes de jugement. L'article 3.7 du MARD dispose ce qui suit :

« [...] Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une *solution mutuellement acceptable* pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable ».

Dans les deux cas, on note une préférence absolue pour les solutions diplomatiques au détriment des solutions judiciaires ou arbitrales qui, elles, sont subsidiaires. Cela dit, on remarquera que, aussi bien les accords externes de l'Union européenne, les accords de l'OMC ne donnent de définition juridique de la notion de « *solution mutuellement convenue/acceptable* ». La question pose un défi conceptuel dans la mesure où il existe d'autres formes d'arrangement - valables dans les deux cas - qui sont assimilables, ou du moins, se rapprochent de ce que l'on entend par solution mutuellement convenue. Le cycle d'Uruguay n'a pas apporté une réponse à cette question. Quand peut-on parler de « solution mutuellement convenue » ? Alors que le Mémorandum d'accord renvoie souvent à des « solutions mutuellement acceptables », il ne les définit pas pour autant. Une solution pour définir ces solutions mutuellement convenues, consisterait simplement à se référer à la pratique des Membres. Suivant en cela l'article 3.6 du MARD, tout accord formellement notifié (dans le cadre strict de l'OMC ou à travers les accords externes), en tant que « solution mutuellement convenue », pourrait être considéré comme telle.

Cependant, en utilisant la notification comme critère d'attribution de la qualité de « solution mutuellement convenue », celui-ci serait non seulement exclusif – en ignorant toutes les solutions diplomatiques non notifiées –, mais également trop inclusif, en intégrant tous les accords intérimaires ne réglant pas définitivement le différend. Où doit véritablement se trouver la frontière ? Un accord non notifié peut-il être considéré comme une solution mutuellement convenue au même titre qu'un accord intérimaire ? La notification est une obligation légale, conséquence de la solution diplomatique, et non une condition de son existence. De la même manière, l'absence de notification constitue certes une violation du Mémorandum d'accord, mais ne remet nullement en cause l'existence d'un accord diplomatique. Ceci est confirmé dans le rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes - Bananes III*. Au lieu de se référer aux déclarations des parties relatives à la notification, l'Organe d'appel a plutôt abordé objectivement la question des implications légales d'une potentielle « solution mutuellement acceptable » à la lumière du texte lui-même<sup>1128</sup>. En revanche, il ne dit pas quel a été le fondement d'un tel test objectif. La réponse à cette question aurait certainement le mérite d'aider l'OMC ainsi que ses Membres, à mieux identifier les accords qualifiés de « solutions mutuellement convenues », et à régler les contestations y afférentes.

A défaut d'une définition objective de la notion, apparaît un besoin de développer une double approche afin de rationaliser la pratique des « solutions mutuellement convenues » et de réguler les accords diplomatiques intérimaires. Définir la notion objectivement plutôt que subjectivement présente un réel avantage. L'élément le plus déterminant de la notion est bien sa nature consensuelle. Les parties au différend négocient et s'accordent volontairement sur une solution. Néanmoins, il faudrait rappeler que les « solutions mutuellement convenues » ne constituent pas l'unique élément des négociations diplomatiques dans le processus de règlement des différends à l'OMC<sup>1129</sup>. La nature hybride du système de règlement des différends (diplomatique et « judiciaire »), fait qu'il existe un nombre important d'éléments consensuels, laissant aux Parties une grande flexibilité, ainsi qu'un réel contrôle sur le litige qui les oppose. Les accords OMC posent un certain nombre d'obligations parmi lesquelles l'obligation de mise en conformité.

---

<sup>1128</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (CE – Bananes III (Article 21:5 Équateur II))*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, du 11 décembre 2008, § 222.

<sup>1129</sup> Les bons offices par exemple.

En revanche, ce qui constitue une solution acceptable dans un différend, est une question de négociations entre les parties. Le premier litige présenté devant l'Organe de règlement des différends (ORD) illustre la formidable variété des solutions consensuelles. Dans cette affaire, Singapour contestait la mesure malaisienne de prohibition d'importation de polyéthylène et de polypropylène. Suivant les consultations et avant les Panels, le gouvernement malaisien changea sa législation relative à l'importation de ces deux substances. Dans ces conditions, Singapour renonça à sa plainte. Dans la Minute du document de l'ORD, on peut lire :

«Malaysia appreciated the cooperative spirit and understanding of Singapore's delegation in coming to an *amicable solution* on this matter<sup>1130</sup>».

En l'espèce, il est manifeste de constater que la renonciation à la plainte est la résultante des négociations menées entre les deux gouvernements, sans pour autant qu'une notification ait été faite de la « solution mutuellement convenue », conformément aux dispositions de l'article 3.6 du Mémoire d'accord. D'autres éléments consensuels du MARD viennent obscurcir la distinction entre « solutions mutuellement convenues » et « autres formes d'accords négociés ». Les parties aux différends, en vertu de l'article 21.3 b)<sup>1131</sup>, peuvent s'accorder sur « *un délai mutuellement convenu* » pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD. Dans le rapport *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, le Groupe spécial a estimé que les mesures mexicaines violaient les engagements pris par le pays dans le cadre du GATS<sup>1132</sup>. Subséquemment, le Mexique et les États-Unis avaient trouvé un *accord*, sur un « *délai raisonnable* » de mise en conformité (13 mois) des mesures incriminées<sup>1133</sup>.

---

<sup>1130</sup> V. Minutes of the DSB Meeting on 19 July 1995, WT/DSB/M/6.

<sup>1131</sup> En vertu de cet article, le « délai raisonnable » est :

« b) un délai mutuellement convenu par les parties au différend dans les 45 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions; ou, en l'absence d'un tel accord ;

c) un délai déterminé par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions. Dans cette procédure d'arbitrage, l'arbitre 13 devrait partir du principe que le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Toutefois, ce délai pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances ».

<sup>1132</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, du 1<sup>er</sup> juin 2004.

<sup>1133</sup> V. Accord notifié, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/7, 2 juin 2004.

Parallèlement, les deux parties avaient défini de spécifiques étapes de mise en conformité comme faisant partie d'une « *solution mutuellement acceptée* »<sup>1134</sup>. Les Etats-Unis ont également eu à exprimer leur satisfaction quant aux mesures de mise en conformité, sauf que, là aussi, l'accord n'avait pas été notifié. Ainsi, comment identifier une « solution mutuellement convenue » en allant au-delà des catégorisations subjectives choisies par les parties, sans entrer en conflit avec d'autres accords consensuels du MARD, tels que les simples négociations de mise en conformité ou les accords de l'article 21.3 b), qui sont fonctionnellement différents ?

Les « solutions mutuellement convenues » sont différentes des accords trouvés sur le fondement de l'article 21.3 b). Au lieu de fixer des délais de mise en conformité, leur but reste avant tout de trouver une issue au différend. Ainsi considérées, les choses se présentent comme suit : une « solution mutuellement convenue » pourrait être définie comme un accord volontaire permettant d'éviter un règlement judiciaire ou des rétorsions en apportant une solution de fond à un litige<sup>1135</sup>. Ainsi, dans les deux affaires évoquées précédemment, les solutions trouvées par les parties étaient bien des « solutions mutuellement convenues ». Cependant, cette approche objective ne résout pas totalement le problème. Elle nous conduit à une seconde interrogation. Que pourrait-on entendre par « solution » à un différend ? Une « solution mutuellement convenue » apporte-t-elle une « solution » ou se limite-t-elle simplement à déclarer un différend résolu ? Le Groupe spécial ainsi que l'Organe d'appel, dans le rapport *Communautés européennes- Bananes III*, avaient déjà été confrontés à cette problématique.

L'Union européenne avait notifié en 2001, conformément à l'article 3.6 du MARD, une « solution mutuellement convenue » sur les bananes en tant que « solution » au différend l'opposant à l'Equateur. Tout le contraire de l'Equateur qui, dans sa communication à l'ORD, considérait que l'accord trouvé n'était aucunement une « solution mutuellement convenue », mais portait plutôt sur « des étapes d'application » pouvant contribuer à une solution globale, définitive et universellement acceptée comme « solution » au terme de leur exécution pleine et entière.

---

<sup>1134</sup> V. Minutes of the DSB Meeting on 31 August 2005, WT/DSB/M/196.

<sup>1135</sup> V. Alschner WOLFGANG, « Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System », *World Trade Review*, 2014, p. 19.



Le Groupe spécial exprimera l'idée qu'un accord devrait fournir « *une solution définitive et un règlement effectif au litige* », afin que celui-ci puisse être considéré comme une « solution mutuellement convenue »<sup>1136</sup>. En l'espèce, les mésintelligences notées autour des notifications des deux parties laissent croire qu'une telle solution positive n'existait pas<sup>1137</sup>.

L'Organe d'appel quant à lui s'opposera à la vision du Groupe spécial fondée sur les oppositions entre les deux parties, en adoptant une approche objective de l'affaire s'appuyant sur les spécifications même du texte de l'accord. Il déclarera, à l'occasion, que la simple identification des moyens ne suffisait pas à résoudre un différend. Ainsi le Mémoire d'accord sur les bananes constituait, de ce fait, un précurseur à la possible conclusion d'un accord de règlement définitif. Ainsi la négociation des étapes de mise en œuvre n'est qu'une partie d'un accord intérimaire<sup>1138</sup>. Pour être qualifié de « solution mutuellement convenue », un accord doit conduire à un règlement définitif du litige. Dans ces conditions, c'est au cas par cas que l'ORD déterminera s'il était dans l'intention des Parties, objectivement manifestée à travers l'accord conclu, de trouver un règlement définitif au litige afin de pouvoir en tirer la conclusion qu'il y avait bien « solution mutuellement convenue ». Les éléments tels que le langage conditionnel utilisé dans le texte de l'accord, l'expression d'attentes ou les promesses de notification d'une future « solution mutuellement convenue », démontrent plutôt une intention de conclure un accord de règlement intérimaire plutôt qu'un accord de règlement définitif. La distinction entre accords de règlement finaux qualifiés de « solutions mutuellement convenues » et accords intérimaires demeure dans la pratique de l'OMC, dans la mesure où tous les deux types d'accord ont été notifiés en tant que « solutions mutuellement convenues » par les Membres, y compris l'Union européenne.

---

<sup>1136</sup> Les Parties avaient notifié une solution mutuellement convenue. V. Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/58, 2 juillet 2001. Il s'agissait d'un Mémoire d'accord sur le commerce de la banane de Genève.

<sup>1137</sup> Dans le Mémoire d'accord, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/60, 9 juillet 2001, on peut lire : « *it must be clear that the provisions of Article 3.6 of the DSU are not applicable in this case* ». L'Équateur, dans sa propre communication à l'ORD, précisait que le Mémoire d'accord conclu avec l'Union ne devait en aucune manière être considéré comme solution mutuellement convenue, mais que l'accord trouvé « *can contribute to an overall, definite and universally accepted solution' once fully executed* » (p.1).

<sup>1138</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, *op.cit.* §7 et Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, *op.cit.*, §214.

D'ailleurs, dans sa pratique conventionnelle, les accords externes n'établissent nullement une ligne de démarcation entre les deux faisant dire que les habitudes prises dans le cadre des instances multilatérales de l'OMC font résurgence au niveau bilatéral<sup>1139</sup>.

Dans l'affaire *Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores*, les parties n'ont déclaré l'existence d'une solution qu'après qu'un amendement ait été apporté à la législation japonaise sur les droits d'auteur<sup>1140</sup>. A contrario, une solution mutuellement convenue intervenue entre l'Argentine et les Etats-Unis, à propos d'une ancienne loi sur les brevets, avait déjà été notifiée et était sujette à une application interne<sup>1141</sup>. Cependant, le Groupe spécial et l'Organe d'appel étaient cohérents, en établissant une distinction tranchée entre « accords intérimaires » proposant des solutions pour la résorption d'un différend et « accords définitifs » permettant de vider un contentieux. Un accord à travers lequel toutes les parties affirment avoir résolu leur litige, devrait avoir des effets juridiques différents comparativement à un document se limitant à établir des étapes de mise en conformité appelant, à leur tour, à une mise en œuvre. A ce niveau, on constate que le MARD labellise le premier comme une « solution mutuellement convenue » et non le second. Les accords externes de l'Union européenne, quant à eux, font l'économie d'une telle dichotomie. Pourtant la distinction présente une certaine pertinence dans la mesure où les différends nés de la mise en œuvre de ces accords, ainsi que les solutions qui leur sont apportées, restent toujours sous la coupole de l'OMC. L'Union et ses partenaires internationaux ne manquent pas de rappeler, à travers les stipulations de ces accords, que les droits et obligations des parties à l'OMC ne devraient être compromis. C'est sur cette lacune que sautent les Membres de l'OMC conduisant ainsi à l'émergence des *Mémoires d'accord* et autres *Accords sui generis*. Avant de s'engager dans une « solution mutuellement convenue » résolvant définitivement le différend, ces accords s'inscrivent dans un processus préparant une solution finale. Ils permettent aux Membres de combler des lacunes juridiques plutôt que de se substituer à la catégorie des « solutions mutuellement convenues ».

---

<sup>1139</sup> Dans les accords externes, seule la notion de « solutions mutuellement convenues/acceptables » est utilisée.

<sup>1140</sup> V. Solution mutuellement convenue, *Japon — Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/4, du 17 novembre 1997.

<sup>1141</sup> Des solutions mutuellement convenues avaient été notifiées, *Argentine – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS171/3, *Argentine – Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais*, WT/DS196/4, du 20 juin 2002.

Le côté problématique de ces accords, dans la pratique, est que certains Mémoires d'accord ou accords intérimaires ne sont pas suivis d'un règlement définitif voire d'une notification, conformément à l'article 3.6 du MARD. Il en résulte que de nombreux litiges restent pendants indéfiniment, le flou restant entier pour les Membres non parties au différend, par exemple, relativement à la question des mesures de mise en conformité. Dès lors, cette nouvelle tendance remet en cause, au lieu de renforcer le rôle des « solutions mutuellement convenues ».

De tout ce qui précède, il ressort un besoin d'établir une procédure diplomatique de règlement des différends en deux étapes. Sur la base des prescriptions du MARD et de la jurisprudence de l'ORD, il a été démontré que l'existence d'une solution mutuellement convenue doit être déterminée objectivement en tant qu'accord volontaire préemptant le règlement judiciaire ou les rétorsions et apportant une solution définitive à un différend. Pour arriver à ce règlement final, les Membres de l'OMC ont conclu une série d'accords intérimaires informels non saisis par le MARD. Les négociateurs devraient combler ce gap en introduisant et en régulant la catégorie des accords intérimaires. La procédure de règlement diplomatique se verrait dès lors scindée en deux étapes successives avec des implications juridiques différentes.

Tel a été le cas dans l'affaire précitée *Communautés européennes – Bananes III*. Dans un premier temps, un accord intérimaire avait été conclu. Il s'agissait de l'« Accord de Genève sur les bananes » de 2009. Dans un second, en 2012, sous la supervision des autres Membres de l'OMC ainsi que de la société civile, et après ratification et mise en œuvre, une solution mutuellement convenue avait été notifiée en tant qu'accord final. Malheureusement, la nature hautement politique de l'affaire avait fini par poser de sérieux problèmes de transparence. Ainsi, les accords intérimaires au même titre que les accords définitifs, devraient être soumis à l'obligation de notification contenue dans l'article 3.6 du MARD. Ils devraient également faire l'objet de fréquents rapports d'étape dans le but de faciliter leur mise en œuvre. Par ailleurs, une fois les accords intérimaires mis en œuvre, les parties devraient être tenues de notifier l'accord de règlement final comme « solution mutuellement convenue ». Cette nouvelle procédure permettrait de régler avec plus d'efficacité la question des conflits d'intérêts bilatéraux et multilatéraux des affaires. Sans doute, cela permettrait aux parties au différend, de concourir à l'obtention d'une solution finale dans le cadre d'un processus structuré et transparent, plaçant les accords intérimaires sous l'ombre de la loi, sauvegardant ainsi les intérêts collectifs des autres Membres sous couverts du principe de la nation la plus favorisée.

## **B. Les solutions mutuellement convenues : une pratique inhérente à toutes les étapes de la procédure de règlement des différends**

Bien que sous-évalué par la doctrine, qui préfère souvent se concentrer sur l'analyse des rapports des organes juridictionnels de règlement des différends, le procédé diplomatique est très prisé par l'Union européenne aussi bien à l'OMC qu'en dehors de celle-ci. La procédure de règlement diplomatique constitue même la voie de droit commun utilisée par les Membres de l'OMC. Ainsi, l'UE évite toujours, dans la mesure du possible, la saisine des organes de jugement dans la conduite de ses litiges commerciaux. C'est ainsi que, dans le cadre des ses relations avec les Etats-Unis – en l'occurrence le Partenariat transatlantique - existe un mécanisme d'alerte précoce destiné à régler de façon préventive et bilatérale les litiges commerciaux, évitant de ce fait la saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. L'Union européenne, à l'instar des Etats-Unis, n'a pas toujours intérêt à porter une affaire devant le « juge » de l'OMC. Une demande de consultation, dans le cadre de l'OMC, voire une saisine du Groupe spécial, contribuerait à exposer à la connaissance des autres Membres, l'existence d'un conflit bilatéral. La publicité du différend peut rendre problématique la question de la résolution effective de celui-ci. Une certaine discrétion s'avère nécessaire dans une telle hypothèse. Dans ces conditions, on perçoit toute l'utilité de mécanismes permettant la prévention et l'apaisement des conflits commerciaux au terme d'un dialogue technique, sans avoir à solliciter les instances multilatérales ou celles juridictionnelles mises en place dans les accords bilatéraux. L'efficacité de tels mécanismes est fonction de la bonne utilisation des dispositifs de concertation ou de conciliation. Les Parties peuvent être invitées, à travers ceux-ci, à élaborer de nouvelles lois ou réglementations pouvant potentiellement affecter l'étendue de leurs droits et obligations dans le cadre de l'OMC. Dès 1995, le modèle de dialogue préventif a fait irruption dans une déclaration conjointe euro-américaine, peu de temps après l'entrée en vigueur des accords OMC, et organisant alors le Nouvel Agenda Transatlantique ainsi qu'un plan d'action conjoint Union européenne/Etats-Unis<sup>1142</sup>. Depuis lors, les deux partenaires se sont engagés dans la facilitation des échanges commerciaux, l'élimination des barrières au commerce et le renforcement des efforts destinés à la résorption des conflits bilatéraux. Quoique l'accord global entre l'Union et les Etats-Unis ne soit pas encore conclu, est manifeste la volonté de développer des mécanismes de prévention des différends commerciaux transatlantiques sans passer par le truchement de l'OMC.

---

<sup>1142</sup> Il est disponible sur le site [http://ec.europa.eu/external\\_relations/us/docs/new\\_transatlantic\\_agenda\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/external_relations/us/docs/new_transatlantic_agenda_en.pdf).

Elle fut rappelée à maintes reprises, notamment à l'occasion de la mise en place du partenariat économique transatlantique en 1998<sup>1143</sup>. En 1999, lors du Sommet de Bonn, les Etats-Unis et l'Union européenne annoncèrent la création d'un mécanisme d'alerte précoce qui, tout en ne préemptant pas leurs capacités de saisine des organes de règlement des différends de l'OMC, était destiné à renforcer la capacité de chacune des parties, de prendre en compte les intérêts de l'autre partenaire à un stade procédural avancé au moment de l'élaboration de décisions politiques, législatives ou réglementaires. Des groupes de travail composés de fonctionnaires et d'experts techniques de chacune des Parties, ont été mis sur pied. Ils avaient pour mission d'éviter l'apparition de conflits commerciaux en alertant les représentants des parties au niveau ministériel ou celui des chefs d'Etat et de gouvernement. Ils se réunissent dans le cadre de la préparation des Sommets transatlantiques qui se tiennent en principe une fois par an. Ce système de dialogue et de prévention des différends commerciaux fut reconduit lors de la création du Conseil économique transatlantique<sup>1144</sup>.

Cependant, le mécanisme n'a pas empêché l'éclatement des conflits *Acier* et *OGM*<sup>1145</sup>. Dans cette dernière affaire, le dialogue préventif et réglementaire a permis de repousser pendant plusieurs années la plainte des Etats-Unis portée devant l'OMC. La discussion sur des sujets ayant trait au contentieux OMC, lors des Sommets transatlantiques, demeure courante comme le montre la déclaration conjointe à l'issue de la première réunion du Conseil économique transatlantique de 2007 qui faisait référence à la nécessité de régler le contentieux sur les poulets chlorés, avant que ce dernier ne fasse finalement l'objet d'une demande de consultations présentée à l'OMC.

---

<sup>1143</sup> La déclaration ayant lancé le partenariat transatlantique disponible via [http://ec.europa.eu/external\\_relations/us/docs/trans\\_econ\\_partner\\_11\\_98\\_en\\_.pdf](http://ec.europa.eu/external_relations/us/docs/trans_econ_partner_11_98_en_.pdf).

<sup>1144</sup> V. Werner MENG, « Early Warning System for Dispute Prevention in Transatlantic Partnership : Experience and Prospects », in E.U. PETERSMANN & M.A. POLLACK (dir.), *Transatlantic Economic Dispute*, Oxford University Press, 2003, 606 pages, pp. 507-526. V. aussi Béatrice RICHEZ-BAUM, « Le retour du dialogue transatlantique sur la scène internationale », *RMCUE*, n° 509, 2007, pp. 345-348. Le Conseil a été créé en 2007 à l'issue d'un Sommet Etats-Unis/UE. Il est destiné, entre autres, à renforcer la coopération et l'intégration économique entre les deux partenaires. Du côté européen, il regroupe des membres de la Commission, la Haute représentante pour la politique étrangère de sécurité et de défense et la présidence en exercice du Conseil (niveau ministériel) et du côté américain, des membres de l'administration et du Cabinet de la présidence.

<sup>1145</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, (Plainte des États-Unis, du Canada et de l'Argentine), WT/DS291/292/293/R, du 29 septembre 2006. V. aussi Geneviève DUFOUR, « Les OGM à l'OMC : résumé critique du rapport du Groupe spécial dans l'affaire CE – Produits biotechnologiques », *RQDI*, Hors-série avril 2007, 2008, pp. 282-312. En ce qui concerne l'affaire *Acier*, voir Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud et originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/1, du 6 juillet 1998 ; Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud et originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/R, 23 décembre 1999 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud et originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, du 10 mai 2000.

Bien que n'ayant pas permis de trouver une solution amiable à l'ensemble des contentieux transatlantiques, le dialogue peut permettre de prévenir une escalade contentieuse entre les deux partenaires dont la relation commerciale continue de représenter une part significative du commerce mondial. Ce modèle a également été appliqué à la relation entre l'Union européenne et le Canada.

A l'instar du système d'alerte précoce, le plan d'action adopté en marge d'une déclaration politique euro-canadienne de 1996, faisait de la résolution des conflits commerciaux, une priorité du dialogue bilatéral<sup>1146</sup>. L'accord commercial global devrait renforcer ce système de prévention des litiges commerciaux portés devant l'ORD. Des mécanismes analogues ont été créés dans le cadre des relations entre l'UE et le Japon ou encore la Chine<sup>1147</sup>. Par ailleurs, il convient de noter que la pratique européenne dans ses différends accords externes, n'est que l'extension de sa pratique diplomatique très prononcée au sein de l'OMC. Pour bien mesurer ce que pourrait être cette pratique diplomatique dans le cadre du système de règlement des différends mis en place dans ces accords, il convient alors de se rabattre sur la pratique globalement suivie par l'Union en relation avec les accords OMC.

A la lecture des différentes stipulations des accords bilatéraux de l'Union, on remarquera que le règlement diplomatique peut intervenir aussi bien durant la phase pré-arbitrage que post-arbitrage<sup>1148</sup>. A l'OMC, la pratique européenne du règlement diplomatique imprègne aussi bien la phase antérieure à la saisine des organes juridictionnels que toutes celles qui viennent après cette saisine. Dans les deux cas, l'objectif est bien d'éviter l'arbitrage, pour les accords externes, ou les Groupes spéciaux ou Organe d'appel, en ce qui a trait aux accords OMC. Dans la pratique conventionnelle européenne, le règlement diplomatique intervient d'abord dans la phase des consultations. Le Mémoire d'accord accorde une attention particulière à l'étape diplomatique qui se présente comme préalable ultime à la saisine des organes de jugement. Dans les accords bilatéraux de l'Union européenne, celle-ci précède aussi la mise en œuvre du mécanisme arbitral. Les parties sont invitées, en ce sens, à examiner attentivement toutes les possibilités de régler le différend à ce stade de la procédure. Les consultations doivent se dérouler de façon confidentielle.

---

<sup>1146</sup> V. Déclaration conjointe et plan d'action bilatéral euro-canadien de 1996 disponible via [http://www.delcan.ec.europa.eu/en/eu\\_and\\_canada/official\\_documents/instruments/eu-ca\\_jpdap\\_1996.shtml](http://www.delcan.ec.europa.eu/en/eu_and_canada/official_documents/instruments/eu-ca_jpdap_1996.shtml).

<sup>1147</sup> Chine et Japon.

<sup>1148</sup> Les négociations interviennent avant la saisine du Groupe spécial d'arbitrage – à travers les Comités, l'Organe de gestion des accords, la médiation, les consultations –, mais aussi après la saisine de celui-ci car ses rapports sont toujours susceptibles de renégociations entre l'Union et son partenaire.

Cependant, une telle exigence est difficile à respecter pour l'Union en raison de la composition de sa délégation qui comprend, outre les fonctionnaires de la Commission européenne, les représentants de l'ensemble de ses Etats membres. La nature fondamentalement bilatérale du procédé fait que la présence de parties tierces est conditionnée par l'assentiment des Parties au différend.

On relèvera qu'une part conséquente des différends engagés par l'Union, ou contre elle, ne franchit pas le stade des consultations<sup>1149</sup>. Il s'agit là d'une attitude bien partagée par les autres Membres de l'OMC. Néanmoins, on notera qu'une bonne partie des solutions mutuellement convenues auxquelles est arrivée l'Union européenne, n'ont pas donné lieu à notification<sup>1150</sup>. Cette masse conséquente d'affaires non notifiées, peut s'expliquer par le fait que les parties n'ont pas toujours souhaité attirer la publicité, et ont préféré préserver la confidentialité des solutions diplomatiques afin d'éviter que soit exposé au grand jour le défaut de compatibilité de tels accords. Lorsque l'Union européenne est mise en cause, on relève une faible proportion de solutions mutuellement convenues notifiées<sup>1151</sup>.

Outre le fait que l'Union cherche à préserver la confidentialité dans ces affaires, l'absence de notification des solutions mutuellement convenues pourrait s'expliquer par les pesanteurs du processus décisionnel au sein de l'Union. Lorsqu'une solution mutuellement convenue comporte des engagements contraignants de la part de l'Union, sa signature et sa conclusion nécessiteront souvent l'intervention de plusieurs institutions, la Commission, le Conseil et le Parlement européen. Plutôt que de convenir d'un tel accord, l'Union a pu préférer retirer la mesure litigieuse notamment lorsque celle-ci constituait une mesure de défense commerciale<sup>1152</sup>. Ainsi, dans certaines affaires où elle était impliquée, l'Union a notifiée la solution mutuellement convenue par « simples échanges de lettres », faisant l'économie d'un acte de signature ou de conclusion du Conseil<sup>1153</sup>.

---

<sup>1149</sup> V. Alan HERVE, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 531.

<sup>1150</sup> *Id.*

<sup>1151</sup> *Ibid.*, p. 532.

<sup>1152</sup> Le 12 mai 2005, le Chili a formellement retiré sa demande de consultations et a clos la question, puisqu'il avait été mis fin à la mesure de sauvegarde en cause à compter du 27 avril 2005. V. Communication du Chili, *Communautés européennes – Mesure de sauvegarde définitive appliquée au saumon*, WT/DS326/4, du 17 mai 2005. Demande de consultations présentée par la Norvège, *Communautés européennes – Mesure de sauvegarde définitive appliquée au saumon*, WT/DS328/1, du 3 mars 2005.

<sup>1153</sup> V. Solution mutuellement convenue, *Communautés européennes – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/2, du 26 mars 2001. V. aussi Solution mutuellement convenue *Communautés européennes – Droits antidumping visant certains produits laminés plats, en fer ou en aciers non alliés, en provenance d'Inde*, WT/DS313/2, du 27 octobre 2004.

L'intervention de solutions mutuellement convenues est beaucoup plus fréquente lorsque l'Union se trouve en position de plaignante<sup>1154</sup>. Cette procédure a permis d'éviter la saisine des organes de jugement de l'OMC dans une affaire politiquement sensible étant donné que celle-ci mettait en cause une législation chinoise organisant les services d'information financière et les fournisseurs étrangers<sup>1155</sup>. En l'espèce, les plaignants avaient réussi à convenir d'un « Mémoire d'accord » qui leur aurait permis d'éviter la saisine des organes juridictionnels de l'OMC et une condamnation potentiellement contre-productive, compte tenu de la sensibilité des questions soulevées par le différend. Cet accord intérimaire n'a certes pas mis un terme définitif au différend, mais il a permis à la Chine de s'engager à adopter de nouvelles mesures destinées à mettre en place un régime de licences conforme à ses engagements.

Les solutions mutuellement convenues interviennent aussi après la saisine du Groupe spécial, dans le cadre de l'OMC, ou de l'organe arbitral dans le cadre des accords bilatéraux de l'Union européenne<sup>1156</sup>. Bien qu'on n'ait aucune donnée en ce sens dans les accords hors OMC conclus par l'Union, ceux-ci précisent, à travers leurs stipulations, que les solutions mutuellement convenues sont susceptibles d'intervenir à tout moment. Pour se faire une idée de la pratique européenne dans cette perspective, on se rabattra encore une fois sur le contentieux OMC impliquant l'Union.

Dans bien des différends portés devant l'OMC, des solutions mutuellement convenues sont intervenues une fois le Groupe spécial constitué. Dans plusieurs affaires, les plaignants se sont désistés après la constitution des Panels, que cela soit de façon explicite ou implicite<sup>1157</sup>.

---

<sup>1154</sup> V. Alan HERVE, *op.cit.*, p. 533. L'auteur tente une explication en considérant que cette situation pourrait être due au fait que ces solutions mutuellement convenues ne lient généralement que la partie adverse, partie qui n'est toujours pas soumise aux mêmes contraintes institutionnelles que l'Union.

<sup>1155</sup> En 2005, la Chine avait adopté une série de réformes tendant à imposer aux fournisseurs d'informations financières étrangers exerçant leurs activités en Chine, de se soumettre à l'agrément et à l'autorité d'un opérateur chinois désigné par le gouvernement. Le système empêchait manifestement les fournisseurs étrangers d'informations financières, d'avoir des relations directes avec les clients. Or, le Service d'information économique chinois était contrôlé par l'agence de presse gouvernementale Xinhua, laquelle avait organisé en 2007, un système d'information financière en concurrence directe avec les fournisseurs étrangers. L'agence était investie d'un rôle d'autorité de réglementation pour les agences de presse étrangères et les fournisseurs d'informations financières étrangers, ce qui était contraire aux engagements de la Chine au titre de l'AGCS et de son Protocole d'accèsion à l'OMC. L'Union contestait naturellement l'absence d'indépendance de ce régulateur. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la demande de consultations présentée par la CE, *Chine – Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières*, WT/DS372/1, 4 décembre 2008.

<sup>1156</sup> Pour preuve, voir l'article 8.19 de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada précité : « Dans la mesure du possible, un différend devrait être réglé à l'amiable. Un tel règlement peut être convenu à tout moment, y compris après que la plainte a été déposée ».

<sup>1157</sup> V. Alan HERVE, *op.cit.*, p. 536 et s.



Aussi paradoxal que cela puisse paraître, on remarque que le passage à la procédure contentieuse proprement dite, peut convaincre la défenderesse à accepter une solution mutuellement convenue. Il en est également ainsi en cas d'existence d'un rapport intérimaire condamnant celle-ci. L'Union européenne a utilisé cette modalité des solutions mutuellement convenues dans un certain nombre de litiges<sup>1158</sup>. Il est même arrivé qu'un long temps se soit écoulé entre la constitution du Groupe spécial et la survenance d'un arrangement amiable. Dans l'affaire *Chili – Espadons*, la procédure a été suspendue pendant dix ans. En raison de l'activité de pêche européenne de l'espadon en haute mer adjacente à la zone économique exclusive du Chili, cet Etat avait introduit une instance à l'encontre des Communautés européennes, auprès du Tribunal international du droit de la mer<sup>1159</sup>, et interdisait aux navires européens de débarquer des espadons dans les ports chiliens, empêchant ainsi le transport en transit de cette espèce. L'Union européenne considérait que la mesure allait à l'encontre des règles du GATT et engageait une plainte devant l'ORD. Un Groupe spécial sera mis en place en 2000. Rapidement, il apparaîtra qu'une solution mutuellement convenue était nécessaire pour régler cette affaire qui mettait en évidence la contradiction entre les engagements internationaux des parties. Dès 2001, les parties faisaient part à l'ORD de l'existence d'un arrangement provisoire leur permettant de suspendre la procédure en cours. Cet arrangement fera l'objet d'une évaluation périodique pendant près de dix ans. Ce n'est qu'en 2008 que l'Union et le Chili se mirent d'accord sur un règlement définitif<sup>1160</sup> prévoyant notamment un accès des navires européens à certains ports chiliens en échange d'une coopération bilatérale dans la gestion des stocks. Cet accord sera par la suite approuvé par le Conseil<sup>1161</sup>. On voit ici que les saisines simultanées de l'ORD et du Tribunal international du droit de la mer (« TIDM ») ont eu pour effet d'inciter les parties à trouver une solution mutuellement convenue.

---

<sup>1158</sup> V. les affaires *CE – Mesures affectant le droit d'auteur et les droits voisins*, WT/DS115/3, 13 septembre 2002 ; *CE – Désignation commerciale des pectinidés*, WT/DS7/12, WT/DS12/12 et WT/DS14/12, du 19 juillet 1996 ; *CE – Beurre*, WT/DS72/7, 18 novembre 1999 et *Chili – Espadons*, WT/DS193/4, du 3 juin 2010 ; *Union européenne – Mesures visant le hareng scandinave*, WT/DS469/2, du 10 janvier 2014.

<sup>1159</sup> V. Ordonnance 2000/3 du TIDM du 20 décembre 2000, Affaire n°7 concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadons dans l'océan Pacifique Sud-Est (Chili/Union européenne).

<sup>1160</sup> V. Arrangement entre la *Communauté européenne et le Chili*, *Chili – Espadons*, WT/DS193/3, du 6 avril 2003.

<sup>1161</sup> V. Décision 2010/343/UE du Conseil du 3 juin 2010 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de l'arrangement entre l'Union européenne et la République du Chili concernant la conservation des stocks d'espadons du Pacifique Sud-Est, *JOUE* L155, 22 juin 2010.

Par ailleurs, les solutions diplomatiques peuvent intervenir même lorsque les travaux du Groupe spécial sont à un stade très avancé. En 1995, trois Membres – Canada, Pérou et Chili – ont engagé des plaintes contre l’Union européenne à cause d’un décret du gouvernement français relatif à la désignation commerciale des pectinidés. Il s’agit de l’affaire dite des *coquilles de Saint-Jacques*<sup>1162</sup>. Les plaintes seront abandonnées par les plaignants alors qu’ils avaient eu connaissance du rapport intérimaire<sup>1163</sup>. Plutôt que de poursuivre la procédure contentieuse devant le Groupe spécial, les parties au différend suspendirent les travaux de l’organe de règlement et notifièrent, peu de temps après, une solution mutuellement convenue faisant état de la publication d’un nouvel arrêté du gouvernement français s’inspirant directement des recommandations du rapport intérimaire du Panel formulées au regard du GATT et de l’Accord OTC<sup>1164</sup>. Pareille résolution a été notée suite à la plainte déposée par la Nouvelle-Zélande à l’encontre d’une série de décisions prises par la Commission et le Département des douanes et des accises du Royaume-Uni en vertu desquelles le beurre néozélandais, obtenu par certains procédés de fabrication, ne remplissait plus les conditions d’admission du contingent tarifaire par pays attribué à la Nouvelle-Zélande dans la liste de concessions de la Communauté européenne. La Nouvelle-Zélande considérait que cette décision était contraire aux engagements communautaires ressortant de l’article II du GATT, de l’Accord OTC et de l’Accord sur les licences d’importation. Les parties ne trouvèrent pas de solution au différend dans le cadre du délai imparti dévolu aux consultations, mais seulement à l’issue d’un délai postérieur à la plainte de plus de deux années. Pourtant, un Groupe spécial, préalablement saisi, avait déjà élaboré un rapport intérimaire dont les conclusions s’annonçaient défavorables à l’Union européenne<sup>1165</sup>. La solution qui en est ressortie a pris la forme d’un échange de lettres auquel était annexé un règlement du Conseil permettant de réintégrer le beurre néo-zélandais au sein du contingent tarifaire européen<sup>1166</sup>.

Au demeurant, l’usage de la technique des solutions mutuellement convenues reste courant même à la suite des recommandations d’un rapport du Groupe spécial ou de l’Organe d’appel.

---

<sup>1162</sup> V. Rapport CE – *Désignation commerciale des pectinidés*, *op.cit.*

<sup>1163</sup> Le décret du gouvernement français interdisait la commercialisation des produits provenant de ces trois pays sous la désignation « coquilles de Saint-Jacques », alors que les produits français présentaient les mêmes caractéristiques. Les trois plaignants soutenaient la violation des articles I et III du GATT de 1994 et 2 de l’Accord OTC. Les demandes de consultations formulées par les trois : WT/DS7/1, 19 mai 1995, WT/DS12/1, 18 juillet 1995 et WT/DS14/1 du 24 juillet 1995.

<sup>1164</sup> V. Solutions mutuellement convenues entre la CE d’un côté et le Chili et le Pérou de l’autre, WT/DS7/12, WT/DS12/12 et WT/DS14/12 du 19 juillet 1996.

<sup>1165</sup> V. Rapport du Groupe spécial CE – *Beurre*, WT/DS72/R, 18 novembre 1999.

<sup>1166</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et la Nouvelle Zélande, CE – *Beurre*, WT/DS72/7, 18 novembre 1999.

Pourtant, la saisine des organes de jugement de l'OMC aurait pu faire croire que les solutions diplomatiques seraient peu probables. Il n'en est rien. Le recours aux solutions mutuellement négociées permettrait de contourner l'exigence d'exécution pleine et entière des rapports adoptés. On verra successivement les phases post-rapport ORD durant lesquelles sont intervenues des solutions mutuellement convenues.

Les solutions diplomatiques ont été utilisées durant la phase de mise en conformité. La mise en œuvre des décisions de l'ORD peut être rendue délicate à court terme notamment lorsqu'elle fait l'objet de fortes résistances sur le plan interne ou que les sanctions mises en œuvre ou envisageables, ne permettent pas de contraindre le Membre condamné à une exécution. Cette pratique a été notée dans le différend *Etats-Unis – Section 110 5), Loi sur le droit d'auteur*. Des exemptions aux règles américaines du Copyright permettant à des magasins, bars et autres lieux publics de diffuser de la musique sans avoir à payer de redevances, furent à l'origine de la condamnation des Etats-Unis dans ce différend ayant pour origine une plainte communautaire<sup>1167</sup>. Un rapport du Groupe spécial viendra considérer que, effectivement, les exemptions étaient incompatibles avec l'article 9.1 de l'Accord ADPIC et la Convention de Berne à laquelle cet accord renvoyait. Les Etats-Unis ne se sont pas mis en conformité à l'expiration du délai raisonnable en raison de l'hostilité du Congrès à réformer les règles sur le droit d'auteur. Plutôt que de passer par des sanctions commerciales, les parties choisirent de convenir de compensations monétaires. Une quantification du montant des compensations sera faite par voie arbitrale, ce qui permettra aux Etats-Unis et à l'Union européenne de parvenir à une solution temporaire notifiée en 2003<sup>1168</sup>. Du côté américain, le gouvernement obtiendra du Congrès l'autorisation des fonds nécessaires au financement de projets au bénéfice des artistes européens. Mais jamais ce Congrès n'a accepté de supprimer l'exemption aux règles sur le droit d'auteur.

Une autre affaire s'inscrit dans cette perspective. Il s'agit du différend *Communautés européennes – Hormones*.

---

<sup>1167</sup> Le différend naquit suite à une procédure engagée au titre du Règlement sur les obstacles au commerce par une société irlandaise de défense des droits d'auteur (IMRO). Décision de la Commission 98/731/CE du 11 décembre 1998 arrêtée en vertu des dispositions du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil concernant la section 110 § 5 du Copyright Act des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE L* 346 du 22 décembre 1998, pp. 60-63.

<sup>1168</sup> V. Etats-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur – Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant, WT/DS160/23, du 26 juin 2003. Sur les compensations financières, voir Bernard O'CONNOR et Margareta DJORDJEVIC, « Practical Aspects of Monetary Compensations, The US – Copyright Case », *JIEL*, vol.8, n°1, 2001, pp. 127-142.

Le rapport de l'Organe d'appel relatif au maintien des sanctions appliquées par les Etats-Unis et le Canada à l'encontre de l'Union européenne, invitait les parties à saisir un Groupe spécial de la mise en conformité<sup>1169</sup>. Cependant, celles-ci ont préféré privilégier la voie diplomatique au lieu de réactiver la phase contentieuse. Alors que les plaignants initiaux se sont refusés à lever les sanctions appliquées depuis la fin des années quatre-vingt-dix, l'Union, après avoir demandé des consultations en vertu de l'article 21.5 du MARD au début de l'année 2009, s'est ensuite engagée dans la négociation d'une solution politique permettant de résoudre le très long contentieux *Hormones*. Un « Mémoire d'accord » sera notifié par l'Union et les Etats-Unis aménageant un système de compensations temporaires<sup>1170</sup>. Il prévoyait, en substance, un retrait progressif des sanctions américaines en échange de l'ouverture d'un quota de viande bovine dit de haute qualité de la part de l'Union, ce qui laissait entendre que cette dernière ne transigerait pas sur son interdiction des substances hormonales. Ce Mémoire d'accord constitue ainsi une tentative significative de contourner, ou du moins d'écarter temporairement, l'intervention des organes de jugement afin de préparer l'élaboration d'une solution mutuellement convenue qui permettrait de résoudre de façon définitive ce contentieux trop sensible. Quant au Canada, il acceptera aussi un accord similaire avec l'Union, celui-ci prévoyant l'extension du quota annuel de bœuf de haute qualité en échange d'une levée progressive des sanctions, dans la perspective d'une résolution future définitive de ce différend<sup>1171</sup>.

Pour finir, on parlera d'un dernier cas où des solutions mutuellement convenues sont intervenues après les rapports définitifs de l'ORD afin de trouver une solution finale au différend. L'hypothèse s'est produite lorsque le différend était de nature technique ou politique. En ce qui concerne les différends de nature technique, deux peuvent être cités à ce niveau. Il s'agit des affaires *Japon – Boissons alcooliques* et *CE – Sardines*. La première portait sur la taxation de boissons alcooliques par une loi japonaise. Elle donnera lieu à des condamnations prononcées par l'ORD.

---

<sup>1169</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, WT/DS320/R, 16 octobre 2008, § 353.

<sup>1170</sup> V. Mémoire d'accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la Commission européenne concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par les Etats-Unis à certains produits des CE, WT/DS26/28, 30 septembre 2009. V. aussi Décision du Conseil du 28 janvier 2014 relative à la conclusion du mémoire d'accord révisé avec les Etats-Unis d'Amérique [...], *JOUE*, L 27 du 30 janvier 2014.

<sup>1171</sup> V. Mémoire d'accord concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par le Canada à certains produits de l'Union européenne conclu entre le gouvernement du Canada et la Commission européenne, WT/DS48/26, 22 mars 2011.

Des Groupes spéciaux, puis l'Organe d'appel avaient estimé que la loi japonaise sur la taxation des boissons alcooliques était incompatible avec la règle du traitement national. En juillet 1997, la Communauté et le Japon notifièrent une première solution mutuellement acceptable concernant la mise en œuvre, qui prit la forme d'un simple échange de lettres<sup>1172</sup>. Le Japon s'y engagea à réduire la taxation appliquée aux boissons européennes et à augmenter celle des boissons japonaises similaires de façon à ajuster la fiscalité entre les produits étrangers et nationaux. Quelques mois plus tard, la Communauté obtint, de la part du Japon, une extension des concessions tarifaires comparables accordées aux Etats-Unis et au Canada<sup>1173</sup>. A l'instar des autres plaignants, l'Union européenne acceptera de ne plus présenter l'affaire devant l'ORD. S'agissant du différend *CE – Sardines*, celui-ci a été engagé par le Pérou et donna lieu à une condamnation du système européen de classification des sardines de conserve eu égard à la règle du traitement national. L'Organe d'appel avait reproché à la Communauté le fait que son système de classification ne reposait pas sur une norme internationale pertinente<sup>1174</sup> en matière de traitement national et de respect de l'Accord OTC. Le Conseil adopta un nouveau règlement de base en juillet 2003, à l'issue du délai raisonnable de mise en œuvre, en vertu duquel la dénomination de « conserve de sardines » était désormais basée sur la norme *Codex* pertinente. Le texte sera annexé à la solution mutuellement convenue en ce sens<sup>1175</sup>.

En ce qui concerne les différends de nature politique, on pourrait renvoyer aux affaires *CE – Bananes*<sup>1176</sup> et *CE – Approbation et commercialisation de produits génétiquement modifiés*<sup>1177</sup>. Trois plaignants ont été à l'origine de l'affaire OGM ayant conduit à la condamnation de l'Union européenne en 2006. Le Canada en 2009, puis l'Argentine en 2010, avaient accepté de régler le différend par le biais d'une solution mutuellement convenue<sup>1178</sup>.

---

<sup>1172</sup> V. *Solution mutuellement acceptable concernant les modalités de mise en œuvre entre la Communauté européenne et le Japon, Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/17, 30 juin 1997.

<sup>1173</sup> V. WT/DS8/19, 12 janvier 1998.

<sup>1174</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Sardines*, WT/DS231/AB/R, du 26 septembre 2002.

<sup>1175</sup> V. Solution mutuellement convenue dans l'affaire *CE – Sardines*, WT/DS231/18, 29 mai 2002.

<sup>1176</sup> V. Affaire *CE – Bananes*, *op.cit.*

<sup>1177</sup> V. Solutions mutuellement convenues d'un commun accord entre la Communauté européenne et le Canada d'une part, et la Communauté européenne et l'Argentine d'autre part, WT/DS292/40, du 17 juillet 2009 et WT/DS293/41, du 23 mars 2010.

<sup>1178</sup> V. Marie-Pierre LANFRANCHI, « L'affaire CE-Produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire », *Revue européenne de droit de l'Environnement*, n°2, 2008, pp. 129-145

Les Etats-Unis, quant à eux, avaient refusé la voie suivie par les deux autres plaignants dans l'optique « de maintenir une pression politique sur l'Union européenne afin que celle-ci poursuive sa politique d'autorisation des OGM mise en œuvre depuis l'adoption du rapport et réponde de façon satisfaisante aux demandes d'autorisation encore en souffrance »<sup>1179</sup>. Parallèlement, les solutions mutuellement convenues avec l'Argentine et le Canada ne comportaient aucun engagement véritable de l'Union européenne consistant à autoriser, sur son territoire, la culture et la commercialisation de produits ou de semences OGM. Elles ne faisaient qu'aménager un dialogue relatif à l'accès au marché pour les produits biotechnologiques entre les parties et prévoyaient la tenue de réunions périodiques, un échange d'informations dans le domaine de la biotechnologie agricole ainsi qu'une coopération scientifique entre l'Autorité européenne de sécurité des aliments et celles de ces pays tiers respectivement. Si la Commission européenne affirmait que ces solutions constituaient un règlement définitif de l'affaire, il faut reconnaître que leur valeur juridique demeurait faiblement contraignante. Formellement, il s'agissait de solutions mutuellement convenues au sens de l'article 3.6 du MARD. Toutefois, les textes stipulaient que :

«[...] la présente solution convenue d'un commun accord est sans préjudice des positions sur le fond adoptées par les parties au sujet de la mise en œuvre des recommandations de l'ORD [...] et n'a pas d'incidence sur ces positions » avant de préciser qu'ils « ne modifient pas, outre ce qui y est prévu, les droits et obligations des parties au titre des accords OMC »<sup>1180</sup>.

Par conséquent, on note que les deux solutions ne comportaient pas un renoncement exprès des parties à toute saisine future de l'ORD. L'affaire sur les bananes semble être la plus complexe. Cette affaire ancienne n'a cessé d'envenimer le cycle de Doha et ne pouvait trouver une solution pérenne que dans l'intervention de solutions diplomatiques. Une première solution politique avait permis de mettre entre parenthèses ce conflit au début des années 2000.

---

<sup>1179</sup> V. Alan HERVE, *op.cit.*, p. 551.

<sup>1180</sup> V. Solution convenue d'un commun accord entre le Canada et les Communautés européennes dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS292/40, du 15 juillet 2009, p. 2 et Solution convenue d'un commun accord entre la République argentine et l'Union européenne dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS293/41, du 23 mars 2010, p. 2.

En avril 2001, postérieurement à l'adoption des rapports initiaux de l'Organe d'appel et de deux rapports sur la mise en conformité, deux « Mémoires d'accord » furent conclus entre l'Union européenne, les Etats-Unis et l'Equateur, afin de régler les questions de choix de la méthode contingente et subséquemment celle de l'attribution de parts contingentes par pays. La valeur contraignante de ces Mémoires était sujette à caution dans la mesure où les Etats-Unis et l'Equateur refusaient d'admettre qu'il s'agissait de solutions mutuellement convenues<sup>1181</sup>. Pour l'Union, l'intérêt d'une telle reconnaissance résidait dans le fait qu'elle laissait entendre qu'une solution définitive avait été trouvée au différend initial et que celle-ci serait opposable aux parties plaignantes si ces dernières souhaitaient, de nouveau, solliciter les procédures de mise en conformité<sup>1182</sup>. Néanmoins, toujours est-il que l'adoption d'une dérogation, dans le cadre de l'OMC, était nécessaire. L'Union parviendra à obtenir deux dérogations<sup>1183</sup>. Mais, après un long répit diplomatique, le contentieux reprit de plus belle à l'approche des dates d'expiration des deux dérogations et suite à l'entrée en vigueur du nouveau règlement communautaire portant organisation commune du marché de la banane (« OCMB »)<sup>1184</sup>.

Respectivement, les Etats-Unis et l'Equateur demandèrent l'établissement d'un Groupe spécial de la mise en conformité, ce qui aboutit à deux nouveaux rapports de Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel<sup>1185</sup>. C'était sans compter avec la détermination de l'Union européenne de contester la compétence des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Cette dernière alléguait que les Mémoires d'accord signés en 2001 et adoptés dans le cadre du cycle de Doha, constituaient effectivement des solutions mutuellement convenues par lesquelles les plaignants avaient accepté un règlement positif du litige. Ces Mémoires constituaient, selon elle, des accords internationaux comportant l'engagement d'accepter que la préférence accordée aux Etats ACP soit maintenue jusqu'à la fin de l'année 2007. L'Union européenne critiquait ainsi les Groupes spéciaux de la mise en conformité en faisant valoir que l'octroi d'un droit de renonciation à des solutions mutuellement convenues était de nature à compromettre leur efficacité d'une façon incompatible avec les articles 3.10 et 3.7 du MARD.

---

<sup>1181</sup> La problématique a déjà été évoquée plus haut.

<sup>1182</sup> V. Alan HERVE, *op.cit.*, p. 547.

<sup>1183</sup> V. Décision de la Conférence ministérielle du 14 novembre 2001 relative à l'Accord de partenariat ACP/CE, WT/MIN(01)/15, 14 novembre 2001.

<sup>1184</sup> V. Règlement (CE) n° 1964/2005 du Conseil du 29 novembre 2005 concernant les taux de droits applicables aux bananes, JOUE L 316, 2 décembre 2005, pp. 1-2.

<sup>1185</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel CE – Bananes – Recours des Etats-Unis et de l'Equateur à l'article 21 :5, WT/DS27/AB/RWUSA et WT/DS27/AB/RW2/ECU, 26 novembre 2008.

Cette ligne de défense de l'Union européenne relayait la thèse selon laquelle des parties à un différend pouvaient surmonter le caractère obligatoire des procédures prévues par le MARD par la voie bilatérale, y compris au stade de la mise en conformité. Cette attitude ferait primer l'approche diplomatique de règlement des différends sur le strict respect des règles et procédures multilatérales. Contrairement aux prétentions de l'Union européenne, les Groupes spéciaux constatèrent que les Mémoires de 2001 ne constituaient pas une solution positive et n'interdisaient pas aux plaignants de saisir des Groupes spéciaux de mise en conformité<sup>1186</sup>. L'Organe d'appel confirmera, par la suite, l'essentiel de ces constatations en déclarant que seule une indication claire de renoncement au droit de recours à l'article 21 :5 pouvait être juridiquement reconnue<sup>1187</sup>. En d'autres termes, une solution mutuellement convenue ne peut permettre de régler un différend de façon définitive que si toutes les parties y consentent de façon expresse. C'est ce que feront les parties au différend en concluant en 2009 deux accords pour régler définitivement la question des bananes: l' « *Accord de Genève sur le commerce de la Banane* » et l' « *Accord sur le commerce de la Banane entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique* »<sup>1188</sup>. Au demeurant, le recours aux solutions mutuellement convenues ne saurait être efficace sans la prise en compte d'un certain nombre d'éléments.

## **§2. La prise en compte d'éléments pertinents dans le recours aux solutions mutuellement convenues**

La prédominance des solutions mutuellement convenues dans le règlement des différends s'explique par certains facteurs pertinents (A) dont l'analyse montre l'ambivalence qui les caractérise (B).

---

<sup>1186</sup> V. Rapport du Groupe spécial *CE – Bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 21 :5*, WT/DS27/RW, 19 mai 2008, § 7.107.

<sup>1187</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes – Recours des Etats-Unis et de l'Equateur à l'article 21 :5*, WT/DS27/AB/RWUSA, 26 novembre 2008, §§ 217-219.

<sup>1188</sup> V. Décision 2010/314/UE du Conseil du 10 mai 2010 relative à la signature et à l'application provisoire de l'Accord de Genève sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Vénézuéla et d'un accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique, *JOUE* L 141 du 9 juin 2010, pp. 1- 7. Le texte des deux accords est annexé à la précédente décision. Plus récemment, voir Décision 2011/194/UE du Conseil du 7 mars 2011 relative à la conclusion définitive de cet accord, *JOUE* L 88 du 4 avril 2011.



## **A. La légitimation juridique du recours prioritaire aux solutions mutuellement convenues**

La précellence du règlement diplomatique des différends, dans les accords externes de l'Union européenne, s'explique – si l'on en recherche les raisons fondamentalement juridiques –, non seulement par les accords OMC mais aussi par le droit de l'Union européenne. Pour ce qui est du dispositif mis en place par les accords OMC, l'article 3.7 du MARD indique qu'une solution mutuellement convenue est largement préférable dans le cadre d'un règlement de différends. Le recours prioritaire aux solutions mutuellement convenues trouve ses origines historiques dans l'histoire du système commercial multilatéral (1). Parallèlement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre du traitement des interactions entre l'OMC et l'ordre juridique communautaire, a joué un rôle considérable (2).

### **1. Une légitimité héritée de l'évolution du système commercial multilatéral**

Depuis la création du GATT, deux thèses se sont opposées en matière de règlement des différends. La première considère que les différends sont mieux traités à travers les négociations et le compromis. Les considérations économiques et les diplomates devraient constituer les principales forces motrices dans le règlement des différends, les aspects purement légaux devant être secondaires. Quant à la seconde approche, elle est aux antipodes de la première dans la mesure où elle postule l'idée de la nécessité d'un « règlement judiciaire », surtout lorsqu'une tierce partie est susceptible d'être impliquée<sup>1189</sup>. Finalement, ce sont les deux approches qui seront consacrées par les accords OMC<sup>1190</sup>, aboutissant ainsi à un système mixte, hybride. D'une part, les plaignants disposent d'un droit de saisine d'organes de règlement des différends, les rapports de ces organes sont adoptés de façon quasi automatique, et une procédure d'appel a été aménagée à cet effet. D'autre part, le MARD prévoit des consultations avec une préférence qui leur est accordée, et requiert des Panels qu'ils facilitent le règlement des différends entre les parties.

---

<sup>1189</sup> V. John H. JACKSON, « Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Considerations », School of Public Policy, University of Michigan, Discussion Paper, n° 419, 1998, pp. 2–3. V. aussi Robert E. HUDEC, « GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business », *Cornell International Law Journal*, n° 13, 1980, pp. 145–204.

<sup>1190</sup> V. John H. JACKSON, *id.*

Cependant, il est important d'indiquer que les solutions mutuellement convenues font l'objet d'un certain encadrement. Leur encadrement, dans le cadre de l'OMC, étant justifié par la pratique suivie à l'époque du GATT. En effet, dans le cadre du droit du commerce international, les règlements amiables ont, de plus en plus, été sujets à une réglementation et à un contrôle multilatéral en tant que conséquence d'une évolution du système commercial<sup>1191</sup>. De la création du GATT en 1947 à celle de l'OMC en 1994, le système commercial international a connu un processus de juridicisation graduel<sup>1192</sup>. On est passé d'une diplomatie axée sur la puissance à une diplomatie fondée sur des règles de droit<sup>1193</sup>.

Dans le cadre de cette évolution, le mécanisme de règlement des différends devenait davantage judiciaire sans pour autant perdre ses aspects diplomatiques. La réglementation des solutions mutuellement convenues, à travers des mécanismes de sauvegarde multilatéraux, se situe au paroxysme de cette évolution. L'ancienne procédure de règlement des différends, dans le cadre du GATT de 1947, était basée sur les articles XXII et XXIII. L'article XXII prévoyait des consultations dans l'optique d'arriver à une « solution satisfaisante ». Lorsque les parties ne réussissaient pas à obtenir une solution bilatérale, le litige était résolu sur la base d'une délibération de l'ensemble des Parties Contractantes. Par conséquent, et contrairement à la procédure actuelle comportant des aspects judiciaires, l'ancienne était purement diplomatique. L'échec des négociations bilatérales laissait place, au niveau multilatéral, à un règlement diplomatique visant à maintenir un équilibre des concessions.

Durant les années qui ont suivi la création du GATT, le processus de règlement des différends a fait l'objet d'une « judiciarisation » progressive. La procédure est passée d'un exercice purement diplomatique à une forme modifiée de règlement par le biais d'un tiers organe<sup>1194</sup>. C'est dans le contexte des négociations du Tokyo Round que les Parties Contractantes vont adopter le *Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance* de 1979<sup>1195</sup>. Le document visait à codifier les pratiques coutumières de règlement des différends du GATT tout en ajoutant de nouveaux éléments de clarification.

---

<sup>1191</sup> V. Alschner WOLFGANG, *op.cit.*, p. 15.

<sup>1192</sup> V. Judith GOLDSTEIN et Lisa L. MARTIN, « Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note », *International Organization*, vol. 54, n°3, 2000, pp. 604–605.

<sup>1193</sup> V. John H. JACKSON, *op.cit.*, pp. 109-111.

<sup>1194</sup> V. Joost PAUWELYN, « The Transformation of World Trade », *Michigan Law Review*, vol. 104, n°1, 2005, p. 20

<sup>1195</sup> V. Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance adopté le 28 novembre 1979, L/4907.

Les références aux « solutions mutuellement convenues » apparaissent à maintes reprises dans le texte. A bien des égards, ce Mémoire constituait la base juridique de laquelle allait être négocié le MARD. L'article 4 disposait que « [l]e but des Parties Contractantes est toujours d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties est nettement préférable ». Comparé au presque identique article 3.7 du MARD, on note l'absence de l'obligation de compatibilité des solutions mutuellement convenues. L'adjonction de cette exigence ne s'est faite que durant les ultimes étapes des négociations de l'Uruguay Round<sup>1196</sup>. Alors que le document évoquait le rôle central des solutions mutuellement convenues en tant que pratiques coutumières du GATT, le Mémoire de 1979 « réinventait » l'histoire du GATT en faisant apparaître les solutions diplomatiques comme un objectif primordial à toutes les étapes de la procédure de règlement des différends<sup>1197</sup>. Robert H. Hudec considéra de ce fait le Mémoire de 1979 comme « *a rather artful revision of GATT's history* » avant d'ajouter que les « *documents are not, however, meant to be historical essays. They are statements of current regulatory policy* »<sup>1198</sup>.

Dans les faits, l'accent mis sur la nécessité d'arriver à une solution mutuellement convenue – même au stage judiciaire du processus -, constituait une réponse aux pressions et préoccupations spécifiques de certaines Parties Contractantes à propos de ce que l'on a dénommé les « *wrong cases*<sup>1199</sup> ». Il s'agissait d'affaires portées devant les Panels « *irresolvable through adjudication, because highly sensitive domestic political or economic interests were at stake that would prevent governments from complying with a panel ruling*<sup>1200</sup> ». Ces différends impossibles à résoudre par voie judiciaire, à cause de considérations politiques et économiques internes aux Etats - rendant difficile l'adoption des rapports -, trouvaient naturellement un terrain propice à leur résorption dans le cadre des solutions mutuellement convenues.

---

<sup>1196</sup> Voir en ce sens l'article 1.7 de la première mouture du texte, connue sous le nom de « Dunkel draft » : « *A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the General Agreement is clearly to be preferred* », Uruguay Round – Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, MTN.TNC/W/FA, 20 December 1991.

<sup>1197</sup> V. Robert E. HUDEC, « GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business », *Cornell International Law Journal*, vol. 13, n°2, 1980, p. 186.

<sup>1198</sup> *Id.*, pp. 186-187.

<sup>1199</sup> V. William J. Davey, « Dispute Settlement in Gatt », *Fordham International Law Journal*, vol. 11, n° 1, 1987, p. 73. V. aussi Patricia KALLA, « The GATT Dispute Settlement Procedure in the 1980s: Where do we go From Here? », *Dickinson Journal of International Law*, vol. 5, n° 1, 1986, pp. 82-101.

<sup>1200</sup> V. Alschner WOLFGANG, *op.cit.*, p. 16.

Il était craint qu'une large pratique de non conformation aux rapports des Panels en arrive à saper l'intégrité du mécanisme de règlement des différends ainsi que son efficacité<sup>1201</sup>. On comprend dès lors la volonté des Parties Contractantes de renforcer l'accès et l'efficacité du mécanisme. Le focus mis sur les solutions mutuellement convenues, durant les procédures devant les Panels, était considéré comme un moyen de résoudre le problème des « *wrong cases* » à travers davantage de négociations diplomatiques sans pour autant renoncer à un renforcement de la juridiciarisation. L'objectif consistait ainsi, pour les Parties Contractantes, à trouver une solution concrète à un problème concret. Cela fera dire à Wolfgang Alschner que :

« [...] the explicit preference for MAS throughout the dispute settlement stages was not a remnant from early GATT diplomacy-only-days or subsequent practice, but a solution to a concrete problem facing trade policy makers in the Tokyo Round and was introduced together with greater legalization<sup>1202</sup> ».

Par ailleurs, le Mémoire d'accord de 1979, contrairement au MARD, ne faisait pas mention des dispositions visant à préserver les droits des tierces Parties. Seul l'article 19 contenait une disposition de sauvegarde multilatérale qui se présentait comme suit : « Si une solution mutuellement satisfaisante est élaborée par les parties à un différend dont un groupe spécial est saisi, toute partie contractante intéressée à la question aura le droit de s'enquérir de cette solution et de recevoir des renseignements appropriés à son sujet, dans la mesure où il s'agira de questions commerciales ». Cette disposition, bien que constituant une première tentative d'injection d'une certaine dose de transparence dans le mécanisme des solutions mutuellement convenues – visant à permettre aux Etats tiers de s'assurer que le différend n'a pas été réglé à leurs dépens -, demeurait néanmoins de portée limitée pour deux raisons.

La première est que l'article fait référence aux seules solutions mutuellement convenues « devant un Panel », celles convenues de façon bilatérale, au stade des consultations, n'entraient pas dans le champ d'application du texte. La seconde est que le « droit » d'obtenir des informations était limité aux seules questions commerciales, excluant *de facto* les questions non commerciales. Ce n'est qu'avec l'Uruguay Round que intérêts collectifs des Membres vont acquérir une importance considérable dans les processus de règlement des différends bilatéraux.

---

<sup>1201</sup> V. Robert E. HUDEC, « GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business », p. 159.

<sup>1202</sup> V. Alschner WOLFGANG, *op.cit.*, p. 16.

Cela a pu être possible dans le contexte de judiciarisation et de développement du GATT en tant que système commercial multilatéral. Un document essentiel est constitué par la *Décision sur les améliorations des règles et procédures de règlement des différends* du GATT du 12 avril 1989<sup>1203</sup>. Considérant le système de règlement des différends comme bénéficiant à l'ensemble des Parties Contractantes, celles-ci ont trouvé nécessaire d'éviter les solutions bilatérales au profit de celles collectives. En effet, cette époque était marquée par l'existence d'un ensemble épars d'accords parallèles nuisant gravement à l'intégrité du système commercial multilatéral. C'est dans cette perspective que la décision de 1989 était intéressante. Elle introduisait deux contraintes à la liberté contractuelle des Parties au différend. Il était exigé, d'abord, que les solutions mutuellement convenues soient compatibles avec le GATT. Ensuite, leur notification était rendue obligatoire pour les Parties<sup>1204</sup>. Ces deux innovations permettant de régler – d'un point de vue substantiel et procédural –, les solutions mutuellement convenues, seront introduites *mutatis mutandis* dans les dispositions de l'article 3 du MARD. Par voie de conséquence, on voit que l'évolution du système de règlement des différends du GATT va de pair avec un encadrement strict des processus bilatéraux de règlement des litiges. A côté de cette influence du GATT/OMC, la pratique européenne de règlement des différends - par le biais des solutions mutuellement convenues -, peut trouver sa légitimation à travers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

## 2. Une légitimité découlant de l'attitude de la Cour de justice de l'Union

Il a été établi par la jurisprudence de la CJUE que, du point de vue de leur nature et de leur structure, les accords GATT/OMC ainsi que leurs annexes ne constituaient pas, en principe, des règles sur lesquelles s'appuyait la Cour pour examiner la légalité des actes des institutions communautaires. De plus, les accords OMC ne créent pas de droits pouvant être excipés, par les individus, devant les tribunaux des ordres juridiques internes. Ils sont dépourvus d'effet direct<sup>1205</sup>.

---

<sup>1203</sup> V. *Décision sur les améliorations des règles et procédures de règlement des différends*, L/6489, du 12 April 1989. Pour un aperçu sur les négociations relatives au règlement des différends dans le cadre de l'Uruguay Round, voir Jean Gabriel CASTEL, « The Uruguay Round and the Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, n° 4, pp. 834-849.

<sup>1204</sup> V. Articles A.2 et B.1.

<sup>1205</sup> V. CJCE, *Portugal contre Conseil*, aff. C-149/96, du 23 novembre 1999. V. aussi CJCE, *Dior et autres*, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, du 14 décembre 2000.

La Cour de justice a dégagé des critères globaux et des critères liés à la disposition invoquée dans l'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux. Les critères globaux renvoient à la « souplesse et à l'objet de l'accord »<sup>1206</sup> ainsi qu'à la condition de réciprocité. La souplesse a trait à l'existence de possibilités de dérogations et d'un mécanisme de règlement des différends. La Cour estime ainsi que le GATT était un accord souple, donc non invocable. Le critère de la souplesse est indispensable mais pas suffisant. Ainsi, doivent s'y ajouter celui de l'objet de l'accord et celui de la réciprocité quant aux conditions d'application. Quant aux critères relatifs à la disposition particulière, ils portent sur son caractère inconditionnel et suffisamment précis.

La Cour a, dans l'affaire *International Fruit Company*, estimé que l'effet direct des dispositions du GATT constituait une condition préalable à leur invocation dans le cadre de l'examen de la légalité d'actes communautaires<sup>1207</sup>. Après avoir examiné « l'esprit, l'économie et les termes de l'accord », elle a constaté que le GATT était fondé sur un principe de négociations sur une base réciproque et d'avantages mutuels. Il était marqué par la souplesse de ses dispositions, notamment, en raison de possibilités de dérogation et d'un mécanisme de règlement des différends. Elle a, toutefois, admis l'invocabilité des règles du GATT à l'encontre d'un acte communautaire si celui-ci y renvoyait expressément<sup>1208</sup> ou entendait leur donner exécution<sup>1209</sup>.

Avec la naissance de l'OMC, la Cour n'est pas revenue sur sa jurisprudence. Dans l'affaire *Portugal contre Conseil*, elle a maintenu que les accords OMC continuaient à réserver une importante place à la négociation toujours sur une base réciproque et d'avantages mutuels. Suivant la décision de la Cour de justice, on constate que la motivation sous-jacente de sa jurisprudence était double : juridique et politique. L'argument légal consistait à dire que les dispositions de l'OMC n'étaient ni *self-executing* ni inconditionnelles ; celui politique reposait sur l'absence de réciprocité. La Cour de justice estime que son refus de reconnaître un effet direct aux accords OMC était justifié par le principe de réciprocité.

---

<sup>1206</sup> V. Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne*, précité, p. 185 et s.

<sup>1207</sup> V. CJCE, *International Fruit Company*, aff. jtes 21-24/72, du 12 décembre 1972. V. aussi la déclaration de l'Avocat général au § 18 dans l'affaire *Portugal contre Conseil* :

<sup>1208</sup> V. CJCE, *Fédiol contre Commission*, aff. C-70/87, du 22 juin 1989, §§ 19-22.

<sup>1209</sup> V. CJCE, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, aff. C-69/89, du 7 mai 1991, §31.

Sur ce point, la position de l'Union pourrait être vue comme une réaction aux positions juridiques du même acabit adoptées par ses principaux partenaires commerciaux mondiaux, à savoir les Etats-Unis, le Japon, et le Canada, pays dans lesquels l'effet direct n'est pas reconnu aux accords OMC<sup>1210</sup>. En ce qui concerne le fondement légal de l'approche adoptée par la Cour de justice, plusieurs choses. La première est que les accords OMC n'imposent pas les effets que devraient avoir les dispositions des accords dans les ordres juridiques internes des Etats<sup>1211</sup>. Il appartient à la Cour de justice de l'Union de gérer cette question. La deuxième est qu'il revient aux Membres de l'OMC de décider des moyens légaux pour la mise en œuvre des engagements qu'ils ont contractés. En déclarant cela, la Cour de justice indique simplement que les dispositions des accords OMC ne sont pas d'application directe et inconditionnelle, elles ne sont pas *self-executing*. Si les accords OMC laissent le soin aux Etats membres de décider des effets de leurs dispositions dans leurs ordres internes, et si ces derniers disposent d'une liberté de choix dans la manière de les mettre en œuvre, cela indique par conséquent que de telles dispositions doivent être interprétées comme étant adressées aux organes politiques étatiques et non judiciaires<sup>1212</sup>. Plus important encore est que la position prise par la Cour de justice, dans le cadre d'une entreprise d'autolimitation de ses pouvoirs d'interprétation (« *judicial self-restraint* »), correspond au point de vue déjà adopté par le Conseil en préambule de la Décision 94/800 mettant en œuvre les accords de l'Uruguay Round. Le texte précise que par sa nature, « [...] l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des Etats membres »<sup>1213</sup>. Le seul effet reconnu aux accords OMC, par la Cour de justice, est relatif au principe d'interprétation conforme selon lequel, les législations de l'Union et des Etats membres doivent être interprétées à la lumière - et conformément aux – des engagements internationaux de l'Union européenne<sup>1214</sup>.

---

<sup>1210</sup> V. Thomas COTTIER et Krista Nadakavukaren SCHEFER, « The Relationship between World Trade Organization Law, National Law and Regional Law », *JIEL*, 1998, p. 103.

<sup>1211</sup> V. Pieter J. KUIJPER, « The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community », *JWT*, vol. 29, n°6, 1995, pp. 49-76.

<sup>1212</sup> V. Carlos Manuel VASQUEZ, « The Four Doctrines of Self-Executing Treaties », *AJIL*, n° 89, 1995, pp. 695-723. V. aussi Damos Dumoli AGUSMAN, « Self-executing and Non Self-executing Treaties : What Does it Mean ? », *Indonesian Journal of International Law*, vol. 11, n° 3, 2014, pp. 320-344. V. aussi Jean-Felix DELILE, *L'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'Etat français*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2014, 927 pages.

<sup>1213</sup> V. Décision du Conseil relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), 94/800/CE, 22 décembre 1994, dernier considérant.

<sup>1214</sup> V. CJCE, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-76/00 P, du 9 janvier 2003.

L'objectif des accords OMC est de gouverner les relations entre Etats ou Organisations d'intégration économique et non de protéger les individus. Une telle position est à mettre en rapport avec le Rapport du Panel, publié peu après l'arrêt de la Cour de justice dans *Portugal contre Conseil*, dans le différend *Etats-Unis – Section 301-310*<sup>1215</sup>. Le Groupe spécial y précisait que :

« Ni le GATT ni l'Accord sur l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC n'ont pas créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants »<sup>1216</sup>.

Après avoir été appliqué au GATT de 1947, le principe d'invocabilité a fait l'objet d'une extension aux accords OMC à travers l'affaire *Portugal contre Conseil* de 1999, les affaires *Hermès* et *Christian Dior*<sup>1217</sup> pour l'ADPIC ou encore *Pays-Bas contre Conseil* de 2001 à propos de l'Accord sur les sauvegardes<sup>1218</sup>.

Dans le contexte d'alors, les personnes privées pouvaient toutefois profiter des dispositions des accords OMC par le truchement du Règlement 3286/94<sup>1219</sup>, *Règlement sur les obstacles au commerce* (ROC), qui établissait des procédures à suivre, par les institutions européennes, dans le traitement des plaintes de personnes privées ou lorsqu'un Etat membre alléguait une violation, par un Etat tiers membre de l'OMC, d'engagements pris à l'égard de l'Union. Le Règlement sur les obstacles au commerce adopté en réaction au *Trade Act* de 1974, permettait – permet encore - de traiter les plaintes des opérateurs privés européens à travers un mécanisme administratif laissant clairement le choix à la Commission européenne, soit de saisir l'ORD soit de clore/suspendre l'enquête soit de trouver une alternative à travers une solution mutuellement acceptable. En partie, le Règlement semble remplir la même fonction que le mécanisme de protection diplomatique en droit international<sup>1220</sup>.

---

<sup>1215</sup> V. Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999.

<sup>1216</sup> *Id.*, p. 7. 72.

<sup>1217</sup> V. CJCE, *Hermès contre FHT*, aff. C-53/96, du 16 juin 1998 ; CJCE, *Dior et autres*, *op.cit.*

<sup>1218</sup> V. CJCE, *Pays-Bas contre Conseil*, aff. C-301/97, du 22 novembre 2001.

<sup>1219</sup> V. Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), du 22 décembre 1994.

<sup>1220</sup> V. Antonello TANCREDI, « EC Practice in the WTO: How Wide is the "Scope for Manoeuvre"? », *EJIL*, vol. 15, n°5, 2004, p. 940.



Ce mécanisme administratif permet ainsi aux institutions européennes d'intervenir directement au profit des particuliers afin que les dispositions commerciales des accords OMC soient respectées<sup>1221</sup>.

Au demeurant, les accords OMC sont fondés sur le principe des négociations avec l'objectif d'atteindre une « solution mutuellement avantageuse », élément qui, selon la Cour, justifiait l'abandon de la jurisprudence posée dans l'arrêt *Kupferberg*. Il est utile de rappeler un fait important. Dans l'arrêt *Portugal contre Conseil*, ce sont les accords multilatéraux de l'OMC qui étaient concernés – accords dominés par le principe des négociations –, alors que dans l'affaire *Kupferberg*, un accord bilatéral était en jeu. Dans cette dernière affaire, bien qu'ayant reconnu l'effet direct de l'accord, la Cour s'était réservé le droit de nier l'effet direct des accords internationaux si l'autre partie devait manquer à ses obligations ou si les institutions politiques avaient déterminé, à l'avance, l'exclusion d'un tel effet<sup>1222</sup>. En termes plus clairs, la Cour reconnaissait la possibilité de décider, au cas par cas, de l'effet direct de l'accord international si les institutions politiques ne l'excluaient pas explicitement. Cette situation concerne davantage les accords bilatéraux, que nous étudions, que ceux multilatéraux. C'est pourquoi la Cour déclarait dans son arrêt *Kupferberg* :

« [...] la circonstance que les juridictions de l'une des parties estimerait que certaines des stipulations de l'accord sont d'application directe, alors que les juridictions de l'autre partie n'admettraient pas cette applicabilité directe, n'est pas, en elle-même et à elle seule, de nature à constituer une absence de réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord »<sup>1223</sup>.

Pour les accords multilatéraux, on sait que la position de la Cour a toujours été moins audacieuse. Elle a donc, tour à tour, posé le principe de l'absence d'effet direct du GATT<sup>1224</sup> – en raison de sa faiblesse structurelle – et des accords OMC fondés sur les négociations.

---

<sup>1221</sup> V. Piet EECKHOUT, « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *JIEL*, vol. 5, n°1, 2002, pp. 91-94.

<sup>1222</sup> V. CJCE, *Hauptzollamt Mainz contre C.A Kupferberg & Cie*, aff. 104/81, du 26 octobre 1982, § 17.

<sup>1223</sup> V. CJCE, *Hauptzollamt Mainz contre C.A Kupferberg & Cie*, *op.cit.*, § 18.

<sup>1224</sup> V. CJCE, *International Fruit Company*, *précité*. La Cour avait également dégagé des critères classiques de l'applicabilité directe dans l'affaire *Van Gend & Loos* : clarté du langage, inconditionnalité des obligations et nécessité d'une action communautaire. V. CJCE, *Van Gend & Loos*, aff. 26-62, du 5 février 1963. Aussi les tempéraments apportés par la Cour doivent être notés. Elle reconnaît l'effet direct de l'accord international lorsqu'une règle communautaire fait référence aux termes du GATT (comme dans l'affaire *Fédiol*), ou dans l'hypothèse où le texte communautaire a été adopté en vue de donner application à l'accord international (*Nakajima*). Mais, il convient de préciser que l'effet direct ne découle pas de l'accord international mais du texte communautaire faisant écran.

Un positionnement identique à celui dans l'affaire *Kupferberg*, aurait conduit à une absence d'uniformité dans l'application des accords OMC. Ainsi, compte tenu du fait que ces accords sont fondés sur le principe des négociations, la Cour de justice ne pouvait pas lier les organes politiques de l'Union. Il était dès lors nécessaire de leur aménager une marge de manœuvre. On constate ici que le positionnement de la Cour de justice a pour conséquence de pousser les institutions européennes à négocier des solutions diplomatiques s'exprimant à travers les solutions mutuellement convenues avec ses partenaires.

L'institution judiciaire européenne a été accusée d'avoir mal appréhendé les décisions de l'ORD. En effet, la Cour a considéré, dans l'affaire *Van Parys* (renvoi préjudiciel), que l'incompatibilité de la réglementation européenne relative à l'importation des bananes avec les règles du GATT de 1994, ne pouvait être invoquée devant le juge national<sup>1225</sup>. De façon plus explicite elle déclarera dans l'arrêt FIAMM :

« Pas plus que les règles matérielles que comportent les accords OMC, une recommandation ou une décision de l'ORD constatant le non-respect desdites règles ne sont, quelle que soit la portée juridique précise s'attachant à de telles recommandation ou décision, de nature à créer pour les particuliers un droit de s'en prévaloir devant le juge communautaire aux fins d'obtenir un contrôle de la légalité du comportement des institutions communautaires »<sup>1226</sup>.

Cette attitude conduit à la conclusion que les compensations constituaient des alternatives à la mise en conformité entière et immédiate<sup>1227</sup>. Autrement dit, la mise en conformité elle-même serait négociable. Ainsi cette impossibilité d'invoquer les rapports de l'ORD signifie aussi que les institutions européennes pourraient légitimement choisir l'option de la compensation ou d'accepter l'application, à l'égard de l'Union, de mesures de rétorsion, au lieu de mettre en conformité avec les dispositions des accords OMC, les mesures invalidées par l'ORD. Il est impératif, dans ces conditions, que l'Union aménage une marge de manœuvre aux organes chargés de négocier la mise en conformité<sup>1228</sup>.

---

<sup>1225</sup> V. CJCE, *Van Parys*, aff. C-377/02, du 1<sup>er</sup> mars 2005.

<sup>1226</sup> V. CJCE, *FIAMM et FIAMM Technologies*, C-120/06 P et C-121/06 P, du 9 septembre 2008.

<sup>1227</sup> V. Antonello TANCREDI, « EC Practice in the WTO: How Wide is the "Scope for Manoeuvre?" », *op.cit.*, p. 944.

<sup>1228</sup> V. Christiaan W.A. TIMMERMANS, « L'Uruguay Round : sa mise en œuvre par la Communauté européenne », *RMUE*, n° 4, 1994, pp. 175-183. V. aussi Axel DESMEDT, « ECJ Restricts Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order », *JIEL*, vol. 3, n° 1, 2000, p. 191. V. enfin Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des Accords OMC: essai de régulation de la mondialisation », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 36, 2000, p. 419.

A travers les strictes conditions d'invocabilité des accords internationaux généralement et des accords OMC en particulier, il est possible d'affirmer que la Cour de justice de l'Union, par sa politique jurisprudentielle, concède aux institutions politiques un certain pouvoir discrétionnaire dans la conduite des relations extérieures de l'UE. De même, les accords externes de l'Union européenne accordent-ils une place importante aux solutions négociées dans le cadre des différends susceptibles de naître au cours de leur mise en œuvre.

### **B. L'ambivalence des facteurs entourant la pratique des solutions mutuellement convenues**

L'Union européenne accorde une importance capitale à la recherche de solutions mutuellement convenues à ses différends. Une telle attitude a été constatée dans le cadre de l'OMC mais aussi à travers les stipulations de ses accords externes. Néanmoins, on aimerait traiter, dans les lignes qui vont suivre, des causes pouvant faire passer les différends dans lesquels l'Union serait impliquée, des négociations au règlement juridictionnel ou arbitral. Il s'agit d'un ensemble de facteurs entourant le règlement des différends par voie diplomatique. L'approche sera ici purement théorique dans la perspective des accords externes de l'Union, à propos desquels sont inexistantes les décisions de règlement des différends adoptées par les organes institués.

Les raisons pouvant justifier le recours aux solutions mutuellement convenues peuvent être multiples. On pourrait en citer trois. D'abord, on assiste à l'échelle internationale, à une banalisation de la saisine des organes de jugement. Mais parallèlement à ce phénomène, il convient de préciser que la saisine d'un organe de jugement peut toujours être perçue comme un acte inamical susceptible de réveiller les tensions diplomatiques entre l'Union européenne et ses partenaires internationaux<sup>1229</sup>. L'obtention d'une décision juridictionnelle ou arbitrale favorable à une partie n'est pas une fin en soi, mais un moyen permettant de parvenir à un règlement du différend. D'ailleurs, cette décision peut s'avérer contre-productive dans la mesure où elle pourrait déboucher sur une plainte du défendeur en réaction à sa condamnation initiale<sup>1230</sup>. Ensuite, la recherche de solutions mutuellement convenues entre les parties leur garantit une certaine maîtrise sur le différend. Ainsi, elles sont les seules à décider du dénouement de leur opposition.

---

<sup>1229</sup> V. Alan HERVE, *op.cit.* p. 525.

<sup>1230</sup> *Id.*

Compte tenu du fait qu'elles peuvent intervenir à n'importe quelle étape de la procédure, les solutions diplomatiques permettent de s'affranchir d'un certain formalisme consubstantiel à tout règlement judiciaire. Enfin, un règlement juridictionnel ou arbitral impose des coûts substantiels pour les parties au différend. En ce qui la concerne, l'Union européenne aurait à payer des avocats pour préparer et plaider sa cause. De même, les diplomates devront travailler à éviter que le différend nuise aux relations avec ses partenaires. Ceci étant dit, la prédominance de la recherche de solutions mutuellement convenues, dans le cadre des litiges nés de l'existence d'obstacles non tarifaires, s'accompagne en parallèle, d'une « procédure judiciaire » incarnée par un mécanisme arbitral.

## SECTION 2

### LA MISE EN PLACE D'UNE PROCEDURE JUDICIAIRE : LE MECANISME ARBITRAL DANS LES ACCORDS EXTERNES DE L'UNION EUROPEENNE

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires, tout en accordant une priorité aux solutions politiques, prévoit néanmoins une procédure « judiciaire » à travers l'arbitrage commercial. A ce propos, bien que cette problématique soit incidente par rapport au sujet traité, nous tenons néanmoins à évoquer l'avis rendu 2/15 rendu par la Cour de justice dans la perspective de la conclusion de l'Accord de libre-échange avec Singapour<sup>1231</sup>. La Cour a estimé que les dispositions de l'Accord relatives aux investissements « autres que directs », ne relèvent pas de la compétence commerciale exclusive de l'Union. Par conséquent l'Union ne pouvait pas conclure seule l'Accord : d'abord, pour ce qu'il porte sur les « investissements autres que directs », ensuite, parce que ces derniers sont compris dans les matières régies par le mécanisme de règlement des différends<sup>1232</sup>. Le fait marquant est que ce mécanisme arbitral intervient, en principe, en ultime recours. Les décisions rendues par les Groupes spéciaux d'arbitrage sont dotées d'une force obligatoire. C'est la raison pour laquelle, la procédure est considérée comme une procédure judiciairisée (§1) inspirée par un souci de démocratisation (§2).

---

<sup>1231</sup> V. Eleftheria NEFRAMI, « L'avis 2/15 de la CJUE et ses enseignements sur la politique commerciale commune de l'UE dans la perspective de la conclusion de l'accord de libre-échange avec le Japon », in Institut de Recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, *Union européenne et Japon : Regards croisés sur nos influences réciproques et intérêts communs*, Colloque des 26 et 27 mars 2018. Communication disponible sur le site de Canal U : <https://www.canal-u.tv>

<sup>1232</sup> V. CJUE, *Avis 2/15-Accord de libre-échange avec Singapour*, Avis du 16 mai 2017.

## §1. Une procédure judiciairisée

L'exposé de la procédure judiciairisée de règlement des différends dans les accords externes de l'Union européenne, passe par une présentation du processus de prise de décision du groupe spécial d'arbitrage (A). Mais après cette prise de décision, l'important se trouve dans la mise en conformité (B).

### A. Le processus de prise de décision du Groupe spécial d'arbitrage

Au cours des dernières années, les accords externes de l'Union européenne ont été marqués par une juridictionnalisation de leurs procédures de règlement des différends<sup>1233</sup>.

Les mécanismes arbitraux de règlement des différends sont désormais incorporés dans tous les accords externes renfermant un volet commercial<sup>1234</sup>. Jusqu'au milieu des années 1990, la procédure de règlement des différends était de nature purement diplomatique. Dans une proposition de décision de 2009, la Commission européenne affirmait qu'il « [...] existe désormais un "modèle européen" de chapitre sur le règlement des différends qui est inclus dans les négociations actuelles des accords de libre-échange, et est basé sur le Mémoire d'accord de l'OMC, adapté à un contexte bilatéral<sup>1235</sup> ». Néanmoins, il convient d'indiquer que l'Union s'est inspirée des dispositions de l'ALENA relatives à la désignation des arbitres. Le costume de ces derniers « s'apparente en effet à celui d'un juge », mais « *le costume ne fait pas le rôle, et il ne suffit pas d'avoir le costume pour tenir le rôle* »<sup>1236</sup> dit Hélène Ruiz Fabri. On s'intéressera au choix des arbitres (1) ainsi qu'à la valeur juridique des décisions qu'ils rendent (2).

<sup>1233</sup> Les premiers mécanismes arbitraux et contraignants de règlement des différends dans un cadre bilatéral, sont apparus avec les accords euro-mexicains de 1997 et euro-chilien de 2002.

V. Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et les Etats-Unis du Mexique, d'autre part, *JOCE* L 276, du 28 octobre 2000, p. 44 et s. V. aussi Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, *JOCE* L 352, du 30 décembre 2002, p. 3 et s.

<sup>1234</sup> Les nouvelles règles arbitrales de règlement des différends ont été appliquées aux accords qui existaient déjà par voie de protocoles modificatifs fondés sur l'article 207 TFUE. Il en a été ainsi des accords euro-méditerranéens. Exemple, Protocole entre l'Union européenne et la République tunisienne instituant un mécanisme de règlement des différends relatif aux dispositions commerciales de l'accord euro-méditerranéen, établissant une association entre les Communautés européennes et ses Etats membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, *JOUE* L 40, du 13 février 2010, pp. 76-90.

<sup>1235</sup> V. Proposition de décision de la Commission européenne concernant la conclusion d'un accord sous forme de protocole instituant un mécanisme de règlement des différends relatifs aux dispositions commerciales de l'accord d'association euro-tunisien, COM (2009) 357 final, 14 juillet 2009.

<sup>1236</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, p. 47.

## 1. La désignation des arbitres du Groupe spécial d'arbitrage

Les accords externes de l'Union européenne instaurent des mécanismes arbitraux contraignants. Ces derniers reposent sur le respect de la règle de droit. Ils ne sont pas, en principe, perméables au facteur politique durant les phases d'intervention des Groupes spéciaux d'arbitrage. Mais on verra que les choses ne sont pas aussi simples. L'omniprésence du facteur politique, combinée au cadre bilatéral des accords externes, fait que rares seront les décisions rendues par les organes arbitraux. La constitution des Groupes spéciaux d'arbitrage révèle deux choses. La première est que les mécanismes prévus à cet effet ne sont pas sans rappeler ceux institués dans le cadre de l'ALENA ; la seconde est qu'elle souligne que l'Union européenne met activement en œuvre une stratégie d'influence normative à travers ses accords externes.

L'Union garde dans sa ligne de mire « la réforme du système multilatéral de règlement des litiges qui demeure l'un des chantiers en friche de l'agenda post-Uruguay Round de l'OMC<sup>1237</sup> ». A l'image de l'ALENA, les personnes très qualifiées appelées à siéger dans les Groupes spéciaux d'arbitrage, chargés de résoudre les litiges bilatéraux au sein des accords bilatéraux de l'Union, sont la plupart du temps désignées ou choisies parmi des experts préalablement sélectionnés sur une liste régulièrement mise à jour et tenue en permanence à la disposition des parties<sup>1238</sup>. Dans cette perspective, l'Union européenne a proposé, au titre de la réforme du MARD de l'OMC, que soit établie « [...] une liste comprenant 15 et 24 personnes appelées à titre permanent à faire partie des groupes spéciaux »<sup>1239</sup>.

---

<sup>1237</sup> V. Joël LEBULLENGER, « Les mécanismes de règlement des litiges des accords externes de l'Union européenne et de l'ALENA », *RGDIP*, 2014, p. 251.

<sup>1238</sup> V. Article 19 « Listes d'arbitres » de l'Accord entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc instituant un mécanisme de règlement des différends, *JOUE L 176/2*, du 5 juillet 2011 : « 1. Le sous-comité « industrie, commerce et services » dresse, dans les six mois suivant l'entrée en vigueur du présent accord, une liste d'au moins quinze personnes qui sont disposées et aptes à exercer les fonctions d'arbitre. Chaque partie propose au moins cinq personnes pour exercer les fonctions d'arbitre. Les deux parties sélectionnent aussi au moins cinq personnes qui ne sont ressortissantes d'aucune des parties pour exercer les fonctions de président. Le sous-comité « industrie, commerce et services » veille à ce que la liste soit toujours maintenue à ce même niveau », « 2. Les arbitres doivent, par leur formation ou leur expérience, être des spécialistes du droit et du commerce international. Ils doivent être indépendants, siéger à titre personnel, ne prendre d'instruction d'aucune organisation ni d'aucun gouvernement, ne pas être affiliés au gouvernement d'aucune des parties, et respecter le code de conduite figurant à l'annexe du présent accord ».

<sup>1239</sup> V. Contribution des Communautés européennes à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends, TN/DSW/1, 13 mars 2002, p. 3.

Selon l'Union européenne, cette réforme aurait le mérite de mettre à la disposition des Membres de l'OMC un corps de panélistes exerçant une activité à temps plein « [...], afin de s'assurer les services de personnes de grande qualité et très compétentes et d'éviter dans toute la mesure du possible d'éventuels problèmes de conflit d'intérêt<sup>1240</sup> ». En professionnalisant la fonction de panéliste, à l'instar des juristes membres de l'Organe d'appel permanent (OAP) de l'OMC, « la réforme préconisée par l'Union européenne vise sans conteste à accentuer le profil judiciaire du système multilatéral de règlement des litiges<sup>1241</sup> ». Joël Lebullenger considère en effet que les dispositions des accords externes de l'Union européenne « anticipent, et servent en même temps de banc d'essai à la réforme souhaitée par l'UE du SRD de l'Organisation mondiale du commerce<sup>1242</sup> ».

Les différents accords bilatéraux conclus par l'Union prévoient l'établissement d'une liste de 15 à 25 voire 36 arbitres potentiels<sup>1243</sup>. Afin d'établir cette liste, chaque partie propose au Comité de commerce de l'accord, les noms de personnes disposées et aptes à faire office d'arbitres lorsque l'occasion se présente<sup>1244</sup>. Parmi les experts sélectionnés sur la liste, doivent également figurer des personnes ressortissantes de pays tiers à l'accord concerné, choisies d'un commun accord par les parties, en vue de présider les Groupes spéciaux d'arbitrage. Contrairement à ce modèle européen, le chapitre 20 de l'ALENA prévoit, quant à lui, la nomination par consensus, pour une durée de 3 ans renouvelable, de 30 personnes disposées à faire partie de Groupes spéciaux<sup>1245</sup>. Cet accord trilatéral ainsi que les accords bilatéraux de l'Union européenne, insistent sur le fait que les experts ou arbitres potentiels doivent avoir « une connaissance ou une expérience spécialisée du droit du commerce international »<sup>1246</sup> et qu'« [...] ils seront choisis strictement pour leur objectivité, leur fiabilité et leur discernement »<sup>1247</sup>.

---

<sup>1240</sup> *Id.*

<sup>1241</sup> V. Joël LEBULLENGER, *op.cit.*, p. 251.

<sup>1242</sup> *Id.*

<sup>1243</sup> *Id.* V. aussi l'article 19 de l'Accord précité : « 3. Le sous-comité «industrie, commerce et services» peut dresser des listes supplémentaires d'au moins quinze personnes ayant une expertise sectorielle dans les matières spécifiques couvertes par les accords visés à l'article 2. Chaque partie propose au moins cinq personnes pour exercer les fonctions d'arbitre. Les deux parties sélectionnent aussi au moins cinq personnes qui ne sont ressortissantes d'aucune des parties pour exercer les fonctions de président. Lorsqu'il est fait usage de la procédure de sélection de l'article 6, paragraphe 2, les présidents du sous-comité «industrie, commerce et services» peuvent utiliser une telle liste sectorielle moyennant l'accord des deux parties ».

<sup>1244</sup> Il est important de noter que parmi les experts sélectionnés, doivent figurer des personnes ressortissantes de pays tiers à l'accord, choisies d'un commun accord par les Parties contractantes en vue de présider les Groupes spéciaux qui seraient éventuellement établis.

<sup>1245</sup> V. Article 2009 § 1 de l'ALENA.

<sup>1246</sup> V. Article 14.18-2 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

<sup>1247</sup> V. Article 2009 § 2 a) de l'ALENA.

Par voie de conséquence, les experts « [...] sont indépendants, agissent à titre individuel et non sous les consignes d'une organisation ou d'un gouvernement quelconque<sup>1248</sup> ».

Par ailleurs, afin d'accentuer l'indépendance des experts composant la liste, le chapitre 20 de l'ALENA a choisi de privilégier une formule originale de constitution des Groupes spéciaux d'arbitrage. D'abord, si les parties à un litige n'arrivent pas à s'entendre sur la désignation du président du Groupe spécial, l'une des parties choisie par tirage au sort, désignera un président qui ne pourra pas être l'un de ses ressortissants. Ensuite, chacune des parties au litige choisira deux membres du Groupe spécial d'arbitrage qui sont ressortissants de l'autre. En optant pour la procédure du « choix inversé », les signataires ont voulu se prémunir contre d'éventuelles accusations de favoritisme portées contre un ou plusieurs experts du Groupe spécial, évitant ainsi que l'autorité de leur rapport n'en soit négativement affectée.

Les Groupes *ad hoc* d'arbitrage des accords externes de l'Union sont, quant à eux, constitués selon les modalités qui ne sont pas uniformes d'un instrument conventionnel à un autre. Exemple, dans l'accord avec le Chili, le tirage au sort effectué par le président du Comité d'association gouverne la désignation des trois arbitres<sup>1249</sup>. Le recours à ce procédé aléatoire ne sera en revanche enclenché que si l'une des parties au litige de l'accord de commerce pluripartite de l'UE avec la Colombie et le Pérou, ne procède pas à la désignation de son arbitre<sup>1250</sup>. L'accord de libre-échange euro-sud-coréen dispose pour sa part que la désignation des trois arbitres par tirage au sort ne sera effectuée que si les parties en litige n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la composition du Groupe spécial, à l'expiration d'un délai de dix jours<sup>1251</sup>.

## 2. L'obligatorietà de la décision du Groupe spécial d'arbitrage

Dans le cadre des accords externes de l'Union européenne<sup>1252</sup> et du chapitre 20 de l'ALENA, les parties au différend peuvent adresser au Groupe spécial d'arbitrage des observations écrites sur son rapport intérimaire. Celui-ci doit être rendu dans un délai de 90 jours. Il est à ce stade loisible au Groupe spécial d'arbitrage de réexaminer son rapport initial.

---

<sup>1248</sup> V. Article 14.18-2 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

<sup>1249</sup> V. Article 185 § 3 de l'accord d'association euro-chilien.

<sup>1250</sup> V. Article 303 § 2.

<sup>1251</sup> V. Article 14.5 § 3 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

<sup>1252</sup> V. Article 14.6 de l'accord de commerce euro-sud-coréen de 2011.



C'est une étape qui est « destinée à permettre au Comité de revoir ses constatations, déterminations et recommandations de façon à favoriser la rédaction d'un rapport final qui puisse contribuer au règlement du différend<sup>1253</sup> ». Cette procédure du rapport intérimaire permet de conjuguer à nouveau le juridique et le diplomatique<sup>1254</sup>. Cependant, ladite phase de procédure est absente de certains accords externes de l'Union européenne. Il en est ainsi de l'Accord entre l'UE et l'Amérique centrale. Compte tenu de l'asymétrie des capacités institutionnelles et diplomatiques entre les parties, il est envisageable que « l'ont ait cherché à atténuer celle-ci, en privilégiant l'adoption immédiate d'une sentence arbitrale entièrement fondée sur la règle de droit »<sup>1255</sup>.

L'adoption d'un rapport intérimaire donnant aux parties la possibilité de faire valoir leurs observations, est également prévue par le MARD de l'Organisation mondiale du commerce. Mais le recours à cette procédure peut uniquement intervenir durant la phase d'intervention des Panels. La pratique permet de constater que cette procédure, souvent utilisée du temps du GATT de 1947, serait tombée en désuétude dans le cadre de l'OMC. Cela est dû « à la création, dans le MARD, d'une phase d'appel des rapports de panels, que les parties en litige utilisent dans environ 70% des différends administrés par l'OMC<sup>1256</sup> ».

Les décisions rendues par les Groupes spéciaux d'arbitrage, dans le cadre des accords externes de l'Union européenne, possèdent une force obligatoire immédiate et sont exécutoires d'office. Il est précisé dans ces accords que : « Toute décision d'un groupe spécial d'arbitrage lie les parties [...] », qu'elle « [...] est définitive et contraignante », et que « chaque partie prend toutes les mesures nécessaires pour se conformer de bonne foi à la décision du groupe spécial d'arbitrage [...] »<sup>1257</sup>. Depuis 1997, l'Union européenne a clairement opté pour un système d'arbitrage contraignant. Il en va différemment de l'ALENA.

Les décisions rendues dans le cadre de cet accord ne sont pas obligatoires. L'article 2018 stipule que « [...] dès réception du rapport final d'un groupe spécial, les Parties contestantes s'entendent sur la solution du différend, laquelle devra normalement être conforme aux déterminations et aux recommandations du groupe spécial ».

---

<sup>1253</sup> V. Daniel TURP « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends », *AFDI*, vol. 38, 1992, p.820.

<sup>1254</sup> V. Joël LEBULLENGER, *op.cit.*, p. 253.

<sup>1255</sup> *Id.* L'absence de cette phase a été notée dans l'Accord établissant une association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Amérique centrale, d'autre part, *JOUE* L 346, du 15 décembre 2012.

<sup>1256</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>1257</sup> V. Article 14.7 et 14.8 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

On constate alors que le rapport final du Groupe spécial d'arbitrage renferme des recommandations qui ne sont pas immédiatement contraignantes pour les parties au litige. Ce sont les parties contestantes qui doivent s'entendre sur la solution du différend, à partir « *normalement* » des déterminations du Groupe spécial. La doctrine souligne à cet égard que « [...] dans la pratique, les parties se sont servies du rapport d'un groupe spécial comme base de négociations, de sorte que celui-ci a marqué le début de nouvelles négociations plutôt que la fin du litige<sup>1258</sup> ». En ce sens, la Chambre des communes du Canada constate pour sa part que « [...] la décision finale demeure entre les mains des parties et est exposée aux forces de la diplomatie et du pouvoir<sup>1259</sup> », ce qui tend objectivement à favoriser la partie la plus forte, en l'absence de mécanisme d'appel. Klaus Bodemer estime ainsi que le chapitre 20 de l'ALENA appartient « [...] à une catégorie plutôt spécifique des pratiques d'arbitrage international, puisque ce n'est pas seulement l'arbitre mais aussi les parties souveraines du différend qui sont autorisées à participer au processus de décision<sup>1260</sup> ». Contrairement à l'Union européenne, dans sa pratique conventionnelle, les Etats-Unis, « en s'évertuant à dupliquer les pratiques du GATT de 1947, ont tenu à sauvegarder leur pouvoir décisionnel souverain dans leurs rapports avec le Canada et le Mexique<sup>1261</sup> ».

Par ailleurs, afin d'amoindrir la portée de la juridictionnalisation du SRD (système de règlement des différends) de l'OMC – dont les rapports de Panels et de l'Organe d'appel sont systématiquement approuvés par l'ORD - en raison de l'application de la règle du consensus inversé -, les Etats-Unis ont proposé en 2002 une réforme du système multilatéral<sup>1262</sup>. Cette réforme s'articule autour d'une « renationalisation » de certaines procédures du MARD. La proposition américaine et chilienne tourne autour d'un certain nombre d'idées.

---

<sup>1258</sup> V. Gilbert GAGNÉ, « Le règlement des différends », in Dorval BRUNELLE et Christian DEBLOCK (dir.), *L'ALENA le libre-échange en défaut*, *Fides*, 2003, pp. 303-310. p. 320. V. aussi Hugues HELLIO, « OMC et ALENA », in Thierry GARCIA et Vincent TOMKIEWICK (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit*, *Bruylant*, 2011, pp. 151-172.

<sup>1259</sup> V. Rapport Bernard PATRY du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international de la Chambre des communes du Canada, « Partenaires en Amérique du nord : Cultiver les relations du Canada avec les Etats-Unis et le Mexique », décembre 2002.

<sup>1260</sup> V. Klaus BODEMER, « Le règlement des différends », in Marie-Françoise DURAND et al. (dir.), *Vers un accord entre l'Europe et le Mercosur*, *Presses de Sciences Po « académique »*, 2001, p. 289.

<sup>1261</sup> V. Joël LEBULLENGER, *op.cit.*, p. 255.

<sup>1262</sup> V. Communication du Chili et des Etats-Unis, Négociations sur les améliorations et les clarifications à apporter au mémorandum d'accord sur le règlement des différends en vue d'améliorer la souplesse et le contrôle exercé par les Membres dans le règlement des différends à l'OMC, TN/DS/W28 du 23 décembre 2002.

Ainsi, les parties à un litige pourraient décider d'un commun accord de suspendre le cours de la procédure après l'établissement d'un Panel ou durant la procédure d'appel, alors qu'actuellement prévaut la règle de l'irréversibilité des processus engagés, une fois enclenchée la phase « judiciaire » de règlement des différends<sup>1263</sup>. En outre, le rapport de l'Organe d'appel, qui est actuellement insusceptible de subir la moindre modification, pourrait faire l'objet d'un réexamen intérimaire et connaître des ajustements, à la suite des observations adressées par les parties à l'Organe d'appel. Enfin, les parties à un différend pourraient d'un commun accord soustraire d'un rapport de panel ou de l'Organe d'appel toutes considérations qui ne leur conviendraient pas. Cette politique juridique extérieure des Etats-Unis vise, par la « déjuridictionnalisation » de certaines procédures du MARD, à consacrer un retour aux pratiques du GATT de 1947. Quid de la mise en conformité ?

## **B. La mise en conformité à la décision du Groupe spécial d'arbitrage**

La mise en œuvre des sentences des Groupes spéciaux d'arbitrage, dans les accords externes de l'Union européenne, est marquée aussi par le phénomène de juridictionnalisation<sup>1264</sup>. Cette phase importante du déroulé du contentieux se caractérise par la clarté des règles. Bien que ses règles soient claires (1), on ne saurait perdre de vue le poids d'un certain nombre de facteurs pouvant rendre difficile la mise en conformité des décisions des Groupes spéciaux d'arbitrage (2).

### **1. La clarté des règles de mise en conformité**

Face au manque de clarté juridique du droit de l'OMC sur ces questions, l'Union européenne s'oppose, depuis des années, aux Etats-Unis, sur la question de l'articulation et de la chronologie au niveau de l'application des procédures des articles 21.5 et 22.6 du MARD. C'est la question du « *sequencing* ».

---

<sup>1263</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *op.cit.*, p. 42 : « [...] la caractéristique d'être « irréversible », c'est-à-dire de pouvoir être actionné unilatéralement et de ne pouvoir être bloqué ».

<sup>1264</sup> On ne discutera pas de la question de savoir si les Groupes spéciaux d'arbitrage mis en place dans le cadre des accords externes, sont de véritables juridictions. Deux choses nous semblent importantes : le jugement rendu par un organe tiers indépendant des parties et le caractère obligation de celui-ci. Aussi, les accords externes utilisent tantôt le terme de « sentence » tantôt celui de « décision ». C'est peut être pour dire que la qualification donnée aux jugements des Groupes spéciaux importe peu. En ce qui concerne ce dernier Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada, une innovation a été introduite. En effet, il a été institué, à côté du Groupe spécial d'arbitrage, un Tribunal chargé de trancher les aspects investissements de l'Accord, mais aussi d'un Tribunal d'appel.

Elle peut être résumée comme suit : avant d'enclencher le mécanisme des contre-mesures prévu par l'article 22.6 du MARD, à l'expiration du délai raisonnable de mise en conformité accordé au défendeur, la partie plaignante doit-elle obtenir de la part du Groupe spécial institué, en vertu de l'article 21.5, une détermination multilatérale de celui-ci constatant que la partie condamnée ne s'est pas correctement acquittée des recommandations formulées par l'ORD ? A contrario, l'édiction de mesures de rétorsion visée par l'article 22.6 du MARD, peut-elle intervenir indépendamment du recours par la partie plaignante à l'établissement d'un Groupe spécial sur la mise en conformité, visé par les dispositions de l'article 21.5 ? L'Union européenne s'est toujours opposée à la seconde interprétation, au motif que la partie gagnante ne peut pas imposer unilatéralement des mesures commerciales de rétorsion, dans la mesure où il appartient à l'ORD d'autoriser l'application des contre-mesures selon la procédure désormais du consensus inversé<sup>1265</sup>. Dans le cadre de l'ALENA, si la partie condamnée n'arrive pas à trouver un accord avec le plaignant sur une sortie de crise – ou ne lui offre pas une compensation satisfaisante –, ce dernier peut décider d'une suspension d'avantages dont la valeur doit être équivalente au préjudice que la mesure incriminée entraîne du fait de son maintien<sup>1266</sup>. Si le niveau de la suspension ainsi décidée unilatéralement par le plaignant est « manifestement excessif », la partie perdante pourra cependant demander à un Groupe spécial d'arbitrage de se prononcer<sup>1267</sup>. En dehors de la mise en mouvement de cette éventuelle et ultime étape de la procédure qui conduira le Groupe spécial à statuer, « toute l'étape de la mise en conformité du chapitre 20 de l'ALENA est politisée<sup>1268</sup> ». Celle-ci n'échappe donc pas aux asymétries de puissance caractérisant les relations entre les parties au différend commercial.

En ce qui concerne l'Union européenne, c'est une logique judiciaire qui préside, en principe, à la procédure de mise en conformité des décisions arbitrales dans le cadre de ses accords externes.

---

<sup>1265</sup> V. Hélène RUIZ FABRI et Pierre MONNIER, « L'Organisation mondiale du commerce. Chronique de règlement des différends (chr.5) », *JDI*, n°3, 2010, pp. 911-953.

<sup>1266</sup> V. Article 2019 § 1 ALENA ou l'article 14.11 (point 2) de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée.

<sup>1267</sup> V. Article 2019 § 3 ALENA ou l'article 214.2 de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Cariforum.

<sup>1268</sup> V. Joël LEBULLENGER, *op.cit.*, p. 257.

Avant l'expiration du délai raisonnable convenu entre les parties au différend, ou déterminé par un Groupe spécial d'arbitrage<sup>1269</sup>, la partie perdante doit communiquer au Comité de gestion de l'accord ainsi qu'à l'autre, les mesures prises par elle en vue de se conformer à la décision la condamnant<sup>1270</sup>. A ce niveau du processus, lorsqu'un désaccord survient entre les parties à propos des mesures prises par le perdant, afin de se conformer à la décision, ce différend collatéral doit – ou peut – être tranché par le Groupe spécial initial dans un délai de 45 jours.

L'accord conclu entre l'UE et ses partenaires andins institue une procédure de « demande de clarification d'une sentence<sup>1271</sup> » auprès des arbitres. Celle-ci peut porter sur des aspects ambigus de la sentence. Elle peut aussi servir à préciser la teneur des mesures de mise en conformité attendues par le Groupe spécial. L'autre partie a, dans ce cas, la possibilité de présenter ses observations au Groupe spécial d'arbitrage, avec copie à la partie adverse, ce qui peut utilement éclairer cette dernière sur les intentions de son adversaire. Cela permet d'éviter la survenance future de conflits au sujet des mesures de mise en conformité à instituer. Une telle procédure pourrait inspirer une éventuelle réforme du MARD « car les recommandations de l'ORD manquent fréquemment de précision en ce qui concerne les mesures de mise en conformité susceptibles d'être adoptées par la partie perdante<sup>1272</sup> ». La possibilité reconnue à la partie défaillante de s'adresser à nouveau aux arbitres, exclut toute possibilité d'édiction unilatérale de contre-mesures par le plaignant initial. C'est bien la vision européenne de la question du *sequencing* que l'UE a réussi à imposer à ses partenaires au niveau bilatéral<sup>1273</sup>.

Par ailleurs, la partie perdante est également tenue, si elle y est invitée par l'autre, à faire une offre de compensation temporaire. L'article 314 de l'accord d'association euro-centraméricain insiste sur le fait « [...] que les parties au litige s'efforcent de convenir d'une compensation plutôt que d'opter pour la suspension d'obligations ». C'est seulement dans l'hypothèse où il décline la compensation qui lui est proposée, que le plaignant initial pourra instaurer des contre-mesures.

---

<sup>1269</sup> V. Article 188 § 4 de l'accord d'association euro-chilien. V. aussi l'article 315 § 3 de l'accord d'association euro-centraméricain ou encore l'article 308 § 3 de l'accord de commerce multipartite de la partie européenne avec la Colombie et le Pérou.

<sup>1270</sup> V. Article 14.10 § 1 de l'accord euro-sud-coréen.

<sup>1271</sup> V. Article 312 de l'accord.

<sup>1272</sup> V. Joël LEBULLENGER, *op.cit.*, p. 258.

<sup>1273</sup> *Id.*

Néanmoins, il est précisé que le montant des suspensions d'obligations est susceptible d'un contrôle exercé par le Groupe spécial d'arbitrage, sur recours de la partie subissant des mesures de rétorsion jugées, par elle, excessives<sup>1274</sup>. Aussi, les dispositifs bilatéraux institués par l'Union européenne, mettent en place une procédure inédite de « *réexamen des mesures de mise en conformité adoptées après la suspension des obligations*<sup>1275</sup> ». Cette dernière phase est absente du système multilatéral de l'OMC. Elle vise à soumettre à un arbitrage contraignant, si possible toujours exercé par le même Groupe spécial d'arbitrage, un nouveau désaccord qui surgirait entre les parties au sujet des mesures de mise en conformité adoptées par la partie défaillante, consécutivement à l'édition de contre-mesures. L'Union veille ainsi à encadrer les contentieux bilatéraux, du début à la fin, en recourant à des procédures judiciairisées sophistiquées. L'intention est certes louable, mais la réalité est tout autre.

## **2. Les facteurs rendant difficile la mise en conformité des sentences arbitrales**

Bien que l'Union européenne, dans sa pratique conventionnelle, ait adopté des règles contraignantes relatives à la portée des sentences des Groupes spéciaux d'arbitrage et à leur mise en conformité, le fait est que certaines réalités sous-jacentes peuvent particulièrement compliquer l'exécution de ces sentences. Avant de s'intéresser à la mise en conformité dans l'affaire du *Bœuf aux hormones* (b) mettons l'accent sur quelques considérations d'ordre général relatives à la question (a).

### **a) Les considérations générales sur la mise en conformité**

Les Etats-Unis et l'Union européenne se sont opposés à plusieurs occasions devant l'ORD de l'OMC. Cette situation s'explique par le fait que la mise en conformité, par les Etats, par rapport aux sentences et rapports rendus par des organes de jugement, est fonction du secteur associé au différend mais aussi de la complexité de l'instrument utilisé pour assurer la protection dudit secteur.

---

<sup>1274</sup> *Ibid.*

<sup>1275</sup> V. Article 311 de l'Accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, *JOUE* L 354, du 21 décembre 2012. .V. aussi l'article 318 de l'accord d'association euro-centreaméricain.

Selon la doctrine des Organisations internationales, l'une des raisons pour lesquelles les gouvernements impliquent certaines institutions internationales (Fonds monétaire international ou la Banque mondiale, par exemple) dans leurs affaires intérieures, est la possibilité d'utiliser la conditionnalité qui leur est imposée pour appliquer des politiques qu'ils seraient incapables de mettre en œuvre sans contrainte extérieure<sup>1276</sup>. En critiquant les décisions d'une Organisation internationale, les Etats peuvent introduire d'importants changements politiques sans risquer de s'exposer à la sanction électorale<sup>1277</sup>. Dans le contexte de l'OMC et dans une moindre mesure des accords externes de l'Union européenne, un argument similaire suggère que les gouvernements ont tendance à déléguer des différends de nature hautement politique à l'ORD, dans la mesure où ces derniers impliquent des secteurs sensibles qui requièrent une protection spéciale<sup>1278</sup>. Ils pourront, de ce fait, utiliser l'OMC comme « couverture politique » afin de mettre en œuvre des changements qui seraient impossibles autrement. Dans ces conditions, cette doctrine implique que les Etats auront tendance à se mettre facilement en conformité en présence d'un rapport d'un Panel ou de l'Organe d'appel de l'OMC voire d'une sentence d'un Groupe spécial d'arbitrage. Les choses ne sont pourtant pas si simples.

En général, deux approches ont été développées dans le cadre des relations internationales pour analyser la mise en conformité d'un Etat à ses obligations internationales, à savoir l'approche de « la mise en œuvre » et celle « managériale » : *enforcement and managerial approaches*<sup>1279</sup> dans la littérature anglo-saxonne. L'*enforcement approach* considère les Etats comme des acteurs rationnels qui ne devraient se conformer à leurs obligations internationales que si les coûts de l'absence de mise en conformité, l'emportaient sur les avantages escomptés de celle-ci<sup>1280</sup>. Ainsi la mise en conformité est obtenue en rendant les conséquences de la non-conformité plus onéreuses, notamment en ce qui concerne les sanctions encourues.

<sup>1276</sup> V. James R. VREELAND, « Why Do Governments and the IMF Enter into Agreements? Statistically Selected Cases », *International Political Science Review*, vol. 24, n°3, 2003, pp.321-343.

<sup>1277</sup> V. Allee TODD et Paul HUTH, « Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Power Political Cover », *American Political Science Review*, vol.100, n° 2, 2006, pp. 219-234.

<sup>1278</sup> V. Gabriele SPILKER, « Compliance with WTO Dispute Rulings », *Working Paper*, n° 2011/25, 2012, p. 2.

<sup>1279</sup> V. Jonas TALLBERG, « Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union » *International Organization*, vol. 56, n° 3, 2002, pp. 609-643. V. aussi Arild Underdal, « Explaining Compliance and Defection: Three Models », *European Journal of International Relations*, vol. 4, n°1,1998, pp. 5-30.

<sup>1280</sup> V. Gabriele SPILKER, « Compliance with WTO Dispute Rulings », *op.cit.*, p. 4.

Il infère de cette approche que les Etats devraient retarder la mise en conformité aux décisions « judiciaires » - Groupes spéciaux d'arbitrage, rapports des Panels ou de l'Organe d'appel de l'OMC -, autant que possible. De ce fait, la mise en conformité ne pourra s'opérer que lorsque l'Etat plaignant sera en mesure de l'imposer par le biais de compensations ou de mesures de rétorsion. En revanche, selon la *managerial approach*, la non-conformité aux obligations internationales est l'exception, car les Etats trouvent que c'est dans leur intérêt de ne pas violer les engagements auxquels ils ont volontairement souscrits. En cas de non-conformité, celle-ci ne peut être que non intentionnelle à cause de l'ambiguïté de certaines règles et/ou des limitations de leur capacité d'action<sup>1281</sup>. La mise en conformité peut être dès lors améliorée, notamment, par la transparence et les règles d'interprétation. Dans ces conditions, si la décision d'un Groupe spécial d'arbitrage des accords externes de l'UE ou le rapport d'un Groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC, peut permettre de clarifier l'interprétation des règles et d'améliorer la transparence du système, les Etats, en vertu de cette approche, devraient non seulement se conformer à des décisions ou rapports défavorables mais devraient également le faire rapidement si, bien entendu, ils sont en mesure de le faire.

Alors que la doctrine de la « mise en œuvre » prescrit que la mise en conformité soit retardée le plus longtemps possible, celle managériale suggère que les Etats devraient, en principe, se mettre en conformité avec leurs obligations internationales, à moins qu'ils ne soient contraints par certaines limites. Plus encore, seule l'approche managériale établit ses prévisions par rapport à la mise en conformité, du moins partiellement, de façon contingente sur la base des facteurs politiques internes et des caractéristiques du différend. Cette même approche suggère aussi que les Etats devraient avoir une tendance générale à évaluer leurs engagements internationaux. Les facteurs tels que la capacité de l'Etat et la complexité des obligations internationales peuvent constituer des causes d'absence de mise en conformité<sup>1282</sup>. Il est important de tenir compte de l'interaction entre la complexité du différend et l'industrie domestique concernée pour expliquer les retards dans la mise en conformité voire le refus de mise en conformité. Certains puissants groupes d'intérêt peuvent être portés à exercer une pression sur les institutions européennes ou celles de leurs partenaires, pour sauvegarder leurs avantages commerciaux.

---

<sup>1281</sup> V. Arild Underdal, « Explaining Compliance and Defection: Three Models », *op.cit.*

<sup>1282</sup> V. Gabriele SPILKER, *op.cit.*, p. 5.



Ceci est valable dans l'hypothèse où l'Etat concerné agit en qualité de défendeur mais aussi dans celle où il fait office de plaignant<sup>1283</sup>. Les Etats peuvent aussi s'appuyer sur de complexes instruments de protection commerciale, comme les règlements sanitaires, pour allonger la période de mise en conformité, permettant ainsi au secteur politiquement sensible de continuer à bénéficier de ladite protection pour une durée plus ou moins longue. En ce sens, la mise en conformité avec des sentences arbitrales non favorables est une importante question, compte tenu du fait que les industries affectées peuvent certes ne pas avoir la possibilité d'empêcher la survenance d'un différend mais pourraient aussi influencer leur gouvernement afin d'avoir davantage de temps pour s'adapter à la situation. L'influence de groupes d'intérêt nationaux peut être très prégnante car ces derniers peuvent exercer des pressions sur les gouvernements afin de retarder la mise en conformité. Pour ce faire, les autorités étatiques compétentes peuvent s'appuyer sur des instruments juridiques complexes, creuset de préférences collectives – cas des réglementations sanitaires –, pour protéger le secteur concerné<sup>1284</sup>.

En ce qui concerne la mise en œuvre des verdicts rendus, les groupes d'intérêts, exerçant une forte activité de lobbying sur les gouvernements, sont ceux-là mêmes qui représentent les secteurs économiques affectés par la libéralisation<sup>1285</sup>. En fonction du secteur économique concerné, la motivation, la volonté ainsi que la capacité de l'Etat à coopérer avec les partenaires commerciaux étrangers, varient. Christina Davis et Yuki Shirato montrent que les positions des Etats à l'occasion de différends commerciaux sont affectées par des facteurs liés à des secteurs économiques spécifiques<sup>1286</sup>. Qu'un secteur économique impliqué dans un différend commercial ait la capacité d'exercer plus ou moins de pression sur un gouvernement qu'un autre secteur, est fonction de l'importance qu'il représente pour l'Etat<sup>1287</sup>. Néanmoins, il convient de préciser que son pouvoir d'influence dépend d'autres facteurs, notamment de la capacité du secteur économique à s'organiser politiquement, en formant des alliances, à rendre le différend populaire, à faire du lobbying pour ou contre les pratiques et politiques commerciales restrictives.

---

<sup>1283</sup> V. Daniel KONO, « Optimal Obfuscation: Democracy and Trade Policy Transparency », *American Political Science Review*, vol. 100, n°3, 2006, pp. 369-384.

<sup>1284</sup> V. Gabriele SPILKER, *op.cit.*, p. 6.

<sup>1285</sup> V. Todd ALLEE, « Legal Incentives and Domestic Rewards: The Selection of Trade Disputes for GATT/WTO Dispute Resolution », 2004, pp. 1-60. Texte non publié disponible sur internet.

<sup>1286</sup> V. Christina DAVIS et Yuki SHIRATO, « Firms, Governments, and WTO Adjudication: Japan's Selection of WTO Disputes », *World Politics*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 274-313.

<sup>1287</sup> V. Joseph FRANCOIS, Henrik HORN et Niklas KAUNITZ, « Trading Profiles and Developing Country Participation in the WTO Dispute Settlement System », *ICTSD*, Issue Paper, n°6, 2008, pp. 1-58.

En ce sens, Sebastiaan Princen affirme que :

« Compliance is the outcome of (political) processes between and within states. In the end, the behaviour of a state in the international arena is the outcome of a domestic political process, even if international commitments and developments exert an influence on this domestic process »<sup>1288</sup>.

Dans la perspective étatique, la mise en conformité est la conséquence d'un processus politique. Le comportement de l'Etat à l'échelle internationale est donc la résultante d'un processus politique interne conditionnant son engagement.

De même, la mise en conformité avec le droit de l'OMC sera beaucoup plus prononcée en l'absence de rapport des organes de jugement que dans l'hypothèse de l'existence d'un rapport. Une raison serait qu'à défaut de rapport, une solution négociée politiquement permet presque toujours aux parties de trouver une solution de sortie de crise. Marc Busch et Eric Reinhardt affirmaient à cet égard, dans leur étude des premiers rapports rendus par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC, que :

« [...] cases in which the regime's bluff has been called (i.e., those in which judgments are issued), are likely to be those in which the regime's normative power holds little sway over the defendant<sup>1289</sup> ».

On voit ainsi que dans la perspective du droit de l'OMC, la mise en conformité est beaucoup plus facile dans les cas où un différend n'est pas porté devant l'OMC. Cependant, ce qui va nous intéresser à ce niveau, c'est l'hypothèse où un verdict a été rendu soit par un organe de jugement de l'OMC soit par un Groupe spécial d'arbitrage dans le cadre des accords externes de l'Union. Certains facteurs doivent être intégrés dans l'analyse pour mesurer le degré de probabilité de la mise en conformité aux décisions arbitrales.

Que cela soit dans le cadre de l'OMC ou des accords bilatéraux de l'Union européenne, ces facteurs peuvent peser à tout moment dans la mise en œuvre des décisions rendues par les juridictions compétentes. L'affaire du *Bœuf aux hormones* est assez illustrative des facteurs qui influent dans la mise en conformité en ce qui concerne l'Union européenne. Cela est aussi valable pour ses partenaires commerciaux.

---

<sup>1288</sup> V. Sebastiaan PRINCEN, « EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics », *EJIL*, vol. 15, n°3, 2004, p. 556.

<sup>1289</sup> V. Marc L. BUSCH et Eric REINHARDT, « Bargaining in the Shadow of the Law: Early Settlements in GATT/WTO Disputes », *Fordham International Law Journal*, vol. 24, n° 1, 2000, p.159.

## b) L'affaire du *Bœuf aux hormones* et la mise en conformité

Les hormones de croissance sont utilisées pour accélérer le processus d'engraissement des animaux. Cependant, des préoccupations quant à leurs effets cancérigènes ont été soulevées. Au début des années 1980 ont eu lieu, en Italie, des protestations contre la commercialisation de la viande traitée aux hormones<sup>1290</sup>. En réponse, les Communautés européennes décidèrent, en 1981, d'interdire un certain nombre d'hormones de croissance. Parallèlement, le Groupe de travail scientifique chargé d'étudier ces hormones concluait que celles-ci ne causaient pas de risque particulier pour la santé.

Mais sous la pression populaire, les institutions européennes adoptèrent, en 1985, une Directive interdisant absolument les hormones de croissance<sup>1291</sup>. Cela dit, cette interdiction n'était pas sans conséquence institutionnelle. Le Royaume-Uni s'opposait ainsi à la Directive du Conseil, qu'il attaqua sur la forme devant la Cour de justice. Cette dernière concluait, dans son arrêt, à la nullité de la Directive sur un fondement procédural, ce qui sera à l'origine de sa ré-adoption<sup>1292</sup>. Plus encore, la Directive interdisait l'importation de viande en provenance de pays autorisant l'utilisation des hormones de croissance. L'interdiction affectait principalement les importations de viande en provenance des Etats-Unis et du Canada. Dans ces Etats, les cinq hormones de croissance interdites étaient largement utilisées sur les animaux. Ainsi, étaient relativement limitées les exportations en direction des Communautés européennes. La mesure européenne renvoyait au grand débat sur le commerce des produits agricoles pour lequel les Etats-Unis et le Canada appellent à la libéralisation. Leurs efforts étaient concentrés sur l'Union européenne dont la politique agricole commune est marquée par des restrictions à l'importation de produits agricoles.

La libéralisation du commerce dans le secteur agricole était l'un des sujets majeurs des négociations du cycle d'Uruguay. Les agriculteurs américains et canadiens, ainsi que leurs gouvernements respectifs, considéraient l'interdiction des hormones de croissance comme une mesure protectionniste destinée à protéger le marché européen. En 1987, les Etats-Unis introduisirent une plainte en violation de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce. Mais, les Communautés réussirent à empêcher la constitution d'un Panel.

---

<sup>1290</sup> V. Sebastiaan PRINCEN, *op.cit.*, pp. 147-149.

<sup>1291</sup> V. Directive du Conseil interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales, n° 85/649/CEE, du 31 décembre 1985.

<sup>1292</sup> V. Directive du Conseil interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales, n° 88/146/CEE, 7 mars 1988. V. aussi CJCE, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil des Communautés européennes*, aff. C-68/86, du 23 février 1988.

En réponse à la mesure européenne, les Etats-Unis adoptèrent des mesures de rétorsion constituées par des augmentations de droits à l'importation de produits européens. Aussi, la tentative européenne de constituer un Panel pour régler le différend né de l'imposition des nouvelles mesures américaines a été un échec. Ainsi, les négociations entre les fonctionnaires européens et américains n'ont pu rien donner. A la place, l'Union et les Etats-Unis conclurent un accord intérimaire<sup>1293</sup>. L'impasse continuait de plus belle à la naissance de l'OMC.

L'Accord SPS prévoit les conditions d'application des mesures de restriction au commerce pour des raisons sanitaires et phytosanitaires. A cet effet, des standards sont requis, standards qui doivent être basés sur une évaluation des risques. Qui plus est, les normes SPS nationales bénéficient d'une présomption de légalité dès lors qu'elles sont fondées sur des normes formulées par le *Codex Alimentarius*<sup>1294</sup>. Dans le cadre de cette institution, avait lieu, depuis le milieu des années 1980, un débat sur les limites maximales de résidu (ci-après LMR) pour les hormones de croissance. La formulation des LMR était fondée sur l'idée que les hormones ne posaient pas de risque aussi longtemps que le niveau de résidu dans la viande, restait en deçà d'une certaine limite. En juin 1995, les Etats-Unis et le Canada forcèrent un vote sur les LMR pour cinq hormones de croissance. Le texte adopté à une faible majorité, ouvrait néanmoins la voie à un contentieux qui allait se nouer devant l'ORD de l'OMC<sup>1295</sup>. En 1996, les Etats-Unis et le Canada demandèrent l'établissement d'un Groupe spécial. Au début de cette année, l'Union européenne adopta une nouvelle Directive amendant la Directive de 1988, tout en consolidant les plus anciennes Directives. C'est cette nouvelle Directive qui devint l'objet du différend devant l'OMC.

Formellement, deux plaintes séparées ont été introduites par les Etats-Unis et le Canada, mais la composition des deux Panels était identique de même qu'une bonne partie des conclusions des rapports<sup>1296</sup>. Ces derniers précisaient que la mesure européenne violait l'Accord SPS sur trois aspects. Premièrement, l'interdiction d'importation n'était pas fondée sur les normes *Codex* adoptées l'année précédente, qui mettaient la charge de la preuve sur l'Union.

---

<sup>1293</sup> V. Dale E McNIEL, « The First Case under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement: The European Union's Hormone Ban », *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 109–111.

<sup>1294</sup> La Commission du Codex Alimentarius est un organe subsidiaire de la FAO et de l'OMC.

<sup>1295</sup> V. Report of the Twenty-First Session of the Joint FAO/WHO Codex Alimentarius Commission, Rome, 3–8 July 1995, ALINORM 95/37, § 43–46.

<sup>1296</sup> V. Plainte des Etats-Unis, WT/DS26/R/USA, 18 août 1997 et Plainte du Canada, WT/DS48/R/CAN, 18 août 1997.

Deuxièmement, l'interdiction n'était pas basée sur une évaluation des risques, dans la mesure où il était impossible à l'Union de prouver, scientifiquement, l'existence de risques sanitaires qui s'attacheraient aux hormones de croissance<sup>1297</sup>. Troisièmement, la prohibition des hormones allait au-delà du niveau de protection établi par les normes réglementaires européennes pour d'autres substances alimentaires. Cela conduisait à des distinctions arbitraires et injustifiées des niveaux de protection sanitaire.

En rejetant deux des arguments présentés ci-dessus, l'Organe d'appel maintenait l'absence d'une évaluation des risques à la base de la mesure européenne, et concluait, par conséquent, à la violation des accords OMC. Malgré cette condamnation ferme de la mesure européenne, l'Union n'avait pas pris la décision de se mettre en conformité. La Commission européenne annonçait qu'elle allait conduire d'autres évaluations des risques pour combler le gap dans les fondements scientifiques de l'interdiction. En revanche, les Etats-Unis et le Canada demandaient le retrait de la mesure d'interdiction d'importer. Dans une autre procédure d'arbitrage, l'ORD demandait à l'Union européenne de mettre ses mesures en conformité dans un délai de 15 mois après l'adoption du rapport de l'Organe d'appel, précisant que « *le retrait d'une mesure incompatible [est] le moyen préférable de donner suite aux recommandations et décisions de l'ORD dans une affaire de violation* »<sup>1298</sup> mais pas nécessairement le seul. Cependant, au sein de l'Union européenne, on notait l'existence d'un important soutien de la mesure d'interdiction d'importer. Les préoccupations de sécurité alimentaire gagnaient en importance suite à une série de scandales alimentaires, en Europe, dans la seconde moitié des années 1990. La crise de la vache folle a été la plus populaire.

Ces scandales ont débouché sur un renforcement du mouvement de soutien apporté à l'interdiction d'importation de la part de groupes de consommateurs et des politiques. En plus, les agriculteurs européens, représentés par le COPA/COGECA<sup>1299</sup>, soutenaient qu'il ne serait pas équitable et cohérent d'autoriser les importations de viande de bœuf non traitée, tout en interdisant l'utilisation des hormones de croissance en Europe<sup>1300</sup>. Dans ces conditions, tout retrait de la mesure d'interdiction d'importer était politiquement impossible.

---

<sup>1297</sup> V. Rapport Groupe spécial, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS48/R/CAN, 18 août 1997, § 8.

<sup>1298</sup> V. Arbitrage au titre de l'article 21.3 du M.A.R.D, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés, WT/DS26/15 et WT/DS48/13 du 29 Mai 1998, § 38.

<sup>1299</sup> Syndicat d'agriculteurs européens.

<sup>1300</sup> Pour un aperçu du consensus au niveau européen, voir la déclaration conjointe de l'Association européenne des consommateurs (BEUC) et du Syndicat des agriculteurs européens COPA/COGECA : European Consumers and Farmers Unanimous on the EU Ban of Hormone Treated Beef, Joint Statement of BEUC, EUROCOOP, COPA and COGECA, CdP(99)19-1, Press Release, 29 April 1999.

Par conséquent, les Etats-Unis et l'Union européenne engagèrent des négociations sur de possibles compensations, principalement sous la forme d'une expansion du programme de traitement sans hormones du bétail créé en 1999<sup>1301</sup>. Elles se soldèrent par un échec<sup>1302</sup>. Les Etats-Unis et le Canada demandèrent à l'OMC l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion. Ainsi, des droits de rétorsion respectivement d'un montant de 116, 8 millions de dollars américains et 11, 3 millions de dollars canadiens ont été appliqués à l'Union<sup>1303</sup>. De facto, les mesures de rétorsion affectaient principalement les producteurs de porc danois, qui cherchaient à provoquer une demande de compromis au niveau européen. Malheureusement, leur influence politique n'était pas de nature à avoir un impact sur le processus décisionnel de l'Union<sup>1304</sup>.

A côté de cette influence des groupes de pression et des contingences politiques, on ne saurait oublier un autre facteur dont est tributaire la mise en conformité. Il s'agit du rôle joué par les fonctionnaires des départements de commerce. Léonard J. Schoppa, dans son étude des pressions diplomatiques américaines sur le Japon, en matière de négociations commerciales, a observé cette dynamique. Il concluait que les pressions américaines étaient plus fructueuses lorsque les fonctionnaires du Ministère japonais des affaires étrangères étaient impliqués dans les discussions. Ces fonctionnaires auraient un ensemble de préférences et d'intérêts spécifiques, différents de ceux des autorités anciennement compétentes dans ce domaine<sup>1305</sup>. Ainsi, la mise en conformité des décisions arbitrales rendues dans le cadre des accords externes de l'Union européenne sera fonction – aussi bien du côté de l'Union que de ses partenaires - de la vision des acteurs institutionnels impliqués dans le processus. Lorsque le partenaire de l'UE est un pays en développement l'absence de mise en conformité ne se poserait certainement pas. Rien de tel si ce partenaire est une économie majeure de la stature du Japon, des Etats-Unis ou encore du Canada.

---

<sup>1301</sup> *Hormone Free Cattle Program*.

<sup>1302</sup> V. Sebastiaan PRINCEN, *op.cit.*, p. 178-182.

<sup>1303</sup> V. United States Trade Representative, USTR Announces Final Product List in Beef Hormones Dispute, Press Release 99-60 of 19 July 1999 et Department of Foreign Affairs and International Trade, Canada Retaliates against the EU, Press Release n° 174 of 29 July 1999.

<sup>1304</sup> V. Sebastiaan PRINCEN, *op.cit.*, p. 176.

<sup>1305</sup> V. Léonard J. SCHOPPA, « Two-Level Games and Bargaining Outcomes: Why Gaiatsu Succeeds in Japan in Some Cases but not Others », *International Organization*, vol. 47, n°3, 1993, p. 353.

## **§2. Une procédure à vocation démocratique : la participation des personnes privées**

La pratique conventionnelle européenne reste marquée par une promotion de la participation des personnes privées – physiques ou morales – aux relations économiques, politiques et sociales que l'Union entretient avec ses partenaires internationaux. L'Union européenne reconnaît ainsi, à travers ses accords externes, l'importance grandissante des acteurs privés dans les relations internationales (A). C'est sans doute ce qui explique leur association à la procédure de règlement des différends au travers des communications *amicus curiae* (B).

### **A. L'importance grandissante des acteurs privés dans les relations économiques internationales**

Les accords externes de l'Union européenne reconnaissent l'importance des acteurs privés dans leur gestion<sup>1306</sup>. D'ailleurs, l'article 15.1 TFUE consacre l'ouverture de l'Union européenne à la société civile :

« Afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union oeuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture ».

Ainsi, l'article 2 de l'Accord de Cotonou sur les principes fondamentaux est formulé comme suit: « La coopération ACP-CE, fondée sur un régime de droit et l'existence d'institutions conjointes, s'exerce sur la base des principes fondamentaux suivants [...]».

---

<sup>1306</sup> V. par exemple l'article 11 « Société civile » de l'Accord entre l'Union européenne et l'Amérique centrale : « 1. Les parties favorisent les réunions de représentants des sociétés civiles de l'Union européenne et de l'Amérique centrale, notamment des membres de la communauté universitaire, des partenaires économiques et sociaux et des organisations non gouvernementales. 2. Les parties invitent à la tenue régulière de réunions avec ces représentants, afin de les tenir informés de la mise en œuvre du présent accord et de recueillir leurs suggestions à cet égard ».

Parmi ces principes, l'article évoque le principe de la participation en précisant qu'outre l'Etat, en tant que partenaire principal, le partenariat est ouvert à d'autres acteurs, en vue de favoriser la participation de toutes les couches de la société, du secteur privé et des organisations de la société civile, à la vie politique, économique et sociale<sup>1307</sup>. On voit donc que la participation des personnes privées s'effectue, si besoin est, à tous les niveaux du partenariat et à toutes les étapes de celui-ci. Cela implique leur participation à la procédure de règlement des différends, sur laquelle on reviendra.

La place de plus en plus grande des personnes privées, comme acteurs des relations internationales, a conduit certains à se poser la question de savoir si le droit international articulé autour du seul Etat n'était pas en passe de changer. Du fait de « ce dédoublement du monde », le « deuxième monde » ne serait plus lié par les frontières étatiques. Ses forces vives, que sont les organisations non gouvernementales et les entreprises, se sont largement mondialisées, quoique restant encore régies par les droits nationaux. L'objectif poursuivi par l'Union, en intégrant le principe de la participation dans ses accords externes, est de rendre sa politique commerciale commune efficace.

La personnalité juridique internationale est définie comme la capacité d'être titulaire de droits et d'avoir des obligations à sa charge en droit international. L'Etat a longtemps été la seule entité à en disposer<sup>1308</sup>. La question est plus délicate en ce qui concerne les personnes privées, d'une part, physiques, et d'autre part, morales que sont les ONG et les sociétés. S'agissant des personnes physiques, il est aujourd'hui admis que l'individu dispose d'une « certaine personnalité juridique », notamment dans le cadre de la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire. Mais généralement, cette personnalité ne joue que par la médiation de l'Etat<sup>1309</sup>. Dans son état actuel, le droit de l'OMC ne reconnaît à l'individu ni droit ni obligation à l'égard de l'Organisation.

---

<sup>1307</sup> V. Niels GHEYLE et Ferdi DEVILLE, « How Much Is Enough? Explaining the Continuous Transparency Conflict in TTIP », *Politics and Governance*, vol. 5, n°3, 2017, pp. 16-28

<sup>1308</sup> Ce n'est qu'en 1949 qu'a été reconnue la personnalité des organisations internationales intergouvernementales. Le CIJ dans son avis affirmait : « Une organisation internationale comme l'ONU ne pourrait répondre aux intentions de ses fondateurs si elle était dépourvue de la personnalité internationale.

On doit admettre que ses Membres, en lui assignant certaines fonctions avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtu de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions ». (CIJ, 11 avril 1949, *Avis, Réparation des dommages subis, Rec. 1949*, p. 79). V. Julio A. BARBERIS, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, Tome 179, 1983, pp. 145-304.

<sup>1309</sup> Néanmoins, des évolutions sont perceptibles. V. Emmanuel ROUCOUNAS, « Facteurs privés et droit international public », *RCADI*, Tome 299, 2002, pp. 9-420. V. aussi Franck LATTY, « Ploutocratie et personnalité juridique internationale », in Sarah CASSELLA et Lucie DELABIE (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? Journée d'étude en l'honneur de Pierre Michel EISEMANN*, Pedone, pp. 77-90.



Ceci n'exclut pas pour autant tout moyen d'influence. Mais cette influence dont il jouit en tant que donateur<sup>1310</sup>, consommateur<sup>1311</sup>, électeur et actionnaire, se situe largement en dehors du champ strictement juridique. Pour les personnes morales, la situation est tout autant compliquée. Si le droit international les désigne parfois comme destinataires d'obligations – cas des entreprises multilatérales -, ou leur confère des possibilités limitées d'expression – cas des ONG -, leur capacité juridique reste incomplète. A cela s'ajoute l'existence d'oppositions entre ces personnes privées. Susan George, dans son livret de poche sur l'OMC, pose la question rhétorique suivante : « Pourquoi voulons-nous des règles, mais pas celles de l'OMC ? Pour la simple raison que ces dernières sont faites pour et très largement par les entreprises multinationales<sup>1312</sup> ». Autrement dit, l'auteur critique l'idée de participation des entreprises multilatérales, par le biais du lobbying, aux travaux de l'OMC. Ainsi, l'accent ne sera mis que sur les ONG supposées représenter la société civile. D'ailleurs, les procédures de règlement des différends des accords externes, bien que ne précisant pas les personnes morales privées pouvant faire des communications *amicus curiae*, il va de soi que la participation des sociétés multinationales n'est guère souhaitable. Leur impartialité n'est tout simplement pas garantie. Le phénomène des ONG n'aurait rien de nouveau. Elles auraient longtemps joué un rôle plutôt discret. Ce n'est que progressivement qu'elles ont fait irruption dans la société internationale<sup>1313</sup>. Leur présence est désormais une réalité dont le droit international ne peut plus faire abstraction. Raymond Ranjeva résume leur situation comme suit :

« L'intervention voire l'irruption de l'organisation non gouvernementale à fondamentalement bouleversé les données. Cette nouvelle catégorie d'acteurs ne s'est pas vu octroyer une mission publique provenant d'un Etat ou d'une organisation internationale ; elle est une institution autonome qui ne poursuit que ses propres objectifs dans le respect de ses propres finalités et c'est à ce titre qu'elle participe à l'élaboration des normes appelées à s'imposer à l'Etat souverain. Une révolution juridique se déroule [...] »<sup>1314</sup>.

<sup>1310</sup> Les contributions financières de certains individus au financement des ONG sont notoires. Il en est de même de certains célèbres donateurs (G. SOROS et T. TURNER) qui apportent leur concours aux institutions internationales. Voir en ce sens Philip ALSTON, « The Myopia of the Handmaidens : International Lawyers and Globalization », *EJIL*, vol. 8, n° 3, 1997, pp. 435-448.

<sup>1311</sup> Ici l'influence des individus n'est pas liée à la production de normes, mais dans leur capacité à boycotter les produits fabriqués par une catégorie d'individus (les enfants, les prisonniers, par exemple) ou selon certains procédés. Ils arrivent ainsi à imposer aux entreprises certains standards sociaux.

<sup>1312</sup> V. Susan GEORGE, *Remettre l'OMC à sa place*, Paris, Fayard, coll. Mille et une nuits, 2001, p.10.

<sup>1313</sup> V. Elie COHEN, *L'ordre économique mondial : Essai sur les autorités de régulation*, Paris, Fayard, 2001, 330 pages.

<sup>1314</sup> V. Raymond RANJEVA, « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, 1997, Tome 270, p. 32. V. aussi Rony BRAUMAN, « La communication des ONG : une affaire d'Etats ? », *Entretien R.I.S.*, vol. 4, n° 56, pp. 109-115.

En principe, les ONG, relativement à l'Etat, disposent donc d'une certaine autonomie. La *Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales* du 24 avril 1986 donne une première définition, en droit positif, de l'ONG<sup>1315</sup>. Le caractère privé distingue les ONG des organisations gouvernementales, le but non lucratif les oppose aux sociétés multilatérales. Cependant, rien n'empêche que ces dernières créent une ONG pour mieux protéger leurs intérêts. Il s'agit de la catégorie des *BINGO* (« *Business International Non Governmental Organizations* »). Dans ces conditions, soutenir que ces organisations ne poursuivent qu'un but non lucratif n'est que formellement correct. Si ces associations n'ont pas de but lucratif affirmé, elles défendent, néanmoins - directement ou indirectement - des intérêts commerciaux<sup>1316</sup>. C'est ce qui fait dire à Bob Kieffer :

« Juridiquement, les ONG considérées par l'opinion publique comme « bonnes » (c'est-à-dire dont l'activité est jugée souhaitable) ne sont pas à distinguer de leurs pendants prétendument « dangereux » au service des entreprises<sup>1317</sup> ». Selon lui, qui « réclame plus d'accès aux organisations internationales pour les unes doit l'accepter également au profit des autres<sup>1318</sup> ».

D'ailleurs, l'OMC ne distingue pas entre ONG, syndicats ou organisations patronales. Nul doute que c'est pour éviter ce danger, que les accords externes de l'Union européenne encadrent les communications des personnes privées dans le cadre de la procédure de règlement des différends, en prévoyant notamment que la communication comprenne « une description de la personne, physique ou morale, qui la soumet, y compris la nature de ses activités et l'origine de son financement, et précise l'intérêt que cette personne a dans la procédure d'arbitrage<sup>1319</sup> ». L'objectif est bien évidemment de déterminer ce qui se cache derrière l'organisation.

---

<sup>1315</sup> « La présente convention s'applique aux associations, fondations et autres institutions privées (ci-après dénommées ONG) qui remplissent les conditions suivantes : avoir un but non lucratif d'utilité publique ; avoir été créées par un acte relevant du droit interne d'un Etat contractant ; exercer une activité effective dans au moins deux Etats ; et avoir leur siège social [...] sur le territoire d'un Etat contractant [...] » (article 1<sup>er</sup>).

<sup>1316</sup> V. Bob KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Larcier, 2008, p. 140.

<sup>1317</sup> *Id.*

<sup>1318</sup> *Ibid.* L'auteur nous dit que lors de la Conférence ministérielle de Singapour de l'OMC, des 108 délégations non gouvernementales qui étaient présentes, 65% représentaient des intérêts commerciaux.

<sup>1319</sup> V. Annexe 1 point 39 de l'Accord entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc instituant un mécanisme de règlement des différends, précité.

L'ONU note en ce sens : « La nature du rôle indépendant joué par les ONG dans la société exige une participation réelle ; c'est pourquoi l'indépendance est une qualité majeure de ces organisations et l'une des conditions d'une participation effective<sup>1320</sup> ». Dans un monde parfait, une participation effective ne devrait être accordée qu'aux seules ONG dont l'indépendance est indiscutable.

Les ONG sont d'une diversité remarquable quant à leur taille, leur budget mais surtout leurs buts poursuivis, à savoir politique, humanitaire, économique, sportif, écologique, social. En revanche, un nombre écrasant d'ONG qui s'intéressent aux questions commerciales n'ont, selon Bob Kieffer, que des connaissances « rudimentaires du fonctionnement du système commercial international et recèlent – souvent de bonne foi – des contrevérités avérées »<sup>1321</sup>. Pour autant, les ONG sont un acteur incontournable, tant en dehors qu'à l'intérieur des enceintes de négociation<sup>1322</sup>. L'illustration la plus parfaite est sans doute la Conférence de Rome de 1998<sup>1323</sup>. A propos de celle-ci, le professeur Serge Sur a observé :

« [...] elle a été marquée par l'influence de nombreuses ONG, qui ont été de véritables partenaires de la négociation, soit directement, soit indirectement en investissant certaines délégations, en définissant leur position et en leur fournissant les argumentations correspondantes, parfois même en s'exprimant en leur nom, par l'entremise de membres intégrés dans la représentation officielle de l'Etat. Il y a là une nouvelle dépossession des Etats, qui se sont prêtés à cette atteinte à leur monopole de la conduite des négociations interétatiques [...] »<sup>1324</sup>.

Tous les auteurs ne voient pas d'un mauvais œil l'intervention des ONG.

---

<sup>1320</sup> V. Article 27.1 de l'Agenda 21. Ce dernier est un programme d'action mis en place en 1992 à l'occasion de la Conférence des Nations Unies de Rio de Janeiro. Il met un accent particulier sur le développement durable à l'instar du Préambule de l'Accord instituant l'OMC.

<sup>1321</sup> V. Bob KIEFFER, *op.cit.*, p. 141. V. aussi Jan Aart SCHOLTE, « Société civile et gouvernance mondiale », in Pierre JACQUET, Jean PISANI-FERRY et Laurence TUBIANA (dir.), *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, 2002, p. 211-232.

<sup>1322</sup> V. Gaëlle BRETON-LE GOFF, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 263 pages.

<sup>1323</sup> V. Kenneth ANDERSON, « The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non Governmental Organization and the Idea of International Civil Society », *EJIL*, vol. 11, n°1, 2000, pp. 91-120.

<sup>1324</sup> V. Serge SUR, « La convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, n°1, 1999, p. 37.

Ainsi, Raymond Ranjeva soutient que :

« [...] par leur action tributienne contre les violations des normes, les organisations non gouvernementales représentent un contrepois à la puissance des institutions établies et contribuent à la démocratisation tant de la vie politique que des relations internationales. Elles apportent ainsi un vent de liberté et un trait d'humanité<sup>1325</sup> ».

En réalité, l'action de certaines ONG est même de nature à remettre en cause le pouvoir politique, d'où les réactions parfois assez virulentes de certains gouvernants à leur égard. Nul doute que c'est pour faciliter leur exécution que l'Union européenne ainsi que ses partenaires internationaux, ont fait pièce aux ONG dans le dispositif des accords externes.

Au demeurant, à force que leur pouvoir réel augmente, se multiplient les interrogations sur leur légitimité, dans la mesure où elles prétendent représenter l'opinion et la société civile mondiales. Qu'à cela ne tienne, l'action des ONG a permis d'attirer l'attention des Etats sur des sujets qui préoccupent les opinions publiques<sup>1326</sup>. Pour Pascal Lamy, elles « posent les bonnes questions, même si elles n'apportent pas toujours les bonnes réponses<sup>1327</sup> ». Celles-ci ont également permis d'exprimer un mécontentement à l'égard de la mondialisation dont les Parlements nationaux, censés représenter les populations, n'ont pu se faire des messagers à l'adresse de leurs gouvernements conduisant les négociations internationales.

Trois critères permettent de cerner l'étendue de la capacité, et partant, de la personnalité juridique des acteurs de la vie internationale, selon Patrick Daillier et Alain Pellet :

« [...] la participation directe ou indirecte à l'élaboration des normes qui s'appliquent à la personne morale considérée ; le droit d'en revendiquer le respect dans les rapports entre sujets de droit, dans un rapport contractuel ou avec l'appui de la personne publique ; le droit de recourir à des tiers – administrations ou juridictions – pour en imposer le respect<sup>1328</sup> ».

---

<sup>1325</sup> V. Raymond RANJEVA, « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *op.cit.*, p. 100. Dans le domaine de l'environnement leur rôle a été remarquable. V. Marcelo Dias VARELLA, « Le rôle des organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *JDI*, n° 1, 2005, pp. 41-76.

<sup>1326</sup> V. Dominique MARTIN, Jean-Luc METZGER et Philippe PIERRE, *Les métamorphoses du monde, sociologie de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003, 448 pages.

<sup>1327</sup> V. Pierre DEFRAIGNE, « Pascal Lamy estime que l'appropriation par la société civile des enjeux de la mondialisation est un progrès », *Petites Affiches*, n° 116, 12 juin 2001.

<sup>1328</sup> V. Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., p. 651.

L'application de ces trois critères aux ONG, permet de vérifier leur statut. La participation des ONG aux relations économiques internationales a très tôt été souhaitée. Le projet de Charte de l'OIC, préparé par le gouvernement des Etats-Unis, prévoyait non seulement la consultation mais aussi la coopération entre l'OIC et les ONG. Cette proposition reflétait alors l'attitude favorable des Etats-Unis vis-à-vis de l'initiative privée, même dans les relations internationales<sup>1329</sup>. L'article 87 §2 de la Charte de La Havane disposait que « [...] l'Organisation pourra conclure les arrangements propres à faciliter les consultations et la coopération avec les organisations non gouvernementales intéressées à des questions relevant de la présente Charte ». Le Secrétariat de la Commission intérimaire avait préparé une note devant servir de base à la concrétisation et à la conclusion de ces arrangements<sup>1330</sup>. Le document recommandait notamment l'invitation des ONG en tant qu'observateurs aux Conférences de l'O.I.C. Ces ONG devaient même avoir le droit de suggérer l'inclusion de certains sujets à l'ordre du jour, et en cas d'acceptation, le droit de s'exprimer sur ceux-ci devant la Conférence. Le Secrétariat recommandait en outre, la création de Comités consultatifs composés de représentants d'ONG. Cependant, ces recommandations n'ont jamais vu le jour non seulement à cause de la réticence de certains Etats, mais aussi du fait la Charte n'a jamais été adoptée. Néanmoins, les rédacteurs des accords OMC se sont fortement inspirés du texte de 1948. En effet, l'article V § 2 de l'accord instituant l'OMC stipule : « [L]e Conseil général pourra conclure des arrangements appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite ».

Comparativement au GATT, l'OMC suscite beaucoup plus d'intérêt auprès de la société civile. Les ONG sont certes une réalité avec laquelle l'OMC doit composer, mais leur participation n'est encore guère définitivement acquise. A côté des ONG dites « dociles » - qui acceptent et supportent les politiques poursuivies par l'OMC<sup>1331</sup> -, il existe un groupe dit de « radicaux » - qui œuvre à remettre l'OMC à sa place<sup>1332</sup>, voire à la dissoudre.

---

<sup>1329</sup> V. Bob KIEFFER, *op.cit.*, p. 146.

<sup>1330</sup> V. Steve CHARNOVITZ et John WICKHAM, « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime », *JWT*, vol. 29, n° 5, 1995, p. 117. V. aussi Steve CHARNOVITZ, « Participation of Nongovernmental Organizations in the World Trade Organization », *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 17, n° 1, 1996, pp. 331-357.

<sup>1331</sup> Cas des ONG assimilables aux lobbies commerciaux.

<sup>1332</sup> V. Susan GEORGE, *Remettre l'OMC à sa place, op.cit.*

Cette tension est palpable à la lecture des déclarations du Conseil consultatif sur l'avenir de l'OMC selon lesquelles « [...] le Secrétariat ne devrait pas être tenu de nouer sérieusement le dialogue<sup>1333</sup> » avec les membres de cette catégorie d'ONG. Un troisième camp rallie de plus en plus d'adhérents. Il s'agit de ceux qui acceptent l'existence de l'OMC, mais appellent à une réforme de celle-ci<sup>1334</sup>. Au demeurant, le sentiment général qui prévaut à l'OMC est le souhait de cantonner les ONG à un rôle relativement restreint, car à la suite de longues discussions, « il apparaît que, de l'avis général, il ne sera pas possible de faire participer directement les ONG aux travaux de l'OMC ni à ses réunions<sup>1335</sup> ».

Le système de l'OMC se veut interétatique par essence. Parmi les dix avantages du système commercial de l'OMC, il y a le fait que « le système met les gouvernements à l'abri des intérêts particuliers<sup>1336</sup> ». Dans cette perspective, Debra Steger insiste sur les risques, en l'état actuel, pour les pays en développement, d'une plus grande ouverture de l'OMC en faveur des ONG. L'auteur souligne, à juste titre, le risque de voir certaines ONG, fortes d'une légitimité qu'on ne peut que difficilement mesurer, gagner une influence dont ne jouissent pas toujours les pays en développement<sup>1337</sup>. Par ailleurs, l'activité des ONG impose aussi une certaine transparence dans le fonctionnement du système multilatéral. Ainsi, l'article 23.2 de l'Agenda 21 indique que « [...] les groupes et les organisations doivent avoir accès à l'information [...] sur les produits et les activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir des incidences sensibles sur l'environnement ». Compte tenu du fait qu'un grand nombre de décisions prises au niveau de l'OMC a des incidences environnementales, cette recommandation peut avoir valeur de fondement moral aux revendications des ONG<sup>1338</sup>.

---

<sup>1333</sup> V. Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi (Directeur général), L'Avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire, OMC, 2004, § 212.

<sup>1334</sup> V. Eddy FOUGIER, « Les groupes contestataires français », in La Documentation française, *Le mouvement altermondialiste, Problèmes politiques et sociaux*, n° 897, février 2004, pp. 25-28.

<sup>1335</sup> V. Décision du Conseil général, Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les Organisations non gouvernementales, WT/L/162 du 23 juillet 1996, § 6.

<sup>1336</sup> V. Bob KIEFFER, *op.cit.*, p. 148. V. aussi Daniel C. ESTY, « Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization : Cooperation, competition or exclusion », *JIEL*, vol. 1, n°1, 1998, pp. 123-147.

<sup>1337</sup> V. Debra P. STEGER, « Afterword : "The Trade and..." Conundrum – A Commentary », *AJIL*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 135-145.

<sup>1338</sup> V. Bob KIEFFER, *op.cit.*, p. 149.

De même, le Conseil général, dans sa décision du 18 juillet 1996, précise qu' « en arrêtant [l'article V §2] les Membres reconnaissent le rôle que les ONG peuvent jouer pour mieux informer le public des activités de l'OMC et conviennent à cet égard d'améliorer la transparence et de développer la communication avec les ONG »<sup>1339</sup>. Sur cette base, les relations de l'OMC avec les ONG sont surtout cantonnées à la possibilité, pour celles-ci, de mieux informer le public sur les activités de l'Organisation. Ainsi, le principe de transparence permet la diffusion des informations qui interviennent dans le processus décisionnel ou qui en résultent. Aussi, suppose-t-il la publicité des débats. Or, en principe, les travaux des Conférences, Comités et Groupes de travail de l'OMC, ne sont pas ouverts au public. Ces travaux portant souvent sur des questions délicates, il a été préférable pour les Membres de veiller à leur caractère confidentiel.

Enfin, s'agissant de la participation des ONG à la procédure de règlement des différends, celle-ci a longtemps été refusée. Pourtant, une telle participation active aurait renforcé la légitimité de l'instance en question, le secret favorisant la suspicion.

Cela dit, des exceptions au principe de leur participation peuvent toujours être prévues, notamment lorsque les parties s'opposent formellement à la publicité et/ou quand des motifs particuliers et suffisamment graves imposent le huis clos. C'est le sens de l'affaire *Canada – Maintien de la suspension d'obligations* dans le cadre du différend *CE – hormones*. A la suite d'une demande conjointe des parties, le Groupe spécial a décidé que :

« [...] les réunions des Groupes spéciaux auxquelles les parties sont invitées à comparaître seront ouvertes au public, qui pourra les suivre grâce à une diffusion par télévision en circuit fermé. La réunion des Groupes spéciaux avec les tierces parties restera privée, celles-ci n'étant pas toutes convenues que la réunion soit ouverte au public afin qu'il puisse la suivre<sup>1340</sup> ».

Dès lors, la confidentialité reste la règle, l'ouverture aux ONG l'exception. Or, toute exception est d'interprétation stricte. Mais bien qu'étant exceptionnelle, celle-ci reste possible et encadrée par l'OMC.

---

<sup>1339</sup> V. Décision du Conseil général de l'OMC, Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, WT/L/162, du 23 juillet 1996, point 2.

<sup>1340</sup> V. Communication du Président des Groupes spéciaux relative aux affaires *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones* (WT/DS320/8) et *Canada - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones* (WT/DS321/8) du 2 août 2005.

## **B. Les communications des personnes privées au cours de la procédure d'arbitrage**

La liberté dont disposent les personnes privées pour faire des communications *amicus curiae* est fonction de la volonté de l'UE et de ses partenaires (1). Néanmoins, l'Union et ses partenaires commerciaux n'ont pas reconnu cette liberté à une catégorie spécifique de personnes privées (2).

### **1. Une liberté de communication soumise à la volonté des partenaires**

La légitimité de certaines organisations internationales ou de certains accords internationaux est très souvent remise en cause par la société civile, et plus particulièrement par les ONG. La critique principale est que les décisions prises dans le cadre du système de règlement des différends le sont, en ne tenant compte que des marchandages entre les intérêts étatiques, sans considération des droits et intérêts des particuliers<sup>1341</sup>. C'est pourquoi les ONG ainsi que d'autres instances privées réclament à pouvoir se présenter comme des « amis de la Cour ».

Reposant sur le principe de la participation des personnes privées à toutes les étapes du partenariat, les accords externes de l'Union européenne reconnaissent la liberté, pour les personnes privées, de présenter des communications *amicus curiae* devant le Groupe spécial d'arbitrage<sup>1342</sup>. Cependant, cette liberté est encadrée ainsi que cela s'observe à la lecture de l'annexe 14-B « règles de procédure en matière d'arbitrage », de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Corée<sup>1343</sup>. Ainsi l'article 11 intitulé « Communication *amicus curiae* » dispose :

« À moins que les parties en conviennent autrement dans les trois jours suivant la date de constitution du groupe spécial d'arbitrage, celui-ci peut recevoir des communications écrites non sollicitées de personnes physiques ou morales intéressées des parties, pour autant que ces communications soient faites dans les 10 jours suivant la date de constitution du groupe spécial d'arbitrage, qu'elles soient concises et ne dépassent en aucun cas 15 pages dactylographiées, annexes compris, et qu'elles soient directement pertinentes pour les aspects factuels et légaux examinés par le groupe spécial d'arbitrage ».

---

<sup>1341</sup> V. Brigitte STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, Tome 107, n°2, 2003, p. 258.

<sup>1342</sup> V. Hervé ASCENSIO, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, Tome 105, n°4, 2001, pp. 897-930.

<sup>1343</sup> V. Dinah SHELTON « The Participation of Nongovernmental Organization in International Proceedings », *AJIL*, 1994, pp. 616-619.



Plusieurs remarques à ce niveau. Bien que reconnaissant aux personnes privées la possibilité de faire des communications, les accords externes de l'Union soumettent cette liberté à un certain nombre de conditions. Premièrement, l'Union européenne et ses partenaires peuvent objecter à la réception de toute communication émanant de personnes privées, dans un délai de « *trois jours suivant la date de constitution du groupe spécial d'arbitrage* ». Cela dit, la question qui se pose est celle de savoir si expiré ce délai ils pourront toujours s'opposer à la soumission de mémoires provenant de personnes privées. A la lecture de cet article, il semblerait que les pouvoirs des Groupes spéciaux d'arbitrage soient étendus sur ce point. Deuxièmement, les communications des personnes privées peuvent être aussi bien sollicitées que spontanées, mais doivent-elles aussi être faites « *dans le délai de dix jours suivant la constitution du groupe spécial d'arbitrage* ». Au-delà de ce délai, elles seront rejetées par le Groupe spécial. Mais qu'en est-il des communications sollicitées par le Groupe spécial d'arbitrage après l'expiration de ce délai ? Il semblerait que rien ne s'oppose à ce qu'il puisse inviter des personnes privées à communiquer au-delà de ce délai. Enfin, pour être acceptées, les communications des personnes privées doivent être « *concises et directement pertinentes pour les aspects factuels et légaux examinés* ». Si le critère de concision est clairement défini, celui de la pertinence directe relève de l'appréciation du Groupe spécial d'arbitrage, ce qui lui confère une marge de manœuvre encore plus grande. Cette marge de manœuvre est d'autant plus grande que le Groupe spécial d'arbitrage, après avoir reçu les communications des personnes privées, est libre de ne pas « *aborder dans sa décision les arguments factuels ou légaux présentés dans ces communications* ». Cette réticence à l'égard des communications *amicus curiae* dans les accords externes de l'Union européenne, fait écho à l'évolution qu'elles ont connue dans le cadre du droit de l'OMC. Il serait dès lors intéressant de revenir sur les positions des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel vis-à-vis des communications des personnes privées. Cela est d'autant plus important que les stipulations des accords externes de l'Union recommandent aux arbitres d'adopter des interprétations « compatibles » avec la jurisprudence de l'ORD.

En ce qui concerne les Groupes spéciaux, l'évolution s'est faite au cours du temps. Sous l'empire du GATT, certains documents de cet acabit ont pu être transmis au Secrétaire, mais n'ont jamais été pris en considération par les membres de Panels<sup>1344</sup>. Le principe était que le système mis en place par le GATT était purement interétatique.

---

<sup>1344</sup> V. Brigitte STERN, *op.cit.*, p. 260.

Une solution identique a été adoptée au début du fonctionnement du nouveau mécanisme de règlement des différends de l'OMC<sup>1345</sup>. Mais un tel *statu quo* ne pouvait perdurer indéfiniment compte tenu de l'évolution de la société internationale<sup>1346</sup>. C'est dans ce contexte qu'on assista au revirement qui s'est opéré avec l'affaire *Crevettes – Tortues*<sup>1347</sup>. Ayant reçu des mémoires d'*amicus curiae* d'ONG de protection de l'environnement, le Groupe spécial, se fondant sur une lecture littérale de l'article 13, a refusé de les prendre en compte en tant que mémoires soumis directement, tout en acceptant qu'ils soient annexés aux écritures des parties<sup>1348</sup>. Le Groupe spécial a considéré que selon le texte de l'article 13 du MARD, l'initiative de présenter des mémoires d'*amicus curiae* ne pouvait être reconnue à quiconque sinon au Groupe spécial<sup>1349</sup>. On note ici une différence avec les accords externes de l'Union où l'initiative est bien partagée entre les personnes privées – pouvant soumettre des mémoires spontanément – et le Groupe spécial d'arbitrage qui peut les solliciter. L'Organe d'appel a cependant rejeté cette analyse du Groupe spécial en estimant que :

« [...] il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un Groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés »<sup>1350</sup>.

---

<sup>1345</sup> *Id.* Dans les affaires *Essence et Hormones*, les mémoires soumis aux Groupes spéciaux n'avaient pas été pris en compte.

<sup>1346</sup> Les acteurs se sont diversifiés dans le cadre des relations internationales. Voir en ce sens Brigitte STERN, « Etats et souveraineté : la souveraineté de l'Etat face à la mondialisation », in Yves Michaud (dir.), *Université de tous les savoirs. Qu'est-ce que la société ?*, vol. 3, Paris, *Edile Jacob*, 2000, pp. 828-839.

<sup>1347</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Prohibition de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (ci-après *Crevettes – Tortues*), 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, § 101.

<sup>1348</sup> V. Article 13 « Droit de demander des renseignements ».

« 1 – Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques. Toutefois, avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre. Les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés. Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis.

2 – Les groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts ».

<sup>1349</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Crevettes – Tortues*, WT/DS58/R, du 15 mai 1998, § 7.8 : « Nous notons que, conformément à l'article 13 du *Mémoire d'accord*, l'initiative de demander des renseignements et d'en choisir la source revient au groupe spécial ».

<sup>1350</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, § 108.

C'est le même pouvoir dont dispose le Groupe spécial d'arbitrage dans les accords externes de l'Union. L'Organe d'appel reconnaît ainsi au Groupe spécial un large pouvoir d'appréciation. Cette grande latitude est nécessaire pour lui permettre de remplir sa mission au mieux. Celle-ci signifie que désormais, le Groupe spécial a toute la latitude de traiter des mémoires d'*amicus curiae*. L'Organe d'appel précise qu'un Groupe spécial :

« [...] a en particulier la possibilité et le pouvoir de déterminer si des renseignements et des avis sont nécessaires dans une affaire donnée, d'évaluer l'admissibilité et la pertinence des renseignements ou avis reçus et de décider quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu »<sup>1351</sup>.

Cette solution comporte un effet pervers, d'après Brigitte Stern, en ce sens que « pour effectuer ces choix successifs, il faut que les Groupes spéciaux lisent les documents soumis<sup>1352</sup> ». Il semblerait, selon elle, qu'au terme de cette décision, il faille distinguer entre les mémoires d'*amicus curiae* annexés aux écritures des parties et ceux qui ne le sont pas. Il en découle pour les organes de jugement, une « obligation » de prise en compte des mémoires annexés, et seulement une « faculté » de prendre en considération pour les autres<sup>1353</sup>.

Cette distinction pourrait être opérée dans le cadre des accords externes de l'UE si les Groupes spéciaux d'arbitrage adoptaient la même démarche. Dans certains accords la distinction n'est pas effectuée entre « mémoires *amicus curiae* sollicités » et « mémoires non sollicités ». Dans d'autres accords, comme l'Accord *Union européenne – République de Corée*, il y est fait état de « *communications écrites non sollicitées de personnes physiques ou morales intéressées des parties*<sup>1354</sup> ». Bien que des communications puissent être sollicitées par les arbitres, on remarque dans cette perspective, qu'il est possible que le Groupe spécial d'arbitrage reçoive des mémoires de personnes privées « intéressées » qui viennent en soutien aux Etats parties au différend. Une telle possibilité qui semble admise par l'OMC, montre que ce n'est pas tant le caractère « intéressé ou désintéressé » de la communication de la personne privée qui est importante, que les renseignements qu'elle fournit. Dans ces conditions, il devient possible d'affirmer qu'à l'instar de la jurisprudence OMC, les mémoires d'*amicus curiae* de personnes privées ressortissantes des Etats en litige, annexés aux dossiers de ces Etats, devraient être « obligatoirement » pris en compte par les Groupes spéciaux d'arbitrage.

---

<sup>1351</sup> *Id.*, § 110.

<sup>1352</sup> V. Brigitte STERN, *op.cit.*, p. 262.

<sup>1353</sup> *Id.*, p. 263.

<sup>1354</sup> V. Article 11.1 de l'annexe 14-B.

En revanche, ceux qui ne sont pas annexés aux dossiers des Etats, laisseraient une certaine latitude aux Groupes spéciaux pour les prendre en compte. Cependant, certains auteurs, comme Arthur Appleton, estiment que même à l'égard des mémoires *amicus curiae* annexés, les Groupes spéciaux de l'OMC disposent encore d'une certaine latitude dans la façon de les prendre en compte<sup>1355</sup>. Ce qu'a semblé dire l'Organe d'appel en ces termes :

« La groupe spécial avait donc le droit d'examiner et de prendre en compte la section de l'intervention que les Etats-Unis ont annexée à leur deuxième communication au groupe spécial, comme n'importe quelle autre des pièces présentés par les Etats-Unis<sup>1356</sup> ».

Quant à Brigitte Stern, elle estime que ce passage veut simplement dire que « la décision d'autoriser les parties à annexer un mémoire d'ONG entrainé dans les pouvoirs du Groupe spécial », et qu' « une fois ces mémoires annexés, ils devaient être pris en considération exactement comme toute autre soumission des Etats parties<sup>1357</sup> ».

Pour ce qui est de l'Organe d'appel, l'admission des mémoires d'*amicus curiae* s'est également faite progressivement. C'est dans l'affaire *Crevettes – Tortues*, que l'Organe d'appel a semblé ouvrir une brèche en direction de la prise en considération des mémoires d'ONG. En l'espèce, les Etats-Unis avaient joint à leur communication, « trois interventions désintéressées » d'ONG, ce à quoi avaient objecté les intimés. Il était avancé, entre autres, par ces derniers, que leur prise en compte était incompatible avec l'essence même de la procédure d'appel. En effet, l'article 17:6 du MARD précise que l'appel était limité aux seules questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial. Or, les documents des ONG comprennent de nombreux éléments factuels. En outre, l'une des organisations a fourni, ultérieurement à la présentation de son mémoire en annexe de la communication des Etats-Unis, une version modifiée, qu'elle a transmise directement à l'Organe d'appel. Dans une décision de procédure préliminaire, l'Organe d'appel avait admis de prendre en compte les informations fournies par les ONG sans distinguer entre les modalités de présentation des mémoires. En réalité, l'Organe d'appel avait interrogé les Etats-Unis sur l'articulation précise entre leur propre communication et celles des ONG.

---

<sup>1355</sup> V. Arthur E. APPLETON, « Shrimp/Turtle : Untangling the Nets », *JIEL*, vol. 2, n° 3, 1999, p. 485.

<sup>1356</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, § 109.

<sup>1357</sup> V. Brigitte STERN, *op.cit.*, p. 263.

Les Etats-Unis ayant clarifié ce point<sup>1358</sup>, l'Organe d'appel a accepté les communications des ONG, dans la mesure où l'Etat les prend à son compte ; c'est-à-dire qu'elles font partie intégrante de la communication de l'appelant, d'une part, et qu'elles ne sont pas en contradiction avec la communication principale, d'autre part<sup>1359</sup>. Ces deux conditions pourraient être appliquées par un Groupe spécial d'arbitrage des accords externes de l'Union dans sa détermination de l'admission des mémoires *amicus curiae*. Sans habilitation expresse, l'Organe d'appel a donc accepté dans sa décision préliminaire, d'une part, la possibilité d'annexer dans une certaine mesure des mémoires d'*amicus curiae* aux écritures des Parties, et d'autre part, la soumission directe d'un mémoire d'*amicus curiae*.

Relativement à la possibilité pour les Etats d'annexer des mémoires, l'Organe d'appel « l'a en réalité admise sans vraiment l'admettre »<sup>1360</sup>. Car après avoir demandé aux Etats-Unis s'ils faisaient leur les raisonnements juridiques des ONG dans les mémoires annexés – et avoir obtenu une réponse en partie positive et en partie négative -, l'Organe d'appel a décidé de prendre « essentiellement en considération les arguments américains »<sup>1361</sup>. Quant à la possibilité de soumission directe, aucune allusion n'y est faite dans le rapport final, conduisant certains auteurs à dire que l'Organe d'appel avait fait un pas en arrière à la suite des contestations des intimés<sup>1362</sup>. Cependant, une brèche a bel et bien été ouverte dans la mesure où l'Organe d'appel avait accepté, sans le dire, un texte révisé d'une soumission d'ONG qui avait été initialement annexée aux écritures américaines, et qui par la suite a été transmis directement, sans passer par le gouvernement américain. L'évolution ultérieure ira néanmoins dans le sens d'une plus grande ouverture de l'Organe d'appel aux ONG. Cette ouverture qualifiée tantôt de « grande, mais en trompe-l'œil<sup>1363</sup> » dans l'affaire *Amiante*<sup>1364</sup>, a été remarquable dans l'affaire *Etats-Unis – Plomb et Bismuth II*<sup>1365</sup>.

---

<sup>1358</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Crevettes – Tortues*, *op.cit.*, § 86 : « [...] les trois communications préparées par des organisations non gouvernementales reflètent les vues indépendantes de ces organisations...Les Etats-Unis approuvent les arguments juridiques exposés dans les communications des organisations non gouvernementales dans la mesure où ces arguments vont dans le même sens que ceux que nous avons présentés dans notre principale communication ».

<sup>1359</sup> *Id.*, § 89.

<sup>1360</sup> V. Brigitte STERN, *op.cit.*, p. 265.

<sup>1361</sup> *Id.*

<sup>1362</sup> V. Arthur E. APPLETON, *op.cit.*, p. 487. L'auteur affirme : « The Appellate Body's decision not to explain its legal basis, if any, for accepting CIEL submission brings into doubt its authority to accept amicus curiae briefs directly from non-members ».

<sup>1363</sup> V. Brigitte STERN, *op.cit.*, p. 269.

<sup>1364</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

<sup>1365</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000.

C'est dans cette affaire que l'Organe d'appel a, pour la première fois, explicitement considéré<sup>1366</sup> qu'il avait le pouvoir d'accepter les communications d'*amicus curiae*. En l'espèce, certaines interventions d'associations d'industriels, qui avaient été refusées à cause de leur tardiveté par le Groupe spécial, ont été à nouveau présentées devant l'Organe d'appel.

N'ayant pas expliqué dans l'affaire *Crevettes – Tortues* sur quelle base juridique il se fondait pour accepter le mémoire d'*amicus curiae* directement soumis, l'Organe d'appel va enfin le faire dans ce rapport<sup>1367</sup>. Dans l'optique d'anticiper sur les critiques prévisibles, l'Organe d'appel a précisé que la position qu'il a adopté ne conférerait « aucun droit » de présenter un mémoire d'*amicus curiae* à d'autres entités que les Etats<sup>1368</sup>. Parallèlement, il se reconnaît le droit d' « accepter et d'examiner » des mémoires d'*amicus curiae* en vertu du MARD<sup>1369</sup>. Cette marge de manœuvre illimitée qu'il s'octroie, à l'instar de celui reconnu au Groupe spécial d'arbitrage dans les accords externes de l'Union, se résume dans l'expression « *si nous jugeons qu'il est pertinent et utile de le faire*<sup>1370</sup> ».

Sollicité par de nombreuses ONG dans l'affaire *Amiante*, l'Organe d'appel avait décidé de fixer le mode d'emploi des *amicus curiae* par l'adoption de règles de procédure et de fond encadrant leur admission<sup>1371</sup>. Soit dit en passant, ces règles étaient limitées à l'affaire en cours. En l'espèce, l'Organe d'appel avait posé les règles lui permettant de traiter de façon transparente les demandes d'autorisation de déposer des mémoires d'*amicus curiae*, en estimant que « la conduite équitable et régulière de l'appel pouvait être facilitée par l'adoption de procédures appropriées, aux fins de cet appel uniquement<sup>1372</sup> ». Ainsi, dans un document adopté le 7 novembre 2000, était établie une procédure additionnelle dans laquelle étaient posés un certain nombre de critères à suivre<sup>1373</sup>. Cette affaire était l'occasion pour certains Membres de considérer qu'il y avait une « incitation à présenter des mémoires d'*amicus curiae* » de la part de l'Organe d'appel.

---

<sup>1366</sup> L'Organe d'appel confirmera sa position dans l'affaire Sardines : « Nous avons le pouvoir d'accepter les mémoires d'*amicus curiae*. Nous avons énoncé ce pouvoir pour la première fois dans notre rapport sur l'affaire Etats-Unis - Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni » (§157). V. Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, 26 septembre 2002.

<sup>1367</sup> V. WT/DS138/AB/R, *op.cit.*, § 39.

<sup>1368</sup> *Id.*, § 41.

<sup>1369</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>1370</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>1371</sup> V. Gaert A. ZONNENKEYN, « The Appellate Body's Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case, *JWT*, vol. 35, n°3, 2001, pp. 553-563.

<sup>1372</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Amiante*, *op.cit.*, § 50.

<sup>1373</sup> Critères fortement inspirés de ceux proposés par Gabrielle MARCEAU et Matthew STILWELL, « Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies », *JIEL*, vol. 4, n°1, 2001, pp. 155-187.

En dépit de cette apparente propension à favoriser la soumission de mémoires d'*amicus curiae*, il est à noter que dans cette affaire, aucun des nombreux mémoires déposés n'avait été accepté<sup>1374</sup>. Les accords externes ne reconnaissent pas la possibilité de présenter des mémoires *amicus curiae* à une seule catégorie de personnes privées.

## **2. Une liberté de communication non reconnue à une catégorie spécifique de personnes privées**

Les accords externes de l'Union européenne ne limitent pas la faculté de présenter des mémoires *amicus curiae* à une catégorie précise de personnes privées physiques ou morales<sup>1375</sup>. Autrement dit, les ONG ne sont pas les seules habilitées à soumettre des communications *amicus curiae* aux Groupes spéciaux d'arbitrage bien qu'elles soient les entités les plus en vue en la matière. A partir de là, il devient légitime de se poser la question de savoir si les sociétés transnationales peuvent être admises à soumettre des mémoires *amicus curiae* compte tenu de leur nature intéressée ? Cela dit, la diversité (a) des personnes privées pouvant intervenir dans la procédure arbitrale des accords externes de l'Union européenne, rappelle encore une fois la pratique de l'ORD en la matière. Etant donné que les Groupes spéciaux d'arbitrage sont invités à s'inspirer de la jurisprudence OMC, on pourrait légitimement penser que l' « acquis OMC » sur la question pourrait fortement influencer les arbitres appelés à trancher les litiges dans le cadre des accords externes de l'Union. Cet acquis reste marqué par une constance réticence à l'égard des mémoires (b).

### **a) Une diversité d'*amicus curiae***

Dans le cadre de l'affaire *Crevettes – Tortues*, ce sont deux *organisations non gouvernementales environnementales* qui sont intervenues devant le Groupe spécial<sup>1376</sup>. Ce dernier recevra par la suite la communication d'une autre ONG environnementale<sup>1377</sup>. Devant l'Organe d'appel, elles furent plus nombreuses à vouloir intervenir.

<sup>1374</sup> L'explication à une telle attitude est fournie par l'Organe d'appel dans l'affaire *Amiante* au § 56.

<sup>1375</sup> V. Article 11.1 de l'annexe 14-B de l'Accord de libre-échange entre l'UE et la Corée précité.

<sup>1376</sup> Center for Marine Conservation - « CMC » : Centre pour la protection du milieu marin ; Center for International Environmental Law – « CIEL » : Centre pour le droit environnemental international.

<sup>1377</sup> Fonds mondial pour la nature (WWF en anglais).

Les Etats-Unis ont joint à leur communication trois « interventions désintéressées » d'ONG. On a vu, par la suite, qu'une de ces ONG a présenté une version révisée de sa communication, transmise directement à l'Organe d'appel sans passer par le truchement du gouvernement américain.

Dans l'affaire *Australie – Saumons*<sup>1378</sup>, relative à la procédure de mise en œuvre prévue à l'article 21:5, l'Organe d'appel a reçu la *lettre d'un groupe de pêcheurs et de transformateurs de poisson d'Australie du Sud* préoccupé par la question. Il ne s'agissait pas d'une intervention d'ONG poursuivant une activité d'intérêt général, mais d'acteurs économiques privés concernés en dernière analyse par les décisions qui allaient être prises dans le cadre du mécanisme de règlement des différends. Le Groupe spécial a estimé au stade préliminaire que les renseignements contenus dans cette lettre, étaient pertinents pour ses travaux et a accepté de les considérer comme faisant partie du dossier. La décision a été prise en vertu des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'article 13 :1 du MARD<sup>1379</sup>. Ainsi étend-elle la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial dans l'admission des mémoires d'*amicus curiae*.

Dans une autre affaire, *Etats-Unis – Plomb et Bismuth II*, s'est de nouveau posé le problème de l'acceptation de mémoires d'*amicus curiae* provenant d'*associations*<sup>1380</sup>. Tout en rappelant qu'il avait de larges pouvoirs discrétionnaires dans l'acceptation de ces mémoires, le Groupe spécial avait décidé de les rejeter car étant soumis tardivement<sup>1381</sup>. Néanmoins, les associations ont présenté, à nouveau, des mémoires non sollicités devant l'Organe d'appel, qui les a reçus sans en prendre compte.

L'affaire *Etats-Unis – Loi sur le droit d'auteur* a été marquée par la communication *amicus curiae* d'un *cabinet juridique*. Etait en cause la copie transmise au Groupe spécial, d'une lettre adressée par un cabinet juridique représentant la *Société américaine des compositeurs, auteurs et éditeurs* (ASCAP, *American Society of Composers, Authors and Publishers*) au Représentant des Etats-Unis pour les questions commerciales internationales (« USTR »). Les positions des parties à cette affaire étaient contrastées.

---

<sup>1378</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Recours du Canada à l'article 21:5*, WT/DS18/RW, 18 février 2000.

<sup>1379</sup> *Id.*, § 7.9.

<sup>1380</sup> Les mémoires ne provenaient pas d'ONG proprement dites, mais d'associations qui défendaient les intérêts d'industriels. Il s'agissait de l'Institut américain du fer et de l'acier (« American Iron and Steel Institute ») et de l'Industrie nord-américaine des aciers spéciaux (« Specialty Steel Industry of North America »).

<sup>1381</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 23 décembre 1999, WT/DS138/R, § 3.



Les Etats-Unis, bien qu'étant favorables au principe des mémoires d'*amicus curiae*, ne pensaient pas qu'en l'espèce cette lettre devait être acceptée<sup>1382</sup>. Quant à l'Union européenne, elle cherchait à préciser l'étendue du pouvoir dont disposaient les Groupes spéciaux relativement à la prise en compte des mémoires d'*amicus curiae*, en distinguant les questions de fait des questions de droit<sup>1383</sup>. Le Groupe spécial a accepté la lettre sans en tenir compte du fait qu'elle n'apportait pas de nouveaux éléments et faisait double emploi<sup>1384</sup>. Pour soutenir la position de l'Inde, l'*Association de commerce extérieur* (« *Foreign Trade Association* ») avait soumis un mémoire d'*amicus curiae* dans le cadre de l'affaire *Communautés européennes – Linde de coton*<sup>1385</sup>. La communication certes accueillie, n'a pas été prise en compte.

L'affaire *Etats-Unis – Amiante* est aussi fort intéressante. Cinq mémoires d'*amicus curiae* ont été présentés à différents stades de la procédure. On y a assisté à une véritable diversification des acteurs privés intervenus : organisation syndicale, association mexicaine, ONG établie en Inde. L'Union européenne avait intégré deux communications *amicus curiae* dans ses propres conclusions, tout en demandant au Groupe spécial de rejeter les autres. Le Canada quant à lui souhaitait que toutes soient écartées. Le Groupe spécial a effectivement pris en compte les deux communications annexées aux documents de l'Union<sup>1386</sup> et en a rejeté deux autres sans explication et la dernière pour cause de tardiveté. Devant l'Organe d'appel, 13 communications désintéressées avaient été présentées. A la suite de l'adoption d'une procédure additionnelle, celles-ci ont été renvoyées à leurs auteurs pour une nouvelle soumission selon la nouvelle procédure additionnelle. On a noté dans cette affaire, une « diversification de l'origine des *amicus curiae*, aussi bien sur le plan géographique – association mexicaine, ONG indienne, coréenne, thaïlandaise, sénégalaise, colombienne -, que sur le plan des institutions concernées – professeurs et centres universitaires, ONG environnementales, associations d'industriels de l'amiante<sup>1387</sup> ». C'est cette ouverture du système multilatéral, bien qu'encadrée, vis-à-vis des mémoires d'*amicus curiae* qu'on retrouve étendue aux accords externes de l'Union.

---

<sup>1382</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, § 6.5.

<sup>1383</sup> *Id.*, § 6.6.

<sup>1384</sup> *Id.*, § 6.8.

<sup>1385</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linde de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/R, du 3 octobre 2000, § 6.1.

<sup>1386</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/P, 18 septembre 2000, § 8.12.

<sup>1387</sup> V. Brigitte STERN, *op.cit.*, p. 279.

Des personnes privées aussi diverses que variées pourraient effectivement soumettre des mémoires d'*amicus curiae* aux Groupes spéciaux d'arbitrage. L'indétermination des personnes privées habilitées à soumettre des mémoires aux Groupes spéciaux d'arbitrage, conduit à considérer que l'Union européenne n'est pas opposée, en principe, à ces derniers.

### **b) La persistance des réticences à l'égard des *amicus curiae***

L'ouverture du système commercial multilatéral relativement aux communications *amicus curiae* ne s'est pas opérée sans controverses entre les Membres. Ainsi, l'affaire *Etats-Unis – Plomb et Bismuth II* a été l'occasion pour ces derniers, de faire valoir des points de vue opposés<sup>1388</sup>. L'Union européenne, en ce qui la concerne, considérait que :

« [...] la façon dont l'Organe d'appel avait traité la question des mémoires d'*amicus curiae* n'était pas entièrement satisfaisante...L'Organe d'appel avait conclu qu'il avait le pouvoir, en vertu du Mémoire d'accord, d'accepter et d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* s'il jugeait qu'il était pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel. Toutefois, l'Organe d'appel n'a pas indiqué dans quelles circonstances il pourrait juger pertinent d'examiner des mémoires d'*amicus curiae*, et il n'a pas non plus fait savoir comment ceci serait reflété dans ses propres procédures de travail »<sup>1389</sup>.

Quant aux Etats-Unis, ils sont ceux qui se montrent les plus enthousiastes en ce qui concerne les positions adoptées par l'Organe d'appel à propos de son pouvoir d'accueillir des mémoires d'*amicus curiae* au stade de l'appel<sup>1390</sup>. En outre, le représentant de Hong Kong Chine avançait un argument important en indiquant que le pouvoir que s'est arrogé l'Organe d'appel ne relevait pas des pouvoirs procéduraux qui lui sont conférés par l'article 17:9 du MARD<sup>1391</sup>. Cette position est partagée par l'Argentine ainsi que l'ensemble des pays en développement<sup>1392</sup>, qui estiment que le système de règlement des différends est interétatique.

---

<sup>1388</sup> V. Réunion de l'ORD, WT/DBS/M/83, du 7 juin 2000.

<sup>1389</sup> *Id.*, § 5.

<sup>1390</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>1391</sup> *Ibid.*, § 15.

<sup>1392</sup> *Ibid.*, § 14.

Hervé Ascensio déclare d'ailleurs en ce sens que l'« amicus curiae est la brèche procédurale par laquelle peuvent s'engouffrer individus, sociétés et associations lorsque la qualité de partie est réservée aux Etats<sup>1393</sup> ». Leur irruption dans le cadre du système de règlement des différends aussi bien à l'OMC que dans les accords externes de l'Union est certes salubre - dans le sens où celle-ci procède d'un processus de démocratisation -, mais réunit parallèlement les conditions d'une opposition entre ONG proprement dites (militant de façon officielle pour l'intérêt général) et ONG représentant des intérêts commerciaux ou encore des intérêts étatiques dont les GONGO sont les représentantes<sup>1394</sup>.

## CONCLUSION CHAPITRE

Dans sa pratique conventionnelle, l'Union européenne a fait le choix de mettre en place un système d'administration des obstacles non tarifaires mixte. L'hybridité du mécanisme européen se traduit par l'établissement d'une procédure non judiciaire et judiciaire de règlement des conflits susceptibles de naître dans le cadre de l'application des accords externes. Tout le système européen est bâti autour de la philosophie de la prévention des conflits entre l'Union européenne et ses partenaires commerciaux internationaux. Concrètement, la recherche de solutions diplomatiques aux différends constitue le paradigme de base d'administration des obstacles non tarifaires. L'ultime étape du processus matérialisée par le déclenchement de la procédure judiciaire (arbitrale) doit intervenir en dernier ressort et de façon exceptionnelle lorsque toutes les solutions de résolution politique auront échoué. La mise en place même du mécanisme arbitral s'inscrit dans une perspective de résorption bilatérale des conflits, en évitant autant que possible la saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Qu'à cela ne tienne, l'observation du fonctionnement du mécanisme européen conduit à constater qu'il s'agit d'une extension *mutatis mutandi*, voire une adaptation, dans un cadre bilatéral, de son pendant multilatéral.

---

<sup>1393</sup> V. Hervé ASCENSIO, « L'amicus curiae devant les juridictions internationales », *RGDIP*, Tome 105, n°4, 2001, p. 900.

<sup>1394</sup> *Governmental Nongovernmental Organizations*.

**TITRE DEUXIEME**  
**L'IMPACT DU SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES**  
**OBSTACLES NON TARIFAIRES SUR LE SYSTEME COMMERCIAL**  
**MULTILATERAL**

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires n'évolue pas indépendamment du système commercial multilatéral. C'est ainsi qu'il faut comprendre les nombreuses références aux accords de l'Organisation mondiale du commerce à travers les dispositions des accords externes de l'Union. D'ailleurs, ces accords externes sont régis par l'article XXIV du GATT dans la mesure où ils constituent des accords de libre-échange dont la légalité est conditionnée par l'existence d'un certain nombre de conditions<sup>1395</sup>. Ainsi, ces accords doivent-ils être compatibles avec les accords OMC. C'est dire qu'ils ne doivent pas affecter négativement le système commercial multilatéral. A contrario, l'affectation positive du système multilatéral aurait certainement pour effet de renforcer la crédibilité du système européen d'administration des obstacles non tarifaires. L'Union européenne est la première puissance commerciale mondiale. Elle conclut des accords externes de plus en plus nombreux à travers une approche juridico-institutionnelle type. L'effet combiné du système européen et américain d'administration des obstacles non tarifaires pourrait avoir des répercussions sur le système commercial multilatéral. Il serait intéressant de saisir la portée d'une telle affectation (**Chapitre 1**). Le système multilatéral est-il positivement et/ou négativement affecté par le système européen d'administration des obstacles non tarifaires ? L'établissement de la réalité de l'affectation négative du système commercial multilatéral devrait inéluctablement donner lieu à une réflexion sur son évolution (**Chapitre 2**). La doctrine a développé des théories assez intéressantes permettant de résoudre le problème des tensions existant entre le système multilatéral et les Etats souverains soucieux de poursuivre leurs préférences collectives. La principale raison pour laquelle la légitimité de l'OMC est remise en cause est la censure récurrente des mesures de politiques publiques internes par l'Organe de règlement des différends.

---

<sup>1395</sup> V. Christian DEBLOCK, « Le régionalisme commercial. Y a-t-il encore un pilote dans l'avion ? », *Revue Interventions économiques*, n°55, 2016, pp. 1-29.

## CHAPITRE 1

### L’AFFECTATION DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL

En sa qualité de première puissance commerciale mondiale, le système d’administration des obstacles non tarifaires mis en place par l’Union européenne, à travers ses accords externes, affecte le système commercial multilatéral. La question qui se pose est celle de la portée de cette affectation. L’unité et l’intégrité du système multilatéral doivent être préservées par les Membres de l’OMC conformément à leurs engagements pris au travers des accords. On a essayé de saisir les raisons fondamentales de l’institution du système commercial multilatéral ainsi que ses différentes composantes. L’analyse profonde du système européen a permis de conclure à la potentialité d’une affectation positive mais aussi négative du système multilatéral. Positivement, le système européen d’administration des obstacles non tarifaires ne remet pas en cause la compétence de l’Organe de règlement des différends de l’OMC. Les accords rappellent la compétence de l’ORD dans les matières qui sont régies par l’Organisation en ouvrant un droit d’option à l’Union européenne et à ses partenaires. Aussi, l’existence du système européen conduit, à quelques égards, à un renforcement indirect du système multilatéral. Ce dernier n’est pas parfait et les décisions qui sont prises en son sein ne sont pas toujours légitimes dans la perspective des Membres mais également de la société civile internationale. En cela, le système européen d’administration des obstacles non tarifaires est un complément au système multilatéral (**Section 1**). A ces aspects positifs, viennent s’ajouter des considérations négatives. En se déployant en parallèle du système multilatéral, le système européen d’administration des obstacles non tarifaires pourrait l’affecter négativement (**Section 2**). Les accords de libre-échange doivent respecter les prescriptions multilatérales. L’obligation de conformité aux accords OMC joue aussi bien pour les solutions mutuellement convenues adoptées dans le cadre bilatéral que pour les décisions rendues par les organes de jugement des accords. En outre, la simple existence du système européen d’administration des obstacles non tarifaires est de nature à relancer le débat sur la fragmentation réelle ou supposée du système commercial multilatéral.

**SECTION 1**  
**LE SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON**  
**TARIFAIRES : UN COMPLEMENT AU SYSTEME DE REGLEMENT DES**  
**DIFFERENDS DE L'O.M.C**

Loin de vouloir s'opposer au système multilatéral de règlement des différends de l'OMC, le système mis en place par l'Union européenne, à travers ses accords externes, s'inscrit dans une optique de complément. En dépit des critiques contre le système multilatéral, l'Union européenne continue à préserver son intégrité. Les dispositions des accords bilatéraux reviennent bien souvent sur la nécessité de respecter les droits et les obligations des Membres dans le cadre de l'OMC. L'analyse du système européen montre l'aménagement d'une sphère de compétence de l'Organe de règlement des différends (§2) d'où découle un renforcement indirect du système de règlement des différends de l'OMC (§1).

**§1. Le renforcement indirect du système de règlement des différends de l'O.M.C**

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires renforce son pendant multilatéral à travers l'allègement de la charge de l'Organe de règlement des différends (A), et le développement des normes OMC dans le cadre bilatéral (B).

**A. L'allègement de la charge de l'organe de règlement des différends de l'O.M.C**

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires a, à travers les accords externes de l'Union européenne, l'effet d'alléger la « charge » de l'organe de règlement des différends de l'OMC à bien des égards. L'allègement dont il s'agit, sera appréhendé sous divers angles.

L'un des objectifs du système commercial multilatéral est de prévenir l'éclatement de « contentieux » devant nécessiter la saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Il est vrai que l'Organisation mondiale du commerce a pour rôle principal de maintenir un équilibre entre les droits et les obligations des Membres. Il s'agit de son objectif premier et toute la politique jurisprudentielle de l'Organe de règlement des différends est marquée par cette ligne de conduite.

D'ailleurs, l'analyse de sa jurisprudence a révélé l'existence d'une certaine charge idéologique à travers le diktat de la légalité commerciale dans l'interprétation des dispositions des accords. Cette approche a eu pour conséquence de donner à l'OMC l'image d'une Organisation sacrifiant non seulement les politiques non économiques des Etats, mais aussi un certain nombre de valeurs qui sont l'expression des préférences collectives des Etats qui se sont assignés la mission de les défendre. Bien que cette vision soit peu contestable, force est néanmoins de reconnaître que le règlement des conflits par la voie contentieuse - c'est-à-dire par la constitution de Groupes spéciaux ou la saisine de l'Organe d'appel - n'est pas le principe à la lecture des textes. Il s'agit d'un mécanisme mis en mouvement en ultime recours. Ainsi, l'article 3, à travers ses alinéas 6 et 7, expose la méthodologie utilisée par les Membres de l'OMC pour arriver à résoudre les différends qui surgissent entre eux et portant sur le non-respect des accords.

« 6. Les solutions convenues d'un commun accord pour régler des questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends seront notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents, devant lesquels tout Membre pourra soulever toute question à ce sujet.

7. Avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile. Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable. En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés. Il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé. Le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise »<sup>1396</sup>.

---

<sup>1396</sup> V. OMC, Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2.

Plusieurs choses sont à relever à la lecture de ces deux alinéas. Premièrement, en cas de contestation née de la mise en œuvre des accords OMC, le réflexe des Membres ne doit pas être de s'inscrire systématiquement dans une logique contentieuse en demandant la constitution d'un Groupe spécial et, éventuellement, de saisir d'Organe d'appel. Bien au contraire, les Membres devraient plutôt privilégier les « solutions convenues d'un commun accord » au sens de l'alinéa 6. Il s'agit de la pratique des consultations qui vont, naturellement, dans le sens de la prévention des contentieux. Pour ce faire, il y a une responsabilité qui incombe à l'Etat plaignant. En effet, celui-ci, aux termes de l'alinéa 7, doit prendre le soin de « juger de l'utilité de déposer un recours » en fonction, bien entendu, de la situation. Cette appréciation préliminaire des faits, incombant au Membre, a pour objectif d'éviter l'enclenchement d'une procédure dans le cadre des instances de jugement mises en place par l'OMC. Car, « une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable<sup>1397</sup> ». Cette préférence déclarée pour les solutions diplomatiques allège incontestablement la charge de l'ORD à travers ses Groupes spéciaux et son Organe d'appel. Même en l'absence de solution mutuellement convenue, en cas de différend, le but primordial de l'ORD est d'obtenir, de la part de l'Etat ayant pris la mesure commerciale litigieuse, le retrait de celle-ci. C'est ce même esprit qui anime le système européen d'administration des obstacles non tarifaires, dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne.

L'Union européenne et ses partenaires commerciaux se sont fixés, à travers les accords externes qu'ils concluent, l'objectif d'arriver à une solution concertée<sup>1398</sup>. Cela est valable aussi bien dans la phase précontentieuse que dans celle contentieuse. En effet, tout comme à l'OMC, les solutions diplomatiques sont toujours préférées aux décisions arbitrales des Groupes spéciaux d'arbitrage. Les solutions apportées aux litiges susceptibles de naître entre l'UE et ses partenaires procèdent d'une logique graduelle. Le mécanisme de la coopération constitue le premier niveau permettant d'administrer les obstacles non tarifaires, et donc d'éviter l'éclatement d'un conflit. Comme on l'a précisé précédemment, cette coopération implique un certain nombre d'organes conventionnels et d'entités tierces (les médiateurs), mais peut également impliquer des personnes privées<sup>1399</sup>. Le concours de ces différents organes a pour but de créer les conditions d'une coordination au niveau conventionnel sur les complexes questions des obstacles non tarifaires.

---

<sup>1397</sup> *Id.*, article 3 al. 7.

<sup>1398</sup> Cet objectif est nettement visible à la lecture du chapitre « règlement des différends » de tous les accords externes de l'Union.

<sup>1399</sup> Les Comités mis en place par les accords externes, le Médiateur et même les personnes privées.



En ce sens, le système européen d'administration des obstacles non tarifaires, en évitant la naissance des contentieux au niveau conventionnel, allège la charge des organes de jugement de l'OMC dans la mesure où ceux-ci ne seront pas saisis de recours nés de l'application des accords externes, bien que ces derniers puissent toujours relever de la compétence de l'ORD. Le second niveau est constitué par la phase contentieuse, celle-ci commençant par la conciliation et finissant par l'arbitrage. La phase de conciliation est aussi prévue dans la pratique conventionnelle de l'Union<sup>1400</sup> afin de permettre à l'Union et à ses partenaires, de trouver, par l'intermédiaire d'un conciliateur, une solution acceptable à leur litige. Cette étape a été, tout comme la phase précontentieuse, instaurée dans le but d'éviter une escalade contentieuse. A terme, elle permet d'obvier à la saisine de l'ORD de l'OMC et donc d'alléger considérablement sa charge. De même, la procédure arbitrale mise en place, ultime étape du processus d'administration des obstacles non tarifaires, constitue aussi un facteur d'allègement de la charge des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Car un litige né et résolu - dans le cadre de la relation bilatérale liant l'Union à son partenaire commercial - par le biais de l'arbitrage, pourrait éventuellement ne pas donner lieu à une saisine de l'ORD. Par ailleurs, d'autres facteurs peuvent expliquer l'allègement de la charge de l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

La saisine de moins en moins récurrente de l'OMC aurait certainement pour conséquence, à long terme, de déplacer le cadre des revendications de la société civile internationale *lato sensu*, de l'OMC vers les espaces institutionnels mis en place par les accords externes en ce qui concerne l'Union européenne, et éventuellement les Etats-Unis, relativement aux accords bilatéraux qu'ils ont conclus. L'OMC, et à travers elle son Organe de règlement des différends, fait souvent l'objet de critiques relatives à son manque d'ouverture vis-à-vis des personnes privées. Une telle situation a conduit à considérer qu'il n'y avait pas de démocratie à l'OMC. En effet, les personnes privées ne sont que timidement admises à l'OMC et à travers le règlement des différends, les interventions sollicitées par ces dernières soit ne sont tolérées que difficilement soit après avoir été admises, elles ne donnent aucune suite. L'analyse de la jurisprudence de l'OMC sur les mémoires d'*amicus curiae* montre combien il était difficile pour les entités privées, de participer au fonctionnement du système commercial multilatéral<sup>1401</sup>.

---

<sup>1400</sup> V. par ex. article 14.3 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée ou encore l'article 204 de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et les Etats du Cariforum.

<sup>1401</sup> V. Décision du Conseil général, Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les Organisations non gouvernementales, *op.cit.*

Mais, leur influence est tellement importante que les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont eu à admettre leurs mémoires sans pour autant leur donner de suite. Cette ouverture timide de l'ORD à ces entités privées a été de nature à entraîner de vives critiques à l'égard de l'OMC, considérée comme la machine à broyer les identités nationales au profit du libéralisme. C'est dans ce contexte qu'une partie de la doctrine a estimé que l'OMC avait besoin d'une dose de démocratisation qui, vue sous cet angle, devrait aller dans le sens d'une plus grande représentativité des intérêts de la société civile.

Au demeurant, la pratique conventionnelle européenne est marquée par une forte association des personnes privées au fonctionnement des accords externes. Celles-ci constituent des acteurs à part entière dans l'administration des obstacles non tarifaires, compte tenu de leur grande expérience dans certains domaines, comme l'environnement ou les droits de l'homme. Pour ne prendre que l'exemple de l'Accord-cadre de Cotonou définissant les relations économiques entre l'Union européenne et les Etats ACP, le principe de la participation des personnes privées, fait partie des principes de bon fonctionnement des accords de partenariat économique. Les personnes privées participent à tout le processus de mise en œuvre des APE. Elles sont au cœur du mécanisme de coopération, mais interviennent aussi dans le cadre du mécanisme arbitral de règlement des différends<sup>1402</sup>. Dans ces conditions, le système européen d'administration des obstacles non tarifaires, en mettant les entités privées au cœur des accords externes, allège la charge de l'ORD car au lieu de faire pression sur l'OMC, à long terme, ces dernières auront tendance à intervenir davantage dans le cadre conventionnel des accords externes. Rappelons que tout comme les Etats-Unis, l'Union européenne, première puissance commerciale mondiale, s'est lancée dans une politique de conclusion d'accords bilatéraux avec différentes organisations régionales et différents pays à travers le monde. Cette stratégie ayant pour but de maîtriser la mondialisation économique est une réponse à la politique de même nature qui avait été déjà inaugurée par les Etats-Unis. Si les blocages se perpétuent au niveau du système commercial multilatéral, il arrivera un moment où la quasi-totalité des Etats serait engagée dans des accords bilatéraux soit avec l'Union européenne soit avec les Etats-Unis. Il en inférerait, peut être, une sorte de délaissement progressif du système multilatéral par les personnes privées, car celles-ci auront fini de comprendre que les centres de décision étaient passés de l'OMC vers les cadres bilatéraux.

---

<sup>1402</sup> Les personnes privées peuvent intervenir dans le cadre des Comités mis en place, collaborer avec l'Organe de gestion des accords et soumettre des communications en tant qu'amis de la Cour.

En cela, l'Organisation mondiale du commerce subirait moins de pression de la part de la société civile dont les démonstrations de force avaient fini par précipiter l'échec de la Conférence ministérielle de Seattle de 1999<sup>1403</sup>. Tout refus de donner suite à leurs initiatives ne serait plus imputable à l'OMC en principe, mais aux cadres bilatéraux des relations commerciales de l'Union européenne et/ou des Etats-Unis. Cela ferait que les interventions des personnes privées constitueraient une part de plus en plus marginale dans le contentieux des accords de l'OMC<sup>1404</sup>.

Un autre facteur d'allègement de la charge de l'Organe de règlement des différends de l'OMC résulterait de l'action combinée des bilatéralismes des deux plus grandes puissances économiques mondiales, en l'occurrence les Etats-Unis et l'Union européenne. Plus précisément, on postule que dans un futur plus ou moins lointain, la multiplication des accords commerciaux bilatéraux aura inéluctablement comme conséquence un délaissement, au moins partiel, du système multilatéral. Partiel, dans la mesure où nous ne croyons pas que le système en arrivera à disparaître sous l'effet du bilatéralisme bien que conquérant<sup>1405</sup>. Il en ressort que l'épineuse question des préférences collectives des Etats - qui n'ont pas donné lieu à la mise en œuvre de normes spécifiques à travers les accords externes - devra désormais être résolue par les accords bilatéraux. L'Union européenne, par le biais de ses accords externes, a adopté une approche particulière de la question en mettant en place tout un système d'administration des obstacles non tarifaires, donc aussi des préférences collectives. Ces dernières ne sont pas seulement promues par les Etats eux-mêmes.

La société civile joue un important rôle dans la protection d'un certain nombre de valeurs contre les conséquences néfastes de la mondialisation économique. On sait à travers la jurisprudence de l'ORD qu'il était particulièrement difficile aux Membres d'imposer leur conception de leurs propres préférences collectives. Par conséquent, la liberté retrouvée en ce sens, dans le cadre des accords bilatéraux qu'ils concluent, ferait qu'ils n'auront presque plus besoin, dans le long terme, d'imposer leurs préférences collectives au niveau multilatéral.

---

<sup>1403</sup> V. Zaki LAÏDI, « Après Cancun : l'OMC en danger ? », *Critique internationale*, vol. 4, n° 21, 2003, pp. 33-41. V. aussi Intervention du Commissaire au commerce Pascal LAMY, « La Conférence Ministérielle de l'OMC à Seattle : bilan et perspectives », Session plénière du Parlement Européen, SPEECH/99/209, Strasbourg, 13 décembre 1999.

<sup>1404</sup> V. Ljiljana BIUKOVIC, « Transparency Norms, The World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA » *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n° 1, 2012, pp. 93-107.

<sup>1405</sup> V. Mathieu ARÈS, Éric BOULANGER et Christian DEBLOCK, « Intégration ou interconnexion ? », *Revue Interventions économiques*, n° 55, 2016, pp. 1-38.

Sur cet aspect, le système commercial serait plus apaisé et aurait de moins en moins à arbitrer des conflits mettant aux prises le libéralisme et la souveraineté des Etats dans la mise en œuvre de politiques publiques non économiques<sup>1406</sup>.

## **B. Le développement des normes multilatérales**

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires, parce qu'il entretient des relations avec le système commercial multilatéral, peut servir de cadre de développement des normes commerciales multilatérales. Le droit du commerce international pourrait bénéficier de l'institution des mécanismes arbitraux de règlement des différends, car ces derniers offrent des possibilités de développement des règles et des principes des accords OMC. Il semblerait que les accords externes de l'Union européenne se soient inscrits dans cette perspective dans la mesure où l'Union et ses partenaires y invitent les arbitres à s'inspirer des « interprétations pertinentes » de l'Organe de règlement des différends de l'OMC<sup>1407</sup>. L'objectif ici n'est pas d'importer les interprétations des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, mais de s'en inspirer en les adaptant aux réalités propres aux accords externes de l'Union. Cette démarche est essentielle pour deux raisons.

La première est que le contrôle exercé par le juge OMC sur les mesures nationales, est assez strict compte tenu de la compétence de maintenir l'équilibre des droits et des obligations assignés aux organes de jugement. La préservation de cet équilibre a conduit à la naissance d'un activisme judiciaire orienté vers la promotion du libre-échange au détriment de la prise en compte effective des préférences collectives des Membres. Une telle attitude de l'organe judiciaire de l'OMC a suscité des critiques acerbes adressées à l'ORD pour son manque d'ouverture relativement aux préoccupations non commerciales. Ces critiques certes compréhensibles, ne doivent pas pour autant occulter la raison juridique fondamentale qui sous-tend l'attitude de l'ORD.

---

<sup>1406</sup> V. l'Article 14.16 « Règles d'interprétation » de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Corée, précité: « Le groupe spécial d'arbitrage interprète les dispositions visées à l'article 14.2 conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, et notamment celles codifiées dans la convention de Vienne sur le droit des traités. Lorsqu'une obligation découlant du présent accord est identique à une obligation découlant de l'accord sur l'OMC, le groupe spécial d'arbitrage adopte une interprétation qui est compatible avec toute interprétation pertinente consacrée par les décisions rendues par l'organe de règlement des différends de l'OMC (ciaprès l'«ORD»). Les décisions du groupe spécial d'arbitrage ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les dispositions visées à l'article 14.2 ».

<sup>1407</sup> V. Gbadebo ODULARU et Emmanuel TAMBI, « L'établissement des normes pour le commerce international des produits agricoles : promouvoir la participation de l'Afrique », *ICTSD*, Eclairage sur les négociations, vol. 10, n° 9, décembre 2011, pp. 8-9.

Il s'agit du contenu même des accords OMC. Les dispositions de ces accords portant sur les préférences collectives sont assez rares. On comprend dès lors pourquoi la légalité commerciale est omniprésente dans l'interprétation des règles et principes de l'OMC. Ainsi, le traitement des affaires impliquant des questions commerciales et non commerciales politiquement sensibles, est souvent marqué par la volonté de promouvoir le libéralisme en restreignant considérablement la liberté dont disposent les Membres de poursuivre des objectifs non économiques. C'est pourquoi les organes de jugement de l'OMC sont bien souvent invités à adopter des interprétations constructives allant dans le sens d'une prise en compte effective des valeurs non marchandes des Membres.

La pratique des tribunaux arbitraux des accords externes de l'Union européenne pourrait servir dans l'interprétation constructive des règles et principes de l'OMC, avec comme objectif une prise en compte plus importante des objectifs non économiques des Etats. L'atteinte d'un tel objectif est beaucoup plus réaliste dans le cadre conventionnel des accords bilatéraux qu'à travers les accords multilatéraux. De façon substantielle, l'Union européenne et ses partenaires commerciaux affichent clairement leur volonté de ne pas sacrifier les considérations non marchandes au profit du libre-échange. Ici, l'objectif n'est pas tant de rechercher un équilibre entre les droits et les obligations commerciaux des Etats, mais plutôt entre commerce et valeurs non marchandes. L'interprétation dans le cadre bilatéral des principes et règles de l'OMC - qui sont aussi utilisés par les arbitres comme fondements de leurs décisions -, devra tenir compte de ce besoin des parties à l'accord de préserver leurs préférences collectives. D'ailleurs, les accords externes rappellent constamment que rien en leur sein n'interdisait aux parties de poursuivre des politiques non économiques légitimes<sup>1408</sup>. Cela témoigne de l'importance acquise par ces politiques pour l'Union européenne et ses partenaires commerciaux internationaux. Les décisions qui seront rendues par les Groupes spéciaux d'arbitrage pourraient ainsi inspirer le juge de l'OMC dans le traitement de futures affaires impliquant les obstacles non tarifaires.

La multiplication des tribunaux arbitraux établis par les accords externes de l'Union permettra de résoudre davantage de questions et de différends par le biais des règles multilatérales. Ainsi le droit du commerce international se développera comme un tout nonobstant le risque d'érosion de son uniformité<sup>1409</sup>. Un nombre important de Groupes spéciaux d'arbitrage peut conduire à une amélioration de la qualité des jugements rendus.

---

<sup>1408</sup> V. par ex. l'article 35 de l'Accord entre la Communauté européenne et l'Australie sur le commerce de vin, *JOUE* L28/3, du 30 janvier 2009.

<sup>1409</sup> V. Yves NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 654-670.

Aussi, des décisions rendues par des tribunaux différents, par exemple l'Organe de règlement des différends de l'OMC et les Groupes spéciaux d'arbitrage, pourraient être comparées et critiquées<sup>1410</sup>. Il en découlerait un besoin pour les organes de jugement aussi bien multilatéraux que bilatéraux, de rendre des décisions irréprochables juridiquement, des décisions tenant compte de tous les éléments entrant dans le cadre de l'affaire tranchée<sup>1411</sup>. De même, l'amélioration des règles multilatérales doit être comprise dans le sens d'une acceptation plus large des règles et principes de l'OMC à travers le monde. Cela est d'autant plus important qu'il semblerait que l'Organisation souffre d'un déficit démocratique.

## **§2. L'aménagement d'une sphère de compétence de l'ORD de l'O.M.C**

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires peut être considéré comme un système garantissant le respect de la compétence de l'OMC, dans la mesure où les dispositions portant sur le modèle arbitral de règlement des différends aménagent un champ de compétence à l'OMC. Le maintien de la compétence de l'ORD peut s'analyser à la fois comme une option résultant des avantages attachés au système de règlement des différends de l'OMC (A), mais aussi telle une option stratégique à la disposition des partenaires commerciaux (B).

### **A. Une option découlant des avantages attachés au système de règlement des différends de l'OMC**

Avant de faire un focus sur les avantages en tant que tels, inhérents au système multilatéral de règlement des différends (2), il serait judicieux de postuler que la reconnaissance explicite de la compétence de l'ORD va de soi (1).

---

<sup>1410</sup> V. Shane SPELLISCY, « The Proliferation of International Tribunals : A Chink in th Armor », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, n° 1, 2001, p. 152. V. aussi Joost PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2009, 560 pages.

<sup>1411</sup> V. Anja LINDROOS, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, n° 1, 2005, pp. 27-66. V. aussi Anja LINDROOS et Michael MEHLING, « From Autonomy to Integration? International Law, Free Trade and the Environment », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, n° 3, 2008, pp. 253-273 et Daniel H. SANG WOOK, « Decentralized Proliferation of International Judicial Bodies », *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 16, n° 1, 2006, pp. 101-122.

## 1. La compétence naturelle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC

L'évolution du système commercial multilatéral, dans le sens d'une plus grande « juridictionnalisation », fait que celui-ci présente des avantages certains dans la perspective de la résorption des conflits commerciaux pouvant naître de la mise en œuvre des accords externes de l'Union européenne. Bien que des Groupes spéciaux d'arbitrage soient prévus dans certains accords externes de l'UE, il est clair que le maintien de la compétence de l'OMC va dans le sens d'une prise en compte des apports indéniables du système de règlement des différends de l'OMC<sup>1412</sup>. Il est fréquent de trouver des dispositions établissant clairement la compétence de l'OMC sur les questions couvertes par les accords de l'Organisation. Il en est ainsi de l'article 20 de l'Accord conclu entre l'*Union européenne et le Maroc* et portant sur le règlement des différends entre les deux partenaires:

- « 1. Si une partie cherche à obtenir le règlement d'un différend relatif à une obligation dans le cadre de l'OMC, elle a recours aux règles et procédures de l'accord instituant l'OMC, qui s'appliquent nonobstant les dispositions du présent accord.
2. Si une partie cherche à obtenir le règlement d'un différend résultant du champ d'application de cet accord tel que défini dans son article 2, elle a recours aux règles et procédures du présent accord.
3. Sauf convention contraire des parties, si une partie cherche à obtenir le règlement d'un différend relatif à une obligation résultant du champ d'application de cet accord tel que défini dans son article 2, équivalente en substance à une obligation dans le cadre de l'OMC, elle a recours aux règles et procédures de l'accord instituant l'OMC, qui s'appliquent nonobstant les dispositions du présent accord.
4. Une fois que des procédures de règlement des différends ont été engagées, l'enceinte saisie en vertu des paragraphes précédents, si elle ne s'est pas déclarée incompétente, est utilisée à l'exclusion de l'autre».

---

<sup>1412</sup> V. Article 319 « Liens avec les droits au titre de l'OMC et choix de l'instance » de l'*Accord entre l'Union européenne et la Colombie, le Pérou et l'Équateur* : « 1. Les dispositions figurant dans le présent titre sont sans préjudice des droits et obligations qui incombent aux parties en vertu de l'accord instituant l'OMC, y compris les actions visant le règlement des litiges. 2. Les litiges relatifs à la même mesure découlant du présent accord ainsi que de l'accord de l'OMC, peuvent être réglés dans le cadre du présent titre ou conformément au protocole d'accord sur le règlement des différends, à la discrétion de la partie requérante. Toutefois, lorsqu'une partie a demandé l'établissement d'un groupe spécial en vertu de l'article 6 du protocole d'accord sur le règlement du litige ou d'un groupe spécial d'arbitrage conformément à l'article 303, cette partie ne peut engager une autre procédure sur la même question dans l'autre enceinte, sauf dans les cas où l'organisme compétent dans le cadre de l'enceinte choisie n'a pas pris de décision sur le fond de l'affaire, en raison de questions de procédure ou de compétence ».

Il convient d'abord d'indiquer que les dispositions de cet accord sont utilisées à titre illustratif<sup>1413</sup>. Une lecture combinée des alinéas 1 et 2 de l'article 20 de l'Accord fait ressortir l'existence d'un droit d'option à la disposition du requérant. En cas de litige né de la mise en œuvre d'une mesure affectant le commerce d'un partenaire commercial, la partie lésée peut saisir soit l'Organe d'arbitrage mis en place dans le cadre de l'accord soit l'Organe de règlement des différends de l'OMC. La liberté de la partie requérante est totale en l'espèce. Un autre point important au niveau de l'alinéa 4 est la reconnaissance d'une certaine précellence du système multilatéral de règlement des différends sur le mécanisme arbitral mis en place dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne. En effet, dans l'hypothèse où le différend est né de la violation d'une obligation découlant de l'accord externe et équivalant à une obligation similaire contenue dans les accords externes, le principe veut que l'Organe de règlement des différends de l'OMC soit compétent au détriment du Groupe spécial d'arbitrage.

Cette priorisation du système multilatéral n'est pas de nature à remettre en cause l'objectif de prévention attaché au mécanisme européen d'administration des obstacles non tarifaires pris dans son ensemble. Le Groupe spécial d'arbitrage ne devrait être saisi que dans des cas extrêmes à cause du poids du facteur politique dans le règlement des différends entre l'Union européenne et ses partenaires. Les solutions diplomatiques peuvent intervenir non seulement au niveau des Comités politico-administratifs mis en place par les accords, mais aussi à travers les modes alternatifs de règlement des différends que sont la médiation et la conciliation<sup>1414</sup>. C'est seulement en cas d'escalade du conflit, que la procédure arbitrale, en tant que telle, est enclenchée. C'est à ce niveau qu'on note une sorte de priorisation du système multilatéral sur le système conventionnel.

---

<sup>1413</sup> V. Article 222 « rapport avec les obligations de l'OMC » de *l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Cariforum* : « 1. Les instances d'arbitrage créées aux termes du présent accord ne se saisissent pas de différends relevant des droits et obligations des États signataires du Cariforum résultant de l'accord sur l'OMC. 2. Un recours aux dispositions de règlement des différends du présent accord est sans préjudice de toute action intentée dans le cadre de l'OMC, y compris une action en règlement d'un différend. Cependant, lorsqu'une partie a engagé une procédure en règlement d'un différend au regard d'une mesure donnée soit aux termes de l'article 206, paragraphe 1, de la présente partie, soit aux termes de l'accord OMC, elle ne peut engager aucune procédure de règlement de différend sur la même mesure devant l'autre forum avant la conclusion de la première procédure. Au sens du présent paragraphe, une partie ou un État signataire du Cariforum est réputé(e) avoir engagé une procédure en règlement de différend aux termes de l'accord OMC du moment où il/elle a présenté une demande de constitution d'un groupe spécial aux termes de l'article 6 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement de différends de l'OMC ».

<sup>1414</sup> V. Charles JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, n°2, 1997, pp. 325-345.



Une telle approche des différends commerciaux, dans la pratique conventionnelle européenne, se comprend, ne serait-ce que par la nécessité d'éviter le *forum shopping*<sup>1415</sup>. C'est ce que dit, de manière un peu plus explicite, l'alinéa 4 de l'article 20. Dans ces conditions, il est possible d'avancer que le système européen d'administration des obstacles non tarifaires est assez respectueux du système multilatéral de règlement des différends. Au demeurant, il convient de préciser que même en l'absence de dispositions conventionnelles expresses reconnaissant la compétence de l'ORD, en partant des accords de l'OMC, il devient toujours possible de fonder ladite compétence. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, à travers son article 1<sup>er</sup>, indique ce qui suit :

« Les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord (dénommés dans le présent mémorandum d'accord les "accords visés"). Les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aussi aux consultations et au règlement des différends entre les Membres concernant leurs droits et obligations au titre des dispositions de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans le présent mémorandum d'accord l'"Accord sur l'OMC") et du présent mémorandum d'accord considérés isolément ou conjointement avec tout autre accord visé ».

Ainsi définie, la compétence des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC porte sur les différends accords « énumérés à l'appendice 1 », mais également sur l'« Accord instituant l'OMC » et le MARD lui-même. Les accords externes de l'Union européenne, quant à eux, relèvent de l'article XXIV du GATT en tant qu'accords de libre-échange. Par conséquent, le mutisme de ces derniers ne saurait avoir d'effet préemptif sur la compétence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

Plus loin encore, l'intervention d'une décision d'un Groupe spécial d'arbitrage ne saurait, en principe, rendre nulle toute possibilité de saisine de l'ORD. L'institution multilatérale ne se sent pas liée par les décisions prises par d'autres instances internationales de règlement des différends commerciaux. Les organes de règlement des différends ont eu, de par le passé, à se prononcer sur un différend entre les Etats-Unis et le Mexique, déclenché dans le cadre de l'ALENA avant d'atterrir à l'OMC<sup>1416</sup>.

---

<sup>1415</sup> V. Habib GUERARI, « La concurrence de procédures dans les contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », in Yann KERBAT (dir.), *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 77-102.

<sup>1416</sup> Dans cette affaire née dans le cadre de l'ALENA, portant sur l'imposition de mesures fiscales par le Mexique, ce dernier pays demandait au Groupe spécial de décliner sa compétence en plaçant la thèse de «*forum*

Cela dit, l'établissement de la compétence naturelle de l'ORD étant effectué, il convient désormais de s'intéresser aux avantages liés au mécanisme multilatéral de règlement des différends.

## 2. Les avantages du système multilatéral de règlement des différends

Avec l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, le système multilatéral de règlement des différends a été réformé dans le sens d'une plus grande efficacité par le biais du Mémoire d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends<sup>1417</sup>. Dès lors, il devient difficile de remettre en cause la pertinence du système multilatéral, comparativement aux mécanismes conventionnels de règlement des différends. C'est ce qu'a compris l'Union européenne en procédant à un savant mélange des deux systèmes à travers sa pratique conventionnelle. Cette osmose des mécanismes de règlement des différends procède clairement de la doctrine européenne de la « mondialisation maîtrisée ». Au demeurant, comparativement à l'amélioration de la procédure multilatérale de règlement des différends, l'adoption quasi automatique des décisions des Groupes spéciaux d'arbitrage n'est pas établie dans la mesure où les rapports sont toujours susceptibles d'être renégociés dans une relation partenariale bilatérale<sup>1418</sup>.

---

*non conveniens* » afin de provoquer le renvoi du différend devant un Groupe spécial d'arbitrage mis en place en vertu de l'ALENA qui serait seul compétent. V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Mexique-Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS 308/R, 7 octobre 2005, p. 5. Cependant, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont tous rejeté la demande du Mexique consistant à ce que le Panel décline sa compétence. Au paragraphe 7.18 de son rapport, le Groupe spécial déclarait qu'il « *n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de décider d'exercer ou non sa compétence dans une affaire qui lui était soumise à bon droit* ». Confirmant la position du Groupe spécial au terme de son analyse de la demande mexicaine, l'Organe d'appel déclara à la page 27 de son rapport qu'« *au titre du Mémoire d'accord, il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de décliner l'exercice de sa compétence dans l'affaire dont il [avait été] saisi* ». V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Mexique-Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS 308/AB/R, 6 mars 2006.

<sup>1417</sup> Le mécanisme de règlement des différends à l'OMC est régi par les articles XXII et XXIII du GATT de 1994, repris et précisés par le Mémoire d'accord concernant les règles et les procédures régissant le règlement des différends (Annexe 2 de l'Accord instituant l'OMC). V. Olivier BLIN, Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), Bruxelles, *Bruylant*, 2009, 117 pages. V. aussi Hélène RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 881-901 ou encore Ernst U. PETERSMANN, « The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948 », *Common Market Law Review*, vol. 31, n° 6, 1994, pp. 1157-1244.

<sup>1418</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du droit international*, n°3, 2000, pp.605-645.

Aussi, la nécessité d'un règlement rapide des différends a justifié l'aménagement de délais rigoureux afin d'éviter la critique de la lenteur préjudiciable aux intérêts commerciaux des Etats, critique qui était attachée au mécanisme multilatéral<sup>1419</sup>. D'ailleurs, à cause de cette lenteur, les Etats-Unis s'étaient arrogé le droit de prendre des mesures unilatérales dans les hypothèses où l'affaire en cause n'était pas réglée dans un délai de 18 mois<sup>1420</sup>. En outre, le mécanisme multilatéral a pour effet de « contenir » l'emprise des forces politiques et du jeu diplomatique sur le processus de règlement des différends commerciaux. Celui-ci est fondé sur une logique purement juridique car il présente davantage de garantie d'impartialité à tous les niveaux de l'élaboration de la solution du litige. La recherche d'une « solution mutuellement satisfaisante est menée, dans le cadre multilatéral, par un groupe spécial indépendant des Parties en litige, dont la composition, généralement de trois membres, est en elle-même un facteur d'entente »<sup>1421</sup>. En outre, la solution finale au litige relève d'une structure institutionnelle, l'Organe de règlement des différends, chargée de l'administration des règles et procédures présidant au règlement des différends. Le renforcement de l'ORD assure une plus grande confiance au système multilatéral<sup>1422</sup>.

Par ailleurs, le système multilatéral instaure une procédure d'appel. L'appel a constitué un grand pas dans la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC<sup>1423</sup>. Plus précisément, l'adoption du rapport d'appel rend la décision de l'organe qui en est chargé, l'Organe d'appel, contraignante<sup>1424</sup>. La décision définitive qui était autrefois adoptée par un organe politique, en l'occurrence les « PARTIES CONTRACTANTES », l'est désormais par l'Organe d'appel qui est une institution se rapprochant des Cours d'appel nationales. L'institution de l'appel procède incontestablement d'un renforcement de la règle de droit et de la « dédiplomatisation »<sup>1425</sup> du litige.

---

<sup>1419</sup> Le Mémoire d'accord prévoit l'adoption quasi-automatique des rapports de l'Organe d'appel et ceux des Groupes spéciaux, sauf en cas de vote à l'unanimité de l'ORD contre une telle adoption (art. 6.1, 16.4 et 17.14 du MARD).

<sup>1420</sup> C'est le sens de l'article 301 du *Trade Act* de 1974. V. en ce sens Jeffrey P BIALOS et Deborah E SIEGEL, « Dispute Resolution Under the NAFTA : The Newer and Improved Model », *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3, 1993, pp. 603-610.

<sup>1421</sup> V. Pierre PESCATORE, « The GATT Dispute Settlement Mechanism. Its Present Situation and its Prospects », *Journal of World Trade*, vol. 27, n°1, 1993, pp. 5-20.

<sup>1422</sup> L'ORD est composé de représentants de tous les Membres de l'OMC. V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, « Le mécanisme général de règlement des différends dans l'ALENA et le système OMC : le régionalisme est-il vraiment préférable au multilatéralisme ? », *Revue Juridique Thémis*, vol. 32, n° 3, 1998, p. 799.

<sup>1423</sup> V. Hélène RUIZ FABRI, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *RGDIP*, Tome 103, n° 1, 1999, p. 47-128.

<sup>1424</sup> V. Article 17.14 du MARD.

<sup>1425</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 800.

C'est ce qu'observe Hélène Antoniou en déclarant que :

« [l]a création d'un tel groupe d'appel composé de membres permanents assurera dorénavant une certaine continuité, renforcera la prévisibilité des décisions et contribuera à définir d'avantage (*sic*) le domaine international des échanges<sup>1426</sup> ».

Il paraît même que l'existence d'une procédure d'appel est de nature à générer « une jurisprudence plus homogène et linéaire que celle des anciens groupes spéciaux du GATT<sup>1427</sup> ». Autre avantage attaché au système multilatéral, surtout dans les hypothèses de refus d'exécution des décisions prises, est celui des sanctions. Le système multilatéral autorise la mise en œuvre de mesures de rétorsions. Celles-ci constituent des menaces de sanction plus crédibles<sup>1428</sup>. Sauf « consensus négatif », la partie plaignante pourra, désormais, compter sur l'autorisation quasi automatique de l'ORD, afin d'y recourir. La partie fautive ne pourra plus se réfugier derrière le caractère aléatoire de la sanction pour se soustraire à l'obligation de mise en conformité. En contrepartie, la partie plaignante sera moins fondée à prendre des mesures de rétorsion unilatérales<sup>1429</sup>. Pour éviter la recrudescence des conflits, dans le futur, la Mémoire d'accord a prévu un certain nombre de mesures d'encadrement<sup>1430</sup>.

---

<sup>1426</sup> V. Helen ANTONIOU, « Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l'ALE à l'ALENA », *Revue de Droit Universitaire de Sherbrooke*, n° 24, 1993, p. 77.

<sup>1427</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 800.

<sup>1428</sup> V. Thomas COTTIER, « Les tâches de l'OMC : Évolution et défis », *Revue internationale de droit économique*, Tome 18, n° 3, 2004, pp. 273-291. V. aussi Fabien GOUTTEFARDE, « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *RQDI*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 33-80 ou encore William PHELAN, *In Place of Inter-State Retaliation : The European Union's Rejection of WTO-Style Trade Sanctions and Trade Remedies*, Oxford University Press, 2015, 224 pages.

<sup>1429</sup> Il est vrai que l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion n'est pas fréquente. A l'ère du GATT, la difficulté d'obtenir l'adoption d'un rapport incitait naturellement la Partie plaignante à recourir unilatéralement à ces mesures. Ceci dit, un auteur comme Pierre PESCATORE estime que même si l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion ne pouvait être obtenue en raison de l'opposition de la partie en tort, il était toujours possible à la partie plaignante d'y recourir unilatéralement à défaut d'autre moyen, conformément au droit international.

<sup>1430</sup> Cet encadrement vise à éviter les abus de la part des Parties. Il consiste d'abord en la détermination d'un « délai raisonnable » pour la mise en conformité des mesures contestées avec les recommandations de l'ORD. Si sa détermination fait l'objet d'opposition, elle sera effectuée par voie d'arbitrage contraignant (article 21.3 c) du MARD). Ensuite, il s'agit de la fixation de principes et procédures à suivre pour la suspension des concessions (article 22.3 du MARD) qui pourra être soumise aussi à arbitrage (article 22.7 du MARD). Enfin le Mémoire établit une distinction entre les solutions applicables en cas de violation ou de non violation des règles de l'OMC.

Quant au recours aux mesures de représailles, il est devenu de moins en moins fréquent en raison, d'une part, de la « crédibilité accrue des instances juridictionnelles du système OMC, laquelle favorise une meilleure acceptation des rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel par la partie défenderesse » et, d'autre part, « du renforcement du suivi des recommandations et décisions de l'ORD, qui incite à leur respect<sup>1431</sup> ».

En ce qui a trait aux niveaux de développement des Membres de l'OMC, la « juridictionnalisation » du système de règlement des différends de l'OMC s'est révélée particulièrement favorable aux pays dépourvus de poids politico-économique suffisant pour imposer leurs vues face aux puissances économiques majeures que sont l'Union européenne, les Etats-Unis ou le Japon, voire des contre-mesures à ces dernières en cas d'atteinte à leurs intérêts économiques<sup>1432</sup>. En ce sens, l'option en faveur du système multilatéral de règlement des différends est particulièrement intéressante pour les pays en développement dans le cadre d'un contentieux commercial les opposant à des pays économiquement puissants. Ainsi, le système multilatéral permet-il de contrebalancer l'asymétrie des poids économique et politique des Membres de l'OMC<sup>1433</sup>. D'ailleurs, le « [...] rapport d'un groupe spécial a incontestablement plus de poids moral et de rayonnement dans le cadre multilatéral que dans une relation bilatérale ou trilatérale<sup>1434</sup> ». Les rapports rendus dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'OMC présentent une certaine « supériorité » en comparaison à ceux établis dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne par les Groupes spéciaux d'arbitrage.

En se référant à la pratique suivie dans le cadre de l'ALE entre le Canada et les Etats-Unis, il est établi que la majorité des affaires résolues en vertu de l'article 18 concernait l'application d'une disposition du GATT qui a été intégré à l'Accord<sup>1435</sup>.

---

<sup>1431</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 802.

<sup>1432</sup> V. Pierre PESCATORE, « The GATT Dispute Settlement Mechanism. Its Present Situation and its Prospects », *op.cit.*, p. 15 : « [p]olitically, only great power can successfully resort to the threat of retaliation and follow through in case of need ». En ce qui concerne l'inadéquation de cette sanction en faveur des pays en développement, Gabriel MARCEAU estime, qu'elles soient décidées unilatéralement ou suivant une autorisation des instances multilatérales, les mesures de représailles ont un impact indissociable du poids économique des Parties en présence. Un pays économiquement puissant ne se sentira guère affecté par les représailles d'un autre moins puissant quoique ce dernier ait obtenu gain de cause juridiquement (*op.cit.*, pp. 29-30).

<sup>1433</sup> C'est l'explication, entre autres, à donner à la tendance qui consiste, pour les pays en développement, à l'époque du GATT, à ne pas saisir les instances multilatérales de règlement des différends. En ces temps là, la procédure était « *power-oriented* » par opposition à celle actuelle marquée par la « *rule-oriented* », en parlant comme John H. JACKSON. V. John H. JACKSON, « Perspectives on the Jurisprudence of International Trade : Costs and Benefits of Legal Procedures in the United States », *Michigan Law Review*, vol. 82, n° 5/6, 1984, pp. 1570-1587.

<sup>1434</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 803. Voir en ce sens Gary N. HORLICK, « The US-Canada FTA and GATT Dispute Settlement Procedures. The Litigant's View », *JWT*, vol. 26, n° 2, 1992, pp. 5-9.

<sup>1435</sup> Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY précité.

La conséquence a été, comme nous l'avons vu dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, un recours assez limité au mécanisme multilatéral dans le cadre de règlements de différends opposant le Canada aux Etats-Unis. Que cela concerne les accords externes de l'Union européenne ou l'Accord bilatéral de libre-échange en Amérique du Nord, les parties aux différends préfèrent s'appuyer en priorité sur le mécanisme conventionnel bilatéral de règlement des différends.

Sans être dans la prospective, il est clair que la situation ne sera guère différente avec le mécanisme arbitral de règlement des différends établi par les accords externes de l'Union européenne. Toutes les conditions sont, en effet, réunies afin que l'éclatement d'un différend donne d'abord lieu à une tentative de règlement au niveau bilatéral. A bien des égards, le mécanisme bilatéral de règlement des différends paraît plus rapide et moins complexe que celui multilatéral.

Dans les relations commerciales entre Etats nord américains, il semblerait que les cas d'option aient été assez rares. Une première option est à mettre à l'actif du Canada et une seconde a été initiée par les Etats-Unis<sup>1436</sup> dans le but d'esquiver certaines particularités de l'ALENA. Dans l'option relative aux Etats-Unis, l'affaire portait sur plusieurs mesures destinées à protéger l'industrie canadienne du périodique contre la concurrence étrangère – les entreprises américaines étaient visées – en lui réservant les revenus publicitaires du marché canadien. Certains ont considéré ces mesures comme tombant dans le champ d'application de la clause d'exemption culturelle de l'ALENA<sup>1437</sup>. Cela dit, les Etats-Unis ont préféré agir devant les instances juridictionnelles de l'OMC. Celles-ci leur ont donné effectivement raison sur l'ensemble des points de discorde<sup>1438</sup>.

Pour finir, il convient de remarquer la faible utilisation du mécanisme multilatéral de règlement des différends par les pays en développement ou ceux au poids économique modeste.

---

<sup>1436</sup> Pour le Canada, voir le Rapport du Groupe spécial dans l'Affaire *Etats-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, 19 juin 1992, *IBDD*, S39/233. Pour les Etats-Unis, voir le Rapport spécial dans l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, du 14 mars 1997. Au début des années 1990, les Américains avaient fait jouer l'option en faveur du GATT dans l'affaire des produits laitiers, bien avant qu'un Groupe spécial de l'ALENA ait été saisi. Cela dit, les instances multilatérales n'ont pas pu se prononcer sur l'affaire dans la mesure où était intervenue une solution mutuellement acceptable entre les Parties. Une autre affaire a été considérée, par la doctrine, comme constitutive d'un cas d'exercice du droit d'option. Il s'agit de l'affaire *Canada – Restrictions à l'importation de crème glacée et de yaourt*, *IBDD* S36/71, 27 septembre 1989. Voir Robert HAGE, « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement », *Annuaire canadien de Droit international*, vol. 28, 1991, p. 364.

<sup>1437</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 808.

<sup>1438</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, du 30 juin 1997.

Pourtant, le recours au mécanisme multilatéral aurait permis aux pays politiquement faibles, d'outrepasser la dimension diplomatique des mécanismes bilatéraux de règlement des différends les opposant aux pays développés. Cependant, on se demande si « cette faculté est politiquement réalisable ou si, au contraire, la partie la plus faible dans un litige [...] ne se trouverait pas dans l'impossibilité politique de désavouer explicitement le mécanisme juridictionnel » mis en place par les accords bilatéraux<sup>1439</sup>. En ce qui concerne les accords externes de l'Union européenne, on voit mal, par exemple des pays ACP ou méditerranéens, liés à l'Union par des accords contenant un mécanisme arbitral de règlement des différends, décider de saisir les instances multilatérales à la place des Groupes spéciaux d'arbitrage si, bien entendu, le différend n'a pas été déjà résolu avant l'ultime étape de l'arbitrage.

Les avantages inhérents au mécanisme multilatéral de règlement des différends permettent aussi de voir dans le recours à celui-ci, une certaine forme de « stratégie » aussi bien pour les pays développés - dans un conflit les opposant à d'autres pays développés - que pour ceux en développement lorsqu'ils sont dans une relation bilatérale avec des pays développés.

## **B. Une option stratégique à la disposition des partenaires commerciaux**

La saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC constitue un moyen stratégique à la disposition d'un partenaire commercial dans le cadre d'une relation commerciale bilatérale. Si la conclusion du Traité transatlantique entre l'UE et les Etats-Unis<sup>1440</sup> était réalisée – marquée par la mise en place d'un mécanisme arbitral de règlement des différends à l'instar d'autres accords externes -, le mécanisme multilatéral de règlement des différends pourrait être utilisé de façon stratégique, par l'Union européenne, en cas de blocage du mécanisme bilatéral de règlement des différends. Cela dit, dans les lignes qui vont suivre l'accent sera mis sur les partenaires commerciaux de l'Union de moindre, voire de faible poids politique et économique. Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires est marqué par la forte présence du facteur politique (1) pouvant justifier le recours au mécanisme multilatéral de règlement des différends (2).

---

<sup>1439</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 810.

<sup>1440</sup> V. Pour une vue sur les textes de négociations, suivre ce lien : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248&serie=866&langId=fr>

## **1. La réalité de la contrainte politique exercée par l'Union européenne sur ses partenaires commerciaux politiquement faibles**

Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, l'Union européenne pourrait exercer, à travers sa pratique conventionnelle de règlement des différends, une certaine pression politique - non pas sur les puissances commerciales majeures que sont les Etats-Unis, le Japon ou encore le Canada, mais -, sur ses partenaires commerciaux en développement et dans une moindre mesure sur les BRICS<sup>1441</sup>. Qu'il nous importe néanmoins de préciser que la mise en place d'un mécanisme bilatéral de règlement des différends dans les accords externes de l'Union européenne, s'est justifiée notamment par la volonté de renforcer les principes du libre-échange ainsi que leur respect. Cela s'est traduit par d'importants efforts entrepris dans le sens de la prévention des litiges, mais également dans la recherche de souplesse et de rapidité du mécanisme de règlement. L'objectif de prévention des différends qui est au cœur du mécanisme européen de règlement des différends, est sous-tendu par des négociations diplomatiques.

Ainsi, l'efficacité du système européen d'administration des obstacles non tarifaires sera fonction de l' « asymétrie politico-économique » propre aux accords externes de l'Union. Dans ces conditions, il serait difficile de voir dans la pratique conventionnelle européenne, la figure d'un système de règlement des différends « remplissant les fonctions traditionnellement assignées à tout dispositif juridictionnel en termes d'objectivité, d'équilibrage des intérêts en cause et, surtout, d'insensibilité au poids politique des parties en cause<sup>1442</sup> ». En effet, le mécanisme mis en place dans les accords externes de l'Union européenne, constitue un « tout » constitué d'institutions politico-administratives mais aussi de principes directeurs. A cela s'ajoute, un mécanisme arbitral de règlement des différends. Partant, l'analyse du système européen de règlement des différends commerciaux, dans le cadre bilatéral, ne peut s'opérer qu'en prenant en considération tous ces éléments. On est là en présence d'une interpénétration de considérations politiques et juridiques dans la résorption des différends entre l'Union européenne et ses partenaires commerciaux. C'est la raison pour laquelle nous estimons que cette analyse ne doit pas simplement être limitée à l'étude de la procédure arbitrale de règlement des différends.

---

<sup>1441</sup> V. Gregory SHAFFER, Manfred ELSIG et Sergio PUIG, « The Law and Politics of WTO Dispute Settlement », in Wayne SANDHOLTZ et Christopher A. WHYTOCK (dir.), *The Politics of International Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 1-32.

<sup>1442</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 758.



Il en ressort que le « facteur politique » est l'élément déterminant dans les contentieux commerciaux bilatéraux dans lesquels l'Union est impliquée. Le mécanisme européen est d'essence substantiellement hybride, autant « diplomatique que juridictionnelle », ce qui se traduit par une emprise des rapports de forces politiques sur l'administration des litiges. Dans cette perspective, il serait possible d'affirmer que les Groupes spéciaux d'arbitrage mis en place par les accords externes ne font que « continuer la diplomatie par d'autres moyens<sup>1443</sup> ». Or, très souvent, « [...] le jeu diplomatique produit un résultat davantage à l'image du poids politique des protagonistes que du bien-fondé de leurs arguments en droit<sup>1444</sup> ». La logique de la diplomatie tourne ainsi à l'avantage du plus fort. Le poids diplomatique de l'Union européenne, en tant que première puissance commerciale mondiale, n'est pas comparable à celui, par exemple, de l'ensemble du Groupe ACP. Il en résulte une réelle asymétrie dans le règlement bilatéral des différends opposant l'Union à ces partenaires. L'option reconnue, par les accords externes, de recourir soit au mécanisme arbitral soit au système multilatéral de règlement des différends, est assez intéressante pour une partie plaignante politiquement plus faible que l'Union européenne. Cela permet au partenaire commercial faible de bénéficier de la supériorité du système de règlement des différends de l'OMC. Cette supériorité, comme nous l'avons vu, découle du renforcement de sa nature juridictionnelle.

Au demeurant, le système européen d'administration des obstacles non tarifaires fait pièce aux forces politiques dans le règlement des différends. Or, « [l]e poids de l'instance juridictionnelle dans un espace économique est essentiellement fonction du degré d'autonomie de l'instance juridictionnelle par rapport aux forces politiques ou au jeu diplomatique ». De même, l'importance de cette autonomie est tributaire des « caractéristiques organiques du mécanisme juridictionnel »<sup>1445</sup>. En filigrane, c'est la volonté originelle des parties à un accord interétatique qui est concernée. Dans le cadre de sa pratique conventionnelle, l'Union européenne a fait de la nature juridictionnelle de son mécanisme arbitral de règlement des différends, une priorité des accords externes<sup>1446</sup>. Sur ce point, le modèle d'arbitrage européen s'inspire de celui de l'ALENA dont la « juridictionnalisation » était une condition *sine qua non* à sa signature<sup>1447</sup>.

---

<sup>1443</sup> *Id.* Les auteurs se sont inspirés du livre Karl von KLAUSEWITZ, De la guerre, Paris, Gérard Lobovici, 1989, p. 1 : « [l]a guerre n'est que la continuation de la politique par d'autres moyens ».

<sup>1444</sup> *Ibid.*

<sup>1445</sup> *Ibid.*, p. 762.

<sup>1446</sup> V. Joël LEBULLENGER, *op.cit.*, p. 249.

<sup>1447</sup> V. Eric THEROUX, « Du Traité de réciprocité à l'Accord de libre-échange », *Revue Juridique Thémis*, vol. 25, 1991, pp. 261-268. L'auteur y retrace l'historique des négociations de l'ALE entre les Etats-Unis et le Canada.

Le Canada insistait sur l'obligatorité du mécanisme de règlement des différends dans l'optique de contrer les velléités protectionnistes américaines voire leur unilatéralisme dans le processus de règlement des différends<sup>1448</sup>. Dans ce contexte, les autorités canadiennes avaient proposé la création de deux institutions chargées de la résolution des différends commerciaux. L'une devait être politique, la « Commission paritaire du commerce », et l'autre juridique, le « Tribunal du commerce canado-américain », « dont les décisions auraient lié les deux Parties à l'accord, en s'inspirant [...] du modèle de la Cour de justice européenne et de la Cour de justice internationale, juridictions tierces et neutres<sup>1449</sup> ». En revanche, les Etats-Unis s'étaient montrés circonspects quant à l'érection d'un mécanisme de règlement des différends susceptible de remettre en cause l'exercice de leur souveraineté. Ils devaient préférer ainsi la mise en place d'un système informel de Groupes spéciaux « ad hoc » à l'instar du système commercial multilatéral<sup>1450</sup>. C'est l'approche américaine qui sera mise en œuvre dans les accords externes de l'Union européenne par l'institution de Groupes spéciaux d'arbitrage chargés de trancher le litige en ultime instance après que toutes les tentatives de règlement, en amont, aient échoué. Cette opposition de vues entre les Etats-Unis et le Canada, relativement à la nature du mécanisme de règlement de leurs différends futurs, était révélatrice de la position de chacun des partenaires dans le commerce international<sup>1451</sup>. Il était de l'intérêt du Canada, Etat le plus faible de la relation bilatérale, d'obtenir l'assurance que les décisions rendues en sa faveur allaient être exécutées par les Etats-Unis. De même, le règlement d'éventuels litiges par un organe autonome assurait au premier, en principe, l'application de la règle de droit.

En ce qui concerne l'Union européenne, le caractère réellement juridictionnel du mécanisme arbitral de règlement des différends « devrait constituer », pour ses partenaires économiquement faibles, un moyen pour compenser leur faiblesse. A l'opposé, les pays développés entretenant des relations commerciales avec des pays en développement, au travers d'accords de libre-échange bilatéraux, seront davantage intéressés par un mécanisme de règlement des différends faisant place à la négociation, leur permettant d'imposer leurs vues sur la solution à adopter.

---

<sup>1448</sup> V. William C. GRAHAM, « Dispute Resolution in the Canada-United-States Free Trade Agreement : One Element of a Complex Relationship », *Revue de droit de McGill*, vol. 37, n°2, pp. 545-552.

<sup>1449</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 762.

<sup>1450</sup> V. Robert HAGE, « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement, *op.cit.*, p. 268.

<sup>1451</sup> Il faut dire que la faiblesse du mécanisme de règlement des différends, à l'époque du GATT, était de nature à favoriser les Etats les plus puissants.

On voit donc qu'en fonction de leurs postures et de leur poids économique respectifs, le regard que portent les Etats sur les mécanismes de règlement des différends, peut varier. C'est bien ce qu'ont compris Michael Reisman et Mark Wiedman en déclarant que :

« [...] the weaker State will have a stake in a [...] DRM [Dispute Resolution Mechanism] that culminates in a binding decision with some method of international implementation. The stronger State [...] will prefer a DRM that culminates in a recommendation and that does not provide for international implementation »<sup>1452</sup>.

L'institution d'un mécanisme arbitral de règlement des différends, quoiqu'obligatoire à certains égards, est bien souvent symptomatique des rapports de force entre l'Union européenne, première puissance commerciale mondiale, et ses partenaires commerciaux des Etats tiers.

Dans le cadre de l'ALENA et de l'ALE entre les Etats-Unis et le Canada, un compromis a du être trouvé entre des litiges de deux sortes. Il s'agit des différends portant sur les mesures antidumping et compensateurs<sup>1453</sup> – faisant l'objet d'une procédure spécifique plutôt « juridictionnalisée » -, et les différends classiques relatifs à l'interprétation et à l'application des accords, soumis à une procédure générale de règlement<sup>1454</sup>. En ce qui concerne le second cas de figure, c'est l'approche américaine, fortement inspirée du GATT, qui a été adoptée. La reprise de ces mécanismes de l'ALE, par l'ALENA, édifie sur la volonté des Etats-Unis de prévenir toute intervention d'une juridiction supranationale. Une telle intervention aurait pour conséquence, de miner l'autorité des instances bilatérales mises en place par l'Accord de libre-échange. Les gouvernements disposaient ainsi d'une grande latitude quant à la possibilité de mener des négociations au sein de la procédure conventionnelle. Pareille distinction, en fonction des matières de l'accord bilatéral, n'existe pas dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne. Tous les obstacles non tarifaires quasiment sont soumis à une même procédure de règlement des différends et rares sont ceux à l'égard desquels l'Organe de règlement des différends de l'OMC n'a pas de compétence.

---

<sup>1452</sup> V. Michael REISMAN et Mark WIEDMAN, « Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanism. Some Hypothesis and Their Applications in the Uruguay Round and NAFTA », *JWT*, vol. 29, n° 3, 1995, pp. 5-9.

<sup>1453</sup> V. Article 19 de l'ALE.

<sup>1454</sup> V. Article 18 de l'ALE.

En effet, certains obstacles non tarifaires sont parfois exclus de l'application du règlement bilatéral ; la compétence de l'OMC est exclusive<sup>1455</sup>. Néanmoins, il convient de préciser que sur certaines matières liées à la notion d'obstacles non tarifaires, les accords OMC n'ont pas prévu de dispositions spécifiques (culture, droits de l'homme par exemple). C'est la raison pour laquelle de tels obstacles ne peuvent être administrés que dans un cadre bilatéral, abstraction faite de l'OMC<sup>1456</sup>. L'Organisation n'est compétente que pour maintenir l'équilibre entre les droits et les obligations des Membres.

L'analyse du mécanisme européen d'administration des obstacles non tarifaires dans son ensemble, montre que la procédure de règlement des différends est davantage orientée vers la recherche d'une solution mutuellement convenue – une solution diplomatique par conséquent – que menée en vue d'arriver à une solution véritablement juridictionnelle en dépit du caractère obligatoire déclaré des décisions des Groupes spéciaux d'arbitrage. Le facteur politique se présente ainsi comme le facteur le plus important du début à la fin de la procédure. Ainsi, un certain nombre de caractéristiques atténuent, dans une certaine mesure, le caractère « juridictionnel » du mécanisme arbitral de règlement des différends dans le cadre du système européen d'administration des obstacles non tarifaires. La condition relative à l'« intérêt à agir » est limitée aux seuls Etats, abstraction faite aux personnes privées, physiques ou morales. Bien qu'ayant la possibilité de présenter, en cours de procédure, des mémoires *d'amicus curiae*, les personnes privées n'ont pas un « intérêt à agir » dans le cadre du règlement des différends conventionnels européens, dans la mesure où les conséquences des décisions rendues par les Groupes spéciaux d'arbitrage ne leur sont pas opposables. Aussi, quoique la faculté de présenter ces mémoires leur soit reconnue, ces derniers ne sont pas obligatoirement acceptés ou suivis par les instances arbitrales. Le pouvoir des Groupes spéciaux d'arbitrage est discrétionnaire à l'égard des mémoires *d'amicus curiae*, à l'instar de celui dont disposent les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Dans ces conditions, l'« exclusion » des personnes privées imprime à la procédure arbitrale de règlement des différends, un caractère plus diplomatique que juridictionnel.

---

<sup>1455</sup> V. Articles 37 (mesures de sauvegarde multilatérales) et 40 (mesures antidumping et compensatoires) de l'Accord d'association entre l'Union européenne, et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs Etats membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part, *JOUE* L 261/4, du 30 août 2014.

<sup>1456</sup> Un litige né de la violation du protocole culturel ou celui qui serait du à un manquement à la clause « éléments essentiels » d'un Accord de partenariat économique ne pourra être réglé que dans un cadre bilatéral.

Un autre facteur qui remet en cause la nature juridictionnelle de la procédure arbitrale de règlement des différends, dans les accords externes de l'Union européenne, est constituée par l'importance de la prise en compte des mécanismes alternatifs de résolution des litiges que sont la coopération, la médiation ou encore la consultation. Si l'on avait à schématiser la procédure européenne de règlement des différends dans la pratique conventionnelle européenne, on serait tenté de dire qu'une première étape, clairement dominée par le facteur politique, renvoie à la coopération, à la médiation et à la consultation. Une seconde étape, qui se veut davantage juridictionnelle, porte sur l'arbitrage en tant que tel. Cependant, les deux étapes du processus de règlement ne peuvent être séparées car le passage de la première à la seconde, est fonction de l'absence de solution entre les parties au litige. Ceci dit, en interprétant la procédure de règlement des différends comme un « processus global » composé de sous processus spécifiques, on pourrait affirmer que dans les étapes de la coopération, de la médiation et de la consultation, on est en présence d'une entreprise d'« administration » des obstacles non tarifaires, et dans celle de l'arbitrage, on se trouve dans l'hypothèse d'un « règlement » des différends. Mais force est de constater que même cette procédure arbitrale est marquée par la persistance du facteur politique, faisant dire que le système européen de règlement des différends est véritablement un système d'administration des obstacles non tarifaires.

Dans les accords externes de l'Union européenne, à l'instar de l'ALENA, l'objectif affiché par l'Union et ses partenaires, est bien d'éviter, le plus possible, la saisine d'abord, des Groupes spéciaux d'arbitrage, ensuite, de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Autant dire que tout le système européen est bâti autour de la prévention des contentieux et de la quête effrénée d'une solution amiable. Pour rappel, l'architecture institutionnelle de l'administration des obstacles non tarifaires, au travers des accords externes de l'Union européenne, est constituée de Comités technico-administratifs mais également de Comités de gestion ; les premiers sont de nature purement administrative et sont subordonnés aux seconds, qui sont de nature politique. La même structure se retrouve dans tous les derniers accords externes conclus par l'Union. L'organe politique est le plus important. Il est chargé de l'administration même des accords externes. La mission principale consistant à superviser la mise en œuvre de l'accord *lato sensu*, lui est confiée<sup>1457</sup>.

---

<sup>1457</sup> V. par ex. Article 227.1 « Conseil conjoint Cariforum – CE », de l'APE CE- Cariforum : « Il est institué un conseil conjoint Cariforum-CE chargé de superviser la mise en oeuvre du présent accord. Le conseil conjoint Cariforum-CE se réunit au niveau ministériel à des intervalles réguliers ne dépassant pas deux ans et tient des réunions extraordinaires dès que les circonstances l'exigent et si les parties en conviennent ».

Le passage à la phase ultime de règlement par voie arbitrale ne s'opère qu'à défaut de solution trouvée par l'organe politique. L'importance de cet organe est telle que la saisine spontanée, par exemple, de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, sans passer par celui-ci, pourrait être interprétée à juste titre comme l'expression d'une mauvaise foi de l'Etat. Or, parmi les principes qui régissent les accords externes de l'Union européenne, le principe de bonne foi est au cœur de la relation partenariale. La pratique conventionnelle européenne est marquée, en ce sens, par davantage de consensualisme que de « juridiciarisation ».

Il est important de noter que l'organe central dans les accords est de nature hybride aussi bien par sa composition que par ses fonctions. En ce qui concerne sa composition, l'organe est constitué de représentants de l'Union européenne et des Etats partenaires, ayant rang de Ministre ou leurs délégués. Considéré ainsi, il est impossible d'échapper à l'emprise du facteur politique dans l'administration des obstacles non tarifaires. En outre, les fonctions de l'organe sont à la fois politico-administratives – car il est chargé de la mise en œuvre de l'Accord -, que « juridictionnelles » dans la mesure où il peut être saisi de cas portant sur l'interprétation et l'application de l'Accord<sup>1458</sup>.

L'organe principal de l'accord, en sa qualité d'organe politique, ne peut être considéré comme un organe juridictionnel, compte tenu du fait qu'il lui manque l'objectivité et l'indépendance nécessaires à toute fonction juridictionnelle. En réalité, il sert de cadre de négociation aux représentants de l'Union européenne et de ses partenaires commerciaux. Relativement à son rôle, la mission de l'organe politique est quelque peu superfétatoire dans la mesure où son intervention se situe en amont des tentatives de résorption du litige initiées au travers des Comités technico-administratifs. L'organe principal de la structure institutionnelle n'est, bien souvent, chargé que de donner suite aux conclusions des Comités qui lui sont subordonnés. Or, l'absence de solution au niveau de ces Comités ne fait qu'entraîner un déplacement du problème vers l'instance supérieure, prélude, par conséquent, à de nouvelles négociations. Cet aspect superflu de la procédure joue également dans le cadre de la relation entre l'organe politique et l'« organe juridictionnel ». Les tâches de règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application des accords externes, confiées à l'organe politique font doublon avec celles de l'organe « judiciaire ».

---

<sup>1458</sup> V. par ex. Article 15.1 « Comité commerce », de *l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée* : « e) sans préjudice des droits conférés au chapitre quatorze (Règlement des différends) et à l'annexe 14-A (Mécanisme de médiation pour les mesures non tarifaires), recherche les moyens et méthodes propres à prévenir les problèmes qui pourraient surgir dans les domaines couverts par le présent accord ou à résoudre les différends qui pourraient naître de l'interprétation ou de l'application du présent accord ».

Cependant, cela peut se comprendre car l'objectif est, pour l'Union et ses partenaires, d'arriver à une solution mutuellement acceptable sans avoir forcément besoin de saisir un organe « tiers », en particulier le Groupe spécial d'arbitrage ou l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

Par ailleurs, la faiblesse du mécanisme arbitral de règlement des différends est liée à la règle du consensus<sup>1459</sup> dans la prise des décisions. Or, on sait que « [...] la méthode du consensus présente le risque – particulièrement dans des intégrations asymétriques [...] – d'aboutir à l'unilatéralisme du plus fort ou au blocage décisionnel »<sup>1460</sup>. Dans des accords la mettant en relation avec des pays en développement, l'Union européenne pourrait ainsi imposer sa vision à travers la règle du consensus qui caractérise sa pratique conventionnelle. Plus encore, la faiblesse des Groupes spéciaux d'arbitrage porte sur le caractère non définitif de leurs rapports. Ces derniers font toujours l'objet d'une renégociation entre les parties au litige<sup>1461</sup>. Concrètement, après avoir échoué à trouver une solution à un litige naissant par le biais des organes technico-administratifs et de l'organe politique, les parties peuvent passer à l'étape de la procédure arbitrale, sans pour autant fermer la porte à toute possibilité de renégociation sur la base du rapport des Groupes spéciaux d'arbitrage. On note donc une résurgence continue des négociations politiques afin de trouver une solution définitive au litige. Par conséquent, la solution finale au litige ne découle pas forcément d'une logique purement juridictionnelle, mais bien de la volonté politique des parties<sup>1462</sup>. C'est dire que le mécanisme européen de règlement des différends laisse à l'Union européenne, dans l'hypothèse où l'accord externe serait conclu avec un pays en développement ou de moins puissant, la liberté d'imposer ses vues.

---

<sup>1459</sup> V. par ex. Article 220 de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et les Etats du Carifrum.

<sup>1460</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 767. Voir aussi Panayotis SOLDATOS, « La revanche du continentalisme : le libre-échange canado-américain », in André DONNEUR et Panayotis SOLDATOS (dir.), *Le Canada à l'ère de l'après-guerre froide et des blocs régionaux : une politique étrangère de transition*, North York, Captus Press, 1993, pp. 135-167.

<sup>1461</sup> L'adoption du rapport intérimaire laisse toujours la possibilité à l'Union européenne et à son partenaire de négocier son contenu. Aussi, comme on l'a vu précédemment, certains accords prévoient une procédure de réexamen de la décision du Groupe spécial d'arbitrage sur la base des observations formulées par les parties suite au premier rapport.

<sup>1462</sup> D'ailleurs, l'Accord entre l'Union européenne et la Colombie, le Pérou et l'Equateur prévoit, en son article 312, « une demande de clarification d'une sentence » qui ne peut être comprise que dans le sens d'une domination du facteur politique sur celui juridique : « Dans un délai de dix jours à compter de la notification de la sentence, une partie au litige peut présenter une demande écrite au groupe spécial d'arbitrage, avec copie à l'autre partie au litige et au comité «Commerce», en vue de la clarification de certains aspects spécifiques de toute détermination ou recommandation de la sentence que cette partie juge ambiguë, y compris en ce qui concerne la mise en conformité. L'autre partie au litige a la faculté de présenter ses observations sur cette demande au groupe spécial d'arbitrage, avec copie à la partie qui a présenté la demande initiale de clarification. Le groupe spécial d'arbitrage répond à cette demande dans un délai de dix jours à compter de sa réception.

Dès lors, ce mécanisme est bien fragile face aux pressions politiques de l'Union européenne.

Le dernier facteur de fragilité du mécanisme européen de règlement des différends est lié au manque de neutralité des Groupes spéciaux d'arbitrage. Ces derniers ne sont pas neutres et leur composition est tributaire de la volonté des partenaires<sup>1463</sup>. En dépit de la méthode de sélection établie pour le choix des arbitres, il n'en demeure pas moins que ces derniers peuvent être influencés par leur pays d'appartenance lors de la prise de décision. L'étreinte du facteur politique dans les relations commerciales asymétriques découche naturellement sur une utilisation stratégique du mécanisme multilatéral de règlement des différends. Dans cette perspective, en l'absence de cas de jurisprudence dans la pratique conventionnelle européenne, l'expérience de l'ALENA sera convoquée pour étayer notre propos.

## **2. La saisine stratégique de l'Organe de règlement des différends de l'OMC par les partenaires commerciaux politiquement faibles**

Le recours au système de règlement des différends de l'OMC suite à un litige né dans le cadre d'un accord externe de l'Union européenne, peut être une option stratégique à la disposition de la partie politiquement faible afin de faire contrepoids à la puissance politique de l'Union européenne. Pour s'en rendre compte, on va se référer à la pratique suivie par le Canada – pays politiquement faible par rapport à l'ogre américain – dans le cadre du système régional de règlement des différends. Cela nous permettra d'étayer la thèse selon laquelle l'option du système multilatéral, par les partenaires politiquement faibles de l'Union européenne, « peut être » bénéfique. Un certain nombre de décisions ont été rendues sur le fondement de l'article 18 de l'Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Canada et de l'article 20 de l'ALENA. Les décisions sont intervenues dans des secteurs particulièrement sensibles ayant souvent opposé les deux partenaires nord-américains. Compte tenu de la sensibilité des questions traitées, ces différends auraient requis un règlement juridictionnel apte à garantir l'impartialité de la décision ainsi que l'égalité entre les parties. D'ailleurs, c'est sur ces éléments que repose toute la crédibilité d'un mécanisme de règlement des différends. Le facteur politique, loin d'être exclu, devrait être l'exception et non le principe ; celui-ci est souvent la source de pressions exercées sur les plus faibles politiquement et économiquement.

---

<sup>1463</sup> *Id.*, article 304 et l'article 221 de l'APE CE – Cariforum.



Malheureusement, comme nous l'avons évoqué, on constate que l'organe politique n'est pas autonome par rapport aux gouvernements. Aussi, les Groupes spéciaux d'arbitrage ne sont pas toujours impartiaux. En outre, le rapport d'un Groupe spécial d'arbitrage peut toujours faire l'objet d'une renégociation entre l'Union européenne et ses partenaires commerciaux. C'est qui fait dire, dans le cadre de l'ALENA, que « contrairement aux objectifs louables visés par les négociateurs de l'ALENA et la rhétorique dans lequel (*sic*) celui-ci a baigné jusqu'à maintenant, les partenaires de l'ALENA sont loin d'avoir, dans les faits, une voix égale dans la résolution des litiges<sup>1464</sup> ». Les Etats-Unis font toujours office de grande puissance commerciale et politique capable d'imposer leurs vues, en dehors d'un cadre impartial, au Canada, dans le cadre du mécanisme bilatéral de règlement des différends<sup>1465</sup>. On s'appuiera sur deux affaires pour éclairer la problématique.

#### a) L'affaire du Hareng et du Saumon

L'affaire du Saumon et du Hareng est illustrative de la mise en œuvre de l'option tactique de la saine de l'Organe de règlement des différends. Elle a fait l'objet de deux décisions, une dans le cadre de l'ALE et une autre en relation avec le GATT<sup>1466</sup>. Ce différend a révélé toute la faiblesse du rapport du Groupe spécial d'arbitrage. En l'espèce, la décision de l'« organe judiciaire » n'avait pas été suivie par les représentants des parties au travers de la Commission mise en place<sup>1467</sup>. Or, le principe veut qu'une décision rendue par un organe juridictionnel, garantissant l'égalité entre les partenaires, soit plus avantageuse pour le partenaire économiquement et politiquement plus faible, en comparaison à une entente négociée qui est toujours le résultat d'un rapport de force en sa défaveur. Ainsi, dans le cadre de la pratique conventionnelle européenne, la renégociation *a posteriori* du rapport du Groupe spécial d'arbitrage, fait de l'Union européenne la véritable maîtresse du jeu dans un litige l'opposant à un partenaire économiquement faible, voire plus faible.

---

<sup>1464</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 773.

<sup>1465</sup> V. à propos de la saisine stratégique de l'ORD à la suite d'un différend né dans un cadre régional, pas par un pays politiquement et économiquement plus faible, une affaire ayant impliqué l'Argentine et le Brésil dans le cadre du MERCOSUR. V. Rapport du Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, du 22 avril 2003.

<sup>1466</sup> Dans le cadre du GATT, voir le Rapport du Groupe spécial, *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons*, IBDD S35/106, du 22 mars 1988. Dans le cadre de l'ALE, voir le Rapport final du Groupe spécial dans *l'affaire de l'obligation du Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng de la côte du Pacifique*, du 16 octobre 1989, n° de dossier du Secrétariat : CDA-89-1807-01 [ALE-89-101].

<sup>1467</sup> Ils avaient décidé de la renégocier en Commission.

Dans cette affaire, le Canada imposait aux exportateurs de hareng et de saumon – par voie de règlement - que tout leur stock, pris dans les eaux canadiennes, devait faire l'objet d'une transformation sur le territoire du Canada. Le Panel du GATT avait déclaré une telle obligation de transformation sur place comme contrevenant à l'article XI:1 du GATT et ne se justifiait par une quelconque préférence collective contenue à l'article XX g)<sup>1468</sup>.

Le Canada avait alors donné suite à ce rapport du Groupe spécial en modifiant sa législation. L'obligation de transformation sur place a été remplacée par une obligation de débarquement fondée sur une politique de conservation et de gestion des espèces. A la suite de cette décision du Groupe spécial du GATT et de la mise en conformité de la législation canadienne, un autre contentieux s'est noué dans le cadre de l'ALE. Les Américains ont interprété cette nouvelle obligation de débarquement comme une restriction aux exportations interdite, à l'instar de celle aux importations, par l'article 407 (1) de l'ALE qui reprenait l'article XI du GATT. Dans sa défense, le Canada faisait savoir que cet article ne s'appliquait qu'aux mesures à la frontière prohibant ou restreignant le commerce, ainsi qu'aux mesures établissant une discrimination entre les ventes sur le marché local et les exportations<sup>1469</sup>. Aucune violation de l'article XI n'avait été établie dans la mesure où la capacité des acheteurs américains d'acheter des poissons n'était nullement entamée et que celle-ci se réalisait dans les mêmes conditions que les acheteurs canadiens. En outre, le Canada estimait que quand bien même l'obligation tombait sous le coup de l'article XI du GATT, elle relevait de l'exception de l'article 1201(1) de l'ALE incorporant l'article XX g) du GATT. Cette disposition autorisait les mesures affectant le commerce, se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables.

L'échec des consultations sur la question, a conduit à la constitution d'un Groupe spécial d'arbitrage en vertu du chapitre 18 de l'ALE. Le Groupe spécial ainsi constitué avait rejeté l'interprétation canadienne de l'article XI du GATT, qu'elle jugeait trop restrictive, en constatant que l'obligation de débarquement impliquait des coûts supplémentaires et, par conséquent, un désavantage compétitif pour la plupart des exportateurs. Il en est ressorti une restriction à l'exportation contraire à l'article 407(1) de l'ALE.

---

<sup>1468</sup> V. Ted L. McDORMAN, « International Trade Law Meets International Fisheries Law : The Canada-US Salmon and Herring Dispute », *Journal of International Arbitration*, vol. 7, n° 4, 1990, pp. 107-121.

<sup>1469</sup> V. Rapport final du Groupe spécial dans *l'affaire de l'obligation du Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng de la côte du Pacifique*, *op.cit.*, § 5.02.

Aussi, pour évaluer la justification de la mesure de conservation, le Groupe spécial a recouru au principe de proportionnalité, à savoir l'appréciation du coût de la mesure par rapport à l'objectif de conservation recherché<sup>1470</sup> et l'existence de mesures moins restrictives ayant un résultat équivalent. Il concluait aussi que la réglementation ne pouvait bénéficier, en l'état, de l'exception prévue par l'article 1201 de l'ALE du fait de son étendue. Il en serait autrement si l'obligation de débarquement concernait, non pas 100% des prises de harengs et saumons, mais 80 à 90%. Cependant, les recommandations du Groupe spécial ont été « modifiées » par les parties, dans le cadre de la solution trouvée au sein de la Commission. En effet, le Canada sera contraint d'accepter aussi bien la limite la plus haute préconisée par le Groupe spécial, mais également la possibilité d'un dépassement ultérieur, se pliant ainsi aux exigences américaines. La faiblesse de la marge de négociation du Canada a fait que les Etats-Unis ont pu leur imposer leur logique commerciale au grand damne du Président du Conseil des pêcheries de la Colombie-Britannique, M. Hunter :

« This is a sellout, an abandonment of legitimate Canadian interests on the altar of some principles of free trade »<sup>1471</sup>.

Les autorités canadiennes, sous la contrainte politique américaine, ont été obligées d'abandonner la poursuite de préférences collectives légitimes au nom du libéralisme. Cette affaire a donc mis en lumière toute la faiblesse des rapports des Groupes spéciaux d'arbitrage dans les accords de libre-échange, mais aussi l'imprécision du rôle de ces derniers dans le processus de règlement des différends. Cette espèce est symptomatique de la grande faiblesse des organes de règlement des différends dans le cadre d'accords commerciaux préférentiels. Les parties en litige gardent toute la latitude de ne pas suivre les recommandations d'un Groupe spécial d'arbitrage en ayant recours à des négociations politiques qui, malheureusement, se soldent presque toujours par l'imposition des vues de la partie la plus forte. Si la décision était rendue par l'ORD de l'OMC, nul doute que les Etats-Unis auraient moins de marge à contraindre la partie canadienne. Mais cette époque était marquée par un système commercial multilatéral dominé par le facteur politique où les organes de règlement des différends n'étaient pas investis d'importants pouvoirs judiciaires. Aussi, si la décision était rendue par un ORD « clairement ouvert » aux préférences collectives des Membres, il se pourrait que le Canada ait eu gain de cause.

---

<sup>1470</sup> *Id.*, § 7. 08.

<sup>1471</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 775.

## b) L'affaire du blé dur

Cette affaire portait sur l'interprétation et l'application, par le Canada, de l'article 701(3) de l'ALE en ce qui concerne le blé dur<sup>1472</sup>. Elle a suscité un contentieux politique considérable dans la mesure où le blé constitue un enjeu primordial pour les Etats-Unis en leur qualité d'un des plus gros producteurs mondiaux. En l'espèce, les Etats-Unis accusaient le Canada de subventionner illégalement ses exportations de blé par le biais de pratiques de prix de la Commission canadienne du blé. Le Canada était ainsi accusé de pratiquer le dumping sur le blé exporté vers les Etats-Unis<sup>1473</sup>.

Pour résoudre le litige, le Groupe spécial devait interpréter les expressions « prix d'achat de ces produits », « frais d'entreposage et de manutention » et « autres [frais] qu'elle aura dû assumer », afin de déterminer l'existence du dumping. Au préalable, il a rappelé que l'article 701 de l'ALE avait pour objet d'interdire, pour les produits agricoles, les subventions à l'exportation d'une partie vers le territoire d'une autre. Seules étaient tolérées les subventions intérieures dans la mesure où elles n'affectaient pas les conditions de la concurrence au niveau international<sup>1474</sup>. Cela dit, en ce qui concerne la première expression, le Groupe spécial rejeta l'interprétation des autorités américaines qui consistait en l'inclusion de l'ensemble des versements dans le prix d'achat des produits. Au contraire, il avait retenu la solution préconisée par le Canada, plus restrictive. Il confirma aussi l'interprétation canadienne relativement à la seconde expression<sup>1475</sup>. Quant à la troisième expression relative aux subventions au transport, le Groupe spécial a estimé qu'elles constituaient des subventions internes. En revanche, les frais de transport absorbés par la Commission canadienne du blé pour assurer l'expédition du grain vers les Etats-Unis, faisaient partie intégrante de la catégorie des « autres frais »<sup>1476</sup>. On voit donc que le Groupe spécial avait donné raison aux autorités canadiennes sur la quasi-totalité des points de divergence avec le gouvernement américain.

---

<sup>1472</sup> V. Rapport final du Groupe spécial dans *l'affaire de l'interprétation et de l'observation par le Canada de l'article 701.3 de l'ALE en ce qui concerne les ventes de blé dur*, 8 février 1993, n° de dossier du Secrétariat : CDA-92-1807-01 [ALE-93-101].

<sup>1473</sup> L'article 701.3 dispose : « [n]i l'une ni l'autre Partie, y compris toute entité publique qu'elle constitue ou maintient, ne vendra de produits agricoles destinés à l'exportation vers le territoire de l'autre Partie à un prix inférieur au prix d'achat de ces produits majoré des frais d'entreposage, de manutention ou autres qu'elle aura dû assumer ».

<sup>1474</sup> V. Prince HERVE AGBODJAN, *Le droit de l'OMC et l'agriculture : analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles*, Thémis, 2012, 557 pages.

<sup>1475</sup> Seuls les frais d'entreposage et de manutention devaient être inclus dans le calcul des frais.

<sup>1476</sup> V. Rapport final du Groupe spécial dans *l'affaire de l'interprétation et de l'observation par le Canada de l'article 701.3 de l'ALE en ce qui concerne les ventes de blé dur*, *op.cit.*, § 112.

Mais il semblerait qu'il n'en ait pas tiré toutes les conséquences. Il avait plutôt préféré « se retrancher derrière l'insuffisance des éléments de preuve et renvoyer les Parties à s'entendre sur un mode de partage de l'information pour faciliter le respect de l'article 701(3) et sa surveillance [...]»<sup>1477</sup>. La démarche du Groupe spécial a été fort décriée, car elle était assimilée à une « démission », traduisant une incapacité à décider en faveur, surtout, du Canada et au détriment des Etats-Unis. Le Groupe spécial se bornait, en guise de recommandations, à déclarer que ses réponses équivalaient à « un jugement déclaratoire » et que « ses conclusions sur la question d'interprétation soulevée dans le cadre de référence devraient suffire à résoudre le différend entre les Parties »<sup>1478</sup>.

Cette affaire démontre, encore une fois, la faiblesse des Groupes spéciaux d'arbitrage dans le cadre conventionnel impliquant une puissance commerciale majeure, à l'instar de l'Union européenne, et un partenaire commercial de moindre envergure, ce qui serait le cas, par exemple, de pays en développement. Cette faiblesse a, bien entendu, pour corollaire, la contrainte politique exercée par l'Etat économiquement fort sur celui économiquement faible. C'est pour cette raison que l'option de la saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, est salutaire pour les partenaires de l'Union européenne dans le cadre de sa pratique conventionnelle bilatérale. Elle pourrait même l'être pour elle-même si, dans le futur, l'Union parvenait à conclure avec les Etats-Unis, le Traité transatlantique donnant lieu à un contentieux commercial sur quelques points de l'accord.

---

<sup>1477</sup> V. Vilaysoun LOUNGNARATH et Cécile STEHLY, *op.cit.*, p. 787. Les Etats-Unis reprochaient aux autorités canadiennes de ne pas leur fournir les éléments nécessaires pour étoffer leurs preuves. Le Canada rétorquer que son refus était justifié par l'attitude des autorités américaines de ne pas leur garantir la confidentialité des informations fournies.

<sup>1478</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire du blé dur, *op.cit.*, § 127.

## SECTION 2

### LA PORTEE POTENTIELLEMENT NEGATIVE DU SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES SUR LE SYSTEME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'OMC

L'effet de renforcement du système commercial multilatéral qui découle de l'institution d'un système européen d'administration des obstacles non tarifaires ne doit pas occulter la portée potentiellement négative de cette dernière. Le choix porté sur les organes conventionnels, en vue de résoudre les différends nés de la mise en œuvre des accords bilatéraux, est susceptible de porter atteinte aux règles multilatérales qui président aux solutions mutuellement convenues (§1) et d'entraîner un risque de fragmentation du système commercial multilatéral (§2).

#### **§1. Les atteintes possibles aux règles multilatérales gouvernant les solutions mutuellement convenues**

Les accords OMC ont prévu l'existence de certaines règles relatives aux solutions mutuellement convenues. La question qui vient à l'esprit est celle de savoir pourquoi évoquer les conditions de légalité des « solutions mutuellement convenues » posées par les accords OMC, dans le cadre des accords externes de l'Union européenne. Les accords OMC prévoient une obligation de notification des « accords commerciaux régionaux » dès leur conclusion. Mais une telle obligation ne s'étend pas aux solutions diplomatiques adoptées dans le cadre des accords bilatéraux. Cependant, un litige peut naître de la mise en œuvre d'un accord externe et relever en même temps de la compétence de l'OMC. Il en est ainsi lorsque son objet concerne une « matière OMC ». La saisine de l'ORD, dans le cadre du droit d'option prévu par les accords externes, entraînerait un basculement vers le système multilatéral. Parce que le différend né de l'accord bilatéral porte sur des matières couvertes par les accords OMC, il en résulte une interconnexion entre les deux ordres. Or, la première étape du processus de règlement des différends au sein de l'OMC, est constituée par la recherche de « solutions mutuellement convenues » entre les parties. C'est comme s'il y avait une sorte de retour au cadre bilatéral. Résoudre le litige sous l'impulsion de l'OMC, bien qu'étant né dans le cadre bilatéral, consiste, dans une certaine mesure, à le régler à destination du cadre bilatéral. La pratique européenne en la matière, au sein de l'OMC, permet de voir que celle-ci porte atteinte à l'obligation de transparence (A) ainsi qu'à celle de compatibilité (B).

## **A. Le non-respect de l'obligation de transparence des solutions mutuellement convenues**

Le recours prioritaire aux solutions mutuellement convenues, dans le cadre des processus de règlement des différends, permet certes de trouver une issue heureuse à ces derniers, mais force est de constater qu'en contrepartie l'obligation de transparence contenue dans les accords OMC, a tendance à être violée par l'Union européenne et ses partenaires. Bien que ces « solutions » se retrouvent dans le contentieux des accords externes de l'Union, il n'en demeure pas moins que les règles multilatérales devraient continuer à être respectées. Qu'il nous incombe, à ce niveau, de rappeler que ces accords sont régis par les dispositions de l'article XXIV du GATT. Ainsi, l'obligation de transparence doit-elle être respectée dans la résolution de ces contentieux par voie diplomatique. Il est certes vrai que ces accords ne produisent pas assez de matières sur la pratique contentieuse de l'Union.

S'il y en avait, on doit dire qu'on n'a rencontré aucune décision rendue par un Groupe spécial d'arbitrage d'un accord externe. Néanmoins, il est possible d'imaginer que la pratique longtemps suivie dans le cadre de l'OMC pourrait être effectivement étendue à ces accords externes. Pourquoi devrait-elle se priver d'une marge de manœuvre qu'elle s'est octroyée au niveau multilatéral dans le cadre de ses relations bilatérales ? Deux problèmes se posent dans cette perspective en ce qui concerne les solutions diplomatiques. Le premier est la grande difficulté de connaître des solutions apportées aux différends impliquant l'Union européenne ; le second concerne les libertés prises par l'Union européenne relativement à la règle de la notification des solutions diplomatiques.

En ce qui concerne le premier problème affectant le système multilatéral, on note dans la pratique de l'Union européenne, une importante masse d'informations manquantes s'agissant de la manière dont les différends sont réglés. Le principe de transparence, qui participe à la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC – dont l'une des composantes est la possibilité d'accéder aux solutions adoptées à l'issue des plaintes engagées –, est bien souvent ignoré<sup>1479</sup>. Dans plusieurs affaires impliquant l'Union européenne, au niveau de l'OMC, il est impossible de savoir, au regard des seules informations contenues dans la documentation officielle de l'OMC, si les différends restés, par exemple au stade des consultations, ont été résolus de façon diplomatique. Il en va de même du contenu de ces solutions.

---

<sup>1479</sup> V. Alan Hervé, *op.cit.*, p. 554.

Sur bien d'affaires restées au stade des consultations, seules quelques solutions mutuellement convenues ont été notifiées<sup>1480</sup>. Par conséquent, il reste une masse importante de différends, restés en phase de consultations, dont on ne peut connaître des modalités de règlement. Par ailleurs, on note l'existence de différends « en sommeil », c'est-à-dire engagés par l'UE et abandonnés au stade des consultations sans que leur règlement n'ait fait l'objet d'une notification officielle. Le même phénomène est noté dans les affaires où l'Union européenne se présentait comme défenderesse<sup>1481</sup>. Celles-ci ont, peut-être, été sanctionnées par un règlement diplomatique sans que communication n'ait été faite aux instances multilatérales. Alan Hervé déclarera que :

« Ce phénomène s'observe dans l'activité contentieuse d'autres Membres. De façon générale, il existe à l'OMC un très large écart entre le nombre de solutions effectivement négociées pour mettre un terme aux différends au stade des consultations et celui des plaintes qui ne franchissent pas cette étape de la procédure »<sup>1482</sup>.

Par ailleurs, bien que l'obligation de transparence pèse toujours, en ce qui concerne les solutions mutuellement convenues, lors de la phase de mise en œuvre des rapports, la pratique européenne se singularise aussi par le non-respect de celle-ci. Il peut certes paraître étrange de chercher à trouver des solutions diplomatiques une fois que le différend ait fait l'objet d'une saisine des organes de jugement et à la suite d'un rapport. Mais, dans les affaires *Bananes*, *Hormones ou OGM*, l'on a vu que des arrangements diplomatiques pouvaient être trouvés même à un stade très avancé de la procédure. Cela dit, un regard sur l'état des différends OMC démontre que, passé la phase d'adoption des rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, un certain nombre d'affaires sont probablement réglées, puisqu'elles ne sont plus inscrites à l'ordre du jour des réunions de l'ORD, sans pour autant que soit officiellement intervenu un accord entre les parties. Très souvent, le différend prend fin après que le plaignant se soit contenté de consentir tacitement aux déclarations de mise en conformité du défendeur. L'analyse du comportement de l'Union reflète l'existence d'une masse manquante d'informations relativement à l'efficacité de la mise en œuvre des rapports.

---

<sup>1480</sup> *Id.*, p. 555. Sur les aspects statistiques se référer au travail assez remarquable de l'auteur dans son ouvrage précité. Tout au long de son texte, Alan Hervé nous fournit une masse d'informations précises sur les différends portés devant l'OMC. Bien que cette partie soit axée sur son travail, je ferai l'économie d'entrer dans les détails des affaires.

<sup>1481</sup> *Ibid.*, note de bas de page 1716.

<sup>1482</sup> *Ibid.*, p. 556.



Dans certaines affaires où l'Union européenne faisait office de plaignante, le devenir de la mise en conformité n'a pu être connu avec certitude que dans des cas très limités<sup>1483</sup>. En effet, l'existence d'une mesure de mise en œuvre, nous dit Alan Hervé :

« [...] ne signifie pas nécessairement que la mise en œuvre est effective pas plus qu'elle ne permet d'écarter la possibilité d'une entente discrète entre les parties constituant la solution réelle du différend »<sup>1484</sup>.

De façon analogue, on retrouve la même pratique lorsque l'Union européenne est en position de défenderesse. Dans cette hypothèse, la conclusion d'arrangements informels, destinés à contourner les exigences multilatérales, n'est pas à exclure. Les parties apparaissent peu soucieuses, en règle générale, d'appliquer le principe de transparence dans le règlement effectif des conflits commerciaux en considérant probablement que les deux objectifs pouvaient être contradictoires. L'Union européenne a très souvent été portée à trouver des arrangements amiables à l'ombre de la règle commerciale multilatérale.

Le second problème lié aux solutions mutuellement convenues, dans leur atteinte aux règles multilatérales, a trait aux libertés prises par l'Union européenne à l'égard de la notification. Dans le cadre de ses accords externes, on voit mal comment le respect de cette obligation pourrait être amélioré. Néanmoins, il convient de rappeler que l'Union européenne a déclaré son attachement à l'obligation de notification de ses solutions diplomatiques dans les années qui ont suivi la mise en place du système de règlement des différends de l'OMC. C'est à l'occasion d'une réunion de l'ORD en 1995 – où fut discutée la négociation d'un accord entre les Etats-Unis et le Japon relatif aux semi-conducteurs -, que l'UE a pris la parole pour rappeler qu'aucun accord bilatéral n'était acceptable s'il en résultait, *de facto ou de jure*, une discrimination directe ou indirecte à l'égard de ses intérêts économiques. Elle exigeait, en outre, que l'accord fût porté à la connaissance des parties tierces au différend<sup>1485</sup>. En dépit de ce positionnement officiel, le comportement de l'Union a contrasté tantôt partiellement tantôt fondamentalement avec la pratique de la notification.

---

<sup>1483</sup> Ainsi des solutions mutuellement convenues dans le cadre de la mise en conformité dont l'efficacité ne peut être connue : *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/1, du 12 janvier 1998 ; *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* et *Etats-Unis – Maintien de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS294/43 et WT/DS350/20, 8 février 2012.

<sup>1484</sup> V. Alan Hervé, *op.cit.*, p. 558.

<sup>1485</sup> V. Compte rendu de la réunion de l'ORD du 31 mai 1995, WT/DSB/M/5.

La pratique européenne à l'égard de l'obligation de notification des solutions mutuellement convenues est, dans un sens, marquée par un respect partiel. Un cas intéressant a été noté à la suite d'une solution diplomatique intervenue dans le cadre d'une demande de consultations. Il s'agit de l'affaire *Japon – Achat de satellite de navigation* engagée par la Communauté européenne d'alors dans les premières années du système de règlement des différends. La Communauté avait mis en cause un appel d'offres du ministère japonais des transports en vue de l'achat d'un satellite de navigation. Elle estimait que les termes de celui-ci n'étaient pas neutres car faisant explicitement référence à des spécifications des Etats-Unis, excluant ainsi les soumissionnaires européens<sup>1486</sup>. Cependant, une condamnation de cette violation des règles du Code des marchés publics (« CMP »), par l'ORD, n'aurait pas permis de réparer effectivement le préjudice causé aux opérateurs communautaires.

Dès lors, la recherche d'une solution mutuellement convenue était sans doute plus souhaitable. Une solution mutuellement convenue se référant à un accord destiné à mettre en place une coopération entre un groupe européen tripartite (*Commission européenne, Agence spatiale européenne et Eurocontrol*) et le Ministère japonais des transports, fut notifiée aux instances multilatérales en mars 1998<sup>1487</sup>. Néanmoins, les parties étaient restées très évasives quant au contenu de cet accord bilatéral. D'abord, l'existence de cet accord ne fut notifiée que plusieurs mois après sa signature et uniquement en raison d'une demande formulée, par les Etats-Unis, au Comité des marchandises de l'OMC. Ensuite, seul l'« objet de cet accord de coopération dont le contenu ne fut pas rendu public<sup>1488</sup> », fut notifié à l'ORD. La même attitude a été notée en ce qui concerne un différend né de la pratique des autorités coréennes en matière de marchés publics. La solution mutuellement convenue adoptée n'avait pas mentionné l'existence d'un accord bilatéral assurant un accès privilégié au marché coréen pour les opérateurs européens<sup>1489</sup>. Plus encore, une solution mutuellement convenue avait été trouvée en 2007 à la suite d'une plainte engagée à l'encontre d'un régime quarantenaire de l'Australie<sup>1490</sup>. Les parties se contentèrent d'annoncer une résolution du litige par le développement d'une coopération entre les experts scientifiques européens et australiens.

---

<sup>1486</sup> V. Demande de consultations présentée par la Communauté européenne, *Japon – Achat d'un satellite de navigation*, WT/DS73/1, du 26 mars 1997.

<sup>1487</sup> V. Solution mutuellement convenue d'un commun accord entre la Communauté européenne et le Japon, WT/DS73/5, du 3 mars 1998.

<sup>1488</sup> V. Alan HERVE, *op.cit.*, p. 561.

<sup>1489</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et la Corée, WT/DS40/2, du 29 octobre 1997.

<sup>1490</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et l'Australie, WT/DS287/8, du mars 2007.

La « nature évasive » de l'accord conclu faisait dire à Alain Hervé, que l'Union européenne avait renoncé à engager une plainte dans la mesure où elle se trouvait dans un domaine politiquement embarrassant au regard de ses propres prétentions jurisprudentielles relativement à l'Accord SPS. La légalité de cet accord peut susciter un questionnement compte tenu du fait qu'il est impossible de connaître ou d'avoir accès au contenu de la solution diplomatique destinée à mettre un terme au différend, les parties se détournant manifestement de l'objet de l'article 3:6 du MARD.

Par ailleurs, ce respect partiel de l'obligation de notification se justifie par la tardiveté de « la notification » de la solution mutuellement convenue. Ce qui, souvent, place les autres Membres de l'OMC, devant le fait accompli. Dans le cadre de l'affaire *Etats-Unis – Textiles*, l'échange de lettres entre le Haut représentant au commerce et le Commissaire européen au commerce ne fut présenté aux autres Membres de l'OMC que six mois après, sous la pression des tierces parties présentes lors des consultations<sup>1491</sup>.

Au demeurant, la pratique européenne a démontré que les libertés prises avec l'obligation de notification peuvent aller jusqu'à l'absence pure et simple de toute notification de la solution diplomatique. Il en est ainsi dans l'hypothèse des différends « en sommeil » évoqués précédemment. Il en devient malaisé de connaître précisément les raisons à l'origine de l'abandon d'une plainte ou de la suspension des travaux d'un Groupe spécial<sup>1492</sup>. Les modifications souvent apportées à la législation européenne lors de demandes de consultations, démontrent que les parties se sont parfois entendues sur des modalités de résolution des différends d'une façon mutuellement satisfaisante, sans pour autant respecter leur devoir de notification auprès des instances compétentes de l'OMC. En fonction des matières en cause, il peut exister différentes modalités de règlement des différends de façon mutuellement satisfaisante sans que les parties ne se sentent tenues de procéder à une notification. La remarque est particulièrement valable en matière de défense commerciale où l'Union européenne n'a fait part que de façon exceptionnelle, de l'existence d'un règlement négocié<sup>1493</sup>, et s'est généralement contentée d'abroger la mesure en cause<sup>1494</sup>.

---

<sup>1491</sup> V. Compte rendu de la réunion de l'ORD du 30 juillet 1997, WT/DSB/M/36, du 17 septembre 1997 et la solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et les Etats-Unis, WT/DS85/9, 25 février 1998.

<sup>1492</sup> Il sera nécessaire, dans cette perspective, de déterminer si l'affaire s'est trouvée dépourvue d'objet du fait d'un retrait de la mesure en cause, si le plaignant y a renoncé du fait de pressions politiques exercées par le défendeur, ou simplement en raison d'une solution mutuellement convenue négociée de façon officieuse contrairement aux prescriptions du MARD.

<sup>1493</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et l'Inde, CE – Droits antidumping visant certains produits laminés plats, en fer ou en aciers non alliés, en provenance d'Inde, WT/DS313/2, du 27 octobre 2004. La solution contient en annexe le règlement du Conseil abrogeant la mesure antidumping litigieuse.

Cependant, il convient de préciser que l'absence de texte notifié peut parfois s'expliquer par la volonté de la Commission – qui négocie ces accords –, de contourner des difficultés procédurales internes. Dans certains différends où l'Union européenne était en position de défenderesse - les contentieux initiés en juin et juillet 1995 par le Canada et les Etats-Unis, en raison des mesures européennes destinées à mettre en œuvre certaines des concessions concernant des produits agricoles - accordées dans le cadre du cycle d'Uruguay - sont particulièrement révélateurs.

En ce sens, le Conseil adopta en décembre de la même année, un règlement mentionnant l'existence d'accords venus régler les deux affaires<sup>1495</sup>. Les annexes de ce règlement contiennent effectivement des échanges de lettres entre les parties où l'Union s'engageait à répondre favorablement aux prétentions des plaignants en échange d'un retrait des demandes d'établissement de Groupe spécial<sup>1496</sup>. Ils ne furent jamais notifiés à l'OMC. S'inspirant des allégations contenues dans les plaintes précédentes du Canada et des Etats-Unis, la Thaïlande engagea en octobre 1995, une plainte relative aux droits appliqués sur les importations de riz. Ce Membre dénonçait outre le non respect des engagements contractés lors du cycle d'Uruguay, le fait que la Communauté accordait à l'Inde et au Pakistan, un traitement préférentiel en violation de la clause de la nation la plus favorisée<sup>1497</sup>. En mai 1996, une décision du Conseil, relative à la « conclusion des résultats des consultations avec la Thaïlande dans le cadre de l'article XXIII du GATT », et reproduisant l'échange de lettres réglant ce différend, était adoptée afin de mettre un terme à cette affaire. L'arrangement intervenu n'a jamais été transmis aux instances multilatérales<sup>1498</sup>.

Aussi, la Communauté s'est-elle montrée rétive à communiquer l'existence de solutions mutuellement convenues ayant permis de régler des affaires dans lesquelles elle était plaignante. Il en était ainsi à l'occasion de la contestation communautaire d'un accord conclu en 1994 entre des opérateurs de télécommunications américains et japonais.

---

<sup>1494</sup> L'affaire sur les enquêtes antidumping de la Communauté relative aux tissus en provenance d'Inde engagée le 3 août 1998 était devenue sans objet dans la mesure où le règlement en cause a cessé de produire ses effets le 10 octobre 1998. V. aussi la demande de consultations présentée par l'Inde, CE – Enquêtes antidumping concernant les tissus en coton écru en provenance d'Inde, WT/DS140/1, 3 août 1998.

<sup>1495</sup> V. Décision du Conseil du 22 décembre 1995 concernant la conclusion des négociations avec certains pays tiers dans le cadre de l'article XXIV:6 du GATT et d'autres questions connexes, *JOCE*, L 334, du 30 décembre 1995, pp. 25-37.

<sup>1496</sup> *Id.*, annexes II et IV.

<sup>1497</sup> V. Demande de consultation présentée par la Thaïlande, CE – Droits sur les importations de riz, WT/DS17/1, 3 octobre 1995.

<sup>1498</sup> V. Décision du Conseil 96/377/CE du Conseil du 13 mai 1996 concernant des résultats des consultations avec la Thaïlande dans le cadre de l'article XXIII du GATT, *JOCE*, L 122, du 22 mai 1996, p. 15.

Ces derniers étaient sous contrôle des pouvoirs publics et désavantageaient les entreprises européennes qui souhaitaient accéder au marché nippon<sup>1499</sup>. Le Japon s'engagea à respecter le principe de non intervention dans les décisions prises par ses opérateurs nationaux et les autorisait à poursuivre leurs activités sur une base purement commerciale. Un mécanisme d'examen, composé d'experts européens et japonais, fut mis en place afin de veiller au respect de l'arrangement. Malgré tout, l'accord ne fut jamais notifié à l'ORD<sup>1500</sup>.

Pour finir, on convoquera de nouveau l'affaire *Helms-Burton* par rapport à la problématique de l'absence de notification de la solution diplomatique<sup>1501</sup>. La Communauté avait demandé une suspension des travaux du Groupe spécial, à la suite de quoi les pouvoirs du Panel devinrent caducs conformément à l'article 12:2 du MARD. La décision de suspension de la procédure fut la résultante d'un intense processus diplomatique. Les parties se mirent d'accord sur une série d'arrangements destinés à surmonter les difficultés nées de cette législation. L'administration américaine accepta de ne plus appliquer la législation en cause et de poursuivre des négociations avec le Congrès afin d'y introduire de nouvelles dérogations permettant de ne pas porter atteinte aux intérêts économiques européens. Aussi, les parties renouvelèrent leurs engagements à promouvoir la démocratie à Cuba et à défendre, dans le cadre des négociations de l'OCDE sur l'Accord multilatéral sur les investissements et dans les enceintes appropriées, un certain nombre de principes. Un autre accord sera conclu dans le cadre du sommet euro-américain de Londres en mai 1998<sup>1502</sup>. A la différence des Etats-Unis, la Communauté, pour des raisons internes, ne souhaitait pas que les arrangements soient présentés tels des accords internationaux<sup>1503</sup>. Le texte fut décrit tel un simple *gentleman's agreement* constituant le point de départ d'un règlement effectif du différend. Il ne fut jamais notifié à l'ORD<sup>1504</sup>.

---

<sup>1499</sup> V. Demande de consultations présentée par la Communauté européenne, *Japon – Mesures affectant l'achat de matériel de télécommunications*, WT/DS15/1, du 18 août 1995.

<sup>1500</sup> V. Elisa BARONCINI, « The European Community and the Diplomatic Phase of the WTO Dispute Settlement Understanding », vol. 18, n°1, p. 162.

<sup>1501</sup> V. Demande de consultations présentée par la Communauté européenne, *Etats-Unis – Helms-Burton*, WT/DS38/1, du 3 mai 1996.

<sup>1502</sup> V. Alan Hervé, *op.cit.*, p. 565.

<sup>1503</sup> V. Conclusions de la 2097<sup>ème</sup> session du Conseil de l'Union européenne du 25 mai 1998. Voir aussi la Résolution du Parlement européen sur la suspension de la procédure de règlement des litiges à l'Organisation mondiale du commerce à propos de la loi Helms-Burton d 15 mai 1997, B4-0393/7, *JOCE*, C 167, 2 juin 1997, p. 150.

<sup>1504</sup> V. Compte rendu de la réunion de l'ORD du 22 juin 1998, WT/DSB/M/46, du 6 juillet 1998.

## **B. La violation de l'obligation de compatibilité des solutions mutuellement convenues**

L'article 3.5 du MARD pose clairement une obligation de compatibilité des solutions mutuellement convenues. Cette exigence de compatibilité s'exprime en ces termes :

«[t]outes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au regard des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs ».

Cette disposition concerne les solutions négociées entre parties, qu'elles aient ou non pour base l'article 3.6 du MARD. En d'autres termes, les solutions apportées aux différends entre Membres de l'OMC devront être compatibles aux dispositions des accords OMC, que celles-ci soient obtenues durant la phase diplomatique ou dans le cadre de la procédure « juridictionnelle ». On ajoutera, pour se situer dans le contexte des accords externes de l'Union européenne, que toutes les solutions adoptées en ce sens, devraient être compatibles avec les dispositions des accords OMC, y compris celles obtenues au travers de la procédure arbitrale.

Au demeurant, la pratique de l'Union européenne est marquée par une double tendance relativement à la problématique de la compatibilité des solutions mutuellement convenues aux accords OMC. La première tendance s'inscrit dans la perspective d'un respect voué aux règles OMC et la seconde va aux antipodes de ces règles. Avant de traiter des violations des règles OMC relativement à la question de la compatibilité des solutions diplomatiques, on fera cas de quelques exemples où l'Union européenne a effectivement respecté les prescriptions multilatérales.

Une grande majorité des solutions diplomatiques de l'UE, notifiées à l'OMC, respecte les prescriptions multilatérales. Tel a été le cas des solutions adoptées en 1996 dans le cadre des trois plaintes engagées par le Canada, le Pérou et le Chili à propos de la désignation des pectinidés<sup>1505</sup>.

---

<sup>1505</sup> Dans cette affaire, un arrêté du gouvernement français avait prescrit les noms officiels et la dénomination commerciale des pectinidés. En vertu de ce texte, les produits en provenance de ces Membres ne pouvaient plus bénéficier de la dénomination officielle de « coquille Saint-Jacques » désormais réservée aux seuls pectinidés français, en dépit de leur similarité.

Les parties s'inspirèrent des conclusions contenues dans le rapport intérimaire du Groupe spécial, pour élaborer la solution mutuellement convenue notifiée par échange de lettres<sup>1506</sup>. L'arrêté ministériel français auquel cette solution mutuellement convenue faisait référence, respectait le principe du traitement national des pectinidés d'origine étrangère similaires aux produits français<sup>1507</sup>. De même, la solution apportée au différend sur la classification tarifaire du beurre néozélandais, se référa à un nouveau règlement communautaire, réintégrant ce produit dans le contingent prévu par les listes d'engagements de la Communauté<sup>1508</sup>.

Les deux différends nés des violations des règles de l'ADPIC, par l'Irlande<sup>1509</sup> et la Grèce<sup>1510</sup>, ne posèrent pas non plus de difficulté en termes de compatibilité. Celles-ci se contentèrent de prendre acte de l'adoption et du respect de législations destinées à mettre en œuvre les règles applicables en matière de droits d'auteur auxquelles se réfère l'Accord ADPIC. En outre, la compatibilité des solutions mutuellement convenues avec les règles de fond des accords OMC, paraît également respectée dans certains cas où l'Union européenne était en position de plaignante. En 1996, la Communauté européenne et ses Etats membres demandèrent des consultations avec le Japon qui était mis en cause en raison de la violation des règles de l'Accord ADPIC<sup>1511</sup>. La Communauté annonça en janvier 1997, que la diète japonaise avait amendé sa législation controversée conformément à ses obligations. Après avoir observé l'application effective de cet amendement et, par voie de conséquence, le respect des règles de l'Accord ADPIC, la Communauté renonça définitivement à sa plainte au moyen d'une solution mutuellement convenue effectivement communiquée à l'ORD, mais quelques mois plus tard<sup>1512</sup>. Par ailleurs, il découle de la pratique européenne l'idée que la mise en conformité des solutions mutuellement convenues demeure, dans certains cas, un objectif secondaire. On verra après cela qu'il y a des cas où les solutions diplomatiques ne sont tout simplement pas compatibles.

---

<sup>1506</sup> V. Solutions mutuellement convenues entre la Communauté européenne d'une part, et le Canada, le Pérou et le Chili d'autre part, WT/DS7/12, WT/DS12/12 et WT/DS14/12, du 19 juillet 1996.

<sup>1507</sup> V. Articles I et III du GATT de 1994 et l'article 2 de l'Accord OTC.

<sup>1508</sup> V. Règlement (CE) n° 2250/1999 du Conseil du 22 octobre 1999 concernant le contingent tarifaire de beurre d'origine néo-zélandaise, *JOCE*, L 275, du 25 octobre 1999, p. 4.

<sup>1509</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et les Etats-Unis, *CE – Mesures affectant le droit d'auteur et les droits voisins*, WT/DS115/3, du 13 septembre 2002.

<sup>1510</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne, la Grèce et les Etats-Unis, *CE – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/2, du 26 mars 2002.

<sup>1511</sup> V. Demande de consultations présentée par la Communauté européenne, *Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/1, du 28 mai 1996.

<sup>1512</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et le Japon, *Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/4, 17 novembre 1997.

La conformité de certaines solutions mutuellement convenues est sujette à caution dans la mesure où elles ne permettent pas de savoir si la violation initialement dénoncée a finalement été corrigée. Il en était ainsi d'un différend où l'Union européenne, en tant que plaignante, cherchait à trouver une issue à un litige né de la pratique en matière de passation des marchés publics coréens dans le secteur des télécommunications. En plus de pénaliser les fournisseurs étrangers, la Corée accordait un traitement plus favorable aux fournisseurs américains en application de deux accords bilatéraux datant de l'époque du GATT. A défaut de pouvoir invoquer l'Accord sur les marchés publics, la Communauté européenne estimait que la Corée violait les articles I, III et XVII du GATT<sup>1513</sup>.

Plutôt que d'exiger de la Corée qu'elle dénonce ses engagements conventionnels avec les Etats-Unis, la Communauté obtint du Conseil l'autorisation d'engager des négociations en vue de parvenir à un accord similaire destiné à mettre fin à l'éviction des opérateurs européens du marché coréen<sup>1514</sup>. Lors de la signature de cet accord, la Communauté s'engagea à ne pas poursuivre les procédures engagées dans le cadre de l'OMC. Mais la solution notifiée à l'OMC ne faisait pas mention de cet accord bilatéral et se contentait de prendre acte du fait que les parties avaient mutuellement accepté de mettre fin à leur différend<sup>1515</sup>. Malgré l'absence de notification de cet accord aux instances multilatérales, les parties semblaient avoir pris soin de se conformer aux règles de fond de l'OMC. L'accord ne s'appliquait qu'aux services de télécommunications et autres services connexes, lesquels n'étaient pas couverts par les engagements de la Communauté et de la Corée conformément à l'AMP. Les parties ne pouvaient, dans ces conditions, être accusées d'avoir violé les règles du traitement national et de la non-discrimination prévues à l'article III de l'AMP.

La seconde tendance notée dans la pratique européenne, est la négociation de solutions clairement non compatibles avec les dispositions de fond des accords OMC. Les solutions incompatibles seraient plutôt rares au niveau de l'OMC, mais leur rareté n'altère pas leur force symbolique ; c'est-à-dire la possibilité, pour les parties engagées dans le différend, de s'écarter, de façon opportune, des règles multilatérales en retenant des solutions bilatérales *contra legem*.

---

<sup>1513</sup> V. Demande de consultations présentée par la Communauté européenne, *Corée – Lois, réglementations et pratiques dans le secteur des télécommunications*, WT/DS40, du 5 mai 1996.

<sup>1514</sup> V. Proposition de décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord sur le marché des télécommunications et d'un accord sous forme d'échange de lettres concernant la passation de marchés par des opérateurs privés, COM (97) 56 final, 17 février 1997.

<sup>1515</sup> V. Solution mutuellement convenue entre la Communauté européenne et la Corée, WT/DS40/2, 29 octobre 1997.



L'incompatibilité des solutions diplomatiques impliquant l'Union européenne a concerné, au moins, deux cas de figure : le premier renvoie à l'arrangement non notifié *Helms-Burton* et le second à des arrangements politiques non prévus par les accords OMC dans l'affaire de la *Section 110 5) de la loi sur le droit d'auteur* et l'affaire *Hormones*. Dans l'affaire *Helms-Burton*, le règlement politique intervenu confirmait le soupçon d'illicéité associé aux solutions diplomatiques non notifiées aux instances multilatérales. La demande de consultation soulevait la question de la légalité des restrictions commerciales appliquées, par les Etats-Unis, aux marchandises d'origine cubaine, de l'éventuel refus d'accorder des visas aux personnes souhaitant se rendre à Cuba aux fins d'y commercer et de l'exclusion du territoire américain des personnes non ressortissantes des Etats-Unis et exerçant des activités commerciales à Cuba. Ces mesures restrictives étaient incompatibles avec nombre d'obligations prévues par l'Accord général et l'AGCS. Les Etats-Unis tentèrent de se défendre en excipant l'exception de « sécurité nationale » prévue aux articles XXI GATT et XIV bis AGCS.

Dans le cadre du premier Mémorandum signé en 1997 entre les parties, la Communauté accepta de suspendre la procédure en cours devant l'OMC, en vertu de l'article 12.12 du MARD, en échange de quoi l'administration des Etats-Unis s'engagea non pas à obtenir l'abrogation ou la modification de la loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba mais uniquement à continuer de suspendre l'application de son titre III et à demander au Congrès de pouvoir déroger à son titre IV. Le titre III autorisait les citoyens américains à engager des poursuites contre les entreprises susceptibles de se livrer à des transactions directes ou indirectes de biens confisqués par les autorités cubaines. Quant au titre IV, il prévoyait que le gouvernement des Etats-Unis n'accorderait pas de visa et expulserait des Etats-Unis, tout étranger dont il aura été établi qu'il aurait confisqué ou qu'il se serait livré à des transactions de biens cubains confisqués. Ces deux engagements, qui permettaient de neutraliser les effets de deux des dispositions les plus controversées du dispositif législatif américain, ne s'appliquaient cependant que de façon sélective dans la mesure où ils ne concernaient que les entreprises européennes et excluaient les opérateurs économiques des autres Membres de l'OMC. Aussi, en vertu d'un autre Mémorandum de 1998, l'administration demanda au Congrès d'amender le titre IV de la loi *Helms-Burton* et de donner au président le pouvoir d'y déroger de façon permanente s'agissant des entreprises européennes<sup>1516</sup>.

---

<sup>1516</sup> Malgré l'existence de cet engagement de l'exécutif, le Congrès américain demanda à l'administration américaine Clinton d'appliquer de manière encore plus stricte le titre IV et montrait ainsi son intention de ne pas

Face à cette affaire hautement politique, les Etats-Unis et la Communauté européenne se sont entendus sur un règlement politique et bilatéral au lieu de s'engager dans la recherche d'une décision des organes de jugement de l'OMC. Il est clair qu'une telle décision, quelle qu'elle put être, aurait pour conséquence de provoquer de vives tensions, tensions qui seraient inéluctablement à l'origine d'une remise en cause de la légitimité et de la légalité du système de règlement des différends de l'OMC. Les parties ont préféré trouver un arrangement permettant uniquement, à la Communauté, d'être potentiellement prémunie contre les effets négatifs et illicites de cette législation.

En revanche, cet arrangement portait, de façon certaine, atteinte au principe de non-discrimination de l'OMC – en particulier le principe de la nation la plus favorisée –, en ce sens qu'il excluait de ses bénéficiaires, les entreprises des autres Membres<sup>1517</sup>. Cela dit, contrairement aux dispositions du Mémoire, celles contestées de la loi *Helms-Burton*, n'ont jamais été amendées et restent toujours en vigueur.

Par ailleurs, des compensations financières mises en place dans la perspective de la mise en œuvre, par les Etats-Unis, des recommandations adoptées par l'ORD à l'issue de l'affaire *Section 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, ont soulevé des interrogations. En vertu de cet arrangement, les Etats-Unis s'engageaient à verser, pendant une durée de trois ans, une somme forfaitaire de 3,3 millions de dollars à un fonds géré par des sociétés de droits d'auteur européennes. Se posait alors la question de savoir si un arrangement bilatéral pouvait prévoir le versement de compensations sur une base discriminatoire sans violer la règle de la nation la plus favorisée. Rien ne s'oppose, en principe, à ce que des parties s'entendent sur le versement de compensations de nature pécuniaire en vertu de l'article 22 du MARD. Dans l'affaire *CE - Volaille*, l'Organe d'appel a toutefois indiqué que le bénéfice des concessions résultant de compensations accordées en vertu de l'article XXVIII du GATT, devait être sujet au principe de non-discrimination posé par l'Accord général<sup>1518</sup>.

---

restreindre l'application extraterritoriale de la loi. Il considérait que les arrangements étaient juste déclaratoires sans valeur juridique. V. Hugo PAEMEN, « Avoidance and Settlement of High Policy Disputes : Lessons from the Dispute over Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act », in Ernst U. PETERSMANN, Mark A. POLLACK (dir.), *Transatlantic Economic Dispute*, Oxford University Press, 2003, pp. 361-370.

<sup>1517</sup> V. Stefaan SMIS et Kim VAN DER BORGHI, « The EU-US Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts », *AJIL*, 1999, vol. 93, n° 1, pp. 227-236.

<sup>1518</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Communauté européenne – Volaille*, WT/DS69/AB/R, du 13 juillet 1998, § 101.

Il ne saurait en être autrement pour ce qui est des compensations accordées sur la base de l'article 22 du MARD dès lors que ledit texte exige que les compensations soient compatibles avec les accords OMC<sup>1519</sup>. Il n'y a pas lieu d'établir de distinction entre compensations donnant lieu à versement d'une somme et d'autres formes de compensations. Cependant, dans le règlement de l'affaire sur la *Section 110 5) de la Loi sur les droits d'auteur*, seule la Communauté a bénéficié du versement de la somme monétaire qui aurait dû, en principe, échoir à tous les Membres de l'OMC, du moins à ceux qui ont été affectés par cette violation des règles sur les droits d'auteur<sup>1520</sup>. Dans cette perspective, les objections formulées par l'Australie, suite à la notification de cet arrangement, semblent pleinement justifiées<sup>1521</sup>. La Communauté était bien au fait du défaut de compatibilité de la compensation monétaire aux règles de fond des accords OMC.

Mais elle l'a, tout de même, acceptée en considérant qu'une telle solution permettrait de satisfaire les personnes privées à l'origine de cette affaire, mais surtout d'éviter une plainte auprès des instances multilatérales. Parallèlement, l'Union paraît aujourd'hui admettre que les compensations – même temporaires –, ne puissent être attribuées sur une base discriminatoire. Les compensations qu'elle a accordées au titre du règlement de l'affaire *Hormones*, prévoyaient l'ouverture d'un quota annuel à droit nul pour le bœuf de haute qualité attribué sur la base du principe de la nation la plus favorisée<sup>1522</sup>. Officiellement, ce contingent était destiné à profiter tant aux Etats-Unis qu'aux autres Membres de l'OMC. Cependant, plusieurs Membres de l'OMC exportateurs de viande bovine non parties à cette affaire, ont fait part, devant l'OMC, de leurs craintes à l'égard de la répartition effective de ce contingent. Les deux parties avaient volontairement tardé à notifier le Mémorandum, ce qui a certainement joué en faveur des exportateurs américains seuls avertis de l'ouverture du contingent<sup>1523</sup>.

Les solutions apportées aux affaires *Section 110 5) de la Loi sur les droits d'auteur* et *CE – Hormones*, démontrent la persistance des marges de manœuvre vis-à-vis des disciplines multilatérales que l'Union européenne ainsi que ses partenaires sont susceptibles de s'accorder dans le cadre du règlement de leurs différends.

---

<sup>1519</sup> V. Bernard O'CONNOR et Margareta DJORDJEVIC, « Practical Aspects of Monetary Compensation, The US – Copyright Case », *op.cit.*, p. 133.

<sup>1520</sup> En vertu du principe de la nation la plus favorisée prévue à l'article 4 de l'APIC.

<sup>1521</sup> V. Compte rendu de la réunion de l'ORD du 18 décembre 2001, WT/DSB/M/116, du 31 janvier 2002.

<sup>1522</sup> V. Mémorandum d'accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la Communauté européenne concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par les Etats-Unis à certains produits des Communautés européennes, WT/DS26/28, du 30 septembre 2009. V. aussi le Règlement (CE) n° 617/2009 du Conseil du 13 juillet 2009 relatif à l'ouverture d'un contingent tarifaire autonome pour les importations de viande bovine de haute qualité, *JOUE*, L 182, du 15 juin 2009, p. 1.

<sup>1523</sup> V. Compte rendu de la réunion de l'ORD du 23 octobre 2009, WT/DSB/M/75, 22 décembre 2009.

Cette marge de manœuvre est encore plus importante lorsqu'il s'agit de différends nés dans le cadre des accords externes, différends qui procèdent d'une logique purement bilatérale et faisant ombre parfois aux règles multilatérales. A partir de là, il serait intéressant de voir si l'existence même du système européen d'administration des obstacles non tarifaires entraîne un risque de fragmentation du système commercial multilatéral.

## **§2. Le risque de fragmentation du système commercial multilatéral de l'OMC**

Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires porte, sur certains aspects, les germes d'une fragmentation du système commercial multilatéral (A), d'où la nécessité d'une structuration non hiérarchique (B).

### **A. Le constat de la fragmentation**

Le règlement des différends à travers les accords externes de l'Union européenne, est marqué par l'installation de tribunaux arbitraux *ad hoc* chargés de rendre des décisions obligatoires pour les partenaires commerciaux. L'institution arbitrale est une constante dans tous les accords à contenu commercial signés par l'Union. Leur multiplication fait penser au phénomène de fragmentation observé dans l'ordre juridique international. L'Union européenne, en tant que première puissance commerciale mondiale, participe à l'accentuation du risque de fragmentation, dans la mesure où elle est à l'initiative de ce modèle de règlement de différends commerciaux. Le risque de fragmentation du système commercial multilatéral est d'autant plus grand que les Etats-Unis, deuxième puissance commerciale, disposent d'un modèle parallèle de règlement des différends à travers leurs accords commerciaux<sup>1524</sup>. Bien avant l'Union européenne, ces derniers avaient déjà commencé à développer une politique commerciale fondée sur la conclusion d'accords comportant un chapitre entier sur le règlement des différends. L'objectif, à l'instar de l'Union européenne, était - et demeure - d'avoir un contrôle plus étroit sur leurs contentieux commerciaux.

L'institutionnalisation des tribunaux arbitraux n'est pas un phénomène récent. Déjà en 1794, la Grande Bretagne et les Etats-Unis concluaient un Traité d'amitié, de commerce et de navigation, plus connu sous le nom de « *Jay Treaty* »<sup>1525</sup>.

---

<sup>1524</sup> Le plus connu étant celui dans le cadre de l'ALENA.

<sup>1525</sup> V. Chester BROWN, « The Proliferation of International Courts and Tribunals : Finding Your Way Through the Maze », *Melbourne Journal of International Law*, Review Essay, vol.3, 2002, pp. 453-476. V.

Ce traité est parfois considéré comme étant à l'origine du système moderne de règlement des différends. Il prévoyait l'établissement de tribunaux mixtes composés de membres choisis par les Etats-Unis et la Grande Bretagne, et appelés à connaître des plaintes des ressortissants des différents Etats, en toute impartialité<sup>1526</sup>. Cependant, la procédure était essentiellement diplomatique. Le Traité de Washington de 1871 toujours entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne ira beaucoup plus loin. Par ce Traité, les plaintes de l'Etat de l'Alabama allaient être étudiées, en 1872, par un Tribunal arbitral. Une procédure « essentiellement judiciaire » a été suivie et le Tribunal avait délivré une sentence fondée sur la règle de droit<sup>1527</sup>.

Ce n'est qu'en 1899 qu'un cadre permanent de règlement des différends internationaux sera trouvé, celui-ci étant la Cour permanente d'arbitrage<sup>1528</sup>. Aujourd'hui un survol du paysage juridique international révèle l'existence d'importants organes – permanents et *ad hoc* -, de règlement des différends internationaux. La prolifération de ces tribunaux arbitraux peut être expliquée par un intérêt accru de la Communauté internationale pour le règlement judiciaire – quasi judiciaire -, des différends.

Yuval Shany estime que la « méfiance traditionnelle » des Etats à se soumettre aux mécanismes judiciaires ou quasi-judiciaires de règlement des différends s'est graduellement érodée pour cinq raisons majeures. Premièrement, il y aurait une densité accrue des normes internationales requérant l'établissement d'institutions sophistiquées de règlement des différends. Deuxièmement, les Etats s'engageraient davantage dans le règne de la règle de droit dans le cadre des relations internationales. Troisièmement, la fin de la guerre froide a été marquée par une accalmie des tensions internationales, lesquelles empêchaient le développement de procédures judiciaires internationales. Quatrièmement, les expériences positives de quelques cours et tribunaux internationaux ont inspiré la création davantage de cours et tribunaux de cet acabit. Enfin, la prise de conscience que la Cour internationale de justice n'est pas le forum approprié pour la résolution de différends de toutes natures, a encouragé la multiplication de tribunaux judiciaires<sup>1529</sup>.

---

aussi Philippe SANDS, Ruth MACKENZIE, Cesare ROMANO et Yuval SHANY, *Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, 574 pages.

<sup>1526</sup> V. John G. COLLIER et Vaughan LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, 2000, 395 pages.

<sup>1527</sup> V. John G. COLLIER et Vaughan LOWE, *op.cit.*, p. 32.

<sup>1528</sup> V. Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, conclue à La Haye le 18 octobre 1907.

<sup>1529</sup> V. Yuval SHANY, *Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, 348 pages.

L'analyse de Shany porte notamment sur la Cour internationale de justice. Néanmoins, la même argumentation peut être tenue, au moins sur un point, par rapport à l'OMC, plus précisément l'ORD. Certaines questions continuent encore de poser problème au niveau de l'OMC et les Membres n'ont pas réussi à s'entendre autour de celles-ci. Il en est ainsi, entre autres, des problématiques liées à la culture, au principe de précaution, aux droits de l'homme. L'impossibilité technique de l'ORD de connaître des contentieux commerciaux liés à ces questions, est aussi un élément explicatif de la création des tribunaux arbitraux dans les accords externes de l'Union. Philippe Sands considère le phénomène de prolifération des tribunaux arbitraux comme la « quatrième phase » de développement de la justice internationale<sup>1530</sup>. La problématique de la fragmentation de l'ordre juridique international constitue le débat doctrinal par excellence à l'ère de la globalisation<sup>1531</sup>. La Commission du droit international (CDI) a cependant soulevé des doutes sur la nature exacte de cet ordre<sup>1532</sup>.

Cela dit, force est d'admettre que l'expansion du droit international expose les différents ensembles normatifs à d'éventuels interactions. Cette dynamique engendre de potentiels frictions ou d'éventuels conflits de normes et de systèmes ce qui aboutirait à l'imposition d'obligations contradictoires aux Etats<sup>1533</sup>. Bien vrai que ce genre de situations fasse plus souvent l'objet d'études théoriques que de cas pratiques, il convient d'admettre qu'il en résulte une complexité accrue des rapports entre les normes internationales. Le phénomène en question, « est une source de préoccupations constante pour nombre d'internationalistes.

---

<sup>1530</sup> V. Philippe SANDS, « Introduction and Acknowledgments », in *Manual on International Courts and Tribunals, op.cit.*, pp. 25-26. Selon Sands, la première phase, bien avant la naissance de la Cour permanente d'arbitrage, renvoie à l'époque où le règlement des différends s'effectuait presque exclusivement entre Etats et par le biais d'organes *ad hoc* établis pour trancher un différend spécifique. La seconde était marquée par l'établissement de la Cour permanente d'arbitrage en 1899 avec la reconnaissance de la nécessité de la mise en place d'une Cour de justice internationale, que sera la Cour permanente de justice internationale (CPJI) créée sous l'égide de la SDN en 1919. La troisième phase est dominée, entre autres, par la création de la CIJ, de la CJCE et de la CEDH dans les années 1940-1950. L'auteur réfère à la quatrième phase qui « *is characterised by compulsory jurisdiction and binding decision-making powers, as is now also reflected in the provisions of the WTO's Dispute Settlement Understanding* ». Les tribunaux arbitraux des accords externes de l'Union européenne appartiennent à cette dernière étape du processus de développement de la justice internationale.

<sup>1531</sup> V. Pierre-Marie DUPUY, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *E.J.L.S.*, vol. 1, n° 1, 2007, p. 1. V. aussi Anne-Charlotte MARTINEAU, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, Thèse de doctorat, Université Paris 1, 2013, 471 pages.

<sup>1532</sup> V. CDI, La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, 58<sup>ème</sup> session, A/CN.4/L 682, 13 avril 2006.

<sup>1533</sup> V. Gerhard HAFNER, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, p. 851.

Car bien que d'une part l'expansion puisse laisser apparaître le mirage d'un droit international universel, la diversification des normes peut sembler traduire une « compartimentalisation » de ce droit, portant le germe du désordre, voire d'une évolution incohérente de l'ordre juridique international<sup>1534</sup> ». Cependant, cette thèse est contrebalancée par l'auteur. Elle estime qu'il n'existe pas d'opposition formelle entre unité et fragmentation, l'ordre juridique pouvant être à la fois défini comme l'un et le multiple<sup>1535</sup>.

Cette seconde conception véhicule l'idée que la fragmentation doit être considérée comme inhérente à l'existence de cet ordre. L'évolution des divers sous-systèmes ne relèverait alors que de la vitalité de l'ordre juridique international et ne constituerait en aucun cas l'annonce de sa perte. En ce sens, la multiplication des tribunaux arbitraux dans le cadre des accords externes de l'Union, ne devrait pas être vue comme affectant l'unité du système commercial multilatéral. Bien qu'une certaine responsabilité lui revienne, l'OMC est évidemment une victime du régionalisme et des accords de libre-échange. Le régionalisme est présenté telle une menace à l'avenir du système commercial et l'unité de l'ordre économique mondial. Le problème ne concerne pas tant le fait régional - puisque le régionalisme peut être envisagé comme une étape vers la mondialisation - mais plutôt la prolifération d'accords préférentiels bilatéraux qui n'ont de régional que le nom et qui ne relèvent en réalité plus vraiment d'une logique d'intégration régionale<sup>1536</sup>. Cela aboutit à une véritable érosion de la non-discrimination, principe fondateur du système commercial multilatéral.

La situation est d'autant plus préoccupante que le blocage des négociations commerciales, depuis la naissance de l'OMC, a eu pour conséquence, d'encourager les Etats puissants économiquement à se tourner vers un bilatéralisme conquérant. L'unité d'application du droit international constitue pourtant une condition de son efficacité et de sa survie<sup>1537</sup>. Par conséquent, la diversification de ce droit rend complexe la préservation de cette unité. Dès lors, l'interaction positive entre les différents fragments de cet ensemble, devient cruciale. Plusieurs effets négatifs s'attachent à la fragmentation.

---

<sup>1534</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 510.

<sup>1535</sup> *Id.* V. aussi Georges ABI-SAAB, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks », *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, n° 4, 1999, p. 919.

<sup>1536</sup> V. Françoise NICOLAS, « Mondialisation et intégration régionale, des dynamiques complémentaires », *La Documentation française*, coll. « Cahiers français » n° 317, Paris, 2003, p. 61.

<sup>1537</sup> V. Pierre-Marie Dupuy, *op.cit.*, p. 12.

Le premier concerne les conflits de juridictions. Un conflit de juridictions est la situation où une partie défère un différend devant une juridiction internationale alors que l'autre présente ce même différend devant une autre juridiction internationale<sup>1538</sup>. De possibles chevauchements de juridictions entre, par exemple, les tribunaux arbitraux établis dans les accords externes et d'autres juridictions internationales, sur la problématique des préférences collectives, peuvent être significatifs. Si un différend porte sur l'interprétation et l'application des accords externes, et si ces accords reconnaissent la compétence des tribunaux arbitraux, il est tout à fait possible d'imaginer que l'ORD de l'OMC puisse être saisi à propos du même différend par l'une des parties.

Cela est d'autant plus vrai que ces accords externes préservent « une sphère de compétence » de l'ORD. Rien ne s'oppose à ce qu'un partenaire de l'Union européenne, mécontent des conclusions d'un tribunal arbitral, puisse renvoyer l'affaire devant les instances multilatérales. Il se produit ainsi un conflit de juridictions. Bien que soit faible la probabilité que cette hypothèse se concrétise, théoriquement, elle n'est pas à exclure. Un conflit de juridiction crée une confusion et une incertitude quand à l'organe compétent pour trancher l'affaire. Il pourrait en résulter une situation de *forum shopping* ; les parties pouvant se livrer à une telle pratique devant différents organes judiciaires<sup>1539</sup>. Cela peut conduire à des jugements excessifs entraînant perte de temps et coûts exorbitants. Cependant, un certain degré de *forum shopping* est commun à la justice transnationale et on devrait raisonnablement s'attendre à ce que la juridiction saisie en dernière instance, refuse de trancher l'affaire déjà réglée par une autre juridiction ou de donner du crédit à une interprétation particulière de cette même juridiction<sup>1540</sup>.

Cela dit, dans la perspective qui nous occupe, cette conception qui relève du dialogue des juges, est difficilement défendable. L'ORD de l'OMC ne refusera certainement pas d'entendre une affaire qui a déjà fait l'objet d'une décision devant un tribunal arbitral. Les interprétations des tribunaux arbitraux établis dans le cadre des accords externes de l'Union, ne lient pas les Groupes spéciaux ni l'organe d'appel de l'OMC.

---

<sup>1538</sup> V. Philippe SANDS et Pierre KLEIN, *Bowett's Law of International Institutions*, Sweet & Maxwell, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, 658 pages.

<sup>1539</sup> V. Julien FOURET et Mario PROST, « La multiplication des juridictions internationales : De la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure », *RQDI*, vol. 15, n° 2, 2002, pp. 117- 138. Les auteurs considèrent qu'on « parlera de *forum shopping* lorsqu'il est établi qu'il existe un tribunal dont le demandeur a éludé la compétence normale afin de privilégier une autre juridiction dont il est pressenti que la décision sera plus satisfaisante » (p. 129).

<sup>1540</sup> V. Daniel Han SANG WOOK, *op.cit.*, p. 111.



Néanmoins, le *forum shopping* dans un système horizontal de droit international, pourrait ne pas avoir d'impact négatif aussi longtemps que les juridictions compétentes fonderont leurs décisions sur des règles de droit cohérentes et stables. L'autre dimension du *forum shopping* pourrait renvoyer à l'idée que davantage d'options pour les parties, dans la perspective d'une série de batailles judiciaires -, pourraient persuader celles-ci à trouver une résolution diplomatique du différend par l'adoption de solutions mutuellement convenues. Dans cette hypothèse, le *forum shopping* n'est pas en soi négatif.

L'autre conséquence de la fragmentation du droit international, plus particulièrement du droit de l'OMC, serait que chaque juridiction donne une interprétation différente de la même question de droit. La jurisprudence de l'ORD bien que servant de référence en la matière, pourrait être affectée par des déterminations opposées des tribunaux arbitraux mis en place dans les accords externes de l'Union européenne. Ces tribunaux peuvent certes s'inspirer de la jurisprudence OMC, mais rien ne les oblige à suivre les points de vue juridiques des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Cette liberté accordée par l'Union et ses partenaires, aux tribunaux arbitraux, fait songer à l'idée qu'il existe encore aujourd'hui, une certaine désapprobation de certaines décisions rendues par l'ORD.

La fragmentation provient-elle de l'absence d'une structuration juridique précise guidant les rapports entre ces tribunaux arbitraux et l'ORD<sup>1541</sup>. Chaque organe juridictionnel existe quasi indépendamment de l'autre, sans aucune forme de hiérarchisation ou de relation. Par conséquent, si chaque juridiction interprète et énonce les règles de droit de façon différente, il devient évident que l'essence même du système normatif multilatéral sera perdue<sup>1542</sup>. Les dispositions des accords OMC établissent aussi que l'ORD doit décider conformément aux règles coutumières du droit international. Dès lors, pourrait se présenter un risque d'interprétations divergentes de ces règles coutumières. Parallèlement, les tribunaux arbitraux mis en place au travers des accords externes de l'Union européenne sont indépendants les uns des autres et peuvent naturellement donner des interprétations différentes à certaines dispositions des accords OMC. Ces accords constituent aussi une base juridique sur laquelle ils sont susceptibles de s'appuyer pour rendre leurs décisions<sup>1543</sup>. Les risques de mésintelligences jouent, par conséquent, dans les relations ORD/tribunaux arbitraux, mais aussi dans celles qui existent entre ces tribunaux.

---

<sup>1541</sup> V. Julien FOURET et Mario PROST, *op.cit.*, p. 132.

<sup>1542</sup> V. Daniel Han SANG WOOK, *op.cit.*, p. 111.

<sup>1543</sup> V. par ex. Article 14.16 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée.

Les défenseurs de la prolifération ont présenté un certain nombre d'arguments en réponse au risque de fragmentation du droit international en général et du droit de l'OMC en particulier. Le premier argument est que même si l'ORD pourrait éventuellement être en conflit avec les tribunaux arbitraux des accords externes de l'Union, le droit de l'OMC resterait non fragmenté<sup>1544</sup>. Cependant, cet argument est faible dans la mesure où le poids accordé aux décisions arbitrales et celui des précédents des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, sont bien souvent différents. Le second consiste à dire que les divergences de vues entre les tribunaux arbitraux et entre ceux-ci et l'ORD ne sont pas si importantes pour être de nature à remettre en cause la légitimité du droit de l'OMC<sup>1545</sup>.

S'il est vrai que les cas de contrariétés de jurisprudence sont rares en droit international, le fait est que ce qui est « suffisamment important » relève essentiellement de la subjectivité. Cela jette de sérieux doutes sur cet argument. Le troisième est que les partisans de la prolifération estiment que si différents tribunaux donnaient des interprétations contrastées des stipulations d'un traité, cela ne voudrait pas nécessairement dire qu'il s'agit d'une pratique négative. Cela signifierait plutôt que les stipulations du traité n'ont pas un contenu précis et nécessitent un développement<sup>1546</sup>.

Contrairement à cette thèse, il convient de remarquer que la révélation des insuffisances d'un traité est davantage due à la prolifération des tribunaux arbitraux qu'elle n'en constitue la justification. En effet, il n'est point besoin de tribunaux, soient-ils arbitraux, pour révéler ces insuffisances. La doctrine ou tout autre organe non-judiciaire pourrait arriver à cette conclusion. En outre, le droit de l'OMC se porterait mieux en l'absence de toutes contrariétés jurisprudentielles mettant à nu ses incertitudes. Ce dernier point est important dans la perspective de la confiance et de l'acceptation de l'autorité du droit de l'OMC par les Etats et les citoyens. Dans ces conditions, le problème ne réside pas tant dans l'existence ou non du risque de fragmentation que dans le degré de risque. Enfin, en considérant l'ordre juridique international par rapport aux ordres nationaux, il faut dire que ces derniers ne sont pas organisés de façon hiérarchique mais horizontale. Ces systèmes internes s'accommoderaient d'un certain degré de fragmentation.

---

<sup>1544</sup> V. Alain BOYLE, « The Proliferation of International Jurisdictions and its Implications for the Court », in Derek BOWETT et al. (dir.), *The International Court of Justice : Process, Practice and Procedure*, British Institute of International and Comparative Law, 1997, pp. 124-125.

<sup>1545</sup> V. Jonathan I. CHARNEY, « Comment : The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems : The 1982 Convention on the Law of Sea », *AJIL*, vol. 90, n° 1, 1996, p. 72.

<sup>1546</sup> V. John E. NOYES, « The International Tribunal for the Law of the Sea », *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n°1, 1999, pp. 109-112.

Cependant, il n'est point inutile de rappeler une différence existentielle entre le droit international et les droits internes. Le droit international reste dominé par la circonstance que sa survie dépend toujours de sa reconnaissance et de son acceptation par les Etats. Dans cette hypothèse, Daniel Han Sang Wook considère que :

« Without a central enforcement mechanism, the international judicial system relies on its perceived legitimacy, and its legitimacy in turn depends on whether it maintains a consistent and coherent body of law. Hence the proliferation and the resulting decentralized fragmentation of international law in general are likely to weaken the attractiveness of options available in the realm of international judicial dispute settlement in the long run »<sup>1547</sup>.

A plus ou moins long terme, la fragmentation du droit de l'OMC conduira inéluctablement à une perte d'attractivité du système commercial multilatéral. Si, à terme, l'Union européenne et les Etats-Unis arrivaient à s'entendre autour d'un accord global – comme celui qu'ils négocient en ce moment (accord qui comportera vraisemblablement un mécanisme de règlement des différends) –, cela, accompagné de l'ampleur corrélative que pourraient prendre les tribunaux arbitraux mis en place dans le cadre des accords externes, pourrait déboucher sur une perte effective d'attractivité de l'ORD.

Le théoricien du droit naturel, John Finnis, déclare qu'il existe sept valeurs de base dans la définition de ce qui est « bien »<sup>1548</sup>. Ces valeurs sont reconnues comme bonnes et utiles car nous partageons la même nature et donc la même moralité. Les individus mettent leur raison en pratique pour décider de la loi à obéir pour atteindre ces valeurs. En dépit du fait que ces valeurs pourraient ne pas être objectives dans la mesure où il n'existe pas de source identifiable, celles-ci pourraient être réputées intersubjectives ; c'est-à-dire des valeurs dont l'utilité serait incontestable<sup>1549</sup>. La théorie de Finnis permet d'expliquer ce qui est intrinsèque à la loi et ce qu'elle offre afin de pousser les citoyens à obéir. Si la loi offre quelque chose de bien aux citoyens, ces derniers obéiraient.

En appliquant la théorie jusnaturaliste de Finnis, l'on pourrait considérer que le droit international est en passe de découvrir ses valeurs fondamentales. Du fait de la flexibilité du droit international, l'émergence de quelques divergences en matière d'interprétation est acceptable aussi longtemps que les « valeurs fondamentales » ne seront pas affectées.

<sup>1547</sup> V. Daniel Han SANG WOOK, *op.cit.*, p. 118.

<sup>1548</sup> V. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 86-90. Les sept valeurs sont : *la connaissance, la vie, le jeu, l'expérience esthétique, la sociabilité, la religion et la pratique raisonnable.*

<sup>1549</sup> *Id.*, pp. 86-97.

Ainsi les tribunaux arbitraux des accords externes ne devraient pas exprimer de points de vue divergents sur les « valeurs fondamentales » et les normes de *jus cogens* dans la mesure où nous partageons une nature et une moralité communes en respectant ces valeurs dans le contexte du droit international. En d'autres termes, les tribunaux arbitraux devraient s'abstenir de toutes interprétations déviantes des bases fondamentales du droit de l'OMC ainsi que des normes du *jus cogens*. En dépit de la pertinence d'une telle approche, force est de constater qu'on ne connaît pas « les valeurs fondamentales » du droit de l'OMC. Serait-ce les principes de non-discrimination, de prévisibilité, et de sécurité juridique qui caractérisent l'OMC ? Même à supposer que ces principes puissent renvoyer aux valeurs fondamentales de l'OMC, est-il possible d'en avoir une interprétation figée ? Par ailleurs, les Etats obéissent au droit international car celui-ci leur offre quelque chose de bien quelle qu'en soit la forme. Il en infère qu'une certaine dose de fragmentation et d'incertitude, résultant de la décentralisation et de la prolifération de sous-systèmes, pourrait ne pas affecter grandement le droit international général.

Quant au positiviste Herbert Hart, il considère que dans une structure légale, il existe des règles primaires d'obligation – règles conférant des droits et imposant des obligations -, et des règles secondaires conférant la capacité<sup>1550</sup>. Ces dernières sont des « règles de reconnaissance » - c'est dire des règles identifiant d'autres règles que la société est prête à appliquer -, mais également des « règles d'évolution » - c'est dire des règles permettant au peuple d'introduire de nouvelles règles et d'abroger les anciennes -, et enfin des « règles de jugement » - c'est dire des règles qui déterminent la violation ou non d'une règle primaire. Hart va plus loin en soutenant que lorsqu'un système légal n'est constitué que de règles primaires, celui-ci souffrirait de trois imperfections : une incertitude dans la détermination des règles de droit de la société, le caractère statique des dispositions légales, et l'inefficience dans la détermination de ce qui est constitutif d'une violation de la loi.

Appliquant la théorie positiviste de Hart à un ordre juridique international dépourvu de relations entre les différents tribunaux, le système juridique international pourrait ne pas être en mesure d'identifier la jurisprudence d'un tribunal/tribunaux que la société internationale serait prête à appliquer. Par voie de conséquence, celui-ci souffrirait d'un manque, du moins, d'une insuffisance de règles de reconnaissance. Ainsi, à défaut de relation structurelle, le système juridique international, en particulier le système commercial multilatéral, ne disposerait pas de règles d'évolution claires.

---

<sup>1550</sup> V. Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 3<sup>ème</sup> éd., 2012, 390 pages.

Cela veut dire que ne serait pas indiquée la juridiction ayant compétence d'énoncer de nouvelles règles ou d'abroger les anciennes établies dans le cadre de l'OMC. Le système juridique international serait confronté à une incertitude à propos du contenu correct des dispositions pertinentes du droit international, en particulier du droit de l'OMC. Le caractère statique des règles du droit international demeurerait dans la mesure où toute évolution amorcée par un tribunal en particulier, aurait de fortes chances de ne pas être universellement acceptée par la société internationale. Dès lors, un certain ordonnancement s'avère nécessaire.

## **B. Le besoin d'une structuration non hiérarchique**

Les risques liés à la fragmentation, qui elle-même découle de la prolifération des tribunaux arbitraux dans la pratique conventionnelle européenne, font naître un besoin de structuration des relations entre le système commercial et les sous-systèmes auxquels appartiennent ces tribunaux. Cela dit, cette structuration ne doit pas être faite de façon hiérarchique. Elle doit passer par des interconnexions verticales, des réseaux. Ainsi, les thèses constitutionnalistes du droit international seront écartées dans la mesure où les Etats ne partagent pas une seule et unique échelle de valeurs<sup>1551</sup>. Ces thèses sont fondées sur une approche quelque peu biaisée des rapports de systèmes. C'est ce que résume Martti Koskenniemi en soutenant que :

« [...] le souci avec le constitutionnalisme est qu'il s' imagine comme un projet d'architectonique institutionnelle fondé sur le présupposé que la source des problèmes mondiaux réside dans l'hétérogénéité des intérêts, des préférences et des valeurs »<sup>1552</sup>.

Or, cette hétérogénéité incarne la richesse de notre monde et requiert davantage une prise en compte équitable de ces intérêts, préférences et valeurs. C'est pourquoi, des voies de contournement de la hiérarchisation doivent être recherchées, des modèles alternatifs.

---

<sup>1551</sup> V. Martti KOSKINNIEMI, « Le droit international et la voie de l'éducation juridique : entre "constitutionnalisme" et "gestionnariat " », *E.J.L.S.*, vol. 1, n°1, 2007, pp. 9-10. V. aussi Eve-Lyn COMTOIS-DINEL, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme », *Lex Electronica*, vol. 11, n°2, 2006, p. 17.

<sup>1552</sup> *Id.*, p. 10.

Ainsi Rostane Mehdi considère que « [l]’idée selon laquelle l’ordre juridique ne pourrait se concevoir que par référence au modèle pyramidal est désormais battue en brèche par d’autres théories explicatives, dont celle du droit en réseau<sup>1553</sup> ». Cette même idée de réseau a été développée par François Ost et Michel Van de Kerchove selon qui :

« [...] la justice [...] que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s’appréhende aujourd’hui en termes de balance d’intérêts et d’équilibration de valeurs aussi diverses que variables »<sup>1554</sup>.

Le paradigme du réseau est mis en valeur et permet de faire coexister des valeurs diverses et parfois opposées. Celui-ci permet aussi la coexistence de systèmes en évitant que les relations entre ces derniers n’aboutissent à l’ « intégration ou l’indifférence ». Tel doit normalement être le cas entre le système multilatéral et les sous-systèmes mis en place dans le cadre des accords externes de l’Union. François Ost et Michel Van de Kerchove estiment qu’il « existe de multiples relations possibles entre systèmes qui sont susceptibles de préserver leur identité respective et, par le fait même, leur pluralité »<sup>1555</sup>. On voit alors comment le paradigme du réseau demeure pertinent relativement au droit de l’OMC, car le système commercial multilatéral entretient des relations avec d’autres systèmes pas forcément commerciaux, mais aussi avec des sous-systèmes commerciaux. Ces relations doivent permettre une articulation harmonieuse et cohérente des normes, voire une coordination de celles-ci. L’objectif consiste donc à préserver la coexistence des systèmes et à prévenir la phagocytose des uns par les autres. Il convient alors de tenir compte du fait que les interdépendances liées à la mondialisation, ont mis un terme « au modèle linéaire de la pensée du droit international et consacré l’avènement d’un modèle circulaire ou récursif en vertu duquel une pluralité d’acteurs se succède aux commandes du navire affréteur du processus normatif »<sup>1556</sup>.

---

<sup>1553</sup> V. Rostane MEHDI, « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et R. MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, coll. « Travaux en droit international et européen », Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 13.

<sup>1554</sup> V. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie didactique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14.

<sup>1555</sup> *Id.*, p. 198.

<sup>1556</sup> V. Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21<sup>ème</sup> siècle : quelques propos iconoclastes », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et R. MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, coll. « Travaux en droit international et européen », Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 22.

Cette nouvelle façon de voir les choses a alimenté le discours sur l'internormativité et l'interlégalité, deux modèles qui remettent en cause le modèle pyramidal et permettent une coexistence des ordres juridiques<sup>1557</sup>. Les auteurs les plus en vue dans cette évolution sont les sociologues du droit ; plus précisément, ceux s'intéressant au changement du droit sous la pression du social<sup>1558</sup>. Leur rejet de toute hiérarchisation s'explique par cette volonté de la communauté internationale de ne pas privilégier uniquement certaines valeurs – économiques par exemple -, au détriment d'autres. C'est d'ailleurs, du moins en partie, pour lutter contre la dictature du libéralisme à outrance que l'Union européenne s'est engagée dans le bilatéralisme et cherche, par cette voie, à défendre ses préférences collectives qui, elles-mêmes, sont comprises dans les obstacles non tarifaires.

La recherche de nouveaux paradigmes de relation s'explique par l'objectif que « cette pluralité nouvelle soit bénéfique à tous [...] et pas seulement aux plus puissants de ce jeu désorganisé<sup>1559</sup> ». A défaut, ce seront effectivement les intérêts et les valeurs de ces derniers qui seront promus. Le but est alors de « conserver la fonction sociale première du droit international qui est d'imposer des limites au libre déploiement des souverainetés étatiques ainsi que des puissances transnationales et mondiales de tous ordres »<sup>1560</sup>. La prolifération des ordres juridiques étant à l'échelle internationale, il devient indispensable de reconnaître la diversité des valeurs qui animent la société internationale. Mais la reconnaissance, bien qu'importante n'est pas pour autant suffisante. Il faut dès lors une harmonisation entre les ordres.

Se situant dans la perspective de la normativité, le concept d'internormativité peut être défini comme « l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes<sup>1561</sup> ». Il s'accorde avec l'idée de réseau car postulant la coexistence d'ordres ou de systèmes normatifs différenciés, parallèles, complémentaires ou antagonistes<sup>1562</sup>.

---

<sup>1557</sup> V. Sylvaine POILLOT PERUZZETTO, « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », *Petites Affiches*, n° 199, 24 octobre 2003, p. 17. L'auteure définit l'internormativité « comme la théorie à construire des relations entre les normes ».

<sup>1558</sup> V. Jean-Guy BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », in Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., coll. « Droit et société », n° 16, 1996, p. 7.

<sup>1559</sup> V. Emmanuelle Tourme JOUANNET, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étranger et complexe de l'ordre juridique international », in Rosario H. VINAIXA et Karel WALLENS, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 116.

<sup>1560</sup> *Id.*

<sup>1561</sup> V. Jean-André ARNAUD et autres (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ., 1993, p. 313.

<sup>1562</sup> V. Guy ROCHER, « Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles », in J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, p. 26.

Cette définition de l'internormativité regroupe plusieurs conceptions, d'où l'expression « phénomènes d'internormativité » utilisée par Jean Carbonnier<sup>1563</sup>. Guy Rocher, quant à lui, reconnaît une double signification à l'internormativité :

« [I]a première fait référence au transfert ou passage d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre » ; la seconde renvoie « à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs<sup>1564</sup> ».

Laurence Boisson de Chazournes met l'accent sur le potentiel de régulation de la notion en affirmant que celle-ci illustrerait « l'idée d'une régulation comme passerelle entre différents *corpus* de normes du droit international (droit économique, droit de l'environnement, droit de la paix, droit du développement, droit social, droit de la santé, droit de la propriété intellectuelle) »<sup>1565</sup>. La régulation constitue ainsi un outil permettant une alchimie juridique entre différents ensembles du droit international, conduisant à davantage de cohérence et de soutien mutuel. Plus encore, elle ajoute que l'internormativité témoignerait « du rôle de la régulation comme instrument de connexion entre les normes issues de différents sous-systèmes du système social : normes juridiques, normes politiques, normes technologiques, normes culturelles, normes commerciales, normes scientifiques, normes religieuses, normes financières, etc.<sup>1566</sup> ».

Proche de l'internormativité, la notion de pluralisme juridique a aussi été explorée afin de répondre au défi posé par l'hétérogénéité des systèmes juridiques au niveau international. Le pluralisme juridique « référerait alors à l'idée que certains champs sociaux incorporent une multiplicité et une diversité de *legality*, ou d'ordres juridiques<sup>1567</sup> ». Dans le contexte de la mondialisation actuelle, cette diversité d'ordres juridiques serait à l'origine de frictions, notamment au sein du système commercial multilatéral.

---

<sup>1563</sup> V. Jean CARBONNIER, « Les phénomènes d'inter-normativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42. L'auteur estime que les différents systèmes juridiques entretiennent des relations. Le droit est ainsi appréhendé dans les rapports qu'il noue avec d'autres ensembles d'encadrement et de normalisation des comportements en société. Ramené à notre problématique, on voit que l'ordre juridique multilatéral interagit inéluctablement avec les ordres juridiques que constituent les différents cadres conventionnels des relations commerciales de l'Union européenne.

<sup>1564</sup> V. G. ROCHER, *op.cit.*, p. 26.

<sup>1565</sup> V. Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Gouvernance et régulation au 21<sup>ème</sup> siècle : quelques propos iconoclastes », *op.cit.*, p. 20.

<sup>1566</sup> *Id.*

<sup>1567</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 520.



Du pluralisme juridique découlerait notamment le concept d'interlégalité ou *inter-legality* décrivant une interaction d'ordres légaux. De la diversité singulière des ordres juridiques en présence résulterait une rencontre de ceux-ci, une osmose, une interconnexion, une interférence. En ce sens, Daniel Mockle rappelle que « [d]ans cette perspective de mouvements et d'échanges, il faut éviter une interprétation territoriale du pluralisme qui répondrait ainsi aux attentes et principes du droit positif, lequel repose sur la fermeture et l'exclusion des normes qui ne satisfont pas à des critères d'appartenance<sup>1568</sup> ».

Les mouvements et échanges, libérés de toute contrainte, seraient à l'origine de l'édification d'un ordre hybride issu de la fusion des différents ordres à l'origine de l'interférence. La mondialisation aurait ainsi pour effet d'approfondir ce phénomène. Cette même conception d'un ordre juridique hybride est partagée par Gérard Farjat en parlant de la nécessité d'un droit social économique. Selon l'auteur, « la question fondamentale est celle d'un équilibre entre les principes libéraux et libérateurs (la liberté d'action économique) et les principes de protection sociale des "désavantagés" (ouvriers, employés)<sup>1569</sup> ». Dans la mesure où les Etats partagent de nombreux principes et valeurs – se reflétant à travers l'élaboration des traités internationaux et dans le mandat des organisations internationales mises en place -, les concepts d'internormativité, d'interlégalité et de pluralisme juridique constituent de précieuses sources d'inspiration pour juguler le problème des risques de fragmentation du droit international. Les relations entre les accords OMC et les accords externes de l'Union européenne, devraient être guidées par ces notions. Les implications de ces dernières, relativement au système commercial multilatéral, sont multiples.

A propos de l'internormativité Guy Rocher parlait, dans un premier temps, d'un « transfert ou passage d'une norme d'un système à un autre ». Théoriquement, cette hypothèse pourrait conduire, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, à s'inspirer de décisions rendues par les tribunaux arbitraux des accords externes. Cette inspiration peut notamment porter sur des décisions traitant de la question de l'articulation entre le commerce et certains aspects problématiques à l'OMC, à savoir l'environnement, la culture ou encore les normes sociales. Il en résulterait un élargissement du « bloc de légalité » de l'OMC et les normes intégrées se verraient soumises à un contrôle exercé par des organes de règlement des différends destinés à arbitrer des litiges commerciaux.

---

<sup>1568</sup> V. Daniel MOCKLE, « L'évincement du droit par l'avènement de son double : les mécanismes néoréglementaires en droit public », *Les Cahiers de Droit*, vol. 44, n°3, 2003, p. 345.

<sup>1569</sup> V. Gerard FARJAT, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *R.I.D.E.*, Tome 17, n° 3-4, 2003, p. 523.

Une telle approche sera certainement écartée car on voit mal les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel aller au-delà des compétences qui leurs sont reconnues par les « accords ». La seconde acception de la notion mérite encore plus d'attention. Elle renvoie « à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs [...] et aux modalités d'influence et d'interaction ». En vertu de cette conception, l'internormativité « ne suppose pas nécessairement le passage d'une règle d'un ordre normatif à un autre<sup>1570</sup> », mais une analyse de la dynamique des interfaces observables des systèmes normatifs. Cette approche a conduit Guy Rocher à constater un déficit d'internormativité au sein du système commercial multilatéral, attribuable au contrôle qu'exercent sur celui-ci, certains acteurs appartenant à une seule et même culture, soit celle du libéralisme économique. C'est pour cette raison que Véronique Guèvremont affirme que :

« [...] dicté par cette « culture dominante », laquelle n'a jamais eu à « cohabiter » avec une autre culture, il découlerait de ce monopole une absence de « passeurs de normes », c'est-à-dire d'acteurs chargés de connaître, d'accepter et d'utiliser d'autres règles interagissant avec le système ou situées à sa périphérie »<sup>1571</sup>.

Cette conception est d'autant plus intéressante, qu'elle attire l'attention sur les possibles interactions entre le système commercial multilatéral et d'autres ensembles normatifs. Ainsi, l'internormativité du deuxième type permettrait à un certain nombre de normes issues de ces systèmes « de perdre une partie de leur aspect menaçant, pour acquérir [...] un caractère "raisonnable" et être même reconnues "utiles" et finalement "nécessaires"<sup>1572</sup> » au bien-être de la société. Vu sous cet angle, l'ORD pourrait plus facilement dialoguer, si l'occasion se présentait, avec les tribunaux arbitraux des accords externes de l'Union.

L'élément majeur dans l'instauration d'une approche internormative au sein du système commercial multilatéral résidera principalement dans l'identification des « passeurs de normes »<sup>1573</sup> chargés de les faire reconnaître et respecter. Ils pourraient appartenir soit à l'ordre d'où vient la norme soit à celui qui la reçoit. Les acteurs appelés à agir au sein de l'OMC devront assumer certaines responsabilités.

---

<sup>1570</sup> V. Guy ROCHER, *op.cit.*, p. 28.

<sup>1571</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 521.

<sup>1572</sup> V. Pierre-Marie DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000) », *R.C.A.D.I.*, Tome 297, 2003, p. 455.

<sup>1573</sup> Expression due à Guy Rocher.

L'internormativité pourrait non seulement faciliter l'interaction entre les systèmes internationaux, mais aussi entre le système OMC et les systèmes nationaux<sup>1574</sup>. Dans le cas des relations entre le système commercial multilatéral et les sous-systèmes des accords externes, les « passeurs de normes » pourraient être les institutions intergouvernementales agissant au sein du système, mais aussi les tribunaux arbitraux. On voit alors toute la pertinence d'envisager les relations entre ces systèmes en s'appuyant sur le paradigme de réseau. L'intérêt de ce dernier est qu'il écarte toute idée de hiérarchie entre les normes et ouvre la porte à de nouvelles approches. D'ailleurs, la recherche d'une harmonie entre les systèmes au niveau international se conçoit mal avec l'idée de hiérarchisation à défaut d'un processus de centralisation défini clairement. C'est ainsi qu'il faudra appréhender les rapports entre l'ORD et les différents tribunaux arbitraux mis en place dans le cadre des accords externes de l'Union européenne.

## CONCLUSION CHAPITRE

Les relations commerciales de l'Union européenne, en sa qualité de première puissance commerciale mondiale – au même titre que les Etats-Unis -, ne peuvent s'établir sans impact sur le système commercial multilatéral. Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires, mis en place dans le cadre de ses accords externes, ne pouvait donc qu'avoir des répercussions sur le système multilatéral. Mais de quelles répercussions s'agit-il ? Sont-elles positives ou négatives ? L'analyse du système montre que celui-ci constitue un complément au système OMC. Cette « complémentation » du système commercial multilatéral s'exprime au travers de son renforcement indirect, mais également de l'aménagement d'une sphère de compétence à l'ORD qui, parfois, peut même être exclusive<sup>1575</sup>. Cela dit, l'impact positif du système européen d'administration des obstacles non tarifaires cache mal sa portée potentiellement négative sur le système de règlement des différends de l'OMC. Bien que le ton de l'analyse soit spéculatif, deux implications négatives ont été notées.

---

<sup>1574</sup> Les accords OMC en contenant des dispositions portant sur les exceptions générales, renvoient de façon indirecte aux droits internes des Membres.

<sup>1575</sup> V. par ex. Article « Exclusion des procédures de règlement des litiges » de l'Accord d'association entre l'Union européenne et l'Amérique centrale : « Les parties n'ont pas recours aux procédures de règlement des litiges prévues au titre X (règlement des litiges) de la partie IV du présent accord en ce qui concerne les dispositions relatives aux droits et obligations définis par l'OMC à l'égard de l'application de la présente sous-section ».

Aux atteintes possibles aux règles multilatérales gouvernant les solutions mutuellement convenues, se greffe un risque de fragmentation du système commercial multilatéral lié à l'existence même du système européen d'administration des obstacles non tarifaires. Sur ces entrefaites, une évolution du système commercial incarné par l'OMC, s'avère peut être indispensable.

## **CHAPITRE 2**

### **L'EVOLUTION INDISPENSABLE DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL**

Dans les chapitres précédents, nous avons montré que les relations entre le système commercial multilatéral et les Membres, d'une part, et entre le système commercial et la société civile internationale, d'autre part, étaient marquées par des tensions permanentes.

En ce qui concerne les Etats, leur volonté de conserver leur souveraineté dans la poursuite de leurs préférences collectives, a poussé certains Membres de l'OMC à se lancer dans un bilatéralisme de plus en plus développé, dépassant même le cadre des accords OMC. Ce bilatéralisme leur a permis d'articuler, à leur manière, le commerce et les préoccupations non commerciales. Cette démarche a caractérisé l'Union européenne qui, à cause des échecs répétés des négociations initiées après l'entrée en vigueur des accords de Marrakech, a décidé de maîtriser la mondialisation dans le sens de ses intérêts. Il ne pouvait en être autrement car, bien avant elle, les Etats-Unis s'étaient déjà lancés dans un processus de conclusion d'une multitude d'accords de libre-échange avec différentes régions géographiques en vue de faire évoluer les relations économiques internationales dans un sens conforme à leur politique économique. Pour ce qui est de la société civile internationale, les critiques à l'égard de l'OMC, perçue comme le principal instrument de la mondialisation, se faisaient de plus en plus intenses. Les actions menées lors de la Conférence ministérielle de Seattle de 1999, avaient fini par démontrer leur capacité de mobilisation contre l'OMC. Toutes ces tensions dues à une remise en cause des préférences collectives étatiques, par l'Organe de règlement des différends de l'OMC essentiellement, doivent nécessairement conduire à une évolution du système commercial multilatéral dans un sens plus conforme aux attentes légitimes des Membres et de la société civile internationale. C'est bien dans ce contexte qu'il faudrait inscrire les propositions de réforme du système multilatéral (**Section 2**) en parallèle à la doctrine fort intéressante de la marge nationale d'appréciation (**Section 1**).

## SECTION 1

### LA MISE A PROFIT DU POTENTIEL DE LA DOCTRINE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRECIATION

On a vu dans les chapitres précédents que le droit de l'OMC reconnaissait, dans une certaine mesure, le droit des Membres, dont l'Union européenne, de poursuivre des objectifs non commerciaux à travers leurs législations internes. L'exception a été l'une des techniques juridiques utilisées pour servir de passerelle entre le système commercial multilatéral et les ordres nationaux périphériques. Ainsi naquit un embryon d'articulation entre le système OMC et les ordres juridiques nationaux. Ces derniers disposent de la compétence d'élaborer et de mettre en œuvre diverses mesures non commerciales véhiculant un certain nombre de valeurs protégées. Dans cette perspective, l'exception ne vient pas uniquement en complément de la règle, elle articule l'unité du système commercial multilatéral et la diversité des ordres nationaux. D'autant plus que les valeurs non commerciales ne sont pas incorporées au système en tant que telles ; elles ne sont que prises en compte par le biais des mécanismes de l'exception et de la règle à la portée très restreinte<sup>1576</sup>. Il n'y aurait suffisamment pas de connexion entre le système commercial multilatéral et les valeurs non marchandes des Membres ; ces dernières étant considérées comme « étrangères » à la philosophie et aux objectifs du système<sup>1577</sup>. On voit donc que les exceptions comportent un certain nombre d'enjeux. L'incapacité des Membres de mettre à jour ces mécanismes, dans le sens d'une plus grande prise en compte des préférences étatiques, durant les négociations qui ont suivi l'avènement de l'OMC, a débouché sur une tentative, par ces derniers, de contourner les difficultés auxquelles ils étaient confrontés<sup>1578</sup>. On voit dès lors, à travers les frictions entre le système commercial multilatéral et les sous-systèmes – comme celui des accords externes de l'Union européenne-, qu'il est nécessaire de reconnaître une certaine marge nationale d'appréciation aux Etats membres dans la poursuite de politiques publiques non commerciales (§1), marge qui doit néanmoins être évaluée (§2).

---

<sup>1576</sup> V. Renaud WITMEUR, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *R.I.D.E.*, Tome 26, n°3, 2012, pp. 237-268.

<sup>1577</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 221.

<sup>1578</sup> V. David M. MILLIOT, "Le transrégionalisme, nouvelle frontière du régionalisme ?", *AFRI*, volume V, 2004, pp. 35-50.

## **§1. L'appréciation du niveau de déférence manifestée par le juge OMC à l'égard des décisions des Etats membres fondées sur des exceptions : le critère d'examen**

Le juge de l'OMC a développé un certain nombre de techniques ayant pour but d'accorder aux Membres une certaine liberté d'action dans le choix et la mise en œuvre de politiques non commerciales. Certaines de ces techniques sont bien présentes en droit international et impliquent l'exercice d'une déférence de la part du juge. Ainsi, verra-t-on successivement la double nature du critère d'examen (A) et son imprécision (B).

### **A. La double nature du critère d'examen appliqué par le juge OMC**

Qu'il soit précisé d'emblée que l'analyse ne porte pas sur l'interprétation des exceptions générales, mais bien sur le type de contrôle que met en œuvre le juge de l'OMC ainsi que la déférence qu'il manifeste à l'égard des mesures nationales fondées sur les exceptions, par le biais de la marge nationale d'appréciation. Déférence et marge nationale d'appréciation sont des concepts interdépendants sans toutefois se confondre. En vérité, le terme « marge nationale d'appréciation » est principalement utilisé par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme. La marge exprime alors un niveau de déférence manifestée par le juge à l'égard de la décision ou de la mesure adoptée par l'autorité nationale. Hélène Ruiz-Fabri systématise le concept de la manière suivante. Elle considère que :

« [La] question de la déférence est [...] une interrogation sur le degré de contrôle juridictionnel tolérable dans le système, [qui] se traduit mal en français où son équivalent a initialement une connotation de soumission un peu gênante quand on veut évoquer la situation d'une autorité réputée indépendante par rapport au pouvoir politique »<sup>1579</sup>.

Le concept a pu être opposé à un autre : celui d'interférence. La déférence s'oppose à l'intervention ou à l'immixtion, et correspond plutôt à une attitude de respect et de réserve adoptée par les juges envers les décisions prises par les autorités nationales<sup>1580</sup>.

<sup>1579</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumière sur une figure judiciaire singulière », *RGDIP.*, *op.cit.*, p. 67.

<sup>1580</sup> V. Joost PAUWELYN, « Does the WTO Stand for "Deference to" or "Interference with" National Health Authorities When Applying the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) », in Thomas COTTIER et Petros C. MAVROIDIS, *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, University of Michigan Press, 2003, p. 175.

Le concept de déférence est certes rarement utilisé en droit de l'OMC, mais on y retrouve des notions qui recourent le concept de marge nationale d'appréciation. On parle beaucoup plus de « critère d'examen » ou « *standard of review* » en anglais<sup>1581</sup>. Dans le rapport sur l'avenir de l'OMC, les auteurs parlent de « critère d'examen fondé sur le principe de déférence<sup>1582</sup> ». Ils établissent ainsi un lien évident entre les deux notions. Le rapport indique que :

« [...] l'Organe d'appel, dès le début, a indiqué dans des déclarations figurant dans ses rapports qu'il était parfaitement conscient de la nécessité d'observer une déférence à l'égard des membres »<sup>1583</sup>.

Le critère d'examen s'applique chaque fois qu'un différend est présenté devant l'ORD. Il permet au juge d'interpréter le droit de l'OMC en examinant les faits soumis à sa connaissance. Il importe, à ce stade, de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le critère d'examen, englobant notamment l'idée de déférence des juges à l'égard des décisions des autorités nationales, se révèle être une question assez sensible<sup>1584</sup>. Le concept de déférence intervient dans le cadre de la répartition des pouvoirs entre les Membres et l'OMC. Il sert un objectif d'équilibre du système commercial dans son ensemble. Cet équilibre ne doit pas seulement jouer dans les rapports entre Membres, à travers la mise en balance des droits et des obligations, mais doit exister entre les organes de l'Organisation et ses composantes que sont les Membres eux-mêmes<sup>1585</sup>. Cette situation crée une friction du fait de l'attachement des Etats à certaines préférences collectives.

Aussi, le second enjeu qui s'attache au concept de déférence est la problématique de la souveraineté des Etats. La déférence, le critère d'examen, constituent des outils de gestion de la tension inhérente à la relation entre préservation de l'unité du système commercial multilatéral et respect de la souveraineté des Membres.

---

<sup>1581</sup> V. William J. DAVEY, « Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority ? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Use of Issue-Avoidance Techniques », *J.I.E.L.*, vol. 4, n° 1, 2001, pp. 79-110.

<sup>1582</sup> V. Peter SUTHERLAND et autres, *L'Avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif à l'ancien directeur général, Supachai Panitchpakdi, Organisation mondiale du commerce, Genève, 2004, pp. 61-62, § 228.

<sup>1583</sup> *Id.*, § 230.

<sup>1584</sup> V. Catherine BUTTON, « The WTO's "Objective Assessment" Standard of Review and Panel Review of Health Measures », in Andrew D. MITCHELL (dir.), *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres, Cameron & May, 2005, p. 88.

<sup>1585</sup> V. Claus-Dieter EHLERMANN et Nicolas LOCKHART, « Standard of Review in WTO Law », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, p. 493.

En effet, ces derniers souhaitent conserver leur marge de manœuvre dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet de coordination dans le cadre de l'OMC. On voit alors toute l'importance de ces outils. Plus encore, il s'agit de trouver, par le biais du concept de déférence, un équilibre entre justice et politique, entre préoccupations juridiques à la base de la décision du juge et considérations politiques fondant les mesures non commerciales restrictives des Etats. De là, une tension se manifeste lorsque des considérations hautement politiques se trouvent à la base de l'exercice des pouvoirs du juge de l'OMC.

La notion de « marge » est bien présente en droit interne comme en droit international. Dans l'ordre interne des Etats, on parlera de la marge d'interprétation du juge – qui est récepteur de la norme écrite -, mais aussi de la marge concédée par le juge lui-même dans le cadre d'une entreprise d'autolimitation de ses propres pouvoirs normatifs<sup>1586</sup>. Quel que puisse être le bénéficiaire, « la marge en droit interne renvoie à un pluralisme des valeurs, de type « métajuridique », une sorte de « code culturel » qui surdétermine le sens de la norme »<sup>1587</sup>. Par ailleurs, « [...] le propre de l'internationalisation du droit, voire de sa mondialisation, est d'avoir introduit de surcroît, avec la recherche d'un droit commun qui ne rejette pas pour autant la notion de marge « nationale » d'appréciation, une reconnaissance de la diversité des systèmes de droit, voire un pluralisme des ordres juridiques eux-mêmes »<sup>1588</sup>. Car dans un même ordre juridique, en l'occurrence l'ordre juridique international, coexistent des normes différentes s'appliquant à des situations similaires. Le pluralisme est devenu indispensable dans la mesure où « l'internationalisation du droit se développe au point de transformer le champ d'une discipline qui, ne se limitant plus aux relations entre Etats (droit *international*), non seulement se combine avec les droits internes (droit *transnational*), mais encore s'ouvre aux acteurs privés et devient opposable aux Etats (et en ce sens *supranational*) »<sup>1589</sup>. L'internationalisation n'a pas fait disparaître l'attachement aux diversités nationales. La mise en place du système commercial multilatéral n'a pas préempté la volonté des Etats membres de poursuivre des politiques non économiques essentielles. L'OMC est même apparue, aux yeux de certaines ONG, comme une Organisation remettant en cause les préférences collectives des Etats membres.

---

<sup>1586</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, Vol. 52, n° 4, 2000, p. 754.

<sup>1587</sup> *Id.*

<sup>1588</sup> *Ibid.*

<sup>1589</sup> *Ibid.*, p. 755.



C'est l'article 11 du MARD qui définit le critère d'examen applicable par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, celui-ci renvoyant à « l'autonomie dont dispose le juge dans l'appréciation des éléments de preuve présentés par les parties ». Le critère d'examen est unique ; c'est-à-dire qu'il est applicable à l'ensemble des accords de l'OMC. Mais derrière cette unicité, le juge applique une pluralité de contrôles : un contrôle pour les faits de la cause et un autre pour les éléments de droit<sup>1590</sup>. On voit ainsi que le degré de contrôle - par conséquent la marge de manœuvre reconnue aux Etats - exercé par le juge OMC, variera en fonction de la nature des questions examinées.

Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel s'est attelé à distinguer le type de contrôle applicable aux questions qui lui étaient adressées. En l'espèce, les Communautés européennes avaient fait état de deux conceptions, à savoir l'examen *de novo*<sup>1591</sup> et la déférence judiciaire. En vertu de l'article 11 du MARD, l'Organe d'appel estima que le seul critère applicable était celui de « l'évaluation objective des faits ». Celui-ci permettrait de « tenir compte de l'équilibre établi [...] entre les sphères de compétence cédées par les membres à l'OMC et les sphères que les membres se sont réservées eux-mêmes<sup>1592</sup> ». Le juge de l'OMC précisa à cette occasion, que le critère applicable n'était ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la "déférence totale", mais "l'évaluation objective des faits". Cela voulait dire qu'il ne saurait être question, sans remettre en cause cette évaluation objective des faits, de s'appuyer totalement sur les constatations des autorités nationales<sup>1593</sup>. Pour l'appréciation des éléments de droit, l'Organe d'appel se prononça en ces termes :

---

<sup>1590</sup> Aux termes de l'article 11 du M.A.R.D, « un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question de droit dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés ». L'Organe d'appel avait procédé à une clarification de la distinction en ces termes : [...] la question de savoir si un certain événement a effectivement eu lieu dans le temps et dans l'espace est généralement une question de fait [...] La compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est, toutefois, une question de qualification juridique. C'est une question de droit ». (§ 132 du rapport de l'Organe d'appel).

<sup>1591</sup> V. Communication des Communautés européennes en qualité d'appelant, § 139.

<sup>1592</sup> *L'examen de novo* consiste pour le juge à répéter tout le processus l'établissement des faits suivi par les autorités nationales. *La déférence judiciaire* quant à elle, suppose une prise en compte, par le juge, de la détermination des autorités nationales. Celle-ci ne doit pas être totale ; c'est-à-dire qu'elle ne doit pas conduire à une acceptation pure et simple d'une telle détermination.

<sup>1593</sup> V. Joost PAUWELYN, « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes *EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals* », *J.I.E.L.*, vol. 2, n° 4, 1999, p. 661.

« En ce qui concerne les questions de droit – à savoir la compatibilité ou l'incompatibilité d'une mesure prise par un Membre avec les dispositions de l'accord applicable – un critère qui ne figure pas dans le texte de l'*accord SPS* lui-même ne saurait dispenser un groupe spécial (ou l'Organe d'appel) de l'obligation d'appliquer les règles coutumières d'interprétation du droit international public »<sup>1594</sup>.

De ce fait, bien que le juge soit obligé de procéder à une évaluation objective de la question, la déférence qu'il témoignera à l'autorité nationale, sera fonction de la nature factuelle ou juridique des questions examinées. Le juge dispose d'une marge de manœuvre non négligeable dans la détermination du critère d'examen approprié. Matthias Oesch ne dit pas autre chose en affirmant que :

« [on ] the spectrum between these two most extreme forms of standards of review, various variants are conceivable as to where the benchmark of panel intrusiveness or deference can technically be set »<sup>1595</sup>.

Le juge de l'OMC dispose ainsi d'une considérable liberté dans la conduite de l'évaluation des faits. En ce qui concerne l'administration de la preuve ainsi que l'analyse de la compatibilité des mesures adoptées par un Membre avec les dispositions des accords concernés, le « critère d'examen » applicable permet de déterminer la mesure dans laquelle l'interprétation du juge pourra se substituer à celle de l'Etat à l'origine de la mesure<sup>1596</sup>. S'établit ici un lien entre l'article 11 et l'article 3.2 du MARD.

Le critère d'examen relatif aux éléments de droit, repose à titre principal sur l'application des règles de la Convention de Vienne. Contrairement au critère d'examen portant sur des considérations factuelles, celui-ci conduit à restreindre la marge de manœuvre accordée aux Etats. Le juge de l'OMC joue incontestablement un rôle important pour assurer une interprétation uniforme du droit de l'OMC. On ne saurait, cela dit, occulter la réalité de la marge de manœuvre dont il dispose dans l'utilisation des règles d'interprétation. Celle-ci permet au juge de procéder à des choix parfois davantage plus politiques que juridiques.

---

<sup>1594</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, §118.

<sup>1595</sup> V. Matthias OESCH, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », *J.I.E.L.*, vol. 6, n° 3, 2003, p. 638.

<sup>1596</sup> *Id.* L'auteur précise que « the notion of standard of review does not only relate to the review intensity of panels and the Appellate Body but also encompasses other criteria such as procedural requirements for the enactment of trade-restrictive measures, methods of treaty interpretation, panel activism or passivity in the process of fact-finding, judicial activism or restraint in filling legislative gaps, and "issue-avoidance techniques" ».

Bien que le propre du juge soit d'éviter de rendre une décision sur une base purement politique, en ne s'appuyant que sur des éléments de droit, force est de reconnaître :

« [...] lorsque le raisonnement juridique sur lequel s'est appuyé le juge pour tirer ses conclusions n'est pas explicite, il devient plus difficile de garantir qu'aucune considération de nature politique n'est venue influencer l'interprète dans sa recherche d'une solution au litige<sup>1597</sup> ».

Ainsi, le juge de l'OMC trouve-t-il, à travers ce critère d'examen, une brèche pour accorder davantage de marge de manœuvre aux Etats afin de leur permettre de poursuivre des objectifs non économiques et faire obstacle, au besoin, au mouvement de libéralisation. La persistance d'une démarche restrictive dans l'interprétation des accords OMC aura inéluctablement pour conséquence, de favoriser le développement du bilatéralisme qui, non sans être forcément nuisible au multilatéralisme, continuera de constituer un sérieux facteur de remise en cause de l'unité du système commercial multilatéral.

### **B. L'imprécision du critère d'examen applicable à l'évaluation des faits**

Le manque de clarté du critère d'examen applicable aux faits de la cause a été décrié<sup>1598</sup>. L'expression « évaluation objective » est susceptible de faire l'objet d'interprétations variées et les commentaires formulés par l'Organe d'appel à son égard le prouvent. Bien que l'Organe d'appel ait écarté, dans le contrôle des éléments factuels, l'examen *de novo* ainsi que la déférence totale, on ne manquera pas de remarquer qu'il lui reste un large éventail de possibilités.

Le critère d'examen applicable aux faits, revêt une double dimension. Bien que les faits soient généralement considérés comme des données objectives, les données factuelles ainsi que les décisions politiques qui en découlent, peuvent impliquer des considérations politiques, économiques, éthiques ou sociales. Michael J. Trebilcock et Robert Howse estiment :

« [...] the standard of review of facts is twofold. It relates to both the process of fact-finding in the sense of "raw" evidence and the factual conclusion which is subsequently drawn from the "raw" evidence »<sup>1599</sup>.

<sup>1597</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 232.

<sup>1598</sup> V. Axel G. DESMEDT, « Hormones : "Objective Assessment" and (or as) Standard of Review », *J.I.E.L.*, vol. 1, n° 4, 1998, p. 697.

<sup>1599</sup> V. Michael J. TREBILCOCK et Robert HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3<sup>ème</sup> éd., New York, Routledge, 2005, p. 130.

Ainsi, la portée plus ou moins grande de la marge de manœuvre susceptible d'être accordée par le juge de l'OMC dépendra de l'imprécision du critère d'examen et partant, de la diversité des conclusions factuelles pouvant en découler. Comme on le voit, le juge peut empiéter indûment sur les pouvoirs reconnus aux Membres dans leur évaluation des faits. Mais à force d'empiéter, celui-ci va inéluctablement entrer en conflit avec des décisions politiques prises par les Membres sur la base de leur propre évaluation des faits. C'est pour cette raison que Matthias Oesch a formulé sa mise en garde dans les termes suivants :

« In such cases, panels and Appellate Body are well advised not to decide on the prioritization of diverse political and societal values and priorities. They could leave room to domestic regulatory decision-making by establishing an "institutional sensitivity" to the superior credentials which other institutions of governance potentially have in deciding substantive trade-offs between various policy preferences »<sup>1600</sup>.

Constatant que l'Organe d'appel ne fait pas montre de retenue dans son contrôle, certains auteurs ont pu considérer celui-ci comme étant « trop intrusif », du moins « insuffisamment déférent<sup>1601</sup> ». Il reste néanmoins que si d'autres pensent que le système s'est montré suffisamment déférent à l'égard des choix politiques légitimes effectués par les Etats<sup>1602</sup>, d'autres encore ont fait cas de l'absence d'indication « that WTO adjudicating bodies are willing to intrude in areas of *domaine réservé* to national sovereignty by interpreting widely their mandate<sup>1603</sup> ». On voit donc que le débat sur la liberté des Membres, de poursuivre des objectifs non économiques légitimes, demeure entier. L'Union européenne, en ce qui la concerne, est marquée par la volonté de préserver certaines valeurs non commerciales de ses Etats membres en dépit de l'importance prise par la dimension économique de l'intégration. La complexification de la poursuite de ces valeurs par une Organisation internationale à laquelle elle participe, aura pour conséquence de créer des tensions qui seront difficiles à juguler.

---

<sup>1600</sup> V. Matthias OESCH, *op.cit.*, p. 641.

<sup>1601</sup> V. Deborah Z. CASS, « The "Constitutionalization" of International Trade Law : Judicial Norm Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *E.J.I.L.*, vol. 12, n° 1, 2001, p. 58.

<sup>1602</sup> V. William J. DAVEY, *op.cit.*, p. 79.

<sup>1603</sup> V. Petros C. MAVROIDIS, « Judicial Supremacy, Judicial Restraint, and the Issue of Consistency of Preferential Trade Agreements with the WTO : The Apple in the Picture », in Daniel L.M. KENNEDY et James D. SOUTHWICK (dir.), *The Political Economy of International Law. Essays in Honour of Robert E. HUDEC*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 598.

On rappellera, à ce niveau, ce que l'on a déjà avancé par ailleurs ; à savoir que l'une des raisons explicatives du développement du bilatéralisme réside dans la volonté des Membres, de passer par ce mécanisme pour préserver ce qu'ils considèrent comme des préférences légitimes. Le nombre de stipulations portant sur celles-ci, dans les accords externes de l'Union européenne, en constitue un baromètre de mesure. Par ailleurs, certains ont soutenu que les organes de jugement de l'OMC ont positivement contribué à la préservation et à l'élargissement de la marge d'action des Membres « by emphasising Member's freedom to regulate as they wish, except to the extent that WTO provisions restrain them from doing so »<sup>1604</sup>. Mais le point nodal du problème réside dans les limites définies par l'OMC. Relativement à ces restrictions, une partie de la doctrine a manifesté des inquiétudes en estimant que « through a process of judicial interpretation, national authorities can no longer make decisions without those decisions being subject to international judicial oversight by WTO panels<sup>1605</sup> ». On voit donc que la marge de manœuvre reconnue aux Membres est strictement contrôlée. Cela permet de mettre en évidence la dynamique qui caractérise la relation de tension entre l'OMC et ses Membres, et plus spécialement entre le juge de l'OMC et l'Union européenne. Claus-Dieter Ehlermann et Nicolas Lockhart résument cette relation de fort belle manière en ces termes :

« Between granting discretion to Members and ensuring the "security and predictability" of the trading system through the uniform application of WTO law. It is a tension between the interests of one Member in pursuing its own sovereignty and the collective interests of all WTO Members – including the one – in preserving the multilateral based system »<sup>1606</sup>.

L'imprécision du critère d'examen se justifie également par le fait que le contrôle exercé par le juge de l'OMC, ainsi que l'objet de ce contrôle, varient en fonction des procédures nationales d'évaluation des mesures prescrites par les accords OMC<sup>1607</sup>. Deux tendances se dégagent à ce niveau.

---

<sup>1604</sup> V. Olivier CATTANEO, « Has the WTO Gone To Far or Not Far Enough ? Some Reflections on the Concept of "Policy Space" », in A.D. MITCHELL (dir.), *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres, Cameron & May, 2005, p. 77.

<sup>1605</sup> V. Deborah Z. CASS, *op.cit.*, p. 58.

<sup>1606</sup> V. Claus-Dieter EHLERMANN et Nicolas LOCKHART, « Standard of Review in WTO Law », *op. cit.*, p. 521.

<sup>1607</sup> V. Stefan ZLEPTNIG, « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », *European Integration Online Paper*, vol. 6, n° 17, 2002, p. 2.

Les accords qui ne prévoient pas de telles procédures se voient appliquer un critère différent de ceux qui prescrivent l'accomplissement de certaines formalités préalables par les Membres. On parle à cet effet de « pluralité des critères » appliqués. La marge d'appréciation laissée aux Membres sera donc variable. La première catégorie regroupe les accords autorisant l'adoption de certaines mesures restrictives à condition qu'une enquête ait été réalisée par les autorités nationales. La procédure et les conditions prescrites par l'accord concerné, doivent être respectées<sup>1608</sup>. Il en est ainsi de l'accord antidumping, de l'accord SPS ou de celui sur les sauvegardes. La seconde catégorie renvoie aux autres accords et, en ce sens, aux exceptions générales qui autorisent le maintien de mesures poursuivant des objectifs non économiques<sup>1609</sup>.

Par ailleurs, l'émergence d'éléments de proportionnalité dans l'interprétation du « critère de nécessité » constitue un facteur d'imprécision du critère d'examen, et donc d'indétermination de la marge nationale d'appréciation<sup>1610</sup>. Cette indétermination a fini par déboucher sur un important pouvoir discrétionnaire du juge de l'OMC qui l'autorise à exercer un contrôle plus ou moins sévère en fonction de l'importance qu'il reconnaîtra à la valeur protégée par une mesure étatique restrictive. Inutile de préciser par conséquent que le critère d'examen utilisé par le juge menace la sécurité juridique du système commercial<sup>1611</sup>. Certains se sont demandé si le critère d'examen appliqué par le juge dans son analyse des mesures visées par les exceptions générales, n'était pas fonction de l'exception invoquée. L'Organe d'appel a déjà précisé que le lien de causalité entre la mesure et l'objectif poursuivi était sujet à variation<sup>1612</sup>.

---

<sup>1608</sup> L'imposition d'une mesure antidumping exige la conduite d'une « enquête visant à déterminer l'existence, le degré et l'effet de tout dumping allégué » par un Membre (article 5:1 de l'Accord antidumping). En ce qui concerne l'Accord sur les sauvegardes, l'application d'une mesure de sauvegarde est conditionnée par la détermination de l'existence d'un dommage grave ou de la menace d'un dommage grave. A l'instar des mesures antidumping, « [u]n Membre ne pourra appliquer une menace de sauvegarde qu'à la suite d'une enquête menée par les autorités compétentes de ce Membre » (article 3:1). Enfin, pour les mesures SPS, le Membre est tenu de procéder à une évaluation des risques en vue de déterminer le niveau approprié de protection sanitaire et phytosanitaire (article 5:1 de l'Accord SPS).

<sup>1609</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS148/AB/R, 24 juillet 2001, § 52 et s.

<sup>1610</sup> C'est dans l'affaire *Etats-Unis – Section 337*, que le terme « nécessaire » a été défini pour la première fois comme renvoyant à « l'absence de mesure dont on pourrait attendre raisonnablement [de l'Etat] qu'il l'emploie » (§ 5.26 du rapport du Groupe spécial). Le test de nécessité sera revisité à l'occasion de l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, avant d'être repris et affiné dans le cadre des rapports *Communautés européennes – Amiante*, *Etats-Unis – Jeux*, *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et *Brésil – Pneumatiques rechapés*.

<sup>1611</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 258.

<sup>1612</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Essence*, *op.cit.*, p. 17. V. aussi Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 2 « Le pluralisme ordonné », Paris, *Seuil*, 2006, 314 pages.

L'émergence d'éléments de proportionnalité dans le test de nécessité accorde au juge un important pouvoir discrétionnaire dans l'examen d'une mesure fondée sur une valeur protégée. Cette situation lui permet de faire preuve de davantage de déférence vis-à-vis de mesures étatiques visant à protéger les ressources naturelles – mesures qui doivent « se rapporter à » l'objectif poursuivi –, ainsi qu'aux mesures « nécessaires » à la protection de la santé et à la vie humaine, dont le niveau de protection doit être proportionnel à la valeur protégée<sup>1613</sup>. Cette caractérisation permet de constater l'existence d'un droit de regard du juge beaucoup plus important dans le second que dans le premier cas.

Le critère d'examen s'inscrit dans la dynamique d'une relation entre le juge et l'entité soumise à son contrôle, à savoir les Membres de l'OMC. La même logique est valable aussi bien pour l'OMC que pour l'Union européenne en tant qu'Organisation d'intégration régionale. Les deux ensembles normatifs présentent des différences. Si les deux favorisent la libre circulation des biens et des services, il est clair que le niveau d'intégration de l'Union européenne surpasse celui de l'OMC. L'une des différences fondamentales réside dans le degré d'harmonisation des politiques publiques des Etats membres dans les domaines non commerciaux susceptibles d'avoir des effets sur le commerce. En dépit de ces différences, l'organe juridictionnel de chaque ensemble normatif a développé un test de proportionnalité pour mettre en balance les intérêts économiques relativement à ceux non économiques. Ces écarts notés entre les deux systèmes auront naturellement pour conséquence d'engendrer une disparité au niveau de l'intensité du contrôle exercé par l'un ou l'autre juge, sur une mesure non commerciale. Le système commercial multilatéral n'a pas procédé à la réalisation d'une harmonisation des politiques non commerciales de ses Membres. Elle n'en a d'ailleurs pas la légitimité. Il était dès lors raisonnable de s'attendre à ce que le juge de l'OMC ait une attitude moins interventionniste que celui de la CJUE ou de la CEDH. Cependant, on ne saurait occulter le fait que :

« [t]he EU's goals are far loftier than those of the WTO, and in the EU, Member States have explicitly accepted some limitation of their sovereignty so that such goals may be achieved »<sup>1614</sup>.

Il en est autrement pour les Membres de l'OMC. Considérant le mandat dont dispose cette Organisation, on voit donc pourquoi le processus de soupesage et de mise en balance des intérêts des Membres implique l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire.

<sup>1613</sup> V. Axel G. DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », *J.I.E.L.*, vol. 4, n°3, 2001, p. 473.

<sup>1614</sup> V. Natalie McNELIS, « The Role of the Judge in the EU and WTO : Lessons from the BSE and Hormones Cases », *J.I.E.L.*, vol. 4, n°1, 2001, pp. 206-207.

L'exercice ne porte plus sur la procédure, mais sur l'objet de la mesure, contrôle qui ne devrait pouvoir être opéré que dans le cadre d'une intégration poussée. En effet, dans l'optique du contrôle de proportionnalité, le juge a tendance à substituer son appréciation à celle du Membre afin de déterminer l'importance des valeurs ou des intérêts à protéger. Or, il n'est pas établi que le juge de l'OMC dispose de la légitimité de procéder à cette mise en balance, notamment lorsque l'exercice implique des considérations fortement subjectives faisant l'objet de décisions et de choix plus politiques que juridiques. C'est en ce sens qu'il faut comprendre les propos de M.G. Bloche :

« There is a case to be made for an interpretive principle of protection for health that takes the form of heightened deference to member states' health policies instead of an affirmative transnational duty. This case rests on the intensely subjective, highly variable nature of people's beliefs about health danger. We appreciate and respond to health risks in ways shaped much less by statistical magnitudes than by the feeling these risks evoke and by our sense of control over these risks. Our feelings about risk, in turn, are shaped by our character styles, values and culture, and personal and social experience »<sup>1615</sup>.

Ainsi, la marge nationale d'appréciation est considérée comme induisant non seulement la reconnaissance d'une diversité des Etats - par conséquent des systèmes juridiques - mais aussi des préférences collectives nationales qu'ils portent. Elle est d'ailleurs indispensable quand le juge est en présence d'une norme imprécise à interpréter. Seulement, on voit mal comment ce dernier pourrait demander à un Etat de se conformer à quelque-chose de flou. Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche soutiennent alors :

« Entre les deux termes de l'alternative obligation de conformité/appréciation souveraine des Etats, la marge nationale introduit une troisième formule, l'obligation de compatibilité, au sens le plus précis du terme. Alors que la conformité va de pair avec l'exigence d'identité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale), la compatibilité repose sur une exigence de proximité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles ». La décision de compatibilité impose donc de situer la pratique en cause sur une échelle graduée et de fixer un seuil »<sup>1616</sup>.

---

<sup>1615</sup> V. M.G BLOCHE, « WTO Deference to National Health Policy : Toward and Interpretive Principle », *J.I.E.L.*, vol. 5, n° 4, 2002, p.845.

<sup>1616</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue de Droit de McGill.*, vol. 46, n°4, 2001, pp. 933-934.



La marge nationale d'appréciation a aussi « le défaut de ses qualités » dans la mesure où la souplesse qu'elle introduit ainsi que la simple exigence de proximité une seconde marge, cette fois au bénéfice du juge<sup>1617</sup>. Il s'agit là d'une marge d'interprétation variable elle aussi. De ce fait, « le contrôle exercé par le Juge sur les conduites des Etats varie de façon inversement proportionnelle à la marge d'appréciation qui est laissée aux instances étatiques<sup>1618</sup> ». Il en résulte que le degré de contrainte imposée par le juge soit susceptible de varier d'un règlement de différend à un autre, en fonction de sa subjectivité ou selon qu'il « décide de laisser aux Etats une marge nationale d'appréciation plus ou moins étroite<sup>1619</sup> ». Cette variation de la marge, en fonction des circonstances et du contexte, conduit à une versalité du critère d'examen.

Par ailleurs, la marge nationale d'appréciation fut critiquée car elle procurerait aux Membres – en particulier les plus puissants - la faculté de se soustraire à leurs obligations internationales. Certains estiment aussi qu'elle conduit à une application non uniforme du droit international ; d'autres encore pensent que la marge nationale d'appréciation constitue un frein à l'émergence de valeurs communes ou à la poursuite d'objectifs communs<sup>1620</sup>. Quoiqu'il en soit, il s'agira de trouver un équilibre entre préservation de la marge nationale d'appréciation des Etats et maîtrise de celle-ci. A cette fin, des propositions ont été faites dans le sens du maintien d'un certain équilibre.

Yuval Shany propose la prise en compte des externalités d'une mesure dans la détermination de la marge nationale d'appréciation. Plus précisément, ce qu'il appelle les « *inward-looking international norms* » bénéficieraient d'une telle marge alors que les « *outward-looking norms regulation state conduct which radiates across national boundaries* » se verraient soumises à un contrôle plus intrusif<sup>1621</sup>. Bien que pouvant renforcer la sécurité juridique entourant l'usage d'une exception générale, le contrôle du juge demeurera fluctuant et l'équilibre fragile car soumis à la volonté du juge.

---

<sup>1617</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 263.

<sup>1618</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, *id.*, p. 952.

<sup>1619</sup> *Id.*

<sup>1620</sup> V. Eyal BENVENISTI, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, n° 4, 1999, pp. 844-845.

<sup>1621</sup> V. Yuval SHANY, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law ? », *E.J.I.L.*, vol. 16, n° 5, 2006, p. 920. Ainsi les « *inward-looking international norms* » sont celles qui régulent des conditions plus ou moins domestiques. Il en est ainsi des droits de l'homme. Quant aux « *outward-looking international norms* », ce sont celles qui réglementent la conduite des Etats au-delà des frontières nationales. Les premières doivent bénéficier de davantage de marge contrairement aux secondes qui doivent être soumises à un contrôle beaucoup plus strict.

Il convient aussi de préciser que « si l'existence d'une marge est indispensable pour tenir compte du pluralisme, encore faut-il que ce pluralisme soit suffisamment ordonné pour éviter l'arbitraire<sup>1622</sup> ». Malheureusement, ce pluralisme ne l'est pas encore dans le cadre du système commercial multilatéral. L'émergence d'une marge nationale d'appréciation n'a pas allégé la tension qui existe entre le respect de la règle multilatérale et la souveraineté des Etats. Ainsi tombe la conclusion : « au stade actuel de son développement, l'Organisation ne dispose pas des outils lui permettant de régler de façon efficace et durable les conflits entre les intérêts commerciaux de ses membres et leurs autres préoccupations et valeurs fondées sur des intérêts non commerciaux »<sup>1623</sup>. Autant dire que les Membres de l'OMC se réserveront, pour encore longtemps, le droit de protéger par tous les moyens, dans le cadre de leurs relations commerciales internationales, leurs préférences collectives.

## **§2. L'évaluation de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle des mesures fondées sur les exceptions générales**

La marge nationale laissée par le juge de l'OMC, aux Membres, est restreinte (**A**), ce qui nécessite son renforcement (**B**).

### **A. Une marge d'appréciation restreinte**

Le contrôle par le juge de l'OMC, des mesures fondées sur les exceptions générales, est particulièrement délicat. Il constitue le pilier de l'équilibre entre le politique et le juridique, la norme internationale et le respect de la souveraineté des Etats. C'est pourquoi, un contrôle trop intrusif – ayant pour conséquence une restriction de la marge nationale d'appréciation concédée aux Etats -, conduirait à une hiérarchisation des valeurs et des politiques, privilégiant les intérêts commerciaux au détriment des préoccupations non commerciales des Etats. Ainsi, « bien qu'un critère d'examen approprié puisse assurer un respect optimal des choix de société des membres, il peut également se transformer en un outil permettant au juge de sanctionner toute mesure affectant les intérêts économiques de membres de l'OMC »<sup>1624</sup>.

---

<sup>1622</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, *op.cit.*, p. 942.

<sup>1623</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 265.

<sup>1624</sup> *Id.*, p. 241.

L'ORD a été confronté à plusieurs différends impliquant l'interprétation de l'article XX du GATT. Face à la difficulté de départager la protection du protectionnisme, le juge de l'OMC a traditionnellement procédé à un contrôle sévère, intrusif. Les Membres insatisfaits ont réclamé l'application d'un critère de « déférence raisonnable » qui a aussi été rejeté par le juge.

Le contrôle des mesures fondées sur les exceptions générales est particulier. Ce contrôle est effectué dans un cadre commercial à l'égard de mesures exclues du champ d'application de l'OMC, les mesures non commerciales. Le critère d'examen contenu à l'article 11 du MARD pose le principe d'une évaluation objective qui ne doit être ni un examen *de novo* ni impliquer une déférence totale à l'égard des mesures fondées sur les exceptions générales. Mais en tenant compte de l'importante marge d'interprétation que procure ce critère, tous les scénarios sont envisageables.

La première étape du contrôle des exceptions paraît relativement souple, ce qui témoigne d'une déférence du juge à l'égard des objectifs de politique nationale définis par le Membre ayant élaboré une mesure visée par les articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. Néanmoins, cette déférence manifestée par le juge à l'égard de l'identification de l'objectif de politique nationale, ne doit pas occulter le critère d'examen appliqué au cours des autres étapes de l'évaluation des mesures visées par les exceptions générales. Cela renvoie non seulement à l'interprétation du lien de causalité entre la mesure et l'objectif poursuivi, mais aussi aux conditions posées par le texte introductif des exceptions générales. A ce niveau, une distinction doit être effectuée entre les éléments de fait et ceux de droit.

S'agissant des éléments de fait relatifs au lien de causalité, des controverses ont été notées dans la doctrine. Certains estiment que les dispositions relatives aux exceptions générales n'imposent aucune enquête nationale comparable à celle prescrite, à titre d'exemple, par l'accord antidumping. A ce stade, le juge est contraint de procéder à un examen *de novo*. Claus-Dieter Ehlermann et Nicolas Lockhart avancent, à propos de l'affaire *CE – Amiante*, que « the panel did not need to defer to any national authority's factual findings because it was the panel that conducted the first and, therefore, *de novo* review of the issues<sup>1625</sup> ». M-G Bloche suggère d'ailleurs qu'une attitude plus déférente serait peu souhaitable en raison des risques que font peser les mesures restrictives au commerce sur le système commercial multilatéral<sup>1626</sup>.

---

<sup>1625</sup> *Id.*, p. 519.

<sup>1626</sup> V. MG. BLOCHE, *op.cit.*, pp. 834-835.

D'autres auteurs s'opposent, quant à eux, à tout examen *de novo* au motif que les Etats sont souvent mieux placés que le juge pour tirer des conclusions d'ordre factuel<sup>1627</sup>. Il en infère qu'une déférence serait souhaitable. Eric Canal-Forgues constate l'existence d'une telle déférence en considérant d'abord que « dans les affaires sensibles qui faisaient intervenir des choix politiques fondamentaux, l'Organe d'appel s'est ostensiblement limité aux questions de droit soulevées par la mesure particulière objet de la contestation », avant d'ajouter ensuite, que l'Organe d'appel « a ainsi montré que l'exercice de la clarification des droits et obligations existants s'arrêtait à l'examen de la conformité de la mesure incriminée aux accords de l'OMC »<sup>1628</sup>.

Ces opinions démontrent que le critère d'examen utilisé par le juge dans le cadre de son contrôle des éléments de fait, souffre de quelques imprécisions. David Luff estime que la question principale consiste à savoir « si les groupes spéciaux doivent procéder eux-mêmes à un nouvel examen des conditions préalables à l'adoption des mesures contestées ou si leur contrôle peut se limiter au respect par les autorités nationales du cadre dans lequel doivent s'effectuer leurs constatations<sup>1629</sup> ». Certes la question mérite d'être posée, mais la définition des limites du contrôle du juge est l'interrogation la plus pertinente concernant la marge de manœuvre laissée aux Etats. Bien que le niveau de protection visé par le Membre ne puisse pas être remis en cause par le juge de l'OMC, le choix de la mesure mise en œuvre fait l'objet d'un examen minutieux. Aussi, si le Membre qui conteste la mesure propose des alternatives, une solution de rechange, à même d'atteindre le niveau de protection souhaité tout en étant moins dommageable pour le commerce, celles-ci seront prise en compte. Cela dit, le problème est que le juge de l'OMC s'est montré trop intrusif dans certaines affaires hautement politiques. Deux rapports sont allés dans ce sens, tout en introduisant une « obligation de cohérence » à la charge des membres de l'OMC.

Dans le rapport *Australie – Saumon*<sup>1630</sup>, l'imposition d'une obligation de cohérence paraissait fondée sur le texte de l'article 5.5 de l'accord SPS qui exige que les Membres soient cohérents « dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire » en évitant les discriminations arbitraires et injustifiables entre les situations comparables.

---

<sup>1627</sup> V. Catherine BUTTON, *op.cit.*, pp. 100-101.

<sup>1628</sup> V. Eric CANAL-FORGUES, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, Tome 105, n°1, 2001, pp. 17-18.

<sup>1629</sup> V. David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, *Bruylant*, 2004, pp. 842-843.

<sup>1630</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998.

L'Organe d'appel s'est donc appuyé sur cette disposition pour contrôler l'adéquation des mesures SPS au niveau de protection approprié. En dépit du fait que la définition du niveau de protection soit de la compétence de l'Etat, le juge s'est néanmoins livré à un contrôle de la cohérence des mesures mises en œuvre. Le même type de contrôle a été constaté dans le cadre de l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*<sup>1631</sup>. Ce rapport portait sur une interprétation de l'article XX d) du GATT, article qui ne contient aucune prescription relative à la cohérence équivalant à celles contenues à l'article 5.5 de l'Accord SPS. L'Organe d'appel a pourtant retenu l'obligation de cohérence entre le niveau de protection souhaité et celui recherché dans d'autres domaines comparables. Hélène Ruiz-Fabri d'estimer que :

« [...] cette comparaison, qui est une manière de détecter la bonne ou au contraire la mauvaise foi de l'Etat, puisque le « test de cohérence » n'est en réalité qu'une traduction du principe général de la bonne foi rendu ainsi directement opérationnel, [a été] menée en l'espèce dans le cadre de l'article XX »<sup>1632</sup>.

Le juge de l'OMC effectue ainsi non seulement un contrôle *de novo*, mais s'est permis, par la même occasion, d'ajouter des conditions ne figurant pas dans le texte de l'article XX d). Cette démarche intrusive du juge de l'OMC a inéluctablement pour conséquence de remettre en cause la marge nationale d'appréciation des Membres.

Des voix discordantes se font entendre aussi en ce qui concerne la mise en œuvre de la mesure et les conditions posées par le texte introductif des exceptions générales. Si une partie de la doctrine estime que les Etats jouissent d'une discrétion considérable dans la mise en œuvre de leurs mesures<sup>1633</sup>, une autre insiste sur le caractère intrusif du contrôle et sur la non-prise en compte de certains éléments devant influencer la façon dont les prescriptions du texte introductif sont interprétées par le juge.

---

<sup>1631</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, 11 octobre 2000.

<sup>1632</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI, « Chronique du règlement des différends (2000) », *J.D.I.*, vol. 128, n°3, 2001, p. 932.

<sup>1633</sup> V. James W. DAVEY, *op.cit.*, p.88.

Songeon ici à Catherine Button qui retient que :

« A set of questions relating to the use of cultural and social factors arise from the requirement that measures not arbitrarily or unjustifiably discriminate, when enquiries are made as to whether differences in the chosen level of protection in different situations are arbitrary or unjustifiable, whether the least trade-restrictive measure has been utilised, and even whether a measure is "based on "international standards »<sup>1634</sup>.

L'auteur plaide pour une approche plus déférente du juge de l'OMC à l'égard des choix de l'Etat présidant à la mise en œuvre d'une mesure. Ce juge procède à un contrôle très minutieux du chapeau de l'article XX, ce qui fait qu'il est difficile de trouver trace d'une quelconque déférence de sa part dans l'examen conduit sur la base de cette clause introductive. Le contrôle est *de novo*, abstraction très souvent faite des circonstances particulières auxquelles sont confrontées les Membres dans l'édiction de mesures non commerciales. La pression sur les Etats et leurs préférences collectives est clairement perceptible.

L'affaire *CE – Hormones* ne se fonde pas sur une interprétation des exceptions générales, mais marque l'émergence d'un critère de « déférence raisonnable » dans le cadre de la jurisprudence de l'OMC. En l'espèce, les Communautés européennes soutenaient que « les groupes spéciaux de l'OMC devraient adopter le critère de la "déférence raisonnable" lorsqu'ils examinent la décision d'un Membre d'adopter une politique scientifique donnée »<sup>1635</sup>. Elles précisèrent en outre que « le principe de déférence raisonnable est applicable dans toutes les situations factuelles très complexes, y compris l'évaluation des risques que présentent pour la santé humaine les toxines et les contaminants<sup>1636</sup> ». Enfin, faisaient-elles reposer leur argumentaire sur le fait que ce principe de déférence figurait à l'article 17:6 i) de l'accord antidumping<sup>1637</sup>. A ces moyens, l'Organe d'appel a développé tout un argumentaire systématisé de la manière suivante. Dans un premier temps, il a déclaré que l'accord SPS « est muet sur la question du critère d'examen approprié » et qu' « il n'existe pas non plus de dispositions dans le Mémoire d'accord ni dans aucun des accords visés (sauf l'Accord antidumping) prescrivant un critère d'examen particulier »<sup>1638</sup>.

---

<sup>1634</sup> V. Catherine BUTTON, *op.cit.*, p. 102. De tels commentaires, formulés dans le cadre de l'Accord SPS, demeurent néanmoins valables relativement aux exceptions générales de l'article XX.

<sup>1635</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, § 14.

<sup>1636</sup> *Id.*, § 15.

<sup>1637</sup> *Ibid.*, § 112.

<sup>1638</sup> *Ibid.*, § 114.

Le juge ajoutait que « rien n'indique dans l'*Accord SPS* que les membres aient eu l'intention d'adopter ou d'incorporer dans cet accord le critère énoncé à l'article 17:6 i) de l'*Accord antidumping* »<sup>1639</sup>. Ainsi, considère-t-il qu' « adopter un critère d'examen qui n'est pas clairement fondé sur les dispositions de l'*Accord SPS* lui-même risque fort de modifier cet équilibre soigneusement établi et ni un groupe spécial ni l'Organe d'appel ne sont autorisés à le faire »<sup>1640</sup>. Pour finir, l'Organe d'appel a rappelé que l'article 11 du MARD traitait directement de la question en posant succinctement le critère d'examen approprié. Dans un second temps, soit au stade de l'évaluation des risques et de l'interprétation de l'article 5 de l'*Accord SPS*, l'Organe d'appel a utilisé à maintes reprises les termes « raisonnable » et « raisonnablement »<sup>1641</sup>. Dans cette perspective, des auteurs ont pu affirmer que le critère d'examen utilisé par l'Organe d'appel, pour l'évaluation des risques, se rapprochait considérablement du critère de déférence raisonnable prôné par les Communautés européennes<sup>1642</sup>. Il ressort du rapport *CE – Hormones* que si l'évaluation du risque appuie raisonnablement une mesure, le Groupe spécial devra s'abstenir de remettre en cause ladite mesure.

La même démarche a été notée dans le cadre de l'affaire *CE – Amiante* dans laquelle le Groupe spécial a estimé qu'il devait « apprécier la situation scientifique et les mesures disponibles de manière pragmatique, comme le feraient les décideurs en charge d'adopter une politique de santé »<sup>1643</sup>. Ainsi, le « décideur responsable » serait devenu une sorte de baromètre utilisé par le Groupe spécial pour évaluer le caractère raisonnable des mesures contestées<sup>1644</sup>. Selon le Groupe spécial, un « décideur chargé de prendre des mesures en matière de santé publique conclurait raisonnablement à l'existence d'un risque causé par la présence de produits en chrysotile-ciment du fait des risques encourus en cas d'intervention sur ces produits »<sup>1645</sup> ». Aussi, le Groupe spécial s'est penché sur la relation entre la mesure et l'objectif poursuivi. Ainsi, pour être légale, la mesure devrait être nécessaire.

---

<sup>1639</sup> *Ibid.*, § 114.

<sup>1640</sup> *Ibid.*, § 115.

<sup>1641</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 249.

<sup>1642</sup> V. Natalie McNELIS, « The Role of the Judge in the EU and WTO : Lessons from the BSE and Hormones Cases », *op.cit.*, p. 198.

<sup>1643</sup> V. Rapport du Groupe spécial, § 8.183.

<sup>1644</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 250.

<sup>1645</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Amiante*, § 8.193.

Il a donc invoqué dans l'affaire *Thaïlande – Taxes sur les cigarettes*, la position prise dans son rapport *CE – Amiante*, pour rappeler que « les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme "nécessaires" au sens de l'article XX b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé »<sup>1646</sup>. Tout en rappelant les conclusions du rapport *Etats-Unis – Article 337*, le Groupe spécial constata que « pour déterminer si une mesure est nécessaire, il importe d'apprécier si des mesures compatibles ou moins incompatibles sont *raisonnablement* disponibles<sup>1647</sup> ». Il souligne néanmoins les difficultés de mise en œuvre de certaines mesures alternatives et statua qu'« un responsable chargé d'une politique de santé publique pourrait raisonnablement considérer » que cette autre mesure n'apporterait pas une protection suffisante par rapport à ses objectifs<sup>1648</sup>. Il en déduit qu'il n'a pas été établi qu'une autre mesure était raisonnablement disponible<sup>1649</sup>.

Tout en confirmant les constatations du Groupe spécial sur ce point, l'Organe d'appel a cherché à savoir si l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la partie défenderesse applique la mesure proposée par les plaignants pour atteindre le niveau de protection de la santé<sup>1650</sup>. Le critère de déférence raisonnable semblait donc avoir été retenu par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. Il s'agissait là d'une positive évolution car ce critère a semblé respectueux de la souveraineté des Etats dans les domaines non commerciaux par l'aménagement d'une certaine marge nationale d'appréciation.

Cependant, malgré les appréciations positives émises à propos du critère de déférence raisonnable, certains développements postérieurs à cette affaire ont renversé la tendance. Cela a été le cas dans le cadre du rapport *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*<sup>1651</sup>. Ce pays affirmait que son évaluation du risque était « raisonnable et scientifique » et que celle-ci s'appuyait sur la prudence et la précaution. Par la suite, en appel, le Japon avait soutenu que le Groupe spécial avait commis une erreur dans l'interprétation de l'article 2.2 de l'accord SPS car celui-ci n'avait pas accordé un « certain pouvoir discrétionnaire » au Membre importateur en ce qui concerne la façon dont il choisissait, pesait et évaluait les preuves scientifiques<sup>1652</sup>.

---

<sup>1646</sup> *Id.*

<sup>1647</sup> V. Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Article 337*, § 8. 207.

<sup>1648</sup> *Id.*, § 8. 209.

<sup>1649</sup> *Id.*, § 8. 212, 214 et 217.

<sup>1650</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Article 337*, § 173.

<sup>1651</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R, 26 novembre 2003.

<sup>1652</sup> V. Communication du Japon en qualité d'appelant §§ 75-76. L'Organe d'appel a cité ladite Communication dans son rapport au § 161.



Il ajoutait que le Groupe spécial devait lui accorder un pouvoir discrétionnaire en évaluant, entre autres, les preuves scientifiques à la lumière de sa propre approche<sup>1653</sup>. Quant à l'Organe d'appel, en refusant cette approche nipponne, estima que « le Groupe spécial n'a pas fait erreur en s'appuyant sur cette interprétation de l'article 2.2 et en menant son évaluation des preuves scientifiques sur cette base »<sup>1654</sup>. Le contrôle était fondé sur un examen *de novo* et a été très intrusif, ce qui expliqua la réaction critique de certains auteurs. Il en est ainsi de Michael J. Trebilcock et Robert Howse qui l'ont remarqué en affirmant que :

« [...] the AB made it clear that the rational connection test does not, however, require deference by the WTO panel to the authorities of the regulating WTO Member, even where their handling of the scientific evidence is reasonable »<sup>1655</sup>.

Le critère de déférence raisonnable est clairement rejeté dans cette affaire par le juge de l'OMC en lui préférant l'application de l'examen *de novo* conduit par le Groupe spécial.

### **B. L'utilité du renforcement de la marge nationale d'appréciation**

La marge nationale d'appréciation donne à l'Etat une certaine liberté de choix dans l'édition de mesures non commerciales susceptibles d'être restrictives. Mais l'analyse de la jurisprudence a démontré que cette marge de manœuvre était imprécise et variable, ce qui mettait les Membres de l'OMC dans une insécurité juridique. En effet, la qualification par le Membre de l'objectif poursuivi par la mesure était la seule à jouir d'une certaine déférence de la part du juge. Pour ce qui est du choix de la mesure adaptée au niveau de protection désiré, l'on a vu que celle-ci faisait l'objet d'un examen *de novo*, traduisant un contrôle intrusif du juge de l'OMC.

Au-delà du degré de contrôle du juge, il était nécessaire de tenir compte du critère de légitimité. Il s'agit non pas de la légitimité de l'objectif poursuivi – qui bénéficie déjà d'une importante déférence –, mais de celle de la mesure mise en œuvre par le Membre. La recherche, par le juge de l'OMC, de la légitimité de la mesure prise par un Membre est un excellent moyen de renforcer la marge nationale d'appréciation et ainsi apaiser les tensions au sein du système commercial multilatéral.

---

<sup>1653</sup> V. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, § 161.

<sup>1654</sup> *Id.*, § 162.

<sup>1655</sup> V. Michael J. TREBILCOCK et Robert HOWSE, *op.cit.*, pp. 208-209.

L'examen de la légitimité des mesures tombant dans le champ d'application des exceptions générales est axé sur la procédure plus que le fond. Ce type de contrôle est plus à même de respecter la pluralité des Etats et celle de leurs préférences collectives. Un certain nombre de raisons justificatives ont été avancées par la doctrine pour trouver un fondement à l'examen de la légitimité des mesures nationales.

Il convient de préciser d'emblée que la liberté des échanges au sens large, a rendu toute entreprise de cloisonnement autour de son territoire, totalement illusoire<sup>1656</sup>. Néanmoins, l'interdépendance des Etats dans le domaine économique, ne doit pas faire perdre de vue que les Etats éprouvent un besoin de préserver leur souveraineté dans certaines sphères. Il est clair qu'étant souverains, les Etats ont le droit d'exercer les prérogatives attachées à cet attribut dans les domaines n'ayant pas fait l'objet de coordination au sein de l'OMC<sup>1657</sup>. Ces prérogatives dont ils disposent en vertu de leur souveraineté ne doivent pas occulter, par la même occasion, la responsabilité qu'ils doivent assumer à cet égard. Il est important de retenir que « la diversité des membres, en particulier la diversité de leurs valeurs, de leurs cultures, de leur identité, de leurs croyances, de leur système politique et de leur niveau de développement, les conduit à adopter divers modèles de société, lesquels doivent être respectés, quel que soit le forum international ou supranational au sein duquel ces Etats se réunissent pour coopérer »<sup>1658</sup>. Toute négation de cette évidence n'aurait pour conséquence que la remise en cause du processus même d'intégration des économies.

Pour ce qui est de mesures fondées sur des exceptions générales, c'est bien à ce niveau qu'un effort doit être fait dans le cadre du contrôle exercé par le juge de l'OMC. Cet effort de renforcement de la marge nationale d'appréciation doit être double. Il doit porter sur le nécessaire équilibre entre le respect de la souveraineté et le contrôle du juge, mais aussi sur la légitimité de la mesure étatique. En ce qui concerne la première dimension de la solution, force est de constater que :

« [...] le droit *international*, qu'il reconnaisse la pluralité comme fait ou prescrive le pluralisme comme valeur, postule la reconnaissance de l'autre (autre Etat ou autre système de droit), mais ne donne pas les moyens d'en garantir l'effectivité »<sup>1659</sup>.

---

<sup>1656</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, *op.cit.*, p. 20.

<sup>1657</sup> V. Rostane MEHDI, « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », *op.cit.*, p. 14.

<sup>1658</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 268.

<sup>1659</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, *op.cit.*, p. 19.

C'est pour cette raison que des solutions doivent être trouvées pour pallier ce déficit. Il ne faut toutefois pas oublier que les velléités protectionnistes sont toujours à combattre. Autant il est nécessaire d'améliorer la marge nationale d'appréciation des Membres, autant il est indispensable de lutter contre le protectionnisme qui pourrait découler de l'allègement du contrôle des mesures unilatéralement mises en œuvre par les Etats. Inutile de dire qu'il faut un juste équilibre. La nature unilatérale des mesures fondées sur les exceptions générales a suscité des commentaires dans la doctrine:

« [...] the debate about "unilateral" acts reflects a broader debate about : tension between states and other communities between different values (economic, social, political, environmental) ; the question of hierarchical relationships between different values as reflected in international legal norms ; and the relationship between trade rules and norms of international law which seek to give effect to other values »<sup>1660</sup>.

Cette tension qui caractérise la relation entre les Membres de l'OMC est allée jusqu'à saper la légitimité de l'OMC et explique pour partie la prolifération des accords de commerce bilatéraux. Après être passées d'un bilatéralisme historique à un multilatéralisme que tout le monde appelait de ses vœux, les relations économiques internationales ont pris le chemin inverse car le bilatéralisme est devenu, en parallèle au système multilatéral, clairement conquérant. L'adoption d'une approche fondée sur un principe de subsidiarité s'impose. En vertu de ce principe, les mesures basées sur les choix de société d'un peuple seront définies au niveau le plus proche du citoyen et feront l'objet d'une plus grande déférence de la part du juge international<sup>1661</sup>. Une « *policy space* »<sup>1662</sup> doit être reconnue aux Membres de l'OMC. Toutefois, le juge devra tout de même exercer un droit de regard sur les mesures non commerciales susceptibles de remettre en cause la liberté des échanges. Un équilibre parfait ne pourra certainement jamais être atteint. Cela dit, « qu'il s'agisse de responsabilité ou de souveraineté, le partage incite à imaginer des techniques nouvelles pour assouplir la rigidité des normes et permettre l'évolution des pratiques »<sup>1663</sup>.

---

<sup>1660</sup> V. Philippe SANDS, « "Unilateralism", Values, and International Law », *E.J.I.L.*, vol. 11, n°2, 2000, p. 302.

<sup>1661</sup> V. Cathérine BUTTON, *op.cit.*, p. 103.

<sup>1662</sup> V. Olivier CATTANEO, *op.cit.*, p. 65.

<sup>1663</sup> V. Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, op.cit.*, p. 29.

Trouver une technique efficace à même de régler cette question de partage est un défi, ainsi que l'ont perçu Steve P Croley et John H. Jackson :

« [...] the necessary mediating principle or principles between the international policy values for which a dispute is desired, on the one hand, and the remaining important policy values of preserving national "vereign" authority both as a check and balance against centralized power, and as a mean to facilitate good government decisions close to the constituencies affected, on the other hand »<sup>1664</sup>.

L'ambition est, à ce niveau, de définir les limites au-delà desquelles le droit international devrait cesser d'interférer dans les domaines non directement visés par les accords OMC. C'est exactement sur ce point que se trouve la source de la légitimité des mesures fondées sur les exceptions. Ainsi, la déférence du juge de l'OMC devrait être réalisée dans toutes les fois où les mesures restrictives fondées sur les exceptions générales, seraient légitimes. Toute la difficulté réside maintenant dans l'identification d'éléments susceptibles de contribuer à la légitimation d'une mesure adoptée par un Etat, dans l'optique de répondre à des préoccupations essentielles pour sa société. Deux facteurs seront importants dans cette perspective : la méthode de formation des choix collectifs et les motivations ayant poussé un Membre à adopter une mesure restrictive fondée sur ces choix. Au demeurant, « si l'objectif consiste d'une part à valider les mesures légitimes, il permet, d'autre part, au juge de disqualifier celles adoptées pour des motifs économiques ou commerciaux »<sup>1665</sup>. Le but est de départager entre mesures protectionnistes et mesures mettant en œuvre une protection légitime de certaines valeurs communes.

La déférence, liée au processus de formation des choix collectifs, suppose un respect aux décisions issues d'un processus démocratique<sup>1666</sup>. Une bonne partie des Membres de l'OMC est constituée d'Etats démocratiques. La question qui se pose alors est celle du niveau approprié de déférence exercée par le juge de l'OMC à l'égard de décisions adoptées de façon démocratique mais ne portant pas sur des domaines directement régis par les dispositions des accords OMC. Il convient cependant de remarquer que les Membres de l'OMC sont considérés de la même manière, qu'ils soient démocratiques ou non.

---

<sup>1664</sup> V. Steven P. CROLEY et John H. JACKSON, « WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments », *A.J.I.L.*, vol. 90, n°2, p. 212.

<sup>1665</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 271.

<sup>1666</sup> Face au phénomène de mondialisation, Rostane MEHDI estime qu'« il semble prudent de préserver le rôle d'un Etat qui, du moins lorsqu'il répond aux canons de la démocratie (libérale), a le mérite de conserver au peuple un droit de regard (direct ou indirect) sur la création normative » (Rostane MEHDI, *op.cit.*, p. 13).

La doctrine appelle à la reconnaissance de la légitimité de mesures restrictives issues de processus démocratiques. Cette position se fonde sur l'idée que les gouvernements doivent assumer des responsabilités à l'égard de leur population. Cela les conduit à déployer de considérables efforts en vue d'atteindre certains objectifs non commerciaux. C'est ce que résume, fort justement, Joost Pauwelyn, en ces termes :

« If a trade restrictive measure is proven to be *not* protectionist, but based on other "externalities" such as, to take on example, genuine consumer preferences (not government imposed ones), could one not say that it should be allowed ? [...] if a population genuinely does not want a certain product *and* request its government to do something about this, and this urge is not the result of trade protectionism, should a democratic (national as well as international) system not allow a ban (or other restriction) on such products ? It would seem so »<sup>1667</sup>.

Ainsi, est-il légitime d'espérer que le juge prenne en compte le fait que les autorités nationales aient pu avoir des raisons de prendre certaines mesures restreignant les échanges commerciaux. Il doit, pour ainsi dire, respecter les efforts des gouvernements élus démocratiquement dans leur quête de satisfaction aux besoins de leurs populations. Cependant, ce point de vue doctrinal comporte un danger pour ce qui est des Etats non démocratiques qui ne pourraient aspirer à une quelconque déférence du juge. Or, des mesures prises par des gouvernements non démocratiques pourraient être tout aussi légitimes que celles provenant de gouvernements démocratiques. De même, les populations de ces Etats non démocratiques seraient incontestablement pénalisées dans la mesure où elles sont, à l'instar de celles des pays démocratiques, susceptibles d'exprimer des préférences. Les sources de légitimation des mesures restrictives doivent alors être cherchées ailleurs, d'autant plus que l'OMC ne dispose pas de structure décisionnelle permettant de qualifier un Membre de démocratique. Une intéressante solution serait de partir de l'examen du processus ayant conduit à l'adoption d'une mesure. Claus-Dieter Ehlermann et Nicolas Lockhart considèrent que « the process by which the contested national measure was adopted at national level can also influence the nature of review »<sup>1668</sup>.

---

<sup>1667</sup> V. Joost PAUWELYN, « Does the WTO Stand for "Deference to" or "Interference with" National Health Authorities When Applying the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) ? », *op.cit.*, p. 183.

<sup>1668</sup> V. Claus-Dieter EHLERMANN et N. LOCKHART, *op.cit.* p. 496.

La proposition porte sur une déférence du juge de l'OMC à l'égard de mesures ayant, par exemple, fait l'objet de délibération<sup>1669</sup>. L'évaluation de la légitimité de la mesure serait opérée à la lumière des consultations et débats publics ayant entouré la prise de la décision gouvernementale. Cette approche positive pour un renforcement de la marge nationale d'appréciation présente un double avantage. Non seulement elle garantit une marge de manœuvre certaine aux Membres dans les domaines non commerciaux, mais incite les gouvernements à s'assurer de la mise en œuvre de processus démocratiques dans le cadre de l'édiction de mesures non commerciales restrictives au commerce. La prise en compte de cet élément, dans le cadre de l'interprétation des exceptions générales n'est pas négligeable, car il s'agit de s'intéresser à l'intention derrière la mesure contestée. Ceci étant dit, force est de constater qu'il est difficile de créer une ligne de séparation nette entre l'intention derrière la mesure et celle qui a animé le législateur. Des risques protectionnistes pèsent toujours et le juge ne saurait les ignorer. Bien que comportant une valeur ajoutée indéniable dans le renforcement de la marge nationale d'appréciation, cette approche est néanmoins tributaire de l'examen du juge de l'OMC, donc variable. C'est dire, peut-être, qu'une réforme de l'OMC s'impose, réforme qui doit être dirigée vers l'office du juge de l'OMC à titre principal. Mais le rôle du juge ne saurait être pertinent dans la perspective de l'amélioration de la prise en compte des préoccupations commerciales, que lorsqu'il est combiné à l'action positive des Membres.

---

<sup>1669</sup> V. Stefan ZLEPTNIG, « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », *op.cit.*, p. 15.

## **SECTION 2**

### **L'EXPLORATION DE VOIES DE REFORME DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL**

L'évolution du système commercial multilatéral s'inscrit dans un contexte de quasi négation des politiques publiques non économiques de Membres. Certes, la mise en œuvre de ces politiques est souvent à l'origine d'obstacles au commerce. Mais, force est de reconnaître leur caractère légitime. Cette légitimité ne pourrait être établie par les Membres que dans le respect des règles de forme et de fond mises en place par les accords OMC. C'est ce qui explique le contrôle exercé par le juge de l'OMC. Ce contrôle s'est avéré strict dans la mesure où il vise à lutter contre le protectionnisme illicite. La censure récurrente de mesures nationales par ce juge a fait naître une tension entre les Etats souverains et le système multilatéral. Dans cette perspective, l'exploration de voies de réforme du système s'impose. La réforme de l'OMC a donné lieu à des propositions assez intéressantes de la doctrine (§1). Mais celle-ci ne serait efficace que combinée à une certaine discipline étatique (§2).

#### **§1. Les propositions de réforme du système commercial multilatéral**

On a vu qu'il existait une tension entre le respect de la souveraineté des Etats et l'intervention du système commercial multilatéral. La censure récurrente de politiques nationales étatiques essentielles, mais restrictives, par le juge de l'OMC, a entraîné une vague de critiques à l'égard de l'ORD. De même, cela a expliqué, dans une certaine mesure, le développement actuel des accords bilatéraux qui ont fini par se poser en alternative au multilatéralisme. Si la doctrine de la marge nationale d'appréciation a pour ambition de susciter davantage de déférence de la part du juge à l'égard de mesures non commerciales restrictives, fondées sur les exceptions générales, mais légitimes, il reste à dire que toute réforme du système commercial multilatéral devra tenir compte des domaines non commerciaux pas enserrés dans les dispositions des accords OMC. Pour ce faire, deux doctrines ont été dégagées : celle de la constitutionnalisation de l'OMC (**A**) et celle de la démocratisation de l'OMC (**B**).

## A. La constitutionnalisation de l'OMC

Il semblerait que la constitutionnalisation souhaitée du droit de l'OMC ne se traduise pas par une seule et même idée. Celle-ci traduirait « l'action consistant à donner à une règle la nature constitutionnelle [...] ou à consacrer une institution par la règle constitutionnelle »<sup>1670</sup>. Elle est pertinente également dans le cadre de la gestion de la relation horizontale et verticale générée par les processus d'intégration. La notion peut être employée non seulement dans le contexte de l'étude de l'articulation des ordres nationaux avec un ordre supranational, mais elle renvoie aussi à une forme d'articulation des normes et des systèmes qui composent l'ordre juridique international<sup>1671</sup>.

Au demeurant, il faut dire que le caractère constitutionnel d'une institution, cas de l'OMC, est tributaire de l'existence d'un corps de règles suprêmes. Il en découle un questionnement sur la légitimité de l'Organisation. La question s'est posée de savoir si la constitutionnalisation de l'OMC contribuerait à sa légitimation ou, au contraire, elle serait à l'origine de son affaiblissement. Aucune réponse tranchée n'a pu être donnée. En dépit de l'existence de cette pluralité de points de vue, deux approches se dégagent. Une première, dite prescriptive, « promeut l'idée d'unification du droit international comme droit d'une communauté internationale soudée autour d'intérêts communs et de valeurs universelles »<sup>1672</sup> ; la seconde, descriptive, s'appuie davantage sur l'évolution de la fonction juridictionnelle et permet de dresser « le constat selon lequel le droit de l'OMC tendrait à se constitutionnaliser »<sup>1673</sup>. Le débat sur la constitutionnalisation du droit de l'OMC porte aussi sur la problématique de la mondialisation du droit. En effet, la mondialisation du système économique international va de pair avec la recherche d'un ordre public international capable d'imposer aux opérateurs économiques certaines valeurs essentielles. Le modèle constitutionnel est utilisé, dans un premier cas, pour décrire les métamorphoses du système commercial multilatéral, l'évolution de son droit et/ou le renforcement de sa structure. Dans un second, il est appréhendé dans le sens de la promotion d'une certaine évolution du système commercial multilatéral.

---

<sup>1670</sup> V. Dictionnaire Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 224.

<sup>1671</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI et Constance GREWE, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 189-206.

<sup>1672</sup> *Id.*, p. 202.

<sup>1673</sup> C'est l'approche soutenue par Déborah Z. CASS, *op.cit.*, pp. 177-203.



Cette évolution doit :

« [...] justifier la prévalence qu'il devrait avoir ou pour légitimer l'attention qu'il accorde ou devrait accorder à ce que l'on peut dénommer globalement les préoccupations non commerciales et/ou pour ériger au rang de libertés fondamentales les libertés économiques qu'il promeut »<sup>1674</sup>.

Cette conception de la constitutionnalisation de l'OMC, défendue notamment par John H. Jackson, Thomas Cottier, requiert une étude de la relation entre le commerce et une série de considérations non commerciales, telles que l'environnement ou encore les normes fondamentales du travail<sup>1675</sup>. Deborah Z. Cass a apporté une contribution remarquable à la doctrine de la constitutionnalisation. L'auteur estime qu'il existerait « *a generation of a set of constitutional-type norms and structures by judicial decision-making in the Appellate Body of the World Trade Organization* »<sup>1676</sup>. Ainsi, la constitutionnalisation de l'OMC découlerait non pas de son évolution, en tant qu'institution ou de son droit, au cours des différents cycles de négociation, mais bien plutôt de l'œuvre accomplie par le juge au sein de l'organe juridictionnel. L'ORD accomplirait une « *norm-generating function* », celui-ci symbolisant « *the constitutional force or engine [...] behind the constitutionalization process* »<sup>1677</sup>. Ainsi l'ORD utiliserait une game de techniques judiciaires issues de la doctrine constitutionnelle ; ses décisions engendreraient un nouveau type de système de droit ; sa juridiction empièterait sur des domaines traditionnellement réservés à la sphère de compétences étatiques, et sa jurisprudence reflèterait certaines valeurs associées aux systèmes constitutionnels<sup>1678</sup>. A propos de l'articulation des valeurs non commerciales avec le droit de l'OMC, Deborah Z. Cass déclare :

« [C]onstitutionalization has the potential to shape the *national policies of states*, in a variety of fields beginning with trade policy, moving through industrial policy, to labour market reform, and even to those policy areas traditionally guarded as within the domestic domain such as health, education and culture. [...] In sum, the constitutionalization of international trade law, as judicial decision-making, has implications for constitutional understanding and design, for ideas about governance, democracy, jurisprudence and policy »<sup>1679</sup>.

---

<sup>1674</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI et C. GREWE, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », *op.cit.*, p. 198.

<sup>1675</sup> V. Thomas COTTIER, « Limits to International Trade : The Constitutional Challenge », *Proceeding of the 94<sup>th</sup> annual meeting, American Society of International Law, 5-8 avril 2000*, vol. 94, 2000, pp. 220-224.

<sup>1676</sup> V. Déborah Z. CASS, « The "Constitutionalization" of International Trade Law : Judicial Norm Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *E.J.I.L.*, vol.12, n°1, p. 39.

<sup>1677</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 491.

<sup>1678</sup> V. Déborah Z. CASS, *id.*, pp. 51-52.

<sup>1679</sup> *Id.*, p. 74.

Dans la perspective du débat entourant la relation entre la constitutionnalisation et les valeurs non commerciales, Ernst-Ulrich Petersmann cherche à redéfinir le système en y intégrant les droits de l'homme. L'approche de cet auteur se fonde sur le constat que :

« [the] globalization of human rights and of economic integration law offers mutually beneficial synergies : protection and enjoyment of human rights depend also on economic resources and on integration law opening markets, reducing discrimination and enabling a welfare-increasing division of labour »<sup>1680</sup>.

S'inspirant du modèle d'intégration européen, l'auteur cherche les moyens d'intégrer la dimension « droits de l'homme » dans le processus d'intégration mondial. Il justifie son approche par une analyse historique des accords de Bretton Woods, du GATT et de la Charte de la Havane. Il constate que tous ces accords :

« [...] aimed at protecting liberty, non-discrimination, the rule of law, social welfare and other human rights values through a rules-based international order and "specialized agencies" (Article 57 of the UN Charter) committed to economic principle of "separation of policy instruments »"<sup>1681</sup>.

A quelques rares exceptions, notamment l'OIT, l'UNESCO ou encore l'OMS, les droits de l'homme n'ont pas fait l'objet d'une intégration dans le droit des organisations internationales<sup>1682</sup>. Il considère alors que le droit mondial de l'intégration doit non seulement poursuivre des objectifs économiques, mais aussi rechercher une légitimité démocratique et une justice sociale à travers les droits de l'homme. Sa proposition d'intégrer les droits de l'homme dans l'OMC se fonde sur plusieurs arguments. Le premier est que la plupart des Membres de l'OMC ont ratifié les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme. Mais, faute de mécanismes de suivi opérationnels et adéquats, la communauté internationale ne dispose pas des moyens d'assurer une mise en œuvre efficace de ces conventions. Le second est que le droit des organisations internationales doit être interprété conformément aux droits de l'homme universellement reconnus. Le troisième, qui se rapproche du précédent, est que le droit des organisations internationales doit être développé conformément aux droits de l'homme.

---

<sup>1680</sup> V. Ernst U. PETERSMANN, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organization : Lessons from European Integration », *E.J.I.L.*, vol. 13, n°3, 2002, p. 621.

<sup>1681</sup> *Id.*, p. 622.

<sup>1682</sup> *Ibid.*

Le quatrième argument avancé est que les droits de l'homme contribuent à l'efficacité des organisations internationales. Enfin, les droits de l'homme participent à la promotion de la légitimité démocratique et de l'autogouvernance (*self-governance*) de ces organisations<sup>1683</sup>. Ernst-Ulrich Petersmann considère que la C.I.J a reconnu que les droits de l'homme ne constituaient pas seulement des droits individuels, mais ils seraient aussi des obligations *erga omnes* pour les gouvernements. Il avance aussi que la relation entre l'interprétation du droit de l'OMC et l'éventuelle application des conventions relatives aux droits de l'homme, demeure ambiguë. Il ne se satisfait pas, dès lors, de l'affirmation de l'absence de contrariété entre les accords OMC et lesdites conventions<sup>1684</sup>. Il propose, par conséquent, d'interpréter les limitations à la liberté des échanges et au principe de non-discrimination, fondement du système commercial multilatéral, à la lumière des obligations des Etats relatives aux droits de l'homme universellement reconnus<sup>1685</sup>. L'intégration des droits de l'homme dans le droit de l'OMC permettrait, pour ainsi dire, de renforcer la légitimité démocratique de l'Organisation, et leur protection constitutionnelle assurée par l'ORD. Selon l'auteur, l'activité de l'homme, en sa qualité de citoyen mais aussi de consommateur et d'agent économique, doit être exercée sans que ses libertés (individuelles, fondamentales ou encore de commerce) ne fassent l'objet d'entraves. Il prouve ainsi « non seulement l'indivisibilité des droits de l'homme, mais encore la nécessité d'assurer le respect de l'ensemble des droits, et notamment des droits économiques [...], afin d'assurer le bon fonctionnement du marché »<sup>1686</sup>. Par ailleurs, en s'appuyant sur l'exemple de l'Union européenne, Ernst-U. Petersmann estime qu'un :

« [...] citizen-driven market integration can provide strong incentives for transforming "market freedoms" into "fundamental rights" which –if directly enforceable by producers, investors, workers, traders and consumers through courts (as in the EC) – can reinforce and extend the protection of basic human rights (e.g. to liberty, property, food and health) »<sup>1687</sup>.

---

<sup>1683</sup> *Ibid.*, p. 626.

<sup>1684</sup> *Ibid.*, pp. 634-635.

<sup>1685</sup> *Ibid.*, p. 626. A contrario, les libertés de circulation que défendent les sociétés multinationales ne devraient pas non plus porter atteinte aux droits individuels. Voir en ce sens Catherine COLARD-FABREGOULE, « Le Global Compact : lorsque l'on reparle de la régulation de l'activité des firmes par l'ONU », *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. 10, 2009, pp. 1-11.

<sup>1686</sup> V. Bob KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, *op.cit.*, p. 232.

<sup>1687</sup> V. Ernst U. PETERSMANN, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organization : Lessons from European Integration », *op.cit.*, p.629.

Sa thèse est que l'intégration des marchés peut contribuer à la promotion des droits de l'homme – il critique par conséquent les mesures restrictives européennes - ; cette intégration participe à la promotion de l'intégration juridique et politique ; enfin la reconnaissance des citoyens en tant que sujets du droit international participe à l'émergence d'un droit international constitutionnel. Enfin, il considère que l'OMC doit accorder une précellence au droit souverain des Etats de restreindre le libre commerce si une telle restriction est nécessaire à la protection des droits de l'homme<sup>1688</sup>. Son approche est globale et non sélective car elle porte aussi bien sur une défense des libertés de commerce mais reconnaît, par la même occasion, le droit des Etats de restreindre ces mêmes libertés. En revanche, il estime que, compte tenu du fait qu'elles participent à la protection des droits de l'homme, les libertés de commerce devraient être placées au sommet de l'échelle des valeurs en étant consacrées en tant que « règles suprêmes ». La thèse d'Ernst-U. Petersmann a été contestée.

Certains auteurs estiment que la constitutionnalisation affaiblirait la légitimité de l'OMC en exacerbant les craintes que les institutions internationales de la gouvernance économique se transforment en une sorte d'autorité supranationale non représentative des intérêts des communautés<sup>1689</sup>. Aussi, cette approche de la constitutionnalisation l'OMC remettrait en cause la protection des valeurs non commerciales par les Membres. Cette thèse se veut créatrice d'un droit commun visant à unifier le droit international autour d'une norme suprême ; l'émergence de cette norme suprême implique la reconnaissance de la primauté des libertés de commerce confondues avec les libertés fondamentales. Ainsi, la protection des libertés sur lesquelles ce droit commun serait édifié – le commerce et les autres libertés individuelles -, permettrait de juger de l'acceptabilité des initiatives des Etats.

Malheureusement, la logique qui prévaut à l'OMC s'accommode difficilement avec la protection d'intérêts autres que commerciaux ; ces derniers relevant traditionnellement de la sphère de souveraineté étatique. L'OMC n'est d'ailleurs pas une Organisation bien parée pour assumer ce rôle de dominateur commun et son mécanisme de règlement des différends, dont la juridiction se veut strictement limitée aux accords commerciaux, n'a pas été mis en place dans cette perspective<sup>1690</sup>.

---

<sup>1688</sup> *Id.*, p. 645.

<sup>1689</sup> V. Robert HOWSE et Kalypso NICOLAIDIS, « Legitimacy and Global Governance : Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far », in Roger B. PORTER et autres (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy – The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D.C., *Brooking Institution Press*, 2001, p. 228.

<sup>1690</sup> V. Leroy TROTMAN, « The WTO : The Institutional Contradictions », in Mike MOORE (dir.), *Doha and Beyond. The Future of the Multilateral Trading System*, Cambridge, *Cambridge University Press*, 2004, p. 23.

Aussi, le champ de compétences et les objectifs que poursuit l'OMC rendent impossible toute intégration des droits de l'homme et de constitutionnalisation des libertés commerciales. L'Organisation n'est pas le lieu le plus approprié pour procéder à la fusion entre des libertés économiques et des droits de l'homme. En allant plus loin avec Deborah Z. Cass, on constate que la constitutionnalisation pourrait constituer une menace :

« [...] either to State sovereignty itself – the WTO is interfering with national policy choices – or, alternatively, to those within the State who wished to exert some control over decisions the States makes – the democratic community itself »<sup>1691</sup>.

Cette menace serait constitutive d'une négation du pluralisme qui caractérise la société internationale, car la thèse constitutionnaliste présuppose l'unité d'un ordre juridique international centré sur la protection d'intérêts économiques au détriment de la diversité des valeurs. Des critiques beaucoup plus acerbes se fondent sur l'idée que la constitutionnalisation de l'OMC cache mal l'agenda de libéralisation à outrance en filigrane. La démarche constitutionnelle aurait ainsi, pour conséquence, de retirer aux Etats l'infime marge de manœuvre dont ils disposent dans la poursuite d'objectifs non économiques essentiels à leurs populations. Elle imposerait, sous couvert d'une protection des droits de l'homme, un libéralisme conquérant dans la mesure où les libertés de commerce seraient des valeurs suprêmes protégées à l'égard desquelles aucune atteinte ne serait presque tolérée. Ainsi, au lieu d'apporter une solution à la tension qui existe entre le système multilatéral et le respect de la souveraineté des Etats dans les domaines non économiques, la thèse constitutionnelle viendrait alourdir les obligations des Membres découlant des accords commerciaux. Elle constitue non pas un pas en avant, mais bien un pas en arrière dans la recherche de solutions alternatives pour renforcer la marge nationale d'appréciation, déjà problématique, des Membres<sup>1692</sup>.

---

<sup>1691</sup> V. Deborah Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 16.

<sup>1692</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 504.

## B. La démocratisation de l'OMC

L'OMC fait l'objet de vives critiques portant sur le déficit démocratique dont elle souffrirait (A). La doctrine de la démocratisation de l'OMC se fonde sur l'idée que la pratique démocratique pourrait permettre une véritable ouverture aux valeurs non marchandes (B).

### 1. La controverse autour de l'existence d'un déficit démocratique à l'OMC

Pour certains auteurs, le déficit démocratique dont souffrirait l'OMC est bien un mythe. Jean Bacchus, alors membre de l'Organe d'appel de l'OMC de 1995 à 2003, considérait déjà que :

« [t]he source of the "legitimacy" of the WTO is the Members of the WTO. The "legitimacy" of the WTO is a "legitimacy" that derives from, and is inseparable from, the individual legitimacy of each of the individual "nation-states" that, together, comprise "the WTO" »<sup>1693</sup>.

Ainsi, il considère que la gouvernance démocratique de l'OMC existerait aussi longtemps que les Membres et leurs actions seront démocratiques. L'OMC est une Organisation qui ne saurait exister sans les Etats qui la composent. Elle ne dispose d'aucune autonomie ; les Etats contrôlant l'ensemble de ses activités. Il devient alors pertinent de se poser la question de savoir si le déficit démocratique dont souffre l'OMC ne serait pas la résultante de l'opacité dont font preuve les Membres souverains au sein de l'Organisation<sup>1694</sup>. Le déficit démocratique ne serait pas imputable à l'OMC elle-même, mais bien aux Etats et à leurs processus décisionnels internes. Ernst- U. Petersmann estime qu'au moment de ratifier les accords du cycle d'Uruguay, les populations n'ont pas véritablement pu avoir connaissance, par le biais de leurs parlements nationaux, du contenu des documents<sup>1695</sup>.

---

<sup>1693</sup> V. James BACCHUS, « A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy, and the WTO », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, p. 669.

<sup>1694</sup> V. Jeffrey ATIK, « Democratizing the WTO », *George Washington International Law Review.*, vol. 33, n°3-4, 2001, p. 459.

<sup>1695</sup> V. Ernst U. PETERSMANN, « The "Human Rights Approach" Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization : Is it Relevant for WTO Law and Policy ? », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, pp. 611-612.

C'est ce qui fait dire à Christian Dominicé que :

« [...] même s'il requiert l'approbation parlementaire, l'accord à ce stade, est à prendre ou à laisser. Le contrôle parlementaire, voire populaire, s'il y a référendum, peut s'exercer, mais dans des conditions qui ne sont pas toujours satisfaisantes »<sup>1696</sup>.

Dans bien d'Etats, le rôle du parlement est limité à la consultation, dans le cadre du lancement des négociations, et à la ratification, au terme de celles-ci. Ils deviennent ainsi de simples « chambres d'enregistrement » sans véritable débat, ou amendement, sur le contenu des accords. C'est à ce niveau que se trouverait le véritable déficit démocratique au niveau l'interne<sup>1697</sup>. Bien qu'ils s'opposent à toute idée de déficit démocratique de l'OMC, les artisans de cette position doctrinale demandent le renforcement du rôle des parlements nationaux dans la négociation des accords commerciaux<sup>1698</sup>.

Une autre partie de la doctrine, quant à elle, se trouve aux antipodes de cette position en estimant que l'OMC souffre réellement d'un déficit démocratique. Des lacunes sont bien notées dans le cadre du processus décisionnel menant à l'adoption d'un accord international. La question a alors été posée de savoir « si les mesures à prendre relèvent uniquement des Etats eux-mêmes, ou si elles comprennent des modifications dans la structure constitutionnelle des organisations »<sup>1699</sup>. Des auteurs ont d'ailleurs reconnu, à propos de l'OMC, qu'elle « n'est pas exactement la somme de ses parties, et qu'elle a une image de marque et une personnalité propres qui doivent être perçues comme démocratiques et transparentes »<sup>1700</sup>. Autant dire que l'image de l'OMC ne doit pas être confondue avec celle des Membres qui la composent. La perception du déficit démocratique de l'OMC doit être clarifiée.

---

<sup>1696</sup> V. Christian DOMINICE, « Organisations internationales et démocratie », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Vera GOWLAND-DEBBAS (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité : Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, p. 737.

<sup>1697</sup> V. Robert HOWSE, « How to Begin to Think about the "Democratic Deficit" at the WTO », in S. GRILLER (dir.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns. New Challenges for the International Legal Order*, New York, Springer, 2003, pp. 85-86.

<sup>1698</sup> V. Claude E. BARFIELD, « Free Trade, Sovereignty, Democracy : The Future of the World Trade Organization », *Chicago J. of Int'l L.*, vol. 2, n°2, 2001, p. 414.

<sup>1699</sup> V. Christian DOMINICE, « Organisations internationales et démocratie », *op.cit.*, p. 737.

<sup>1700</sup> V. Peter SUTHERLAND et autres, *Rapport sur l'avenir de l'OMC*, *op.cit.*, p. 52.

Celui-ci découlerait non pas de la structure en tant que telle mais de son action<sup>1701</sup>. Un auteur a pu se demander si une plus grande ouverture de l'OMC aux préoccupations non commerciales permettrait de compenser son déficit démocratique<sup>1702</sup>. Jeffrey Atik estime que trois raisons expliqueraient le déficit démocratique dont souffre l'OMC. La première serait liée au fait que l'OMC ne bénéficierait d'aucun *input* démocratique, situation due à sa nature supranationale. Aussi, ce déficit de démocratie serait imputable au mécanisme de règlement des différends dont les composantes tiennent parfois lieu d'organe législatif. Enfin, l'emprise politique qu'exercent les groupes d'intérêts sur les affaires étrangères, généralement, et le commerce international, plus spécialement, est une des causes de ce déficit. Robert Howse, quant à lui, renvoie aux dispositions des accords OMC elles-mêmes pour trouver une explication au déficit démocratique de l'Organisation<sup>1703</sup>. L'Union européenne a même été perçue comme une Organisation souffrant d'un déficit démocratique. Le législateur européen a défini ce terme en considérant qu'il s'agissait d'une notion :

« [...] utilisée pour faire valoir que les institutions de l'Union européenne (UE) et leurs processus décisionnels souffrent d'un manque de légitimité démocratique et semblent inaccessibles au citoyen du fait de leur complexité<sup>1704</sup>.

L'OMC fait sujette à la même critique. L'opacité de sa structure, du fait certainement de la volonté des Membres qui l'ont créée, fait qu'il est difficile pour la société civile, par exemple, de participer pleinement aux activités de l'Organisation. Les populations qui subissent, à titre principal, les conséquences directes des mesures adoptées par l'OMC, ignorent presque tout du fonctionnement de l'OMC. Cette dernière est alors perçue, à tort ou à raison, comme une machine à broyer les identités nationales au profit du libéralisme économique.

---

<sup>1701</sup> V. Eyal BENVENISTI, « Welfare and Democracy on a Global Level : The WTO as a Case Study », in Eyal BENVENISTI et G. NOLTE (dir.), *The Welfare State, Globalization and International Law*, Berlin, Springer, 2004, p. 360.

<sup>1702</sup> V. Laurence BOY, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *R.I.D.E.*, vol. 17, n°s 3-4, 2003, p. 478.

<sup>1703</sup> Robert HOWSE estime que certaines dispositions des accords OMC sont assez critiquables et sont susceptibles de conduire à une forme de déficit démocratique de l'Organisation. V. Robert HOWSE, « How to Begin to Think about the "Democratic Deficit" at the WTO », *op.cit.*, p. 94.

<sup>1704</sup> V. Europa, *Glossaire des Synthèses*.



## 2 L'amélioration de l'ouverture aux valeurs non commerciales par la démocratisation

L'une des caractéristiques du développement du droit international économique est d'avoir un effet d'entraînement des Etats dans un mouvement de coopération, en raison de l'interdépendance économique et technique à laquelle ils étaient confrontés. Les gouvernements ressentent un besoin de coopération par la conclusion de traités, mais aussi par la mise en place d'organisations internationales. A cette interdépendance économique et technique, s'est ajoutée une interdépendance politique que suscite la globalisation de certains intérêts sociaux et environnementaux. Ces Organisations internationales constituant un espace politique et juridique spécifique, sont submergées par les critiques de nouveaux acteurs, la société civile en particulier. Un paradoxe a néanmoins été noté face à cette nouvelle donne. C. Stephanou estime que c'est « sous l'influence de leur opinion publique que les Etats recourent de plus en plus aux organisations internationales pour promouvoir leurs objectifs en matière de politique étrangère »<sup>1705</sup>.

Mais parallèlement, « en voyant que leur échappe désormais une série de débats fondamentaux affectant directement leurs intérêts, un nombre sans cesse croissant de représentants de la société civile cherche les moyens de se faire entendre »<sup>1706</sup>. La perte d'influence de l'Etat a poussé la société civile à chercher à faire valoir ses revendications au niveau d'un palier supérieur de gouvernance, à savoir le niveau supranational en droite ligne d'une volonté de jeter les jalons d'une démocratie mondiale. Inutile de dire que l'OMC est au cœur de cette mouvance<sup>1707</sup>. Les conflits ayant éclaté, dans les années 1990, sur l'interaction entre le commerce et les questions environnementales, ont donné lieu à une levée de boucliers de la part de la société civile. Celle-ci réclamait un débat sur le rôle et le fonctionnement de l'OMC en raison, notamment, de l'empiètement de cette Organisation dans les domaines non commerciaux. La démocratisation de l'OMC est de plus en plus appelée des vœux de cette société civile, dont l'objectif est de rapprocher l'OMC des citoyens et permettre une plus grande prise en compte des valeurs non commerciales essentielles.

---

<sup>1705</sup> V. Constantine A. STEPHANOU, « Conclusions générales », in Hélène RUIZ-FABRI, L.A. SICILIANOS et J.-M. SOREL (dir.), *L'effectivité des organisations internationales : mécanisme de suivi et de contrôle*, Société héliénique pour le droit international/Société française pour le droit international, Paris, *Pedone*, 2000, p. 329.

<sup>1706</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 448.

<sup>1707</sup> V. Robert F. HOUSMAN, « Democratizing International Trade Decision-making », *Cornell Int'l L. J.*, vol. 27, n°3, 1994, p. 706.

Le déficit démocratique est d'autant plus critiquable que l'élite économique et politique nationale dispose d'une forte emprise « sur des populations entières sans que celles-ci aient la moindre capacité, la moindre opportunité de s'exprimer face à la sanction de mesures qui les affectent au plus haut point dans leur vie de tous les jours »<sup>1708</sup>. La démocratisation souhaitée de l'OMC serait une solution d'apaisement de la tension existant entre l'OMC et ses Membres, ces derniers étant bien souvent exposés aux pressions de leurs citoyens pour la poursuite de certains objectifs non commerciaux. La démocratisation de l'OMC doit refléter une diversité d'acteurs et de leur rôle. Cela explique pourquoi, la société civile tente de déverrouiller l'écran étatique afin qu'il lui soit fait pièce dans l'espace politique que constituent les organisations internationales. On comprend dès lors l'attachement de l'Union européenne, dans le cadre de ses accords externes, à associer le plus étroitement possible les personnes privées à leur mise en œuvre.

Cette démocratisation pourrait positivement influencer sur la prise en compte des préférences collectives des Etats. Ainsi, en allant au-delà des règles et des exceptions – les accords plus précisément –, la prise en compte effective des valeurs non commerciales reposerait sur les structures de l'OMC, son processus décisionnel ainsi que sur les acteurs qui en sont associés. La transparence doit être au cœur de l'Organisation, en permettant de réduire, sensiblement, le déficit d'informations<sup>1709</sup>. L'OMC doit disposer de structures permettant à l'information d'atteindre les parties intéressées mais aussi les défenseurs de valeurs non marchandes essentielles.

Au demeurant la démocratisation de l'OMC doit aussi passer par la participation d'acteurs non étatiques. Ces derniers, extrêmement nombreux, défendent des intérêts diffus dont ils réclament le respect. Ils s'opposent à toute idée de diktat de la logique commerciale sur les politiques publiques non économiques. Sur des questions essentielles, telles que l'environnement, la santé, les droits de l'homme ou encore les normes du travail, il existe un consensus fort entre la société civile internationale et certains Membres de l'OMC (dont l'Union européenne) sur la nécessité de ne pas les sacrifier face à la mondialisation économique. Il en découle qu'une participation effective des acteurs non étatiques permettrait de renforcer la légitimité de l'OMC. Ces derniers doivent pouvoir établir des passerelles entre les différents domaines de l'activité nationale et internationale.

---

<sup>1708</sup> V. Dorval BRUNELLE, « La notion de déficit démocratique dans le contexte de la globalisation des marchés : le cas de la ZLEA », *Chronique de l'Observatoire des Amériques*, 2003, p. 3.

<sup>1709</sup> V. Peter M. GERHART, « The World Trade Organization and Participatory Democracy : The Historical Evidence », *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 37, n°4, 2004, pp. 897-934.

Cependant, certains estiment que ce rôle devrait revenir aux Etats car ils disposent, au niveau national, d'outils nécessaires à la création de liens entre le commerce et les domaines non commerciaux. Malheureusement, les Etats rencontrent tellement de difficultés pour articuler ces deux sphères, qu'il est permis de douter de la nécessité de ce monopole étatique. La négociation de la Convention sur la diversité des expressions culturelles, dans le cadre de l'UNESCO, a montré toutes les limites du potentiel d'action des Etats. Bien que l'on puisse admettre la possibilité d'associer la société civile, l'identification de celle-ci pose toujours problème. La question se pose d'autant plus que les ONG, qui sont les acteurs les plus en vue de cette société civile, ont tendance à défendre les intérêts de pays développés, chose que n'ignorent pas les pays en développement<sup>1710</sup>. On ne niera pas que les préférences collectives de ces deux groupes de pays convergent en même temps qu'elles divergent sur certains aspects. L'opposition ne symbolise pas seulement l'existence d'un clivage entre le Nord et le Sud ; celle-ci concerne aussi les relations entre pays en développement eux-mêmes<sup>1711</sup>. Face à l'impossibilité pour la société civile de tenir le rôle de passerelles entre les normes commerciales et celles non commerciales, il est clair que des actions des Etats sont attendues.

## **§2. Les actions attendues des Etats**

La réforme du système commercial multilatéral ne pourrait s'opérer sans le concours des Membres qui, à l'instar de l'Union européenne et des Etats-Unis, s'engagent de plus en plus dans des accords de libre-échange. Par conséquent, leurs actions doivent être cohérentes (A) et renforcées par l'existence de passerelles entre l'ordre commercial international et les ordres internationaux non commerciaux (B).

### **A. La cohérence de l'action étatique à l'échelle internationale**

La réforme du système commercial multilatéral ne pourrait s'effectuer que dans le cadre d'actions étatiques cohérentes au niveau international. En tant que principal sujet de droit international et acteur aux pouvoirs importants, le rôle de l'Etat et ses responsabilités doivent être repensés.

---

<sup>1710</sup> V. Philip M. NICHOLS, « Extension of Standing in World Trade Organization Disputes to Nongovernmental Parties », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n°10, 1996, pp. 295-329.

<sup>1711</sup> V. Gregory SHAFFER, « The World Trade Organization under Challenge : Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environmental Matters », *Harvard Environmental Law Review*, vol. 25, n° 1, 2001, pp. 45-46.

La raison en est que :

« [...] Du fait des nombreuses interdépendances et interférences qui caractérisent l'ordre actuel, l'Etat ne peut plus se contenter de coopérer dans une perspective strictement sectorielle et doit plutôt se préoccuper des conséquences de ses actes à la fois sur les autres Etats et sur les autres sphères du droit international »<sup>1712</sup>.

Dès lors, un principe de responsabilité individuelle doit être au cœur des actions étatiques à l'échelle internationale dans une optique de préservation de la cohérence du droit international. Compte tenu du fait que le droit international évolue sous l'impulsion des Etats – créateurs et destinataires des normes secrétées -, celui-ci ne sera cohérent qu'à la condition où ces derniers sont cohérents dans leurs actions. Ainsi, doivent-ils éviter de vider de leur sens, leurs différents engagements internationaux, à travers des initiatives contradictoires. La conclusion d'un accord international non économique ou la participation à une Organisation internationale non économique, ne doit pas conduire l'Etat à remettre en cause les concessions accordées dans le cadre de l'OMC en érigeant des obstacles illicites au commerce, sur la base d'engagements non économiques, dont l'objectif à peine voilée serait de protéger le marché national de la concurrence internationale. De même, les Etats devraient éviter de prendre, dans les domaines non commerciaux, des initiatives qui seraient de nature à créer une subordination au système multilatéral. L'idée est de prévenir toute subordination des sphères non commerciales à celle commerciale dont la conséquence serait la difficile poursuite des objectifs non commerciaux attachés à celles-ci. La tension qui caractérise le système commercial multilatéral est, faut-il le rappeler, due à la difficile prise en compte des valeurs non commerciales qui interfèrent avec le libéralisme commercial.

Par ailleurs, l'objectif qui doit guider l'action des Etats œuvrant individuellement à la promotion de leurs préférences collectives est celui de la « cohérence de leurs déclarations, de leur comportement et des initiatives qu'ils entreprennent<sup>1713</sup> ». Les valeurs commerciales et non commerciales ne font pas l'objet, à l'échelle internationale, d'une hiérarchisation. C'est la raison pour laquelle la gouvernance mondiale devrait être axée sur un principe de cohérence dont ferait preuve chaque Etat<sup>1714</sup>.

---

<sup>1712</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 540.

<sup>1713</sup> *Id.*, p. 541.

<sup>1714</sup> V. Isabelle VAN DAMME, « "Systemic Integration" of International Law : Views from the ILC, the WTO, CTE and UNESCO », in *Fragmentation : la diversification et l'expansion du droit international*, Conseil canadien de droit international, 34<sup>ème</sup> congrès annuel – 2005, Ottawa, 2006, p. 62.

Dans ces conditions, ce principe de cohérence favoriserait une coexistence des valeurs qui, autrement, seraient en concurrence. Cette approche permettrait aussi d'améliorer le respect du aux préférences collectives des Etats. Cependant, le principe constitue encore « un défi » car les actions des Etats ne sont pas toujours cohérentes.

En ce qui la concerne, l'Union européenne s'est inscrite dans une perspective de mise en cohérence de ses actions au niveau international. Les accords externes qu'elle conclut sont la manifestation d'une volonté de mise en cohérence de son action. En effet, les stipulations des accords mettent en œuvre une approche globale cohérente des actions européennes par l'introduction de « clauses passerelles » entre l'ordre des accords externes et le système commercial multilatéral, mais aussi entre celui-ci et les différents ordres internationaux non commerciaux<sup>1715</sup>. Il n'est pas rare de rencontrer des stipulations invitant les parties aux accords externes à ne pas violer leurs engagements pris dans le cadre de l'OMC mais encore dans des domaines aussi variés que l'environnement, les droits de l'homme, la culture. La même approche est prônée dans le cadre de l'OMC<sup>1716</sup>. La question culturelle, dans le cadre de l'évolution de sa relation avec le commerce, a été d'une grande sensibilité politique et a fait l'objet de pourparlers au sein des forums culturels mais aussi dans le cadre de négociations commerciales bilatérales, régionales et multilatérales<sup>1717</sup>. Les positions adoptées en ce sens ont été parfois contradictoires. La problématique de l'articulation du commerce avec les préoccupations culturelles a donné lieu à des discussions au sein de l'OMC, de l'UNESCO et dans le contexte de la négociation d'accords de libre-échange bilatéraux et multilatéraux. Il s'agissait de concilier les intérêts commerciaux avec la nécessité de protéger et de promouvoir la diversité culturelle par la mise en place de politiques pouvant affecter la libre circulation des biens et des services. Certains Etats estimaient que ces deux grandes préoccupations ne pouvaient être conciliées au sein du système commercial.

---

<sup>1715</sup> V. Proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, *COM(S016) 443 final*, du 5 juillet 2016 : « *L'AECG est parfaitement cohérent avec les politiques de l'Union, y compris celles qui ont une incidence sur le commerce international. L'AECG n'aura pas pour effet d'affaiblir ou de modifier la législation de l'UE, ni de modifier, d'amoindrir ou de supprimer des normes de l'Union dans un domaine réglementé. Toutes les importations en provenance du Canada devront respecter la réglementation européenne (par exemple les règles techniques et les normes applicables aux produits, les règles sanitaires et phytosanitaires, la réglementation en matière de produits alimentaires et de sécurité, les normes de santé et de sécurité, ainsi que les règles relatives aux OGM, à la protection de l'environnement et à la protection des consommateurs)* » (p.3).

<sup>1716</sup> V. par ex. Articles 77, 141, 238, 258 de l'Accord d'association entre l'Union européenne et l'Amérique centrale, précité.

<sup>1717</sup> V. Véronique GUEVREMONT et autres, *La mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique : enjeux, actions prioritaires et recommandations*, Rapport présenté au Comité intergouvernemental de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Septième session ordinaire, Paris, 10-13 décembre 2013, 76 pages.

Le débat était ainsi porté devant l'UNESCO afin qu'une nouvelle Convention internationale, visant à reconnaître la double nature – économique et culturelle – des biens et services culturels, soit négociée. L'initiative a finalement conduit à l'adoption de la Convention sur la diversité des expressions culturelles. Relativement à certaines dispositions de la Convention, s'est posée la question de leur compatibilité aux accords OMC. Néanmoins, dans la perspective qui nous occupe, l'accent sera plutôt mis sur la cohérence de l'action individuelle ainsi que la position défendue par un certain nombre d'Etats.

Il semblerait que l'objectif de cohérence « aurait normalement dû faire en sorte qu'un Etat s'étant abstenu de prendre des engagements en matière de services culturels à l'OMC supporte alors l'adoption de la Convention et refuse par ailleurs de libéraliser le secteur culturel dans le contexte de la négociation d'accords de libre-échange bilatéraux<sup>1718</sup> ». Cela n'a pourtant pas empêché certains Etats d'adopter une démarche incohérente préjudiciable à l'harmonie du droit international dans son ensemble, du moins en ce qui concerne la relation entre le commerce et la question culturelle<sup>1719</sup>. Or, l'amélioration de la prise en compte des préférences collectives des Etats est également tributaire de cette cohérence entre les engagements commerciaux et non commerciaux des Etats. Cette cohérence constitue un élément important d'apaisement des tensions entre le système commercial et les autres ordres juridiques internationaux, reflets des valeurs non économiques des Etats. La conduite de quelques Etats a été quelque peu incompréhensible, car après avoir soutenu l'adoption de la Convention qui prévoit la possibilité de mettre des obstacles au mouvement des échanges, ils ont presque immédiatement procédé à la libéralisation du secteur culturel dans le cadre de négociations bilatérales<sup>1720</sup>. Cet exemple illustre le peu de cohérence dans la démarche de certains Etats en passant d'un forum international à un autre. Quoique cette incohérence ne débouche pas forcément sur un conflit dans l'application des règles, elle demeure néanmoins préoccupante.

---

<sup>1718</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.* p. 542 et s.

<sup>1719</sup> *Id.* L'auteur : « [...] des Etats ayant pris un grand nombre d'engagements devant l'OMC ont néanmoins supporté l'adoption d'une Convention reconnaissant le droit des Etats d'élaborer et de mettre en œuvre certaines mesures susceptibles de restreindre la libre circulation des services culturels ».

<sup>1720</sup> V. L'attitude de la Jordanie qui, d'un côté, avait pris des engagements allant dans le sens de la libéralisation du marché des services culturels, et d'un autre, affiché son soutien à la Convention relativement à ses objectifs, ses principes et ses règles, *OMC, Commerce des services – Royaume hachémite de Jordanie – Liste d'engagements spécifiques*, GATS/SC/128, 15 décembre 2000.

## **B. L'instauration de passerelles entre l'ordre commercial international et les ordres internationaux non commerciaux**

La résorption de la tension qui existe entre l'OMC et ses Membres, due principalement à la censure presque récurrente des mesures non commerciales étatiques, passe aussi par l'existence d'une complémentarité normative. Celle-ci doit découler des actions collectives menées par les Etats dans un certain nombre de domaines non commerciaux entrant en interaction avec le domaine du commerce international. Les initiatives conjointes des Etats dans ces domaines ont toujours des répercussions au-delà de la sphère dans laquelle elles ont été prises. Dans le cadre de son droit interne, mais aussi des Organisations internationales auxquelles elle participe, l'Union européenne peut être conduite à prendre des mesures qui affectent la liberté des échanges. L'inclusion de dispositions allant dans ce sens, dans ses accords externes, témoigne d'un besoin de poursuite d'un certain nombre d'objectifs non commerciaux. Cela dit, cette quête ne doit pas remettre en cause de façon frontale le libéralisme économique. Face à cette situation, la recherche d'une complémentarité normative entre les initiatives commerciales et celles non commerciales, entre les Membres et l'OMC elle-même, devient une nécessité afin d'éviter que le système commercial multilatéral ne soit, à terme, compromis<sup>1721</sup>.

Il est de plus en plus évident que les règles commerciales multilatérales ne peuvent plus être appréhendées de façon isolée. De la même manière, les négociations qui se tiennent dans les domaines non commerciaux ont bien souvent des répercussions sur le commerce international. Les droits qui découlent de ces ordres, et qui déterminent la conduite des Etats, interagissent entre eux de sorte que la recherche de complémentarité des normes est devenue une nécessité. En même temps, il ne serait pas inutile de préciser que ces ordres juridiques secrètent des normes dans le cadre d'Organisations internationales à compétence spéciale. C'est donc entre ces organisations internationales, en l'occurrence l'OMC et les autres chargées de questions non commerciales diverses, qu'il faudrait chercher à établir cette complémentarité<sup>1722</sup>.

---

<sup>1721</sup> V. Joost PAUWELYN, « Bridging Fragmentation and Unity : International Law as a Universe of Inter-Connected Islands », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, pp. 903-916.

<sup>1722</sup> V. Pierre-Marie DUPUY, « Sur le maintien et la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*. Colloque des 11-12-13 avril 1996, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, Paris, *Pedone*, 1996, pp. 19-20. V. aussi Bruno SIMMA, « Fragmentation in a Positive Light », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, pp. 845-847.

La première solution de mise en complémentarité serait d'institutionnaliser une coopération entre l'OMC et les autres Organisations internationales. Thomas Cottier explique le défaut de coopération entre les Organisations internationales en déclarant que « nombre de difficultés qui existent actuellement dans les négociations doivent être imputées au fait que les organisations internationales sont définies [...] de manière strictement fonctionnelle et fragmentée »<sup>1723</sup> avant d'ajouter que le déficit « de coordination capable de concilier globalement les intérêts et la compétence<sup>1724</sup> » constitue aussi un facteur explicatif de la quasi absence de coopération entre ces entités internationales. L'OMC est ainsi appelée à s'investir davantage dans l'articulation de ses accords avec les domaines situés à la périphérie du commerce. Mais elle ne saurait atteindre cet objectif sans les Etats qui l'ont créée et lui ont attribué un mandat précis. Il convient donc, pour ces derniers, de ne plus penser le système commercial en mettant l'accent uniquement sur les aspects commerciaux. Il est vrai que la logique commerciale domine au sein de l'OMC. Mais cette prépondérance du commerce au sein du système commercial menace de facto le développement d'ensembles normatifs complémentaires »<sup>1725</sup>

. La pratique conventionnelle européenne est marquée, comme on l'a vu précédemment, par une tendance à préserver les normes issues d'autres Organisations à compétence non commerciale. Il n'y est pas rare de trouver des stipulations incitant à une collaboration entre l'Union européenne et ses partenaires dans le cadre de ces Organisations internationales. Aussi, l'invitation adressée à ses partenaires, consistant à ratifier un certain nombre d'accords internationaux non commerciaux, constitue une preuve de l'attachement de l'Union à ces domaines non commerciaux. C'est justement cette forme de mise en complémentarité qui est souhaitée dans les relations entre l'OMC et les Organisations internationales non commerciales auxquelles participent ses Membres. L'initiative menée dans le cadre du CCE (« *Comité commerce environnement* ») était certes salutaire, mais insuffisante<sup>1726</sup>. L'OMC gagnerait à étendre celle-ci aux autres domaines non commerciaux<sup>1727</sup>.

---

<sup>1723</sup> V. Thomas COTTIER, « Les tâches de l'OMC : évolution et défis », *op.cit.*, p. 284.

<sup>1724</sup> *Id.*

<sup>1725</sup> V. Véronique GUEVREMONT, *op.cit.*, p. 547.

<sup>1726</sup> Sur le site de l'OMC on peut lire : « Le Comité du commerce et de l'environnement (CCE) de l'OMC a été institué par la Décision ministérielle de 1994 sur le commerce et l'environnement. Il est ouvert à tous les Membres, et plusieurs organisations intergouvernementales y ont le statut d'observateur. Doté d'un vaste mandat, il a contribué à l'identification et à la compréhension des relations entre le commerce et l'environnement, de manière à promouvoir le développement durable ».

<sup>1727</sup> L'article V:1 de l'Accord mettant en place l'OMC dispose : « [l]e Conseil général conclura des arrangements appropriés pour assurer une coopération efficace avec les autres organisations intergouvernementales qui ont des fonctions en rapport avec celles de l'OMC ».



C'est dans cette perspective que Gary Sampson a exploré les interactions possibles entre l'OMC et les agences spécialisées des Nations-Unies<sup>1728</sup>. L'OMC accorderait plus d'importance aux institutions économiques internationales qu'à celles œuvrant dans les domaines non économiques. Dans le cadre des négociations du cycle d'Uruguay, un Groupe avait été mis en place pour examiner les rapports que l'OMC entretient avec les autres Organisations économiques internationales, en l'occurrence les institutions de Bretton Woods. Le Groupe expliquait, dans une déclaration, qu'« étant donné les liens qui existent entre les différents aspects de la politique économique, il est nécessaire que les institutions internationales compétentes dans chacun de ces domaines suivent des politiques cohérentes qui se renforcent mutuellement »<sup>1729</sup>. Quelques années après, le rapport Sutherland, commandité par le Directeur général de l'OMC, mettait l'accent sur la nécessité d'instaurer une coordination entre l'OMC et les autres organisations intergouvernementales. Mais un passage du rapport était assez évocateur de la philosophie de l'OMC sur la question. En effet, celui-ci stipulait que :

« [l]e degré de coopération peut être élevé lorsqu'il y a une reconnaissance juridique mutuelle de la pertinence d'une "coordination horizontale" (cela concerne le FMI et la Banque mondiale) [...] la coopération peut être assez lâche lorsqu'il existe des décisions définissant clairement les différences et les limites juridictionnelles (l'OIT par exemple) »<sup>1730</sup>.

Aucune initiative sérieuse n'a été relevée dans ce cadre en direction des Organisations non économiques, sauf l'exemple du CCE. Afin de pallier cette situation de « confinement » de l'OMC à un cercle d'Organisations économiques, des auteurs ont proposé la création d'un Groupe similaire à celui qui a été mis en place au cours de l'Uruguay Round, dont l'objectif serait de favoriser la complémentarité entre le système commercial multilatéral et les autres Organisations non économiques.

---

V. aussi V. Marie-Pierre LAFRANCHI et Nathalie THOME, « La gouvernance du commerce international : la question des interactions commerce/normes sociales », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Rostane MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux en droit international et européen », 2005, p. 197.

<sup>1728</sup> V. Gary P. SAMPSON, « Is There a Need for Restructuring the Collaboration among the WTO and UN Agencies so as to Harness their Complementarities ? », *J.I.E.L.*, vol. 7, n° 3, 2004, p. 719. . V. aussi Peter D. SUTHERLAND, « L'organisation mondiale du commerce : son rôle et ses liens avec les organisations de Bretton Woods », *Revue d'économie financière*, Hors-série, 1994, pp. 315-318.

<sup>1729</sup> V. Déclaration sur la contribution de l'Organisation mondiale du commerce à une plus grande cohérence dans l'élaboration des politiques économiques, § 5.

<sup>1730</sup> V. Peter D. SUTHERLAND, *Rapport sur l'avenir de l'OMC*, *op.cit.* p. 41.

Des doutes ont néanmoins été émis quant à la pertinence de ce rôle de mise en complémentarité qui serait dévolu à l'OMC. Quelle serait alors l'institution la plus à même d'assurer cette mission s'est demandé Joël P. Trachtman<sup>1731</sup>. Une solution de complémentarité résiderait aussi dans la prise en compte de l'expertise développée par d'autres Organisations internationales. Les échanges entre l'OMC et ces dernières devraient cesser de s'effectuer sur une base *ad hoc*.

Aussi, le concept de « subsidiarité horizontale » serait une solution pour gérer la question de l'osmose entre systèmes et d'instituer un équilibre entre les valeurs économiques et celles non économiques. L'idée serait que l'Organisation internationale la plus à même de traiter de questions relevant de la compétence de plusieurs organisations devrait agir. Cette subsidiarité inter-organisationnelle permettrait d'éviter les conflits susceptibles d'éclater entre les Etats dans la défense de leurs préférences collectives au sein d'organisations internationales distinctes. Bien que séduisante, une telle solution serait difficile à mettre en pratique car il faudrait, au préalable, décider de la mise en place d'une institution légitimement apte à déclarer l'organisation internationale compétente pour agir dans un cas de conflit de compétence entre organisations internationales. Il peut arriver pour un cas donné que plusieurs organisations peuvent être concurremment compétentes<sup>1732</sup>.

Cela dit, la complémentarité normative passe également par l'introduction de « clauses de relation » entre les traités dans l'optique d'arriver à une compréhension mutuelle et à prévenir les conflits entre les normes. Dans cette perspective, le principe émergent de « soutien mutuel » vise à favoriser une « articulation et une déférence » entre les accords OMC et les autres accords dont la mise en œuvre pourrait porter atteinte à la libre circulation<sup>1733</sup>. La nécessité du principe de soutien mutuel serait notamment liée à l'insuffisance des règles de la Convention de Vienne d'assurer une articulation harmonieuse de l'ensemble des règles internationales et, en particulier, des règles commerciales avec les celles non commerciales<sup>1734</sup>.

---

<sup>1731</sup> V. Joël P. TRACHTMAN, « Institutional Linkage : Transcending "Trade and..." », Symposium : The Boundaries of the WTO, *A.J.I.L.*, vol. 96, n°1, 2002, p. 77. V. aussi Steve CHARNOVITZ, « The World Trade Organization and Social Issues », *J.W.T.*, vol. 28, n°5, 1994, p. 17.

<sup>1732</sup> V. Joël P. TRACHTMAN, « Institutional Linkage », *op.cit.*, p. 78.

<sup>1733</sup> V. Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et M. M. MBENGUE, « A propos du soutien mutuel – Les relations entre le protocole de Carthagène et les accords de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, Tome 111, n°4, 2007, p. 829.

<sup>1734</sup> V. L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière a une portée limitée.

D'un point de vue définitionnel, la CDI a qualifié le principe de soutien mutuel de « principe de compromis »<sup>1735</sup>, un « principe de cohérence et de coexistence entre les instruments juridiques internationaux », qui commande la « lecture intégrative des divers instruments juridiques internationaux dans l'optique de la préservation de leur intégrité et de la non-modification des droits et obligations y afférents et négociés au sein de fora internationaux distincts »<sup>1736</sup>. Le principe figure certes dans plusieurs instruments internationaux sur l'environnement, mais c'est la Convention sur la diversité des expressions culturelles qui l'a, pour la première fois, intégré dans le « dispositif d'un accord international »<sup>1737</sup>. Hélène Ruiz-Fabri constate que cette Convention « n'a jamais été pensée comme un projet isolé. Bien au contraire, elle a été conçue pour produire des effets sur d'autres normes internationales, en particulier le droit de l'OMC »<sup>1738</sup>.

La Convention invite les parties à exécuter leurs engagements de bonne foi, en prenant compte des dispositions pertinentes de celle-ci. Elle n'a pas pour effet de modifier les dispositions des autres accords internationaux. Seulement, doit-elle être considérée dans le cadre de l'interprétation et de l'application d'autres traités, ou dans l'hypothèse de la conclusion d'un nouvel accord par les parties. Le point le plus important du principe concerne l'obligation de « prise en compte ». De même, la Convention engage les parties à promouvoir ses objectifs et ses principes dans d'autres enceintes internationales. Par des procédés « d'articulation préventive et politique »<sup>1739</sup>, la Convention favorise la prise en compte de préoccupations culturelles dans les relations internationales. La pratique conventionnelle européenne, sur ce point, témoigne d'un respect et d'une mise en application de cette règle établie par la Convention. Les accords externes font pièce à la question culturelle. L'existence d'une clause de cet acabit, dans le cadre des accords internationaux, aurait renforcé la complémentarité entre le système commercial multilatéral et les autres systèmes.

---

<sup>1735</sup> V. Martti KOSKENNIEMI, *Rapport de la CDI sur la fragmentation*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>1736</sup> V. Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et M. M. MBENGUE, « A propos du soutien mutuel... », *op. cit.*, p. 830.

<sup>1737</sup> Le principe est néanmoins contenu dans certains accords internationaux. Il en est ainsi du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques du 29 janvier 2000, plus précisément en son Préambule.

<sup>1738</sup> V. Hélène RUIZ-FABRI, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *R.G.D.I.P.*, Tome 111, n°1, p. 75.

<sup>1739</sup> *Id.*, p. 78. L'auteur déclare : [...] la question est en effet moins de savoir si, en soi, la Convention va prévaloir sur d'autres instruments, ce qui correspond à une logique de concurrence, que de s'assurer que les objectifs qu'elle veut servir non seulement ne pourront pas être sacrifiés ou oubliés par ailleurs, mais sont positivement pris en compte, ce qui correspond à une logique de complémentarité ».

Malheureusement, son absence a pour conséquence d'affaiblir le principe ainsi que l'entreprise d'articulation harmonieuse des règles internationales. On ne saurait, tout de même, faire fi de la contribution significative du principe de développement durable dans le cadre du droit de l'OMC. Celui-ci reposant sur l'idée d'équilibre entre une pluralité de valeurs, est fondé sur le principe de soutien mutuel<sup>1740</sup>.

Concrètement, l'approche « développement durable » consiste à éviter que les règles commerciales multilatérales ne soient appréhendées qu'économiquement et n'engendrent, par conséquent, que des bénéfices économiques, sans considération d'autres valeurs non commerciales. La logique de développement durable commande alors une prise en compte de l'ensemble des préoccupations économiques comme non économiques. Le but ultime est d'arriver à un équilibre entre les valeurs. Par conséquent, son intégration dans le Préambule de l'Accord sur l'OMC a eu « pour effet d'incorporer la logique du soutien mutuel dans le système commercial multilatéral »<sup>1741</sup>. Si celle-ci est à saluer, l'extension de ce procédé aux autres valeurs non commerciales, aurait certainement le mérite d'apaiser la tension entre l'Organisation mondiale du commerce et les Membres qui la composent. L'approche systémique européenne des relations entre le commerce et les domaines non commerciaux est, dans la pratique conventionnelle européenne, l'un des principes directeurs de mise en œuvre des accords externes.

---

<sup>1740</sup> V. Franz X. PERREZ, « The Mutual Supportiveness of Trade and Environment », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 100, 2006, p. 28 : « [t]he principle of no hierarchy, mutual supportiveness, and deference is similarly reflected in the WTO law, namely through the reference to sustainable development in the preamble of the Marrakech Agreement ». Le système multilatéral a pris en compte ce principe à travers la procédure de règlement des différends où le juge de l'OMC a eu recours à l'objectif de développement durable dans l'interprétation de certaines règles (Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, *op.cit.*, §§ 129-130). De même, cet objectif est à maintes reprises réaffirmé au travers des déclarations des Membres. Les Ministres ont d'ailleurs eu à affirmer « avec force [leur] engagement en faveur de l'objectif de développement durable » (§ 6 de la Déclaration de Doha du 14 novembre 2001).

<sup>1741</sup> V. Gerhard HAFNER, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », *op.cit.*, p. 861 : « [i]n light of the growing integration of the world community ("globalization") on the one hand, and the proliferation of sub-systems on the other, the need to take measures to ensure the unity of the international legal order will increase ».

## CONCLUSION CHAPITRE

L'étude des interactions entre le système européen d'administration des obstacles non tarifaires et le système commercial multilatéral, a permis de constater que si le premier nommé constituait un complément, voire contribue au renforcement du second, il n'en demeurerait pas moins que les deux ensembles pourraient entrer en opposition tant du point de vue de la légalité que de celui de l'intégrité du système commercial multilatéral lui-même. Ces tensions potentielles nous ont poussées à chercher des pistes de solution afin de lutter contre la disharmonie occasionnelle entre les deux systèmes. Il y va de la survie de l'Organisation mondiale du commerce, mais également du respect de la souveraineté des Membres qui la composent. L'avènement de l'Organisation multilatérale a été un grand pas dans le processus d'intégration des économies mondiales longtemps mues par des valeurs protectionnistes contraires du reste aux aspirations du libre-échange.

En dépit de la mise en place du GATT en 1947, les relations commerciales internationales restaient dominées par l'existence de régimes bilatéraux parallèles. Leur existence, associée à la faiblesse structurelle du GATT, faisait qu'il était difficile de songer à l'idée d'une unité du système commercial. Les Parties Contractantes ont fait d'énormes efforts, durant les cycles de négociations successifs, afin de mettre en place une véritable Organisation commerciale internationale en 1994 dotée d'importants pouvoirs. Plus précisément, son mécanisme de règlement des différends, principalement, et ses textes juridiques, subsidiairement, ont fini par causer aux Membres de sérieuses difficultés dans le cadre de la poursuite de politiques publiques non économiques essentielles. L'Union européenne n'est pas épargnée. D'ailleurs, l'une des raisons explicatives de la mise en place du système européen d'administration des obstacles non tarifaires, est la volonté de réagir aux blocages du système multilatéral. Cependant, l'on a vu que cette réaction individuelle, par le biais d'accords externes, n'est pas suffisante dans la mesure où l'Union européenne s'attache toujours au multilatéralisme. Il faudrait alors que le système multilatéral évolue dans le sens d'une plus grande ouverture aux préoccupations non commerciales. Les pistes de solution dégagées par la doctrine à cet effet, ont porté sur une réforme de l'OMC – devant passer par sa constitutionnalisation et sa démocratisation -, en complément à une mise à profit du principe de la marge nationale d'appréciation.

## CONCLUSION GENERALE

L'analyse de la pratique conventionnelle de l'Union européenne en matière d'obstacles non tarifaires, a permis de démontrer que celle-ci est marquée par une double trajectoire. Il s'est agi pour l'Union, de maintenir son modèle économique à travers les accords bilatéraux qu'elle conclut, en parallèle à la mise en place de tout un système d'administration des obstacles non tarifaires.

Le maintien du modèle économique européen était indispensable dans la perspective des accords externes. L'Union est un acteur majeur de la mondialisation, un fervent défenseur du libéralisme. Elle considère toutefois que celle-ci doit être maîtrisée. A l'Organisation mondiale du commerce, le contenu des accords ainsi que l'interprétation qui en a été faite par l'Organe de règlement des différends, inclinent à penser que le système multilatéral est foncièrement tourné vers l'affirmation des valeurs marchandes au détriment, malheureusement, des valeurs non marchandes des Membres. En revanche, l'Union européenne, composée d'Etats membres avec des préférences collectives diverses, ne fait pas forcément de la légalité commerciale, le principe. Alors qu'à l'OMC, l'objectif ultime est de maintenir l'équilibre entre droits et obligations des Membres dans une perspective plutôt commerciale, dans le cadre de l'Union européenne, il s'agit plutôt de trouver un équilibre entre libertés de circulation et facteurs justifiant des atteintes à de telles libertés. Le modèle économique européen est un modèle d'équilibre entre valeurs marchandes et valeurs non marchandes. Ainsi ramené au cadre des accords externes de l'Union européenne, ce modèle a imprégné le contenu de ces derniers. Dans un premier temps, l'Union européenne cherche à défendre ses intérêts commerciaux et dans un second, à éviter que ses préférences collectives ne soient sacrifiées à l'autel du libre-échange. Cet équilibre imprime même sa marque au mécanisme européen d'administration des obstacles non tarifaires.

La défense des intérêts économiques européens, à travers les accords bilatéraux, est marquée par une double approche. Elle consiste, avant tout, à protéger le marché intérieur de l'Union européenne contre les distorsions au commerce, les détournements de trafic, les violations aux règles du commerce international, conséquences de la mondialisation des échanges. Plus concrètement, la défense des intérêts économiques de l'Union devait passer par une protection de son espace économique contre les produits tiers faisant l'objet de dumping, de subventions ou qui sont importés en quantité telle qu'ils menacent le marché intérieur.

A l'égard de ces produits, c'est l'Union européenne elle-même qui met en œuvre des obstacles non tarifaires, qui se veulent légitimes. Dans cette perspective, la notion d'obstacles non tarifaires a une portée défensive. La défense commerciale européenne est légitimée non seulement par la construction européenne, mais aussi par l'existence de contraintes dans le cadre des relations internationales. Aussi, cette défense commerciale européenne se veut-elle efficace. Différents instruments ont été mis en œuvre au sein de l'Union européenne et les accords externes, à l'instar des accords de l'OMC, donnent une caution juridique à leur mise en œuvre. D'ailleurs, l'appréciation de leur efficacité a justifié l'examen du dispositif institutionnel et du processus décisionnel entourant la défense commerciale européenne. C'est la seule façon de s'assurer de l'efficacité des dispositions des accords externes relatives à la défense commerciale de l'Union. Il est ressorti de cette étude que la défense commerciale européenne doit faire l'objet d'une consolidation, d'un renforcement. La seconde approche de l'Union européenne, en vue de défendre ses intérêts économiques, dans le cadre de ses accords externes, a consisté à ouvrir les espaces commerciaux internationaux aux opérateurs économiques de l'Union. Cette ouverture suppose à la fois une gestion et une lutte contre les obstacles non tarifaires préjudiciables à l'activité commerciale de l'Union européenne. La notion d'obstacles non tarifaires a ici, une portée offensive. A l'égard des obstacles non tarifaires mis en place par ses partenaires internationaux, l'Union européenne cherche à les « gérer », et à « démanteler » ceux qui sont illégitimes. Plus encore, la libéralisation limitée, voire l'absence de libéralisation, dans certains secteurs des échanges commerciaux, constitue en soi un obstacle non tarifaire. Il s'agit d'une attitude non fautive. Or, l'Union européenne a besoin de parts de marché pour doper son commerce international. Voilà ce qui explique l'approfondissement du mouvement de libéralisation du commerce à travers ses accords externes.

Dans un second temps, la pratique conventionnelle européenne est marquée par la protection ainsi que la promotion des préférences collectives de l'Union. En effet, les accords externes conclus entre l'UE et les Etats tiers reconnaissent les préoccupations non marchandes des partenaires. Ces derniers ont le droit de poursuivre des objectifs non économiques, reflets de leurs préférences collectives. On serait tenté de dire qu'il ne pouvait en être autrement dans la mesure où l'Union est composée d'Etats n'ayant pas forcément les mêmes trajectoires historiques, les mêmes attentes. La question de l'exception culturelle, défendue notamment par la France, est un exemple parfait du clivage qui existe au sein de l'Organisation relativement aux valeurs non marchandes.

Les Etats membres de l'Union européenne, ainsi que l'Union elle-même, se doivent de mettre en œuvre des politiques publiques non économiques au profit de leurs populations. Dans ces conditions, la politique commerciale commune ne saurait les remettre en cause au profit du libre-échange. On comprend alors pourquoi l'Union et ses partenaires se reconnaissent le droit souverain de poursuivre des objectifs non économiques. L'analyse du contenu des accords externes permet même de considérer que l'Union européenne ne cherche pas seulement à protéger ses préférences collectives ; elle tente accessoirement de faire rayonner ses préférences collectives à travers le monde. La promotion des valeurs non marchandes européennes, à travers les accords externes, trouve ainsi un triple fondement juridique : le cadre bilatéral des accords externes, le droit de l'OMC et, bien entendu, le droit de l'Union européenne.

Au demeurant, après avoir démontré que l'Union européenne s'attela à maintenir un modèle économique à travers ses accords externes, l'exercice a consisté, dans un temps suivant, à présenter le système européen d'administration des obstacles non tarifaires mis en place dans le cadre de la pratique conventionnelle de l'UE. Ainsi, était-il nécessaire de présenter les raisons qui sous-tendent l'institution de ce système européen, ainsi que ses caractéristiques, avant de mesurer son impact sur le système commercial multilatéral. En ce qui concerne les raisons de l'institution du système européen d'administration des obstacles non tarifaires, on a vu qu'elles sont de deux ordres. La mise en place de ce système s'inscrit dans la perspective d'une réaction face aux insuffisances du système commercial multilatéral. Parallèlement, les accords externes de l'Union obéissent à un souci d'efficacité dans un bilatéralisme conquérant. En administrant les obstacles non tarifaires de façon bilatérale, l'Union européenne se pose en régulatrice de ces derniers au service de ses relations extérieures. L'objectif d'efficacité de sa politique commerciale commune, dans le cadre de sa pratique conventionnelle, devra être atteint en faisant des accords bilatéraux des cadres propices aux concessions entre l'UE et les Etats tiers. Par ailleurs, le système européen d'administration des obstacles non tarifaires est un système mixte, ce qui renvoie aux caractéristiques de celui-ci. Deux tendances marquent le système européen. La première est la mise en place d'un mécanisme diplomatique de règlement des différends entre l'Union et ses partenaires et la seconde, un mécanisme arbitral qui se veut juridictionnel. Cela dit, le contenu des accords externes de l'Union incline à penser que le système accorde une précellence à la diplomatie comme moyen prioritaire de règlement des différends.



En effet, l'organisation institutionnelle mise en place par les accords externes de l'Union est clairement dominée par le facteur politique, contrebalancé par celui juridique dans les hypothèses où le partenaire de l'UE serait une puissance commerciale majeure. La procédure arbitrale se veut à la fois judiciaire et démocratique, par l'association des personnes privées tout au long du processus de règlement des différends.

Qu'à cela ne tienne, la confrontation du système européen d'administration des obstacles non tarifaires au système commercial multilatéral, a permis d'arriver à deux conclusions. La première est que le système européen affecte le système multilatéral doublement. Il constitue un complément au système multilatéral en ce sens que, dans certains de ses aspects, celui-ci respecte le système OMC et, par conséquent, le renforce. La seconde affectation du système multilatéral est en revanche négative. Le système européen d'administration des obstacles non tarifaires pourrait « contribuer » à la fragmentation du système commercial multilatéral et conduire à des violations aux règles établies par l'Organisation mondiale du commerce. Les violations peuvent être dues à des causes diverses. Mais une raison tiendrait aux difficultés qu'ont les Membres de l'OMC de justifier les mesures non commerciales restrictives aux échanges commerciaux. Certaines affaires réglées dans le cadre de l'ORD ont fini par démontrer toute la difficulté de l'Union européenne d'imposer sa vision sur les préférences collectives au sein de l'OMC. Il est d'ailleurs avancé que ces blocages au niveau multilatéral ont été parmi des causes déterminantes de la décision de l'Union de se lancer dans un ambitieux programme de conclusion d'accords commerciaux bilatéraux respectueux, justement, de telles préférences. Ainsi, cette affectation négative est-elle à l'origine d'un questionnement sur la réforme de l'OMC, s'inscrivant dans la dynamique d'une évolution du système commercial multilatéral vers une plus grande prise en compte des préférences collectives des Membres. La doctrine a été d'un apport considérable dans la recherche de solutions à la crise que connaît l'OMC. La doctrine de la marge nationale d'appréciation porte en elle-même un potentiel de conciliation entre l'OMC et ses Membres. De même, celles de la constitutionnalisation et de la démocratisation de l'OMC ont été développées dans la perspective d'une réforme de l'Organisation multilatérale. En s'arrêtant à ce niveau, dans le cadre du raisonnement qui nous a occupés tout au long des précédents développements, on peut légitimement se poser la question de savoir si, dans un futur peu ou prou lointain, le système européen d'administration des obstacles non tarifaires ne supplanterait pas l'ORD dans la résorption des litiges mettant aux prises l'Union et ses partenaires commerciaux. La pratique conventionnelle européenne des obstacles non tarifaires pourrait-elle contribuer au délaissement futur du cadre multilatéral de l'OMC ?

## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES

**AKANDJI-KOMBE** Jean-François, **FENET** Alain, **LAMBIN-GOURDIN** Anne-Sophie, **MONDIELI** Eric, **PROUTIERE-MAULION** Gwenaëlle, *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, 396 pages.

**ALISSON** Laura, *The EU, ASEAN and Interregionalism : Regionalism Support and Norm Diffusion between the EU and ASEAN*, Palgrave Macmillan, 2015, 248 pages.

**ARNAUD** André-Jean et autres (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993, 757 pages.

**BABARINDE** Olufemi A. et **FABER** Guerit, *The European Union and the Developing Countries : The Cotonou Agreement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 304 pages.

**BALASSA** Béla A., *Theory of economic integration*, Homewood, Richard D. Irwin, Inc. 1961, 304 pages.

**BARBATO** Jean-Christophe, *La diversité culturelle en droit communautaire : contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 2008, 599 pages.

**BARBET** Philippe, *Les échanges commerciaux*, Paris, Librairie Générale Française, coll. « Le Livre de poche », 1997, 254 pages.

**BARTELS** Lorand, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, 2005, 336 pages.

**BEHBOODI** Rambod, *Industrial subsidies and friction in world trade : trade policy or trade politics*, Londres/New York, Routledge, 1994, 215 pages.

**BELLEY** Jean-Guy, *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 16, 1996, 279 pages.

**BENITAH** Marc, *Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systèmes GATT/OMC*, Genève/Paris, Droz, 1998, 371 pages.

**BENVENISTI** Eyal et **NOLTE** Georg (dir.), *The Welfare State, Globalization and International Law*, Berlin, Springer, 2004, 448 pages.

**BERGERES** Maurice-Christian, *Contentieux communautaire*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1998, 399 pages.

**BERR** Claude J et **TREMEAU** Henri, *L'introduction au droit douanier*, Paris, Dalloz, 1997, 112 pages.

**BHAGWATI** Jagdish, *Protectionnisme*, Paris, Dunod, coll. « Sciences économiques », 1993, 163 pages.

**BLANCHET** Jacques et **REVEL** Alain, *L'agriculture européenne face aux enjeux internationaux*, Paris, Economica, coll. « Economie agricole et agroalimentaire », 1999, 106 pages.

**BLASSELLE** Richard, *Traité de droit européen de la concurrence*, Paris, Publisud, Tome I, 2002, 644 pages.

**BLIN** Olivier, *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 117 pages.

**BLUMANN** Claude et **DUBOUIS** Louis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2015, 878 pages.

**BLUMANN** Claude et **DUBOUIS** Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2016, 922 pages.

**BOISSON DE CHAZOURNES** Laurence et **GOWLAND-DEBBAS** Vera (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité – Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 849 pages.

**BOISSON DE CHAZOURNES** Laurence et **MEHDI** Rostane (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux en droit international et européen », 2005, 391 pages.

**BOUDANT** Joël, *L'anti-dumping communautaire*, Paris, Economica, coll. « Travaux de la CEDECE », 1991, 334 pages.

**BOUHIER** Vincent, *La défense commerciale de l'Union européenne : du bien-fondé d'un instrument identitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 719 pages.

**BOURGEOIS** Jacques et autres, *Politique commerciale commune*, « Commentaire J. Mégret », Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, 271 pages.

**BOUTAYEB** Chahira, *Droit institutionnel de l'Union européenne : institutions, ordre juridique et contentieux*, Paris, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, 708 pages.

**BOUTAYEB** Chahira, *Droit matériel de l'Union européenne : libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, Paris, LGDJ, 2017, 592 pages.

**BRAULT** Dominique, *Droit de la concurrence comparé : vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Paris, Economica, coll. « Droit des affaires et de l'entreprise », 1995, 196 pages.

**BRETON-LE GOFF** Gaëlle, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 263 pages.

**BRITTAN** Leon, *L'Europe qu'il nous faut*, Traduit par Fortunato ISRAEL et Edith OCHS, Paris, Plon, 1994, 261 pages.

**BROSSET** Estelle et **TRUILHE-MARENGO** Eve (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale –Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, 337 pages.

**BURIN DES ROZIERS** Laurent, *Du cinéma au multimédia : une brève histoire de l'exception culturelle*, Les notes de l'IFRI, IFRI, n° 5, 1998, 91 pages.

**CANAL-FORGUES** Eric et **FLORY** Thiébaud, *GATT/OMC : recueil des contentieux du 1<sup>er</sup> janvier 1948 au 31 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1230 pages.

**CANAL-FORGUES** Eric, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 216 pages.

**CARDUCCI** Guido, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés : droit commun, Directive CEE, Conventions de l'UNESCO et d'UNIDROIT*, Paris, LGDJ, 1997, 493 pages.

**CARFANTAN** Jean-Yves, *L'épreuve de la mondialisation. Pour une ambition européenne*, Paris, Seuil, coll. « Epreuve des faits », 1996, 365 pages.

**CARREAU** Dominique, **JUILLARD** Patrick, *Droit international économique*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ., 2010, 770 pages.

**CARREAU** Dominique, **JUILLARD** Patrick, **BISMUTH** Régis, **HAMANN** Andrea, *Droit international économique*, Paris, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017, 941 pages.

**CARTOU** Louis, Jean-Louis **CLERGERIE**, **GRUBER** Annie et **RAMBAUD** Patrick, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz-Sirey, 2006, 905 pages.

**CASS** Deborah Z., *The Constitutionalization of the World Trade Organization. Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, 2005, 296 pages.

**CHEVALLIER** Jacques, *Science administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2013, 640 pages.

**COHEN** Elie, *L'ordre économique mondial : Essai sur les autorités de régulation*, Paris, Fayard, 2001, 330 pages.

**COHEN-TANUGI** Laurent, *L'influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée*, Paris, Notes de l'Ifri, n°40, IFRI, Série n°3: La stratégie d'influence de l'Union européenne, 2002, 56 pages.

**COICAUD** Jean-Marc et **HEISKANEN** Veijo, *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, 578 pages.

**COLLIER** John G. et **LOWE** Vaughan, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, 2000, 395 pages.

- CONSTANTINESCO** Vlad, **KOVAR** Robert et **SIMON** Denys (dir.), *Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 pages.
- CONSTANTINESCO** Vlad, **GAUTHIER** Yves et **SIMON** Denys (dir.), *Traité d'Amsterdam et de Nice : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2007, 1024 pages.
- COTTIER** Thomas et **MAVROIDIS** Petros C., *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, University of Michigan Press, 2003, 376 pages.
- DAILLIER** Patrick et **PELLET** Alain, **FORTEAU** Matthias et **QUOC DINH** Nguyen, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 1722 pages.
- DAVID** François, *Relations économiques internationales : la politique commerciale des grandes puissances face à la crise*, Paris, STH, 1989, 296 pages.
- DAVID** François, *Les échanges commerciaux dans la nouvelle économie mondiale*, Paris, PUF, 1994, 215 pages.
- DE BURCA** Grainne et **SCOTT** Joanne, *The EU and the WTO : Legal and Constitutional Issues*, Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, 332 pages.
- DEHOUSSE** Franklin et **VINCENT** Philippe, *Les règles d'origine de la Communauté Européenne, Pratique du droit Communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 202 pages.
- DELMAS-MARTY** Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, 208 pages.
- DELMAS-MARTY** Mireille, *Les forces imaginantes du droit, vol. 2 « Le pluralisme ordonné »*, Paris, Seuil, 2006, 314 pages.
- DELORME** Hélène et **CLERC** Denis, *Un nouveau GATT ? Les échanges mondiaux après l'Uruguay Round*, Bruxelles, Complexes, 1994, 162 pages.
- DEROUT** Anne, *La protection des biens culturels en droit communautaire*, Rennes, Apogée, 1993, 191 pages.
- DETOUZOS** Michael, **LESTER** Richard et **SOLOW** Robert, *Made in America*, Traduit par Paul CHEMLA, *La Commission du Massachusetts International Technology sur la productivité industrielle*, Paris, InterEditions, 1990, 394 pages.
- DE WILDE D'ESTMAEL** Tanguy, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne : sanctions et incitants économiques comme moyens de politiques étrangères, Organisation internationale et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 445 pages.
- DIDIER** Pierre, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 646 pages.
- DIOUF** Abdourahmane, *L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales : OMC, APE, intégration régionale*, Paris, L'Harmattan, 2009, 392 pages.

**DWORKIN** Ronald M., *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, 470 pages.

**EECKHOUT** Piet, *The European Internal Market and International Trade : A Legal Analysis*, Oxford University Press, 1994, 434 pages.

**FINNIS** John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, 512 pages.

**FLORY** Thiébaud, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, LGDJ, 1968, 308 pages.

**FLORY** Thiébaud, *L'Organisation mondiale du commerce : droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 248 pages.

**FRIEDEL-SOUCHU** Evelyne, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1994, 494 pages.

**GAVALDA** Christian, **LECOURT** Benoît et **PARLEANI** Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2014, 626 pages.

**GEORGE** Susan, *Remettre l'OMC à sa place*, Paris, Fayard, coll. Mille et une nuits, 2001, 111 pages.

**GEORGAKAKIS** Didier et **DE LASSALLE** Marine (dir.), *La nouvelle gouvernance européenne. Genèse et usages politiques d'un Livre blanc*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, 392 pages.

**GERBET** Pierre, *La construction de l'Europe*, Paris, Armand Colin, 2007, 584 pages.

**GHERARI** Habib et **SZUREK** Sandra (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international : à propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Paris, Montchrestien, 1998, 338 pages.

**GHERARI** Habib, *Les accords commerciaux préférentiels*, Bruxelles, Larcier, 2013, 270 pages.

**GOLDMAN** Berthold, **LYON-CAEN** Antoine et **VOGEL** Louis, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1994, 835 pages.

**GRARD** Loïc, *Les intégrations régionales : l'Union européenne et après*, Paris, Pedone, 2015, 202 pages.

**GRILLER** Stefan (dir.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns. New Challenges for the International Legal Order*, New York, Springer, 2003, 516 pages.

**GUEVREMONT** Véronique, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 664 pages.

**HART** Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 3<sup>ème</sup> éd., 2012, 390 pages.

**HERSCHEL** Marie-Louise, *L'économie de l'Union européenne*, Paris, Armand Colin, coll. « Coursus », 1997, 192 pages.

**HERVE AGBODJAN** Prince, *Le droit de l'OMC et l'agriculture : analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles*, Thémis, 2012, 557 pages.

**HERVE** Alan, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 642 pages.

**HIX** Simon, *The Political System of the European Union*, St. Martin's Press 1999, 427 pages.

**HOWSE** Robert et **TREBILCOCK** Michael J., *The Regulation of International Trade*, 3<sup>ème</sup> éd., New York, Routledge, 2005, 776 pages.

**JACKSON** John H., *World Trade and the Law of GATT : A Legal Analysis of the General Agreement on Tariff and Trade*, Charlottesville, Bobbs-Merill, 1969, 948 pages.

**JACKSON** John H., *The world trading system. Law and policy of international economic relation*, London, The MIT Press, 1991, 454 pages.

**JACKSON** John H., *The jurisprudence of GATT and the WTO : Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000, 512 pages.

**JACKSON** John, **DAVEY** William J. et **SYKES** Alan O., *Legal problems of international economic relations : Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relation*, Etats-Unis, West Group, 2002, 1248 pages.

**JACQUEMART** Claude, *La nouvelle douane européenne*, Paris, Jupiter, 676 pages.

**JAVELOT** Sylvie, *La loyauté dans le commerce international*, Paris, Economica, 1998, 267 pages.

**JEANNENEY** Jean-Marcel, *Pour un nouveau protectionnisme*, Paris, Seuil, 1978, 157 pages.

**KIEFFER** Bob, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Larcier, 2008, 372 pages.

**KENNEDY** Daniel L.M. et **SOUTHWICK** James D. (dir.), *The Political Economy of International Law. Essays in Honour of Robert E. HUDEC*, Cambridge University Press, 2002, 712 pages.

**KLEIN** Pierre et **SANDS** Philippe, *Bowett's Law of International Institutions*, Sweet& Maxwell, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, 658 pages.

**KRIEGER-KRYNICKI** Annie, *L'Organisation mondiale du commerce : structures juridiques et politiques de négociation*, Paris, Vuibert, coll. «Gestion Internationale », 1997, 187 pages.

**KRUGMAN** Paul et **ALASDAIR** Smith, *Empirical studies of strategic trade policy*, National Bureau of Economic Research Project Report, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1994, 251 pages.

**KRUGMAN** Paul R., *La mondialisation n'est pas coupable : vertus et limites du libre-échange*, traduit par Anne SAINT-GIRONS, *La Découverte*, coll. « La Découverte/Poche/Essais n°81, Paris, 2000, 218 pages.

**KUSTERS** Hanns Jurgen, *Fondements de la Communauté économique européenne*, OPOCE, coll. « Europe », 1990, 378 pages.

**KHAVAND** Fereydoun A., *Le nouvel ordre commercial mondial du GATT à l'OMC*, Paris, Nathan, coll. « Circa », 1995, 192 pages.

**LAFAY** Gerard et **UNAL-KESENCI** Deniz, *Repenser l'Europe*, Paris, Economica, coll. « Economie poche », 1993, 112 pages.

**LAFAY** Gérard et **SIROEN** Jean-Marc, *Maîtriser le libre-échange*, Paris, Economica, Coll. « Economie », 1994, 112 pages.

**LANDAU** Alice, *Conflits et coopération dans les relations économiques internationales : le cas de l'Uruguay Round*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, coll. « Axes Savoir », 1996, 212 pages.

**LEJEUNE** Marc A., *Un droit des temps de crise : les clauses de sauvegarde de la CEE.*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 385 pages.

**LESGUILLONS** Henry, *Le régime communautaire de protection contre le dumping et les subventions*, Paris, FEDUCI, 1983, 261 pages.

**LEVARD** Laurent, *La cohérence des politiques commerciales et agricoles avec les objectifs de développement*, Coordination SUD, septembre 2011, 56 pages.

**LOMAN** Anne-Marie, **MORTELMANS** Kamiel, **POST** Harry et **WATSON** Steward, *Culture and Community Law. Before and after Maastricht*, Boston, Kluwer Law International, 1992, 278 pages.

**LOUIS** Jean-Victor et **WAELEBROECK** Denis (dir.), *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes*, Institut d'Etudes européennes, coll. « Etudes européennes », 1989, 392 pages.

**LUFF** David, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1284 pages.

**MITCHELL** Andrew D, *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres, Cameron & May, 2005, 304 pages.

**MACKENZIE** Ruth, **ROMANO** Cesare, **SANDS** Philippe et **SHANY** Yuval, *Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, 574 pages.

**MAILLET** Pierre et **ROLLET** Philippe, *Intégration économique européenne. Théorie et pratique*, Paris, Nathan, coll. « Nathan-Supérieur », 1991, 348 pages.

**MANIN** Philippe, *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, 2005, 575 pages.



- MARTIN** Dominique, **METZGER** Jean-Luc et **PIERRE** Philippe, *Les métamorphoses du monde, sociologie de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003, 448 pages.
- MASTROPASQUA** Antonio, *Le marché commun et la défense contre le dumping : de la nécessité d'une législation antidumping communautaire*, Rome, Guido Pastena, 1965, 262 pages.
- MATSUSHITA** Mitsuo, **SCHOENBAUM** Thomas J. et **MAVROIDIS** Petros C., *The World Trade Organization – Law, Practices and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 944 pages.
- MAVROIDIS** Petros C. et **PALMETER** Daniel, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 350 pages.
- MAYER-ROBITAILLE** Laurence, *Le statut des biens et services culturels dans les accords commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2002, 544 pages.
- MOORE** Mike (dir.), *Doha and Beyond. The Future of the Multilateral Trading System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 208 pages.
- MERSSELIN** Patrick, *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Paris, Dunod, coll. « Ramses », 1995, 368 pages.
- MICHEL** Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages.
- MICHEL** Valérie, *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 440 pages.
- MONJAL** Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, 629 pages.
- MOLIERAC** Jean, *Traité de législation douanière*, Paris, Sirey, 1930, 397 pages.
- MOLINIER** Joël, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2005, 288 pages.
- MOLINIER** Joël et Nathalie **DE GROVE-VALDEYRON**, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, LGDJ, 2008, 230 pages.
- NÊME** Jacques et **NÊME** Colette, *Economie de l'Union européenne. Analyse d'un processus d'intégration*, Paris, LexisNexis, coll. « Economie Litec », 1994, 415 pages.
- NEFRAMI** Eleftheria, *L'action extérieure de l'Union européenne : fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, 208 pages.
- NEFRAMI** Elefthéria (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 450 pages.
- OST** François et **VAN DE KERCHOVE** Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie didactique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 41 pages.

**PAEMEN** Hugo et **BENSCH** Alexandra, *Du GATT à l'OMC : la Communauté européenne dans l'Uruguay Round*, Presses universitaires du Louvain, 1995, 301 pages.

**PANTZ** Dominique, *Institutions et politiques commerciales internationales du GATT à l'OMC*, Paris, Armand Colin, Coll. « U Economie », 1998.

**PARETO** Vilfredo, *Manuel d'économie politique*, Genève, Droz, 6<sup>ème</sup> éd., 1966, 695 pages.

**PAUWELYN** Joost, *Conflict of Norms in Public International Law : How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2009, 560 pages.

**PESCATORE** Pierre, *Du droit international au droit de l'intégration : liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, 869 pages.

**PHELAN** William, *In Place of Inter-State Retaliation : The European Union's Rejection of WTO-Style Trade Sanctions and Trade Remedies*, Oxford University Press, 2015, 224 pages.

**PORTER** Roger B et autres (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy – The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D.C., Brooking Institution Press, 2001, 352 pages.

**QUERMONNE** Jean-Louis, *L'Union européenne dans le temps long*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2008, 240 pages.

**RAUX** Jean, *Les relations extérieures de la Communauté économique européenne*, Paris, Cujas, 1968, 557 pages.

**REBOUD** Louis (dir.), *L'achèvement du marché intérieur européen. Signification et exigences*, Paris, Economica, coll. « Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, 1987, 189 pages.

**REBOUD** Louis, *Economie européenne : les limites de l'internationalisation des marchés*, Grenoble, PUG, coll. « L'Economie en plus », 1996, 168 pages.

**RIDEAU** Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2006, 1281 pages.

**RIDEAU** Joël (dir.), *Union européenne : commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, Centre d'études du droit des organisations européennes (CEDORE), Institut du droit de la paix et du développement, Université de Nice – Sophia Antipolis, Paris, LGDJ, 2001, 511 pages.

**RIDEAU** Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2006, 1281 pages.

**ROLLET** Philippe et **HUART** Florence, *Du grand marché à l'Union économique et monétaire. Les enjeux de la construction européenne*, Paris, Cujas, coll. « Regards sur notre temps », 1995, 264 pages.

**RUIZ-FABRI** Hélène, **SICILIANOS** L.A. et **SORELJ.-M.** (dir.), *L'effectivité des organisations internationales : mécanisme de suivi et de contrôle*, Société héliénique pour le droit international/Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2000, 338 pages.

**SCHWOK** René, *Les relations USA-CE dans l'après guerre froide: conflit ou partenariat?*, Genève, Georg, 1992, 279 pages.

**SCHARPF** Fritz, *Governing in Europe : Effective and Democratic ?*, Oxford University Press, 1999, 244 pages.

**SHANY** Yuval, *Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, 348 pages.

**SIMON** Denys, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, Coll. « Droit international », 2001, 779 pages.

**STEWART** Terence P., *The GATT Uruguay Round : a negotiating history (1986-1992)*, Boston, Kluwer Law International, 1993, 1382 pages.

**TEULE-MARTIN** Cathérine, *La douane : instrument de la stratégie internationale*, Paris, Economica, 1995, 111 pages.

**THIEFFRY** Patrick, *Commerce électronique : Droit international et européen*, Paris, Litec, 2002, 288 pages.

**TREBILCOCK** Michael J. et **HOWSE** Robert, *The Regulation of International Trade*, New York, Routledge, 2005, 776 pages.

**VAULONT** Nikolaus, *L'Union douanière de la Communauté économique européenne*, Luxembourg, OPOCE, 1985, 118 pages.

**VINAIXA** Rosario H et **WALLENS** Karel, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 304 pages.

**WILCOX** Clair, *A Charter for World Trade*, New York, The Macmillan Company, 1949, 333 pages.

## II. THESES

**AUDEOD** Olivier, *La détermination des compétences des organisations internationales*, Thèse de doctorat, Université de Paris I, 1982, 693 pages.

**BORE-EVENO** Valérie, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004, 636 pages.

**CASTELLARIN** Emmanuel, *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales*, Thèse de doctorat Université Paris 1, 2014, 708 pages.

**DELILE** Jean-Felix, *L'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'Etat français*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2014, 927 pages.

**DOGAN** Dilek, *Les enjeux du concept d'origine en droit international et communautaire*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 2012, 382 pages.

**GOLLOCK** Aboubakry, *Les implications de l'Accord de l'OMC sur les Aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne*, Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2007, 477 pages.

**JORDA** Julien, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001, 680 pages.

**LEGENDRE LE CLOAREC** Mathilde, *L'interprétation par l'organe d'appel de l'OMC à l'aune de l'objectif de sécurité juridique*, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2013, 573 pages.

**MARTINEAU** Anne-Charlotte, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, Thèse de doctorat, Université Paris 1, 2013, 471 pages.

**RAYMOND** Damien, *Action antidumping et droit de la concurrence*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2014, 677 pages.

**TOMKIEWICZ** Vincent, *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 2004, 553 pages.

### III. ARTICLES DE DOCTRINE ET CHAPITRES D'OUVRAGE

#### A. Articles de doctrine

**ABI-SAAB** Georges, « Fragmentation or Unification : Some Concluding Remarks », *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, n° 4, 1999, pp. 919-932.

**ABDEGAWAD** Walid, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *R.I.D.E.*, Tome 15, n°2, 2001, pp. 161-196.

**AGUSMAN** DamosDumoli, « Self-executing and Non Self-executing Treaties : What Does it Mean ? », *Indonesian Journal of International Law*, vol. 11, n° 3, 2014, pp. 320-344.

**ALBEN** Elissa, « GATT and the Fair Wage : A Historical Perspective on the Labor-Trade Link », *Colum. L. Rev.*, vol. 101, n° 6, 2001, pp. 1410-1447.

**ALLEE** Todd, « Legal Incentives and Domestic Rewards: The Selection of Trade Disputes for GATT/WTO Dispute Resolution », 2004, pp. 1-60 [Non publié].

**ALSTON** Philip, « The Myopia of the Handmaidens : International Lawyers and Globalization », *EJIL*, vol. 8, n° 3, 1997, pp. 435-448.

**ANDERSON** Kenneth, « The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non Governmental Organization and the Idea of International Civil Society », *E.J.I.L.*, vol. 11, n°1, 2000, pp. 91-120.

**ANTONIOU** Helen, « Une évolution des mécanismes de règlement des différends : de l’ALE à l’ALENA », *Revue de Droit Universitaire de Sherbrooke*, n° 24, 1993, pp. 71-112.

**APPLETON** Arthur E., « Shrimp/Turtle : Untangling the Nets », *J.I.E.L.*, vol. 2, n° 3, 1999, pp. 477-496.

**ARÈS** Mathieu, **BOULANGER** Éric et **DEBLOCK** Christian, « Intégration ou interconnexion ? », *Revue Interventions économiques*, n° 55, 2016, pp. 1-38.

**ARFIELD** Claude E., « Free Trade, Sovereignty, Democracy : The Future of the World Trade Organization », *Chicago J. of Int’l L.*, vol. 2, n°2, 2001, pp. 403-415.

**ASCENSIO** Hervé, « L’amicus curiae devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.*, Tome 105, n°4, 2001, pp. 897-930.

**ATIK** Jeffrey, « Democratizing the WTO », *George Washington International Law Review.*, vol. 33, n°3-4, 2001, pp. 451-472.

**BACCHUS** James, « A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy, and the WTO », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, pp. 667-673.

**BAL** Salman, « International Free Trade Agreements and Human Rights : Reinterpreting Article XX of GATT », *Minn. J. Global Trade*, vol. 10, n°1, 2001, pp. 62-108.

**BARBERIS** Julio, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, Tome 179, 1983, pp. 145-304.

**BARFIELD** Claude E., « Free Trade, Sovereignty, Democracy : The Future of the World Trade Organization », *Chicago J. of Int’l L.*, vol. 2, n°2, 2001, pp. 403-415.

**BARONCINI** Elisa, « The European Community and the Diplomatic Phase of the WTO Dispute Settlement Understanding », *Yearbook of European Law*, vol. 18, n°1, pp. 157-220.

**BARTELS** Lorand, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceeding », *J.W.T.*, vol. 35, n°3, 2001, pp. 499-519.

**BARTELS** Lorand, « Article XX of the GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction : The Case of Trade measures for the Protection of human Rights », *J.W.T.*, vol. 36, n° 2, 2002, pp. 353-403.

**BARTELS** Lorand, « The EU’s Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to LorandBartels », *E.J.I.L.*, Vol. 25, n°. 4, 2014, 1071–1091.

**BENVENISTI** Eyal, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.*, vol. 31, n° 4, 1999, pp. 843-854.

**BERMOND** Jean-Cyril, « L’œuvre du juge communautaire dans le contentieux des droits de propriété intellectuelle et industrielles », *RDAl/IBLJ*, n°3, 2004, pp. 317-343.

**BERNIER** Ivan, « Un nouvel accord international sur la diversité culturelle : objectif, contenu et articulation avec l’OMC », Deuxième rencontre internationale des organisations professionnelles de la culture, Paris, 2-4 février 2003, pp. 1-13.

**BERROD** Frédérique, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des Accords OMC: essai de régulation de la mondialisation », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 36, 2000, pp. 419-450.

**BERTRAND** Brunessen, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, pp. 6-12.

**BESELER** Ariane, « La protection intra-communautaire à l'égard des produits importés dans la CEE (Article 115) », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n°8, 1991, pp. 1119-1144.

**BHAGWATI** Jagdish, « Moral Obligations and Trade », Conference on International Trade in Omaha, décembre 1998, pp. 1-4.

**BIALOS** Jeffrey P et **SIEGEL** E. Deborah, « Dispute Resolution Under the NAFTA : The Newer and Improved Model », *The International Lawyer*, vol. 27, n° 3, 1993, pp. 603-610.

**BIUKOVIC** Ljiljana, « Transparency Norms, The World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA » *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n°1, 2012, pp. 93-107.

**BLIN** Olivier, « La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation mondiale du commerce : le contentieux des hormones », *R.T.D.E.*, n°1, 1999, pp. 43-57.

**BLOCHE** M-G, « WTO Deference to National Health Policy : Toward and Interpretive Principle », *J.I.E.L.*, vol. 5, n° 4, 2002, pp. 825-843.

**BLUMANN** Claude, « La réforme de la politique agricole commune », *C.D.E.*, n°3-4, 2004, pp. 297-335.

**BODEMER** Klaus, « Le règlement des différends », in Marie-Françoise DURAND et al. (dir.), *Vers un accord entre l'Europe et le Mercosur*, Presses de Sciences Po « académique », 2001, pp. 279-297.

**BOISSON DE CHAZOURNES** Laurence et **MBENGUE** M. Moïse, « A propos du soutien mutuel – Les relations entre le protocole de Carthagène et les accords de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, Tome 111, n°4, 2007, pp. 829-862.

**BOUDANT** Joël, « La défense commerciale dans le secteur des matières premières (Minerais et métaux non ferreux) : limites d'un système et perspectives d'évolution », *R.M.C.U.E.*, n° 390, août-septembre 1995, pp. 433-445.

**BOURGEOIS** Jacques et **SMITS** Catherine, « Politique commerciale », Paris, *Dalloz*, 2004, pp. 1-34.

**BOVIS** Christopher, « Recent case-law relating to public procurement : A beacon for the integration of public markets », *Common Market Law Review*, vol. 39, n° 5, 2002, 1025-1056.

**BOY** Laurence, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *R.I.D.E.*, vol. 17, n°s 3-4, 2003, pp. 471-493.

**BRANDTER** Barbara et **ROSAS** Allan, « Human Rights and the External Relations of the European Community : An Analysis of Doctrine and Practice », *E.J.I.L.*, n° 3, 1998, pp. 468-490.

**BRAUMAN** Rony, « La communication des ONG : une affaire d'Etats ? », *Entretien R.I.S.*, vol. 4, n° 56, pp. 109-115.

**BRUGUIERE** Jean-Michel, « Le rapprochement des notions de bien et de produit culturel », *Légicom*, n°36, 2006, pp. 9-17.

**BRUNELLE** Dorval, « La notion de déficit démocratique dans le contexte de la globalisation des marchés : le cas de la ZLEA », *Chronique de l'Observatoire des Amériques*, 2003, pp.1-3.

**BURDA** Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : Vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *R.Q.D.I.*, n° 18-2, 2005, pp. 1-38.

**BUSCH** Marc L. et **REINHARDT** Eric, « Bargaining in the Shadow of the Law: Early Settlements in GATT/WTO Disputes », *Fordham International Law Journal*, vol. 24, n° 1, 2000, pp. 158-172.

**CANAL-FORGUES** Eric, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, Tome 105, n°1, 2001, pp. 5-24.

**CANDELA SORIANO** Mercedes, L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 51, 2002, pp. 875-900.

**CANDUSSO** René, « Zimbabwe, droits de l'homme et Assemblée parlementaire conjointe ACP-UE », *Revue du marché commun*, n° 464, janvier 2003, pp. 21-23.

**CANIVET** Guy, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Archives de Philosophie du droit*, n° 50, 2006, pp. 7-31.

**CANNIZZARO** Enzo, « The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels », *E.J.I.L.*, Vol. 25, n° . 4, 2014, pp. 1093–1099.

**CARBONNIER** Jean, « Les phénomènes d'inter-normativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 42-52.

**CASS Z.** Deborah, « The "Constitutionalization" of International Trade Law : Judicial Norm Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *E.J.I.L.*, vol. 12, n° 1, 2001, pp. 39-75.

**CASTEL** Jean Gabriel, « The Uruguay Round and the Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, n° 4, pp. 834–849.

**CHARNEY** Jonathan I., « Comment : The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems : The 1982 Convention on the Law of Sea », *A.J.I.L.*, vol. 90, n° 1, 1996, pp. 69-75.

**CHARNOVITZ** Steve, « The World Trade Organization and Social Issues », *J.W.T.*, vol. 28, n°5, 1994, pp. 17-33.

**CHARNOVITZ** Steve, « Fair Trade, Fair Trade, Green Trade : Defogging the Debate », *Cornell Int'l L.J.*, vol. 27, n° 3, 1994, pp. 459-525.

**CHARNOVITZ** Steve et **WICKHAM** John, « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime », *J.W.T.*, vol. 29, n° 5, 1995, pp. 11-122.

**CHARNOVITZ** Steve, « Participation of Nongovernmental Organizations in the World Trade Organizaion », *U. Pa. J. Int'lEcon. L.*, vol. 17, n° 1, 1996, pp. 331-357.

**CHARNOVITZ** Steve, « The Moral Exception in Trade Policy », *Va J. Int'l L.*, vol. 38, n° 4, 1998, pp. 689-745.

**CHARNOWITZ** Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *J.W.T.*, vol. 25, n° 5, 1999, pp. 37-55.

**CHARNOVITZ** Steve, « An analysis of Pascal Lamy's Proposal on Collective Preferences », *J.I.E.L.*, vol. 8, n° 2, 2005, pp. 449-472.

**CLOSE** G., « Harmonisation of laws : Use or abuse of the powers under the EEC Treaty ? », *European Law Review*, n°3, 1978, pp. 461-473.

**COLARD-FABREGOULE** Catherine, « Le Global Compact : lorsque l'on reparle de la régulation de l'activité des firmes par l'ONU », *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. 10, 2009, pp. 1-11.

**COLMANT** Eric, « 14 juillet 1972, une date pour le droit de la concurrence : neuf arrêts règlent trois grandes questions. Affaires des matières colorantes : suite et fin », *R.M.C.*, n° 161, 1973, pp. 15-22.

**COMTOIS-DINEL** Eve-Lyn, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme », *Lex Electronica*, vol. 11, n°2, 2006, pp. 1-22.

**COTTIER** Thomas et **SCHEFER**Krista Nadakavukaren, « The Relationship between World Trade Organization Law, National Law and Regional Law », *J.I.E.L.*, vol. 1, n°1, 1998, pp.83-122.

**COTTIER** Thomas, « Limits to International Trade : The Constitutional Challenge », Proceeding of the 94<sup>th</sup> annual meeting, *American Society of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 220-224.

**COTTIER** Thomas, « Les tâches de l'OMC : Évolution et défis », *Revue internationale de droit économique*, Tome 18, n° 3, 2004, pp. 273-291.

**CROLEY** Steven P. et **JACKSON** John H., « WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments », *A.J.I.L.*, vol. 90, n°2, pp. 193-213.

**D'ACUNTO** Salvatore, « La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur », *Revue du Droit de l'Union européenne*, n°2, 2001, pp. 201-248.

**DAMIAN** Michelet **GRAZ** Jean-Christophe « L'Organisation mondiale du commerce, l'environnement et la contestation écologique », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 4, n° 170, 2001, pp. 657-670.



**DAVEY** William J., « Dispute Settlement in Gatt », *Fordham International Law Journal*, vol. 11, n° 1, 1987, pp.51-109.

**DAVEY** William J., « Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority ? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Use of Issue-Avoidance Techniques », *J.I.E.L.*, vol. 4, n° 1, 2001, pp. 79-110.

**DAVIS** Christina et **SHIRATO** Yuki, « Firms, Governments, and WTO Adjudication: Japan's Selection of WTO Disputes », *World Politics*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 274-313.

**DE BERNIS** Gérard, « Faut-il réguler le libéralisme? », *Économie rurale*, n° 226, 1995, pp. 24-30.

**DEBLOCK** Christian, « OMC : le déclin irréversible de la réciprocité et du multilatéralisme », *L'Économie politique*, vol. 1, n°45, 2010, p. 35-54.

**DEBLOCK** Christian, « Accords commerciaux : entre coopération et compétition », *Politique étrangère*, n°4, 2012, pp. 819-831.

**DEBLOCK** Christian, « Le régionalisme commercial. Y a-t-il encore un pilote dans l'avion ? », *Revue Interventions économiques*, n°55, 2016, pp. 1-29.

**DEBONNEUIL** Michèle, « Le libre-échange a-t-il un sens ? », *Politique étrangère*, n°2, 1993, pp. 295-307.

**DEFRAIGNE** Pierre, « Pascal Lamy estime que l'appropriation par la société civile des enjeux de la mondialisation est un progrès », *Petites Affiches*, n°116, 12 juin 2001.

**DELCOUR** Laure, « L'Union européenne : une approche spécifique du développement ? », *Mondes en développement*, vol. 4, n° 124, 2003, pp. 77-94.

**DELCOUR** Laure, « Meandering Europeanisation : EU Policy Instruments and Policy Convergence in Georgia under the Eastern Partnership », *East European Politics*, vol. 29, n° 3, 2013, p. 344-357.

**DELMAS-MARTY** Mireille, « La mondialisation du droit, chances et risques », *Recueil Dalloz*, Chr. 1999, pp. 43-48.

**DELMAS-MARTY** Mireille et **IZORCHE** Marie-Laure, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, Vol. 52, n° 4, 2000, pp. 753-780.

**DELPECH** Raphaël et **PAUGAM** Jean-Marie, « La politique commerciale de l'Union européenne. Le fédéralisme clandestin », *Politique étrangère*, n°4, 2005, pp. 743-754.

**DERIEUX** Emmanuel, « Droit économique européen des médias audiovisuels (Libéralisme économique et liberté d'information) », *Les Petites Affiches*, n° 156, 7 août 2000, pp.8-18.

**DESMEDT** Axel G, « Hormones : "Objective Assessment" and (or as) Standard of Review », *J.I.E.L.*, vol. 1, n° 4, 1998, pp. 695-698.

**DESMEDT** Axel, « ECJ Restricts Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order », *J.I.E.L.*, vol. 3, n° 1, 2000, pp.191-192.

**DESMEDT** Axel G, « Proportionality in WTO Law », *J.I.E.L.*, vol. 4, n°3, 2001, pp. 441-480.

**DE TRICORNOT** H., « Jeanneney Jean-Marcel - Pour un nouveau protectionnisme », *Revue économique*, vol. 31, n°2, 1980. pp. 371-372.

**DEVILLE** Ferdi et **GHEYLE** Niels, « How Much Is Enough? Explaining the Continuous Transparency Conflict in TTIP », *Politics and Governance*, Volume 5, n°3, 2017, pp. 16–28.

**DE WITTE** Bruno, « Non-market values in internal market legislation », in N. Nic Shuibhne (ed), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, *Edward Elgar*, 2006, pp. 61-86.

**D’HAUSSONVILLE** Jean, « Le processus d'adhésion : cet élargissement est-il le mieux préparé dans l'histoire de l'Union ? », *Pouvoirs*, vol.3, n° 106, 2003, pp. 5-39.

**DIEYE** Cheikh. T. et **HANSON** Victoria, « Clauses NPF dans les APE : une menace pour le commerce sud-sud ? », *I.C.T.S.D.*, vol. 7, n°2, mars 2008, pp. 1-3.

**DJORDJEVIC** Margareta et **O’CONNOR** Bernard « Practical Aspects of Monetary Compensations, The US – Copyright Case », *J.I.E.L.*, vol.8, n°1, 2001, pp. 127-142.

**DOLOWITZ** David et **MARSH** David, « Learning from Abroad: the Role of Policy-Making in Contemporary Policy-Making », *Governance*, vol. 13, n°1, 2000, pp.5-23.

**DONNELLY** Samuel J.M., « Reflecting on the Rule of Law, Its Reciprocal Relation with Rights, Legitimacy and Other Concepts and Institutions », *Syracuse J. Int’L. & Com.*, vol. 32, n°2, 2005, pp. 233-268.

**DU BOIS** Pierre, « L’Union européenne et les droits de l’homme », *Relations internationales*, vol.4, n° 132, 2007, pp. 33-39.

**DUFOUR** Geneviève, « Les OGM à l’OMC : résumé critique du rapport du Groupe spécial dans l’affaire *CE – Produits biotechnologiques* », *R.Q.D.I.*, Hors-série avril 2007, 2008, pp. 282-312.

**DUPUY** Pierre-Marie, « L’unité de l’ordre juridique international : cours général de droit international public (2000) », *R.C.A.D.I.*, Tome 297, 2003, pp. 9-489.

**DUPUY** Pierre-Marie, « Un débat doctrinal à l’ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *E.J.L.S.*, vol. 1, n° 1, 2007, pp. 1-19.

**DUTHEIL DE LA ROCHERE** Jacqueline, « L’ère des compétences partagées. A propos de l’étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *R.M.C.U.E.*, n° 390, août-septembre 1995, pp. 461-470.

**EECKHOUT** Piet, « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, vol. 5, n°1, 2002, pp. 91- 110.

**EHLERMANN** Claus-Dieter, « Six Years on the Bench of the "World Trade Court" : Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *J.W.T.*, vol. 36, n°4, 2002, pp.605-639.

**EHLERMANN** Claus-Dieter et **LOCKHART** Nicolas, « Standard of Review in WTO Law », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, pp. 491-521.

**ESTY** Daniel C, « Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization : Cooperation, competition or exclusion », *J.I.E.L.*, vol. 1, n°1, 1998, pp. 123-147.

**FARCHY** Joëlle, « Promouvoir la diversité culturelle. Les limites des formes actuelles de régulation », *Questions de communication*, 2008, pp. 171-195.

**FARJAT** Gerard, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *R.I.D.E.*, Tome 17, n° 3-4, 2003, pp. 511-531.

**FEDDERSEN** Christoph T., « Focusing on Substantive Law in International Economic Relations : The Public Morals of GATT's Article XX (a) and "Conventional" Rules of Interpretation », *Minn. J. Global Trade*, vol. 7, n°1, 1998, pp. 75-122.

**FISCHLER** Frantz, « Le Commissaire Frantz Fischler répond aux questions de la Revue sur : « La réforme de la PAC », *R.M.C.U.E.*, n°461, septembre 2002, pp. 501-504.

**FLORY** Thiébaud et **MARTIN** Frédéric-Paul, « Remarques à propos des avis 1/94 et 2/92 de la Cour de justice des Communautés européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune », *C.D.E.*, n° 3-4, 1996, pp. 377-400.

**FOCSANEANU** Lazar, « Les pratiques commerciales restrictives et le droit international », *AFDI*, vol. 10, 1964. pp. 267-302.

**FONTANEL** Jacques, « L'essor des organisations économiques internationales : régionalisation vs globalisation », *Annuaire Français des Relations Internationales*, vol. 8, 2007, pp. 764-774.

**FOUGIER** Eddy, « Les groupes contestataires français », in *La Documentation française, Le mouvement altermondialiste, Problèmes politiques et sociaux*, n° 897, février 2004, pp. 25-28.

**FOURET** Julien et **PROST** Mario, « La multiplication des juridictions internationales : De la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure », *R.Q.D.I.*, vol. 15, n° 2, 2002, pp. 117- 138.

**FRANCOIS** Joseph, **HORN** Henrik et **KAUNITZ** Niklas, « Trading Profiles and Developing Country Participation in the WTO Dispute Settlement System », *ICTSD*, Issue Paper, n°6, 2008, pp. 1-58.

**FREEMAN** Harry L., « A Slam Dunk [el ] : How Section 301 Could Survive Under the New World Trade Organization », *The international economy*, 1994, n° 2, pp. 43-47.

**GABDIN** Daniel, « Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *Juris-classeur*, 2003, fascicule 2330.

**GAGNÉ** Gilbert, « Le règlement des différends », in Dorval **BRUNELLE** et Christian **DEBLOCK** (dir.), *L'ALENA le libre-échange en défaut*, *Fides*, 2003, pp. 299-323.

**GARCIN** Thierry, « Les droits de l'homme à l'épreuve de l'universalité », *Relations internationales*, vol. 4, n° 132, 2007, pp. 41-50.

**GATEAUX** Valérie et **HEITZ** Jean-Michel, « L'accès aux médicaments : un défi pour l'industrie pharmaceutique », *Humanisme et Entreprise*, vol.1, n° 286, 2008, pp. 13-28.

**GERHART** Peter M, « The World Trade Organization and Participatory Democracy : The Historical Evidence », *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 37, n°4, 2004, pp. 897-934.

**GERMANN** Christophe, « Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO à l'exemple du cinéma », *Revue internationale de droit économique*, Tome 18, n° 3, 2004, pp. 325-354.

**GOLDSTEIN** Judith et **MARTIN** Lisa L., « Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note », *International Organization*, vol. 54, n°3, 2000, pp. 603-632.

**GOURNAY** Bernard, « Exception culturelle et mondialisation », Paris, *Presses de Sciences Po*, 2002, 131 pages.

**GOUTTEFARDE** Fabien, « Les Communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *R.Q.D.I.*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 33-80.

**GRAHAM** William C, « Dispute Resolution in the Canada-United-States Free Trade Agreement : One Element of a Complex Relationship », *Revue de droit de McGill*, vol. 37, n°2, pp. 545-552.

**GRAVE** Jean-Michel, « L'origine dans les régimes commerciaux préférentiels de la Communauté : une réforme impossible ? », *Revue des Affaires Européennes*, n° 4, 2005, pp. 587-603.

**GRUGEL** Jean B, « New Regionalism and Modes of Governance – Comparing US and EU Strategies in Latin America », *European Journal of International Relations*, vol. 10, Issue 4, 2004, pp. 603- 626.

**GUIGNER** Sébastien, « L'Odyssée de l'administration européenne de la santé : la quête d'un leadership », *Politique européenne*, n° 11, 2003, pp. 31-56.

**GUILLENTEGUY** Laura et **GHIO** Clara, « L'Union européenne et les négociations de l'Accord sur le commerce des services (ACS) – Trade in Services Agreement (TiSA) », *Revue Interventions économiques*, n° 55, 2016, pp. 1-19.

**HABEL** Janette, « La Havane sous la pression de la loi Helms-Burton – Miser sur l'Eglise pour sauver la révolution cubaine ? », *Le Monde diplomatique*, février 1997, pp. 22-23.

**HAFNER** Gerhard, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, pp. 849-863.

**HAGE** Robert, « Dispute Settlement under the Canada-United States Free Trade Agreement », *Annuaire canadien de Droit international*, vol. 28, 1991, pp. 3641-378.

**HAHN** Michael J., « Vital Interests and the Law of GATT : An Analysis of GATT's Security Exception », *Mich. J. Int'l L.*, n° 3, 1991, pp. 558-620.

**HAMMAMOUN** Saïd, « Droits de l'homme et conditionnalité dans les accords de coopération de l'Union européenne : quelle logique juridique ? », *Revue générale de droit*, vol. 40, n°1, 2010, pp. 145-178.

**HEINEMANN** Andreas, « La nécessité d'un droit mondial de la concurrence », *R.I.D.E*, Tome 18, n°3, 2004, pp. 293-324.

**HERMITTE** Marie-Angèle, « Application extraterritoriale des règles de concurrence (oui) », *Chronique de la jurisprudence de la CJCE : concurrence*, *J.D.I*, n°2, 1989, pp. 432-434.

**HILLMAN** Jennifer, « An Emerging International Rule of Law?-TheWTO Dispute Settlement System's Role in its Evolution », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 42, n°2, 2011, pp. 269-284.

**HOANG** Ha Haiet **SICURELLI** Daniela, « The EU's preferential trade agreements with Singapore and Vietnam. Market vs. Normative imperatives », *Contemporary Politics*, vol. 23, n°4, 2017, pp. 369-387.

**HOEBINK** Paul, « Cohérence des politiques de développement de l'Union européenne », *Tiers-Monde*, Tome 41, n°164, 2000, pp. 885-902.

**HOWSE** Robert, « From Politics to Technocracy – and Back Again : The Fate of the Multilateral Trading Regime », *Symposium : The Boundaries of the WTO*, *A.J.I.L.*, vol. 96, n°1, 2002, pp. 94-117.

**HORLICK** Gary N, « The US-Canada FTA and GATT Dispute Settlement Procedures. The Litigant's View », *J.W.T*, vol. 26, n° 2, 1992, pp. 5-15.

**HORN** Henrik et **MAVROIDIS** Petros C., « Economic and Legal Aspects of the Most Favoured Nation Clause », *Discussion Paper n°2859*, Londres, Center for Economic Policy Research, 2001, 53 pages.

**HORN** Henrik et **MAVROIDIS** Petros C., « Still Hazy after All these Years : The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-Law on Tax Discrimination », *E.J.I.L.*, vol. 15, n° 1, 2004, pp. 39-69.

**HOUSMAN** Robert F, « Democratizing International Trade Decision-making », *Cornell Int'l L. J.*, vol. 27, n°3, 1994, pp. 699-747.

**HUBSCHMID** Claudia et **MOSER** Peter, « The co-operation procedure in the EU : Why was the European Parliament influential in the decision on car emission standards ? », *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, n°2, 1997, pp. 225-242.

**HUDEEC** Robert E « GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business », *Cornell International Law Journal*, n° 13, 1980, pp. 145–204.

**HUDEEC** Robert E., « GATT/WTO Constraints on National Regulation : Requiem for an « Aim and Effects Test », *Int'l Lawyer*, vol. 32, n° 3, 1998, pp. 619-649.

**HUTH** Paul et **TODD** Allee, « Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Power Political Cover », *American Political Science Review*, vol.100, n° 2, 2006, pp. 219-234.

**IMBERT** Pierre-Henry, « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1989, n° 1, pp. 34-50.

**JACKSON** John H., « Perspectives on the Jurisprudence of International Trade : Costs and Benefits of Legal Procedures in the United States », *Michigan Law Review*, vol. 82, n°5/6, 1984, pp. 1570-1587.

**JACKSON** John H., « Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Considerations », School of Public Policy, University of Michigan, Discussion Paper, n° 419, 1998, pp. 2-3.

**JACKSON** John H., « The Varied Policies of International Juridical Bodies : Reflections on Theory and Practice », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, pp. 869-878.

**JANSEN** B. et **LUGARD** M., « Some Considerations on Trade Barriers Erected for Non-Economic Reasons and WTO Obligations », *J. Int'l L.*, vol.2, n°3, 1999, pp. 530-536.

**JARROSSON** Charles, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, n°2, 1997, pp. 325-345.

**JAVELOT** Sylvie et **SIROEN** Jean-Marc, « Les nouveaux instruments de politique commerciale », *Revue économique*, vol. 45, n° 3, 1994, pp. 487-500.

**JEANTET** Fernand Charles, « Regard sur l'action de la CEE dans la police de la concurrence internationale », Doctrine, *La Semaine juridique*, Edition générale, 1990 I et II, n° 3426.

**JENNAR** Raoul Marc, « Ces accords que Bruxelles impose à l'Afrique », *Le Monde diplomatique*, 1<sup>er</sup> février 2005.

**JOERGES** Christian et **RÖDL** Florian, « "Social market economy" as Europe's social model ? », *EUI Working Paper LAW*, n° 8, 2004, pp. 1-25.

**JOURDAN** Gérard, « Peut-on parler de politique communautaire en matière commerciale ? », *Annales des Mines*, Série « Réalités industrielles », février 1994, pp. 21-29.

**KALLA** Patricia, « The GATT Dispute Settlement Procedure in the 1980s: Where do we go From Here? », *Dickinson Journal of International Law*, vol. 5, n° 1, 1986, pp. 82-101.

**KAREN** Alter et **MEUNIER** Sophie, « Nested and Overlapping Regimes in the Transatlantic Banana Dispute », *Journal of European Public Policy*, vol. 1, n°3, 2006, pp. 362-382.

**KARYDIS** Georges Sp., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *R.T.D.E.*, vol. 30, n° 4, 1994, pp. 551-560.

**KAZZI** Habib, « Le principe de transparence dans les accords OMC », *R.G.D.I.P.*, vol. 114, n°4, 2010, pp. 703-722.

**KLEBES-PELISSIER** Anne, « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine : à propos de l'affaire section 301 du Trade Act de 1974 (Communauté européenne c/ Etats-Unis », *WT/DS152/R*, 30 novembre 1998), *R.T.D.E*, n°2, 2002, pp. 183-207.

**KOLB** Robert, « La bonne foi en droit international public », *R.B.D.I.*, n°2, 1998, pp. 661-732.

**KONO** Daniel, « Optimal Obfuscation: Democracy and Trade Policy Transparency », *American Political Science Review*, vol. 100, n°3, 2006, pp. 369-384.

**KOSKINNIEMI** Martti, « Le droit international et la voie de l'éducation juridique : entre "constitutionnalisme" et "gestionnariat " », *E.J.L.S.*, vol. 1, n°1, 2007, pp.1-21.

**KOVAR** Robert, « La mise en place d'une politique commerciale commune et les compétences des Etats membres de la Communauté économique européenne en matière de relations internationales et de conclusion des traités », *A.F.D.I.*, v. 16, 1970. pp. 783-828.

**KUIJPER** Pieter J., « The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community », *J.W.T.*, vol. 29, n°6, 1995, pp. 49-76.

**LAÏDI** Zaki, « Après Cancun : l'OMC en danger ? », *Critique internationale*, vol. 4, n° 21, 2003, pp. 33-41.

**LANFRANCHI** Marie-Pierre, « L'affaire CE-Produits biotechnologiques : éléments du débat judiciaire », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n°2, 2008, pp. 129-145.

**LAROCHE-DUPRAZ** Catherine, « Vers une nouvelle réforme de l'organisation commune de marché de la banane », *Economie rurale*, 2001, n°261, pp. 63-76.

**LAUREOTE** Xavier, « A propos de l'illicéité internationale de la loi Helms-Burton », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n°11, 1999, pp. 105-132.

**LEBULLENGER** Joël, « La rénovation de la politique de développement de la Communauté », *Revue trimestrielle de droit européen*, n°30, 1994, pp. 631-663.

**LEBULLENGER** Joël, « Les dispositions commerciales de l'accord de partenariat ACP/CE de Cotonou confrontées aux règles de l'OMC », *Revue des Affaires Européennes*, n°1, 2001-2002, pp. 75-91.

**LEBULLENGER** Joël, « Les mécanismes de règlement des litiges des accords externes de l'Union européenne et de l'ALENA », *R.G.D.I.P.*, 2014, p. 241-291.

**LEON-DUFOUR** Sixtine, « En marge de l'OMC, les accords fleurissent », *Le Figaro*, 11 septembre 2006.

**LESGUILLONS** Henry, « Origines et développements du Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *RDAI/IBLJ*, n°8, 2000, pp. 959-998.

**LINDROOS** Anja, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, n° 1, 2005, pp. 27-66.

**LINDROOS** Anja et **MEHLING** Michael, « From Autonomy to Integration? International Law, Free Trade and the Environment », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, n° 3, 2008, pp. 253-273.

**LOUNGNARATH** Vilaysoun et **STEHLY** Cécile, « Le mécanisme général de règlement des différends dans l'ALENA et le système OMC : le régionalisme est-il vraiment préférable au multilatéralisme ? », *Revue Juridique Thémis*, vol. 32, n° 3, 1998, pp. 753-816.

**MAGHRITI** Mustapha, « La Zone de libre-échange continentale africaine ZLECA, le marché mondial du siècle ? Quels sont les préalables ? », *LesEchos*, 2 mai 2018.

**MALJEAN-DUBOIS** Sandrine, « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres principes et instruments internationaux ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n°2, 2008, pp. 159-169.

**MARCEAU** Gabrielle, « A Call for Coherence in International Law : Praises for Prohibition against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement », *J.W.T.*, vol. 33, n°5, 1999, pp. 87-152.

**MARCEAU** Gabrielle et **STILWELL** Matthew, « Practical Suggestions for AmicusCuriae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies », *J.I.E.L.*, vol. 4, n°1, 2001, pp. 155-187.

**MARCEAU** Gabrielle, et **TRACHTMAN** Joël P., « A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods : The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade », *J.W.T.*, vol. 48, n°2, 2014, pp. 351-432.

**MATAMBALYA** Francis A.S.T. et **WOLF** Susanna, « The Cotonou agreement and the challenges of making the new EU – ACP trade regime WTO compatible », *J.W.T.*, vol. 35, n° 1, 2001, pp. 123-144.

**MATHENY** Richard L., « In the Wake of the Flood : "Like Products" and Cultural Products after World Trade Organization's Decision in Canada certain measures concerning Periodicals », *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, pp. 245-278.

**MATTELART** Armand, « Exception ou spécificité culturelle : les enjeux du GATT », Paris, *Encyclopédia Universalis*, 1995, pp. 138-141.

**MATTERA** Alfonso, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle, instruments au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *R.M.U.E.*, n° 4, 1992, pp.3-71.

**MAVROIDIS** Petros C. et **PALMETER** Daniel, « The WTO Legal System : System of Law », *A.J.I.L.*, vol. 92, n°3, 1998, pp. 398-413.

**MBENGUE** M. Moïse et **THOMAS** Urs P., « Le codex Alimentarius, le protocole de Cartagena et l'OMC : une relation triangulaire en émergence ? », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLII, 2004, n°130, pp. 229-248.

**MCDORMAN** Ted L, « International Trade Law Meets International Fisheries Law : The Canada-US Salmon and Herring Dispute », *Journal of International Arbitration*, vol. 7, n° 4, 1990, pp. 107-121.



- MCNELIS** Natalie, « The Role of the Judge in the EU and WTO : Lessons from the BSE and Hormones Cases », *J.I.E.L.*, vol. 4, n°1, 2001, pp. 189-208.
- MCNIEL** Dale E, « The First Case under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement: The European Union's Hormone Ban », *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 89–111.
- MEUNIER** Sophie et **RAWI** Abdelal « La Règle du Jeu : France and the Paradox of Managed Globalization », *Communication présentée au Annual Meeting of the American Political Science Association*, 30 août-3 septembre 2006, pp. 1-31.
- MFUKA** Claude, « Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques : le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *Revue d'économie industrielle*, n°99, 2002, pp. 191-214.
- MILLIOT** David M, "Le transrégionalisme : nouvelle frontière du régionalisme ?", *Annuaire Français des Relations Internationales*, volume V, 2004, pp. 35-50.
- MOCKLE** Daniel, « L'évincement du droit par l'avènement de son double : les mécanismes néoréglementaires en droit public », *Les Cahiers de Droit*, vol. 44, n°3, 2003, pp. 297-360.
- MONNIER** Pierre et **RUIZ FABRI** Hélène, « L'Organisation mondiale du commerce. Chronique de règlement des différends (chr.5) », *J.D.I.*, n°3, 2010, pp.911-953.
- MUSITELLI** Jean, « L'invention de la diversité culturelle », *A.F.D.I.*, 2005, pp. 512-523.
- NEFRAMI** Eleftheria, « Quelques réflexions sur la réforme de la politique commerciale par le traité d'Amsterdam : le maintien du statu quo et l'unité de la représentation internationale de la Communauté » *C.D.E.*, n° 1-2, 1998, pp. 137-159.
- NEFRAMI** Eleftheria, « La politique commerciale commune selon le traité de Nice », *C.D.E.*, n° 5-6, 2001, pp. 605-646.
- NEFRAMI** Eleftheria, « L'Union européenne et les accords de libre-échange « nouvelle génération » », *Annuaire Français des Relations Internationales*, vol. XIX, 2017, [A paraître].
- NEUMAYER** Eric, « The WTO and the Environment : Its Past Record is Better than Critics Believe, But the Future Outlook is Bleak », *Global environmental politics*, 2004, pp. 1-8.
- NICHOLS** Philip M, « Extension of Standing in World Trade Organization Disputes to Nongovernmental Parties », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n°10, 1996, pp. 295-329.
- NICHOLS** Philip M., « GATT Doctrine », *Virginia J. Int'l L.*, vol. 36, n°2, 1996, pp. 379-466.
- NICOLAS** Françoise, « Mondialisation et intégration régionale, des dynamiques complémentaires », *La Documentation française*, coll. « Cahiers français » n° 317, Paris, 2003, pp. 59-63.
- NOIVILLE** Christine, « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce : le cas du commerce alimentaire », *JDI.*, vol. 127, n° 2, 2000, pp. 263-297.
- NOUVEL** Yves, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *A.F.D.I.*, vol. 47, 2001, pp. 461-474.

- NOUVEL** Yves, « L'unité du système commercial multilatéral », *A.F.D.I.*, vol. 46, 2000, pp. 654-670.
- NOYES** John E, « The International Tribunal for the Law of the Sea », *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n°1, 1999, pp. 109-132.
- OESCH** Matthias, « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », *J.I.E.L.*, vol. 6, n° 3, 2003, pp. 635-659.
- ODULARU** Gbadebo et **TAMBI** Emmanuel, « L'établissement des normes pour le commerce international des produits agricoles : promouvoir la participation de l'Afrique », *I.C.T.S.D*, Eclairage sur les négociations, vol. 10, n° 9, décembre 2011, pp. 8-9.
- PAUWELYN** Joost, « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes *EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals* », *J.I.E.L.*, vol. 2, n° 4, 1999, pp. 641-664.
- PAUWELYN** Joost, « How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law ? Question of Jurisdiction and Merits », *J.W.T.*, vol. 37, n°6, 2003, pp. 997-1030.
- PAUWELYN** Joost, « Bridging Fragmentation and Unity : International Law as a Universe of Inter-Connected Islands », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, pp. 903-916.
- PAUWELYN** Joost, « The Sutherland Report : A Missed Opportunity for Genuine Debate on Trade, Globalization and Reforming the WTO », *J.I.E.L.*, vol. 8, n°2, 2005, pp. 329-346.
- PAUWELYN** Joost, « The Transformation of World Trade », *Michigan Law Review*, vol. 104, n°1, 2005, pp.1-66.
- PAYE** Olivier, « La protection de l'environnement dans le système du GATT », *R.B.D.I.*, n°1, 1992, pp. 67-103.
- PAYE** Olivier, « L'OMC et la protection de l'environnement », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 23, n° 1528, 1996, pp. 1-41.
- PEEL** Jacqueline, « A GMO by Any Other Name.... Might Be an SPS Risk ! Implications of Expanding the Scope of WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement », *E.J.I.L.*, vol. 17, n°5, 2007, pp. 1009-1031.
- PERREZ** Franz X, « The Mutual Supportiveness of Trade and Environment », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 100, 2006, pp. 26-29.
- PESCATORE** Pierre, « Les relations extérieures des Communautés européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 103, 1961, pp. 1-244.
- PESCATORE** Pierre, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *C.D.E.*, vol. 14, n° 4, 1978, pp. 387-406
- PESCATORE** Pierre, « Le commerce de l'art et le marché commun », *R.T.D.E.*, vol. 21, n°3, 1985, pp. 451-462.

**PESCATORE** Pierre, « The GATT Dispute Settlement Mechanism. Its Present Situation and its Prospects », *Journal of World Trade*, vol. 27, n°1, 1993, pp. 5-20.

**PETERSMANN** Ernst U, « The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948 », *Common Market Law Review*, vol. 31, n° 6, 1994, pp. 1157-1244.

**PETERSMANN** Ernst-Ulrich, « Challenges to the Legitimacy and Efficiency of the World Trading System : Democratic governance and Competition culture in the WTO : Introduction and Summary », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, pp. 585-603.

**PETERSMANN** Ernst-Ulrich, « The "Human Rights Approach" Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization : Is it Relevant for WTO Law and Policy ? », *J.I.E.L.*, vol. 7, n°3, 2004, pp. 605-627.

**PETIT** Yves, « L'agriculture, pomme de discorde entre l'Union européenne et les Etats-Unis », *R.T.D.E.*, 2004, pp. 599-620.

**PIRIOU** Marie-Pierre, « L'affaire des colorants », *Cahiers de Droit européen*, n°1, 1973, pp. 37-63.

**POILLOT PERUZZETTO** Sylvaine, « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », *Petites Affiches*, n° 199, 24 octobre 2003, pp. 17-31.

**POLLACK** Mark A., « Representing diffuse interests in EC policy-making », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n° 4, 1997, pp. 572-590.

**PRINCEN** Sebastian, « EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics », *E.J.I.L.*, vol. 15, n°3, 2004, pp. 555-574.

**RANJEVA** Raymond, « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *R.C.A.D.I.*, Tome 270, 1997, pp. 9-105.

**RAPOPORT** Cécile, « Typologie des accords externes de l'Union européenne », *R.D.P.*, n°6, 2016, p. 1695-1710.

**REIF** Timothy M. et **ECKERT** Julie, « Courage You Can't Understand : How to Achieve the Right Balance between Shaping and Policing Commerce in Disputes before the World Trade Organization », *Col. J. Trans. L.*, vol. 42, n°3, 2003-2004, pp. 657-714.

**REISMAN** Michael et **WIEDMAN** Mar, « Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanism. Some Hypothesis and Their Applications in the Uruguay Round and NAFTA », *J.W.T.*, vol. 29, n° 3, 1995, pp. 5-38.

**RICARD** Philippe, « L'Union européenne veut placer l'Asie au coeur de sa politique commerciale », *Le Monde*, 11 septembre 2006.

**RICHEZ-BAUM** Béatrice, « Le retour du dialogue transatlantique sur la scène internationale », *R.M.C.U.E.*, n° 509, 2007, pp. 345-348.

**RIDEAU** Joël, « Groupes de pression et administration dans la Communauté européenne », *Annuaire européen d'administration publique*, 1992, pp. 205-247.

**RIDEAU** Joël, « Les groupes d'intérêt dans le système institutionnel communautaire », *Revue des Affaires Européennes*, 1993, n°3, pp. 49-73.

**RIOUAL** Sandrine, « « La guerre de la banane ». De la suprématie des firmes à la réforme de la Convention de Lomé ? », *Politique africaine*, vol. 3 n° 75, 1999, pp. 118-130.

**ROUCOUNAS** Emmanuel, « Facteurs privés et droit international public », *R.C.A.D.I*, Tome 299, 2002, pp. 9-420.

**RUIZ-FABRI** Hélène, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, n°3, 1997, pp. 709-755.

**RUIZ-FABRI** Hélène, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P*, Tome 103, n°1, 1999, pp. 49-127.

**RUIZ-FABRI** Hélène, « Chronique du règlement des différends de l'OMC (1996-1998) », *J.D.I.*, vol. 126, n° 2, 1999, pp. 453-506.

**RUIZ-FABRI** Hélène, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, n°3, 2000, pp.605-645.

**RUIZ-FABRI** Hélène, « Chronique de règlement des différends de l'OMC (2000) », *J.D.I.*, vol. 128, n° 3, 2001, pp. 901-953.

**RUIZ-FABRI**, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp.881-901.

**RUIZ FABRI** Hélène, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, pp. 39-83.

**RUIZ-FABRI** Hélène, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *R.G.D.I.P.*, Tome 111, n°1, 2007, pp. 43-88.

**SALAH** Mohamed et **MAHMOUD** Mohamed, « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », *J.D.I.*, n°3, 1996, pp. 612-650.

**SAMPSON** Gary P, « Is There a Need for Restructuring the Collaboration among the WTO and UN Agencies so as to Harness their Complementarities ? », *J.I.E.L.*, vol. 7, n° 3, 2004, pp. 717-727.

**SANDRETTO** René, « Le protectionnisme au tournant du siècle : opacité et furtivité », *Études internationales*, vol. 29, n° 2, 1998, pp. 349-364.

**SANDS** Philippe, « "Unilateralism", Values, and International Law, *E.J.I.L.*, vol. 11, n°2, 2000, pp. 291-302.

**SANG WOOK** Daniel H., « Decentralized Proliferation of International Judicial Bodies », *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 16, n° 1, 2006, pp. 101-122.

**SANTANDER** Sebastian, « Entre globalisation et régionalisme : la stratégie de coopération inter-régionale Union-européenne-MERCOSUR », *A.F.R.I.*, vol. 2, 2001, pp. 524-535.

**SANTISO** Carlos, Good Governance and Aid Effectiveness: The World Bank and Conditionality, *The Georgetown Public Policy Review*, vol. 7, n° 1, 2001, pp. 1-22.

**SAUNDERS** J., « Trade and Environment : The Fine Line between Environmental Protection and Environmental Protectionism », *Int'l J.*, vol. 47, n° 4, 1992, pp. 723-750.

**SCHAUB** Alexander, « La politique européenne de concurrence : objectifs et règles », *Les Petites affiches*, n° 220, novembre 2001, pp. 11-20.

**SCHOPPA** Léonard J, « Two-Level Games and Bargaining Outcomes: Why Gaiatsu Succeeds in Japan in Some Cases but not Others », *International Organization*, vol. 47, n°3, 1993, pp. 353-386.

**SEILLIERE** Ernest-Antoine, « La Commission ne doit pas se laisser engluer dans le climat d'attentisme actuel », *La Tribune*, 21 septembre 2006.

**SHAFFER** Gregory, « The World Trade Organization under Challenge : Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environmental Matters », *Harvard Environmental Law Review*, vol. 25, n° 1, 2001, pp. 1-93.

**SHANY** Yuval, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law ? », *E.J.I.L.*, vol. 16, n° 5, 2006, pp. 907-940.

**SHELTON** Dinah, « The Participation of Nongovernmental Organization in International Proceedings », *A.J.I.L.*, vol. 88, n°4, 1994, pp. 611-642.

**SICURELLI** Daniela « The EU as a Promoter of Human Rights in Bilateral Trade Agreements: The Case of the Negotiations with Vietnam », *Journal of Contemporary European Research*, vol. 11, n°2, 2015, pp. 230-245.

**SIMMA** Bruno, « Fragmentation in a Positive Light », Symposium : Diversity or Cacophony ? New Sources of Norms in International Law, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n°4, 2004, pp. 845-847.

**SIMON** Denys, **LEONARD** Gérard et **KOVAR** Robert, « La mise en œuvre de la politique commerciale commune : passage de la période de transition à la période définitive », *R.T.D.E.*, 1971, n° 1, pp. 107-130.

**SMIS** Stefaan et **VAN DER BORGHI** Kim, « The EU-US Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts », *A.J.I.L.*, 1999, vol. 93, n° 1, pp. 227-236.

**SNYDER** Francis, « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Modern Law Review*, 1993, n° 56, pp. 19-54.

**SPELLISCY** Shane, « The Proliferation of International Tribunals : A Chink in th Armor », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, n° 1, 2001, pp. 143-175.

**SPIPKER** Gabriele, « Compliance with WTO Dispute Rullings », *Working Paper*, n° 2011/25, 2012, pp.2-20.

**STEGER** Debra P., « Afterword : "The Trade and..." Conundrum – A Commentary », *AJIL*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 135-145.

**STEINBERG** Richard H., « Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints », *A.J.I.L.*, vol. 98, n°2, 2004, p. 247-275.

**STERN** Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, volume 32, 1986, pp. 7-52.

**STERN** Brigitte, « L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et quelques autres... », *A.F.D.I.*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.

**STERN** Brigitte, « Etats et souveraineté : la souveraineté de l'Etat face à la mondialisation », in Yves Michaud (dir.), *Université de tous les savoirs. Qu'est-ce que la société ?*, vol. 3, Paris, *Edile Jacob*, 2000, pp. 828-839.

**STERN** Brigitte, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, Tome 107, n°2, 2003, pp. 257-303.

**SUR** Serge, « La convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *R.G.D.I.P.*, n°1, 1999, pp. 29-45.

**SUTHERLAND** Peter D., « L'organisation mondiale du commerce : son rôle et ses liens avec les organisations de Bretton Woods », *Revue d'économie financière*, Hors-série, 1994, pp. 315-318.

**TALLBERG** Jonas, « Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union » *International Organization*, vol. 56, n° 3, 2002, pp. 609-643.

**TANCREDI** Antonello, « EC Practice in the WTO: How Wide is the "Scope for Manoeuvre"? », *E.J.I.L.*, vol. 15, n°5, 2004, p. 940.

**THEROUX** Eric, « Du Traité de réciprocité à l'Accord de libre-échange », *Revue Juridique Thémis*, vol. 25, 1991, pp. 261-268.

**TIMMERMANS** Christiaan W.A., « L'Uruguay Round : sa mise en œuvre par la Communauté européenne », *R.M.U.E.*, n° 4, 1994, pp. 175-183.

**TRACHTMAN** Joël P., « The Domain of WTO Dispute Resolution », *H.I.L.J.*, vol. 40, n°2, 1999, pp. 303-378.

**TRACHTMAN** Joël P., « Institutional Linkage : Transcending "Trade and..." », Symposium : The Boundaries of the WTO, *A.J.I.L.*, vol. 96, n°1, 2002, pp. 77-93.

**TROTMAN** Leroy, « The WTO : The Institutional Contradictions », in Mike MOORE (dir.), *Doha and Beyond. The Future of the Multilateral Trading System*, Cambridge University Press, 2004, pp. 19-25.

**TULMETS** Elsa, « Analyser l'exportation des normes au-delà de l'Union européenne. Pour une approche éclectique », *Politique européenne*, vol.4, n° 46, 2014, p. 8-32.

**TULMETS** Elsa, « L'exportation des normes « molles » dans la politique extérieure de l'UE. Un ou plusieurs modèles ? », *Politique européenne*, vol. 4, n° 46, 2014, pp. 34-58.

**TURP** Daniel « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends », *A.F.D.I.*, vol. 38, 1992, pp.808-832.

**UNDERDAL** Arild, « Explaining Compliance and Defection:ThreeModels », *European Journal of International Relations*, vol. 4, n°1,1998, pp. 5-30.

**VANDER SHUEREN** Paulette, « New anti-dumping rules and practice : wide discretion held on a tight leash ? », Pays-Bas, *Common Market Law Review*, vol. 33, n° 2, 1996, pp. 271-297.

**VASQUEZ** Carlos Manuel, « The Four Doctrines of Self-Executing Treaties », *A.J.I.L.*, n° 89, 1995, pp. 695-723.

**VARELLA** Marcelo Dias, « Le rôle des organisations non gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *J.D.I.*, n° 1, 2005, pp. 41-76.

**WEILER** Joseph H.H., « The Transformation of Europe », *Yale L.J.*, vol. 100, n°8, 1991, pp. 2466-2477.

**VERUE** Robert, « Règles d'origine et politique commerciale », Intervention présentée à l'occasion de la Conférence sur l'avenir des Règles d'origine organisée par l'Organisation Mondiale des Douanes., Bruxelles 26 et 27 janvier 2004.

**VILMART** Christine, « La compétence de la Communauté européenne en matière de protection de la propriété intellectuelle : quelques réflexions sur l'avis 1/94 de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 novembre 1994 », *Gazette du Palais*, n° 47, 1995, pp. 222-229.

**VON BOGBANDY** Armin, « Law and Politics in the WTO : Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 609-674.

**VOUDOURI** Daphné, « Circulation et protection des biens culturels dans l'Europe sans frontières », *R.D.P.*, 1994, pp. 479-524.

**VREELAND** James R, « Why Do Governments and the IMF Enter into Agreements? Statistically Selected Cases », *International Politica Science Review*, vol. 24, n°3, 2003, pp.321-343.

**WISE** Timothy A et al. « Le développement est-il de retour dans le cycle de Doha ? », *L'Économie politique*, vol.1, n° 45, 2010, pp. 55-69.

**WITMEUR** Renaud, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *R.I.D.E.*, Tome 26, n°3, 2012, pp. 237-268.

**WOLFGANG** Alschner, « Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System », *World Trade Review*, 2014, pp.1-38.

**ZEITLER** Helge E, « "Good faith" in the WTO Jurisprudence : Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism ? », *J. Int'l Econ. L.*, vol.8, n°3, 2005, p. 721-758.

**ZLEPTNIG** Stefan « The Standard of Review in WTO Law : An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority », *European Integration Online Paper*, vol. 6, n° 17, 2002, pp. 1-33.

**ZONNENKEYN** Gaert A, « The Appellate Body's Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case, *J.W.T.*, vol. 35, n°3, 2001, pp. 553-563.

## B. Chapitres d'ouvrage

**AUGENSTEIN** Daniel et **KINLEY** David, « When Human Rights “Responsibilities” become “Duties”: The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations », in S. Deva and D. Bilchitz (eds), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013, pp.271-294.

**BELLEY** Jean-Guy, « Une métaphore chimique pour le droit », in Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J, coll. « Droit et société », n° 16, 1996, pp. 7-20.

**BENVENISTI** Eyal, « Welfare and Democracy on a Global Level : The WTO as a Case Study », in Eyal BENVENISTI et Georg NOLTE (dir.), *The Welfare State, Globalization and International Law*, Berlin, Springer, 2004, pp.343-360.

**BERTEN** Ignace, « L'Union européenne et sa politique étrangère : un projet politique animé de valeurs ? », in Christian FRANCK et Geneviève DUCHENNE (dir.), *L'action extérieure de l'Union européenne : rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, Actes de la XIème Chaire AGC – Glaverbel d'études européennes, *Etudes Européennes Louvain*, n°1, 2008, pp.322-385.

**BEVIGLIA ZAMPETTI** Amerigo, « A Rough Map of Challenges to the Multilateral Trading System at the Millenium », in R.B. PORTER et autres (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D.C., Brooking institution Press, 2001, pp. 34-49.

**BLUMANN** Claude, « La Commission, agent d'exécution du droit communautaire. La comitologie », in Jean-Victor LOUIS et Denis WAELEBROECK (dir.), *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes*, Institut d'Etudes européennes, Coll. « Etudes européennes », 1989, pp. 49-70.

**BOISSON DE CHAZOURNES** Laurence, « Gouvernance et régulation au 21<sup>ème</sup> siècle : quelques propos iconoclastes », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Rostane MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* coll. « Travaux en droit international et européen », Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 19-40.

**BOYLE** Alain, « The Proliferation of International Jurisdictions and its Implications for the Court », in Derek BOWETT et al. (dir.), *The International Court of Justice : Process, Practice and Procedure*, British Institute of International and Comparative Law, 1997, pp. 124-125.



**BRIGGS** Lewis, « Conserving "Exhaustible Naturel Resources" : The Role of Precedent in the GATT Article XX (g) Exception », in E. BROWN WEISS et J. H. JACKSON (dir.), *Reconciling Environment and Trade*, New York, *Transnational Publishers*, 2008, pp. 265-298.

**BROSSET** Estelle et **TRUILHE-MARENGO** Eve, « Normes techniques en droit international - Les mots et les choses... », in E. BROSSET et E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 13-46.

**BUTTON** Catherine, « The WTO's "Objective Assessment" Standard of Review and Panel Review of Health Measures », in Andrew D. MITCHELL (dir.), *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres, Cameron & May, 2005, pp. 85-114.

**CANAL-FORGUES** Eric, « La plainte de la Communauté européenne devant l'Organisation mondiale du commerce », in Habib GHERARI et Sandra SZUREK (dir.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international : à propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 307-319.

**CATTANEO** Olivier, « Has the WTO Gone To Far or Not Far Enough ? Some Reflections on the Concept of "Policy Space" », in A.D. MITCHELL (dir.), *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres, Cameron & May, 2005, pp. 55-84.

**CRAIG** P., « The evolution of the single market », in C. BARNARD and J. SCOTT (eds), *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 1-40.

**CRAUFURD SMITH** Rachel, « Community intervention in the cultural field. Continuity or change ? », in R. CRAUFURD SMITH (ed.), *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 19-78.

**DEMARET** Paul, « Le régime des échanges internes et externes de la Communauté à la lumière des notions d'union douanière et de zone de libre-échange », in Pierre PESCATORE, *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 139-166.

**DE WITTE** Bruno, « Trade in Culture : International Legal Regimes and EU Constitutional Values », in Grainne DE BURCA et Joanne SCOTT, *The EU and the WTO : Legal and Constitutional Issues*, Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, pp. 237-255.

**DOMINICE** Christian, « Organisations internationales et démocratie », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Vera GOWLAND-DEBBAS (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité – Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 731-743.

**DUPUY** Pierre-Marie, « Sur le maintien et la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*. Colloque des 11-12-13 avril 1996, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1996, pp.17-54.

**EECKHOUT** Piet, « Constitutional concepts for free trade in services », in Grainne DE BURCA et Joanne SCOTT, *The EU and the WTO : legal and constitutional issues*, Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, pp. 211-235.

**ELSIG** Manfred, **PUIG** Sergio et **SHAFFER** Gregory, « The Law and Politics of WTO Dispute Settlement », in Wayne SANDHOLTZ et Christopher A. WHYTOCK (dir.), *The Politics of International Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 1-32.

**FLORY** Thiébaud, « Affaire n°85 - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) », in Eric CANAL-FORGUES et Thiébaud FLORY, *GATT/OMC : recueil des contentieux du 1<sup>er</sup> janvier 1948 au 31 décembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 792-803.

**GHERARI** Habib, « La concurrence de procédures dans les contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », in Yann KERBAT (dir.), *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 77-102.

**GREWE** Constance et **RUIZ-FABRI** Hélène, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 189-206.

**HELLIO** Hugues, « OMC et ALENA », in Thierry GARCIA et Vincent TOMKIEWICK (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit*, Bruylant, 2011, pp. 151-172.

**HERVEY** Tamara K., « The "Right to Health" in European Union Law », in T. Hervey and J. Kenner (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003, pp. 193-222.

**HOWSE** Robert, « Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law : The Early Years of WTO Jurisprudence », in J.H.H WEILER (dir.), *The EU, the WTO and the NAFTA : Towards A Common Law of International Trade ?* Oxford University Press, 2000, pp. 35-70.

**HOWSE** Robert et **NICOLAIDIS** Kalypso, « Legitimacy and Global Governance : Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far », in Roger B. PORTER et autres (dir.), *Efficiency, Equity, Legitimacy – The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D.C., Brooking Institution Press, 2001, pp. 227-252.

**HOWSE** Robert, « The Legitimacy of the World Trade Organization ? », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (dir.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, pp. 355-407.

**HOWSE** Robert, « How to Begin to Think about the "Democratic Deficit" at the WTO », in S. GRILLER (dir.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns. New Challenges for the International Legal Order*, New York, Springer, 2003, pp. 79-101.

**HOWSE** Robert, « The Most Dangerous Branch ? WTO Appellate Body Jurisprudence on the Nature and Limits of the Judicial Power », in T. COTTIER et P.C. MAVROIDIS (dir.), *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2003, pp. 11-42.

**HORN** Henrik et **MAVROIDIS** Petros C., « National Health Regulations and the SPS Agreement : The WTO Case Law of the Early Years », in T. COTTIER et P.C. MAVROIDIS (dir.), *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2003, pp. 255-284.

**JACKSON** John H., « Sovereignty, Subsidiarity, and Separation of Powers : The High-Wire Balancing Act of Globalization », in Daniel L.M. KENNEDY et James D. SOUTHWICK (dir.), *The Political Economy of International Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, pp. 13-31.

**JACKSON** John H., « World Trade Rules and Environmental Policies : Congruence or Conflict ? », in Symposium : *Environmental Quality and Free Trade : Interdependent Goals or Irreconcilable Conflict ?*, Wash. & Lee L. Rev., vol. 49, 1992, pp. 1227-1278.

**JUILLARD** Patrick, « L'application extraterritoriale de la loi économique », in Michel BAZEX, Paul DEMARET, Emmanuel GAILLARD et Marie-Françoise LABOUZ (dir.), *L'application extraterritoriale du droit économique*, Troisième journée d'actualité internationale du CEDIN, 23 avril 1986, Cahiers n° 3, Montchrestien, 1987, pp. 13-20.

**JOUANNET** Emmanuelle T., « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étranger et complexe de l'ordre juridique international », in Rosario H. VINAIXA et Karel WALLENS, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115-154.

**KUYPER** Pieter J., « Trade Sanctions, Security and Human Rights », in Marc MARESCHEAU (ed.), *The European Community's Commercial Policy after 1992 : the legal Dimension*, Dordrecht, Martinus Nijhoff-Kluwer, 1993, pp. 387-422.

**LATTY** Franck, « Ploutocratie et personnalité juridique internationale », in Sarah CASSELLA et Lucie DELABIE (dir.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ?* Journée d'étude en l'honneur de Pierre Michel EISEMANN, Pedone, pp. 77-90.

**LAFRANCHI** Marie-Pierre et **THOME** Nathalie, « La gouvernance du commerce international : la question des interactions commerce/normes sociales », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Rostane MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux en droit international et européen », 2005, pp. 195-208.

**LANFRANCHI** Marie-Pierre, « Les obligations de recourir à la norme technique dans le droit de l'OMC », in Estelle BROSSET et Eve TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale – Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 187-198.

**MCRAE** Donald M., « GATT Article XX and the WTO Appellate Body », in M. BRONCKERS et R. QUICK (dir.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. JACKSON*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 219-236.

**MAVROIDIS** Petros C. et **MATTOO** A., « Trade, Environment and the WTO : The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of GATT », in E.U. PETERSMANN (dir.), *International Trade Law and the GATT/OMC Dispute Settlement System*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, pp. 325-343.

**MAVROIDIS** Petros C., « Judicial Supremacy, Judicial Restraint, and the Issue of Consistency of Preferential Trade Agreements with the WTO : The Apple in the Picture », in Daniel L.M. KENNEDY et James D. SOUTHWICK (dir.), *The Political Economy of International Law. Essays in Honour of Robert E. HUDEC*, Cambridge University Press, 2002, pp. 583-601.

**MEUNIER** Sophie, « L'Union européenne et l'OMC : la « mondialisation maîtrisée » à l'épreuve », in BOISMENU Gérard et PETIT Isabelle (dir.), *L'Europe qui se fait : Regards croisés sur un parcours inachevé*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2008, pp. 159-167.

**MEHDI** Rostane, « Mutations de la société internationale et adaptations institutionnelles : le grand défi », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Rostane MEHDI (dir.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ? coll. « Travaux en droit international et européen »*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 7-18.

**MELJBOOM** Franciscus et **BROM** Frans W.A., « Intransigent or Reconcilable : The Complex Relation between Public Morals, the WTO and Consumers », in A. VEDDER (dir.), *The WTO and Concerns Regarding Animals and Nature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, pp. 89-99.

**MENG** Werner, « Early Warning System for Dispute Prevention in Transatlantic Partnership : Experience and Prospects », in E.U. PETERSMANN & M.A. POLLACK (dir.), *Transatlantic Economic Dispute*, Oxford University Press, 2003, 606 pages, pp. 507-526.

**MICHEL** Valérie, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions au droit du marché intérieur », in BARBOU des PLACES. Ségolène (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Cahiers européens, n° 6, IREDIES, Paris 1, Pedone, 2014, pp. 65-99.

**MICHEL** Valérie, « Les objectifs à caractère transversal », in E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 177-210.

**NEFRAMI** Eleftheria, « Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 50-79.

**NEFRAMI** Eleftheria, « L'avis 2/15 de la CJUE et ses enseignements sur la politique commerciale commune de l'UE dans la perspective de la conclusion de l'accord de libre-échange avec le Japon », in Institut de Recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, *Union européenne et Japon : Regards croisés sur nos influences réciproques et intérêts communs*, Colloque des 26 et 27 mars 2018. Communication disponible sur le site de Canal U : <https://www.canal-u.tv>.

**PAUWELYN** Joost, « Does the WTO Stand for "Deference to" or "Interference with" National Health Authorities When Applying the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) », in Thomas COTTIER et Petros C. MAVROIDIS, *The Role of the Judge in International Trade Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, University of Michigan Press, 2003, pp. 175-192.

**ORBIE** Jan « Values in European Union trade policy Promoting development of the South ? », in Christian FRANCK et Geneviève DUCHENNE (dir.), *L'action extérieure de l'Union européenne : rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, Actes de la XIème Chaire AGC – Glaverbel d'études européennes, Etudes Européennes Louvain, n°1, 2008, pp. 297-320.

**PAEMEN** Hugo, « Avoidance and Settlement of High Policy Disputes : Lessons from the Dispute over Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act », in Ernst U. PETERSMANN, Mark A. POLLACK (dir.), *Transatlantic Economic Dispute*, Oxford University Press, 2003, pp. 361-370.

**POIARES MADURO** Miguel, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in Ph. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les Droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 465-489.

**REHBINDER** Eckard et **STEWART** Richard, « Environmental Protection Policy », in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE and J. WEILER (gen.eds), *Integration Through Law*, Berlin and New York, De Gruyter, 1985, pp. 15-28.

**ROCHER** Guy, « Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles », in J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J, 1996, pp. 25-42.

**SCHOLTE** Jan Aart, « Société civile et gouvernance mondiale », in Pierre JACQUET, Jean PISANIFERRY et Laurence TUBIANA (dir.), *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, 2002, p. 211-232.

**SOLDATOS** Panayotis, « La revanche du continentalisme : le libre-échange canado-américain », in André DONNEUR et Panayotis SOLDATOS (dir.), *Le Canada à l'ère de l'après-guerre froide et des blocs régionaux : une politique étrangère de transition*, North York, Captus Press, 1993, pp. 135-167.

**TOUSCOZ** Jean, « La réorganisation mondiale des échanges : quelques questions juridiques » (rapport introductif), in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, Colloque de Nice, Paris, Pedone, 1996, pp. 3-36.

**THOME** Nathalie, « Participation et représentation des Etats dans l'élaboration des normes du Codex Alimentarius », in E. BROSSET et E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 91-104.

**TARULLO** Daniel K., « The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements », in Marco BRONCKERS et Reinhard QUICK (dir.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John.H. Jackson*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, pp. 155-173.

**URAKAMI** Kenichiro, « Unsolved Problems and Implications for the Chapeau of GATT Article XX After the Reformulated Gasoline Case », in E. BROWN WEISS et J. H. JACKSON (dir.), *Reconciling Environment and Trade*, New York, Transnational Publishers, 2001, pp. 171-188.

**VAN DAMME** Isabelle, « "Systemic Integration" of International Law : Views from the ILC, the WTO, CTE and UNESCO », in *Fragmentation : la diversification et l'expansion du droit international*, Conseil canadien de droit international, 34<sup>ème</sup> congrès annuel – 2005, Ottawa, 2006, pp. 59-88.

**WEATHERILL** Stephen, « The internal market », in S. PEERS and A. WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights : Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 183-210.

**WEATHERILL** Stephen R., « Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preferences and interpretation », in N. Nic SHUIBHNE (ed), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, pp. 29-53.

#### IV. JURISPRUDENCE

##### A. Jurisprudence de l'OMC

###### 1. Demande de consultations, d'établissement de Groupe spécial et plaintes

**Demande de consultations** présentée par la Thaïlande, *Communautés européennes – Droits sur les importations de riz*, WT/DS17/1, 3 octobre 1995.

**Demande de consultations** présentée par la Communauté européenne, *Japon – Mesures affectant l'achat de matériel de télécommunications*, WT/DS15/1, du 18 août 1995.

**Demande de consultations** présentée par la Communauté européenne, *Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/1, du 28 mai 1996.

**Demande de consultations** présentée par la Communauté européenne, *Corée – Lois, réglementations et pratiques dans le secteur des télécommunications*, WT/DS40, du 5 mai 1996.

**Demande de consultations** présentée par la Communauté européenne, *Etats-Unis – Helms-Burton*, WT/DS38/1, du 3 mai 1996.

**Demande de consultations** présentée par la Communauté européenne, *Japon – Achat d'un satellite de navigation*, WT/DS73/1, du 26 mars 1997.

**Demande de consultations** présentée par les Communautés européennes, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud et originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/1, du 6 juillet 1998.

**Demande de consultations** présentée par l'Inde, *Communautés européennes – Enquêtes antidumping concernant les tissus en coton écrus en provenance d'Inde*, WT/DS140/1, 3 août 1998.

**Demande de consultations** présentée par la Norvège, *Communautés européennes – Mesure de sauvegarde définitive appliquée au saumon*, WT/DS328/1, du 3 mars 2005.

**Demande de consultations** présentée par la CE, *Chine – Mesures affectant les services d'informations financières et les fournisseurs étrangers d'informations financières*, WT/DS372/1, 4 décembre 2008.

**Demande d'établissement** de Groupe spécial présentée par le Danemark pour le compte des Îles Féroé dans l'affaire *Union européenne – Mesures visant le hareng atlanto scandinave*, WT/DS469/2, du 10 janvier 2014.

**Plainte** des Etats-Unis, WT/DS26/R/USA, 18 août 1997 et **Plainte** du Canada, WT/DS48/R/CAN, 18 août 1997.

## 2. Rapports Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC/GATT

**Rapport du Groupe spécial**, *CEE – Mesures appliquées aux protéines destinées à l'alimentation des animaux*, BISD 25S/53, 14 mars 1978.

**Rapport du Groupe spécial**, *Espagne – Régime tarifaire appliqué au café non torréfié*, BISD 28S/102, 11 juin 1981.

**Rapport du Groupe spécial**, *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons*, IBDD S35/106, du 22 mars 1988.

**Rapport du Groupe spécial**, *Canada – Restrictions à l'importation de crème glacée et de yaourt*, IBDD S36/71, 27 septembre 1989.

**Rapport du Groupe spécial**, *Canada – Bois d'œuvre*, BISD 36S/167, 19 juillet 1989.

**Rapport du Groupe spécial**, *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de Thon*, DS21/R, 3 septembre 1991.

**Rapport du Groupe spécial**, *Etats-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, 19 juin 1992, IBDD, S39/233.

**Rapport du Groupe spécial**, *Communautés européennes – Désignation commerciale des pectinidés*, WT/DS7/12, WT/DS12/12 et WT/DS14/12, du 19 juillet 1996.

**Rapport du Groupe spécial**, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, du 14 mars 1997.

**Rapport du Groupe spécial**, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R/USA et WT/DS48/R/Canada, du 18 août 1997.

**Rapport du Groupe spécial,** *Australie – Mesures visant les importations de saumon non cuit,* WT/DS18/R du 12 juin 1998.

**Rapport du Groupe spécial,** *Crevettes – Tortues,* WT/DS58/R, du 15 mai 1998.

**Rapport du Groupe spécial,** *Communauté européenne – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 22 .2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends,* WT/DS27/43, du 14 janvier 1999.

**Rapport du Groupe spécial,** *Communautés européennes – Mesures affectant des produits butyreux,* WT/DS72/R, 18 novembre 1999.

**Rapport du Groupe spécial,** *Etats-Unis-Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur,* WT/DS152R, du 22 décembre 1999.

**Rapport du Groupe spécial,** *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni,* WT/DS138/R, 23 décembre 1999.

**Rapport du Groupe spécial,** *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Recours du Canada à l'article 21:5,* WT/DS18/RW, 18 février 2000.

**Rapport du Groupe spécial,** *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur,* WT/DS160/R, 15 juin 2000.

**Rapport du Groupe spécial,** *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant,* WT/DS135/P, du 18 septembre 2000.

**Rapport du Groupe spécial,** *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde,* WT/DS141/R, du 3 octobre 2000.

**Rapport du Groupe spécial,** *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes,* WT/DS27/58, 2 Juillet 2001.

**Rapport du Groupe spécial,** *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention,* WT/DS217/R, du 16 septembre 2002.

**Rapport du Groupe spécial,** *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil,* WT/DS241/R, du 22 avril 2003.

**Rapport du Groupe spécial,** *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication,* WT/DS204/R, 1 juin 2004.

**Rapport du Groupe spécial,** *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de Jeux et paris,* WT/DS285/R, du 10 novembre 2004.

**Rapport du Groupe spécial,** *Mexique-Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons,* WT/DS 308/R, du 7 octobre 2005.



**Rapport du Groupe spécial, Communautés européennes – Mesures affectant l’approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques,** (Plainte des États-Unis, du Canada et de l’Argentine), WT/DS291/292/293/R, du 29 septembre 2006.

**Rapport du Groupe spécial, CE – Bananes – Recours des Etats-Unis à l’article 21 :5,** WT/DS27/RW, du 19 mai 2008.

**Rapport du Groupe spécial, Chine – Publications et produits audiovisuels,** WT/DS363/R, 12 août 2009.

**Rapport du Groupe spécial, Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines,** WT/DS371/R, du 15 novembre 2010.

**Rapport de l’Organe d’appel, Etats-Unis – Normes concernant l’essence nouvelle et ancienne formules,** WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

**Rapport de l’Organe d’appel, Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d’Inde,** WT/DS33/AB/R, du 25 avril 1997.

**Rapport de l’Organe d’appel, Canada – Certaines mesures concernant les périodiques,** WT/DS31/AB/R, du 30 juin 1997.

**Rapport de l’Organe d’appel, Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l’agriculture,** WT/DS50/AB/R, du 19 décembre 1997.

**Rapport de l’Organe d’appel, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones),** WT/DS26/AB/R, du 16 janvier 1998.

**Rapport de l’Organe d’appel, Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs,** WT/DS44/R, 31 mars 1998.

**Rapport de l’Organe d’appel, Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques,** WT/DS62/AB/R, du 5 juin 1998.

**Rapport de l’Organe d’appel, Communauté européenne – Volaille,** WT/DS69/AB/R, du 13 juillet 1998.

**Rapport de l’Organe d’appel, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones),** WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, du 13 février 1998 et du 16 août 1998.

**Rapport de l’Organe d’appel, Etats-Unis – Prohibition de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (ci-après Crevettes – Tortues),** WT/DS58/AB/R, du 12 octobre 1998.

**Rapport de l’Organe d’appel, Australie – Mesures visant les importations de saumon non cuit,** WT/DS18/AB/R, du 20 octobre 1998.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Brésil – Programme de financement des exportations d'aéronefs*, WT/DS46/AB/R, du 2 août 1999.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Traitement fiscal des « Sociétés de ventes à l'étranger »*, OMC, WT/DS/108/AB/R, du 24 février 2000.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, du 10 mai 2000.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, du 28 août 2000.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, du 11 octobre 2000.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, du 11 décembre 2000.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, du 12 mars 2001.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS148/AB/R, du 24 juillet 2001.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Traitement fiscale des « sociétés de ventes à l'étranger », - Recours des Communautés européennes à l'article 21 du Mémoire d'Accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW, du 14 janvier 2002.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, du 26 septembre 2002.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS234/AB/R, WT/DS217/AB/R, du 16 janvier 2003.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Loi de 1990 sur la compensation par continuation du dumping et le maintien de la subvention*, WT/DS/217/AB/R, du 16 mars 2003.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R, du 26 novembre 2003.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, du 3 décembre 2007.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, WT/DS320/R, du 16 octobre 2008.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *CE – Bananes – Recours des Etats-Unis et de l'Equateur à l'article 21 :5*, WT/DS27/AB/RWUSA, du 26 novembre 2008.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Equateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (CE – Bananes III (Article 21:5 Equateur II))*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, du 11 décembre 2008.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, du 21 décembre 2009.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS381/AB/R, du 4 avril 2012.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et modules solaires*, WT/DS456/AB/R, du 16 septembre 2016.

**Rapport de l'Organe d'appel**, *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453/AB/R, du 14 avril 2016.

### 3. Textes afférents au règlement des différends de l'OMC/GATT

**Communication du Chili**, *Communautés européennes – Mesure de sauvegarde définitive appliquée au saumon*, WT/DS326/4, du 17 mai 2005.

**Communication du Président des Groupes spéciaux relative aux affaires** *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (WT/DS320/8) et Canada - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (WT/DS321/8)* du 2 août 2005.

**Communication conjointe de l'Union européenne et du Chili**, *Chili – Mesures concernant le transport en transit et l'importation d'espadons*, WT/DS193/4, du 3 juin 2010.

**GATT**, *United States – Trade measures affecting Nicaragua – Communications from United States*, L/5803, 29 mai 1985.

**ORD**, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes*, WT/DS38/1, 13 mai 1996.

**ORD**, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes*, WT/DS38/2, 8 octobre 1996.

**ORD**, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes*, WT/DS38/2, du 8 octobre 1996.

**ORD**, *Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba – Consultation du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes*, WT/DS38/3, 20 février 1997.

**ORD**, *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » - Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22.6 du Mémorandum d'Accord relatif au règlement des différends*, WT/DS108/ABR, 30 août 2002.

**United States Trade Representative**, *USTR Announces Final Product List in Beef Hormones Dispute*, Press Release 99–60 of 19 July 1999.

## **B. Jurisprudence Cour de justice de l'Union européenne**

**CJCE**, *Costa contre ENEL*, aff. 6/64, du 15 juillet 1964.

**CJCE**, *Société Technique Minière (L.T.M) contre Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, aff. 56/65, du 30 juin 1966.

**CJCE**, *S.A. Brasserie de Haecht contre Consorts Wilkin-Janssen*, aff. 23/67, du 12 décembre 1967.

**CJCE**, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. 7/68, du 10 décembre 1968.

**CJCE**, *Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, aff. 22/71, du 25 novembre 1971.

**CJCE**, *Imperial Chemical Industries Ltd. contre/ Commission des Communautés européennes*, aff. 48/69, du 14 juillet 1972.

**CJCE**, *International Fruit Company*, aff. jtes 21-24/72, du 12 décembre 1972.

**CJCE**, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 6/72, du 21 février 1973.

**CJCE**, *Donato Casagrande contre Landeshauptstadt München*, aff. 9/74, du 3 juillet 1974.

**CJCE**, *Procureur du Roi contre Benoit et Gustave Dassonville*, aff. 8-74, du 11 juillet 1974.

**CJCE**, *Avis 1/75*, du 11 novembre 1975.

**CJCE**, *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel et Henri Schou contre Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects*, aff. n° C-41/76, du 15 décembre 1976.

**CJCE**, *De Peijper*, aff. 104/75, du 20 mai 1976.

**CJCE**, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du traité CEE - Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, Avis 1/76, du 26 avril 1977.

**CJCE**, *Carlo Tedeschi contre Denavit Commerciale Srl*, aff. 5/77, du 5 octobre 1977.

**CJCE**, *Simmenthal*, aff. 106/77, du 9 mars 1978.

**CJCE**, *Thompson*, aff. C-7/78, du 23 novembre 1978.

**CJCE**, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Accord international sur le caoutchouc naturel*, Avis 1/78, du 4 octobre 1979.

**CJCE**, *Ratti*, aff. C-148/78, du 5 février 1979.

**CJCE**, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, du 20 février 1979.

**CJCE**, *Ministère Public contre Tullio Ratti*, aff. 148/78, du 5 avril 1979.

**CJCE**, *Henn et Darby*, aff. 34/79, du 14 décembre 1979.

**CJCE**, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. n° C-91/79, du 18 mars 1980.

**CJCE**, *Hauptzollamt Mainz contre C.A Kupferberg & Cie*, aff. 104/81, du 26 octobre 1982.

**CJCE**, *Sandoz*, aff. 174/82, du 14 juillet 1983.

**CJCE**, *Fédération de l'industrie de la CEE (Fédiol) contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-191/82, du 4 octobre 1983.

**CJCE**, *Van Bennekam*, aff. 227/82, du 30 novembre 1983.

**CJCE**, *Graciana Luisi et Giuseppe Carbone contre Ministero del Tesoro*, aff. 286/82 et 26/83, du 31 janvier 1984.

**CJCE**, *Duphar BV et autres contre Etat néerlandais*, aff. C- 238/82, du 4 février 1984.

**CJCE**, *Campus Oil Limited et autres contre Ministre pour l'industrie et l'énergie et autres*, aff. C-72/83, du 10 juillet 1984.

**CJCE**, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, aff. jtes. 60 et 61/81, du 11 juillet 1985.

**CJCE**, *Conegate*, aff. 121/85, du 11 mars 1986.

**CJCE**, *Tezi Textiel contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-59/84, du 5 mars 1986.

**CJCE**, *Meryem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff. 12/86, du 30 septembre 1987.

**CJCE**, *Openbaar Ministerie contre Nertsvoederfabriek Nederland BV*, aff. 118/86, du 6 octobre 1987.

**CJCE**, *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil des Communautés européennes*, aff. C-68/86 du 23 février 1988.

**CJCE**, *Bond van Adverteerders contre Etat néerlandais*, aff. 352/85, du 26 avril 1988.

**CJCE**, *Moormann*, aff. 190/87, du 20 septembre 1988.

**CJCE**, *Commission contre Danemark*, aff. C-302/86, du 20 septembre 1988.

**CJCE**, *Ian William Cowan contre Trésor public*, aff. 186/87, du 2 février 1989.

**CJCE**, *Fédiol contre Commission*, aff. C-70/87, du 22 juin 1989.

**CJCE**, *Torfaen Borough Council*, aff. C-145/88, du 23 novembre 1989.

**CJCE**, *Cartorobica Spa contre Ministro delle finanze dello stato*, aff. C-189/88, du 27 mars 1990.

**CJCE**, *Neotype Techmashepor GmbH contre Commission et Conseil des Communautés*, aff. C-305/86 et C-160/87, du 11 juillet 1990.

**CJCE**, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, aff. C-69/89, du 7 mai 1991.

**CJCE**, *Procédure pénale c. Jean-Marie Delattre*, aff. C-369/88, du 21 mars 1991

**CJCE**, *Akzo Chemie B.V contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-62/86, du 3 juillet 1991.

**CJCE**, *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*, aff. C-76/90, du 25 juillet 1991.

**CJCE**, *Richardt*, aff. C-367/89, du 4 octobre 1991.

**CJCE**, *Commission contre Belgique*, aff. C-2/90, du 9 juillet 1992.

**CJCE**, *Schindler*, aff. C-275/92, du 24 mars 1994.

**CJUE**, *Allemagne/Conseil*, aff. C-280/93, du 5 octobre 1994.

**CJCE**, *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*, Avis 1/94, du 15 novembre 1994.

**CJCE**, *Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, Avis 2/92, du 24 mars 1995.

**CJCE**, *Mars*, aff. C-470/93, du 6 juillet 1995.

**CJCE**, *Leifer*, aff. C-83/94, du 17 octobre 1995.

**CJCE**, *Werner*, aff. C-70/94, du 17 octobre 1995.

**CJCE**, *Peter Svensson et Lena Gustavsson contre Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, aff. C-484/93, du 14 novembre 1995.

**CJCE**, *Javico contre Yves Saint Laurent Parfums*, aff. C-306/96, du 28 avril 1998.

**CJCE**, *Kholl*, aff. C-158/96, du 28 avril 1998.

**CJCE**, *Decker*, aff. C-120/95, du 28 avril 1998.

**CJCE**, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, du 5 mai 1998.

**CJCE**, *Hermès contre FHT*, aff. C-53/96, du 16 juin 1998.

**CJCE**, *Commission c/ France*, aff. C-184/96, du 22 octobre 1998.

**CJCE**, *Portugal/Conseil*, aff. C-149/96, du 23 novembre 1999.

**CJCE**, *TK-Heimdienst*, aff. C-254/98, du 13 janvier 2000.

**CJCE**, *Commission contre France*, aff. n° C-225/98, du 26 septembre 2000.

**CJCE**, *Allemagne contre Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, du 5 octobre 2000.

**CJCE**, *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. n° 168/98, du 7 novembre 2000.

**CJCE**, *Dior et autres*, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, du 14 décembre 2000.

**CJCE**, *Gourmet International*, aff. C-405/98, du 8 mars 2001.

**CJCE**, *Finalarie e.a.* aff. jtes C-49/98, C-50/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, du 25 octobre 2001.

**CJCE**, *Pays-Bas contre Conseil*, aff. C-301/97, du 22 novembre 2001.

**CJCE**, *Concordia Bus Finland Oy Ab/Helsingin Kaupunki/HKL-Bussiliikenne*, aff. n° C-513/99, du 17 septembre 2002.

**CJCE**, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-76/00 P, du 9 janvier 2003.

**CJCE**, *ATRAL*, aff. C-14/02, du 8 mai 2003.

**CJCE**, *Monsanto Agricultura Italie*, aff. C-236/0, du 9 septembre 2003.

**CJCE**, *Eurocoton E.A contre Conseil*, aff. C-76/01P, du 30 septembre 2003.

**CJCE**, *RTL Television v. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, aff. C-245/01, 23 octobre 2003.

**CJCE**, *Procédure pénale contre Bodil Lindqvist*, aff. n° C-101/01, du 6 novembre 2003.

**CJCE**, *Commission c/ France*, aff. C-24/00, du 5 février 2004.

**CJCE**, *Van Parys*, aff. C-377/02, du 1<sup>er</sup> mars 2005.

**CJCE**, *Kranemann*, aff. C-109/04, du 17 mars 2005.

**CJCE**, *Commission contre Autriche*, aff. C-320/03, du 15 novembre 2005.

**CJCE**, *Ahokainen et Leppik*, aff. C-434/04, du 28 septembre 2006.

**CJCE**, *Commission c/ Finlande*, aff. C-54/05, du 15 mars 2007.

**CJCE**, *Aikaterini Stamatelaki c. OAEE*, aff. C-444/05, du 19 avril 2007.

**CJCE**, *Dynamic Medien*, aff. C-224/06, du 14 février 2008.

**CJCE**, *Commission c/ France*, aff. C-210/06, du 21 février 2008

**CJCE**, *Commission des Communautés européennes contre République de Portugal*, aff. C-265/06, du 10 avril 2008.

**CJCE**, Tribunal de la fonction publique, *Cathy Sapara contre Eurojust*, aff. n° F-61/06, 10 juillet 2008.

**CJCE**, *Corporation Dermoestética*, aff. C-500/06, du 17 juillet 2008.

**CJCE**, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c Conseil et Commission*, aff. jtes n° C-402/05 P et C-415/05 P, du 3 septembre 2008.

**CJCE**, *FIAMM et FIAMM Technologies*, C-120/06 P et C-121/06 P, du 9 septembre 2008.

**CJCE**, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-141/07, du 11 septembre 2008.

**CJCE**, *Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas*, aff. C-249/07, du 4 décembre 2008.

**CJCE**, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, du 10 février 2009.

**CJCE**, *Hartlauer*, aff. C-169/07, du 10 mars 2009.

**CJCE**, *Commission des Communautés européennes contre République de Pologne*, aff. C-165/08, du 16 juillet 2009.

**CJCE**, *Commission c/ Belgique*, aff. C-100/08, du 10 septembre 2009.

**CJCE**, *Accords modifiant les listes d'engagements spécifiques au titre de l'AGCS*, Avis 1/08, du 30 novembre 2009.

**CJUE**, *Aydin Salahadin Abdulla et autres contre République fédérale d'Allemagne*, Affaires jointes, C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, 2 mars 2010.

**CJUE**, *Attanasio Group Srl*, aff.C-384/08, du 11 mars 2010.

**CJUE**, *Commission c/ France*, aff. C-512/08, du 5 octobre 2010.

**CJCE**, *Commission c/ France*, aff. C-89/09, du 10 décembre 2010.



**CJUE**, *Kakavetsos-Fragkopoulos AE*, aff. C-161/09, du 3 mars 2011.

**CJCE**, *Commission européenne contre République d’Autriche*, aff. C-28/09, du 8 mars 2011.

**CJCE**, *Philippe Bonnarde contre Agence de Services et de Paiement*, aff. C-443/10, du 6 octobre 2011.

**CJUE**, *Koninklijke Philips Electronics NV contre Lucheng Meijing Industrial Company Ltd et autres et Nokia Corporation contre Her Majesty’s Commissioners of Revenue and Customs*, aff. jtes C-446/09 et 495/09, du 1<sup>er</sup> décembre 2011.

**CJUE**, *Asociacion Nacional de Expendares de Tabaco y Timbre (ANETT)*, aff. C-456/10, du 26 avril 2012.

**CJUE**, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-542/09, du 14 juin 2012.

**CJUE**, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco contre Commission et Commission contre Alliance One International e.a.*, aff. jtes C-628/10 P et C-14/11 P, du 19 juillet 2012.

**CJUE**, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, du 6 septembre 2012.

**CJUE**, *Commission c/ Grèce*, aff. C-244/11, du 8 novembre 2012.

**CJCE**, *Commission c/ Belgique*, aff. C-577/10, du 19 décembre 2012.

**CJCE**, *Laboratoire Lyocentre*, aff. C-109/12, du 3 octobre 2013.

**CJCE**, *Belgacom*, aff. C-221/12, du 14 novembre 2013.

**CJUE**, *Avis 2/15-Accord de libre-échange avec Singapour*, Avis du 16 mai 2017.

**TPI**, *Compagne maritime belge de transports SA*, T-24, 25, 26, 28/93, du 8 octobre 1996.

**TPI**, *NMB France SARL, NMB-Minebea-GmbH, NMB UK Ltd et N B Italia Srl contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-162/94, du 5 juin 1996.

**TPI**, *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-102/96, du 25 mars 1999.

**TPI**, *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-102/96, 25 mars 1999.

**TPI**, *Eurocoton contre Conseil*, aff. T-213/97, du 29 novembre 2000.

**TPI**, *International Potash Company contre Conseil de l’Union européenne*, aff. T-87/98, du 29 septembre 2000.

**TPI**, *Philips contre Conseil*, aff. T-177/00, du 17 mars 2005.

## C. Jurisprudence d'autres juridictions

**CPJI**, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10.

**CIJ**, Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, *Recueil* 1949, p. 174.

**Ordonnance 2000/3 du TIDM**, Affaire n°7 concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadons dans l'océan Pacifique Sud-Est (Chili/Union européenne), du 20 décembre 2000.

**Rapport final du Groupe spécial de l'ALENA**, dans *l'affaire de l'interprétation et de l'observation par le Canada de l'article 701.3 de l'ALE en ce qui concerne les ventes de blé dur*, 8 février 1993, n° de dossier du Secrétariat : CDA-92-1807-01 [ALE-93-101].

**Rapport final du Groupe spécial de l'ALE**, dans *l'affaire de l'obligation du Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng de la côte du Pacifique*, du 16 octobre 1989, n° de dossier du Secrétariat : CDA-89-1807-01 [ALE-89-101].

## V. DOCUMENTS CONCERNANT L'UNION EUROPEENNE

### A Règlements et propositions de règlement

**Proposition de règlement** (CEE) du Conseil relative à l'harmonisation et à la rationalisation des procédures décisionnelles des instruments communautaires de défense commerciale et portant modification des règlements du Conseil applicables en la matière, *SEC/92/1097 final*, 30 juin 1992, *JOCE C* 181 du 17 juillet 1992.

**Proposition modifiée du Règlement du Conseil modifiant le règlement** (CE) n° 384/96 du Conseil relatif à la défense commerciale contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part d'un pays non membre de la Communauté européenne et le règlement (CE) n° 2026/97 relatif à la défense contre les subventions qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *COM (2003) 799 final*, Bruxelles, 15 décembre 2003.

**Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil**, concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union, *COM (2012) 124 final*, Bruxelles, 21 mars 2012.

**Proposition de Règlement modifiée du Parlement européen et du Conseil**, concernant l'accès des produits et des services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et des services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, *COM (2016) 34 final*, Bruxelles, 29 janvier 2016.

**Règlement** (CEE) n°459/68 du Conseil du 5 avril 1968, relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions, *JOCE L* 93, du 17 avril 1968.

**Règlement** (CEE) n° 802/68 du Conseil, du 27 juin 1968 relatif à la définition commune de la notion d'origine des marchandises, *JOCE L 148*, du 28 juin 1968.

**Règlement** 2841/72 du Conseil du 19 décembre 1972, relatif aux mesures de sauvegarde prévues à l'Accord entre la CEE et la Confédération suisse, *JOCE L 300*, du 31 décembre 1972.

**Règlement** (CEE) n° 1439/74 du Conseil du 4 juin 1974, *JOCE L 159*, du 15 juin 1974.

**Règlement** (CEE) n° 926/79 du Conseil du 8 mai 1979, *JOCE L 131*, du 29 mai 1979.

**Règlement** (CEE) n° 3017/79 du Conseil du 20 décembre 1979, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de « dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L 399*, du 31 décembre 1979.

**Règlement** (CEE) n° 2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984, relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites, *JOCE L 252*, du 20 septembre 1984.

**Règlement** (CE) n° 3842/86 du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 1986 fixant les mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon, *JOCE L 357*, du 18 décembre 1986.

**Règlement** (CEE) n° 4057/86 du Conseil du 22 décembre 1986 relatif aux pratiques déloyales dans les transports maritimes, *JOCE L 378*, du 31 décembre 1986.

**Règlement** (CEE) n° 2423/88 du Conseil du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui ont fait l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L 209*, du 2 août 1988.

**Règlement** (CEE) n° 2176/84 du Conseil du 23 juillet 1984, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de dumping ou de subventions par les pays non membres de la Communauté économique européenne, *JOCE L 209*, du 2 août 1988.

**Règlement** n° 3911/92, du 9 décembre 1992 concernant l'exportation des biens culturels, *JOCE L 395*, du 31 décembre 1992.

**Règlement** (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, *JOCE L 11*, du 14 janvier 1994.

**Règlement** (CE) n° 522/94 du Conseil du 7 mars 1994 relatif à la rationalisation des procédures décisionnelles de certains instruments communautaires de défense commerciale et portant modification des règlements (CEE) n° 2641/84 et n° 2423/88, *JOCE L 66*, du 10 mars 1994.

**Règlement** (CE) n° 3286/94 du Conseil, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), du 22 décembre 1994.

**Règlement** (CE) n°3286/94 du Conseil du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté, des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *JOCE* L 349, du 31 décembre 1994.

**Règlement** (CE) n° 3285/94 du Conseil du 22 décembre 1994 relatif au régime commun applicable aux importations et abrogeant le règlement (CE) n° 518/94, *JOCE* L 349, du 31 décembre 1994.

**Règlement** n° 3281/94 du Conseil du 19 décembre 1994 appliquant un système quadriennal de préférences tarifaires généralisées (de 1995 à 1998), en ce qui concerne certains produits industriels en provenance des pays en développement, *JOCE* L 348/1, du 31 décembre 1994.

**Règlement** (CEE) n° 1244/86 du Conseil du 28 avril 1986, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de sulfate de cuivre originaires de Yougoslavie, *JOCE* L 113, du 30 avril 1986.

**Règlement** n° 1256/96 du Conseil du 20 juin 1996 appliquant des systèmes pluriannuels de préférences tarifaires généralisées du 1<sup>er</sup> juillet 1996 au 30 juin 1999 en ce qui concerne certains produits agricoles originaires des pays en développement, *JOCE* L 160/1, du 29 juin 1996.

**Règlement** (CE) n° 904/98 du Conseil du 27 avril 1998, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaisie, de Singapour, de Taiwan et de Thaïlande, *JOCE* L 128, du 30 avril 1998.

**Règlement** n° 2820/98 du Conseil portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées pour la période allant du 1<sup>er</sup> juillet 1999 au 31 décembre 2001, *JOCE* L 357 du 30 décembre 1998.

**Règlement** (CE) n° 2250/1999 du Conseil du 22 octobre 1999 concernant le contingent tarifaire de beurre d'origine néo-zélandaise, *JOCE*, L 275, du 25 octobre 1999.

**Règlement** (CE) n° 174/2000 du Conseil du 24 janvier 2000, abrogeant les parties du règlement (CEE) n° 3433/91 concernant le droit antidumping définitif institué sur les importations de briquets de poche avec pierre, à gaz, non rechargeables, originaires du Japon, *JOCE* L 22, du 27 janvier 2000.

**Règlement** (CE) n° 2469/96 du Conseil du 16 décembre 1996 modifiant l'annexe du règlement (CEE) n° 3911/92 concernant l'exportation de biens culturels, *JOCE* L 335 du 24 décembre 1996 et n° 974/2001 du 14 mai 2001 modifiant le règlement (CEE) n° 3911/92 concernant l'exportation de biens culturels, *JOCE* L 137, du 19 mai 2001.

**Règlement** 1515/2001 du Conseil du 23 juillet 2001, relatif aux mesures que la Communauté peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'Organe de règlement des différends de l'OMC concernant des mesures antidumping ou antisubventions, *JOCE* L 201, du 26 juillet 2001.

**Règlement** n° 416/2001 du Conseil, *JOUE* L 60 du 1<sup>er</sup> février 2001. Règlement n° 2501/2001 du Conseil portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 décembre 2004, *JOCE* L 346, du 31 décembre 2001.

**Règlement** (CE) n° 495/2002 du Conseil du 18 mars 2002, abrogeant le règlement (CE) n° 904/98 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de télécopieurs personnels originaires de la République populaire de Chine, du Japon, de la République de Corée, de Malaisie, de Singapour, de Taiwan et de Thaïlande, *JOCE* L 78, du 21 mars 2002.

**Règlement** (CE) n° 769/2002 du Conseil du 7 mai 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de coumarine originaires de la République populaire de Chine, *JOCE* L 123, du 9 mai 2002.

**Règlement** (CE) n° 1011/2002 du Conseil du 10 juin 2002, instituant un droit antidumping définitif sur les importations de charbons activés en poudre originaires de la République populaire de Chine, *JOCE* L 135, du 14 juin 2002.

**Règlement** (CE) n° 1031/2002 du Conseil du 13 juin 2002, instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 157, du 15 juin 2002.

**Règlement** 52/2003 du Conseil du 6 mars 2003 sur les mesures que la Communauté peut prendre au regard de l'effet combiné des mesures antidumping ou compensatoires et des mesures de sauvegarde, *JOCE* L 69, du 13 mars 2003.

**Règlement** (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, *JOCE* n° L 268, du 18 octobre 2003.

**Règlement** (CE) n° 648/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif aux détergents, *JOCE* L104, du 08 avril 2004.

**Règlement** (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transports aérien de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE* L 162, du 30 avril 2004.

**Règlement** (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *JOCE* L 024, du 20 juin 2004.

**Règlement** 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique, *JOCE* L 110, du 30 avril 2005.

**Règlement** (CE) n° 1964/2005 du Conseil du 29 novembre 2005 concernant les taux de droits applicables aux bananes, *JOUE* L 316, du 2 décembre 2005.

**Règlement** (CE) n° 1085/2006 du Conseil du 17 juillet 2006 établissant un instrument d'aide de préadhésion (IAP), *JOUE* L 210/82, du 31 juillet 2006.

**Règlement** (CE) n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, *JOUE* L 310/1, du 9 novembre 2006.

**Règlement** (CE) n° 1717/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 instituant un instrument de stabilité, *JOUE* L 372/1, du 24 novembre 2006.

**Règlement** (CE) n° 1905/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 établissant un instrument de financement de la coopération au développement, *JOUE* L 378/41, du 27 décembre 2006.

**Règlement** (CE) n° 1889/2006 du 20 décembre 2006 instituant un instrument financier pour la promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans le monde, *JOUE* L 386/1, du 29 décembre 2006.

**Règlement** 1528/2007 du Conseil du 24 décembre 2007 appliquant aux produits originaires de certains Etats appartenant au groupe des Etats ACP les régimes prévus dans les accords établissant ou conduisant à établir des accords de partenariat économique, *JOCE* L 384, du 31 décembre 2007.

**Règlement** (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE, *JOCE* L 218, du 13 août 2008.

**Règlement** (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, *JOCE* n° L 78, du 24 mars 2009.

**Règlement** (CE) n° 617/2009 du Conseil du 13 juillet 2009 relatif à l'ouverture d'un contingent tarifaire autonome pour les importations de viande bovine de haute qualité, *JOUE*, L 182, du 15 juin 2009.

**Règlement** 625/2009 du Conseil du 7 juillet 2009, relatif au régime commun applicable aux importations de certains pays tiers, *JOCE* L 185, du 17 juillet 2009.

**Règlement** 260/2009 du Conseil du 11 juin 2009 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la CE, *JOCE* L 188, du 18 juillet 2009.

**Règlement** 1061/2009 du Conseil du 19 octobre 2009 portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations, *JOCE* L 291, du 7 novembre 2009.

**Règlement** (UE) no 182/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *JOUE* L 55/13, du 28 février 2011.

**Règlement** (UE) 978/2012 du Parlement européen et du Conseil, appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil, *JOUE* L 303/1, du 25 octobre 2012.

**Règlement** (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *JOUE* L361/1, du 31 décembre 2012.

**Règlement** (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, *JOUE* L361/1, du 31 décembre 2012.

**Règlement** (UE) n° 608/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 concernant le contrôle, par les autorités douanières, du respect des droits de propriété intellectuelle et abrogeant le règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil, *JOUE* L 181/15, du 29 juin 2013.

**Règlement** 38/2014 du Parlement et du Conseil du 15 janvier 2014 modifiant certains règlements relatifs à la politique commerciale commune en ce qui concerne l'octroi de pouvoirs délégués et de compétences d'exécution en vue de l'adoption de certaines mesures, *JOUE* 18, du 21 janvier 2014.

**Règlement** (UE) n° 654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international et modifiant le règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, *JOUE* L 189, du 27 juin 2014.

**Règlement** (UE) 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union européenne, *JOUE* L 176/21, du 30 juin 2016.

**Règlement** (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne, *JOUE* L 176/55, du 30 juin 2016.

## **B. Communications**

**Communication de la Commission au Conseil** relative à la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique dans la perspective de la suppression des frontières intérieures en 1992, *COM (89) 594 final*, du 22 novembre 1989.

**Communication de la Commission** concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires, *JOCE* n° C-220, 19 juillet 1997.

**Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque Centrale Européenne**, Protection de l'Euro, lutte Anti-contrefaçon, *COM(1998) 474 final*, du 22 juillet 1998.

**Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen**, «La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur», *COM (1999) 299 final*, du 16 juin 1999.

**Communication de la Commission** sur le recours au principe de précaution, *COM (2000) 1 final*, Bruxelles, 2 février 2000.

**Commission européenne**, « La Commission propose une initiative « Tout sauf les armes » (TSA) ouvrant l'accès au marché de l'UE, en franchise de droits et libre de tout contingentement, à tous les produits originaires des pays les moins avancés », *IP/00/1034*, Bruxelles, 20 septembre 2000.

**Commission des Communautés européennes**, Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, *COM(2001) 566 final*, Bruxelles, le 15 octobre 2001.

**Communication de la Commission**, Révision à mi-parcours de la politique agricole commune, *COM (2002) 394 final*, 10 juillet 2002.

**Communication de la Commission au Conseil**, au Parlement européen et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Stratégie pour le marché intérieur : Priorités 2003 – 2006*, *COM(2003) 238 final*, Bruxelles, 7 mai 2003.

**Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen** sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, *COM (2003), 606 final*, du 28 octobre 2003.

**Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen**, Cohérence des politiques au service du développement : Accélérer la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, *COM(2005) 134 final*, Bruxelles, le 12 avril 2005.

**Communication de la Commission des Communautés européennes**, L'Europe dans le monde, les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation, Livre vert à soumettre à la consultation publique, *COM (2006), 763 final*, Bruxelles, 6 décembre 2006.

**Communication de la Commission**, «L'Europe dans le monde - Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation - Livre vert à soumettre à la consultation publique, *COM(2006) 763 final*, du 6 décembre 2006 [Non publié au journal officiel].

**Communication de la Commission au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions**, « L'Europe dans le monde: un partenariat renforcé pour assurer aux exportateurs européens un meilleur accès aux marchés extérieurs », *COM(2007) 183 final*, Bruxelles, du 18 avril 2007.

**Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil**, « Accords de partenariat économique », *COM (2007) 635 final*, Bruxelles, 23 octobre 2007.

**Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen**, « Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe », *COM (2008) 465 final*, du 16 juillet 2008.

**Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Conseil économique et social et au Comité des régions**, « Intégration régionale pour le développement des pays ACP », *COM (2008) 604 final*, Bruxelles, 1<sup>er</sup> octobre 2008.



**Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen et au Comité des régions**, La cohérence des politiques pour le développement – établissement du cadre politique pour une approche «de toute l'Union, *COM (2009) 458 final*, Bruxelles, du 15 septembre 2009.

**Communication de la Commission européenne**, « Initiative phare Europe 2020 - Une Union de l'innovation », *COM(2010) 546 final*, du 6 octobre 2010.

**Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions**, « Commerce, croissance et affaires mondiales : La politique commerciale au coeur de la stratégie Europe 2020 », *COM(2010) 612 final*, Bruxelles, du 9 novembre 2010.

**Communiqué de presse** de la Commission, Marchés publics : la Commission se félicite de l'accord de conciliation en faveur de la simplification et de la modernisation de la législation, Bruxelles, IP/03/1649, du 3 décembre 2003.

**Communiqué de presse**, « La Commission présente des mesures pour mieux protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle », IP/14/760, 1er juillet 2014.

**Communiqué de presse** de la Commission européenne, IP/16/178, Bruxelles, du 29 janvier 2016.

### **C. Décisions, directives et résolutions**

**Décision de la Commission**, Supexie, du 23 décembre 1970, *JOCE L 1*, du 13 janvier 1971.

**Décision de la Commission**, Industrie européenne du sucre, du 2 janvier 1973, *JOCE L 140* du 25 mai 1973.

**Décision de la Commission**, Importations d'aluminium de l'Allemagne de l'Est, du 19 décembre 1984, *JOCE L 92*, 30 mars 1984.

**Décision de la Commission** du 19 décembre 1984, Pâte de Bois, *JOCE L 85* du 26 mars 1985.

**Décision de la Commission** (93/519/CE) du 28 septembre 1993, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de manganèse sous forme brute contenant plus de 96% en poids de manganèse, originaire de République populaire de Chine, *JOCE L 244* du 30 septembre 1993.

**Décision du Conseil** relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), 94/800/CE, du 22 décembre 1994.

**Décision de la Commission** du 11 mars 1964 relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil (IY/A-00061), (64/233/CEE), *JOCE n°58*, du 9 avril 1994.

**Décision du Conseil** du 22 décembre 1995 concernant la conclusion des négociations avec certains pays tiers dans le cadre de l'article XXIV:6 du GATT et d'autres questions connexes, *JOCE*, L 334, du 30 décembre 1995.

**Décision de la Commission** (95/187/CE) du 31 mai 1995, portant clôture de la procédure antidumping concernant les importations de certains mouvements de montres originaires de Malaisie et de Thaïlande, *JOCE* L 121 du 1 juin 1995.

**Décision du Conseil et de la Commission** (95/145/CE, CECA), relative à la conclusion de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence, *JOCE* L 95, du 27 avril 1995.

**Décision du Conseil** 96/377/CE du Conseil du 13 mai 1996 concernant des résultats des consultations avec la Thaïlande dans le cadre de l'article XXIII du GATT, *JOCE*, L 122, du 22 mai 1996.

**Décision** 2085/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997 établissant un programme de soutien, comprenant la traduction, dans le domaine du livre et de la lecture (Ariane), *JOCE* L 291, du 24 octobre 1997.

**Décision de la Commission** déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'Accord sur l'Espace économique européen, aff. IV/M.877-Boeing/MacDonnell Douglas, *C(97) 2598 final*, du 30 juillet 1997.

**Décision de la Commission** du 3 mars 1998, Worldcom/MCI, IV/M 1069 et Décision du 8 juillet 1998, Exxon/Shell, IV/M 1137, *JOCE* C-252/9, du 11 août 1998.

**Décision de la Commission** du 8 juillet 1999, WorldCom Inc / MCI, aff. IV/M 1069, *JOCE* L 116, 4 mai 1999.

**Décision de la Commission européenne** du 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Honeywell/AlliedSignal*, *JOCE* L 152, du 7 juin 2001.

**Décision** 2010/314/UE **du Conseil** du 10 mai 2010 relative à la signature et à l'application provisoire de l'Accord de Genève sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Vénézuéla et d'un accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique, *JOUE* L 141, du 9 juin 2010.

**Décision** 2010/343/UE **du Conseil** du 3 juin 2010 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de l'arrangement entre l'Union européenne et la République du Chili concernant la conservation des stocks d'espadons du Pacifique Sud-Est, *JOUE* L155, 22 juin 2010.

**Décision** 2011/194/UE **du Conseil** du 7 mars 2011 relative à la conclusion définitive de cet accord, *JOUE* L 88, du 4 avril 2011.

**Décision du Conseil** du 28 janvier 2014 relative à la conclusion du mémorandum d'accord révisé avec les Etats-Unis d'Amérique [...], *JOUE*, L 27 du 30 janvier 2014.

**Proposition de décision du Conseil** concernant la conclusion d'un accord sur le marché des télécommunications et d'un accord sous forme d'échange de lettres concernant la passation de marchés par des opérateurs privés, COM (97) 56 final, 17 février 1997.

**Proposition de décision de la Commission européenne** concernant la conclusion d'un accord sous forme de protocole instituant un mécanisme de règlement des différends relatifs aux dispositions commerciales de l'accord d'association euro-tunisien, COM (2009) 357 final, 14 juillet 2009.

**Directive Européenne** n°73-404 du 22 novembre 1973, n° 73404 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux détergents, *JOCE* du 17 décembre 1973.

**Directive européenne** n°75-129 du 17 février 1975, n° 75129 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* du 22 février 1975.

**Directive européenne** n°77-187 du 14 février 1977, n° 77187 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissements, *JOCE* du 5 mars 1977.

**Directive** 80/97/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE* L 283, du 20 octobre 1980.

**Directive** du Conseil interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales, n° 85/649/CEE, du 31 décembre 1985.

**Directive européenne** n°85-210 du 20 mars 1985, n° 85210 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la teneur en plomb de l'essence, *JOCE* du 3 avril 1985.

**Directive** du Conseil interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales, n° 88/146/CEE, 7 mars 1988.

**Directive** (88/361/CEE) du 24 juin 1988, du Conseil pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, *JOCE* L 178/5, 8 juillet 1988.

**Directive** 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* L 298 du 17 juillet 1989.

**Directive** 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE* L 167, du 22 juin 2001.

**Directive** 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, du 31 mars 2004.

**Résolution du Parlement européen** sur la suspension de la procédure de règlement des litiges à l'Organisation mondiale du commerce à propos de la loi Helms-Burton d 15 mai 1997, B4-0393/7, *JOCE*, C 167, du 2 juin 1997.

**Résolution du Parlement européen** sur la cohérence des différentes politiques de l'Union avec la Politique de développement, B5-0118/2000, du 10 février 2000.

**Résolution du Parlement européen** du 30 septembre 1993 sur l'état des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round du GATT, *JOCE C 279* du 18 octobre 93.

Résolution du Conseil du 25 septembre 2008 sur un plan européen global de lutte contre la contrefaçon et le piratage, *JOCE C 253*, du 4 octobre 2008.

**Résolution législative du Parlement européen** du 4 juillet 2012 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon entre l'Union européenne et ses États membres, l'Australie, le Canada, la République de Corée, les États-Unis d'Amérique, le Japon, le Royaume du Maroc, les États-Unis mexicains, la Nouvelle-Zélande, la République de Singapour et la Confédération suisse (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)) (2013/C 349 E/32), *JOUE C 349 E/552*, du 29 novembre 2013.

#### **D. Autres documents sur l'Union européenne**

**Avis d'ouverture d'une procédure d'examen concernant un obstacle au commerce au sens du règlement** (CE) n° 3286/94 du Conseil, consistant en des pratiques commerciales maintenues par le Canada dans le cadre de l'importation de certains vins, *JOCE C 124* du 25 mai 2002.

**Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, *JOCE C 364/1*, du 18 décembre 2000.

**Communiqué de presse**, « European Consumers and Farmers Unanimous on the EU Ban of Hormone Treated Beef, Joint Statement of BEUC, EUROCOOP, COPA and COGECA », CdP(99)19-1, Press Release, 29 April 1999.

**Conseil européen d'Essen** du 9 et 10 décembre 1994 – Conclusions de la présidence, *Bulletin de l'Union européenne*, décembre 1994.

**Commission des Communautés européennes**, Onzième rapport sur la politique de concurrence, Luxembourg, *OPOCE*, 1982.

**Commission européenne**, La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles au niveau international, Bruxelles, *OPOCE*, 1995.

**Communication de la Commission au Conseil**, Vers l'établissement d'un cadre international de règles de concurrence, *COM (96) 284 final*, 18 juin 1996.

**Commission européenne**, Le défi global du commerce international : une stratégie d'accès aux marchés pour l'Union européenne, *OPOCE*, COM(96) 53 final, 1997.

**Commission européenne**, « Politique audiovisuelle de l'Union européenne 1998 », Bruxelles, *OPOCE*, 1997.

**Commission européenne**, Dix-septième rapport annuel de la Commission au Parlement européen sur les activités antidumping et antisubventions de la Communauté (1998), *COM (1999) 411 final*, Bruxelles, 8 septembre 1999.

**Commission européenne**, Rapport sur la politique de concurrence 2009, Luxembourg, *OPOCE*, 2010.

**Commission européenne**, « La Commission européenne propose l'ouverture des négociations commerciales multilatérales sur les services », Communiqué de presse, IP/13/118, du 15 février 2013.

**Commission européenne**, « La Commission présente des mesures pour mieux protéger et faire respecter les droits de propriété intellectuelle », Communiqué de presse, IP/14/760, 1er juillet 2014.

**Commission européenne**, Document de travail des services de la Commission : Rapport 2015 de l'UE sur la cohérence des politiques pour le développement, *SWD(2015) 159 final*, Bruxelles, le 3 août 2015.

**Commission européenne**, Rapport 2015 de l'UE sur la cohérence des politiques pour le développement », *SWD (2015) 159 final*, Bruxelles, du 3 août 2015.

**Commission européenne**, Rapport de la Commission européenne, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Rapport sur la politique de concurrence 2016, *COM(2017) 285 final*, Bruxelles, du 31 mai 2017.

**Commission européenne**, Annexe de la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon, *COM (2018) 192 final*, Bruxelles, 18 avril 2018.

**Commission européenne**, Jean-Claude JUNKER : Discours sur l'état de l'Union 2018, *SPEECH/18/5808*, du 12 septembre 2018.

**Document de travail de la Commission européenne**, « Trade As a Driver For Prosperity », accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social et au Comité des régions, Commerce, croissance et affaires mondiales, « La politique commerciale au cœur de la stratégie Europe 2020 », Bruxelles, *SEC(2010) 1269, COM(2010) 612 final* [Non publié au Journal officiel], du 9 novembre 2010.

**Groupe ACP**, « Orientations ACP pour les négociations des accords de partenariat économique », *ACP/61/056/02 [FINAL]*, Bruxelles, 5 juillet 2002.

**Livre blanc de la Commission européenne**, Croissance, compétitivité, emploi : les défis et les pistes pour entrer dans le XXI<sup>e</sup> siècle, Luxembourg, *OPOCE*, 1994.

**Projet de directives** pour la négociation d'un accord plurilatéral sur le commerce des services, document 6891/13 ADD 1 RESTREINT UE, du 10 mars 2015.

**Rapport conjoint**, « « Tous ACP » - CE des négociations sur les APE », *ACP/00/118/03 Rev. 1*, Bruxelles, 2 octobre 2003.

**Rapport de la Commission européenne**, au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Rapport sur la politique de concurrence 2016, *COM(2017) 285 final*, Bruxelles, 31 mai 2017.

**Traité instituant la Communauté économique européenne**, signé le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958 [Non publié au Journal officiel].

**L'Acte unique européen**, *JOCE* L 169, du 29 juin 1987.

**Traité de Maastricht** sur l'Union européenne, *JOCE* C 191, du 29 juillet 1992.

**Traité d'Amsterdam** modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *JOCE* 340, du 10 novembre 1997.

**Traité de Nice** modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *JOCE* C 80, du 10 mars 2001.

**Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**, version consolidée, *JOUE* C 115/141, du 9 mai 2008.

## VI. DOCUMENTS CONCERNANT L'OMC/GATT

**Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC**, *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002.

**Communication du Chili et des Etats-Unis**, Négociations sur les améliorations et les clarifications à apporter au mémorandum d'accord sur le règlement des différends en vue d'améliorer la souplesse et le contrôle exercé par les Membres dans le règlement des différends à l'OMC, TN/DS/W28 du 23 décembre 2002.

**Compte rendu** de la réunion de l'ORD, WT/DSB/M/5, du 31 mai 1995.

**Compte rendu** de la réunion de l'ORD du 30 juillet 1997, WT/DSB/M/36, du 17 septembre 1997

**Compte rendu** de la réunion de l'ORD du 22 juin 1998, WT/DSB/M/46, du 6 juillet 1998.

**Compte rendu** de la Réunion de l'ORD, WT/DBS/M/83, du 7 juin 2000.

**Compte rendu** de la réunion de l'ORD du 18 décembre 2001, WT/DSB/M/116, du 31 janvier 2002.

**Compte rendu** de la réunion de l'ORD du 23 octobre 2009, WT/DSB/M/75, 22 décembre 2009.

**Conférence de presse du Directeur général de l'OMC**, Azevêdo, « Entrée en vigueur de l'Accord sur la facilitation des échanges », du 22 février 2017.

**Conseil général**, Annexe au Protocole amendant l'Accord de Marrakech établissant l'Organisation mondiale du commerce : Accord sur la facilitation des échanges, WT/L/940, du 28 novembre 2014.

**Contribution des Communautés européennes** à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends, TN/DSW/1, 13 mars 2002.

**Décision L/6489** sur les améliorations des règles et procédures de règlement des différends adoptée le 12 April 1989.

**Décision du Conseil général**, Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, WT/L/162, du 23 juillet 1996.

**Décision du Conseil général**, Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les Organisations non gouvernementales, WT/L/162 du 23 juillet 1996.

**Décision de la Conférence ministérielle** du 14 novembre 2001 relative à l'Accord de partenariat ACP/CE, WT/MIN(01)/15, 14 novembre 2001.

**GATT**, Comité de l'Agriculture – Rapport au Conseil, L/3472, du 18 décembre 1970.

**GATT**, Les négociations commerciales multilatérales du Tokyo round – Rapports et Accords, Archives, vol. 55, Genève, 1979.

**GATT**, United States – Trade measures affecting Nicaragua – Communications from United States, L/5803, 29 mai 1985.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion du 15 au 17 septembre 1987*, MNT. GNS/10, du 15 octobre 1987.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion du 27 au 29 janvier 1988*, MNT. GNS/13, du 13 février 1988.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion du 17 au 20 mai 1988*, MNT. GNS/16, du 8 août 1988.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion tenue du 18 au 22 septembre 1989*, MNT.GNS/25, 23 octobre 1989.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion tenue du 5 au 9 juin 1989*, MTN.GNS/23, 11 juillet 1989.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Commerce des services de transport – Note du secrétariat*, MNT.GNS/W/60, 4 juillet 1989.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Note sur la réunion tenue du 17 au 21 juillet 1989*, MNT.GNS/24, 28 août 1989.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Groupe de travail des services de télécommunication – Note sur la réunion des 10-12 septembre 1990*, MNT.GNS/TEL/3, 12 octobre 1990.

**GATT**, *Négociations d'Uruguay – Groupe de négociation sur les services – Rapport au Comité des négociations commerciales réuni à l'échelon ministériel, Montréal, décembre 1998*, MTN.GNS/21, 25 novembre 1998.

**General Council Meeting** – 5th February 2008, Item 6 – « ACP – EU Economic Partnership Agreements, Statement by Brazil ».

**LAMY Pascal**, « La Conférence Ministérielle de l’OMC à Seattle : bilan et perspectives », Session plénière du Parlement Européen, SPEECH/99/209, Strasbourg, 13 décembre 1999.

**LAMY Pascal**, « L’émergence des préférences collectives dans le champ de l’échange international : quelles implications pour la régulation de la mondialisation », Discours du Commissaire européen au Commerce, in Conférence « *Préférences collectives et Gouvernance mondiale : quel avenir pour le système commercial mondial ?* », Bruxelles, 15 septembre 2004.

**Mémorandum d’accord L/4907** concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance adopté le 28 novembre 1979.

**Minutes of the DSB Meeting** on 19 July 1995, WT/DSB/M/6.

**Minutes of the DSB Meeting** on 31 August 2005, WT/DSB/M/196.

**OMC**, Examen des politiques commerciales : Communauté européenne, 1993, Genève, 1993.

**OMC**, Index analytique du GATT : guide des règles et pratiques du GATT, 6<sup>ème</sup> éd., Genève, 1995.

**OMC**, Comité des règles d’origine, “Dispositions relatives aux règles d’origine figurant dans les accords de l’OMC”, Note du Secrétariat, G/RO/W/31, 8 mai 1998.

**OMC**, Les principes fondamentaux de l’OMC : le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, WT/WGTCP/W/114, 14 avril 1999.

**OMC**, Rapport (1999) au Conseil général du Groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence, WT/WGTCP/3, du 11 octobre 1999.

**OMC**, Commerce des services – Royaume hachémite de Jordanie – Liste d’engagements spécifiques, GATS/SC/128, 15 décembre 2000.

**OMC**, Déclaration sur l’Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN, (01)/DEC/2, du 20 novembre 2001.

**OMC**, Organe de règlement des différends – Session extraordinaire – Négociations sur le Mémorandum d’accord sur le règlement des différends – Proposition du Groupe des PMA, TN/DS/W/17, du 9 octobre 2002.

**OMC**, Organe de règlement des différends – Session extraordinaire – Contribution de la Jamaïque au réexamen, prescrit à Doha, du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends, TN/DS/W/21, du 10 octobre 2002.

**OMC**, Groupe de négociation sur l’accès aux marchés, «Aperçu récapitulatif des propositions présentées – obstacles non tarifaires, TN/MA/9/Rev.1, du 29 octobre 2004.

**OMC**, L’OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence, *Rapport sur le commerce mondial 2011*, 2011, 251 pages.



**OMC**, Commerce et politiques publiques : Gros plan sur les mesures non tarifaires au XXI<sup>ème</sup> siècle, *Rapport sur le commerce mondial 2012*, 2012, 247 pages.

**OMC**, Annexe au Protocole portant amendement de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce : Accord sur la facilitation des échanges, Conseil général, WT/L/940, du 28 novembre 2014.

**Résolution du Conseil** du 24 juin 1999 sur la gestion des accords de reconnaissance mutuelle, *JOCE* C 190, du 7 juillet 1999.

**SUTHERLAND et autres** Peter, *L'Avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif à l'ancien directeur général, Supachai Panitchpakdi, Organisation mondiale du commerce, Genève, 2004, 106 pages.

**Secrétariat du GATT**, Les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay : textes juridiques, Genève, mai 1994.

**Uruguay Round** – Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, MTN.TNC/W/FA, 20 December 1991.

## VII. ACCORDS

### A. Accords de règlement

**Accord notifié**, *Mexique – Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/7, 2 juin 2004.

**Arrangement** entre la *Communauté européenne et le Chili*, *Chili – Espadons*, WT/DS193/3, du 6 avril 2003.

**Etats-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur** – Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant, WT/DS160/23, du 26 juin 2003.

**Mémoire d'accord** *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/60, 9 juillet 2001.

**Mémoire d'accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la Communauté européenne** concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par les Etats-Unis à certains produits des Communautés européennes, WT/DS26/28, du 30 septembre 2009.

**Mémoire d'accord** concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par le Canada à certains produits de l'Union européenne conclu entre le gouvernement du Canada et la Commission européenne, WT/DS48/26, 22 mars 2011.

**Solutions mutuellement convenues** entre la Communauté européenne d'une part, et le Canada, le Pérou et le Chili d'autre part, WT/DS7/12, WT/DS12/12 et WT/DS14/12, du 19 juillet 1996.

**Solutions mutuellement convenues** entre la CE d'un côté et le Chili et le Pérou de l'autre, WT/DS7/12, WT/DS12/12 et WT/DS14/12, du 19 juillet 1996.

**Solution mutuellement acceptable** concernant les modalités de mise en œuvre entre la Communauté européenne et le Japon, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/17, du 30 juin 1997.

**Solution mutuellement convenue** entre la *Communauté européenne et la Corée*, WT/DS40/2, du 29 octobre 1997.

**Solution mutuellement convenue** entre la Communauté européenne et le Japon, *Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores*, WT/DS42/4, du 17 novembre 1997.

**Solution mutuellement convenue** entre la Communauté européenne et les Etats-Unis, WT/DS85/9, du 25 février 1998.

**Solution mutuellement convenue** d'un commun accord entre la Communauté européenne et le Japon, WT/DS73/5, du 3 mars 1998.

**Solution mutuellement convenue** entre la Communauté européenne et la Nouvelle Zélande, *Communautés européennes – Beurre*, WT/DS72/7, du 18 novembre 1999.

**Solution mutuellement convenue**, *Communautés européennes – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/2, du 26 mars 2001.

**Solution mutuellement convenue** entre la Communauté européenne, la Grèce et les Etats-Unis, *CE – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, WT/DS124/2, du 26 mars 2002.

**Solution mutuellement convenue** dans l'affaire *Communautés européennes – Sardines*, WT/DS231/18, du 29 mai 2002.

**Solution mutuellement convenue**, *Argentine – Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais*, WT/DS196/4, du 20 juin 2002.

**Solution mutuellement convenue** dans l'affaire *Argentine - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS171/3, du 20 juin 2002.

**Solution mutuellement convenue** dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant la protection des droits d'auteur et des droits voisins*, WT/DS115/3, du 13 septembre 2002.

**Solution mutuellement convenue**, *Communautés européennes – Droits antidumping visant certains produits laminés plats, en fer ou en aciers non alliés, en provenance d'Inde*, WT/DS313/2, du 27 octobre 2004.

**Solution mutuellement convenue** entre la Communauté européenne et l'Australie, WT/DS287/8, du mars 2007.

**Solution convenue d'un commun accord** entre le Canada et les Communautés européennes dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS292/40, du 15 juillet 2009.

**Solutions mutuellement convenues** d'un commun accord entre la *Communauté européenne et le Canada d'une part, et la Communauté européenne et l'Argentine d'autre part*, WT/DS292/40, du 17 juillet 2009 et WT/DS293/41, du 23 mars 2010.

**Solution convenue d'un commun accord** entre la République argentine et l'Union européenne dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS293/41, du 23 mars 2010.

## **B. Accords externes de l'Union européenne**

**Accord** entre la Communauté européenne, la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Communauté européenne du charbon et de l'acier, d'une part, et la république de Lettonie, d'autre part, sur la libéralisation des échanges et l'institution de mesures d'accompagnement, *JOCE L 374/2*, du 31 décembre 1994.

**Accord** entre la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et la république de Lituanie, d'autre part, concernant le commerce et la coopération commerciale et économique, *JOCE L 403/20*, du 31 décembre 1994.

**Accord** de Coopération entre la Communauté européenne et la République démocratique populaire Laos, *JOCE L 334/15*, du 5 décembre 1997.

**Accord** entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, *JOCE L 173*, du 18 juin 1998.

**Accord** entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leur droit de la concurrence, *JOCE L 175*, du 10 juillet 1999.

**Accord** sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, d'autre part, *JOCE L 311/3*, du 4 décembre 1999.

**Accord** euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, l'Etat d'Israël, d'autre part, *JOCE L 147/3*, du 21 juin 2000.

**Accord** de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les Etats-Unis du Mexique, d'autre part, *JOCE L 276*, du 28 octobre 2000.

**Accord** de coopération entre la Communauté européenne et la République populaire du Bangladesh en matière de partenariat et de développement, *JOCE L 118*, du 27 avril 2001.

**Accord** établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, *JOCE L 352*, du 30 décembre 2002.

**Accord** de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, *JOCE* L 084, du 20 mars 2004.

**Accord intérimaire** sur le commerce et les mesures d'accompagnement entre la Communauté européenne, d'une part, et la Bosnie-et-Herzégovine, d'autre part, *JOCE* L 169/14, du 30 juin 2008.

**Accord** de partenariat économique entre les Etats du Cariforum d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, *JOUE* L 289/I/3, du 30 octobre 2008.

**Accord** entre la Communauté européenne et l'Australie sur le commerce de vin, *JOUE* L28/3, du 30 janvier 2009.

**Accord** d'étape – vers un accord de partenariat économique entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la partie Afrique centrale, d'autre part, *JOUE* L 57/2, du 28 février 2009

**Accord** de partenariat économique d'étape entre la Côte d'Ivoire, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 59/3, du 3 mars 2009.

**Accord** entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles, *JOUE* L 202/36, du 4 août 2009.

**Accord** de partenariat économique entre la Communauté européenne, d'une part, et les États du Pacifique, d'autre part, *JOUE* L 272/2, du 16 octobre 2009.

**Accord** de libre-échange entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *JOUE* L127/6, du 14 mai 2011.

**Accord** entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc instituant un mécanisme de règlement des différends, *JOUE* L 176/2, du 5 juillet 2011.

**Accord** établissant une association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Amérique centrale, d'autre part, *JOUE* L 346, du 15 décembre 2012.

**Accord commercial** entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part, *JOUE* L 354, du 21 décembre 2012.

**Accord** de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Serbie, d'autre part, *JOUE* L 278/14, du 10 octobre 2013.

**Accord** d'association entre l'Union européenne, et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs Etats membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part, *JOUE* L 261/4, du 30 août 2014.

**Accord** économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* L 11/23, du 14 janvier 2017.

**Protocole** entre l'Union européenne et la République tunisienne instituant un mécanisme de règlement des différends relatif aux dispositions commerciales de l'accord euro-méditerranéen, établissant une association entre les Communautés européennes et ses Etats membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, *JOUE* L 40, du 13 février 2010.

## VIII. DIVERS DOCUMENTS ET RAPPORTS OFFICIELS

**CDI**, La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, 58<sup>ème</sup> session, A/CN.4/L 682, 13 avril 2006.

**CNUCED**, Obstacles non tarifaires : Méthodes, classifications, quantification et incidence sur le développement, TD/B/COM.1/EM.27/2, 23 juin 2005.

**CERDRADI**, Actes du Colloque sur « La concurrence des organisations régionales en Afrique », Bordeaux, Janvier 2010.

**Communiqué de presse** du Department of Foreign Affairs and International Trade, Canada Retaliates against the EU, Press Release n° 174 of 29 July 1999.

**Direction de l'information légale et administrative de la primature française**, « L'Union européenne est-elle une grande puissance », 30 mars 2017.

**FAO**, Appui de la FAO aux négociations de l'OMC, Bulletin n°8, FAO, Rome, 2003.

**OCDE**, Principes fondamentaux de non-discrimination, de transparence et d'équité en matière de procédure dans un cadre multilatéral sur la concurrence, CCNM/GF/COMP/TR (2003), 6 avril 2003.

**OECD**, « Report of the OECD Committee on competition law and policy : Making international markets more efficient through "positive comity" in competition law enforcement », DAF/CLP/(99) 19, du 6 mai 1999.

**Report** of the Twenty-First Session of the Joint FAO/WHO Codex Alimentarius Commission, Rome, 3–8 July 1995, ALINORM 95/37.

**Bernard PATRY du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international de la Chambre des communes du Canada**, « Partenaires en Amérique du nord : Cultiver les relations du Canada avec les Etats-Unis et le Mexique », Rapport de décembre 2002.

**BERNIER** Ivan et **RUIZ-FABRI** Hélène, « Evaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle », Rapport produit pour le Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle, Québec, avril 2002, 50 pages.

**BOROTRA** Patrick, *La défense commerciale de la Communauté*, Rapport n° 448, Assemblée nationale, 6 juillet 1993.

**FRUTEAU** Jean-Claude et **GAYMARD** Hervé, *Les accords de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, Rapport de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale française, du 2 décembre 2009.

**GUEVREMONT Véronique et autres**, *La mis en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique : enjeux, actions prioritaires et recommandations*, Rapport présenté au Comité intergouvernemental de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Septième session ordinaire, Paris, 10-13 décembre 2013.

**HOGUET Patrick**, *Les enjeux de la négociation du GATT (cycle d'Uruguay)*, Délégation des Communautés européennes, Rapport d'information n° 679, Assemblée nationale, vol. 1, 2 novembre 1993, 252 pages.

**INAMA Stefano**, *Les règles d'origine non préférentielles, CNUCED : Champ d'application de l'Accord : Programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine non préférentielles et déclaration commune sur les règles d'origine préférentielles*, UNCTAD/ITCD/TSB/10, in *Les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales*, CNUCED, 2000, pp. 429-458.

**LIPKOWSKI Jean de**, *Les accords entre la Communauté et l'Europe centrale et orientale : une occasion manquée ?*, Délégation pour les Communautés européennes, Rapport d'information n° 696, Assemblée nationale, 10 novembre 1993.

**LIPKOWSKI Jean de et BOROTRA Frank**, *La défense commerciale de la Communauté*, Délégation pour les Communautés européennes, Dossier n° 1, Les documents d'information n° 248, Assemblée nationale, 15 juin 1993.

**WALKENHORST Peter et FLIESS Barbara**, *Non-Tariff Measures Affecting EU Exports: Evidence from a Complaints-Inventory*, Economics Department, Working Papers n° 373, OCDE, Paris, 2003, 18 pages.

## TABLES DES MATIERES

ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	i
SOMMAIRE.....	V
INTRODUCTION GENERALE.....	1
Section 1. Les obstacles non tarifaires dans le commerce international.....	2
Section 2. Les obstacles non tarifaires et le protectionnisme.....	8
Section 3. L'évolution de la politique commerciale commune de l'Union européenne.....	14

### PREMIERE PARTIE

#### Le maintien du modèle économique de l'UE

TITRE 1. LA DEFENSE DES INTERETS ECONOMIQUES DE L'UNION EUROPEENNE.....	25
CHAPITRE 1. LA PROTECTION DU MARCHE INTERIEUR EUROPEEN PAR LA DEFENSE COMMERCIALE.....	26
SECTION 1. LA LEGITIMITE DE LA DEFENSE COMMERCIALE EUROPEENNE.....	27
§1. – <i>Un instrument économique consubstantiel à la construction européenne</i> .....	27
A. Un instrument associé aux objectifs de la politique commerciale commune.....	28
1. L'uniformisation du régime des importations : une exigence de l'union douanière...	28
a) L'obligation d'uniformisation contenue dans l'article 207 TFUE .....	29
b) La mise en libre pratique : une conséquence naturelle de l'uniformisation.....	31
2. L'extension de l'obligation d'uniformisation à la défense commerciale...	33
a) La justification à l'institution d'une défense commerciale communautaire.....	34
b) L'achèvement tardif du processus d'uniformisation de la défense commerciale.....	35
B. Un complément à l'ouverture du marché communautaire.....	39
1. L'équilibre entre objectifs communautaires.....	40
2. La différenciation par la défense commerciale .....	42
§2. – <i>Un outil adapté aux contraintes des échanges internationaux</i> .....	44

A. La sauvegarde de l'industrie communautaire par la défense communautaire.....	45
B. La sauvegarde de politiques communautaires par la défense communautaire .....	52
1. La défense commerciale et la politique de concurrence .....	53
2. La défense commerciale et la politique agricole .....	54
SECTION 2. L'EFFICACITE DE LA DEFENSE COMMERCIALE	
EUROPEENNE.....	57
§1. – <i>Une efficacité mitigée de la défense commerciale de l'U.E</i> .....	57
A. Les dysfonctionnements au niveau du processus décisionnel européen... ..	57
1. Les insuffisances décisionnelles de la procédure de défense commerciale .....	58
2. Les répercussions dommageables pour l'industrie communautaire .....	65
B. Les obstacles institutionnels à la défense commerciale européenne .....	68
1. L'instrumentalisation de la défense commerciale par les institutions	
européennes .....	69
2. L'assimilation de la défense commerciale à un instrument de politique	
extérieure .....	74
§2. – <i>Un besoin évident de renforcement de la défense commerciale de l'UE</i> .....	79
A. L'adaptation au niveau européen .....	79
1. Une modification indispensable de l'équilibre du processus décisionnel.....	80
2. L'extension nécessaire de la défense commerciale aux nouveaux domaines des	
échanges commerciaux .....	84
B. La nécessaire consolidation de la défense commerciale européenne .....	88
1. La défense commerciale : un rempart contre un unilatéralisme	
incontrôlé .....	88
2. La préservation de la libéralisation des échanges par la défense	
commerciale.....	93
<i>Conclusion chapitre</i> .....	95
CHAPITRE 2. L'ACCES AUX ESPACES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX.....	96
SECTION 1. L'OUVERTURE DES ESPACES COMMERCIAUX	
INTERNATIONAUX.....	97
§1. – <i>La garantie d'une effectivité de l'ouverture</i> .....	97
A. L'élimination des contraintes au franchissement des frontières .....	98
B. La suppression des obstacles post-frontières .....	106
§2. – <i>L'intensification de l'activité commerciale européenne</i> .....	112



A. L'approfondissement de la libéralisation .....	112
1. Un approfondissement contrôlé du commerce des biens et services culturels .....	112
2. L'accentuation du commerce des services.....	120
B. La protection des opérateurs économiques européens à l'étranger .....	124
1. Le respect des droits de propriété intellectuelle des opérateurs européens.....	124
2. L'amélioration des conditions d'établissement des opérateurs européens .....	129
SECTION 2. LA REGULATION DES ESPACES COMMERCIAUX INTERNATIONAUX : L'APPREHENSION DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS EXTRATERRITORIAUX .....	132
§1. – <i>La contrepartie logique à l'ouverture des espaces commerciaux internationaux</i> .....	133
A. L'importance de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles internationales.....	133
B. Les objectifs de la politique européenne de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles .....	136
§2. <i>La sanction des comportements anticoncurrentiels</i> .....	140
A. La persistance de contraintes internationales en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles .....	141
1. La compétence normative de l'Union européenne.....	141
2. L'utilisation mesurée des potentialités de la théorie de l'effet.....	147
a) La compétence de l'UE sur le fondement de la théorie de l'effet .....	147
b) La complexe application de la théorie de l'effet .....	151
B. Le développement d'une coopération internationale en matière de concurrence .....	155
<i>Conclusion chapitre</i> .....	162
TITRE 2. L'EXPRESSION DES PREFERENCES COLLECTIVES DE L'UNION EUROPEENNE A TRAVERS SES ACCORDS EXTERNES.....	164
CHAPITRE 1. LA LEGITIMATION DES PREFERENCES COLLECTIVES EUROPEENNES PAR LES ACCORDS OMC .....	165
SECTION 1. L'ADMISSION EXCEPTIONNELLE DE PREFERENCES COLLECTIVES PAR LE DROIT DE L'OMC... ..	166
§1. <i>Une admission graduelle des préférences collectives</i> .....	166
A. Les premières tentatives de la Charte de la Havane.....	166
B. Les progrès réalisés au sein du G.A.T.T.....	173

§2. Une admission des préférences collectives encadrée par le juge de l'O.M.C.....	182
A. Le contrôle du but légitime de la mesure étatique .....	183
B. Le contrôle du lien entre le but et la mesure .....	189
SECTION 2. LA RECONNAISSANCE D'OFFICE DE PREFERENCES COLLECTIVES PAR LE DROIT DE L'O.M.C .....	199
§1. Une reconnaissance fondée sur des accords spécifiques.....	199
A. La focalisation sur un nombre limité de préférences .....	200
B. La fixation de conditions de validité des préférences.....	207
§2. L'atténuation des préférences collectives reconnues d'office.....	212
A. L'effectivité limitée des accords spécifiques.....	212
B. Le fardeau du principe de non-discrimination .....	219
Conclusion chapitre.....	229
CHAPITRE 2. UNE EXPRESSION FONDEE SUR LE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE.....	230
SECTION 1. LES PREFERENCES COLLECTIVES EUROPEENNES : UN ENSEMBLE D'OBJECTIFS ET DE VALEURS... ..	231
§1. Les préférences collectives européennes : objectifs pluriels de l'Union et de ses Etats membres .....	231
A. Le cadre constitutionnel des objectifs.....	231
B. La mise en ordre des objectifs .....	241
§2. Les préférences collectives européennes : valeurs de l'Union et de ses Etats membres .....	247
A. L'importance reconnue aux valeurs.....	247
B. L'effectivité des valeurs de l'Union européenne.....	251
1. Les valeurs européennes : cause d'interdiction du commerce entre l'Union et les Etats tiers .....	251
2. L'internationalisation des valeurs européennes à travers les accords externes... ..	252
SECTION 2. L'ENCADREMENT DES PREFERENCES COLLECTIVES EUROPEENNES PAR LA COUR DE JUSTICE.....	257
§1. Le glissement du contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne .....	258
A. Un contrôle initialement limité aux préférences contenues dans les traités .....	258
B. Un contrôle étendu aux préférences consacrées par la jurisprudence de la Cour .....	265
§2. La systématique du raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne.....	268

A. La double dimension du raisonnement de la Cour.....	268
B. Les leviers explicatifs du raisonnement de la Cour.....	275
<i>Conclusion chapitre</i> .....	278

## DEUXIEME PARTIE

### L’instauration d’un mécanisme spécial d’administration des obstacles non tarifaires

TITRE 1. LE SYSTEME EUROPEEN D’ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES.....	280
CHAPITRE 1. UN SYSTEME REALISTE : LES RAISONS DE L’INSTITUTION.....	281
SECTION 1. LES INSUFFISANCES DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL .....	282
§1.- <i>La réaction aux lacunes des accords O.M.C.</i> .....	282
A. La remise en cause des préférences collectives étatiques par le diktat du principe de l’équilibre des droits et des obligations .....	282
B. La remise en cause des préférences collectives étatiques par la réallocation des pouvoirs institutionnels .....	289
§2.- <i>La réaction à l’impérialisme de l’organe de règlement des différends de l’O.M.C.</i> ...294	
A. L’activisme judiciaire dénoncé de l’ORD .....	294
B. Les interrogations sur la légitimité de l’ORD .....	299
SECTION 2. LA QUETE D’EFFICACITE DANS UN BILATERALISME CONQUERANT.....	306
§1. – <i>Le cadre bilatéral : un moyen de régulation des obstacles non tarifaires au service des relations extérieures européennes</i> .....	306
A. L’exportation des standards normatifs européens à travers l’administration des obstacles non tarifaires.....	306
B. La contribution à la mondialisation par l’administration des obstacles non tarifaires : la « mondialisation maîtrisée ».....	316
1. La maîtrise de la mondialisation par un attachement préalable au multilatéralisme	317

2. La maîtrise de la mondialisation par l'extension du champ d'application du commerce .....	322
§2. <i>Le cadre bilatéral : un espace de régulation des obstacles non tarifaires propice aux concessions entre l'Union européenne et ses partenaires internationaux</i> .....	325
A. L'introduction d'un mécanisme de flexibilité dans les accords externes de l'Union .....	325
1. La conception européenne gouvernant l'application du mécanisme spécial de flexibilité .....	325
2. L'application du mécanisme spécial de flexibilité à travers les accords externes de l'Union	329
B. L'institution de la coopération dans les accords externes de l'Union .....	334
1. Une coopération fondée sur des institutions conventionnelles .....	334
2. Une coopération guidée par la transparence .....	340
<i>Conclusion chapitre</i> .....	343
CHAPITRE 2. UN SYSTEME MIXTE : LES CARACTERISTIQUES DE L'INSTITUTION .....	344
SECTION 1. L'ETABLISSEMENT D'UNE PROCEDURE NON JUDICIAIRE DE REGLEMENT DES CONFLITS RELATIFS AUX OBSTACLES NON TARIFAIRES : LE RECOURS PRIORITAIRE A LA DIPLOMATIE.....	345
§1. <i>Le modèle des solutions mutuellement convenues dans le règlement des différends entre l'UE et ses partenaires</i> .....	345
A. Les solutions mutuellement convenues : un défi conceptuel.....	345
B. Les solutions mutuellement convenues : une pratique inhérente à toutes les étapes de la procédure de règlement des différends.....	353
§2. <i>La prise en compte d'éléments pertinents dans le recours aux solutions mutuellement convenues</i> .....	365
A. La légitimation juridique du recours prioritaire aux solutions mutuellement convenues	366
1. Une légitimité héritée de l'évolution du système commercial multilatéral.....	366
2. Une légitimité découlant de l'attitude de la Cour de justice de l'Union... ..	370
B. L'ambivalence des facteurs entourant la pratique des solutions mutuellement convenues .....	376
SECTION 2. LA MISE EN PLACE D'UNE PROCEDURE JUDICIAIRE : LE MECANISME ARBITRAL DANS LES ACCORDS EXTERNES DE L'UNION EUROPEENNE.....	377

§1.- Une procédure judiciaire.....	378
A. Le processus de prise de décision du Groupe spécial d'arbitrage .....	378
1. La désignation des arbitres du Groupe spécial d'arbitrage .....	379
2. L'obligatorité de la décision du Groupe spécial d'arbitrage .....	381
B. La mise en conformité de la décision du Groupe spécial d'arbitrage .....	384
1. La clarté des règles de mise en conformité.....	384
2. Les facteurs rendant difficile la mise en conformité des sentences arbitrales	387
a) Les considérations générales sur la mise en conformité.....	387
b) L'affaire du Bœuf aux hormones et la mise en conformité .....	392
§2. Une procédure à vocation démocratique : la participation des personnes privées.....	396
A. L'importance grandissante des acteurs privés dans les relations économiques internationales .....	396
B. Les communications des personnes privées au cours de la procédure .....	405
1. Une liberté de communication soumise à la volonté des partenaires .....	405
2. Une liberté de communication non reconnue à une catégorie spécifique de personnes privées	412
a) Une diversité d' <i>amicus curiae</i> .....	412
b) La persistance des réticences à l'égard des <i>amicus curiae</i> .....	415
<i>Conclusion chapitre</i> .....	416
TITRE 2. L'IMPACT DU SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES SUR LE SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL .....	417
CHAPITRE 1. L'AFFECTATION DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL .....	418
SECTION 1. LE SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES : UN COMPLEMENT AU SYSTEME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'O.M.C.....	419
§1.- Le renforcement indirect du système de règlement des différends de l'O.M.C .....	419
A. L'allègement de la charge de l'organe de règlement des différends de l'OMC .....	419
B. Le développement des normes multilatérales .....	425

§2. <i>L'aménagement d'une sphère de compétence de l'ORD de l'OMC</i> .....	427
A. Une option découlant des avantages attachés au système de règlement des différends de l'OMC .....	427
1. La compétence naturelle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC	428
2. Les avantages du système multilatéral de règlement des différends.....	431
B. Une option stratégique à la disposition des partenaires commerciaux .....	436
1. La réalité de la contrainte politique exercée par l'Union européenne sur ses partenaires commerciaux politiquement faibles.....	437
2. La saisine stratégique de l'Organe de règlement des différends de l'OMC par les partenaires commerciaux politiquement faibles .....	445
a) L'affaire du Hareng et du Saumon .....	446
b) L'affaire du blé dur .....	449
SECTION 2.- LA PORTEE POTENTIELLEMENT NEGATIVE DU SYSTEME EUROPEEN D'ADMINISTRATION DES OBSTACLES NON TARIFAIRES SUR LE SYSTEME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'O.M.C .....	451
§1. <i>Les atteintes possibles aux règles multilatérales gouvernant les solutions mutuellement convenues</i> .....	451
A. Le-non respect de l'obligation de transparence des solutions mutuellement convenues .....	452
B. La violation de l'obligation de compatibilité des solutions mutuellement convenues .....	459
§2. <i>Le risque de fragmentation du système commercial multilatéral de l'OMC</i> .....	465
A. Le constat de la fragmentation .....	465
B. Le besoin d'une structuration non hiérarchique .....	474
<i>Conclusion chapitre</i> .....	480
CHAPITRE 2. L'EVOLUTION INDISPENSABLE DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL .....	481
SECTION 1. LA MISE A PROFIT DU POTENTIEL DE LA DOCTRINE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRECIATION .....	482

§1. <i>L'appréciation du niveau de déférence manifestée par le juge OMC à l'égard des décisions des Etats membres fondées sur les exceptions : le critère d'examen</i> .....	483
A. La double nature du critère d'examen appliqué par le juge OMC .....	483
B. L'imprécision du critère d'examen applicable à l'évaluation des faits .....	488
§2. <i>L'évaluation de la marge nationale d'appréciation dans le contrôle des mesures fondées sur les exceptions générales</i> .....	495
A. Une marge d'appréciation restreinte .....	495
B. L'utilité du renforcement de la marge nationale d'appréciation .....	502
SECTION 2. L'EXPLORATION DE VOIES DE REFORME DU SYSTEME COMMERCIAL MULTILATERAL .....	508
§1. <i>Les propositions de réforme du système commercial multilatéral</i> .....	508
A. La constitutionnalisation de l'OMC .....	509
B. La démocratisation de l'OMC .....	515
1. La controverse autour de l'existence d'un déficit démocratique à l'OMC .....	515
2. L'amélioration de l'ouverture aux valeurs non commerciales par la démocratisation .....	518
§2. <i>Les actions attendues des Etats</i> .....	520
A. La cohérence de l'action étatique à l'échelle internationale .....	520
B. L'instauration de passerelles entre l'ordre commercial international et les ordres internationaux non commerciaux .....	524
<i>Conclusion chapitre</i> .....	530
CONCLUSION GENERALE .....	531
BIBLIOGRAPHIE .....	535

## **RÉSUMÉ/SUMMARY**

« L'Union européenne et les obstacles non tarifaires : analyse de la pratique conventionnelle européenne à l'aune du droit de l'OMC ».

*Mots-clé* : Union européenne-Obstacles non tarifaires-Analyse-Pratique conventionnelle européenne-OMC

La baisse généralisée des tarifs douaniers, combinée au développement fulgurant du mouvement de libéralisation à l'échelle mondiale, a entraîné un foisonnement extraordinaire des obstacles non tarifaires. Cette tendance s'explique par la volonté des Etats souverains de limiter l'emprise du libre-échange sur leurs politiques publiques. Ils pratiquent, par le truchement des obstacles non tarifaires, un protectionnisme qui, au demeurant, est doublement appréhendé. Dans un sens, ce protectionnisme est économique. Il vise à protéger les opérateurs économiques nationaux de la concurrence étrangère, leur assurant ainsi des parts de marché au détriment d'autres opérateurs internationaux. Il est dès lors illicite. Dans un autre, le protectionnisme se veut licite dans la mesure où les obstacles non tarifaires sont érigés afin de parer à la négation d'objectifs non économiques légitimes. En dépit du fait qu'elle soit promotrice du libéralisme, l'Union européenne, conformément à ses traités constitutifs, se veut protectrice d'un certain nombre de valeurs non marchandes dont elle a du mal à imposer le respect dans le cadre multilatéral de l'OMC. L'atteinte de ce double objectif est recherchée au travers de la pratique conventionnelle européenne. Celle-ci est marquée par la conclusion d'accords bilatéraux avec différentes régions du monde, dans le cadre d'une entreprise de « maîtrise de la mondialisation ». Sur le plan strictement juridique, trois ordres s'interpénètrent dans l'explication de la pratique conventionnelle européenne des obstacles non tarifaires : l'ordre constitué par les « accords externes », celui de l' « Union européenne » et enfin l' « ordre multilatéral ».

« The European Union and Non-tariff Barriers : Analysis of European Conventional Practice in the Light of WTO Law ».

*Keywords* : European Union-Non-tariff Barriers-Analysis-European Conventional Practice-WTO

The generalized decline of tariffs, combined to the dazzling development of liberalism around the world, led to an extraordinary expansion of non-tariff barriers. This trend is explained by the desire of sovereign States to restrict the hold of free trade on their internal policies. By using non-tariff barriers, they implement protectionism which is of two kinds. On the one hand, this protectionism is economic. It aims to protect national economic operators from foreign competition, assuring them market shares at the expense of other international operators. This protectionism is unlawful. In another hand, the protectionism must be licit because non-tariff barriers are erected in order to avoid the negation of legitimate non-economic objectives. Despite the fact that it promotes liberalism, the European Union, in accordance with constituent treaties, protects non-market values which are hardly defended in WTO. Achieving this double objective is sought through european conventional practice. The latter is dominated by the conclusion of bilateral agreements with different regions through the world. The core objective is to « manage globalization ». In this context, three legal orders interact in the explanation of the european conventional practice of non-tariff barriers : the « order of bilateral agreements », the one of « European Union » and the last of « WTO ».