

Aides d'Etat et compétitivité des entreprises communautaires

Habib Kazzi

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE 2007/4 t. XXI, 4**, PAGES 441 À 470
ÉDITIONS **ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE**

ISSN 1010-8831

ISBN 9782804154592

DOI 10.3917/ride.214.0441

Date de mise en ligne : 28/11/2007

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-4-page-441?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Association internationale de droit économique.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

AIDES D'ÉTAT ET COMPÉTITIVITÉ DES ENTREPRISES COMMUNAUTAIRES

Habib KAZZI¹

Résumé : Dans la perspective de la réalisation des objectifs de Lisbonne, le présent article présente à la fois un bilan des obstacles rencontrés par les opérateurs européens en matière d'aides octroyées par des États tiers et les solutions envisageables dans la recherche d'une meilleure compétitivité mondiale. Il apparaît que les difficultés rencontrées par les opérateurs européens ne proviennent pas nécessairement de l'absence ou de la complexité des règles de défense commerciales actuelles. L'UE devrait utiliser de manière plus énergique les instruments juridiques internationaux existants au sein notamment de l'OMC afin de limiter les effets néfastes d'aides financières ou autres versées par des pouvoirs publics étrangers à leurs entreprises. Parallèlement à la voie contentieuse, l'UE doit utiliser son poids économique et politique afin de promouvoir un perfectionnement des règles nationales et internationales relatives aux aides d'État. En tout état de cause, l'utilisation plus offensive du système OMC nécessitera un changement des mentalités à la fois des dirigeants nationaux et communautaires et des opérateurs européens pour mieux comprendre le fonctionnement de l'OMC et les opportunités qui leur sont offertes afin de mieux défendre leurs intérêts dans la compétition mondiale.

- 1 Introduction
- 2 Utilisation plus offensive des instruments juridiques internationaux relatifs aux aides d'État
 - 2.1 Mesures multilatérales dans le cadre de l'OMC
 - 2.2 Mesures unilatérales de rétorsion
 - 2.2.1 Mesures compensatoires
 - 2.2.2 Mécanisme de défense temporaire
 - 2.2.3 Clause d'alignement

1. Docteur en droit communautaire, Université Paris X Nanterre.

- 2.2.3.1 Réforme de la clause d'alignement
 - 2.2.3.2 Validité de la clause d'alignement
 - 2.2.4 Limites des mesures unilatérales de rétorsion
 - 2.3 Modalités d'intervention des opérateurs privés
 - 2.3.1 Atténuation du principe de non-invocabilité des Accords OMC
 - 2.3.2 Intervention durant la phase précontentieuse
 - 2.3.3 Suivi à distance du déroulement d'un litige
 - 3 Renforcement de l'efficacité des instruments juridiques internationaux relatifs aux aides d'État
 - 3.1 Amélioration de la transparence des régimes d'aides d'État au sein de l'OMC
 - 3.2 Extension du champ d'application de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC au commerce des services
 - 3.3 Promotion d'un meilleur encadrement de l'intervention des États
 - 4 Conclusion
- Summary

1 INTRODUCTION

La mondialisation est, sans conteste, l'un des phénomènes majeurs qui ont orienté l'évolution du système économique planétaire durant les 25 dernières années. Elle est aujourd'hui invoquée à tout propos. Pour certains, elle recèle toutes les vertus du dynamisme et du progrès. Pour d'autres, elle est la source des principales difficultés économiques et sociales de notre temps. Les adversaires de la mondialisation soulignent, entre autres, que la faiblesse de la gouvernance dans une économie mondialisée transforme le marché mondial en une jungle dans laquelle les formes de *dumping* fiscal et social faussent les mécanismes de concurrence. Quelle que soit la position adoptée, force est de reconnaître que la mondialisation des échanges et l'interdépendance qui en résulte imposent de nouveaux défis à l'ensemble des gouvernements et entraînent un « changement de paradigme dans le commerce international »². Du magma des phénomènes caractéristiques de la mondialisation, ce qui émerge en premier lieu c'est un processus d'interpénétration à la fois des marchés, des systèmes de production, des valeurs, des cultures, *etc.* ; d'intensification et d'extension des interdépendances, ainsi qu'une obsession croissante de la compétitivité internationale³.

2. OCDE, *The Development Dimensions of Trade*, Paris, 2001, point 96.

3. MICHALET (C.-A.), « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in É. Loquin et C. Kessedjian (sous la dir. de), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 11-42, spéc. pp. 28-29 ; MOHAMED SALAH (M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002, 250 pages, n° 9. *Contra*, KRUGMAN (P.R.), *La mondialisation n'est pas coupable. Vertus et limites du libre-échange*, La Découverte/Poche, 2000, 218 pages, spéc. pp. 17 et s. L'auteur souligne qu'« il est faux de dire que les grands pays se trouvent engagés les uns contre les autres dans une vaste compétition à l'échelle mondiale, et que chacun de leurs vrais problèmes économiques peut être dû à leur incapacité à bien se placer sur les marchés mondiaux » (p. 19).

Pour l'Union européenne, le souci de répondre aux défis soulevés par la mondialisation se traduit principalement par l'engagement dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. Cette stratégie, qui tire son nom du Conseil européen qui l'a définie en mars 2000, vise à faire de l'Union, d'ici 2010, l'économie « la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable, de plus d'emplois de meilleure qualité et de plus de cohésion sociale, tout en respectant l'environnement ». La stratégie de Lisbonne est un des premiers instruments de gouvernance économique de l'Union, en ce sens qu'à travers elle les États membres et l'Union définissent un modèle commun de développement, afin de renouer avec une croissance forte en favorisant les investissements, la productivité, l'éducation, la formation, et la recherche et le développement. Au-delà de cet objectif ambitieux, d'aucuns diront irréaliste, cette stratégie est également un processus complexe destiné à obtenir la plus grande efficacité. Elle est un des processus politiques les plus intégrés de l'Union, couvrant une dizaine de politiques au total, combinant à la fois l'échelon communautaire et le niveau national grâce à une palette d'instruments utilisée en fonction des compétences concernées⁴.

La politique communautaire de la concurrence fait naturellement partie intégrante de ce processus⁵. Le souci de prendre un avantage compétitif dans une économie mondialisée est au cœur des réformes récentes du droit des pratiques anticoncurrentielles, du contrôle des concentrations entre entreprises, et des réformes en cours relatives au contrôle des aides d'État. Le triomphe de l'approche économique dans les objectifs et les critères d'analyse des règles *antitrust* traduit le souci de renforcer l'efficacité de ces dernières tout en assumant une homogénéité des conditions de concurrence afin de ne pas défavoriser les entreprises opérant sur le marché communautaire par rapport à leurs concurrents qui ont des règles de concurrence moins strictes.

Si cette approche économique présente des avantages indéniables en matière de contrôle des aides d'État, l'amélioration de la compétitivité de l'industrie communautaire nécessitera parallèlement d'autres moyens d'action⁶. En effet, des études récentes sur la compétitivité de l'industrie communautaire dans un contexte de mondialisation, réalisées par la Commission auprès des États membres et des milieux d'affaires, ont révélé que la perte d'attractivité de l'espace européen et les difficultés rencontrées par les opérateurs communautaires dans l'accès aux marchés étrangers sont dues, entre autres, aux nombreuses subventions versées aux industries

4. Pour un bilan mitigé de la stratégie de Lisbonne : BARTHE (M.-A.), *Économie de l'Union européenne*, Economica, 3^e éd., 2006, 416 pages, spéc. pp.97 et s. ; JOAO RODRIGUES (M.), (sous la dir. de), *Vers une société européenne de la connaissance. La stratégie de Lisbonne (2000-2010)*, Coll. Études européennes, 2004, 305 pages.
5. KROES (N.), « Reforming Europe's State Aid Regime : An Action Plan for Change », Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr / University of Leiden, Joint conference on European State Aid Reform, Brussels, 14th June 2005, SPEECH/05/347.
6. Pour une critique de l'approche essentiellement économique du droit de la concurrence : BOY (L.), « L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ? », *RIDE*, 2005, n° 1, pp. 27-50, spéc. pp. 47-50.

nationales⁷. Cette réalité est confortée par un double constat. Premièrement, il y a relativement peu de pays de l'OCDE qui ont choisi d'instaurer des règles pour contrôler le niveau de subventions et de concurrence entre les politiques nationales d'aide. Les pays émergents faisant de même sont encore moins nombreux⁸. Deuxièmement, le rapport de l'OMC de 2006 sur le commerce mondial révèle que le montant total des aides dans le monde pourrait dépasser 1 000 milliards de dollars US par an, soit 4 % du PIB mondial. Les subventions représenteraient en moyenne 6 % environ des dépenses publiques des pays et 1 % de leur PIB⁹. Ces chiffres viennent conforter les estimations réalisées par l'OCDE en 2001 selon lesquelles 60 à 65 % des entreprises reçoivent une forme quelconque de subvention dans de nombreux membres de l'OCDE, tout en relevant dans le même temps que les opérateurs communautaires doivent faire face au régime de contrôle le plus sévère au monde¹⁰.

Dans de telles circonstances, il est aisé de comprendre pourquoi le sujet des aides d'État est à la fois sensible et crucial dans l'analyse de la compétitivité de l'économie européenne. L'objet de la présente étude est, précisément, d'analyser les instruments juridiques et politiques dont disposent l'UE et les États membres en matière d'aides d'État, notamment dans le cadre de l'OMC, afin de mieux défendre les intérêts de leurs industries sur la scène internationale. Dans cette optique, l'UE dispose de deux voies complémentaires pour corriger les distorsions de concurrence engendrées par l'intervention des États tiers. Tout d'abord, il s'agit de recourir davantage aux instruments de défense commerciaux consacrés ou autorisés par les Accords de l'OMC (2). Parallèlement, l'UE doit utiliser différentes voies de négociation internationales afin de combler les lacunes du droit international positif en la matière (3).

7. DG for Enterprise and Industry, *Innovation Market Failures and State Aid: Developing Criteria*, November 2005, 144 pages, disponible sur : <http://ec.europa.eu/enterprise/library/lib-competition/doc/innovation_market_failures_and_state_aid.pdf>; DG concurrence, *Programme-cadre pour l'innovation et la compétitivité 2007-2013*, 29 septembre 2005, disponible sur : <<http://www.euractiv.com/fr/innovation/programme-cadre-innovation-competitivite-pic-2007-2013/article-144988>>; Communication de la Commission, *Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive*, Bruxelles, 20 avril 2004, COM(2004) 293 final, 22 pages.
8. OCDE, *Competition Policy in Subsidies and State Aid*, DAFPE/CLP(2001)24, 12 novembre 2001, 193 pages, spéc. p.52.
9. Sur la diversité des aides accordées par les Membres de l'OMC et les conséquences sur les échanges internationaux dans les secteurs de l'agriculture, de l'industrie et des services : OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006. Analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, 306 pages, disponible sur : <http://www.wto.org/French/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report06_f.pdf>.
10. OCDE, *Competition Policy in Subsidies and State Aid*, préc., spéc. p. 193.

2 UTILISATION PLUS OFFENSIVE DES INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX RELATIFS AUX AIDES D'ÉTAT

L'UE dispose de deux types d'instruments juridiques pour limiter les effets néfastes de subventions versées par des pouvoirs publics étrangers à leurs entreprises. En présence de difficultés rencontrées par les opérateurs européens pour pénétrer les marchés de pays tiers, seule la procédure contentieuse dans le cadre du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC (ci-après MARD) peut être menée (2.1). En revanche, face à des produits subventionnés qui affectent la concurrence au sein du marché intérieur, l'UE a la possibilité, soit de déclencher une procédure contentieuse dans le cadre du MARD, soit de prendre des mesures unilatérales de rétorsion (2.2). L'intérêt de mettre en œuvre ces actions est renforcé par l'analyse des modalités d'intervention des opérateurs privés dans le cadre du déclenchement et du déroulement d'un litige au sein de l'OMC. Celle-ci montre que, malgré la nature interétatique du Système de règlement des différends (ci-après SRD), les opérateurs privés disposent de différents mécanismes pour faire entendre leur voix (2.3).

2.1 Mesures multilatérales dans le cadre de l'OMC

L'analyse comparative des régimes d'aides montre, au premier abord, des différences importantes entre ceux de l'UE et de l'OMC. Le régime de contrôle communautaire apparaît ainsi plus strict au regard des dispositions consacrées dans l'Accord de l'OMC de 1994 sur les subventions et les mesures compensatoires (ci-après SMC). Les deux organisations poursuivent des objectifs fondamentalement différents. La construction du marché intérieur menée par la Commission contraste nécessairement avec l'objectif de l'Accord SMC qui vise uniquement à éviter tout comportement déloyal d'un Membre dans la mesure où celui-ci engendre une distorsion des échanges internationaux. Cette différence d'objectif a *de facto* des répercussions au niveau institutionnel. Alors que le traité CE consacre un contrôle exclusif et préalable des aides confié à la Commission européenne, le Comité des subventions et des mesures compensatoires de l'OMC se contente de superviser la mise en œuvre de l'Accord SMC ainsi que le respect des engagements pris par les Membres, notamment en matière de notification des aides octroyées.

Pour autant, il existe des similitudes assez importantes entre le régime communautaire des aides et le régime des subventions instauré dans le cadre de l'OMC. Le premier point de convergence concerne la notion de subvention. Dans les deux cas, sont visées les différentes formes de transferts monétaires et la fourniture de biens et de services par les États et/ou leurs démembrements qui assurent une faveur économique aux entreprises bénéficiaires. De même, la distinction opérée par la Commission entre les aides de l'État et les « mesures générales » qui ne rentrent pas dans le champ de l'article 87(1) du traité est proche de celle énoncée dans l'Accord

SMC qui cible le contrôle selon les bénéficiaires, à travers les règles ayant trait à la spécificité.

Contrairement aux textes qui l'ont précédé, l'Accord SMC contient une définition de la subvention et introduit la notion de subvention « spécifique » qui est, en substance, une subvention dont l'octroi est limité à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention¹¹. Seules les subventions spécifiques sont assujetties aux disciplines énoncées dans l'Accord. À l'inverse, si le droit des entreprises de bénéficiaire d'une subvention est fondé sur des critères objectifs et des conditions neutres, qui sont de nature économique et d'application horizontale, par exemple la taille de l'entreprise ou le nombre de salariés, et si le droit de bénéficier de la subvention est automatique, il n'y a pas de spécificité¹².

Soucieux de lutter en priorité contre les restrictions les plus graves aux échanges internationaux, l'Accord établit deux catégories de subventions. Premièrement, il considère comme « prohibées » les subventions subordonnées aux résultats à l'exportation ainsi que celles qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés¹³. La deuxième catégorie est celle des subventions spécifiques « pouvant donner lieu à une action »¹⁴. L'Accord dispose qu'aucun Membre ne devrait causer, en recourant à des subventions, d'effets défavorables pour les intérêts d'autres signataires, c'est-à-dire causer un dommage à une branche de production nationale d'un autre Membre, annuler ou compromettre des avantages résultant directement ou indirectement pour d'autres signataires de l'Accord général, et causer un préjudice sérieux aux intérêts d'un autre Membre. Un « préjudice sérieux » est réputé exister dans les cas de subventions dépassant 5 % de la valeur d'un produit subventionné ; de subventions destinées à couvrir les pertes d'exploitation (autres que certains versements ponctuels), et de subventions accordées sous la forme d'une annulation directe d'une dette. En pareil cas, il revient au Membre qui accorde les subventions en question de démontrer qu'elles ne causent pas un préjudice sérieux au Membre recourant.

Dans les autres hypothèses, le préjudice sérieux peut apparaître dès lors qu'il existe l'une ou plusieurs des situations ci-après¹⁵ :

- la subvention a pour effet de détourner les importations d'un produit similaire d'un autre Membre du marché du Membre qui accorde la subvention ou d'entraver ces importations ;
- la subvention a pour effet de détourner du marché d'un pays tiers les exportations d'un produit similaire d'un autre Membre ou d'entraver ces exportations ;

11. Art. 1 et 2 de l'Accord SMC.

12. Art. 2.1(b) de l'Accord SMC.

13. Art. 3 de l'Accord SMC.

14. Art. 5 et 6 de l'Accord SMC.

15. Art. 5 de l'Accord SMC.

- la subvention se traduit par une sous-cotation notable du prix du produit subventionné par rapport au prix d'un produit similaire d'un autre Membre sur le même marché ;
- la subvention se traduit par un accroissement de la part du marché mondial détenue par le Membre qui accorde la subvention pour un produit primaire ou un produit de base subventionné particulier par rapport à la part moyenne qu'il détenait pendant la période de trois ans précédente, et cet accroissement suit une tendance constante pendant une période durant laquelle des subventions ont été accordées.

La durée globale de la procédure oscille généralement entre 15 et 20 mois, procédure d'appel incluse. Si le Membre condamné ne veut pas exécuter la décision, un délai supplémentaire de 15 mois lui est accordé pour tenter de régler à l'amiable le différend¹⁶. En présence de subventions prohibées (c'est-à-dire liées aux résultats à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés), le délai global est réduit de moitié, assorti d'une obligation de se conformer aux recommandations du Groupe spécial « sans délai », même si en pratique une période de 2 à 3 mois est généralement accordée¹⁷.

Lorsque les effets défavorables pour les intérêts du Membre plaignant ont été constatés, le Membre qui accorde la subvention prendra des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou retirera la subvention. S'il est constaté que la mesure en question est une subvention prohibée, le Groupe spécial doit recommander que le Membre qui accorde la subvention « la retire sans retard »¹⁸.

Au regard de leur nature et de leurs objectifs, les Accords OMC visent à maintenir les échanges internationaux en recherchant la cessation de toute distorsion du commerce international, sans se soucier de la réparation des entreprises victimes de pratiques illégales. Toutefois, dans l'affaire *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles I* en date du 21 janvier 2000, un Groupe spécial a affirmé que le retrait d'une subvention peut englober le remboursement intégral ou partiel à l'État des sommes déjà versées¹⁹. Cette interprétation des dispositions de l'Accord SMC vise à faire respecter la prohibition absolue d'accorder ou de maintenir de telles subventions et à éviter le recours à des mesures compensatoires par le Membre qui s'estime toujours lésé. Même si la présente affaire concernait les subventions à l'exportation accordées par l'Australie, l'analyse du Groupe spécial de l'expression « retirer la subvention » n'exclut pas l'extrapolation de cette mesure en présence de subventions pouvant faire l'objet d'une action. Les Membres devront naturellement apporter la preuve des préjudices susceptibles d'être causés par les subventions versées.

16. Art. 7 de l'Accord SMC.

17. Art. 4 de l'Accord SMC.

18. Art. 4.7 de l'Accord SMC.

19. WT/DS126/RW disponible à <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds126_f.htm>.

2.2 Mesures unilatérales de rétorsion

Afin de limiter les distorsions de concurrence qui causent un préjudice sérieux à une branche de l'économie nationale, le droit international accorde la possibilité aux États de prendre diverses mesures unilatérales. Le premier type de mesures est préconisé au sein même des règles de l'OMC sous forme de droits compensateurs dont l'imposition est soumise à des conditions assez strictes conformément aux articles 10 et suivants de l'Accord SMC (2.2.1).

Par ailleurs, l'UE a élaboré deux mécanismes assez proches des mesures compensatoires, et dont les conditions de validité ont été récemment précisées par la jurisprudence de l'OMC. Un mécanisme de défense temporaire a été consacré dans le cadre du règlement n°1177/2002 du 27 juin 2002 dans le domaine de la construction navale (2.2.2), et une clause d'alignement est prévue depuis 1996 en matière d'aides à la R&D (2.2.3).

Ces deux mécanismes consistent à accroître, sous certaines conditions, l'intensité des aides octroyées à un opérateur européen confronté à la concurrence d'un opérateur subventionné par un État tiers. À l'instar des droits compensateurs, ces mécanismes de rétorsion visent à soutenir une branche d'industrie soumise à une concurrence internationale jugée déloyale. Mais ils s'en distinguent de par leur nature, il s'agit d'une allocation de ressources budgétaires et non d'une fixation de droits de douane, et surtout par leurs modalités de mise en œuvre. En effet, ces mécanismes ne nécessitent pas une autorisation préalable de l'ORD, une enquête préalable et obligatoire en conformité avec les dispositions de l'Accord SMC ou bien la preuve d'un préjudice sérieux, mais uniquement des « renseignements suffisants » (*circumstantial evidences*) pour apprécier l'avantage concurrentiel d'un concurrent d'un pays tiers et la distorsion de concurrence qui en résulte.

Quoi qu'il en soit, cette situation ne doit pas faire oublier que les mesures unilatérales comportent, au regard de leur nature et de leurs caractéristiques, des limites irréductibles dont il convient de ne pas négliger la portée (2.2.4).

2.2.1 Mesures compensatoires

L'imposition de droits compensateurs, sous forme de droits de douane, est un instrument non négligeable pour l'UE afin de lutter contre les effets défavorables sur le marché intérieur de produits importés subventionnés. Mais le déclenchement de ce mécanisme doit obéir aux dispositions fixées par les articles 10 et suivants de l'Accord SMC. Ceux-ci réglementent de manière assez stricte l'engagement de la procédure et le déroulement de l'enquête, la réunion des éléments de preuve, les consultations obligatoires avec les autres Membres concernés, le calcul du montant de la subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire, la détermination de l'existence d'un dommage, la définition de la branche de production nationale, les mesures provisoires envisageables durant l'enquête, ainsi que l'imposition et le recouvrement de droits compensateurs.

De ce fait, il ne pourra être imposé de droits compensateurs qu'à la suite d'enquêtes ouvertes et menées en conformité avec les dispositions de l'Accord SMC. La clôture de l'enquête sera immédiate dans les cas où le montant de la subvention est *de minimis* ou lorsque le volume des importations subventionnées, effectives ou potentielles, ou le dommage, est négligeable. Le montant de la subvention sera considéré comme *de minimis* si celle-ci est inférieure à 1 % *ad valorem*²⁰. De même, les enquêtes seront, sauf circonstances exceptionnelles, terminées dans un délai d'un an, et en tout état de cause, dans un délai ne dépassant pas 18 mois, après leur ouverture. En cas de refus du Membre concerné de retirer la subvention en cause, il ne sera perçu, sur un produit importé, aucun droit compensateur dépassant le montant de la subvention dont l'existence aura été constatée²¹. Au surplus, lorsqu'un droit compensateur est imposé en ce qui concerne un produit quelconque, ce droit sera perçu sans discrimination sur les importations dudit produit, de quelque source qu'elles proviennent, dont il aura été constaté qu'elles sont subventionnées et qu'elles causent un dommage²².

En tout état de cause, l'encadrement de la mise en œuvre des mesures compensatoires par un Membre doit être perçu moins comme un obstacle au recours à ce mécanisme que comme un souci de promouvoir au maximum un règlement amiable ou, à tout le moins, l'imposition, proportionnée au préjudice subi, de droits non discriminatoires²³.

2.2.2 Mécanisme de défense temporaire

L'UE a franchi, en 2002, un pas en consacrant un mécanisme de défense temporaire (ci-après MDT) dans le cadre du règlement n°1177/2002 dans le domaine de la construction navale. L'objectif de ce mécanisme consistait à soutenir une branche d'industrie soumise à une concurrence jugée déloyale du fait de subventions accordées par le gouvernement coréen. Bien que la durée de vie de ce mécanisme fût très courte suite à une condamnation en 2005, l'analyse de la décision rendue par un panel de l'OMC permet de conclure que cette condamnation repose moins sur des motifs de fond que de présentation formelle des objectifs et des conditions de mise en œuvre.

Indépendamment de la démonstration d'un préjudice sérieux à la branche d'activité nationale, le MDT doit respecter plusieurs conditions illustrées dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, qui a donné lieu à un rapport d'un Groupe spécial de l'OMC rendu le 22 avril 2005²⁴. Ce rapport a été adopté le 20 juin 2005 par l'ORD. À la réunion de l'ORD du

20. Art. 11.9 de l'Accord SMC.

21. Art. 11.11 de l'Accord SMC.

22. Art. 15 de l'Accord SMC.

23. Pour un exemple récent de la mise en œuvre de ces conditions : affaire *Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée* (WT/DS299), 17 juin 2005.

24. Aff. WT/DS301.

20 juillet 2005, l'UE a fait savoir que les recommandations et décisions de l'ORD dans cette affaire avaient été mises en œuvre, étant donné que le MDT n'avait pas été renouvelé lorsqu'il était arrivé à expiration le 31 mars 2005. S'agissant des régimes nationaux, l'UE a déclaré que, puisque le MDT n'était plus en vigueur, les États membres ne pouvaient plus accorder d'aides de fonctionnement. L'analyse de cette affaire est riche d'enseignements pour les autorités et les entreprises européennes. À cette fin, un rappel des faits s'impose.

L'UE et la Corée ont conclu, le 22 juin 2000, un accord dans le but de rétablir des « conditions concurrentielles équitables et transparentes » dans le domaine de la construction navale. Toutefois, les engagements tenus dans ce procès-verbal agréé, notamment l'engagement de garantir un mécanisme efficace de surveillance des prix, n'auraient pas été effectivement mis en œuvre par la partie coréenne. Pour lutter contre les effets défavorables de la concurrence coréenne jugée déloyale, le règlement n°1177/2002 du 27 juin 2002 mit en place un mécanisme de défense temporaire autorisant un soutien correspondant à 6 % de la valeur contractuelle avant aide pour ces certains segments, à savoir ceux des navires porte-conteneurs, des transporteurs de produits chimiques et pétroliers. Dans le même temps, le considérant n°7 subordonnait ce mécanisme au déclenchement préalable par l'UE de la procédure de règlement des différends de l'OMC à l'encontre de la Corée et, en tout état de cause, stoppait ce mécanisme si cette procédure était close ou suspendue au motif que la Communauté estimait que l'accord avait été effectivement appliqué.

En substance, deux problèmes de droit ont été identifiés dans cette affaire. En premier lieu, était alléguée la violation de l'article 32.1 de l'Accord SMC en vertu duquel « il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre une subvention accordée par un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994, tel qu'il est interprété par le présent accord ». Le Groupe spécial a rejeté cet argument en rappelant la jurisprudence constante de l'OMC relative à l'interprétation d'une telle condition²⁵. Ainsi, pour le Groupe spécial, est-il nécessaire d'évaluer si la conception et la structure d'une mesure avaient pour effet de dissuader la pratique de subventionnement en cause ou créaient une incitation à y mettre fin²⁶. En revanche, il n'est pas nécessaire de rechercher l'intention du législateur ou l'incidence du MDT sur les conditions de concurrence entre les chantiers navals coréens et communautaires. Il y a en effet un rejet de l'argument selon lequel une contre-subvention peut réduire, voire éliminer, les avantages concurrentiels que peut chercher à obtenir un autre Membre par le biais de subventions, et peut de ce fait décourager d'une certaine façon le subventionnement ou constituer une incitation à y mettre fin. Si le simple fait qu'une subvention accordée par un Membre à ses producteurs nationaux atténue, ou est censée atténuer, l'incidence sur la concurrence d'une subvention accordée par un autre Membre à ses producteurs nationaux était

25. Voir notamment le rapport rendu, le 16 janvier 2003, par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Loi sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (dite Amendement Byrd)*, (WT/DS234).

26. *Ibid.*, par. 254.

suffisant pour traiter la subvention accordée par le premier Membre comme une mesure « contre » la subvention accordée par le deuxième Membre, il en résulterait un nouveau type de disciplines de fond relatives aux subventions qui s'ajouteraient à celles déjà incluses dans les Parties II et III de l'Accord SMC²⁷. Au surplus, une interprétation large du mot « contre » qui se fonderait sur les effets d'une subvention sur les conditions de concurrence créerait pour un Membre une incitation à être « le premier » à accorder une subvention et traiterait d'une manière moins favorable un Membre qui rendrait la pareille en accordant une subvention identique²⁸. Selon le Groupe spécial, « il doit plutôt y avoir un certain élément additionnel, inhérent à la conception et à la structure de la mesure, qui permet de décourager la pratique de subventionnement ou d'encourager sa cessation. Un élément de ce genre serait que la contre-subvention soit financée par un transfert de ressources financières entre le producteur/l'exportateur étranger et le concurrent national »²⁹. En vertu de cet alignement entre subventions versées et droits recouverts sur les importations, plus le subventionnement est important, plus les ressources financières prélevées sur les exportateurs/producteurs étrangers et versées aux concurrents nationaux devraient être élevées. Ce prélèvement est censé se superposer aux droits compensateurs auxquels les produits subventionnés seraient assujettis par ailleurs. Or, en l'espèce, la Corée n'a identifié aucun élément additionnel de ce genre. Le Groupe spécial a souligné que le règlement MDT avait pour caractéristique essentielle de créer le fondement juridique nécessaire au titre de la législation communautaire sur les aides publiques pour que les États membres de l'UE accordent des aides au fonctionnement à certains secteurs de l'industrie de la construction navale communautaire chaque fois qu'il y a concurrence de la part d'un chantier naval coréen offrant des prix moins élevés. Par sa conception et sa structure, ce règlement ne constituait donc pas une mesure « contre » une subvention accordée par un autre Membre³⁰.

En second lieu, l'autre problème de droit soulevé dans cette affaire résulte de la violation, par l'UE, de l'article 23 du MARD selon lequel « lorsque les Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entraves à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord ». Se fondant sur ces dispositions, l'UE réfutait toute compétence au MARD car, en l'espèce, la recherche de réparation ne consistait pas à suspendre des concessions ou des obligations souscrites dans le cadre de l'OMC. Le MDT visait plutôt à soutenir par des mesures d'aide les chantiers communautaires soumis à une concurrence coréenne jugée déloyale³¹. Pour rejeter cet argument, le Groupe spécial a tenu un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, en se basant sur une interprétation téléologique de l'article 23 qui vise à renforcer

27. Par. 7.161.

28. Par. 7.162.

29. Par. 7.164.

30. Par. 7.165.

31. Par. 4.4.

le système multilatéral, il a interprété le terme « réparation » comme une réaction d'un Membre contre un autre Membre en raison d'une violation perçue des règles de l'OMC. Diverses formes de réparation sont envisageables : obtenir une décision d'un autre Membre de se mettre en conformité avec ses obligations en retirant une mesure incompatible avec les règles de l'OMC, mais aussi d'autres mesures correctives telles que le dédommagement, la compensation et bien sûr la suspension de concessions ou d'obligations. Interprété à la lumière de son contexte et de son but, l'article 23 du MARD non seulement garantit l'exclusion en matière de compétence de l'OMC par rapport à d'autres instances internationales, mais protège également le système multilatéral d'un comportement unilatéral en vue d'obtenir les résultats qui pourraient être obtenus grâce aux mesures correctives prévues par le MARD³². Dans un second temps, le Groupe spécial s'est attaché à démontrer que, au regard de la conception et de la structure du règlement MDT, l'UE a bien agi en réponse à ce qu'elle considérait comme une violation par la Corée de ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC, en cherchant à rétablir l'équilibre des droits et obligations dans le cadre de l'OMC et, à terme, la suppression de la mesure de la Corée (ou de ses effets), dont il était allégué qu'elle était incompatible avec les règles de l'OMC. Après avoir relevé que le règlement MDT était expressément dirigé contre la Corée, le Groupe spécial a rappelé que l'application était explicitement limitée aux contrats signés pendant une période définie par l'engagement et par la clôture ou la suspension d'une procédure de règlement des différends de l'OMC contre la Corée. Le fait que le MDT cesse de s'appliquer lorsque la procédure de règlement des différends de l'OMC est close ou suspendue semble indiquer que ce mécanisme vise à obtenir le même type de réparation que la procédure de règlement des différends de l'OMC. La procédure contentieuse dans le cadre de l'OMC et le règlement MDT sont ainsi apparus comme des éléments étroitement liés dans le cadre d'une stratégie à « deux volets »³³ menée par l'UE et destinée à faire face aux pratiques déloyales de la Corée dans le secteur de la construction navale.

Quelles leçons peut-on alors tirer de cette affaire ? Les développements antérieurs suggèrent essentiellement deux observations. Tout d'abord, toute mesure d'aide unilatérale envisagée hors du cadre de l'OMC devra respecter certains critères fixés par les articles 32 de l'Accord SMC et 23 du MARD. Le respect de l'article 32 de l'Accord SMC suppose que l'aide ne soit pas « contre » une subvention accordée par un autre Membre. Il s'agit d'éviter tout effet dissuasif visant à mettre fin à la subvention. Ainsi, l'effet de dissuasion possible découlant des effets de subventions sur les conditions dans lesquelles le produit national et les produits importés subventionnés se font concurrence n'est-il pas suffisant pour faire d'une mesure une mesure « contre » des subventions. Un certain élément additionnel allant au-delà des effets des subventions elles-mêmes, tel un transfert de ressources financières, serait nécessaire. Le survol de la jurisprudence de l'OMC révèle que l'Organe d'appel s'est presque exclusivement attaché à l'existence d'un « transfert de ressources

32. Par. 7.193.

33. Par. 7.136.

financières» entre les producteurs/exportateurs étrangers et leurs concurrents nationaux. Dans l'affaire, le Groupe spécial a souligné que son analyse ne saurait être liée à la nature de la subvention, qu'il s'agisse de l'octroi de ressources budgétaires, comme le suggéraient les faits de l'espèce, ou de droits compensateurs (droits de douane). Ce faisant, les pouvoirs publics ont tout intérêt à ne pas lier le montant de leur subvention à celle accordée par l'autre Membre. Conformément à l'article 23 du MARD, la mesure unilatérale ne doit pas être également un moyen de «chercher à obtenir réparation» et à rétablir l'équilibre des droits et obligations avec un autre Membre, car cela supposera, le cas échéant, la compétence exclusive du MARD et le respect des dispositions de l'Accord SMC relatives aux mesures compensatoires. Le simple fait qu'un Membre répond à une violation perçue des règles de l'OMC en cherchant à réparer ou atténuer le tort causé à des agents économiques sur son territoire par suite d'une violation alléguée ne représente pas en soi un moyen de «chercher à obtenir réparation», à condition que la mesure ne soit pas destinée à rétablir l'équilibre (perçu) des droits et obligations entre les Membres. Si cette condition est bien respectée, les autorités communautaires doivent alors éviter de lier la mise en œuvre d'un MDT à la procédure contentieuse de l'OMC.

Ensuite, il ressort des critères susmentionnés que les Accords de l'OMC laissent incontestablement une marge de manœuvre aux Membres pour adopter des mesures unilatérales, en évitant la procédure contentieuse du MARD et les critères stricts fixés par l'Accord SMC en matière de droits compensateurs. Le règlement MDT a souffert d'être destiné, d'une part, à répondre exclusivement à certaines subventions accordées par la Corée et, d'autre part, à rétablir l'équilibre des droits et obligations issus des règles de l'OMC. Puisque l'esprit et les dispositions des Accords de l'OMC sont basés sur un règlement négocié et multilatéral des différends, la condamnation du MDT était prévisible. La conception et la structure du MDT vont à l'encontre de la cohérence du système multilatéral qui impose, en pareil cas, la compétence exclusive du MARD et des dispositions de l'Accord SMC relatives aux mesures compensatoires. Au demeurant, il est frappant que le Groupe spécial lui-même n'ait pas hésité à déclarer que «si les Communautés européennes avaient simplement réintroduit en 2002 leur ancien système autorisant les États membres à accorder des aides à la construction navale, il est probable qu'une telle mesure ne soulèverait pas de questions au titre de l'article 23 du MARD»³⁴. En somme, toute mesure unilatérale prise en dehors du cadre de l'OMC devra plutôt mettre l'accent sur la nécessité de soutenir une industrie subissant les effets défavorables d'une défaillance du marché ou d'une concurrence internationale déloyale.

2.2.3 Clause d'alignement

Depuis 1996, l'UE offre la possibilité aux États membres d'octroyer une aide sur fonds budgétaire à leurs opérateurs confrontés à un concurrent subventionné par un État tiers, c'est le mécanisme de la clause d'alignement (dite *matching clause*).

34. Par. 7.219.

Le recours à ce mécanisme par des entreprises européennes est toutefois rendu difficile par le flou qui entoure à la fois sa mise en œuvre (2.2.3.1) et sa validité au regard des règles de l'OMC (2.2.3.2). La correction de ces lacunes favoriserait pourtant le recours plus systématique à ce mécanisme en matière de R&D. Celui-ci pourrait même être étendu à d'autres types d'aides (PME, projet européen d'intérêt commun...).

2.2.3.1 Réforme de la clause d'alignement

Depuis sa création, la clause d'alignement n'a jamais été invoquée par les opérateurs européens. De son côté, la Commission n'a jamais caché ses réticences face au risque de surenchère en matière d'aides que cette clause pourrait engendrer. Cette situation est fort regrettable. Diverses études récentes réalisées auprès des États membres et des milieux d'affaires à l'occasion de la réforme du régime communautaire des aides d'État ont révélé que cet instrument constitue un outil de soutien appréciable à la compétitivité de l'espace européen en matière d'innovation et un moyen de pression non négligeable face à une concurrence internationale jugée déloyale. Il constitue par ailleurs un outil d'adaptation important du régime d'aide communautaire face aux lacunes des règles multilatérales en la matière. Peu d'arguments pourraient du reste être soutenus contre une extension de ce mécanisme à d'autres types d'aides, même si l'hypothèse d'extension la plus envisageable à moyen terme concernerait la réunion d'un projet européen d'intérêt commun.

Il n'empêche, la Commission n'a pas profité de la réforme en cours pour préciser davantage les conditions d'intervention et les modalités de mise en œuvre de ladite clause. L'attitude ambiguë de la Commission à l'égard de cette clause est illustrée par une simple lecture comparative des versions ancienne et nouvelle de cette clause. Dans la version consacrée en 1996, la clause d'alignement se présentait comme suit :

« Des intensités brutes de 75 % pour la recherche industrielle et de 50 % pour les activités de développement préconcurrentielles (intensités maximales autorisées par l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC pour les subventions ne donnant pas lieu à une action), peuvent être autorisées, si des projets ou des programmes similaires réalisés par des entreprises localisées à l'extérieur de l'Union européenne ont bénéficié (au cours des trois dernières années), ou vont bénéficier, d'une aide d'une intensité équivalente pour les deux mêmes types de recherche.

Dans toute la mesure du possible, l'État membre concerné fournira à la Commission des renseignements suffisants pour lui permettre d'apprécier la situation, notamment la nécessité de compenser l'avantage concurrentiel dont bénéficie le concurrent du pays tiers.

Si elle dispose d'une preuve (publication officielle, notification à l'OMC, données de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), documents budgétaires, etc.) qu'une aide octroyée ou envisagée par un pays tiers atteint un taux justifiant un alignement, la Commission se prononcera sur la notification demandant cet alignement dans le délai de trente jours ouvrables pour un cas individuel et de deux mois pour un régime.

S'il ne s'agit que d'une présomption, la Commission, après avoir recueilli auprès des États membres toutes les informations utiles, se prononcera sur l'opportunité d'un alignement dans un délai de deux mois.

Les délais précités sont calculés à compter de la demande circonstanciée reçue d'un ou plusieurs États membres. »³⁵

L'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche et au développement et à l'innovation a fait l'objet récemment de profondes modifications. La nouvelle version de la clause d'alignement dispose désormais :

« En vue de compenser des distorsions actuelles ou potentielles, directes ou indirectes, induites par le commerce international, *des intensités plus élevées* que celles qui sont autorisées par les dispositions qui précèdent *peuvent être accordées si*, directement ou indirectement, *des concurrents de pays tiers ont reçu (au cours des trois années précédentes) ou vont recevoir des aides d'une intensité* équivalente pour des projets, des programmes, de la recherche, du développement ou des technologies similaires. Cependant, lorsque des distorsions induites par le commerce international sont susceptibles de se produire après une période de plus de trois ans, notamment en raison de la nature du secteur en cause, la période de référence peut être allongée en conséquence.

Dans toute la mesure du possible, l'État membre concerné fournira à la Commission des renseignements suffisants pour lui permettre d'apprécier la situation, notamment la nécessité de prendre en considération l'avantage concurrentiel dont bénéficie un concurrent d'un pays tiers. Si la Commission ne dispose pas d'informations sur l'aide accordée ou envisagée, elle peut également fonder sa décision sur des preuves indirectes. »³⁶

Ainsi, face aux réticences de la Commission pour mettre effectivement en œuvre ce mécanisme, les entreprises doivent apporter des preuves solides quant à deux aspects : l'absence de distorsion de la concurrence entre les États membres par le relèvement de l'intensité de l'aide, d'une part et l'avantage concurrentiel dont bénéficie un concurrent d'un pays tiers, d'autre part. Malgré la volonté affichée de « compenser des distorsions actuelles ou potentielles, directes ou indirectes, induites par le commerce international », et la liberté accordée aux opérateurs d'apporter « des renseignements suffisants », il est fort probable que la Commission ne se contentera pas de simples présomptions en la matière.

Dans le même temps, la suppression des délais de réponse à la notification (délai de 30 jours en cas de preuves et de deux mois lorsqu'il s'agit de présomptions) complique le recours à ce type de mécanisme et accroît l'insécurité juridique des entreprises.

35. Communication de la Commission, « Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche et au développement », *JOCE*, C 45, 17 février 1996, p. 5, point 5.13 (nous soulignons).

36. Communication de la Commission, « Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation », *JOUE*, C 323, 30 décembre 2006, p. 1, article 5.1.7 (nous soulignons).

2.2.3.2 Validité de la clause d'alignement

Les critères jurisprudentiels de l'OMC analysés précédemment en matière de mécanisme de défense temporaire soulèvent inévitablement la question de la conformité de la *matching clause* aux exigences de l'OMC. Le projet de réforme du règlement en matière de R&D consacre la possibilité pour les opérateurs européens de « recevoir des aides d'une intensité équivalente pour des projets, des programmes, de la recherche, du développement ou des technologies similaires ». Cet alignement de l'intensité de l'aide au montant de la subvention accordée à un concurrent d'un pays tiers constituerait une mesure « contre » une subvention accordée par un pays tiers, et serait ainsi en contradiction avec les termes de l'article 32 de l'Accord SMC tels qu'ils ont été interprétés par la jurisprudence. Ce mécanisme serait, en d'autres termes, difficilement justifiable en cas de contestation par un Membre de la mesure unilatérale dans le cadre d'une procédure OMC. À cet égard, l'ancien système, qui plafonnait les intensités brutes à 75 % pour la recherche industrielle et 50 % pour les activités de développement préconcurrentielles, semblait davantage en conformité avec les règles de l'OMC car il ne présentait pas les caractéristiques d'un système dissuasif.

On l'aura compris, les modifications apportées par la Commission soulèvent certaines interrogations sur la réalité des progrès apportés et la compatibilité de ce mécanisme aux règles de l'OMC.

2.2.4 Limites des mesures unilatérales de rétorsion

S'il permet de rétablir des conditions de concurrence faussées par l'intervention des pouvoirs publics de pays tiers, l'unilatéralisme commercial dans le cadre ou non de l'OMC connaît une efficacité limitée dans un certain nombre d'hypothèses. En effet, compte tenu de leur nature et de leurs caractéristiques, les mesures unilatérales sont destinées à lutter contre les effets néfastes au sein du marché intérieur de produits importés subventionnés ou de l'aide accordée à des concurrents qui sont en compétition avec les entreprises communautaires. Pour lutter contre les mesures qui restreignent l'accès aux marchés de pays tiers, le recours aux procédures de conciliation et de sanction de l'OMC est alors indispensable.

Par ailleurs, les mesures unilatérales sont susceptibles d'être contestées devant l'ORD par un Membre estimant que son industrie nationale a subi les effets défavorables des aides et droits de douane établis par la CE. En d'autres termes, les mesures unilatérales n'apportent pas la sécurité juridique qui résulte du règlement négocié ou imposé d'un différend dans le cadre du MARD. Cette situation est naturellement amplifiée en présence de mesures de rétorsion autres que les mesures compensatoires dont la légitimité est renforcée par un encadrement assez strict au sein de l'Accord SMC.

2.3 Modalités d'intervention des opérateurs privés

Face à une violation des règles de l'OMC, les opérateurs privés semblent en situation délicate. La non-invocabilité³⁷ des règles de l'OMC dans les ordres juridiques internes rend *de facto* impossible tout recours devant les juridictions internes en cas de violation par un autre Membre. De même, les Accords OMC ne peuvent être invoqués devant le juge interne ou communautaire afin que celui-ci contrôle la conformité du droit national ou du droit communautaire dérivé avec ces dispositions. Le même constat d'impuissance s'impose en ce qui concerne les recours en annulation ou en responsabilité par les opérateurs privés fondés sur les décisions de l'ORD condamnant une législation nationale pour non-conformité avec le droit OMC³⁸.

Il est également reconnu que les opérateurs économiques ne sont pas des acteurs directs de l'OMC. La nature interétatique du Système de règlement des différends (ci-après SRD) exclut en principe toute intervention directe de leur part. Ils ne peuvent participer, ni en qualité de parties, ni même en qualité d'observateurs. Le caractère confidentiel des travaux des entités chargées du règlement des différends s'expliquerait en grande partie par l'objectif même du SRD qui est de trouver une solution rapide, si possible à l'amiable, entre les parties à un litige afin de rétablir un courant d'échanges mis à mal par une mesure particulière³⁹.

Pour autant, l'UE peut offrir aux opérateurs privés confrontés à une compétition mondiale farouche la possibilité de se battre à armes égales, notamment sur les marchés étrangers, à travers la recherche d'une réduction énergétique des obstacles aux échanges, tels que le *dumping* ou les subventions. La nature interétatique et quasi juridictionnelle du SRD n'exclut pas une intervention indirecte des entreprises dans les contentieux de l'OMC. Les opérateurs communautaires peuvent tout d'abord tirer profit de l'évolution de la jurisprudence communautaire qui atténue la portée du principe de non-invocabilité des règles OMC (2.3.1). Lorsque les conditions d'une action directe ne sont pas réunies, les mêmes opérateurs peuvent alors utiliser les instruments juridiques actuellement mis à leur disposition pour intervenir indirectement à deux stades distincts de la procédure OMC : la phase précontentieuse (2.3.2) et durant le déroulement du litige (2.3.3).

37. Le terme d'effet direct habituellement utilisé fait référence à la spécificité des rapports entre l'ordre juridique communautaire et celui des États membres, alors qu'il s'agit ici des rapports entre la sphère internationale et l'ordre juridique communautaire. Nous sommes bien en présence de trois ordres juridiques superposés (international, communautaire et national). C'est la raison pour laquelle on préférera la notion d'invocabilité, notion plus neutre et qui permet d'intégrer la diversité des effets des accords externes en droit communautaire.

38. Sur la situation aux États-Unis : KLEBES-PELISSIER (V. A.), « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine », *RTDE*, 2002, pp. 183-207.

39. Pour un rappel : RENOUF (Y.), « Les entreprises et le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *Dalloz aff.*, 1996, n°19, pp. 571-575 ; BRONCKERS (M.), « Private Participation in the Enforcement of WTO Law. The New EC Trade Barriers Regulation », *CML Rev.*, 1996, n°33, pp. 299-318, spéc. pp. 302-305.

2.3.1 Atténuation du principe de non-invocabilité des Accords OMC

Au soutien de la position des autorités communautaires en faveur de la non-invocabilité des Accords OMC dans les ordres juridiques internes, trois motifs sont généralement avancés. Premièrement, les Accords OMC présentent une spécificité majeure car ils ont pour objet le règlement et la gestion des relations commerciales entre États, non la réparation d'un préjudice commercial causé à des particuliers. Ceci est renforcé par le caractère obligatoire et contraignant de l'ORD qui détient une compétence exclusive pour appliquer et interpréter les Accords OMC entre les Membres. Deuxièmement, la CJCE a le souci de maintenir l'équilibre institutionnel en évitant de rentrer en conflit avec les institutions politiques de la CE qui sont farouchement contre toute idée d'invocabilité par les entreprises des Accords OMC. Enfin, il y a aussi le souci de préserver aux institutions communautaires une certaine liberté dans la mise en œuvre de leurs obligations internationales, à l'instar de la position adoptée par de nombreux partenaires commerciaux (États-Unis, Japon...)⁴⁰.

Toutefois, la pertinence de ces arguments n'a pas empêché la CJCE d'atténuer la portée du principe de non-invocabilité dans un souci d'assurer une application cohérente des engagements internationaux contraignants de la CE⁴¹. Ainsi, la Cour a affirmé la primauté des Accords OMC sur les actes dérivés communautaires par le biais de la technique de « l'interprétation conforme »⁴². Appliquée fréquemment par les juridictions nationales ou régionales, cette dernière exige que les normes internes soient interprétées à la lumière des engagements internationaux de l'État ou de l'organisation internationale en question, cela chaque fois que l'interprétation du droit interne se prête à plusieurs lectures. Ce faisant, les Accords OMC font partie intégrante de la hiérarchie de normes sans être directement invocables. Mais la Cour est allée plus loin en admettant l'invocabilité des règles OMC lorsque celles-ci sont « réceptionnées » par un acte communautaire. Il peut s'agir alors, soit d'un renvoi explicite du texte communautaire aux dispositions des Accords OMC⁴³, soit de la transposition des obligations OMC dans un texte communautaire, à condition de relever la volonté expresse du législateur de donner application à un accord externe⁴⁴.

Cette évolution de la Cour de justice est louable, même si l'objectif premier ne vise pas à protéger les intérêts des entreprises communautaires et assurer le respect de leurs droits. Mais l'absence d'implication directe choque de plus en plus les opérateurs privés pourtant premiers acteurs du commerce international et concernés en premier chef par les décisions prises dans le cadre du contentieux de l'OMC. Si l'introduction des entreprises dans la pratique décisionnelle du SRD doit rester un objectif, celle-ci ne pourra se faire que de manière progressive. Même si

40. IBANEZ (P.), « Recent Developments on the Invocability of WTO Law in the EC: a Wave of Mutilation », *Eur. For. Aff. Rev.*, janvier 2006, n° 1, pp. 63-86.

41. LICKOVA (M.), *La Communauté européenne et le système GATT/OMC*, éd. Pédone, 2005, 199 pages, spéc. pp. 154 et s.

42. V. l'arrêt de référence : CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. 106/89, *Rec.*, p. 4135.

43. CJCE, 22 juin 1989, *Fédiol*, aff. 70/87, *Rec.*, p. 1781.

44. CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima*, aff. 69/89, *Rec.*, p. 2069.

des instruments tels que le règlement sur les obstacles au commerce de 1994 ou la section 301 de l'*US Trade Act* de 1974 préconisent des délais d'examen assez courts, l'instauration d'un système de filtrage des requêtes présentées par les opérateurs privés au sein même de l'OMC constituerait incontestablement un surplus de légitimité et d'efficacité pour une organisation qui a vocation à réguler le commerce international⁴⁵. Cette voie est d'autant plus envisageable qu'elle est déjà précédée par la présence de groupes représentatifs qui sont appelés à faire jouer leurs arguments dans le cadre des procédures d'examen⁴⁶.

Certains experts préfèrent mettre l'accent sur le renforcement des décisions de l'ORD perçu comme « un impératif pour la cohérence de la régulation du commerce international »⁴⁷. À cette fin, ils proposent de faciliter le recours en réparation des entreprises en présence de décisions de l'ORD qui condamnent une législation interne pour violation des règles OMC. Ces entreprises peuvent en effet être victimes de préjudices graves lors de mesures de rétorsion (suspension de concessions tarifaires, surtaxes douanières...) prises par un autre État qui s'estime lésé. Partant de l'impossibilité de fonder un recours en annulation ou en responsabilité sur une décision de condamnation du fait de la non-invocabilité des droits consacrés, il s'agit de déplacer le débat vers l'exécution de la décision de l'ORD. Le recours serait fondé sur l'absence d'exécution conforme de la décision ORD après un délai raisonnable en violation du principe général *pacta sunt servanda* et consisterait à engager la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'État à l'origine de la norme jugée illégale.

Rappelons toutefois qu'une telle possibilité est particulièrement difficile à mettre en œuvre. Plusieurs arrêts rendus en 2005 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes reconnaissent une responsabilité sans faute de la CE mais exigent la preuve de dommages anormaux et spéciaux qui ne seraient pas des vicissitudes inhérentes au système actuel du commerce international, tel qu'il résulte pour l'essentiel des Accords OMC⁴⁸. Dans ces affaires, les requérants avaient engagé des recours en réparation du préjudice découlant de mesures de rétorsion instaurées par les USA sous la forme de surtaxe douanière prélevée sur les importations aux États-Unis de divers produits en provenance de la Communauté, conformément à l'autorisation donnée par l'ORD, à la suite de la constatation de l'incompatibilité

45. MARCEAU (G.), STILWELL (M.), « Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies », *J. Int'l. Eco. L.*, 2001, pp. 157-187, spéc. pp. 180 et s.

46. *V. infra*.

47. LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *RTDE*, avril-juin 2006, n° 2, pp. 249-288, spéc. pp. 270 et s.

48. TPICE, 14 décembre 2005, *Fedon et Figli e.a. c. Conseil et Commission*, aff. T-135/01 ; TPICE, *Laboratoire du Bain c. Conseil et Commission*, 14 décembre 2005, T-151/00 ; TPICE, *Groupe Fremaux et Palais Royal c. Conseil et Commission*, 14 décembre 2005, T-301/00 ; TPICE, *CD Carton Druck c. Conseil et Commission*, 14 décembre 2005, T-320/00 ; TPICE, *Beamglow c. Parlement e.a.*, 14 décembre 2005, T-383/00 ; TPICE, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, 14 décembre 2005, T-69/00.

du régime communautaire d'importation des bananes avec les Accords OMC. Pour rejeter les demandes des plaignants, le Tribunal constate la compatibilité des mesures de rétorsion américaines au regard des règles OMC. Par conséquent, il est difficile d'utiliser en pratique une telle reconnaissance de responsabilité, sauf peut-être à imaginer l'hypothèse où les mesures de rétorsion violent manifestement les Accords OMC. La marge de manœuvre des opérateurs victimes d'une non-exécution d'une décision de l'ORD est donc bien mince. En attendant une avancée majeure dans ce domaine, les entreprises européennes ont désormais à leur disposition d'autres moyens d'action afin de mieux défendre leurs intérêts.

2.3.2 Intervention durant la phase précontentieuse

Pour permettre aux entreprises communautaires d'exercer avec efficacité les droits que leur reconnaissent les règles commerciales internationales en matière de lutte contre les obstacles au commerce, l'UE a adopté en 1994 un règlement sur les obstacles au commerce (ci-après ROC)⁴⁹. Sommairement, les conditions de l'intervention communautaire sont subordonnées à l'existence d'un obstacle au commerce et d'un préjudice ou d'effets commerciaux défavorables. Il faut, en outre, qu'une action soit nécessaire dans l'intérêt de la Communauté⁵⁰.

Au plan procédural, la plainte devra être adressée en trois exemplaires à la division compétente de la DG relations extérieures (DG I) de la Commission qui en envoie une copie aux États membres. Toute plainte devra être accompagnée d'un commencement de preuve de l'existence d'un obstacle au commerce ainsi que de l'existence de préjudices ou d'effets commerciaux défavorables. Le plaignant fournira des informations générales concernant son identité, le produit ou service en cause, sur les pratiques commerciales du pays tiers, la qualification juridique de ces pratiques commerciales et leurs effets sur l'économie de la Communauté.

La Commission dispose alors d'un délai de 45 jours pour statuer sur l'ouverture ou non d'une procédure communautaire⁵¹. Lorsque suffisamment de preuves sont réunies et que l'intérêt communautaire ne fait aucun doute, la Commission publie un « avis d'ouverture d'une procédure d'examen » au JOCE. Elle avise officiellement

49. 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'OMC, *JOCE*, L 349/71, 31 décembre 1994.

50. Pour une étude détaillée du ROC : LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruylant, 2004, 1277 pages, spéc. pp. 798 et s. ; BLIN (O.), « La Communauté européenne et le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », *RDAI*, 1998, n° 8, pp. 938 et s. ; LESGUILLONS (H.), « Origines et développements du Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », *RDAI*, 2000, n° 8, pp. 959-997 ; RUCHAT (E.), « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l'OMC », *LPA*, 4 fév. 2000, n° 25, pp. 9-14 ; RENOUF (Y.), « Les entreprises et le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », préc.

51. Art. 5 du ROC. Durant ce délai, et conformément à l'article 7, des consultations seront conduites au sein d'un comité consultatif composé de représentants de chaque État membre et présidé par un représentant de la Commission.

les représentants du pays concerné par la plainte avec un objectif clair de déclencher le plus rapidement possible des consultations. La durée de l'enquête menée par la Commission ne doit pas dépasser 5 mois, même si l'article 8(8) du ROC prévoit que ce délai peut être porté à 7 mois en fonction de la complexité de l'affaire. À l'issue de l'enquête, un rapport est établi au Comité consultatif avec différentes indications obligatoires comprenant, entre autres, les conclusions et les mesures envisagées. En cas de rejet de la plainte, la décision motivée de la Commission pourra faire l'objet d'un recours devant les juridictions communautaires.

En pratique, le ROC organise deux procédures bien distinctes selon la localisation de l'effet actuel ou potentiel de l'obstacle au commerce. La première a pour objet de permettre à la Communauté de réagir aux obstacles au commerce qui ont un effet sur le marché commun et plus particulièrement un préjudice subi par l'industrie communautaire⁵². La seconde permet de réagir aux obstacles au commerce qui ont un effet sur le marché d'un pays tiers en causant des effets commerciaux défavorables aux entreprises mais également à l'économie de la Communauté⁵³. Dans le même temps, l'exigence d'« intérêt de la Communauté » à agir ne paraît pas être sensiblement modifiée selon la nature de la procédure. Cet intérêt se fonde, soit sur des principes objectifs d'intérêt général, soit sur la sauvegarde d'une industrie communautaire. Toutefois, la nature de la procédure influe plus fortement en ce qui concerne notamment la qualité à agir, l'étendue et le sens concret de la notion d'obstacle au commerce et l'appréhension de l'effet sur le marché. Plus largement, le ROC organise la recevabilité de la plainte en matière d'obstacles au commerce de manière plus restrictive si l'obstacle au commerce concerne un marché d'un pays tiers que si l'obstacle affecte le marché communautaire⁵⁴.

Lorsqu'il résulte de la procédure d'examen qu'une action est nécessaire dans l'intérêt de la Communauté pour assurer l'exercice de ses droits, des mesures appropriées sont décidées sur la base du présent règlement. Ces mesures peuvent prendre la forme soit de suspension ou de retrait de toute concession issue de négociations de politique commerciale, soit de relèvement des droits de douane existants, soit de l'instauration de toute autre imposition à l'importation. Des restrictions quantitatives ou toute autre mesure modifiant les conditions d'importation ou d'exportation ou affectant autrement les échanges avec le pays tiers concerné sont également envisageables.

On le voit, le ROC est avant tout un outil à la disposition de l'industrie et, dans certains cas, des entreprises communautaires pour exploiter au mieux les instruments

52. Art. 3 du ROC.

53. Art. 4 du ROC.

54. Plus précisément, lorsque l'obstacle au commerce a un effet sur le marché d'un pays tiers, une entreprise de la CE a qualité pour déposer une plainte (article 4-1). En revanche, si la plainte concerne le marché de la Communauté, seule l'industrie communautaire est recevable à la déposer (article 3-1). Conformément à l'article 2-5, on entend par « industrie communautaire » l'ensemble des producteurs ou fournisseurs qui sont consommateurs ou transformateurs du produit ou utilisateurs du service faisant l'objet d'un obstacle au commerce.

existants d'ouverture des marchés. Par ce truchement, ces dernières peuvent jouer un rôle indirect mais réel dans le processus de règlement des différends de l'OMC. Le règlement est bâti autour d'une double exigence de célérité et de transparence. Ses atouts ne s'arrêtent pas là. Son adéquation aux exigences du multilatéralisme commercial légitime davantage la politique de défense commerciale de la Communauté, tout en diminuant les possibilités de représailles pour les opérateurs communautaires⁵⁵.

Ceci étant, lorsque les obligations internationales de la Communauté lui imposent le déroulement préalable d'une procédure internationale de consultation ou de règlement des différends, ces mesures ne sont prises qu'à l'issue de cette procédure et en tenant compte des résultats de celle-ci. En vertu de l'article 12(2) du ROC, les mesures adoptées doivent en effet être nécessairement en conformité avec celles prônées à l'issue de la procédure internationale de consultation et de règlement des différends de l'OMC. Cette disposition contraste fortement avec la section 301 de l'*US Trade Act* de 1974 qui fait l'objet de contestations récurrentes par les Membres de l'OMC⁵⁶. À cette exigence, s'ajoute le fait que les mesures de défense commerciales ne s'appliquent d'une façon générale que si, entre autres, un préjudice est constaté pour une branche de production nationale. Or cet élément relève de considérations politiques ou économiques propres à l'État importateur, en l'occurrence l'UE. La nature hybride du ROC, qui concerne à la fois des intérêts particuliers et des intérêts stratégiques de l'UE, complique donc sérieusement la situation des entreprises européennes⁵⁷.

55. LESGUILLONS (H.), « Origines et développements du Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) », préc., spéc. pp.996-997.

56. FORGET (M.-H.), « L'arsenal des procédures américaines dans le domaine commercial », *RDAI*, 1990, n° 2, pp. 301 et s. L'unilatéralisme parfois excessif prôné par la section 301 a soulevé de nombreuses critiques de la part de la communauté internationale. En témoigne la demande de consultations déposée par les Communautés européennes dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, 30 novembre 1998 (WT/DS152/1). Ainsi, les délais stricts imposés pour l'établissement de mesures unilatérales et l'adoption de sanctions commerciales auxquels s'ajoute un champ d'application large semblent difficilement compatibles avec l'esprit et les textes de l'OMC, et plus particulièrement du MARD. Conformément à la section 301, l'*US Trade Representative* peut ouvrir d'office ou sur plainte du secteur privé une enquête si une des deux conditions suivantes est réunie. Il doit s'agir, soit de pratiques de pays tiers qui portent atteinte aux « droits internationaux » des USA, découlant d'un accord commercial bilatéral ou multilatéral en refusant notamment le « traitement national » ou le traitement de la nation « la plus favorisée », ou bien de toutes pratiques ou mesures qualifiées de « déraisonnables et discriminatoires » et qui ont pour effet de restreindre le commerce des USA. De fait, la portée de la section 301 est telle qu'elle permet même d'introduire une requête en raison de pratiques commerciales n'affectant qu'indirectement les opérateurs américains, et qui n'ont cours qu'entre deux pays tiers.

57. Sur les limites du ROC : LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, préc., spéc. p. 800.

2.3.3 Suivi à distance du déroulement d'un litige

Une fois la procédure OMC déclenchée, et parallèlement à la coopération entre les autorités communautaires et les opérateurs privés dans le cadre d'un litige OMC, les entreprises communautaires ont la possibilité de se présenter comme « amis de la cour » et de soumettre à ce titre des mémoires d'*amicus curiae*⁵⁸. En effet, l'admission des communications de tiers, c'est-à-dire des parties privées, devant les panels et l'Organe d'appel de l'OMC est, à défaut de consécration expresse dans les textes de l'OMC, une pratique désormais consacrée dans le cadre du SRD de l'OMC⁵⁹. Même si les organes de l'OMC ont tendance à refuser en fait de nombreux mémoires sans justifier ce refus d'une quelconque explication aux intéressés⁶⁰, le critère déterminant pour les instances de l'OMC demeure la pertinence des communications dans le traitement efficace de l'affaire en cause.

L'identification des « amis de la cour » qui ont déjà soumis des mémoires d'*amicus curiae* démontre que les acteurs qui interviennent peuvent tout autant poursuivre un but d'intérêt général que la défense d'une corporation ou d'un secteur économique déterminé dont les intérêts sont susceptibles d'être remis en cause par les décisions prises dans le cadre du MARD. Il est intéressant de relever à cet égard l'attitude des autorités américaines qui encouragent sans cesse leurs entreprises à déposer des mémoires. Il est vrai qu'en termes de rapport de force, ce pays dispose d'avantages indéniables compte tenu, d'une part, de l'origine souvent américaine ou du moins anglo-saxonne des ONG internationales et des multinationales qui ont les moyens humains et matériels de participer aux procédures de l'OMC et, d'autre part,

58. Sur ce processus : RUCHAT (E.), « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l'OMC », préc., spéc. p. 10 ; MARCEAU (G.), STILWELL (M.), « Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies », préc. ; STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n° 2, pp. 258-301 ; ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, n° 4, pp. 897-929.

59. Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* (dite affaire *États-Unis – Plomb et Bismuth II*), 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R. Pour la première fois, l'Organe d'appel a reconnu explicitement qu'il avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter les communications d'*amicus curiae*, en l'occurrence des communications d'associations industrielles qui avaient été présentées tardivement devant le Groupe spécial, et qui furent à nouveau présentées devant l'Organe d'appel. Pour justifier sa position, celui-ci se base sur l'article 17.9 du MARD qui lui confère le pouvoir légal de réglementer ses propres procédures. Pour renforcer la légalité de l'admission en droit des mémoires d'*amicus curiae* tout en tentant de rassurer les Membres de l'OMC, l'Organe d'appel a consacré dans l'affaire *Amiante* une procédure additionnelle qui pose un certain nombre de critères pour encadrer le pouvoir discrétionnaire et cela sur la base de l'article 16.1 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Sur ces critères, voir le rapport rendu le 12 mars 2000 par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (dite affaire *Amiante*), WT/DS135/AB/R.

60. V. à titre d'exemple le rapport du Groupe spécial rendu le 30 octobre 2000 dans l'affaire *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (dite affaire *CE/Linge de coton*), WT/DS141/R ; et le rapport de l'Organe d'appel du 10 mai 2000 dans l'affaire *États-Unis/Plomb et Bismuth II* précitée.

de la tradition politique américaine où les *lobbies* font partie intégrante du système politique et apparaissent comme extrêmement organisés et puissants⁶¹.

Dans ce contexte, il appartient aux instances et entreprises européennes de relever ce défi pour mieux défendre leurs intérêts. Un rôle plus actif serait facilité par une transparence décisionnelle accrue au sein du SRD. À cet égard, le processus d'ouverture du SRD de l'OMC aux non-Membres a connu un nouveau tournant le 12 septembre 2005 où, pour la première fois, journalistes, représentants d'ONG et divers spécialistes ont suivi la réunion de travail d'un groupe spécial chargé du règlement d'un différend⁶².

3 RENFORCEMENT DE L'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX RELATIFS AUX AIDES D'ÉTAT

L'UE a la possibilité d'utiliser son poids politique et économique dans le monde afin de renforcer l'efficacité des règles internationales en matière d'intervention des États tiers dans le processus concurrentiel. À cet égard, l'action de l'UE devrait être essentiellement axée sur les trois lacunes majeures qui caractérisent le contexte international actuel.

Alors que l'action dans le cadre de l'OMC doit être dirigée vers une amélioration sensible de la transparence des régimes d'aides (3.1) et une extension indispensable de l'Accord sur les subventions de 1994 au commerce des services (3.2), l'UE doit prôner parmi ses partenaires commerciaux une effectivité plus importante des règles visant à encadrer l'intervention des États dans le cadre des réformes économiques, telles que consacrées depuis 1997 au sein des recommandations de l'OCDE (3.3).

3.1 Amélioration de la transparence des régimes d'aides d'État au sein de l'OMC

L'UE doit promouvoir une meilleure conformité des États à leur obligation de communication dans le cadre de l'OMC. Les renseignements disponibles sur les subventions au sein de l'OMC sont souvent incomplets ou inexistant, malgré les obligations énoncées dans ce domaine⁶³. Cette situation représente une grave lacune dans la pratique suivie par l'OMC dans un domaine d'action important.

61. SENARCLENS DE (P.), *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Armand Colin, 3^e éd., 2002, 233 pages, spéc. p. 42.

62. Communication de presse du Président des Groupes spéciaux, « L'OMC ouvre pour la première fois au public une procédure de groupe spécial », 12 septembre 2005, disponible sur : http://www.wto.org/french/news_f/news05_f/openpanel_12sep_f.htm.

63. Pour un aperçu : LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, préc., spéc. pp. 510-512.

Elle est aggravée par l'utilisation d'une terminologie propre à l'OMC. Bien que la définition des subventions donnée dans l'Accord SMC soit proche des définitions figurant généralement dans les études pertinentes et les sources de données nationales et internationales, la jurisprudence de l'OMC montre qu'il n'est pas simple en pratique de déterminer si une politique donnée des pouvoirs publics relève de cette définition ou non. La notion de spécificité est propre aux Accords de l'OMC et n'est pas fréquemment utilisée dans les études ou les statistiques nationales ou régionales. Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit qu'une part appréciable des subventions et de l'aide est accordée par les autorités infranationales, qu'il s'agisse de collectivités territoriales, de provinces ou d'États fédérés, et dont les données sur les programmes sont encore plus difficiles à rassembler⁶⁴.

Concrètement, l'amélioration de la transparence des régimes de subventions à l'échelle internationale permettrait au Membre dont les intérêts sont lésés d'agir en toute connaissance de cause pour trouver les remèdes appropriés. Cela favoriserait également la lutte contre des pratiques illégales d'entreprises bénéficiaires qui n'hésitent pas, à titre d'exemple, à utiliser certains régimes fiscaux préférentiels pour se soustraire à l'impôt. Ainsi, une juridiction qui pratique des taux d'imposition peu élevés doit être disposée à des échanges d'informations avec le pays de résidence des sociétés qui y exercent des activités, de manière à ce que ce pays puisse imposer leur revenu mondial. Enfin, et cela n'est pas le moindre avantage, la transparence des régimes d'aides permettra de prévenir toute forme de discrimination entre les opérateurs étrangers et nationaux dans l'accès aux aides⁶⁵.

L'absence de tout caractère obligatoire dans ce domaine nuit fortement à l'efficacité et à la crédibilité de l'OMC. L'UE gagnerait incontestablement à un renforcement du rôle du Comité sur les subventions. Elle pourrait prôner un système de déclaration obligatoire des aides des Membres géré par ce comité. Ce système pourrait être affiné pour ne prendre en compte que les aides dépassant un certain seuil surtout par l'introduction de mises en garde et de sanctions à l'encontre des Membres récalcitrants. Pour donner à ce système sa pleine mesure, cette proposition pourrait être complétée ou, en cas d'échec, être remplacée par une position plus incisive de l'UE, visant à menacer les Membres réticents à respecter leurs obligations d'un recours plus systématique à des mesures unilatérales.

3.2 Extension du champ d'application de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC au commerce des services

Devant les réticences de nombreux États pour appliquer de manière effective un régime de contrôle en matière d'aides publiques, les contrôles internationaux dans

64. OCDE, *Competition Policy in Subsidies and State Aid*, préc., spéc. p. 48.

65. OMC, *Rapport sur le commerce mondial (2006)*, préc., spéc. p. 237.

ce domaine pourraient être renforcés par l'élargissement de leur champ d'action et l'accroissement des pouvoirs des instances internationales pour contraindre les pays qui accordent des aides à cesser leurs pratiques et exiger que les aides déjà octroyées soient remboursées.

L'exclusion dans l'Accord sur le commerce des services (ci-après AGCS), de toute règle en matière d'aides publiques constitue à cet égard un lourd handicap dans le système OMC. En effet, les Membres ont adopté dans l'AGCS une approche très différente à l'égard des disciplines relatives aux subventions par rapport à celle qui existe dans les Accords du GATT relatifs au commerce des marchandises. L'article XV de l'AGCS se contente d'énoncer un mandat de négociation, et non un ensemble de règles⁶⁶. Cet article exige que des négociations soient menées, reconnaissant que les subventions peuvent à la fois avoir des effets de distorsion sur le commerce des services et jouer un rôle important dans les programmes de développement. Il demande aussi que soit reconnu le besoin de flexibilité dans ce domaine. Plus précisément, les Membres sont soumis à deux sortes d'obligations. D'une part, ils s'engagent à échanger des renseignements sur toutes les subventions en rapport avec le commerce des services qu'ils accordent à leurs fournisseurs de services nationaux. L'article XV prévoit par la même occasion le droit de demander à engager des consultations avec un autre Membre si ses pratiques sont susceptibles de causer des effets commerciaux défavorables. D'autre part, l'octroi de subventions doit se faire conformément aux principes directeurs de l'OMC relatifs à la non-discrimination et au traitement de la nation la plus favorisée⁶⁷.

À l'heure du bilan, force est de constater que les engagements pris dans ce domaine sont peu respectés. Alors que certains Membres voyaient dans la coopération internationale un remède à l'absence de disciplines explicites concernant les subventions dans de nombreux États, la déception est grande. L'obligation au titre de l'article XV d'échanger des renseignements au sujet des aides accordées aux opérateurs privés est largement ignorée. Il va de soi que cette faiblesse de la coopération internationale empêche les pouvoirs publics de prendre des décisions en connaissance de cause, accroît la suspicion à l'égard des pratiques émanant des autres Membres et rend la progression des négociations plus difficile.

66. En vertu de l'article XV : « 1. Les Membres reconnaissent que, dans certaines circonstances, les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services. Les Membres engageront des négociations en vue d'élaborer les disciplines multilatérales nécessaires pour éviter ces effets de distorsion. Les négociations porteront aussi sur le bien-fondé de procédures de compensation. Ces négociations reconnaîtront le rôle des subventions en rapport avec les programmes de développement des pays en développement et tiendront compte des besoins des Membres, en particulier des pays en développement Membres, en matière de flexibilité dans ce domaine. Aux fins de ces négociations, les Membres échangeront des renseignements au sujet de toutes les subventions en rapport avec le commerce des services qu'ils accordent à leurs fournisseurs de services nationaux. 2. Tout Membre qui considère qu'une subvention accordée par un autre Membre lui est préjudiciable pourra demander à engager des consultations avec cet autre Membre à ce sujet. Ces demandes seront examinées avec compréhension. »

67. Sur la mise en œuvre de ces principes dans le cadre de l'AGCS : LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, préc., spéc. pp. 589 et s.

Dans le même temps, il ne s'agit en aucun cas de prôner l'extension de l'Accord SMC dans sa version actuelle. En effet, cet accord a été élaboré pour le commerce des marchandises et ne constitue pas un modèle approprié pour les services. Une adaptation des exigences de cet accord à la spécificité du commerce des services est à la fois souhaitable et parfaitement envisageable. Le mandat de négociation mentionné précédemment prévoit du reste d'analyser le bien-fondé des procédures de compensation⁶⁸.

Quoi qu'il en soit, l'enjeu est considérable car il n'est pas rare que les États fournissent certaines prestations aux opérateurs privés. L'avantage concurrentiel qui en résulte est alors impossible à contester dans le cadre des procédures actuelles de l'OMC. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler le support fourni par le gouvernement américain, *via* la NASA, à la firme Boeing, et qui fut qualifié par les autorités américaines de fourniture de services, évitant de déclencher ainsi les procédures de l'OMC. Ce n'est peut-être pas alors une coïncidence si les autorités communautaires ont introduit à cette époque-là une *matching clause* pour soutenir les opérateurs européens face une aide étrangère jugée excessive en matière de R&D.

3.3 Promotion d'un meilleur encadrement de l'intervention des États

Dans l'idéal, le contrôle des subventions devrait s'inscrire dans un vaste système de contrôle de la qualité des interventions des pouvoirs publics dans l'économie⁶⁹. Les politiques en matière de subventions devraient faire l'objet d'une plus grande précision quant à leurs conditions de mise en œuvre et quant à l'examen de leur efficacité. L'intervention des États serait davantage appropriée si l'octroi des aides était ciblé en priorité sur les activités fortement concurrentielles et soumises à des défaillances du marché ou à des conditions de concurrence déloyale de la part d'opérateurs étrangers. Dans le même temps, si l'octroi de subventions doit être lié à la condition de s'assurer préalablement que la subvention permet d'atteindre de la manière la plus efficiente possible les objectifs visés, la difficulté provient de la distinction entre les subventions efficaces d'un point de vue économique et les subventions qui ne le sont pas. Les principes ou critères à appliquer dans ce contexte seraient tout simplement les mêmes que ceux utilisés pour s'assurer que l'intervention des pouvoirs publics est de grande qualité. Les subventions devraient être soumises à des tests conventionnels de qualité réglementaire pour s'assurer que l'intervention est nécessaire et que c'est la meilleure forme d'intervention en fonction des objectifs fixés⁷⁰.

68. Art. XV, par. 1.

69. OCDE, *Competition Policy in Subsidies and State Aid*, préc., spéc. p. 49.

70. *Ibid.*, spéc. p. 182.

Les Recommandations et principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation élaborés en 1997 et modifiés en 2005 peuvent alors servir de point de référence⁷¹. Certes, ces textes ne sont pas juridiquement contraignants. Mais l'objectif demeure louable. En matière d'aides, les propositions de l'UE tourneraient autour d'une série de critères qui renvoient à autant d'interrogations visant à mieux encadrer l'intervention des pouvoirs publics : l'intervention des pouvoirs publics est-elle nécessaire ? La défaillance du marché est-elle clairement définie ? La liste des interventions possibles a-t-elle été établie ? Les avantages et les coûts des autres interventions possibles ont-ils été correctement calculés ? *Etc.*

On l'aura compris, l'idée sous-jacente de ces critères d'analyse est que la subvention devrait être conçue de manière à protéger le plus possible les mécanismes concurrentiels et ce, quel que soit l'objectif de la subvention en question. En tout état de cause, l'UE doit tenter d'appliquer et surtout de promouvoir avec plus de force de tels principes non seulement dans l'enceinte de l'OCDE, mais également au sein d'organisations internationales où les pays en développement sont davantage représentés, en particulier la CNUCED et l'OMC.

4 CONCLUSION

Nous avons tenté de montrer que la course à la compétitivité que se livrent les États se traduit, entre autres, par la mise en place de régimes d'aides publiques au profit d'entreprises présentes dans tous les secteurs d'activité. Les États tirent ainsi avantage du laxisme des règles internationales en vigueur, n'hésitant pas lorsque cela s'avère utile à leurs intérêts à violer délibérément leurs rares engagements contraignants. Certes, les aides octroyées sont d'une façon générale destinées tout autant à procurer un avantage concurrentiel décisif qu'à atténuer les conséquences perverses d'une compétition mondiale jugée déloyale. Mais, en toute hypothèse, il en résulte une distorsion des conditions de concurrence qui désavantage naturellement les opérateurs européens qui sont, par ailleurs, assujettis à des disciplines européennes et internationales plus strictes en matière d'aides que les autres.

Dans ce domaine, l'UE doit, davantage que par le passé, privilégier la politique dite « de la carotte et du bâton » à travers une utilisation plus offensive des instruments juridiques consacrés ou autorisés par les Accords de l'OMC, tout en menant parallèlement des négociations multilatérales afin de perfectionner les règles existantes. Les voies de recours actuelles constituent une opportunité non négligeable pour les opérateurs économiques et les États membres qui s'estiment victimes de subventions (c'est-à-dire de contributions financières ou autres qui confèrent un avantage) illicites. Dans le même temps, les mécanismes de l'OMC sont suffisamment souples pour leur permettre de tirer profit des régimes d'exemptions actuels en

71. OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, 16 juin 2005, 12 pages, disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/18/40/37328534.pdf>.

matière notamment d'aides régionales, aux PME ou de R&D, qui ne pourront faire l'objet d'une contestation en dehors de la démonstration d'un préjudice sérieux à l'industrie d'un Membre.

En tout état de cause, les difficultés rencontrées par les opérateurs européens ne proviennent pas nécessairement de l'absence ou de la complexité des règles de défense commerciales en vigueur. Actuellement, l'UE ouvre nettement plus d'enquêtes antidumping que d'enquêtes antisubventions⁷². Une des raisons pour lesquelles les entreprises hésitent à solliciter l'ouverture d'une procédure antisubventions est qu'elles craignent des représailles de la part des gouvernements concernés. Une solution pourrait consister à ce que Commission elle-même engage davantage de procédures antisubventions.

Mais l'utilisation plus offensive du système OMC nécessitera un changement des mentalités à la fois des dirigeants nationaux et communautaires et des opérateurs européens pour mieux comprendre le fonctionnement de l'OMC et les opportunités qui leur sont offertes afin de défendre davantage leurs intérêts dans la compétition mondiale. À l'heure où l'UE cherche à assouplir sa défense commerciale dans un sens plus favorable aux consommateurs⁷³, l'Europe a tout intérêt à surveiller plus efficacement les interventions des États tiers qui affectent sensiblement les conditions de concurrence sur des marchés ouverts. L'assouplissement des mesures antidumping et des clauses de sauvegarde qui lui permettent de lutter contre les importations jugées déloyales, ou de contenir un afflux massif de produits à bas coût, rendrait en effet plus difficilement recevables les recours engagés pour pratiques commerciales déloyales. Cela doit s'accompagner par conséquent d'une politique plus vigilante à l'égard de subventions versées par des États tiers sous peine d'altérer irrémédiablement la compétitivité des entreprises européennes.

72. 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*, 6 décembre 2006 [COM(2006) 763 final], disponible sur : <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/r11006.htm>>. Ainsi, entre janvier 1996 et décembre 2005, l'UE a-t-elle institué 194 mesures antidumping définitives. Les pays les plus fréquemment impliqués dans des cas de dumping sont, pour cette même période, la Chine (38 mesures) et l'Inde (16 mesures). À la date du 31 octobre 2006, l'UE comptait 12 mesures antisubventions en vigueur. À titre de comparaison, entre 1996 et 2005, les États-Unis ont institué 201 mesures définitives et l'Inde 309. Durant cette même période, l'UE a ouvert 294 enquêtes, les États-Unis 352, et l'Inde 419.

73. *Le Monde*, 6 décembre 2006, « Mandelson veut assouplir l'arsenal antidumping européen ».

SUMMARY:
STATE AID AND COMPETITIVENESS
OF EUROPEAN FIRMS

Against the backdrop of the objectives of Lisbon, this article examines the obstacles, which result for European operators from subsidies granted by Non-EU states, and how to find solutions that serve their worldwide competitiveness. To this effect, both the possibilities of multilateral and of unilateral action are analyzed, in particular compensatory and temporary counter measures. In addition, an account is given of the reactions, which the affected enterprises may take themselves within the EU legal system.

The difficulties encountered by European operators are not necessarily due to the absence or the complexity of the defense rules provided for by international trade law. Rather, the EU must use the existing international legal instruments within the WTO in a more energetic way in order to limit the harmful effects of financial or other subsidies granted by foreign authorities to their companies. In addition to litigating its case, the EU must use its economical and political weight in order to promote an improvement of the national and international rules regarding the State aids.

In any event, a more offensive use of the WTO system will require a change of mentality by national and community leaders as well as by European operators in order to better understand how the WTO is functioning and which opportunities are offered for an effective defense of their interests in a worldwide competition.

Mots clés: aides d'État, compétitivité, concurrence déloyale, Union européenne, OMC

Keywords: subsidies, competitiveness, unfair competition, European Union, WTO

Subject Descriptors (*Econlit* Classification System): F130, H250, K290