

LA FLEXIBILITÉ DES SANCTIONS DE L'OMC

PAR

HENRI CULOT

CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

INTRODUCTION

Une des innovations du droit de l'OMC, par rapport aux règles du GATT qui le précédaient, est qu'il est devenu un droit (plus) « contraignant », ce qui signifie que les règles matérielles sont assorties d'un mécanisme (plus) effectif destiné à en imposer le respect. Ce mécanisme comprend une procédure juridictionnelle de règlement des différends interétatiques suscités par l'application du droit de l'OMC, au terme de laquelle l'État membre qui persisterait dans l'illicéité peut être sanctionné. Ces techniques existaient déjà du temps du GATT, mais leur fonctionnement était gêné par l'obligation de recueillir le consensus des États à plusieurs stades de la procédure ; cet obstacle n'a toutefois pas empêché d'obtenir certains résultats. Désormais, la poursuite de la procédure de règlement des différends ne dépend plus du consensus ; elle gagne en effectivité et, plus souvent qu'auparavant, elle est menée jusqu'à son terme, en passant si nécessaire par l'étape des sanctions.

Le droit de l'OMC couvre des domaines variés des relations économiques internationales et s'applique à plus de 150 États membres. Les difficultés qui surgissent dans l'application des Accords partagent la même diversité : sont impliqués des États au développement économique ou à la taille variables, à propos de questions matérielles allant des droits antidumping à la protection des droits de propriété intellectuelle, en passant par des interdictions d'importation pour des raisons environnementales, avec des aspects juridiques, économiques, politiques, etc. Dans ces circonstances, une grande flexibilité est nécessaire pour permettre au droit de l'OMC de subsister et, si possible, de progresser en vue d'une

BRUYLANT

meilleure organisation des relations économiques internationales. À cet égard, une bonne part de la marge de manœuvre est incorporée dans les règles matérielles, qui contiennent diverses exceptions et dérogations. On n'en parlera pas ici, pour se concentrer sur la flexibilité des sanctions, même si une vision globale de la flexibilité en droit de l'OMC nécessiterait d'étudier ensemble les mécanismes relevant des règles primaires (matérielles) et secondaires (en particulier les règles de mise en œuvre)⁽¹⁾.

Les sanctions sont appelées à jouer dans des cas variés, mais il n'existe qu'un seul mécanisme de sanction, sous la forme d'une suspension temporaire des obligations à l'égard de l'État fauteur. Après avoir succinctement présenté ce mécanisme et rappelé ses objectifs (section I), on verra comment les sanctions peuvent être ajustées aux circonstances de l'affaire : les règles qui régissent les sanctions de l'OMC permettent de les adapter à la nature de l'illicéité, à la situation du plaignant, à celle du défendeur et aux changements économiques liés à l'écoulement du temps (section II).

SECTION I. – LES SANCTIONS DE L'OMC

§ 1. *Bref exposé du mécanisme*

Le mécanisme de base ressemble à l'exception d'inexécution bien connue en droit privé et en droit des traités : l'État victime d'une violation du droit de l'OMC peut, à titre de sanction, suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de l'État coupable de la violation.

La particularité principale vient du caractère *organisé* de la sanction. La suspension n'opère pas de plein droit. L'interdiction de l'unilatéralisme, posée à l'article 23 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MRD) et fermement appliquée par la jurisprudence⁽²⁾, interdit à la victime de décider seule de

(1) Pour une étude selon cette approche, S. SCHROPP, *Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO*, Cambridge University Press, 2009, 360 p.

(2) Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, spéc. 7.43 (aucune partie n'a interjeté appel de ce rapport) ; Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/

cesser d'exécuter ses obligations. La suspension ne peut être mise en œuvre qu'après une procédure juridictionnelle établissant de manière définitive l'existence d'une violation⁽³⁾. De manière très schématique, cette procédure comprend la tenue de consultations entre les États en cause, l'examen du litige par un groupe spécial et éventuellement par l'Organe d'appel de l'OMC, une décision de l'Organe de règlement des différends (ORD) adoptant les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel et l'écoulement du délai raisonnable laissé à l'État défendeur pour se mettre en conformité avec ses obligations.

Si l'illicéité subsiste après toutes ces étapes, le plaignant peut obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre certaines de ses obligations à l'égard du défendeur (art. 22.1 MRD). Les obligations suspendues doivent répondre à des conditions précises, principalement en termes de montant du commerce empêché et de nature des obligations. En pratique, ces exigences donnent toujours lieu à des contestations, qu'un arbitre a pour tâche de trancher. Lorsque l'arbitre a fixé les paramètres de la suspension des obligations, l'ORD autorise les sanctions selon la procédure du consensus inversé (art. 22.6 et 22.7 MRD). Ce n'est qu'à ce moment que peut entrer en vigueur la règle de droit interne mettant en œuvre les sanctions, lesquelles consistent, dans l'hypothèse la plus classique, en une taxe douanière supplémentaire sur les biens originaires du défendeur et importés par le plaignant.

DS301/R, 22 avril 2005, spéc. 7.193 (les parties n'ont pas interjeté appel de ce rapport) ; Groupe spécial, *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 juillet 2000, spéc. 5.9 (les États-Unis n'ont pas interjeté appel des constatations du groupe spécial basées sur l'article 23.1 MRD). Pour désigner l'Union européenne dans le présent texte, on suit, tant que possible, l'appellation utilisée à l'OMC au moment pertinent (« les Communautés européennes » jusqu'à décembre 2009). Mais les deux appellations peuvent, dans ce cadre, être tenues pour équivalentes. D'autre part, par souci de simplification de l'expression, les membres de l'OMC sont parfois appelés « États », ce qui inclut aussi les territoires douaniers distincts et notamment l'Union européenne.

(3) On trouvera un exposé plus détaillé de la procédure de règlement des différends de l'OMC dans plusieurs ouvrages dont, en français, E. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, 209 p. ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, pp. 771-981.

§2. Objectif des sanctions

La doctrine⁽⁴⁾ et la jurisprudence⁽⁵⁾ majoritaires reconnaissent que l'objectif (principal) des sanctions de l'OMC est de contraindre l'État défendeur à se mettre en conformité avec ses obligations. Cette fonction coercitive des sanctions explique leur caractère prospectif : il ne s'agit pas de réparer un dommage qui aurait

(4) S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic *Last Resort* Against Non-compliance », *Aussenwirtschaft* 57, 2002, IV, p. 426 et les extraits cités ; J.M. FINGER, « A diplomat's economics : reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.*, 2005, 4(1), p. 32 ; P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 763 ; R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies », in B. HOEKMAN, P. ENGLISH, A. MATTO (éd.), *Development, Trade and the WTO : A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 89 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case : Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, pp. 474-475 ; J.H. JACKSON, « Comment on chapter 2 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 66 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings : Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer*, 2002, 36(1), p. 144 ; A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 219 ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context : what is the goal of suspending WTO obligations ? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 43-56, 64 ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 632.

(5) Pour citer la première et la dernière en date d'une série de décisions : Décision de l'arbitre *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999, 6.3 (ci-après : *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22 : 6 – CE)*) ; Décision de l'arbitre *États-Unis – Subventions concernant le coton upland* – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/2, 31 août 2009, 4.59 (ci-après : *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis II)*). Comp. Décision de l'arbitre *États-Unis – Loi antidumping de 1916* – Plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS136/ARB, 24 février 2004, 5.5 (ci-après : *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22 : 6 – États-Unis)*) ; Décision de l'arbitre *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention* – Plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004, 6.2-6.4 (ci-après : *États-Unis – Loi de 2000 (CE) (22 : 6 – États-Unis)*).

été subi par le passé, mais d'accroître la pression sur le défendeur lorsque la procédure juridictionnelle n'a pas été suffisante pour le ramener dans le droit chemin.

On peut ainsi définir l'*efficacité* des sanctions par rapport à l'objectif de mise en conformité. Des sanctions sont efficaces si elles contraignent effectivement l'État défendeur à reprendre rapidement l'exécution parfaite de ses obligations. On pourrait penser que l'efficacité requiert des sanctions les plus dures possibles car des sanctions modérées n'auraient qu'un faible effet incitatif. C'est toutefois sans compter que les sanctions ont un coût, sous deux aspects au moins.

D'une part, les sanctions sont, selon la théorie des avantages comparatifs qui constitue la justification économique des principes sous-jacents aux règles de l'OMC, coûteuses pour l'économie de celui qui les inflige, c'est-à-dire pour l'État plaignant et pour ses nationaux. Intuitivement, en prélevant des droits de douane supplémentaires sur les biens importés depuis le défendeur, le plaignant prive ses nationaux de ces biens, ou les amène à acheter, à un prix vraisemblablement supérieur, des biens similaires d'une autre origine. Ce coût n'empêche pas que les sanctions peuvent se justifier comme une « dépense » nécessaire pour faire pression sur le défendeur, afin qu'il se mette en conformité avec ses obligations (ce qui est censément dans l'intérêt du plaignant, sans quoi il n'aurait pas entamé une procédure). Il va de soi que les sanctions ont aussi un coût pour l'État qui les subit et pour ses nationaux. C'est là l'objectif même du mécanisme dans la mesure où ce coût, ou plutôt le souci de l'éviter, doit amener l'État défendeur à se mettre en conformité.

D'autre part, les sanctions ont un coût pour le système institutionnel de l'OMC. L'objectif de ce système est d'établir et de maintenir une coopération entre les États afin qu'ils facilitent le commerce international en réduisant, voire en supprimant, des obstacles au commerce (dont les droits de douane). En autorisant un État à suspendre des obligations au titre des sanctions, on érige un obstacle au commerce en provenance de l'État qui manque à ses obligations. Tant que durent la violation et les sanctions, tout se passe comme si la coopération entre États n'existait que dans une mesure moindre que lorsque les Accords sont parfaitement exécutés. Si les

sanctions étaient trop importantes, si elles se généralisaient ou si elles duraient indéfiniment, l'intérêt du traité commercial disparaîtrait. Ce phénomène d'effondrement de la coopération comme conséquence de l'application de l'exception d'inexécution est bien connu en droit des contrats : on sait par expérience que l'invocation par une partie de l'exception d'inexécution dégénère souvent en blocage complet dans l'exécution des obligations des deux parties, et mène *in fine* à la résolution du contrat. Mais alors que la résolution d'un contrat cause rarement un dommage systémique, l'abandon du système multilatéral de l'OMC aurait, par contre, des effets beaucoup plus graves. C'est ainsi qu'on peut attribuer aux sanctions de l'OMC une « “non-escalation” fonction »⁽⁶⁾ : il faut sanctionner les violations pour les faire cesser, mais en restant modéré pour éviter le délitement de l'Accord.

Au-delà de la question de l'efficacité des sanctions se pose ainsi celle de leur *efficience* : l'enjeu n'est pas tellement de définir des sanctions efficaces – quoique cela représente déjà un défi en droit international – mais surtout de rechercher le meilleur rapport entre l'efficacité recherchée et le coût supporté (chaque fois au sens défini ci-dessus). L'efficience ne se réduit cependant pas à choisir des sanctions qui, à efficacité égale, auront un coût minimal d'un point de vue global. Il faut encore que ce coût soit stratégiquement réparti. D'une part, il doit surtout peser sur le défendeur, sans quoi l'efficacité sera réduite. D'autre part, la part du coût supportée par le plaignant ne doit pas être trop lourde. Sinon, le plaignant renoncera à mettre en œuvre les sanctions, ce qui ne pourra que nuire à l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, non seulement dans le cas d'espèce, mais aussi de manière systémique.

La recherche de cette efficience, fruit d'un équilibre entre l'objectif de mise en conformité et les coûts des sanctions, explique que le Mémorandum d'accord et la jurisprudence ont établi un mécanisme de sanctions flexible, permettant d'adapter celles-ci aux circonstances de l'espèce.

(6) D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding : U.S.-Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business*, 2010, 9(2), pp. 140-142.

SECTION II. – DES SANCTIONS ADAPTÉES AUX CIRCONSTANCES

On peut regrouper les règles relatives aux sanctions en quatre catégories, en fonction de la circonstance à laquelle elles permettent ou imposent d'adapter la sanction : les caractéristiques de la violation, la situation du plaignant, celle du défendeur, et les évolutions du commerce international.

§ 1. *La nature et la gravité de la violation*

Il est habituel que les sanctions soient déterminées en fonction de la nature et de la gravité de la violation du droit à laquelle elles répondent. Pour les sanctions de l'OMC, c'est surtout le cas en ce qui concerne leur montant, déterminé selon un principe dit d'« équivalence », de manière à correspondre à l'ampleur de la violation (A). En revanche, si l'on pourrait penser que les règles qui gouvernent le choix des obligations suspendues ont pour objectif que ces obligations soient le plus proches possible, dans la structure des accords de l'OMC, des obligations dont la violation justifie la sanction, elles sont basées sur des catégories tellement larges qu'elles n'imposent pas vraiment cette proximité (B).

A. Principe d'équivalence

Le principe d'équivalence (art. 22.4 MRD) requiert que le niveau de la suspension équivaille à celui des avantages annulés ou réduits pour le plaignant du fait de la violation. Traditionnellement, cette équivalence s'apprécie au regard des effets commerciaux de la violation et de la suspension d'obligations, c'est-à-dire de la valeur du commerce bloqué par l'une et par l'autre⁽⁷⁾. On calcule donc la différence entre la valeur hypothétique des exportations de l'État victime qui auraient existé si les règles de l'OMC n'avaient pas été violées, et la valeur (moindre) des exportations qui ont eu lieu en présence de cette violation. On procède au même calcul pour la valeur des exportations de l'État responsable, sans et avec la sanction. Le montant de la seconde différence ne peut pas être plus

(7) *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22 : 6 – CE), 6.12 et 7.1 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, p. 106 ; H. SPAMANN, « The Myth of *Rebalancing* Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.*, 2006, 9(1), pp. 39-40.

élevé que celui de la première. Ceci ne correspond pas (nécessairement) au dommage subi par les entreprises⁽⁸⁾.

Les arbitres se sont cependant écartés de cette règle traditionnelle lorsque l'effet commercial est pratiquement impossible à calculer. Par exemple, l'article 110, 5) de la loi américaine sur le droit d'auteur violait l'Accord ADPIC en ce qu'il exemptait du paiement des droits d'auteurs, à certaines conditions, des restaurants, cafés et commerces de détail qui diffusent des émissions de radio ou de télévision comprenant l'exécution d'œuvres musicales non dramatiques⁽⁹⁾. Le montant de la suspension a été défini en fonction des droits que les auteurs n'ont pas pu percevoir en raison de ce manquement⁽¹⁰⁾ ; dans le raisonnement de l'arbitre, l'annulation des avantages équivaut donc peu ou prou au dommage causé aux personnes privées. Vu la nature de la violation, cette solution est préférable à celle qui aurait consisté à tenter, d'une manière qui aurait sans doute paru artificielle, à présenter l'annulation des avantages comme une diminution des exportations⁽¹¹⁾.

Le principe d'équivalence peut sembler introduire plus de rigidité que de flexibilité. Il permet toutefois, sur le plan de la valeur, une gamme de sanctions particulièrement étendue, le texte du Mémoire d'accord ne fixant aucun maximum pour le montant nominal. Les sanctions peuvent donc s'élever autant que la violation. En limitant le montant de la sanction par référence à l'incidence de la violation, quelles que soient les imprécisions du mode de calcul de celle-ci, ce principe met en œuvre une idée de proportionnalité. Il rend le mécanisme de sanction suffisamment flexible pour servir tant contre des violations de grande ampleur (plusieurs milliards de dollars dans le litige des *Sociétés de ventes à l'étranger*) que dans des

(8) CE – Bananes III (États-Unis) (article 22 : 6 – CE), 7.1 ; D. LUFF, *op. cit.*, p. 947.

(9) Pour l'exposé de la mesure en cause, Groupe spécial, États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur, WT/DS160/R, 15 juin 2000, 2.1-2.17.

(10) Décision de l'arbitre États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001, 3.19.

(11) Voy. S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU : a tariffic misunderstanding ? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 485-486.

différends d'importance plus modeste (à peine plus d'un million de dollars dans le différend de la *Loi sur le droit d'auteur*).

Lorsque qu'un État viole le droit de l'OMC en octroyant une subvention prohibée, la sanction prend la forme de « contre-mesures appropriées » (art. 4.10 et 4.11 SMC), soit une suspension d'obligations, comme dans le régime général, mais dont le montant n'est pas soumis à la règle d'équivalence. Les arbitres ont estimé que le critère spécifique du caractère « approprié » est moins strict que celui de l'équivalence, de sorte qu'ils bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante pour fixer le montant des contre-mesures⁽¹²⁾ : « Sur la base du sens courant du mot [approprié], cela signifie que les contre-mesures devraient être adaptées à l'affaire particulière à l'étude. [...] il y a un élément de flexibilité, au sens où est ainsi évitée toute formule quantitative *a priori* rigide. Mais il est clair également qu'il y a, néanmoins, une relation objective qui doit être absolument respectée : les contre-mesures doivent être indiquées ou convenables à titre de réponse dans l'affaire à l'étude. »⁽¹³⁾

L'ampleur de l'effet commercial de la violation n'est pas le seul critère admissible ; l'utilisation de plusieurs critères paraît même s'imposer⁽¹⁴⁾. Ceci a permis à l'arbitre d'autoriser des sanctions pour un montant dépassant l'effet commercial de la subvention prohibée. En pratique, le montant retenu est sou-

(12) Décision de l'arbitre *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »* – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS108/ARB, 30 août 2002, 5.10 (ci-après : *États-Unis – FSC (article 22 : 6 – États-Unis)*). Dans le même sens, Décision de l'arbitre *États-Unis – Subventions concernant le coton upland* – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009, 4.97 (ci-après : *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis I)*).

(13) *États-Unis – FSC (article 22 : 6 – États-Unis)*, 5.12. Voy. aussi Décision de l'arbitre *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux* – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS222/ARB, 17 février 2003, 3.8-3.9, 3.37 (ci-après : *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22 : 6 – Canada)*) ; *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis I)*, 4.46.

(14) Voy. les cinq critères utilisés par l'arbitre *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22 : 6 – Canada)*, 3.38.

vent celui de la subvention⁽¹⁵⁾, même si certains ont privilégié l'effet commercial⁽¹⁶⁾.

Se référant à la décision précitée, un arbitre ultérieur insiste sur l'idée que la flexibilité ne saurait dégénérer en absence de limites : « si l'expression “contre-mesures appropriées” laisse une certaine flexibilité pour apprécier de ce qui peut être “approprié” dans les circonstances d'une affaire donnée, cette flexibilité n'est pas sans limites. Comme l'a fait observer l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – FSC* (article 22 : 6 – *États-Unis*), “la note de bas de page 9 confirme en outre que, si la notion de ‘contre-mesures appropriées’ est censée assurer une flexibilité suffisante en ce qui concerne la réponse à un cas particulier, il s'agit d'une flexibilité qui est clairement limitée”⁽¹⁷⁾ »⁽¹⁸⁾.

Il détermine ensuite le montant des contre-mesures sur la base d'une évaluation des effets commerciaux de la subvention, tout en estimant qu'il n'est pas tenu d'effectuer « une recherche méticuleuse de la correspondance exacte entre le niveau des contre-mesures à autoriser et un critère spécifique tel que le niveau de l'annulation ou de la réduction des bénéfices subies par le plaignant »⁽¹⁹⁾, comme ce serait le cas lorsque l'arbitre est tenu par la règle d'équivalence.

B. Choix des obligations suspendues

Les Accords de l'OMC couvrent trois domaines matériels : le commerce des marchandises, celui des services, et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Pour l'application des sanctions, ces dispositions matérielles sont divisées en secteurs. Sauf dans le cas de sanctions croisées, dont on parlera ci-dessous, les obligations suspendues à titre de sanctions doivent appartenir au secteur dont relève l'obligation violée (art. 22.3, a), MRD). À

(15) Par exemple Décision de l'arbitre *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS46/ARB, 28 août 2000, not. 3.60 (ci-après : *Brésil – Aéronefs* (article 22 : 6 – *Brésil*)).

(16) *États-Unis – Coton upland* (article 22 : 6 – *États-Unis I*), spéc. 4.114.

(17) [Note de l'original] Décision des arbitres *États-Unis – FSC* (article 22 : 6 – *États-Unis*), paragraphe 5.19.

(18) *États-Unis – Coton upland* (article 22 : 6 – *États-Unis I*), 4.85.

(19) *États-Unis – Coton upland* (article 22 : 6 – *États-Unis I*), 4.97.

première vue, les sanctions toucheraient donc la branche économique qui a bénéficié de la violation, ou tout au moins une branche qui lui est proche. Cette règle peut sembler restrictive et empêcher, plutôt que favoriser, la flexibilité des sanctions, en imposant qu'elles soient appliquées dans un secteur précis. La réalité est pourtant différente, en raison principalement de la manière dont sont définis les secteurs.

Tout le commerce des marchandises ne constitue qu'un seul secteur, de sorte que toute violation du GATT et de ses annexes pourra être sanctionnée par la suspension de n'importe quelle disposition de ces instruments. Or, non seulement le commerce des marchandises constitue-t-il la plus grande part (en valeur) des échanges internationaux, mais c'est aussi dans ce domaine que surgissent la plupart des différends soumis aux instances de l'OMC. Les accords sur le commerce des services⁽²⁰⁾ et sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle sont chacun divisés en plusieurs secteurs. Ces divisions limitent davantage qu'en matière de marchandises le choix des obligations à suspendre à titre de sanctions, mais les catégories restent particulièrement larges. Par exemple, toutes les règles relatives aux droits d'auteur (ce qui vise concrètement des choses aussi diverses que les livres, les programmes informatiques et les représentations théâtrales) forment un seul secteur ; les services juridiques et les services de location d'aéronefs, pourtant très différents, sont regroupés dans le même secteur (services fournis aux entreprises).

En outre, si une même procédure de règlement des différends établit la violation d'obligations relevant des secteurs différents, les sanctions peuvent consister dans la suspension d'obligations relevant, au choix du plaignant, d'un ou de plusieurs de ces secteurs⁽²¹⁾. Ceci crée une forme de « solidarité » entre les secteurs

(20) Art. 22.3, f), ii) MRD et *Classification sectorielle des services – note du secrétariat*, MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991.

(21) *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22 : 6 – CE)*, 3.10. Voy. aussi Décision de l'arbitre *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000, 63 (ci-après : *CE – Bananes III (Équateur) (article 22 : 6 – CE)*) ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 276 ; S. SHADIKHO-DJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 65.

qui élargit encore la marge de manœuvre du plaignant, en lui évitant de devoir diviser ses sanctions pour viser les violations secteur par secteur.

Ces règles n'ont donc pas, en pratique, la portée d'un principe de « proximité » ; elles ne garantissent pas que les sanctions touchent les entreprises ayant bénéficié de la violation des règles⁽²²⁾. C'est ainsi que, par exemple, les États-Unis ont imposé des droits de douane supplémentaires sur les batteries pour véhicules à moteur en représailles contre la violation par les Communautés européennes des règles de l'OMC en ce qui concerne l'importation des bananes⁽²³⁾.

Le plaignant jouit ainsi d'une grande liberté dans le choix des sanctions, lui permettant de construire une stratégie fondée aussi sur ses possibilités et sur ses intérêts économiques et politiques.

§2. *Les facultés de mise en œuvre et l'intérêt du plaignant*

Même si elles doivent être autorisées dans l'enceinte multilatérale, les sanctions de l'OMC sont mises en œuvre de manière décentralisée, par l'État plaignant dans la procédure qui a abouti à l'autorisation. Aussi n'est-il pas étonnant que les sanctions puissent être adaptées pour tenir compte de la situation et des capacités du plaignant, d'autant que, comme on l'a vu, l'imposition de sanctions emporte généralement des conséquences négatives pour son économie.

Les règles de sanction ménagent donc au plaignant de larges espaces de discrétion, ce qui leur confère un caractère souple

(22) Voy. O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, pp. 447-450 ; S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. Law*, 2001, 95(4), pp. 810 et s. ; K.W. DAM, *The GATT Law and International Economic Organization*, Chicago-Londres, Chicago University Press, 1970, p. 357 (à propos du GATT de 1947) ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le système des sanctions », *Les Notes bleues de Bercy*, 1^{er}-15 juillet 2000, n° 186, http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm ; R. MALACRIDA, « WTO retaliatory measures : the case for multilateral regulation of the domestic decision-making process », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 375-377 ; B. O'CONNOR, « Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – *The Bananas and Hormones Cases* », *J.W.T.*, 2004, 38(2), p. 260.

(23) C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, p. I-6513, 1.

permettant l'adaptation à ses impératifs et à ses souhaits. La liberté du plaignant s'exerce principalement à deux moments. D'une part, lorsqu'il demande l'autorisation d'appliquer des sanctions, il peut, au sein du secteur concerné et dans le respect des règles du Mémorandum d'accord, choisir les obligations qu'il propose de suspendre, et singulièrement établir la liste des biens visés. D'autre part, une fois l'autorisation obtenue, il est libre de mettre les sanctions en œuvre, dans la plus large mesure définie par l'autorisation, ou seulement partiellement, ou pas du tout.

A. Faculté de choisir les obligations suspendues et les biens et services visés

En fonction de la mesure interne qu'il envisage pour mettre en œuvre les sanctions, le plaignant peut demander l'autorisation de suspendre une ou plusieurs des nombreuses obligations que contient le secteur pertinent des Accords de l'OMC. Cette faculté de choix lui procure une grande flexibilité pour élaborer des sanctions efficaces, c'est-à-dire à la fois pas trop dommageables pour lui et fortement contraignantes pour le défendeur.

La pratique la plus classique consiste à augmenter temporairement les droits de douane sur l'importation de marchandises originaires du défendeur. L'État qui sanctionne peut alors choisir stratégiquement les biens visés par la mesure de sanction, parmi tous ceux qu'il importe de l'État défendeur. Certains États ont aussi demandé l'autorisation d'imposer des droits antidumping ou des droits compensateurs sans respecter les conditions restrictives normalement applicables⁽²⁴⁾, ce qui est économiquement similaire à un droit de douane supplémentaire.

(24) *Brésil – Programme de financement des exportations pour les avions*, Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22 : 2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/16, 11 mai 2000 ; *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les avions régionaux*, Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et à l'article 22 : 2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS222/7, 24 mai 2002. Pour une demande similaire du Canada dans un autre différend, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, Recours du Canada à l'article 22 : 2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/25, 16 janvier 2004.

La conformité de certaines autres techniques de sanction posent question au regard des règles de l'OMC. Ainsi, l'idée de promulguer une « législation-miroir », consistant pour le plaignant à reproduire dans sa législation l'illicéité qu'il reproche au défendeur, se heurte à la règle d'équivalence, car rien ne garantit que des règles générales et abstraites formulées de manière identique auront concrètement des effets commerciaux de même ampleur⁽²⁵⁾. La technique du carrousel, par laquelle le plaignant modifie périodiquement la liste des biens visés par un droit de douane supplémentaire est défendue par les États-Unis⁽²⁶⁾, mais contestée par l'Union européenne⁽²⁷⁾ qui y voit notamment une manière d'échapper au contrôle de l'arbitre⁽²⁸⁾.

B. Sanctions croisées

Si la souplesse résultant des règles exposées jusqu'ici ne suffit pas pour élaborer des sanctions « possibles » et « efficaces », le plaignant peut être autorisé à suspendre des obligations relevant d'un *autre* secteur du *même* Accord. Pour l'application de cette disposition, les secteurs sont regroupés en trois « Accords », à savoir le GATT et ses annexes (dont on a vu plus haut qu'il ne contient qu'un seul secteur), l'AGCS et ses annexes, et l'ADPIC (qui contiennent chacun plusieurs secteurs). En outre, si des sanctions internes à un Accord ne sont, elles-mêmes, pas possibles ou pas efficaces et si, de surcroît, les circonstances sont suffisamment graves, le plaignant peut suspendre des obligations relevant d'un

(25) *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, Recours des Communautés européennes à l'article 22 : 2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS136/15, 11 janvier 2002.

(26) Sec. 306 of US Trade Act of 1974, 19USC2416.

(27) *États-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives* – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS200/1, 13 juin 2000.

(28) Pour des éléments de réflexion à ce sujet : C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, pp. 54-55 ; W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO : problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 368-369 ; P.C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU : Reconsidering the Sequencing Issue and Suspension of Concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (éd.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 71 et S. SHADIKHO-DJAEV, *op. cit.*, pp. 160-164.

autre Accord que celui contenant les obligations violées (sanctions croisées).

Des autorisations de suspendre des obligations en matière de protection des droits intellectuels ont ainsi été accordées pour des violations en matière de commerce des marchandises (*CE – Bananes III (Équateur)*, *États-Unis – Coton upland*) ou des services (*États-Unis – Jeux*). Dans les trois cas, le différend opposait un État membre développé à un autre en développement, respectivement l'Équateur, le Brésil, et Antigua et Barbuda ; les structures des économies de ces derniers étaient toutefois assez différentes.

Les arbitres ont consacré de longs développements à l'examen des conditions d'impossibilité, d'inefficacité et de « circonstances suffisamment graves ». Ils s'accordent pour considérer qu'une suspension d'obligations n'est « possible » que lorsqu'elle peut « être mise en application dans la pratique » et qu'elle est « adaptée au cas d'espèce »⁽²⁹⁾. Diverses considérations interviennent dans l'appréciation, dont la possibilité pour l'État plaignant de se procurer ailleurs, à un prix acceptable, les produits visés par les sanctions⁽³⁰⁾, mais pas seulement⁽³¹⁾. Les difficultés concrètes dans la mise en œuvre des sanctions, qu'elles résultent de la situation de fait ou du droit interne du plaignant, sont aussi prises en compte⁽³²⁾. L'« efficacité » dépend quant à elle de l'effet prévisible des sanctions sur l'État défendeur, en lien avec les désagréments que ces sanctions causent au plaignant. Ainsi, une sanction qui ne touchera qu'une « proportion négligeable » des exportations du défendeur ne sera pas « efficace »⁽³³⁾ ; il en va d'autant plus ainsi si, en outre, elle cause plus de tort au plaignant

(29) *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22 : 6 – *CE*), 70, repris par *États-Unis – Jeux* (article 22 : 6 – *États-Unis*), 4.29, 4.84 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22 : 6 – *États-Unis I*), 5.71. Aussi Th. SEBASTIAN, *op. cit.*, p. 120.

(30) Voy. *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22 : 6 – *CE*), 93 et s.

(31) *États-Unis – Coton upland* (article 22 : 6 – *États-Unis I*), 5.165.

(32) Voy. *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22 : 6 – *CE*), 113-117 ; *États-Unis – Jeux* (article 22 : 6 – *États-Unis*), 4.97-4.98.

(33) *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22 : 6 – *CE*), 95 ; *États-Unis – Jeux* (article 22 : 6 – *États-Unis*), 4.59 ; A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, p. 610.

qu'au défendeur⁽³⁴⁾. L'appréciation des « circonstances suffisamment graves » est, sans surprise, une question des circonstances propres à la cause, dont la nature et effets de la violation⁽³⁵⁾. Mais des éléments qui relèvent davantage du contexte structurel ont aussi été retenus, dont les caractéristiques de l'économie du plaignant (quantité limitée de terres arables, faible diversification sectorielle, vulnérabilité aux conditions climatiques, structure du marché du travail⁽³⁶⁾). Le critère un peu vague des « circonstances suffisamment graves » est précisément destiné à introduire une certaine flexibilité dans le système : « Nous considérons donc que le commerce en cause, et son importance pour la partie plaignante, ainsi que les éléments économiques plus larges relatifs à l'annulation ou la réduction d'avantages et aux conséquences économiques de la suspension, peuvent tous être des considérations pertinentes lorsqu'il s'agit d'apprécier si les « circonstances sont suffisamment graves » dans un cas particulier. En même temps, nous considérons que ces termes impliquent nécessairement un certain degré de flexibilité lorsqu'il s'agit d'apprécier les « circonstances » qui peuvent être pertinentes dans une affaire donnée, si bien que ces considérations peuvent ne pas être seules pertinentes dans cette appréciation. »⁽³⁷⁾

C. Faculté de limiter les sanctions

La suspension d'obligations autorise le plaignant à prendre contre l'État défendeur des mesures *a priori* contraires aux règles de l'OMC, mais elle ne le lui impose pas. Là réside la protection ultime des intérêts de l'État plaignant, qui peut toujours s'abstenir de mettre en œuvre les sanctions – au prix toutefois de renoncer en même temps à ce moyen de pression pour obtenir la mise en conformité.

Certains États, après avoir obtenu (parfois de haute lutte) une suspension de leurs obligations, ont renoncé à l'exécution. Ce fut

(34) *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis I)*, 5.79 ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.*, 10(1), 2011, p. 147.

(35) *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis I)*, 5.218-5.219.

(36) *États-Unis – Jeux (article 22 : 6 – États-Unis)*, 4.110, 4.113.

(37) *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis I)*, 5.83-5.84.

par exemple⁽³⁸⁾ le cas de l'Équateur dans l'affaire *Bananes III*, qui s'est abstenu de mettre en œuvre les sanctions croisées autorisées par l'arbitre⁽³⁹⁾. On imagine qu'une telle décision est prise en fonction de considérations économiques et politiques envisagées de manière globale, dont font partie les effets négatifs des sanctions sur l'économie du plaignant et le degré de contrainte que ces sanctions produiraient (ou non) sur le défendeur, mais aussi les possibilités de négociation, les réactions possibles dans des domaines extérieurs à l'OMC (aide au développement, par exemple), et la position des autres acteurs impliqués, formellement ou non, dans le différend. En l'espèce, l'Équateur pouvait se reposer en partie sur l'action des États-Unis⁽⁴⁰⁾, également intéressés à une modification des règles européennes d'importation des bananes. Il se dispensait alors de subir l'effet défavorable que les sanctions auraient nécessairement sur sa propre économie, dans l'espoir de profiter du résultat des démarches américaines, selon toute vraisemblance plus efficaces.

Le plaignant peut aussi adopter une stratégie intermédiaire, en mettant en œuvre les sanctions de manière partielle seulement. Par exemple⁽⁴¹⁾, dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger* où des sanctions étaient autorisées pour un montant de 4 milliards de dollars, les Communautés européennes ont, dans un pre-

(38) On relève aussi l'absence de mise en œuvre des sanctions dans les différends *Brésil – Aéronefs* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juin 2002, WT/DSB/M/128, 20 août 2002, p. 13) ; *États-Unis – Loi de 1916* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 octobre 2004, WT/DSB/M/177, 2 novembre 2004, p. 2) ; *États-Unis – Loi de 2000* (H. NOTTAGE, « Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, p. 334) et *États-Unis – Coton upland*.

(39) M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case : Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, pp. 476-477 ; M.S. DUNNE, « Redefining power orientation : A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business*, 2002, 34(1), p. 307 ; H. NOTTAGE, *op. cit.*, p. 332.

(40) H. NOTTAGE, *op. cit.*, p. 332.

(41) Pour une mise en œuvre partielle dans une autre affaire, Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, pp. 1-5.

mier temps, levé un droit de douane complémentaire de 5 %, tout en prévoyant une augmentation d'un point de pourcentage par mois pendant un an et pour autant que la mise en conformité ne soit pas réalisée⁽⁴²⁾. C'était une manière de limiter l'impact négatif des sanctions sur l'économie européenne et peut-être, s'agissant d'un acteur dont la politique commerciale est susceptible d'entraîner une modification du prix mondial des produits visés, de se rapprocher du droit de douane optimal⁽⁴³⁾. La technique utilisée faisait aussi progressivement monter la pression sur le défendeur, pour l'inciter à une mise en conformité la plus rapide possible.

Sur la base de la même faculté de limitation des sanctions, certains États membres de l'OMC qui ont demandé ou appliqué des sanctions à l'égard des Communautés européennes ont délibérément exempté des marchandises en provenance de certains de leurs États membres. Ainsi, la demande de suspension de l'Équateur dans l'affaire *Bananes III* n'incluait pas les produits en provenance du Royaume-Uni et du Danemark⁽⁴⁴⁾. De même, dans l'affaire *Hormones*, les États-Unis n'ont pas visé les produits anglais⁽⁴⁵⁾.

(42) Règl. (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, pp. 3-12. Sur ces sanctions européennes, voy. M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case : Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 471.

(43) L'économie internationale enseigne que les États dont les importations d'un bien particulier sont suffisamment importantes sont capables, en introduisant un droit de douane, de faire baisser le prix mondial de ce bien. Dans des circonstances très particulières, la perte que subit l'économie de l'État par l'instauration d'un droit de douane est plus petite que l'avantage obtenu par cette économie en raison cette baisse de prix. Le droit de douane optimal est celui qui remplit cette condition, et dont l'instauration est donc profitable à l'économie de l'État qui l'impose. Ce droit de douane reste désavantageux d'un point de vue global, ce qui signifie aussi que l'État qui impose le droit de douane dit « optimal » reporte sur les autres États le coût de l'inefficience ainsi induite (P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, pp. 175 et s.).

(44) *CE – Bananes III (Équateur) (article 22 : 6 – CE)*, 6, n. 2.

(45) Voy. 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 les États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'importation de moutarde préparée, *J.O.C.E.*, C 215, 1^{er} août 2001, pp. 2-3.

Ces limitations des sanctions peuvent, paradoxalement, renforcer leur efficacité. Ainsi, en imposant un droit de douane modéré, l'Union européenne gêne le commerce des produits visés sans le supprimer, de sorte que les exportateurs du pays défendeur conservent un intérêt fort à obtenir de leur gouvernement qu'il se mette en conformité⁽⁴⁶⁾. En faisant des distinctions entre les États membres de l'Union, les États tiers cherchent à influencer sur les rapports de force politiques intra-européens, dans l'espoir d'obtenir que les organes de l'Union décident d'un changement de sa politique sur la question litigieuse.

Ainsi les relations économiques internationales reposent sur une imbrication de considérations politiques et économiques impossible à représenter par un modèle économique simple. Les choix en matière de sanctions dépendent des relations entre les États en cause et de leurs rapports avec des États tiers, dans de multiples champs des relations internationales. Les aspects commerciaux ont leur importance, mais interviennent aussi les préoccupations géostratégiques, les liens particuliers avec les anciennes colonies, l'aide au développement, l'incidence présumée sur l'aboutissement de négociations diplomatiques en cours à propos de questions variées. Les sanctions dépendent encore des forces économiques et politiques *internes* aux États en question, du poids de certains lobbys, de symboles culturels ou économiques d'une nation, etc. La flexibilité, en tant qu'elle laisse une place à l'intérêt du plaignant, doit lui permettre de définir un équilibre tenant compte de tous ces éléments.

§3. *Le comportement du défendeur*

Si les sanctions de l'OMC sont adaptables aux impératifs et aux préférences du plaignant, elles n'ignorent cependant pas la situation du défendeur : la flexibilité consiste aussi à définir des sanctions qui collent au mieux à son comportement. C'est ainsi que l'arbitre chargé de statuer sur les demandes d'autorisation de sanctions tient compte de diverses circonstances, même postérieures à la décision de l'ORD constatant la violation sur le fond.

(46) L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *op. cit.*, pp. 255-256.

A. Les mesures de mise en conformité partielles ou défectueuses

Si, après la décision de l'ORD, le défendeur modifie la mesure en cause et la remplace par une mesure qui n'est toujours pas conforme à ses obligations, ce que le plaignant peut faire constater par un groupe spécial de la mise en conformité (art. 21.5 MRD), les sanctions sont appréciées en fonction de la violation qui existe au moment où elles sont examinées par l'arbitre, et non de la mesure qui, au départ, a justifié l'introduction de la procédure⁽⁴⁷⁾. En particulier, on tient compte, pour l'application de la règle d'équivalence, des effets commerciaux de la seconde mesure, ce qui est une manière d'adapter les sanctions au comportement le plus récent de l'État défendeur.

B. Expression du refus de mise en conformité

Une seconde manière d'adapter les sanctions au comportement du défendeur est de tenir compte de sa volonté (ou non) d'exécuter la décision. Le principe d'équivalence empêche, en principe, de fixer le montant maximal des sanctions en fonction d'autres considérations que l'effet de la violation. Mais comme on l'a vu, cette règle n'est pas applicable en matière de subventions prohibées, ce qui laisse à l'arbitre une plus grande marge d'appréciation.

Dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les avions*, l'arbitre, après avoir choisi, conformément aux habitudes, de déterminer le montant des sanctions sur la base de celui de la subvention, a ainsi estimé devoir y ajouter un supplément de 20 % pour tenir compte de la mauvaise volonté affichée par le Canada, qui avait laissé entendre qu'il ne prendrait pas les mesures nécessaires pour se mettre en conformité⁽⁴⁸⁾. Quels que soient les reproches qu'elle a suscités⁽⁴⁹⁾, cette décision est conçue, dans l'esprit de l'arbitre, comme

(47) Voy. *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22 : 6 – CE)*, 4.5 ; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22 : 6 – CE)*, 14 ; *États-Unis – FSC (article 22 : 6 – États-Unis)*, 2.13. Dans les trois cas, ce principe était accepté par les deux parties. D. LUFF, *op. cit.*, p. 947 ; J.P. TRACHTMAN, « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 671.

(48) *Canada – Crédits et garanties pour les avions (article 22 : 6 – Canada)*, 3.107, 3.121.

(49) Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n^{os} 45 et s., pp. 10 et s. ; H. SPAMANN, *op. cit.*, p. 75. Comp. *États-Unis – Coton upland (article 22 : 6 – États-Unis I)*, 5.81, où l'arbitre estime que la probabilité de mise en conformité ne peut pas intervenir dans la détermination du montant des contremesures.

une manière d'adapter la sanction aux circonstances de l'espèce, en l'occurrence à une certaine « mauvaise volonté » du défendeur.

§ 4. *Les fluctuations du commerce international et l'adaptation du montant des sanctions*

Au moment où il statue, l'arbitre ne sait pas si la violation va cesser rapidement ou si, au contraire, elle se poursuivra pendant plusieurs années. Or, la plupart des violations trouvent leur source dans une règle générale et abstraite, dont l'effet sur le commerce dépend du nombre de fois qu'elle est appliquée et des caractéristiques de chaque cas d'application. Ainsi, le montant de l'effet commercial de la violation peut varier d'un an à l'autre.

Pour coller au plus près au principe d'équivalence, et pour inciter le défendeur à minimiser, si possible, les effets de la violation, tant qu'elle subsiste, les arbitres ont parfois fixé le montant des sanctions, pour les années postérieures à leur sentence, au moyen d'une formule permettant d'adapter le montant des sanctions à l'évolution de l'impact de la violation. Le montant des sanctions est ainsi devenu variable, sans toutefois qu'une nouvelle intervention de l'arbitre soit nécessaire.

Par exemple, l'arbitre de l'affaire *États-Unis – Coton upland* accepte, après avoir calculé le montant des contre-mesures pour l'année 2006, d'établir une formule permettant d'adapter ce montant pour les années ultérieures. L'arbitre choisit une méthode de calcul simplifiée, pour éviter que son application provoque de nouveaux différends entre les parties. La formule implique que le montant des contre-mesures est adapté tant en fonction du comportement du défendeur (importance de la subvention, elle-même calculée en fonction de « la valeur des transactions couvertes par les garanties de crédit à l'exportation ») que d'une évolution de paramètres économiques (la part du Brésil dans les exportations mondiales des biens subventionnés)⁽⁵⁰⁾.

(50) *États-Unis – Coton upland* (article 22 : 6 – *États-Unis I*), annexe 4. Pour un autre exemple de formule, voy. *États-Unis – Loi de 2000 (CE)* (22 : 6 – *États-Unis*), 3.117 et s., et l'application par l'Union européenne (Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, pp. 1-5, et ses modifications successives dont la dernière en date remonte à mars 2011).

CONCLUSION

L'analyse du système de sanctions de l'OMC révèle sa flexibilité. Un mécanisme unique permet d'imposer des mesures de sanction variables quant à leur contenu et à leur configuration, en vue de les adapter en fonction de différents paramètres liés à la violation, à la situation des parties en litige et à l'écoulement du temps.

Cette flexibilité n'équivaut cependant pas à l'absence de règles. Elle trouve sa place au sein d'un mécanisme de sanctions particulièrement encadré, si on le compare au modèle classique du droit international public général. Cet encadrement a aussi ses vertus, pour éviter un effondrement du système commercial multilatéral, sous le coup de suspensions d'obligations non maîtrisées, voire abusives.

La qualité du système réside donc dans cet équilibre entre limites et flexibilité, ainsi que dans une subtile répartition des pouvoirs entre, d'une part, les parties en litige – et singulièrement le demandeur qui est en principe libre de configurer les sanctions grâce à sa demande de suspension et aux mesures internes de mise en œuvre – et, d'autre part, l'arbitre, garant du respect du Mémorandum d'accord et toujours à la recherche d'un équilibre entre le besoin de faire respecter les Accords et le danger de suspensions d'obligations trop importantes.