

Bruxelles, le 8 mars 2018

LE "COUP DE FORCE" AMERICAIN SUR LE COMMERCE, L'OMC ET L'UNION EUROPEENNE

L'Union européenne (Commission et Etats membres) va devoir écouter ses propres citoyens, y compris sa propre industrie, pour faire entendre "sa" voix de façon crédible, en procédant à une défense critique de l'OMC. Cela passera par une explication franche du fait que tout ne va pas bien dans le fonctionnement de l'OMC, que des réformes sont nécessaires et qu'il vaut mieux les engager le plus rapidement possible. C'est le prix à payer pour éviter de s'enfoncer dans une crise inutilement dévastatrice, renforçant la perte de confiance, déjà bien entamée, des populations dans les mécanismes supra nationaux de libre-échange

« L'Amérique a enfin tourné la page sur des décennies d'accords commerciaux injustes qui ont sacrifié notre prospérité et emporté nos entreprises, nos emplois et la richesse de notre nation. L'ère de la reddition économique est terminée. À partir de maintenant, nous nous attendons à ce que les relations commerciales soient équitables et réciproques. Nous allons travailler pour réparer les mauvais accords commerciaux et en négocier de nouveaux. Et nous protégerons les travailleurs américains et la propriété intellectuelle américaine, en appliquant fermement nos règles commerciales ». C'est ainsi que, dans son discours sur l'Etat de l'Union en janvier 2018, le Président américain présentait ses orientations pour la politique commerciale des Etats-Unis.

Depuis, le Président américain a largement commencé à faire ce qu'il a dit: arrêt du Partenariat Transatlantique de commerce et d'investissement ("TTIP") et du Traité commercial Trans-Pacifique ("TPP"), lancement de la renégociation de l'accord de libre-échange nord-américain ("NAFTA") et de l'accord avec la Corée du Sud, application vigoureuse des instruments de défense commerciale, volonté de renforcement du contrôle des investissements étrangers déjà très puissant, encouragements et menaces diverses afin d'inciter les entreprises américaines à ne pas délocaliser ou à relocaliser leur production aux Etats Unis, réforme fiscale et enquêtes au titre de la clause de sécurité nationale sur les importations d'acier et d'aluminium.

Au centre des critiques du Président américain figure l'Organisation Mondiale du Commerce ("OMC"). Créé en 1947 sous le nom de GATT, puis largement modernisée et renforcée en 1994, l'OMC prévoit les règles qui doivent présider à la résolution des litiges commerciaux. En 1994, il y a plus de vingt ans, la modernisation de ces règles a été saluée par tous comme un indéniable progrès du droit économique international. L'OMC ne s'intéressait plus uniquement aux questions tarifaires, elle ouvrait la porte à la régulation internationale du vaste champ des questions non-tarifaires (normes, environnement, ...), sans toucher directement aux questions sociales, fiscales, et en abordant de façon frileuse les conditions

Bruxelles, le 8 mars 2018

de concurrence (à travers les règles sur le dumping et la subvention). Autre révolution, la mise en œuvre des panels ne nécessitait plus l'accord de la partie perdante, elle devenait en pratique automatique puisque désormais le rapport ne peut être rejeté que par consensus, rapprochant ainsi davantage le règlement des différends de l'OMC d'une véritable Cour de droit économique international, avec sa jurisprudence et ses précédents. Elle devait aussi favoriser une plus grande sécurité juridique pour les Etats et les entreprises. Force est cependant de constater que les règles sont souvent très générales ou en tout cas peu claires et les conclusions des panels peu compréhensibles, mêmes pour les « experts », rendant cette recherche de sécurité juridique assez théorique.

Toutes les tentatives pour relancer le processus de négociation des règles sont restées vaines, de la Ministérielle de Seattle en 1999, qu'on a en mémoire avant tout pour ses manifestations altermondialistes, à celle de Buenos Aires en décembre 2017, marquées par une large indifférence. Pendant toutes ces années, le monde a vécu des mutations intenses, la fin du communisme, la montée en puissance de la Chine et des pays dits "émergents". L'équilibre économique mondial en a été sérieusement secoué comme ont été bouleversés les repères traditionnels des peuples et de leurs gouvernements.

Pendant ce temps à l'OMC, malgré de nombreuses tentatives, le constat s'est petit à petit imposé que cette organisation, qui compte désormais 164 membres, n'était plus le forum le plus adapté pour le "marchandage" tarifaire (contrairement aux accords bilatéraux qui se sont multipliés pendant cette période). Est aussi apparue l'incapacité des membres de l'OMC à trouver la force d'adapter les *règles* du commerce mondial, au sens de "disciplines de marché" ou encore de "conditions de concurrence", au nouvel environnement mondial. Un bon exemple est celui du contrôle des aides d'Etat au niveau international. Alors qu'un accord sur les subventions existe depuis 1994, cet accord contient de nombreuses zones grises sur lesquelles les membres de l'OMC devraient retrouver urgemment l'envie de réguler le commerce international en modernisant ces règles, ce qui passe aussi par un système de notification effectif des subventions¹.

A l'absence d'activité "législative" de l'OMC depuis 25 ans s'ajoute une judiciarisation croissante du système de règlement des différends qui est la conséquence du changement intervenu en 1994, mais dont certains Membres, au premier desquels les Etats-Unis, évoquent les limites dans les spécificités des règles OMC. Ils insistent sur le fait que ces règles ont été acceptées dans le cadre d'une négociation dont les signataires ont pris des engagements au-delà desquels ils ne sont pas prêts à aller. Tous ces éléments sont sans doute au cœur de la crise actuelle de la régulation mondiale que les Etats-Unis sont bien décidés à faire éclater. Cela rappelle aussi la situation à certains égards comparable au sein de l'Union Européenne : pendant un certain temps, l'absence d'accord sur le plan politique

¹ La Commissaire européenne à la concurrence a affirmé récemment que le contrôle des subventions à l'OMC devrait même s'étendre aux services, et ne pas se limiter aux marchandises.

Bruxelles, le 8 mars 2018

entre Etats Membres a amené la Cour de Justice de l'Union européenne à rendre des arrêts souvent "fédéralistes", se substituant à la frilosité des Etats. Or, l'attachement viscéral de ceux-ci au système communautaire a fait de sorte que l'autorité de la Cour n'a pas été sérieusement mis en cause, avant que certains des "nouveaux" Etats Membres se soient sentis agressés par ses décisions. Pourquoi ? Parce qu'il y a eu jusqu'à ce point un large consensus européen autour des "valeurs" et principes de base énoncés par la Cour européenne. Ce genre de "consensus" est très loin d'exister au sein de l'OMC et est maintenant mis à rude épreuve par les Etats-Unis.

La critique américaine contre l'OMC: décryptage

Contrairement à son activité "législative" qui s'est étiolée, l'activité "judiciaire" de l'OMC a connu un développement important. Depuis 1994, ce ne sont pas moins de 520 contentieux, soit une moyenne d'environ 20 par an, qui ont été traités par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC. Or, c'est précisément sur son fonctionnement que les Etats-Unis ont décidé de porter le fer. Que lui reprochent-ils? De s'arroger des compétences qui ne seraient pas les siennes. Pour comprendre cette critique, rappelons que les textes de l'OMC prévoient que les décisions de l'ORD ne peuvent en aucun cas "*accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords*", c'est à dire ceux issus des négociations de 1947 et 1994. Or, les Etats-Unis estiment que dans plusieurs domaines, en particulier celui des instruments de défense commerciale (essentiellement antidumping et antisubventions), l'ORD ne se serait pas contenté d'interpréter les textes aux seules fins de résoudre un litige en particulier, mais aurait été au-delà, faisant œuvre créatrice, comblant les lacunes laissées par les négociateurs². Cette critique ne date pas du nouveau Président américain. Elle est une constante de l'administration américaine qui rappelle dans de nombreux documents que si les Etats-Unis ont accepté de libéraliser davantage les échanges en 1994, cela était conditionné à la volonté de maintenir en parallèle des instruments efficaces de défense commerciale. Or, face aux évolutions jurisprudentielles mentionnées ci-dessus, les Etats-Unis estiment avoir été trompés par l'OMC.

Comme moyen de pression, parmi d'autres, les Etats Unis ont bloqué les nominations de nouveaux membres aux trois postes actuellement vacants de l'Organe d'appel dont le bon fonctionnement, crucial pour l'ensemble du système, est mis à rude épreuve, sachant aussi que le départ automatique de certains membres à la fin de l'année le bloquera définitivement. Paradoxalement, ce blocage se retournera aussi contre les Etats-Unis qui sont grands utilisateurs du système, mais telle est la nature de beaucoup de chantages qui peuvent être à double tranchant. Le Président Trump, adepte des coups d'éclat et autres menaces, semble parfaitement capable d'assumer les inconvénients pour gagner sur le

² Par exemple, lorsque l'ORD limite, selon les Etats-Unis, la portée de la définition des "entreprises publiques", décisives pour déclencher le recours aux outils anti-subsvention

Bruxelles, le 8 mars 2018

fond.

Que penser de la critique américaine sur l'OMC?

La critique d'un "juge" ou d'un "arbitre" parce qu'il interprète le droit qu'on lui soumet peut être difficilement acceptable pour de nombreux observateurs, convaincus que la judiciarisation du système de règlement des différends de l'OMC est une bonne chose. Ils estiment que c'est le propre d'un juge ou d'un arbitre, pour résoudre le litige qui lui est soumis, de procéder à une interprétation de ces textes, au regard des termes utilisés, de leur contexte ou encore de leur but.

D'autres, au premier rang desquels les Etats-Unis estiment que la judiciarisation du système trouve ses limites dans le caractère hybride de l'ORD. C'est un système qui n'est déjà plus le système juridico-diplomatique de l'ancien GATT, mais qui ne saurait pas non plus être assimilé à une juridiction normale, à une "Cour suprême" de droit économique international. Lors de sa création, ce système a plutôt été dessiné pour créer de la *pression* sur les Etats pour qu'ils modifient leurs pratiques, sans pour autant pouvoir exiger qu'ils le fassent à la façon d'une Cour de justice nationale (ou européenne). A la clé : l'autorisation d'adopter des « mesures compensatoires » dont la mise en œuvre « encouragerait » l'Etat récalcitrant à se mettre en conformité. A l'appui de cette thèse selon laquelle l'ORD demeurerait un organe hybride figure par exemple aussi l'article 3.2 du mémorandum sur le règlement des différends de l'ORD qui, comme rappelé ci-dessus, exige que "*les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés*". Dans le même esprit, dans le cadre spécifique cette fois de la défense commerciale, il y a l'article 17.6 de l'accord anti-dumping qui dispose que "*le groupe spécial interprétera les dispositions pertinentes de l'Accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Dans les cas où le groupe spécial constatera qu'une disposition pertinente de l'Accord se prête à plus d'une interprétation admissible, le groupe spécial constatera que la mesure prise par les autorités est conforme à l'Accord si elle repose sur l'une de ces interprétations admissibles*". Bref, autant d'exigences qui sont assez éloignées de la liberté dont dispose un juge classique.

En supposant même que l'ORD soit un véritable organe judiciaire, est-ce qu'un tel organe peut fonctionner correctement face à un pendant "législatif" exsangue? Si on écoute Robespierre, pourquoi pas, lui qui considérait: «*Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi...*» Certainement pas si on relit Portalis qui affirmait: «*Un juge est associé à l'esprit de législation ; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est acte de souveraineté ; une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature...*». Admettre qu'une Cour suprême d'un Etat (prenez la Cour de Cassation en France) rende une décision qui semble aller au-delà ce que le législateur avait apparemment envisagé, n'est acceptable que parce que le législateur veille

Bruxelles, le 8 mars 2018

et est constamment en mesure de corriger un possible "excès de zèle" du juge. De la même manière, les Etats-Unis affirment qu'ils n'avaient jamais entendu laisser à l'ORD la liberté de combler des vides, sans que les négociateurs OMC aient la possibilité de venir corriger, amender ou compléter les textes OMC de base et rétablir, si nécessaire, un équilibre entre le "législatif" et le "judiciaire". C'est sans doute ce déséquilibre résultant d'un ORD tout puissant et d'une activité "législative" OMC exsangue qui pose problème aux Etats-Unis et dans ce contexte ce qu'il considère comme une dérive du mécanisme de l'ORD.

Quel positionnement dans ce contexte pour l'Union européenne?

Dans le tumulte qui s'annonce sur l'avenir de l'OMC, le positionnement de l'Union sera clé et il faut s'attendre à des discussions musclées.

L'engagement de l'Union en faveur de l'OMC est un acte de foi politique et un engagement qui défend nos intérêts économiques ou, plutôt, qui devrait pouvoir les défendre, s'il est bien utilisé. Sur le plan des grands principes, une organisation du type de l'OMC correspond à sa vision du monde où les relations économiques sont basées sur des règles librement négociées *et périodiquement mises à jour*, et pas sur la force brute.

L'Europe devra à la fois s'opposer aux comportements du type « America First » et protectionnistes que le Président américain a promis à son électorat, comme dans le cas de l'acier et l'aluminium. Dans le même temps, elle aura à se battre pour la défense de l'OMC, rouage essentiel du système commercial mondial, en tenant compte des critiques américaines et celles émanant de nos sociétés civiles, qui ne sauraient être écartées d'un revers de la main. Sans OMC, chaque pays pourrait en effet s'émanciper des règles communes et entrer dans une spirale protectionniste dont personne ne tirerait profit à long terme. Il faudrait être naïf, et l'Union européenne (ou au moins certains de ses dirigeants) entend a priori ne plus l'être désormais, pour ne pas s'alarmer par exemple des moyens parfois mis en place dans le cadre de certains programmes (interventions étatiques massives, protection du marché local, restrictions aux investissements avec condition de transfert de technologie, subventionnement, pratiques commerciales des sociétés à capital d'Etat, etc.) qui ne sont souvent compatibles ni avec les règles de l'OMC ni avec celles de l'économie de marché. Il reste que l'OMC, *si elle est utilisée à bon escient*, peut être un rempart extrêmement puissant contre les velléités expansionnistes de tous pays dont les interférences étatiques dans certains secteurs peuvent se révéler potentiellement dangereuses pour leurs concurrents, notamment européens. Or, c'est sans doute une reconnaissance de l'importance cruciale de l'OMC et leur crainte de la Chine qui expliquent la déclaration commune lors de la dernière Ministérielle de Buenos Aires dans laquelle l'Europe, avec les Etats-Unis et le Japon ont rappelé clairement leur volonté de faire respecter les règles du commerce international³.

³ Cette déclaration commune affirme: "We shared the view that severe excess capacity in key sectors exacerbated

Bruxelles, le 8 mars 2018

Mais l'Union européenne (Commission et Etats membres) va devoir aussi écouter ses propres citoyens, y compris sa propre industrie, pour faire entendre "sa" voix de façon crédible, en procédant à une défense critique de l'OMC. Cela passera par une explication franche du fait que tout ne va pas bien dans le fonctionnement de l'OMC, que des réformes sont nécessaires et qu'il vaut mieux les engager le plus rapidement possible pour éviter de s'enfoncer dans une crise inutilement dévastatrice, renforçant la perte de confiance, déjà bien entamée, des populations dans les mécanismes supra nationaux de libre-échange. Car l'Union ne pourra pas faire l'économie de la critique d'un système OMC qui, combinée à une politique commerciale européenne pendant longtemps jugée comme dogmatiquement «néo-libérale », a provoqué de redoutables dégâts industriels dont des études récentes aux Etats-Unis⁴ ou désormais en Europe⁵ se font régulièrement l'écho.

Le scénario décrit ci-dessus amène aux conclusions suivantes pour l'OMC et la politique commerciale européenne :

- L'OMC ayant abandonné la sphère "législative" depuis vingt ans, a dérivé exclusivement vers une sphère exclusivement "judiciaire" dont le caractère néanmoins hybride a été rappelé ci-dessus.
- A côté du corpus jurisprudentiel important et nécessaire qu'elle a mis en place, il faut aussi mesurer les conséquences parfois négatives sur la politique commerciale mondiale et européenne: Le système de règlement des différends à l'OMC présente des signes d'emballage, des interprétations qui n'auraient jamais été entérinées sur le plan législatif par ses Membres, des décisions de Panel extrêmement longues, souvent touffues, parfois incompréhensibles pour tous, sauf quelques experts (et encore...) et qui donnent à quelques-uns un pouvoir exorbitant, sans "filet législatif".
- Trop longtemps, seuls les bénéfices indéniables de la mondialisation ont été mis en avant et on préférerait en taire les dégâts tout en évitant de parler des disciplines censées y remédier ⁶. La dérive dans l'interprétation des textes OMC relatifs à la

by government-financed and supported capacity expansion, unfair competitive conditions caused by large market-distorting subsidies and state owned enterprises, forced technology transfer, and local content requirements and preferences are serious concerns for the proper functioning of international trade, the creation of innovative technologies and the sustainable growth of the global economy". "We, to address this critical concern, agreed to enhance trilateral cooperation in the WTO and in other forums, as appropriate, to eliminate these and other unfair market distorting and protectionist practices by third countries."

⁴ American Economic Review, 2013

⁵ Le Monde, Jeudi 1^{er} mars 2018 "*Une étude mesure l'impact de la concurrence chinoise sur l'emploi (la montée en puissance de la Chine serait responsable d'environ 13% du déclin de l'emploi manufacturier français entre 2001 et 2007)*"

⁶ Au cours des années 2000, le secrétariat de l'OMC par exemple, comme la DG Commerce de l'Union européenne, faisaient tout pour éviter de parler du nombre de mesures antidumping ou antisubventions mises en place. C'était

Bruxelles, le 8 mars 2018

- défense commerciale a conduit inexorablement à réduire la portée de ces instruments qui sont les seuls efficaces aujourd'hui et qui permettent de réguler quelque peu les conditions de concurrence au niveau international.
- L'objectif n'est pas de tout mettre devant la porte de l'OMC. Nos autorités nationales et européennes portent aussi leur part de responsabilité, adoptant des attitudes dogmatiques, une sorte de concurrence pour se montrer le plus « libéral », le plus vertueux. Il y a ainsi beaucoup de problèmes aigus que la mondialisation a rendu dramatiquement évidents, nécessitant des réponses adéquates: c'est le cas par exemple en matière de défense commerciale de l'enregistrement des importations afin d'éviter (par la menace d'une rétroactivité des droits) que des dégâts supplémentaires à l'industrie européenne soient causés avant que des mesures soient adoptées. C'est aussi le cas de la rétroactivité des droits antidumping ou antisubventions dans le cas où les importateurs essayent de profiter de la longueur des procédures européennes pour stocker des produits avant que le droit ne tombe. C'est encore l'application de la "règle du droit moindre" lorsque à l'évidence la marge de préjudice n'est pas suffisante pour contrer les effets négatifs du dumping ou de la subvention. Beaucoup de ces mesures sont utilisées par nos partenaires commerciaux, en premier lieu par les Etats-Unis, depuis longtemps en pleine conformité avec l'OMC. Pourquoi l'Europe devrait-elle se les interdire ?

Dans ce contexte, réfléchir avec les Etats-Unis, aussi peu attirant cela soit-il dans les conditions actuelles, serait particulièrement souhaitable. A la fois pour trouver une réponse appropriée et efficace aux problèmes actuels du système commercial international, y compris celui du déséquilibre causé par l'expansion des exportations chinoises, mais aussi pour exercer une influence modératrice sur les positions américaines, en ne les laissant pas céder à la tentation d'un unilatéralisme sans frein. Elle nécessitera, en Europe du moins, le rejet d'une certaine philosophie, qui a longtemps prévalu, qui niait la réalité des dommages pouvant, aussi, être causés par la mondialisation. Surtout, ne nous laissons pas emporter par notre rejet de tout ce que représente Trump et qui est aux antipodes de nos valeurs : Trump n'est pas les Etats Unis, il se fait qu'il en est le Président, pendant encore (au moins...) trois ans, mais quant au fond, de qui sommes-nous plus proches, des Etats Unis ou de la Chine ?

Si l'on continue sur la base du fonctionnement actuel d'un Organe d'Appel qui se caractérise par un activisme judiciaire contesté au regard des textes fondateurs, une absence de "législatif" et une position dogmatique et anti-défense commerciale d'une majorité des

presque à qui pouvait démontrer que ces mesures ne représentaient qu'une part infime du commerce mondial. Or, c'est précisément ce qu'attendaient les populations: comprendre que la mondialisation cela peut être un formidable moyen de croissance, mais cela doit aussi être réguler, notamment par les instruments de défense commercial, les seuls instruments aujourd'hui efficaces. Pourquoi les cacher?

Bruxelles, le 8 mars 2018

membres de l'Organe d'appel et d'un certain microcosme, il y a un très grand risque que d'ici 2 ou 3 ans, après les décisions de l'Organe d'Appel sur un certain nombre de cas en cours ou à venir, l'Union européenne et les Etats-Unis se trouvent privés de toute arme efficace contre certaines pratiques. Alors de deux choses l'une : un pays comme la Chine acceptera un compromis sous les coups de boutoir des Etats-Unis, ou au pire, les Etats-Unis quitteront l'OMC. S'imaginer que l'OMC sans les Etats-Unis vaudrait grand-chose serait un leurre. Nous nous retrouverions avec des pays aussi "libéraux" qu'avec la Chine, la Russie ou l'Inde. L'Europe et les Etats-Unis restent les deux piliers indispensables au système.

Avec le coup de force du Président américain sur l'acier, l'Union européenne et la Chine se retrouvent sur le même banc, comme ces deux pays l'avaient déjà fait en 2002 face aux mesures (toujours sur l'acier) du Président Georges W. Bush. La réaction ferme et rapide est de nouveau une évidence. Mais il est aussi essentiel de réfléchir au long terme sur la régulation du commerce international. Est-ce encore possible? Combien de fois n'a-t-on pas entendu dire qu'il est trop tard, que la Chine n'aurait plus d'intérêt à revenir à la table des négociations ou encore que les européens ont peur des rétorsions. Alors oui, cela ne se fera pas sans heurts, sans tensions, sans conflits, mais cessons d'avoir peur. L'Europe doit jouer tout son rôle dans la relance du processus de définition des règles à l'OMC. Elle doit le faire, non pas pour marchander des droits de douanes (cela se fait très bien dans les accords bilatéraux), mais pour compléter l'œuvre d'édification de *règles multilatérales* adaptées à la nouvelle configuration du commerce mondial. L'Europe doit être au cœur des nouvelles avancées du multilatéralisme à l'OMC et donner un sens à la mondialisation, tout en recherchant un consensus sur un système de règlement des différends sur lequel un vrai débat devrait avoir lieu. L'Europe ne peut pas regarder, passive, les peuples perdre confiance dans les systèmes internationaux de régulation - qu'ils soient bilatéraux (voir le cas du CETA) ou multilatéraux comme l'OMC - trop souvent perçus exclusivement comme des "machines à libéraliser" et pas suffisamment comme des "machines à réguler". Il faut une ambition nouvelle, comme celle des pionniers du GATT en 1947, ou de leurs successeurs en 1994, que la France et l'Allemagne en Europe devraient porter haut et fort, en se rappelant les paroles de celui qui devant le Parlement européen en novembre 2014 déclarait: "*Le moment est venu d'abandonner l'idée d'une Europe effrayée et repliée sur elle-même, pour susciter et promouvoir l'Europe protagoniste (...); l'Europe qui chemine sur la terre sûre et solide, précieux point de référence pour toute l'humanité !*"⁷.

Gide Bruxelles
International Trade and Regulation

⁷ Pape François, Discours devant le Parlement européen, 25 novembre 2014