THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

M. Iliasse CHARI

Le 20 décembre 2023

Titre :

La réciprocité dans les accords commerciaux entre États

Discipline : Droit

Spécialité : Droit international économique

Unité de recherche : *Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication (IDETCOM – EA 785)*

Directeur de thèse : M. Lucien RAPP, Professeur émérite de droit public, Université Toulouse Capitole

JURY

Rapporteurs **Mme. Mathilde FRAPPIER**, *Professeure de droit public à l'Université de Lorraine*
Mme. Marie-Clotilde RUNAVOT, *Professeure de droit public à la Faculté de droit de l'Université Perpignan Via Domitia*

Examinateurs **Mme. Geneviève DUFOUR**, *Professeure de droit à l'Université d'Ottawa*
M. Lukas RASS-MASSON, *Professeur de droit privé à l'Université Toulouse Capitole*

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur. »

REMERCIEMENTS

De sincères remerciements et une grande reconnaissance doivent être adressés à mon directeur de thèse, le Professeur Lucien Rapp pour son écoute, sa bienveillance, sa confiance et sa rigueur. Je retiendrai entre autres de ces années de thèses, de riches discussions et le plaisir avec lequel il partage son expérience.

Je souhaite également remercier les Professeurs Geneviève Dufour, Mathilde Frappier, Lukas Rass-Masson et Marie-Clotilde Runavot, que je suis honoré d'avoir dans mon jury de thèse.

Plus personnellement, je n'ai pas assez de mots pour exprimer ma reconnaissance envers mes parents et ma sœur et les remercier pour leur soutien, les riches conseils prodigués et pour avoir toujours fait en sorte qu'aucune difficulté ne puisse empêcher l'aboutissement de ce travail.

En ce sens, je remercie mes amis de longue date que je ne peux pas tous citer mais qui se reconnaîtront, pour leur soutien et leur compréhension durant ces années.

Enfin, il me faut naturellement remercier le personnel de la bibliothèque de l'Université Toulouse 1 Capitole pour leur aide, ainsi que les membres de l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication pour m'avoir permis d'évoluer dans un excellent cadre de travail et notamment à ses enseignants pour leurs conseils. Mention spéciale notamment à la gestionnaire du laboratoire, Marie Merli, pour son travail, sa sympathie et sa disponibilité. Enfin et évidemment, il me serait impossible de ne pas remercier mes collègues doctorants et docteurs qui m'ont accompagné quotidiennement durant ce travail.

SOMMAIRE

Introduction 1

Première partie : La définition d'une taxinomie de la réciprocité 35

Titre I : La conduite unilatéraliste de la réciprocité 37

Chapitre 1 : La recherche de la réciprocité selon une approche historique 39

Chapitre 2 : les fondements de la réciprocité selon une perspective unilatéraliste 89

Titre II : Typologie de la réciprocité dans les accords commerciaux 159

Chapitre 1 : Une classification selon l'objet de la réciprocité 161

Chapitre 2 : Une classification selon l'effet de la réciprocité. 219

Deuxième partie : La portée de la réciprocité dans les accords commerciaux internationaux 281

Titre I : La réciprocité curseur des attentes 283

Chapitre 1 : L'intention de réciprocité comme instrument de mesure 285

Chapitre 2 : La réciprocité-structure 349

Titre II : Le système de réciprocité 417

Chapitre 1 : La réciprocité – régulatrice 419

Chapitre 2 : La création d'une pratique de réciprocité 481

Conclusion générale 547

LISTE DES ABREVIATIONS

Abréviations	Terme développé
ACEUM	Accord Canada – États-Unis – Mexique
AECG	Accord économique et commercial global
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AIIB	Asian Infrastructure Investment Bank
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
APA	Administrative Procedure Act
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
Case W. Res J. Int'l. L.	Case Western Reserve Journal of International Law
CDI	Commission du droit international
CEIM	Centre d'étude sur l'intégration et la mondialisation
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
EIAS	European Institute for Asian Studies
EJIL	European Journal of International Law
FMI	Fonds monétaire international
GATT	General agreement on tariffs and trade
IMPI	Instrument relatif aux marches publics internationaux
MoU	Memorandum of Understanding
MOFCOM	Ministry of commerce People's Republic of Chine
NPF	Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques

OIC	Organisation internationale du commerce
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCEP	Regional comprehensive economic partnership
RPC	République populaire de Chine
RQDI	Revue québécoise de droit international
RTAA	Reciprocal Trade Agreement Act
Stan. L. REV	Stanford Law Review
U.S.	United States
USTR	United States Trade Representative

INTRODUCTION

La « réciprocité » en droit international est un peu, comme la langue pour Ésope[1], « la pire et la meilleure des choses ».

Elle est la pire, lorsqu'elle trouve sa justification sur la loi du Talion, comme dans la logique terrible de nombreux conflits récents : « l'ivresse de la vengeance qui conduit à frapper de manière aveugle, un État qui devient d'autant plus étranger qu'il a tué »[2]. La réciprocité devient alors « riposte », pour laquelle il n'y a plus de lois ni nationales, ni internationales, même celle de la guerre …

Ce n'est pas de cette réciprocité-là dont il sera question dans les développements qui suivent, mais de la réciprocité véritable, que fonde le commerce entre les hommes et plus précisément encore, entre les États. Cette réciprocité-là qui n'exclut ni la divergence des intérêts, ni la négociation âpre et difficile, parfois aléatoire, est celle que permet l'autre séquence qui s'est ouverte au siècle précédent sur le cycle vertueux du développement du commerce international. Elle prévaut fort heureusement encore dans une conjoncture économique maussade, car elle est facteur tout à la fois de progrès technique, de croissance économique, de réduction des inégalités.

Les États sont les acteurs centraux de cette réciprocité, qu'ils peuvent promouvoir, autant qu'ils peuvent la compromettre. Et c'est cela qui fait de ce principe international, un objet d'étude passionnant, impliquant sa définition par une taxinomie des comportements observés dans les accords internationaux et une analyse de sa portée, qu'il faudrait pouvoir ériger en système.

[1] Ésope, qui vécut il y a 2400 ans, est l'auteur de la formule : « La langue est à la fois la meilleure et la pire des choses »
[2] RAPP Lucien, Communication orale du rapport de synthèse des journées consacrées à l'État étranger, Université Toulouse-Capitole, 16-17 novembre 2023.

I. Le regain d'importance de la réciprocité dans un environnement commercial fragmenté.

1. Regain d'importance du mercantilisme. Ce retour de la réciprocité s'inscrit dans une tendance des États à cloisonner davantage leurs économies. Le modèle états-unien nous fournit en ce sens un exemple de politique commerciale mercantiliste. La définition du « mercantilisme éclairé » proposée par Paul Krugman, et reprise par Kyle Bagwell et Robert W. Staiger[3], se fonde sur trois critères : tout d'abord, lors des négociations, les États sont à la recherche d'une meilleure ouverture d'exportation ; chaque importation est vue comme une concession accordée à un autre État et chaque concession octroyée par un État est balancée de manière réciproque par une concession accordée par l'autre. Ainsi, pour Donald Trump, les échanges commerciaux sont vus comme des relations à somme nulle : il ne peut y avoir qu'un gagnant et qu'un perdant. De cette idée, les États-Unis avaient considéré que, dans les relations commerciales sino-américaines, ils étaient les perdants, et la Chine, les gagnants. Cependant, cette vision est biaisée et erronée. Biaisée, car les indicateurs permettant de tirer de telles conclusions ne sont pas correctement utilisés. Par exemple, l'administration Trump s'est basée sur la balance commerciale des marchandises, et non des services. Erronée, car les autres États ne considèrent pas leurs relations commerciales comme un jeu à somme nulle[4]. La force du mercantilisme est également marquée par une tendance à des relations commerciales préférentielles.

2. La crise du multilatéralisme. Un autre indice du développement de la réciprocité émane des bouleversements de l'environnement international, et le rôle grandissant du bilatéralisme depuis une décennie. Cette crise du multilatéralisme, elle est multidisciplinaire. Elle vise tout d'abord l'Organisation des Nations unies. Son modèle, proposé à la fin de la Seconde Guerre mondiale, ne s'adapte plus totalement aux actuelles relations interétatiques et à leurs enjeux. Elle ne dispose plus du rôle prépondérant de prévention qui prévalait à sa création. La sortie des États-Unis de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pendant la présidence Trump constitue un autre exemple de la crise du multilatéralisme. La gestion de la COVID-19 a été marquée par des actions unilatérales, un manque de concertation entre les États, et aussi le blocage des décisions multilatérales. Ainsi, pendant la crise, les États n'ont pas

[3] BAGWELL Kyle et STAIGER Robert W., « An Economic Theory of GATT », *The American Economic Review*, 89, American Economic Association, 1999, p. 227.
[4] « Markets Don't Believe Trump's Trade War Is Zero-Sum », sur *PIIE* [en ligne], publié le 11 juillet 2019, [consulté le 26 mai 2021].

hésité à bloquer les chaînes d'approvisionnement en restreignant leurs exportations d'équipements et de produits médicaux à leur propre bénéfice[5]. Plus globalement, en ce qui concerne ces organisations, nous pouvons souligner, en leur sein, une mauvaise gestion, un processus de décision lent, inadapté, et pouvant même être bloqué. Finalement, face aux nombreux obstacles présentés par ces institutions, c'est le multilatéralisme qui souffre.

3. Les critiques portées à l'égard de l'OMC. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne fait pas exception à ces critiques. La crise du multilatéralisme est aussi – et surtout – commerciale. Les appels à la réforme de cette institution ont toujours existé, mais les maux dont elle souffre évoluent. Nous pourrions évoquer les mêmes symptômes que les organisations visées précédemment : blocage lors des négociations, impossibilité à trouver un consensus, etc. L'hégémonie de l'Ouest, et qui plus est états-unienne, qui influait sur le commerce international, n'est plus. La crise entre les États-Unis et l'OMC a été portée par la volonté du président Trump, appuyée par le bureau du représentant américain au commerce[6] (United States Trade Representative – USTR), de suspendre la nomination des membres[7] devant siéger auprès de l'Organe d'appel du système de règlement des différends de l'OMC. Ainsi, c'est le système qui est partiellement paralysé. La principale explication de ce blocage – et celle qui ressort du rapport de l'USTR[8] – repose sur le prétendu irrespect par les membres de l'Organe de règlement des différends, des règles du commerce international, du droit international et des règles des accords visés de l'OMC. Plus que cela, selon les États-Unis, les membres viendraient ajouter de nouvelles obligations qui ne figuraient pas dans les règles de l'OMC, alors même qu'elles n'ont jamais été envisagées par les dirigeants américains. Plus précisément, comme l'expliquent Soumaya Keynes et Chad Bown[9], ce qui ressort de ce rapport de l'USTR, c'est une contestation de l'amoindrissement de la marge de manœuvre des États-Unis. La création de l'OMC, à la suite de l'accord de Marrakech de 1994, a permis de renforcer le système de règlement des différends, mais également de réduire les actions unilatérales de ses Membres. La prévisibilité et la stabilité du commerce international ont alors bénéficié de ce changement de paradigme. Or, l'administration Trump a contesté fortement cette évolution et réclamé l'opportunité de prévoir des restrictions commerciales en fonction de ses intérêts nationaux. À travers son

[5] « La COVID-19 et le commerce mondial - Notifications des Membres de l'OMC concernant la COVID-19 », [consulté le 26 mai 2021].
[6] « USTR Issues Report on the WTO Appellate Body - United States Trade Representative », 2020.
[7] *Ibid.,*
[8] *Ibid.,*
[9] KEYNES Soumaya et BOWN Chad P, « Why did Trump end the WTO's Appellate Body? », sur *PIIE* [en ligne], publié le 4 mars 2020, [consulté le 26 mai 2021].

rapport[10], l'USTR impute cette perte de compétence étatique à un dysfonctionnement de l'organe d'appel de l'OMC qui va à l'encontre des intérêts étatiques[11]. Cet argument politique est cependant à relativiser face au nombre d'affaires portées par les États-Unis auprès de l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

Le comportement de l'administration Trump à l'égard de l'OMC ne constitue donc pas un rejet total des institutions multilatérales commerciales, mais il est significatif. Il l'est d'autant plus que le président Biden et l'USTR Katherine Tai ne sont pas revenus sur les décisions de l'administration Trump en raison de préoccupations systémiques[12] relatives à son fonctionnement. Il aurait été impossible, d'un point de vue stratégique, de délaisser cette institution. Néanmoins, en agissant de cette façon, les États-Unis ont permis à l'Union européenne et à la Chine d'avoir davantage d'influence au sein de l'OMC.

La position européenne vis-à-vis de l'OMC est plus modérée[13] et s'intègre dans une conception d'autonomie stratégique ouverte[14]. Par-là, l'Union européenne entend assurer le développement de ses intérêts commerciaux en évitant tout comportement excessivement protectionniste, qui se traduirait, entre autres, par une restriction accrue des importations. Elle entend donc ouvrir son marché, mais de manière plus conditionnée. Vis-à-vis de l'OMC, l'Union européenne entend proposer une réforme[15] de son fonctionnement, réforme qui lui permettrait de diffuser ses orientations, et sa philosophie commerciale d'ouverture.

La Chine, quant à elle, n'a pas non plus renoncé à accroître son influence au sein de cette organisation ni à se représenter en défenseure du multilatéralisme commercial[16]. Au contraire, en plus d'agir de manière unilatérale sur la scène internationale, elle entend bien peser sur les processus de décision de ces institutions et guider leur philosophie vers celle qu'elle partage. Le but n'est ni d'insuffler une vision libérale au sein de l'OMC, ni de promouvoir une OMC dont la vision serait une harmonisation législative. La Chine s'oppose à l'idée d'une

[10] « USTR Issues Report on the WTO Appellate Body | United States Trade Representative ».
[11] KEYNES Soumaya et BOWN Chad P, *op. cit.*
[12] WASHINGTON INTERNATIONAL TRADE ASSOCIATION, « Katherine Tai, USTR designate, on addressing WTO reform including dispute settlement if confirmed; the USTR 2021 Trade Policy Agenda », publié le 3 février 2021, [consulté le 5 juin 2021].
[13] Trade - European Commission, « European Commission presents comprehensive approach for the modernisation of the World Trade Organisation », sur *Trade - European Commission* [en ligne], [consulté le 26 mai 2021].
[14] EUROPEAN COMMISSION, *La Commission définit une politique commerciale ouverte, durable et ferme pour l'Union européenne COM(2021) 66 final*, 18 février 2021.
[15] Trade - European Commission, *op. cit.*
[16] « Full Text of Xi Jinping keynote at the World Economic Forum », sur *CGTN America* [en ligne], publié le 17 janvier 2015, [consulté le 26 mai 2021].

organisation qui serait une enceinte de diffusion de ses lois nationales. La philosophie juridique chinoise est moins fondée sur la loi que sur la confiance mutuelle, contrairement à l'Europe ou les États-Unis. Cependant, la Chine voit en l'OMC une occasion d'insuffler une vision du commerce qui lui est propre, par le biais des infrastructures et des différents partenariats étatiques[17]. Si cette approche ne séduit qu'à moitié les États les plus développés, elle rencontre un véritable succès chez les États en voie de développement.

4. De nouveaux paradigmes commerciaux. Ainsi, nous vivons une période de changement de paradigmes commerciaux. Les logiques commerciales libérales qui présidaient aux négociations commerciales sont mises en concurrence face au regain d'importance des intérêts étatiques. En ce sens, l'étude de la réciprocité s'inscrit dans ce courant et dans cette époque, où le défaut de condition dans les échanges est fortement critiqué. Il en va ainsi sur le plan économique, mais également à l'échelle politique et électorale. Plus globalement, c'est notre rapport aux institutions internationales qui est une nouvelle fois interrogé. D'un point de vue théorique, l'actualité internationale remet en cause la théorie de l'équité (*fairness*) promue par Thomas Franck[18]. Selon lui, le respect d'un État aux règles du droit international est lié à la légitimité dont sont tirées ces règles. Cette légitimité peut dépendre de considérations philosophiques ou encore éthiques. Des règles peuvent également être légitimes si elles s'appliquent à la suite d'un consensus. C'est pourquoi l'auteur estime que le droit international, tel qu'issu des organisations internationales, est légitime. C'est aussi une explication de son respect. Or, comme les exemples sur la fragilité du système multilatéral ont pu le mettre en avant, cette légitimité s'érode et laisse place aux comportements unilatéraux des États. Ces comportements étant contraires aux règles édictées, les États autrefois partenaires pourraient être tentés d'agir sur une base de réciprocité. D'un point de vue plus structurel et moins juridique, c'est le raisonnement commercial en entier qui est en train d'être repensé. Parmi les critiques de la mondialisation qui ont pu être faites, retenons-en une, par exemple, qui suscite certains intérêts : celle de la nécessité de rapprocher le lieu de production de celui de la consommation. Le but est de raccourcir les chaînes d'approvisionnement qui pourraient être sujettes à des blocages, à des restrictions volontaires aux exportations, qu'elles soient tarifaires ou non tarifaires. Au-delà des chaînes d'approvisionnement, ce sont les chaînes de valeur qui doivent être repensées. En ce sens, la crise de la COVID-19 a mis en lumière la non-soutenabilité et les obstacles de nos chaînes de valeur. Si la réciprocité concerne la valeur des

[17] SHAFFER Gregory et GAO Henry, « A New Chinese Economic Order? », *Journal of International Economic Law*, 23, 2020.
[18] FRANCK Thomas M., *Fairness in international law and institutions*, Oxford Univ. Press, 2002.

concessions échangées, il ne faut pas omettre qu'elle doit prendre en compte ces logiques de chaînes. Comme cela sera détaillé, son évaluation doit être pensée certes entre secteurs, mais également dans une logique de chaîne de valeur. Il faut qu'elle soit un outil d'évaluation des concessions, mais également un outil stratégique de développement économique, les deux missions étant compatibles.

5. **Une préférence pour le bilatéralisme.** Face à cette situation, le recours aux accords bilatéraux et de libre-échange s'est accru. À titre d'exemple, le nombre d'accords commerciaux régionaux était d'une centaine en 1994 contre 339 en 2021[19]. Pour qu'il respecte les obligations du droit de l'OMC, il est nécessaire que ces accords soient conformes à l'article XXIV du GATT et l'article V de l'AGCS. Leur but n'est pas de restreindre davantage les échanges, mais de les favoriser. C'est pourquoi les résultats des négociations portant sur de nouveaux tarifs réservés aux membres de l'union contractant un nouvel accord doivent s'appliquer « pour une part substantielle de son commerce avec les autres territoires ». Il en va de même en matière de services. La multiplication de ces accords entraîne *de facto* une multiplication des accords bilatéraux, et met en lumière le comportement de certains États agissant comme des passagers clandestins.

Cependant, le multilatéralisme commercial ne doit pas être enterré pour autant. On assiste à une forme de subsidiarisation[20] des relations commerciales étatiques. Si la subsidiarité se conçoit de manière organique, le recours à la subsdiarisation pour traiter des relations commerciales, s'attache à l'objet des négociations. En ce sens, les négociations multilatérales pourront être l'échelon le plus adapté pour trouver des solutions globales (par exemple la place de l'environnement dans le commerce). Elles pourront également être vues comme l'échelle du moins-disant : les engagements et concessions obtenues seront faibles, mais seront le point de départ pour de nouvelles négociations bilatérales ou régionales. Ainsi, nous assistons – et continuerons d'assister – à une forme de subsidiarisation des relations commerciales internationales, où l'échelon bilatéral – ou même plurilatéral – sera préféré pour « aller plus loin ».

[19] ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Accords commerciaux régionaux,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm », [consulté le 26 mai 2021].
[20] CHARI Iliasse, « La subsidiarisation des relations intergouvernementales selon l'objet : une répartition des intérêts entre bilatéral et multilatéral », *in* RIOS RODRIGUEZ Jacobo, RUNAVOT Marie-Clotilde, *Le droit international multilatéral, colloque de Perpignan,* Pedone, 17 avril 2023.

En plus de réduire les comportements de passager clandestin, l'accroissement du nombre d'accords bilatéraux et plurilatéraux traduit la volonté des États de reprendre le contrôle sur leurs relations commerciales. Là encore, le format et les diverses applications du bilatéralisme témoignent, mais à des échelons plus précis, de la volonté de maîtriser l'objet des relations commerciales et les avantages accordés. Comme nous le constaterons lors de nos développements, les négociations à l'OMC ne sont pas réalisées bilatéralement. Les concessions négociées sont élargies au plus grand nombre par le biais de la clause de la nation la plus favorisée. Face à cela, le choix est binaire : accepter le résultat des négociations, ou bien le rejeter et bloquer le processus.

Par le biais de ces accords, les États ont un moyen plus fiable d'ajuster le niveau de leurs concessions en fonction des attentes de l'autre partenaire. Il est ainsi plus aisé de soumettre à la réciprocité des avantages.

6. Démondialisation ou mondialisation désorganisée ? À l'échelle macroscopique, au-delà des critiques effectuées à l'égard du multilatéralisme et du bilatéralisme, notre étude sur la réciprocité est poussée par la nécessité de sortir de ce schéma binaire. Les relations commerciales internationales, normalement fondées sur un ordre libéral caractérisé par une domination de l'économique sur le politique, sont en plein renversement. Tandis que les plus pessimistes – ou les plus optimistes selon les idéologies – constatent l'existence d'une démondialisation, nous préférons, à la manière du Professeur Sébastien Jean, parler de mondialisation désorganisée[21]. Ce dernier dresse un constat : l'existence des difficultés du FMI et de la Banque mondiale à se réformer pour s'adapter aux réalités économiques mondiales ou encore la montée en puissance des mesures de coercition économiques. Néanmoins, ces dernières mesures représentent selon lui « l'illustration la plus aboutie de la puissance des liens économiques comme outils de coercition ». En ce qu'elles sont fondées sur ces liens économiques, on ne peut pas considérer qu'il existe une forme de démondialisation. Cependant, le choix d'opérer des sanctions économiques démontre l'importance de maîtriser l'interdépendance existante. Selon lui, « les systèmes complexes ont tendance à produire des structures de réseaux fortement asymétriques, dans lesquelles certains nœuds jouent un rôle singulier en faisant un levier de choix de l'arsenalisation des interdépendances ». Ces nœuds ne concernent pas tous les secteurs, mais ceux hautement stratégiques comme « la finance et la

[21] LE GRAND CONTINENT, *Débordement : La mondialisation en désordre,* [en ligne], perspectives sur l'actualité – Capitalismes politiques en guerre. Disponible sur : https://legrandcontinent.eu/fr/2023/05/18/destabilisation-et-debordement-la-mondialisation-en-desordre/

haute technologie ». Parallèlement, il met en évidence la multiplication des accords qui témoigne de la nécessité de fonder des relations sur des règles. De ces propos, nous devons retenir la conjugaison de rapports internationaux certes encadrés, mais surtout fondés sur l'utilisation de mesures coercitives orientées stratégiquement. Le recours accru aux mesures de protection des intérêts stratégiques peut orienter des politiques de recherche de réciprocité et de mesures d'exécution en son absence. Les États ont en effet investi, ces dernières années, dans des secteurs nouveaux à haute valeur ajoutée, notamment en vue de lutter contre le changement climatique. Ainsi, des investissements massifs des États ont été réalisés dans les chaînes de valeur en matière d'hydrogène, dans l'accès aux terres rares, dans l'entière chaîne de valeur visant à concevoir des véhicules électriques. Plus précisément, la république populaire de Chine a accordé de nombreuses subventions à destination de ses entreprises pour développer ce dernier secteur. Le projet de l'*Inflation Reduction Act*, sous couvert de favoriser la lutte contre le changement climatique, crée une concurrence déloyale envers les opérateurs européens, en accordant là encore de nombreuses subventions. Ces exemples traduisent une volonté d'appropriation de certaines ressources et d'opérer de manière prédatrice sur certains secteurs économiques. L'ouverture ne se réalisera pas de manière incontrôlée. La réciprocité apparaît alors comme un moyen de maîtriser cette ouverture et surtout d'obtenir des concessions en retour. Pour revenir sur les secteurs faisant l'objet de mesures coercitives, Sébastien Jean rappelle que les États-Unis mettent en place des restrictions identifiées à « un pré-carré de technologies jugées les plus sensibles » afin de les protéger « de façon agressive ». En cela, il reprend les mots de l'ancien Secrétaire d'État Robert Gates, qui faisait référence au « *small yard, high fence* ». Ainsi, au-delà de la maîtrise des avantages, il est possible que la réciprocité ne vise pas la totalité des échanges, mais puisse se concentrer sur une partie stratégique de ces échanges. Ce raisonnement guidera nos prochains développements.

7. Le développement d'une logique de « *friend-shoring* ». Ces constats, cependant, ne signifient pas l'émergence d'un protectionnisme exacerbé et une fermeture totale des relations commerciales. Plutôt, on relève des relations fondées sur une différenciation. Il serait illogique de fonder notre raisonnement uniquement sur le modèle d'interaction des États-nations, ou de la nationalité des opérateurs en fonction de ces États. Il existe une interdépendance économique au moins établie sur l'existence des chaînes de valeurs et d'approvisionnement, si bien que des sanctions à outrance auraient des effets contre-productifs. Plutôt, à la manière de Sébastien Jean, on note un retour « du pouvoir relationnel » qui se traduit par la présence de « l'utilité des approches coordonnées ». Cette approche différenciée est

également plébiscitée par les propos de Janet Yellen qui laissent à penser à l'existence d'une conditionnalité politique des relations commerciales internationales. En effet, la Secrétaire au Trésor[22] des États-Unis prône l'idée d'un « *friend-shoring* », qui traduirait l'existence « d'une chaîne de valeur mondialisée, mais se situant à l'intérieur d'un espace défini par des valeurs éthico-politiques communes solidement installées[23] ». Ce *friend-shoring*, certes axé sur un facteur idéologique, peut également s'exprimer, de manière plus générale, par le besoin des États de ne plus étendre conditionnellement le bénéfice de certains avantages dans certains secteurs économiques. Ainsi, notre étude sur la réciprocité vise à démontrer que cet outil est indispensable pour insuffler davantage de conditionnalité en sélectionnant l'objet des négociations, mais également les destinataires.

8. Le constat d'un monde polylatéral. Comme nous l'avons déjà indiqué, ces précédents constats ne doivent plus reposer uniquement sur une étude de l'État-nation. Loin de réduire leur rôle selon une approche libérale des relations internationales, nous concevons l'idée d'un État commerçant, à visée mercantiliste. L'objet est de maîtriser les nœuds de l'interdépendance, selon la formule de Sébastien Jean, plutôt que de réguler les relations commerciales, qui sont alors gérées, en totalité, par les opérateurs économiques privés. Ainsi, le concept de monde polylatéral, plutôt que multilatéral ou bilatéral, prend tout son sens. Ce concept de polylatéralisme, nous le devons à Pascal Lamy, qui critique la résolution des priorités mondiales actuelles par une approche westphalienne et une légitimité des États à agir en raison de leur souveraineté[24]. Au lieu de concevoir une résolution des problèmes à cet échelon, le polylatéralisme permet d'engager une conversation entre les États, ses entités locales et régionales, des institutions internationales, des organisations non gouvernementales, des entreprises et, plus largement, « des groupes de personnes qui sont organisés pour agir à l'échelle mondiale ». C'est parce que les rapports, qu'ils soient de force ou non, sont multiples que notre étude de la réciprocité doit prendre en compte cet élément. Appliquer cette logique aux relations commerciales internationales revient, en dépit du fait que la majeure partie de cette étude se fondera sur la conception de la réciprocité par les États, à mettre en évidence

[22] ATLANTIC COUNCIL, « Transcript: US Treasury Secretary Janet Yellen on the Next Steps for Russia Sanctions and "Friend- Shoring" Supply Chains », [en ligne], 13 avril 2022. Disponible sur : https://www.atlanticcouncil.org/news/transcripts/transcript-us-treasury-secretary-janet-yellen-on-the-next-steps-for-russia-sanctions-and-friend-shoring-supply-chains/

[23] LÉVY JACQUES - LE GRAND CONTINENT, *La mondialisation sera, désormais, politique,* [en ligne], 16 septembre 2022. Disponible sur : https://legrandcontinent.eu/fr/2022/09/16/la-mondialisation-sera-desormais-dabord-politique/

[24] LE GRAND CONTINENT, *Polylatéralisme ou chaos, une conversation avec Pascal Lamy,* [en ligne], 11 novembre 2020. Disponible sur : https://legrandcontinent.eu/fr/2020/11/11/polylateralism-pascal-lamy/

qu'une réelle recherche de réciprocité innerve les relations intergouvernementales, grâce notamment à une décentralisation de la réciprocité dans les relations entre opérateurs économiques. Dès lors que nous sommes en présence d'un rapport de force, il est nécessaire de l'organiser. Or, à diverses échelles, l'utilisation de la réciprocité peut apparaître comme une réponse à un besoin d'organiser ce rapport de force entre divers échelons. Finalement, le polylatéralisme apparaît orienté vers les effets plutôt que le format. L'idée est de dépasser un multilatéralisme esthétique ou un bilatéralisme formel qui ne correspondent plus aux réalités économiques. Le constat d'un monde polylatéral s'inscrit dans la nécessité de penser aux effets, de la même manière que l'application de notre étude sur la réciprocité visera à respecter la logique des relations commerciales plutôt qu'à penser à la réciprocité dans le schéma d'accords réciproques entre États. En effet, si la légitimité des États est importante pour concevoir l'idée d'une réciprocité dans les relations intergouvernementales, son application doit cibler les opérateurs de la régulation des relations commerciales.

9. L'unilatéralisme guidé par une logique de réciprocité. Si la réciprocité s'intègre dans des relations bilatérales et multilatérales, son action est guidée par une intention unilatérale autant dans sa recherche que dans sa fonction d'exécution. Il peut être étonnant de traiter de la réciprocité selon une approche unilatérale. Le Professeur Robert Kolb indiquait à propos de la réciprocité que sa racine « réside dans l'idée du rapport avec autrui[25] ». Néanmoins, compte tenu de la multiplication des mesures unilatérales étatiques et du développement des instruments de défense unilatéraux, se pose la question de l'analyse de la réciprocité en fonction des intentions unilatérales des États, ainsi que de l'unilatéralisme en tant que production unilatérale du droit. La notion de « *unfriendly unilateralism* » est marquante à ce sujet. Selon Monica Hakimi, cette conduite est définie comme étant le fait que « *One state deprives another of a benefit (unfriendly) and, in some cases, strays from its own obligations (noncompliant), outside any structured international process (unilateral)*[26] ». Elle permettrait non seulement aux États de mettre en application les règles du droit international mais également « *to help generate law. Unfriendly unilateralism variously helps create new norms, prevent the erosion of existing norms, reconcile competing objectives, and strengthen or recalibrate regimes*[27]». Si l'analyse de M. Hakimi se base sur les rétorsions et les contre-mesures, notre étude mettra en avant la volonté d'assurer davantage de réciprocité à l'aide d'actions unilatérales. Cela doit

[25] KOLB Robert, *Théorie du droit international,* 2e édition, Édition Bruylant, 2013, p.691.
[26] HAKIMI Monica, « Unfriendly Unilateralism. » *Harv. Int'l L.* J. 55, n°1, 2014, pp 105-150, p.105.
[27] *Ibid.,*

nous pousser à interroger le rôle de la réciprocité dans la volonté des États à mettre en application le droit, mais également à générer du droit. L'une des idées qui a motivé le sujet de cette thèse est que les États agissent de manière unilatérale en vue soit de combler l'absence de droit, soit de lever le blocage de l'application de ce droit, mais aussi afin de créer un nouveau droit porté par une volonté de changer de système. Afin d'affiner cette étude, il est intéressant de se rapporter à la typologie des fonctions de l'unilatéralisme dressée par Denys-Sacha Robin. Dans sa thèse, ce dernier fait référence à l'unilatéralisme de projection et l'unilatéralisme de protection. Dans le premier cas, l'idée est que l'État « entend initier ou peser sur la création ou l'évolution du droit et inciter les tiers à réagir en conséquence. En la matière, la pratique révèle deux procédés principaux, selon que l'État a l'intention de voir son comportement constituer un précédent ou d'établir une situation effective[28] ». L'unilatéralisme de protection renvoie au fait que les États peuvent rechercher l'isolement par la fermeture de leur ordre juridique interne. Il leur est également possible d'adopter des mesures dont l'objet est de se substituer aux régimes en construction ou en vigueur qui leur sont défavorables, afin d'assurer la primauté de leurs intérêts. Ils peuvent encore adopter des mesures coercitives contre les tiers dont ils estiment l'attitude préjudiciable à leurs intérêts[29]». Ces définitions de l'unilatéralisme collent aux intentions d'appliquer des mesures de réciprocité, comme nous le verrons dans cette thèse.

10. Définitions. L'étude de la réciprocité dans le droit international général, contrairement au commerce international, a donné lieu à de nombreuses réflexions doctrinales. Ainsi, René Provost écrivait : « *Reciprocity refers here to a general principle underlying many rights and obligations in international law, and not merely to one of its forms termed the condition of reciprocity or inadimplenti non est adimplendum which is a special rule of the law of treaties permitting a state to suspend or terminate provisions of a treaty following a material breach by another party*[30]. » Le Professeur Kolb distingue quatre catégories générales de réciprocité : « La « réciprocité-relation », qui a trait surtout à l'égalité des sujets, fondement et mesure de l'équivalence de leurs rapports ; la « réciprocité-corrélative », qui a trait au lien et à la conditionnalité mutuelle des droits et obligations dans un rapport juridique ; la « réciprocité-équilibre », qui a trait à l'intensité des mesures correctrices d'un équilibre troublé en fonction du principe de proportionnalité ; la « réciprocité-morale », qui a trait à la juste règle de conduite

[28] ROBIN Denys-Sacha, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international,* [en ligne]. Droit. Université Panthéon - Paris I Sorbonne, 2018, p.98. Disponible sur : https://theses.hal.science/tel-02046466
[29] *Ibid.,* p.123.
[30] PROVOST René, *International human rights and humanitarian law* [en ligne], Cambridge University Press, 2002, [consulté le 27 mai 2021].

envers autrui, sous l'aspect de sa reconnaissance comme sujet moralement égal.[31] » La conditionnalité qui émerge de la définition de René Provost se retrouve dans la notion de réciprocité-corrélative de Robert Kolb. Selon lui, l'idée de réciprocité a pour but de relier « entre eux les deux pôles d'un rapport juridique, le droit et l'obligation, en les rendant corrélatifs dans le sens que l'exercice de l'un est conditionné à l'exécution de l'autre[32] ».

11. Le critère de l'équilibre. En plus de ce critère conditionnel, l'équilibre est également un critère central de la réciprocité. Il s'inscrit dans une longue tradition jurisprudentielle. Dans un avis consultatif, en date du 10 septembre 1923, au sujet des colons allemands dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, les juges ont indiqué qu'il « faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit, en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel[33] ». Cependant, il faut distinguer l'égalité de droit et l'égalité de fait. Le premier est une forme de réciprocité des obligations qui rend un traité égal. L'égalité de fait, en revanche, peut supposer une inégalité de traitement dans les cas où les acteurs sont placés dans des situations différentes. La donnée matérielle de l'égalité de fait laisse supposer que cette égalité s'obtient de diverses manières. Dans son étude sur la réciprocité dans le droit international, le Professeur Emmanuel Decaux se demandait tout d'abord si la réciprocité était une « sanction de l'atteinte à l'égalité » ou une « sanction de l'atteinte à la souveraineté ». En retenant le postulat de l'atteinte à l'égalité, il a retenu que le critère de l'équilibre pouvait être déterminé grâce à « l'identité, l'équivalence ou la proportionnalité ». Pour le Professeur Robert Kolb, l'équilibre s'identifie davantage grâce à l'outil de la proportionnalité, qu'il divise en trois catégories. Tout d'abord la « proportionnalité comme adéquation », qui est le fondement sur lequel s'établit une mesure et qui doit être propre « à atteindre le résultat recherché[34] ». Ensuite, il est fait référence à « la proportionnalité comme nécessité[35] », à savoir que la mesure doit être appropriée « *pour atteindre le but en cause »* sans aller au-delà. Enfin, la *«* proportionnalité au sens étroit […] implique un rapport raisonnable entre le moyen employé et le but recherché ou entre l'effet des actes en cause, le fait générateur et la réaction […][36] ». Si le Professeur Kolb s'attachait davantage à la proportionnalité, le Professeur Niboyet distinguait la réciprocité par identité et la réciprocité par équivalent. La

[31] KOLB Robert, *Théorie du droit international,* 2e édition, Édition Bruylant, 2013, p.694.
[32] *Ibid.,* p.695.
[33] CPJI, *Avis consultatif donné par la Cour à la date du 10 septembre 1923 au sujet de certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne,* 10 septembre 1923, p. 24.
[34] KOLB Robert, *Théorie du droit international,* 2e édition, Édition Bruylant, 2013, p.697.
[35] *Ibid.,*
[36] *Ibid.,* p.698.

première est « réalisée par des prestations identiques […] », la seconde par des « prestations différentes, mais de valeur comparable[37] ». Le degré d'équilibre recherché dépendra évidemment de l'intention de réciprocité formulée. Si nous partageons ces distinctions, il faut tout de même souligner que ces définitions sont essentiellement fondées sur une vision d'exécution de la réciprocité. La recherche de l'équilibre et ses composantes sont traitées pour évaluer la mesure d'une action. Or, quid de l'évaluation de l'équilibre en amont, lors de l'évaluation du défaut de réciprocité ? Autrement dit, il s'agira de s'intéresser davantage à l'évaluation de l'équilibre lors de l'attente de réciprocité et donc, en amont des mesures d'exécution.

12. La réciprocité formelle. À cela, il faut ajouter une autre distinction. La réciprocité peut être formelle ou de fond. Le caractère formel de la réciprocité touche aux engagements de chaque État. Elle peut être identifiée par l'insertion d'une formulation telle que « chaque partie contractante […] » ou encore « chaque État s'engage à […] » pouvaient être qualifiés de réciprocité. Comme l'a écrit M[me] Delphine Dero, la réciprocité formelle suppose que « chaque État ne s'engage que dans la mesure où les autres États s'engagent, cet engagement se matérialisant par l'échange des ratifications ou par l'introduction dans les traités de clause de réciprocité[38] ». Ici, le critère de l'équilibre est simplement présumé par l'engagement des États. L'objectif de la réciprocité formelle est de garantir l'égalité des États à tous les stades de la vie du traité. L'idée n'est pas d'assurer une égalité de traitement entre États, mais d'assurer une égalité de droit entre ces États. Compte tenu de ce qui a été rappelé, la réciprocité par identité ne peut donc concerner que la réciprocité formelle. Comme cela a été précisé par le Professeur Virally, « la réciprocité par identité des engagements est la seule à être établie par des moyens strictement juridiques […][39] ». Pour l'auteur, il ne peut pas y avoir d'identité des prestations dans le cadre de la réciprocité de fond ou réelle, car c'est une réciprocité qui se fonde sur la matérialité de l'objet négocié. La réciprocité par identité ne sera vivante que dans l'étude des relations juridiques de l'échange. Or, la réciprocité de fond est une réciprocité matérielle qui s'étudie en recourant à des critères extrajuridiques.

---

[37] VIRALLY Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », in *Recueil des cours, Collected Courses, Tome/Volume 122 (1967)*, Brill Nijhoff, 1969, p. 29.
[38] DERO Delphine, *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 164-165.
[39] VIRALLY Michel, VIRALLY Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », in *Recueil des cours, Collected Courses, Tome/Volume 122 (1967)*, Brill Nijhoff, 1969., p. 33.

13. La réciprocité de fond. La réciprocité de fond, qui peut être qualifiée de réciprocité réelle, à la manière du Professeur Virally, ou matérielle, sera donc analysée en interprétant les échanges sur la base de l'équivalence et non de l'identité. Pour traiter de la réciprocité de fond, la Professeure Andrea Hamann[40] fait référence à la définition des traités réciproques donnée par le Professeur Fitzmaurice, selon qui les traités réciproques « prévoient un échange mutuel de prestations ainsi que des droits et obligations pour chaque partie à l'égard de chacune des autres parties prises individuellement[41]». La réciprocité de fond est donc une étude de la réciprocité fondée sur la valeur des échanges.

14. Le choix de l'utilisation de la notion de réciprocité. Cependant, l'objet de cette recherche est entre autres de proposer une nouvelle définition de la réciprocité[42]. Ce qui est ici qualifié de réciprocité formelle ne devrait pas porter le nom de « réciprocité ». La réciprocité est un mécanisme de négociation qui permet à deux ou plusieurs États, entre eux, de conditionner l'octroi d'un avantage à la réception d'un autre avantage. Une fois les négociations terminées, la réciprocité continue d'exister selon les termes négociés. Il ressort de cette négociation un équilibre déterminable qui doit rester inchangé au stade de l'exécution. À défaut, des mesures de réciprocité devraient permettre le retour à une situation de réciprocité telle que conçue initialement. Or, la réciprocité formelle ne répond pas à cette idée, elle résulte des engagements qui ont été noués par les États. Finalement, la réciprocité formelle n'est qu'un accord d'engagements réciproques. La valeur des objets négociés sera au cœur de l'étude de la réciprocité, qu'elle soit analysée de manière juridique, économique ou encore politique.

C'est pourquoi le terme de réciprocité sera ici entendu de manière stricte. La réciprocité ne concernera que la réciprocité juridique et la réciprocité matérielle (nous préférons ce terme à réciprocité de fond). La première sera déterminée grâce à des critères d'identification. Il conviendra d'étudier quelles sont les obligations correspondantes et examiner si elles sont équivalentes. Ensuite, ces obligations devront être rattachées entre elles : il s'agit du lien synallagmatique des obligations. Ce rattachement doit être conditionnel puisque la réciprocité suppose l'octroi du résultat d'une négociation, mais peut entraîner son refus en cas d'inexécution de l'autre partie. Cette dernière n'est pas synonyme de réciprocité de fond à la

[40] HAMANN Andrea, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C. / Adjudicating Compliance in the WTO Dispute Settlement System* , Brill Nijhoff, 2014.
[41] FITZMAURICE Gérald, *Troisième rapport de G. G. Fitzmaurice, rapporteur spécial*, *Annuaire de la Commission du droit international 1958- Volume II - Documents de la dixième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale*, [s. n.], Document - A/CN.4/115 - 1958, p. 27.
[42] Voir supra Partie 1 titre 2 chapitre 1

manière de certains auteurs précités, mais en est une sous-catégorie. Comme l'objet de nos développements porte sur la réciprocité dans le commerce international, il est nécessaire d'appréhender la réciprocité économique. Alors que la réciprocité juridique nous servira à l'identification de la réciprocité, pour l'évaluation de la réciprocité économique, nous nous limiterons à déterminer un cadre juridique permettant d'encadrer l'évaluation économique. L'essentiel de nos propos se concentrera donc sur la réciprocité juridique.

En faisant ce choix, nous nous inscrivons dans la ligne d'un projet d'article de la Commission du droit international sur la nation la plus favorisée[43]. Dans ce projet d'article, les auteurs hésitaient à définir les « conditions de traitement réciproque » comme étant une réciprocité matérielle. Devant l'incertitude que recouvre ce terme matériel, leur préférence s'est portée vers la mention « conditions de traitement réciproque ». Mais dans leurs explications, les auteurs n'ont pas manqué de souligner le rapprochement de ces deux notions. Le traitement réciproque, à la manière de la réciprocité matérielle, est une « réciprocité trait pour trait ». Les auteurs ajoutent : « L'accent est mis à juste titre sur le "traitement". L'adjectif "réciproque", qui qualifie le "traitement", est destiné à faire ressortir clairement que pour que soit accordé à l'État bénéficiaire le traitement auquel celui-ci a droit en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, le traitement que lui-même accorde à l'État concédant doit être identique ou équivalent au traitement conféré par cet État concédant à un État tiers[44]. » Comme nous l'avons souligné, la réciprocité matérielle concerne le traitement alors que l'accord réciproque fait référence à la croisée des engagements des États. La réciprocité est l'expression du traitement et non le résultat formel de l'engagement.

15. La place de la réciprocité dans l'ordre juridique international. Bien que notre étude concerne la notion de réciprocité dans le commerce international, il est nécessaire de l'étudier dans le cadre du droit international général pour l'affiner et définir sa place dans l'ordre juridique international. Les questions de réciprocité ont donné lieu à de nombreux avis de la Cour internationale de justice dès ses débuts, au milieu du XX^{e} siècle, jusqu'au tournant du millénaire, puis se sont essoufflées. Cela aurait pu être le signe d'une disparition de cette notion, mais elle fait son retour dès les années 2010, comme nous l'avons mis en avant supra. Néanmoins, la réciprocité apparaît toujours, comme une notion, un principe duquel des

[43] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la Commission du droit international 1978, Volume II, 2e partie, Rapport de la commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session*, A/CN.4/SER.A/1978/Add.l (Part 2) », p. 19.
[44] *Ibid.,*

principes d'exécution sont tirés. La réciprocité est toujours représentée comme une idée de fondement inspirant des principes, comme l'*exceptio non adimplenti contractus,* moyen de contester le refus d'exécution. Dans l'affaire opposant la Macédoine et la Grèce[45], le défendeur a défini, dans ses contre-mémoires, l'*exceptio* en utilisant le dictionnaire du droit international public comme l'« exception que peu(ven)t invoquer la (ou les) partie(s) lésée(s) en raison de la non-exécution d'un engagement conventionnel par une autre partie contractante et qui l'autorise à ne pas appliquer à son tour tout ou partie de cet engagement conventionnel[46] ». Cette notion, qui est importante, sera affinée, car elle a donné lieu à de nombreux débats ayant eu comme conséquence l'utilisation automatique de l'*exceptio.* En étudiant la place de l'*exceptio* dans le droit des traités ou de la responsabilité internationale, nous étudierons celle de la réciprocité.

16. La réciprocité définie par la Commission du droit international. La Convention de Vienne de 1969 sur le droit de traité (ci-après Convention de Vienne de 1969) distingue deux régimes. L'article 60 concerne, tout d'abord, en son paragraphe 1, les traités bilatéraux et, en son paragraphe 2, les traités multilatéraux. Si les conditions devant être remplies avant l'extinction ou la suspension diffèrent, la nature de la violation est la même : elle doit être substantielle. L'article 73, en faisant référence à la responsabilité internationale des États, rappelle que ce champ est exclu de la Convention de Vienne, qui ne concerne que le droit des traités. Cependant, avant même l'entrée en vigueur de ce texte, la Commission du droit international, dans l'annuaire de 1957, prévoyait, à son article 19, concernant les traités bilatéraux, des cas d'extinction ou de suspension dans l'hypothèse d'une violation fondamentale du traité. Ainsi, un État pouvait invoquer « la violation fondamentale comme motif lui donnant le droit de déclarer a pris fin[47] » lorsqu'il s'agit entre autres d'obligations réciproques ou interdépendantes. La Commission avait donc déjà soumis à violation fondamentale le droit de déclarer qu'un traité a pris fin pour les obligations réciproques. Alors que cette dernière précision ne figure pas dans la Convention de Vienne, on pourrait s'interroger sur son absence totale ou uniquement explicite.

17. La différence entre réciprocité et contre-mesure. La réciprocité a par ailleurs été de nombreuses fois reprise dans les travaux sur la responsabilité internationale des États. Il est

[45] COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. recueil 2011.
[46] SALMON Jean J. A. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 478.
[47] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Deuxième rapport de G. G. Fitzmaurice, rapporteur special », in *Annuaire de la Commission du droit international 1957, Documents de la neuvième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale,* document A/CN.4J107, Volume II, A/CN.4/SER.A/1957/Add.l, [s. n.], 1957, p. 34.

intéressant de comparer la position du Professeur Riphagen dans son rapport édité dans le volume 2 (partie 1) de l'annuaire de la Commission du droit international de 1985, et celle adoptée lors du rapport de 1991 sur la responsabilité internationale.

Dans le premier rapport, le Professeur Riphagen assimilait, à l'article 8, la réciprocité aux contre-mesures « ayant pour objet de rétablir l'équilibre entre les positions respectives de l'État auteur et de l'État lésé […][48]». Ces contre-mesures étaient différentes des représailles qui sont « celles ayant pour objet de faire pression sur l'État auteur pour qu'il s'acquitte de ses (nouvelles) obligations[49] ». Entre les deux notions, seul l'objet diffère. L'auteur reconnaît lui-même qu'il est difficile de les différencier. C'est pourquoi certaines conditions d'application des représailles devraient s'appliquer également aux mesures de réciprocité. À cette distinction s'ajoute une autre entre accords bilatéraux et multilatéraux. Ces derniers doivent être conformes à l'article 11 du rapport, qui conditionne la suspension d'exécution des obligations aux conditions indiquées. Cependant, la conception du Professeur Riphagen n'a pas séduit les membres de cette Commission.

La première partie du volume 1 de la Commission du droit international de 1991 fait état de ces nombreuses divergences d'appréhension des définitions de réciprocité, de contre-mesure et de représailles. Le Professeur Anzilotti décrivait les contre-mesures comme des « actes objectivement illicites par lesquels un État réagit contre le tort produit par un autre État[50] ». La Professeure Elisabeth Zoller a préféré établir une stricte distinction entre réciprocité et représailles : « Alors que la réciprocité donne naissance à la non-exécution d'une obligation analogue (par identité ou équivalence) à l'obligation violée, les représailles consistent en la non-exécution une règle différente[51].» C'est pourquoi M^me^ Zoller considère que la réciprocité mérite un régime autonome et ne doit pas être assimilée aux représailles. Il en va de même de M. Riphagen, car les mesures de réciprocité visent à rétablir un équilibre, alors que les représailles viseraient « à faire pression sur l'État auteur pour obtenir qu'il s'acquitte de la

[48] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Sixième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) par M. Willem Riphagen, rapporteur spécial*, Annuaire de la Commission du droit international 1985, volume II, première partie, document A/CN.4/38, documents de la trente-septième session - A/CN/4/SER.A/1985/Add.1 (Part.1), [s. n.], 1985, p. 11.
[49] *Ibid.*
[50] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial »,* Annuaire de la Commission du droit international 1991, Volume II, première partie, Documents de la quarante-troisième session - A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part1), [s. n.], 1991, p. 11.
[51] ZOLLER Élisabeth, « Quelques réflexions sur les contre-mesures en droit international public », *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques : études offertes à Claude-Albert Colliard*, 1984, p. 43.

nouvelle obligation découlant du fait illicite ». Les contre-mesures ont notamment été définies par la Cour internationale de Justice comme constituant une action devant « être prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et doit être dirigée contre ledit État[52] ».

18. La différence entre réciprocité et le régime des suspensions de l'article 60 de la Convention de Vienne. Cependant, dans le rapport de la Commission de 2000, le rapporteur spécial n'a pas suivi le même projet. Tout d'abord, il a rappelé la nécessité de différencier la suspension d'une obligation conventionnelle de la suspension de son exécution. La première renvoie à l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 alors que la deuxième concerne les contre-mesures.

Pour expliquer cela, reprenons l'analyse de M^me^ Nathalie Clarenc[53]. Nous partageons son opinion présentée dans sa thèse relative à la suspension des engagements internationaux, où sont distinguées l'application des normes et l'exécution des obligations. « L'exécution touche aux seules obligations à exécuter tandis que l'application touche plus généralement aux normes […] [54] », car la source de l'obligation est placée dans l'engagement et « l'engagement est érigé en critère de l'acte juridique[55] ». Ensuite, l'auteure a cherché à analyser l'engagement pour « prendre la mesure précise de la libération de l'obligation d'exécuter par laquelle la Convention de Vienne définit la suspension[56] ». Lors de cette deuxième étape, une distinction entre l'obligation d'exécuter et l'obligation à exécuter a été retenue. L'idée est de séparer l'acte de la norme qu'elle contient. Le constat de cette séparation conduit à assimiler l'obligation d'exécuter à la suspension. En définitive, la suspension affecte non pas l'exécution, mais l'obligation d'exécuter.

Cependant, nous n'approuvons pas l'analyse suivante en matière de réciprocité. L'auteur se distingue de la vision de M^me^ Zoller. Selon cette dernière, *l'exceptio non adimpleti contractus* est un moyen d'expression de la réciprocité qui doit être distingué de l'article 60 de la Convention de vienne de 1969. Or, selon elle, le régime de l'article 60 de la Convention de

[52] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial,* Annuaire de la Commission du droit international 1991, Volume II, première partie, « Document A/CN.4/440 et Add.1 Documents de la quarante-troisième session - A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part1), [s. n.], 1991, p. 13.
[53] CLARENC Nathalie, *La suspension des engagements internationaux*, Droit, Nouvelle bibliothèque de thèses, 550 p, 2017,
[54] *Ibid.*, p. 13.
[55] *Ibid.*, p. 14.
[56] *Ibid.*

Vienne s'applique à l'*exceptio*. Nos postulats diffèrent. L*'exceptio,* ne doit pas être confondue avec l'article 60 de la Convention de Vienne. Selon la Professeure Fitzmaurice[57], l*'exceptio* ne vise pas uniquement les violations matérielles de l'article 60 et n'est limitée par aucune forme de procédure.

19. Proposition d'une troisième voie. Compte tenu de ce qui précède, nous pouvons constater que le débat s'était polarisé entre, d'une part, la vision, défendue entre autres par la Professeure Zoller, selon laquelle la réciprocité devait bénéficier d'un régime propre, et, d'autre part, la position de la Commission du droit international, qui ne souhaitait pas différencier les contre-mesures des contre-mesures réciproques. Or, cette dernière considération est discutable. En effet, l'objet d'une mesure de réciprocité, d'une contre-mesure ou encore de représailles peut-être le même – à savoir lutter contre une violation de l'exécution d'une obligation –, mais il n'est pas exclusif pour la réciprocité. La grande différence est celle du but d'une mesure de réciprocité. La réciprocité vise, non pas à inciter l'autre partie à se conformer à ses obligations, à la manière d'une contre-mesure, mais à ne plus exécuter l'objet du consensus conditionné par l'exécution d'une obligation de l'autre partie. Ce serait annihiler la volonté des États que de considérer que la réciprocité serait équivalente à toute autre obligation, qu'elle soit conventionnelle ou coutumière. Adopter le point de vue de la Commission du droit international reviendrait à estimer que la réciprocité devrait être définie uniquement à travers le prisme conventionnel. Or, comme nous le verrons, la réciprocité a également été étudiée à travers l'instauration d'une pratique extérieure au modèle conventionnel. Cette solution proposée dépend de la définition de la réciprocité. Nous avons fait le choix d'adopter une définition stricte de la réciprocité et de la différencier des obligations réciproques issues d'un accord réciproque. De cette manière, cela permet de distinguer l'engagement, et donc l'obligation (le contenant), de l'exécution de l'obligation (le contenu). Nous nous inscrivons ainsi dans la vision du rapporteur spécial James crawford[58], qui distingue l'*exceptio* du régime des contre-mesures et de la responsabilité internationale. Le premier n'est pas une circonstance excluant l'illicéité. L'*exceptio*, c'est une caractéristique des obligations mutuelles ou synallagmatiques. Selon ses mots : « [l]e principe selon lequel un État ne peut pas bénéficier de son propre fait illicite est

[57] FITZMAURICE Malgosia, « Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law », in *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2020, p. 289, [consulté le 5 juin 2021].
[58] CRAWFORD James, *The International Law Commission's articles on state responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 162.

susceptible d'avoir des conséquences dans le domaine de la responsabilité de l'État, mais il s'agit plutôt d'un principe général que d'une circonstance spécifique excluant l'illicéité[59]. »

Il serait donc important de reconnaître un régime différent de réciprocité. Cependant, il est possible que des États souhaitent neutraliser le mécanisme de réciprocité en privilégiant le système de règlement des différends à toute autre mesure unilatérale. Concernant les contre-mesures, le rapporteur a rappelé, dans l'annuaire de la Commission du droit international de 2000, que certains auteurs de pays en voie de développement craignaient une utilisation abusive de ce mécanisme[60]. C'est entre autres pour cette raison que les contre-mesures sont soumises à une procédure de consultation et interviennent souvent après règlement des différends, comme dans le cadre de l'OMC. Ainsi, nous rejoignons, à certains égards, la position développée par le professeur Filippo Fontanelli, sans pour autant totalement y adhérer. Excluons tout d'abord ce qui nous distingue. Cet auteur se place dans la vision du Professeur Arangio-Ruiz, qui voit l'*exceptio* comme un critère d'évaluation de la bonne foi, mais non un principe absolu d'interdépendance des obligations contractuelles[61]. Selon M. Fontanelli, la majorité des accords disposent d'obligations réciproques, ce qui sous-entend que le synallagma, qui importe dans l'évaluation de l'*exceptio,* n'est pas le réel critère de la non-exécution des obligations : il s'agit de la violation minimale. Nous ne sommes donc pas en accord avec cette position. Tout d'abord, si nous retenons une définition stricte de la réciprocité qui est la nôtre, l'*exceptio* qui en découle ne concernera pas l'accord réciproque. En effet, nous avons fait le choix de distinguer l'accord réciproque quant à l'obligation d'exécuter des engagements de la réciprocité, qui est le contenu et qui est l'obligation à exécuter. Cela suppose donc de s'attarder sur la valeur de l'exécution et relever s'il existe une réelle dépendance de l'exécution des obligations à l'exécution de l'autre État. En ayant une conception stricte de la réciprocité, il devient plus acceptable de considérer qu'à l'intérieur de cette notion, l'*exceptio* puisse intervenir automatiquement pour rétablir l'équivalence. Or, selon M. Fontanelli, l'*exceptio* n'a pas d'autre rôle que celui de libérer une partie de ses responsabilités, ce qui pourrait signifier que l'*exceptio* doive rentrer dans le champ d'application des circonstances excluant l'illicéité. Or, comme nous l'avons déjà rappelé, limiter la réciprocité et sa fonction d'exécution à un tel effet reviendrait à annihiler la

[59] « The principle that a State may not benefit from its own wrongful act is capable of generating consequences in the field of State responsibility but it is rather a general principle than a specific circumstance precluding wrongfulness »

[60] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, Annuaire de la Commission du droit international 2000, volume II, Deuxième partie, - A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 2) », 2000, p. 56.

[61] FONTANELLI Filippo, « The Invocation of the Exception of Non-Performance », *Cambridge International Law Journal*, 1, Edward Elgar Publishing Ltd, 2012, p. 123.

recherche de la valeur des obligations et du degré d'équilibre des relations. Nous ne pouvons que rejeter cette position.

Cependant, nous rejoignons M. Fontanelli lorsqu'il considère que l'*exceptio* ne peut s'appliquer que lorsqu'il existe un vide normatif[62]. À défaut, il est nécessaire de respecter les obligations conventionnelles, qu'elles concernent les engagements à faire ou ne pas faire, de même que les engagements relatifs au règlement des différends. C'est la position juridique qui nous semble être la plus cohérente, mais nous verrons que le rôle de la volonté des États les poussera à agir différemment lorsque leurs intérêts ne seront plus respectés.

20. Différencier la réciprocité du principe *pacta sunt servanda*. Ce qui conforte notre position est la distinction qu'il faut opérer entre les divers principes qui entourent l'exécution des obligations. Le principe *pacta sunt servanda* est présent à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. » Selon le juge De Castro[63], il y a une corrélation entre ce principe et l'article 60 de la même convention. Ainsi, l'article 60 vient à la fois compléter le principe *pacta sunt servanda* et peut agir en tant que manière de sanctionner l'irrespect de ce principe. Comme indiqué supra, cet article joue au stade de l'application des obligations et donc au niveau de l'accord et de son obligation d'exécuter. En retenant le critère de la violation substantielle pour pouvoir exercer la suspension de l'application d'un traité, il intervient au stade de l'application, mais concerne également le respect de l'obligation d'exécuter. En cela, il se rapproche du principe *pacta sunt servanda*, qui « permet d'expliquer pourquoi la force obligatoire est "valide" dans l'ordre juridique international[64] ». Le principe *pacta sunt servanda*, bien qu'inscrit dans la Convention de Vienne de 1969, à la section « respect des traités », renvoie au comportement des États et à leurs volontés, tandis que la suspension de l'article 60 est fondée sur l'engagement des États. L'article 60 et le principe *pacta sunt servanda* agissent donc de manière concomitante au niveau de l'obligation d'exécuter, mais pas de la même manière. Les deux régimes se superposent. Pour l'illustrer, prenons un exemple : l'affaire projet Gabcikovo-Nagymaros, portée auprès de la CIJ. La Cour a considéré que « [d]e l'avis de la Cour, ce dernier élément implique qu'au cas particulier c'est le but du traité, et l'intention dans laquelle les parties ont conclu celui-ci, qui

[62] *Ibid.*, p. 128.
[63] FITZMAURICE Malgosia (dir.), « The Law of Treaties, the Law of State Responsibility and the Non-performance of Treaty Obligations: A View from the Case Law », in *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press, 2018, p. 755.
[64] CLARENC Nathalie, *La suspension des engagements internationaux*, Droit, Nouvelle bibliothèque de thèses, 550 p, 2017, p.125.

doivent prévaloir sur son application littérale[65] ». Par ces mots, la Cour intervient pour garantir le respect et la validité des obligations d'exécution, mais non pas sur la nullité du traité en question (nullité du traité qui est la section comportant l'article 60). Dans la définition du principe, la bonne foi apparaît comme étant une condition du respect et de l'exécution du traité. Elle agit comme un outil de régulation dudit principe. Son rôle est matériel en ce qu'il est un instrument de mesure permettant l'application du principe *pacta sunt servanda*. Or, comme nous l'avons précisé, la réciprocité ne garantit que l'obligation à exécuter et diffère donc du principe en question. Dans la réciprocité, l'obligation à exécuter est liée à l'intention des parties de rendre celle-ci synallagmatique et conditionnelle à une autre obligation à exécuter. De plus, la matérialité là aussi est différente. Le principe *pacta sunt servanda* est mesuré grâce à la bonne foi, tandis que la réciprocité dispose au sein de sa propre définition d'un critère d'évaluation qui est l'équilibre (identité ou équivalence).

C'est pourquoi il faut relativiser l'idée que la réciprocité serait un outil visant à protéger les souverainetés étatiques. Il ne faut pas supposer que l'importance de la réciprocité découle la nécessité d'assurer une égalité souveraine. Le recours à la réciprocité revient en force, car les États souhaitent davantage d'équilibre dans leurs opportunités et l'obtention des gains. L'importance du caractère matériel de la réciprocité témoigne que ce qui importe le plus n'est pas la fiction juridique de l'égalité de souveraineté des États mais plutôt leur puissance. La réciprocité s'inscrit donc comme une volonté de réguler les rapports de puissance plutôt que d'assurer un équilibre en raison de l'égale souveraineté des États.

21. Le choix de traiter d'une pratique de réciprocité. Compte tenu de la résurgence de la réciprocité dans les relations commerciales, il est à ce stade difficile de considérer que la réciprocité soit un principe coutumier. L'objectif est plutôt de démontrer que les États – a *fortiori* les États-Unis et l'Union européenne – sont en train de favoriser l'émergence d'une pratique de recherche de réciprocité et d'une réciprocité d'exécution. C'est pourquoi il faut revenir sur cette idée de pratique en droit international. Selon Marcelo G. Kohen, la pratique est « le comportement habituel de l'État et d'autres sujets du droit international. On peut également se référer à la pratique d'un organe particulier de ces différents sujets. En effet, lorsque la doctrine et la jurisprudence se réfèrent à la pratique, elles l'entendent comme le

[65] CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, paragr.142.

comportement à l'état pur […][66] ». Durant les travaux de l'Association Henri Capitant, la pratique a été définie par Berthold Goldman comme « un comportement juridique, ce qui signifie que ceux qui s'y livrent ont conscience et, ont la volonté de lui faire produire des effets de droit ; concrètement, de lui faire engendrer des droits et des obligations. Il doit s'agir, aussi, d'un ensemble de comportements : ensemble dans l'espace, résultant de la similitude des comportements des membres du groupe social considéré, et ensemble dans le temps, résultant de la répétition des comportements[67] ». Lors de ces journées, le Professeur Wojciech Goralczyk a considéré que la pratique pouvait soit se développer dans « un domaine non réglé par le droit international, dans un domaine vierge du point de vue juridique », soit se développer « parallèlement au droit international existant sans contradiction avec ses normes », soit être « fondée sur le droit existant, elle en dérive, mais en l'interprétant et en l'appliquant elle précise, voire développe ce droit », soit enfin être « contraire au droit existant – coutumier ou conventionnel ou simultanément coutumier et conventionnel – et mène vers la modification ou l'abrogation de ce droit[68] ». Ces distinctions intéresseront le reste des développements en ce que la recherche de réciprocité et l'imposition des mesures unilatérales doivent être prises en conformité avec le cadre existant. Ainsi, il s'agira de déterminer la marge de manœuvre de ces pratiques et juger si elles sont prises en compatibilité avec un droit existant, en l'absence d'un droit, ou en opposition à un droit. Dans ce dernier cas, il conviendra de s'interroger sur la répétition de cette pratique pour juger de l'existence d'une opposition des faits au droit. Ces répétitions pourraient signifier qu'un groupe d'États souhaiteraient généraliser une pratique pas encore totalement acceptée. Ce constat est le résultat des précédents développements relatifs aux bouleversements des paradigmes commerciaux. En y associant un constat de fragmentation des relations internationales, cela supposerait que la réciprocité traduirait un comportement subjectif d'un État en vue de compenser les défauts des sources formelles. Bien que certains de ces comportements ne produisent pas d'effets de droit compte tenu de l'irrégularité, elles restent tout de même effectives. En retenant la formulation de Robert Kolb, il faudra s'interroger sur leur valeur de « normes-transformateur ». En s'interrogeant sur leurs effectivités, le Professeur écrivait que le « problème de l'effectivité est ainsi pour le droit essentiellement une question d'effectivité juridique, c'est-à-dire de l'intégration des données sociales dans le droit et selon

[66] KOHEN Marcelo G., « La pratique et la théorie des sources du droit international » *in* SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La pratique et le droit international,* Éditions Pedone, 2003, p 81 – 111, p. 84.
[67] GOLDMAN Berthold, « Rapport général », *in Le rôle de la pratique dans la formation du droit (journées Suisses), Travaux de l'Association Henri Capitant,* Tome XXXXIV, 1983, p.163.
[68] GORALCZYK Wojciech, « Rapport général », *in Le rôle de la pratique dans la formation du droit (journées Suisses), Travaux de l'Association Henri Capitant,* Tome XXXXIV, 1983, p. 540-541.

le droit […]. Elle touche parfois à la pression du fait sur la norme quand celle-ci s'oppose à son épanouissement. Le problème devient alors celui de la transformation du droit pour que celui-ci s'aligne peu ou prou sur les situations de faits nouvelles. À une effectivité juridique fait ainsi face une effectivité politique[69] ».

Enfin, pour compléter ces définitions, le « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs » a défini la pratique comme étant « généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance", suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure ; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération[70] ». Dans cette définition, la pratique n'est pas autonome et résulte d'une convention. Cela pose donc la question de l'autonomie de la pratique. Bien que le Professeur Wojciech Goralczyk ait établi des fonctions de la pratique, la question explicite de l'autonomie n'a pas été posée dans les travaux produits par l'Association Henri Capitant, et n'a pas été traitée l'idée de l'autonomie de la pratique par rapport aux sources du droit international. Au contraire, la pratique a souvent été considérée comme les prémices de la coutume. Cependant, lors du Colloque SFDI de 2003 relatif à « la pratique et le droit international », Laurence Boisson de Chazournes s'est par exemple posée la question de savoir « s'il est adéquat d'analyser la pratique comme un élément constitutif autonome de la coutume internationale, ou s'il faut plutôt appréhender la pratique dans sa relation de grande proximité avec l'opinio juris[71] ». Nous pouvons noter des rapprochements notamment par la Cour internationale de justice. Pour résumer ses propos, la coutume naît de la pratique constante et répétée des États, mais cette pratique doit comporter une certaine autonomie. Conformément à ce qui a déjà été dit, il est possible que des comportements d'États ne produisent pas des effets de droits, mais simplement politiques. La Professeure Boisson de Chazournes souligne en ce sens le caractère « irréaliste ou utopique[72] » de considérer que tous les comportements étatiques

[69] KOLB Robert, *Théorie du droit international,* 2e édition, Édition Bruylant, 2013, p. 465.
[70] ORGANE D'APPEL, *Japon − Taxes sur les boissons alcooliques (Japon − Boissons alcooliques II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, (adopté le 1er novembre 1996), section E, page 15 ; cité par : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs,* A/73/10,
[71] BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? » *in* SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *La pratique et le droit international,* Éditions Pedone, 2003, p 13 – 47, p.15.
[72] *Ibid.,* p.24.

puissent avoir un « comportement potentiellement normatif[73] ». Ainsi, elle a proposé deux paradigmes : la consonance et la dissonance[74].

Le premier se divise en consonance « interprétative » et consonance qualificatrice. La consonance interprétative consiste à ce que « la pratique peut permettre ex post de clarifier le contenu juridique d'une règle floue, rédigée en des termes trop généraux, ou encore d'une règle qui demande à être adaptée à des circonstances nouvelles[75] ». Dans ces cas, l'auteure précise que la pratique a pu être considérée certaines fois comme un élément autonome d'interprétation[76]. La consonance enrichissante, quant à elle, « a trait à l'action normative de la pratique en se greffant sur une norme existante et la dépassant […]. La dissonance peut se décliner sur plusieurs tons. Il peut s'agir d'une dissonance "modificatrice" ou "abrogative" de la pratique ou dissonance "prater legem". Il peut également être question d'une dissonance "illicite" de la pratique ou dissonance "contra legem" [77] ». Sans revenir sur chacune des distinctions, nous comprenons de la division opérée par la Professeure Boisson de Chazournes, elle nous permet d'éclairer notre postulat selon lequel la réciprocité peut être qualifiée de pratique. Toutefois, compte tenu de la diversité d'expression de la réciprocité, elle pourra prendre diverses formes. Elle pourra être identifiée comme une pratique entraînant des effets de droit selon le paradigme de la consonance, mais également, bien que dans une moindre mesure, selon celui de la dissonance si elle est une pratique illicite ou *contra legem.* En ce sens, se posera la question de l'émergence d'une nouvelle règle en formation et surtout celle de la légitimité d'une telle pratique. Enfin, la réciprocité pourrait être qualifiée de pratique purement politique entraînant tout de même des changements de comportements des États. Il sera impossible d'identifier la production d'effets de droit dans le cadre d'une telle pratique. Néanmoins, il est possible que de tels comportements puissent légitimer une nouvelle pratique.

II. La délimitation de la réciprocité dans l'environnement commercial.

22. Délimitation matérielle. L'étude de la réciprocité dans le droit international général nous permet de nous appuyer sur des débats et des positions juridictionnelles existants. C'est

[73] *Ibid.,*
[74] *Ibid.,*
[75] *Ibid.,* p.25.
[76] *Ibid.,* p.26.
[77] *Ibid.,* p.28 – 29.

moins le cas en matière commerciale. Ainsi, étudier la réciprocité dans le commerce international nous impose de délimiter notre champ d'études. Les accords commerciaux constituent notre principal support d'étude. Sont concernés le General agreement of tariffs and Trade (GATT) de 1994 et les listes de concessions qui y sont rattachées, l'accord général sur le commerce des services (AGCS) et ses listes de concessions, et enfin l'Accord plurilatéral sur les marchés publics. Les accords de libre-échange (ALE) seront également analysés, car certains font suite à une demande de réciprocité de la part de quelques États. Compte tenu de leur volume, nous avons tout d'abord fait le choix d'étudier certains accords conclus par l'Union européenne, les États-Unis et la Chine. L'objectif est d'identifier la présence ou non d'une réciprocité dans ces accords, ceci entre les États au développement équivalent et entre ceux au développement différent.

Bien que ces accords soient majoritaires dans les relations commerciales internationales, nous pourrons relever que les accords non contraignants peuvent également être source de réciprocité. La réciprocité est fortement liée à l'idée d'obligation. S'il n'y a pas d'obligation créatrice de droits il n'y a pas réciprocité. Or, ces obligations ne sont pas forcément explicites. Elles peuvent être informelles et matérielles comme dans les arrangements de *soft-law*. Dès lors, de nombreux mémorandums d'accord peuvent être facteurs de réciprocité soit de manière intrinsèque à l'accord, soit en venant compenser un défaut de réciprocité.

Enfin, notre étude ne se limite pas à un champ purement international puisqu'une étude transnationale de la réciprocité sera mise en œuvre. Ainsi, il conviendra de nous intéresser à la présence explicite de la réciprocité dans les législations nationales, de même qu'aux mécanismes de réciprocité implicite. La Section 301 et le règlement IMPI seront les instruments principalement étudiés. Nous aurions également pu choisir une définition plus large de la réciprocité en l'analysant comme une forme de réciprocité-défense, mais cette position ne sera pas retenue. Indiquons tout de même que la démarche aurait été de rechercher dans l'utilisation des instruments de défense commerciale, où l'on trouve ceux anti-dumping, ceux luttant contre les subventions étrangères ou encore visant à instaurer des mesures de sauvegarde ayant pour effet de rééquilibrer les relations commerciales internationales. De plus, ces instruments sont utilisés en vue d'inciter l'autre État à agir de manière plus équitable et favorable à l'auteur de ces mesures. Il s'agit donc d'une mesure incitative démontrant une attente. Néanmoins, il a été fait le choix de distinguer les mesures dites de réciprocité de celles visant à favoriser un « *level playing field* ». L'accent sera mis sur ce qui caractérise la réciprocité : l'attente de concessions. Si les instruments de défense commerciale sont utilisés dans un objectif de réciprocité, nous

pourrons considérer qu'il s'agit de mesures non pas de réciprocité, mais de mesures visant à créer des effets de réciprocité. De cette manière, nous ne les associons pas à de la réciprocité, mais nous considérons que les buts peuvent être parfois similaires. En adoptant ce raisonnement, nous revenons sur l'idée que la recherche de réciprocité peut être intégrée au non-droit en ce que les intentions de réciprocité sont cachées derrière divers instruments unilatéraux et ne sont pas matérialisées juridiquement, mais seulement politiquement.

23. La délimitation organique : Le niveau de développement des États dans l'application de la réciprocité. Parmi les accords étudiés, certains lient des États développés avec des États en voie de développement. Sur ce point, il faut rappeler que le principe de la réciprocité ne concerne que les pays développés à l'OMC. Certaines formes de réciprocité existent également entre États moins développés. La réciprocité, en ce sens, est donc dépendante d'une égalité entre les participants de même qu'elle vise une forme d'égalité dans les relations entre États. Ainsi, on ne rompt pas avec l'égalité lorsque deux parties ne se valent pas. En effet, comme l'écrit Charles de Visscher : « L'égalité, pour rester juste, peut exiger l'application de traitements différenciés à des conditions qui, en fait, sont différentes[78] ». C'est pourquoi la non-réciprocité est vivement encouragée entre les États développés et les pays en voie de développement. Néanmoins, la non-réciprocité ne signifie pas une absence totale de la réciprocité, mais plutôt l'aménagement d'une flexibilité. En ce sens, une marge de manœuvre est possible et peut impliquer diverses possibilités dans la recherche d'une réciprocité implicite.

Par ailleurs, il semble nécessaire de rappeler qu'il s'agit ici d'une égalité des obligations, donc une égalité matérielle, et non pas une égalité de la souveraineté des États. Le Professeur Emmanuel Decaux s'était d'ailleurs posé la question suivante dans sa thèse : « Est-ce l'atteinte à l'égalité qui est condamnable au premier chef, ou l'atteinte à la souveraineté *?*[79] » Nous verrons dans la suite de nos développements que ce qui importe le plus pour les États est le défaut d'équilibre, davantage que l'irrespect de l'égalité de souveraineté de la part de leur partenaire.

[78] DECAUX Emmanuel, La réciprocité en droit international, thèse de doctorat, Paris II, 1980, 374 p, p. 33.
[79] *Ibid.*, p. 18.

III. La démarche

24. L'étude temporelle de la réciprocité. En somme, la détermination de la nature et du régime de la réciprocité est toujours soumise à un inextinguible débat et sa présence dans les relations commerciales est multiforme. Si la volonté d'étudier la réciprocité résulte du constat du bouleversement des relations commerciales internationales, il est nécessaire de saisir ces données afin de construire une application juridique de la réciprocité qui s'adaptera aux besoins actuels. Toutefois, un des points communs de l'étude et de l'identification de la réciprocité est son existence au stade des négociations, car est soumis à réciprocité ce que les États ont entendu rendre synallagmatique. Cependant, la mesure de cette réciprocité doit persister au stade de l'exécution pour ne pas rompre l'équilibre. À défaut, il faudrait qu'un État impose des mesures de réciprocité à travers la forme de l'*exceptio,* par exemple. En matière commerciale, nous verrons que la réciprocité se distingue de la suspension de l'application d'un traité. La mesure de l'équivalence permet à la réciprocité de laisser vivre l'application de l'engagement concerné tout en adaptant la compensation du défaut de réciprocité.

Toutefois, il ne faut pas que le juriste se cantonne à étudier la réciprocité à son stade du défaut de l'exécution. Il faut étudier la réciprocité au stade des négociations, mais également lors de son exécution. En effet, pour juger de son existence, de sa bonne mise en application, de sa fonction d'exécution, et pour déterminer la réciprocité par son objet et/ou son but, il est nécessaire d'étudier la valeur de la réciprocité également contenue dans les annexes incluant les listes de concessions des États. La réciprocité peut être explicite à l'intérieur d'un accord. Cependant, ce n'est pas exclusivement le cas. Une étude de la réciprocité entre plusieurs accords internationaux peut s'avérer nécessaire, car il est rare que deux États parviennent à une stricte réciprocité au sein d'un même accord. En ce sens, nous observerons que la réciprocité peut être glissée à travers un accord multilatéral, un accord de libre-échange ou des contrats de droit privé. De multiples formes existent et il est nécessaire d'en proposer une identification.

25. L'appel à la réciprocité post-exécution face aux accords incomplets. Lorsque la réciprocité est politisée et que les États utilisent des mesures unilatérales pour compenser ce qui leur semblerait être un défaut de réciprocité, nous pouvons considérer qu'il s'agit d'un appel à davantage de réciprocité. Les refus d'exécution d'une obligation ou l'ajustement des avantages accordés pour inciter l'autre partie à faire preuve de davantage de réciprocité sont liés au fait que les accords ne peuvent être complets. C'est aussi pourquoi la réciprocité doit être étudiée à travers plusieurs accords. Ce phénomène des accords incomplets peut tout d'abord s'expliquer

par le fait que la valeur de l'équilibre d'un accord est mouvante. Les accès aux marchés sont impactés tout au long de la vie d'un accord. Impactés par des phénomènes micro-économiques et macroéconomiques internes à l'accord, mais également par la répercussion des accords entre eux. Par exemple, l'Union européenne dispose d'un accord de libre-échange avec le Vietnam. Après l'établissement de cet accord, cet État a adhéré au Partenariat régional économique global (RCEP en anglais) avec d'autres États asiatiques. Si le Vietnam dispose de règles davantage préférentielles que celles de l'UE dans le cadre du RCEP, ses importations et ses exportations pourront cibler ces États d'approvisionnement et de destination. Si les entreprises européennes ne sont pas assez intégrées dans les chaînes de valeurs sur les biens et services asiatiques, elles pourront perdre en compétitivité et en attraction. Dès lors, l'équilibre découlant de l'accord UE-Vietnam, en subirait les conséquences. Enfin, l'émergence de nouvelles nations exportatrices et plus largement commerçantes bouleverse les équilibres mondiaux et *in fine* l'équilibre des accords. En ce sens, la réciprocité serait un outil de régulation de l'équilibre des avantages tirés des relations commerciales interétatiques.

Nier l'existence ou l'application de la réciprocité reviendrait donc à assumer qu'un État ne puisse retrouver spontanément l'équilibre qui a été accordé lors des négociations. Dans les accords de libre-échange, nous verrons que le système de règlement des différends peut avoir pour but de neutraliser cette automaticité de la réciprocité d'exécution. Mais nous verrons surtout que ces mécanismes sont de moins en moins stricts quant à leur application. De plus, la réciprocité dispose d'un rôle central dans les engagements commerciaux qui ne possèdent pas de règlements des différends et qui sont en augmentation exponentielle. Compte tenu du développement parallèle des législations nationales permettant aux États d'intervenir unilatéralement, nous pouvons présager un retour de l'utilisation de la réciprocité.

C'est en raison de ces hypothèses que le choix a été fait d'étudier dans cet ordre, les accords multilatéraux de l'OMC, puis les accords de libre-échange, et enfin les accords non-contraignants formellement. En effet, l'objectif est de prouver que l'existence de la réciprocité ne dépend pas uniquement de son expression dans les accords, mais qu'il existe des accords ou des instruments unilatéraux davantage favorable à l'existence de la réciprocité.

26. Vers un accroissement des demandes de réciprocité post-exécution. En effet, la multiplication des nations commerçantes, et l'intervention grandissante des États dans l'économie et dans les relations commerciales sont des signes qui encouragent les États à recourir à la réciprocité. La théorie économique peut nous venir en aide pour analyser cette

évolution. L'idée n'est pas tant de revoir la totalité des théories, mais de confronter la théorie des avantages comparatifs à celle des termes de l'échange qui est utilisée pour expliquer le recours à la réciprocité. Dans le cadre de cet écrit, nous pouvons retenir une simple explication du principe des avantages comparatifs. Ce principe s'applique « à la condition nécessaire et suffisante qu'il existe une différence entre les coûts comparés constatés en autarcie dans plusieurs pays, chacun d'eux trouvera avantage à se spécialiser et à exporter les biens pour lesquels il dispose du plus fort avantage comparé ou du moindre désavantage comparé, en important en échange les autres biens de ses partenaires[80]». Ce principe insiste donc sur la nécessité pour un État de produire dans un domaine qui fera sa spécialisation. Cette spécialisation repose soit sur le coût de la valeur travail, soit sur celui de l'utilité marginale[81]. À la lecture de cette définition, nous comprenons que les États perdraient en compétitivité s'ils devaient tout produire. Au regard de la réciprocité, cela signifierait qu'il est illogique que deux États arrivent à un consensus équivalent pour l'échange d'un même bien. La réciprocité par identité, bien que possible dans certains secteurs, ne serait pas productive dans la totalité des secteurs. Compte tenu de la théorie des avantages comparatifs, la réciprocité dans le commerce international devrait davantage reposer sur l'équivalence plutôt que l'identité. Cependant, ces propos seront à relativiser. En effet, cela serait n'adopter que la définition originale de la théorie des avantages comparatifs, telle que définie par Adam Smith[82] et David Ricardo[83]. Par la suite, Henri Heckscher, Gottfried Haberler et Bertil Ohlin[84] ont développé une théorie des avantages comparatifs reposant sur une étude des facteurs de production. Sans entrer dans les détails de son modèle, sa théorie suppose que les avantages sont fondés sur certains facteurs de production, comme le travail et le capital. Or ces différentes théories peuvent s'appliquer lorsque deux États aux développements différents sont en relation et/ou lorsque les biens échangés ne sont pas considérés comme à haute valeur ajoutée. Or, dans le cas de deux États développés ou de biens à haute valeur ajoutée, il est possible que certains États soient en concurrence pour détenir un avantage. Ces États seront amenés à échanger, soit certains de ces biens, soit des intrants destinés à leurs productions. Dans cette hypothèse, les précédentes

[80] LASSUDRIE-DUCHÊNE Bernard et ÜNAL-KESENCI Deniz, « L'avantage comparatif, notion fondamentale et controversée », in *L'économie mondiale : 2002. Centre d'études prospectives et d'informations internationales (France)*, La Découverte, 2001, p. 90.
[81] *Ibid.*
[82] Voir en ce sens : SMITH Adam, *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations,* R.H. Campbell et A.S Skinner.
[83] RICARDO David, *On the principles of political economy and taxation,* [en ligne], 1817, 3e edition 1821, Batoche Books, Kitchener, 2001.
[84] Voir en ce sens : HABERLER Gottfried, HECKSHER Henri, OHLIN Bertil, "The Theory of International Trade with its Applications to Commercial Policy", *The Economic Journal,* Volume 48, Issue 191, Septembre 1938, Pages 498-507.

théories des avantages comparatifs expliquées ne s'appliquent pas à la réalité de ces relations. Par exemple, l'Union européenne entend développer son marché des véhicules électriques et les exporter tout en important de nombreux véhicules électriques chinois. La réciprocité peut être ici un moyen de réguler ces relations et d'ouvrir son marché de manière conditionnelle en s'assurant, en retour, certains avantages. C'est parce que ces modèles ne sont plus applicables que Paul Krugman[85] avait considéré que les avantages comparatifs pouvaient être liés à des économies d'échelle et fondait sa théorie sur la base du commerce « intra-branches ». Compte tenu de ces spécialisations parallèles, les États peuvent avoir tendance à adopter des comportements protectionnistes. Or, la réciprocité peut s'avérer un moyen de modérer et de réguler ce protectionnisme.

De plus, malgré leur importance, les avantages comparatifs, bien que toujours utilisés, sont mis en balance avec d'autres théories, comme de nombreux comportements étatiques le mettent en avant. Les États-Unis, durant la présidence Trump, ont été fortement à l'encontre des avantages comparatifs. Les mesures unilatérales de rehaussement des droits de douane, les mesures antidumping ou encore de sauvegardes qui ont été appliquées étaient toutes motivées par la protection de secteurs industriels américains, comme celui de la sidérurgie. Ces politiques marquent donc un retour à une forme de stricte réciprocité. Cela est commun, voire cyclique, dans la tradition commerciale américaine. L'administration Reagan s'était positionnée à de nombreuses reprises en défense de la stricte réciprocité. À cette époque, lors des discussions commerciales avec la Chine, de nombreux sénateurs, dont Russell Long, voyaient en la réciprocité un moyen de compenser l'excédent commercial japonais et de promouvoir un équilibre bilatéral des échanges. En recherchant une réciprocité aussi large, ceux-ci se sont également positionnés à l'encontre des avantages comparatifs et de la logique de spécialisation. En ce sens, en traitant de la réciprocité, les États font, notamment et pas exclusivement, référence aux termes de l'échange au regard des volumes d'échanges. Cela peut se refléter sur leur balance commerciale, même s'il faut bien prendre en compte tous les secteurs d'activité et pas un en particulier.

Des mesures de représailles ou des mesures qualifiées de réciprocités – à tort ou à raison – se multipliant, nous sommes tentés de reconnaître que nous assistons à un choc des théories des termes de l'échange et des avantages comparatifs. C'est par exemple le cas lorsque ces comportements unilatéraux ont pour objet d'inciter à davantage de réciprocité. On touche là à

[85] Voir en ce sens KRUGMAN Paul, *International economics : theory and policy,* Global Edition, 11e édition, Harlow, England : Pearson, 2018, pp. 802.

la fonction incitatrice de négocier des accords promouvant la réciprocité. En effet, cette recherche de réciprocité est marquée par la volonté de ne pas avoir à supporter les externalités des termes de l'échange[86]. Autrement dit, si un État estime que ses avantages ne sont plus réciproques, il sera tenté de ne plus exécuter ses obligations et opposer à l'autre partie le coût de ces externalités. Cependant, la réciprocité que nous évoquons ici est certes matérielle, mais aussi économique. Juridiquement, les conséquences sont existantes. Nous serons confrontés à des États qui, se reposant sur une réciprocité économique, cessent l'exécution d'obligations juridiques qui ne sont pas forcément réciproques juridiquement. Tout l'intérêt réside en la capacité de pouvoir délier et rattacher des obligations synallagmatiques que les États considèrent comme réciproques de manière économique. Il est donc nécessaire que le juriste développe, en plus du système de règlement des différends, des moyens juridiques pour le recours aux mesures unilatérales visant à rééquilibrer les préférences des États.

IV. Le plan d'étude

27. Malgré une consécration en droit international général, la portée matérielle économique de la réciprocité dans les relations commerciales internationales peut poser des difficultés. Ainsi, il s'agira de débuter l'étude de la réciprocité dans les relations commerciales internationales par une étude selon non seulement le droit international général, mais aussi – et surtout – les faits. Si les accords font référence à la réciprocité, ce sont essentiellement les documents précédant ces accords, ainsi que les rapports politiques des États, qui indiquent leur souhait de fonder des relations sur une base de réciprocité. En retenant ce postulat, nous partons en effet de l'idée que la réciprocité doit être étudiée selon les faits. Sur cette base, il s'agira d'accompagner nos résultats en les transposant à une existence potentielle dans les accords. En adoptant cette méthode, l'hypothèse de départ est que la réciprocité peut être du droit si elle est formellement inscrite et exprimée, et du non-droit, pour reprendre la terminologie du Doyen Carbonnier. En considérant la réciprocité également comme du non-droit, autrement dit en l'absence de droit, nous acceptons son existence en tant que « recherche de réciprocité » sur la base d'une expression des intérêts politiques et des comportements des États. Ainsi, des mesures coercitives certes prises sur la base d'un droit national, mais sans fondement juridique en droit international et même parfois qui violent ce droit international, peuvent être intégrées

[86] BAGWELL Kyle et STAIGER Robert W., « An Economic Theory of GATT », *The American Economic Review*, 89, American Economic Association, 1999, p. 225.

au non-droit en ce que ce non-droit est le résultat d'une opposition des faits au droit existant. Prendre l'existence de ce non-droit permet de mieux saisir la réciprocité. L'objectif est double : analyser l'étendue de toutes les formes de réciprocité et créer un cadre juridique adapté et propice à la recherche de réciprocité et à sa fonction d'exécution. Par ailleurs, il faut maintenir l'idée que la réciprocité doit s'apprécier strictement telle que définie précédemment et de manière autonome à l'article 60 de la Convention de Vienne, et dans le champ de la responsabilité étatique. L'objet de cette thèse sera d'identifier et d'évaluer la réciprocité au stade des négociations, de l'exécution et de la recherche du défaut de réciprocité. De cette manière, nous prouverons que la réciprocité est recherchée et présente dans de nombreux accords, et que son utilisation apparaît comme une nouvelle technique juridique de contrainte de l'exécution des obligations. Pour autant, la réciprocité est strictement limitée par le droit conventionnel, qui dispose de nombreux instruments consensuels de négociation et de résolution des différends. Il conviendra d'analyser la manière dont le régime de la réciprocité peut évoluer dans cet environnement et de quelle manière le développement d'accords simplifiés et informels participe à la progression de la réciprocité. *In fine,* l'objectif est de rechercher et de créer un espace propice à la réciprocité autant dans sa recherche que dans sa fonction exécutive. Cette hypothèse repose sur des constats qui seront étudiés, ce qui traduit l'émergence et le développement futur d'une réelle pratique de recherche de réciprocité autant dans sa forme juridique et matérielle que dans sa fonction d'exécution.

28. Problématique. Si la réciprocité a été consacrée en droit international général et son exécution reconnue comme étant un axiome de principes, ces constats ne peuvent s'appliquer entièrement aux relations commerciales. Ainsi, la première étape sera de s'interroger sur son existence juridique dans les relations commerciales. Une fois ce constat dressé, la question de son expression sera posée. S'interroger sur son expression revient à analyser non seulement les formes de la réciprocité mais également ses fonctions. Il faut se rappeler les fonctions de projection de l'unilatéralisme et de protection. Ainsi, est-ce que l'utilisation de la réciprocité vise à créer de nouvelles obligations juridiques, à assurer l'exécution des obligations des États, ou les deux ? Néanmoins, si nous supposons que ces fonctions sont contingentes, cela suppose que la réciprocité n'est pas automatiquement intégrée à toutes les relations commerciales des États. Dès lors, comment s'organise son rapport aux obligations existantes, et doit-elle primer sur elles ? De plus, si la réciprocité est la formalisation des volontés juridiques, elle naît de prétentions unilatérales. Ainsi, mettre en avant l'importance de la volonté de l'État doit se faire en conformité avec les structures

multilatérales et bilatérales. *In fine,* compte tenu des bouleversements des relations commerciales internationales et de l'appel à davantage de réciprocité, cette thèse a pour objectif de démontrer l'existence de la réciprocité dans les relations commerciales internationales et de s'interroger sur les manières dont sa matérialité doit être analysée. Ainsi plus qu'une typologie de la réciprocité, il s'agira de définir une méthodologie d'évaluation de la réciprocité afin de la mesurer juridiquement et d'analyser quel environnement juridique est le plus propice à son évolution. Enfin, il reviendra à s'interroger sur le choix de qualification que la réciprocité peut revêtir.

29. Annonce de plan. C'est pourquoi il conviendra, dans un premier temps, de démontrer que la réciprocité a une existence juridique dans les relations commerciales internationales. Les attitudes unilatérales des États serviront de point d'ancrage à la détermination de cette existence. Une fois cette existence prouvée, sur la base de celle-ci et de sa manifestation dans les accords, il s'agira de dresser une typologie fondée sur ses objets et ses effets (partie 1). Sur la base de ces démonstrations, il s'agira ensuite de proposer une méthodologie visant à évaluer l'existence de la réciprocité aussi bien dans les divers accords étudiés que dans les actions unilatérales des États. Le but de prendre comme support différentes sources vise à diversifier les résultats et à rechercher le meilleur cadre permettant d'appliquer la réciprocité. Le même raisonnement sera appliqué afin de nous interroger sur les manières dont la fonction d'exécution de la réciprocité s'applique et ses limites. Notre objectif étant de proposer une meilleure qualification et un meilleur encadrement des pratiques de réciprocité (partie 2).

PREMIERE PARTIE : LA DEFINITION D'UNE TAXINOMIE DE LA RECIPROCITE

30. « Œil pour œil, dent pour dent », personne n'est étranger à cette célèbre expression. Témoignage de la loi du talion, elle est le reflet d'une présence continue de la réciprocité dans les sociétés anciennes. L'étude de la réciprocité n'est donc pas nouvelle dans les sciences humaines en ce qu'elle a souvent été au centre de l'organisation des sociétés. La loi du talion, par exemple, avait pour but d'encadrer les vengeances personnelles par le droit. La réciprocité avait pour objectif de canaliser ces violences. On touche du doigt un premier objectif qui n'est autre que celui du régulateur. La proportionnalité et la recherche d'une symétrie ont toujours été au cœur de cette notion. De plus, ce regard régulateur que nous devons porter à la réciprocité ne s'exprime pas uniquement sous une forme sanctionnatrice. La réciprocité a toujours été un élément d'appréciation des échanges marchands et non marchands. Aujourd'hui, elle renaît dans les discours politiques et cherche une expression juridique. Afin de mieux saisir son fonctionnement, il est nécessaire d'embrasser l'histoire de cette notion et les buts de son utilisation dans les échanges commerciaux. À cette connaissance des buts s'y ajoutera celle des fondements. En effet cette existence historique a progressivement consolidé son utilisation en lui donnant une raison d'être (Titre 1). Néanmoins, ce cadre nous paraît quelque peu anarchique. La réciprocité est souvent citée politiquement, décrite comme guidant les négociations, intégrée dans des instruments nationaux et constitue le cœur de certains contrats, sans pour autant qu'aucune typologie n'ait été dressée juridiquement. Dans la sphère des relations commerciales intergouvernementales qui nous occupera, la science politique et les sciences économiques ont déjà entamé ce travail de classification, sans pour cela que les juristes ne les utilisent. Ainsi, avant d'analyser l'existence, la manifestation et l'utilisation de la réciprocité, une typologie de la réciprocité sera proposée en s'appuyant sur les intentions politiques et juridiques, sur l'identification juridique de la réciprocité, mais également sur la base des classifications existantes en sciences politiques et sciences économiques. Il est important d'adopter une démarche transdisciplinaire afin de proposer une typologie juridique de la réciprocité qui s'intègre dans les schémas politiques et économiques et ainsi en compatibilité avec les réalités commerciales internationales (Titre 2).

TITRE I : LA CONDUITE UNILATERALISTE DE LA RECIPROCITE

31. Engager ce travail d'identification de la réciprocité nécessite de se placer dans une perspective *bottom up.* Avant cela, un travail historique de la notion de réciprocité doit être mené. Cette étude a un triple but : anticiper l'étude des fondements de la réciprocité ; comprendre les raisons pour lesquelles les États ont souhaité y recourir, autant dans sa forme d'instruments de mesure que dans celle d'exécution ; et enfin de mettre en évidence les différentes formes qu'elle a pu prendre. Dans le dernier cas, il s'agira de comprendre les phénomènes qui ont conduit à sa transformation de la réciprocité. Le XVII^{e} siècle a été choisi pour commencer cette analyse compte tenu de la difficulté d'accéder aux documents historiques commerciaux. À travers les siècles et les différentes transformations, nous noterons qu'un élément transcende ces périodes : celui de la place de l'intention unilatérale dans la réciprocité. Si celle-ci se forme lors de la rencontre des volontés, sa naissance est antérieure et remonte à l'intention de chacun (chapitre 1). C'est ce que mettra en évidence l'étude des fondements de cette notion. Les fondements nous renseigneront sur les motifs de cette unilatéralité et surtout de son expression. Plus encore, c'est en recherchant les fondements que nous comprendrons les objectifs de cette unilatéralité (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA RECHERCHE DE LA RECIPROCITE SELON UNE APPROCHE HISTORIQUE

32. La réciprocité dans les relations commerciales internationales n'a pas toujours existé. Cette notion a évolué au gré des théories économiques des différents siècles. La réciprocité telle qu'elle sera décrite est fortement tributaire des environnements économiques et politiques qui l'entourent. Ce n'est qu'après avoir pris naissance dans ces disciplines qu'elle produira des conséquences juridiques. Elle est de nature cyclique et c'est leur succession qui ont permis l'évolution de la notion de réciprocité. Si cette étude historique permet de relever les premiers indicateurs d'analyse de la réciprocité, elle a surtout pour objectif d'expliquer la progression d'une réciprocité spécifique vers une réciprocité diffuse. Cependant, ce passage ne signifie pas que la seconde l'a emporté sur la première. Les deux coexistent et la demande de réciprocité d'un État ne peut être complète que par le recours à ces deux notions. Ce caractère spécifique de la réciprocité est également le fait d'une évaluation de la réciprocité entre des partenaires spécifiques (Section 1). Parallèlement, la réciprocité diffuse vise une évaluation globale des mesures de réciprocité. Ainsi, la définition des objets de la réciprocité sera plus vaste et moins sectorielle. Quant aux négociateurs de la réciprocité, ils ne seront pas uniquement les seuls titulaires des bénéfices d'une négociation sur la base de réciprocité, en raison de la diffusion de ces bénéfices à d'autres États (Section 2).

Section 1 : L'existence d'une réciprocité spécifique antérieure aux accords du GATT

33. La fin du XVI^{e} siècle et le début du XVII^{e} siècle ont été marqué par de nouvelles logiques d'échanges commerciaux. Au cours de cette période, la pensée mercantiliste s'est renforcée chez les dirigeants des gouvernements européens. Nombre d'entre eux voyaient le commerce comme un jeu à somme nulle, où les exportations devaient être supérieures aux importations. Les politiques protectionnistes étaient donc courantes et les exigences de réciprocité peu présentes. À la suite des politiques protectionnistes, les XVIII^{e} et XIX^{e} siècles ont vu émerger de nouveaux discours prônant le libre-échange. Si, dans un premier temps la réciprocité fut un moyen d'assurer une politique de libre-échange conditionnelle, elle a ensuite été dépassée pour assurer un libre-échange garanti par des pratiques d'abaissements tarifaires unilatéraux. Cette notion est alors apparue comme une politique incitative permettant à un État d'engager des mesures de représailles à l'égard d'un État étranger (paragraphe 1). Si chaque gouvernement avait sa propre vision de la réciprocité, ils étaient influencés par celle des États-Unis (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La réciprocité dans les traités de commerce et de navigation du XVII^{e} au XIX^{e} siècle

34. Avant d'intégrer les accords commerciaux, les questions de réciprocité ont toujours été au centre des préoccupations des dirigeants. Aux XVII^{e} et XVIII^{e} siècles, elle s'inscrit dans une volonté de protéger les commerçants nationaux et leurs secteurs d'activités. Elle agit en restreignant les avantages accordés aux produits des autres nations et possède une vertu incitative (A). Dès le XIX^{e} siècle cependant, la réciprocité est associée au courant du libre-échange en Grande-Bretagne. Pendant ce temps, les États-Unis y voyaient une notion à la fois protectionniste - pour certains -, et de libre-échange pour d'autres. Contrairement aux XVII^{e} et XVIII^{e} siècles, la réciprocité n'est pas attendue pour délivrer un avantage équivalent, mais elle est accordée pour attendre un bénéfice similaire (B).

A – Le développement de la réciprocité à partir du XVIIe siècle

35. La réciprocité apparaît comme un outil de sécurité juridique en l'absence de droits. Cela ne signifie pas que son existence soit liée à l'absence de droits, mais elle représente sociologiquement une obligation morale de respect de l'équivalence des engagements des différents partenaires. Lors de la construction des premiers traités de commerce, son utilisation a donc été multipliée (2). Sa souplesse d'utilisation et le fait qu'elle symbolise l'expression des intentions unilatérales expliquent en partie ce choix (1).

1. Les mesures unilatérales de réciprocité du XVII^e^ siècle au XVIII^e^ siècle.

36. L'appel à davantage de réciprocité. Ce constat est par exemple explicite dans les relations franco-britanniques du milieu du XVII^e^ siècle. L'identification de la réciprocité suppose d'analyser les relations commerciales précédant un accord réciproque. À cette époque, l'utilisation de la réciprocité débute par des appels à davantage de réciprocité de la part des États, appels qui, s'ils sont acceptés, se concrétisent dans un accord, ou à défaut font l'objet de représailles. Cet appel résulte souvent d'une analyse unilatérale des balances de paiement des États. En 1661, Louis XIV a, par exemple, par un arrêté[87], décidé les grandes orientations économiques de la France. Durant les consultations avec plusieurs marchands des villes du Royaume, ceux-ci ont présenté les barrières auxquelles, ils étaient confrontés lors de la vente de leurs produits. Une des causes était le difficile accès aux marchés étrangers en raison des droits de douane beaucoup trop élevés. Les guerres civiles successives que connaissait le royaume ont eu pour conséquence d'affaiblir la position française dans les échanges et la construction de vaisseaux. Cet arrêté visait donc à ce que d'une part, la France retrouve sa position dans les échanges commerciaux, afin de renforcer ses productions de vaisseaux et de marchandises, et, d'autre part, qu'elle rende aux citoyens français « la part de ce qu'ils doivent avoir[88] ».

[87] Arrest du Conseil d'Estat, pour le restablissement du commerce tant au dedans qu'au dehors du Royaume, [en ligne], 10 avril 1661.
[88] *Ibid*., p. 7.

S'en sont suivies de nombreuses années de recherche de réciprocité commerciale de la France avec ses voisins. Cela a été le cas avec les Pays-Bas. En mars 1661, Louis XIV a reçu un traité de la part d'émissaires néerlandais. La réponse positive du monarque était conditionnée à la réciprocité : il allait supprimer le droit de tonneau en contrepartie de l'ouverture des ports hollandais aux marchands français[89]. Cette exigence de réciprocité est globalement représentée en Europe, à la manière du Danemark. Le grand trésorier du Danemark Annibal de Schestedt a été envoyé en France en vue de signer un traité de commerce. Dans un projet de traité datant de 1671, tout avantage accordé était soumis à la réciprocité. Plus précisément, le Danemark était prêt à recevoir « les sels et vins de France à la condition que les navires français chargeraient en égale quantité des produits danois tels que beurre, fromage (…)[90] ». Deux critères de la réciprocité sont à relever dans cette lecture : la conditionnalité de la réciprocité et l'équivalence qui peut impliquer que l'objet échangé soit identique ou équivalent. L'objet de la réciprocité peut concerner des marchandises et des produits définis, comme c'est le cas ici. La réciprocité peut faire référence à un traitement de manière plus large. C'est par exemple le cas de la demande de Jean-Baptiste Colbert à l'ambassadeur français à Londres, le 26 septembre 1669. Colbert souhaitait que les Français et les Britanniques soient liés par un traité de commerce. Or, deux conditions étaient essentielles : *«* L'égalité de traitement entre les sujets de part et d'autre, et la liberté aux deux roys d'establir telle imposition que bon leur semblera dans leurs Estats, pourvu que leurs sujets y soyent également assujettis[91] *».*

En faisant référence aux « sujets de part et d'autre », Colbert entend soumettre le bénéfice du traitement à la réciprocité. Ces négociations avec l'Empire britannique ont été ouvertes dès 1663 sur le modèle du traité franco-hollandais de 1662. L'importance accordée à l'octroi réciproque du traitement national était le critère central du traité de 1662, mais probablement aussi ce qui bloquait l'avancée des négociations franco-britanniques. Cependant, la stratégie était la même elle a été également proposée aux Suédois comme l'indique une lettre datée du 30 octobre 1671 adressée à l'ambassadeur de Suède Simon Arnauld de Pomponne. Colbert y rappelle l'importance de la réciprocité : « Pour ce qui concerne les décharges réciproques des

[89] ISENMANN Moritz, « Égalité, réciprocité, souveraineté », *in* ALIMENTO Antonella STAPELBROEK Koen, *The Politics of Commercial Treaties in the Eighteenth Century: Balance of Power, Balance of Trade*, Springer International Publishing, 2017, p. 87.
[90] COLBERT Jean-Baptiste, « Lettre de Jean-Baptiste Colbert (ministre d'État) aux échevins de Rouen datée du 25 octobre 1662 », Collections numériques de la Sorbonne, 2, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1863, p. 417.
[91] COLBERT Jean-Baptiste, « Lettre de Jean-Baptiste Colbert (secrétaire d'État de la Marine et de la Maison du roi) à Louis XIV (roi de France) datée du 21 septembre 1669, à Paris », Collections numériques de la Sorbonne, 2, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1863, p. 492.

25 et 50 sols par tonneau en France (…) sa majesté se remet à ce que vous estimerez de plus avantageux pour le bien du commerce de ses sujets. Mais surtout, elle désire qu'en convenant desdites décharges réciproques, vous ne les accordiez qu'à un nombre égal de vaisseaux des deux nations, afin qu'elles tirent à aucune conséquence, ni pour l'une ni pour l'autre, d'autant que si la décharge estoit absolue pour tous les vaisseaux, les nations avec lesquelles Sa Majesté a des traités qui l'obligent de les traiter également, viendroient à demander les mesmes décharges qu'elle auroit accordées, ce qu'elle ne pourroit pas faire ; au lieu que si elles sont réduites à un nombre égal de vaisseaux, elles n'en tireroient aucun avantage[92]. »

Ce paragraphe est intéressant en ce qu'il soumet les avantages à des conditions de réciprocité, mais également à une clause de la nation la plus favorisée. C'est le cas lorsque Colbert explique que la France devra étendre les bénéfices accordés aux nations avec « lesquelles Sa Majesté a des traités qui l'obligent de les traiter également[93] ». De plus, la limite du nombre de vaisseaux qui pourront bénéficier des avantages réciproques s'apparente à des contingents. La réciprocité devra également s'analyser par ce biais, qu'ils soient tarifaires ou non. L'objet de la réciprocité est donc délimité et précis.

37. Le *jus gentium* comme fondement de la réciprocité. Cette utilisation courante de la réciprocité nous amène à nous interroger sur les fondements juridiques utilisés par ces nations. Dans les exemples évoqués, la couronne de France et ses voisins se référaient aux droits des sujets à disposer de règles commerciales égalitaires. L'arrêté de 1661 évoqué supra mentionnait le droit de ces sujets à obtenir ce à quoi ils avaient droit. Comme l'a écrit Moritz Isenmann, c'est au droit des gens, au *jus gentium*, qu'il est fait référence pour justifier des demandes de réciprocité, ou des mesures de réciprocité prises à la suite d'un défaut de réciprocité. Ce droit des gens permettait aux États d'agir de quelque manière que ce soit pour garantir le bien-être de ses sujets, sans nuire de manière arbitraire aux autres États[94]. Sans revenir aux théories du *jus gentium*[95], il convient de rattacher la conception du *jus gentium* du XVII[e] siècle aux relations réciproques commerciales de cette époque, pour comprendre pourquoi le droit des gens semble être la source de ces demandes de réciprocité. La recherche

[92] COLBERT Jean-Baptiste, « Lettre de Jean-Baptiste Colbert (secrétaire d'Etat de la Marine et de la Maison du roi) à Simon Arnauld de Pomponne (ambassadeur en Suède) datée du 30 octobre 1671 », *Collections numériques de la Sorbonne*, 2, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1863, p. 496.
[93] *Ibid.,* p.636.
[94] ISENMANN Moritz, « Égalité, réciprocité, souveraineté », *in* ALIMENTO Antonella STAPELBROEK Koen, *The Politics of Commercial Treaties in the Eighteenth Century: Balance of Power, Balance of Trade*, Springer International Publishing, 2017, p. 84.
[95] Pour plus de précisions sur la notion de jus gentium, voir : HAGGENMACHER Peter, « IX. Le problème du "ius gentium" », in *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Graduate Institute Publications, 2014.

d'une plus grande réciprocité dans les échanges s'inscrit dans une volonté de développer la liberté du commerce entre les États et donc d'abaisser les difficultés d'entrée aux marchés étrangers. Réciprocité et libre-échange sont donc fortement liés.

38. Le *jus gentium* a fait l'objet de nombreuses théories. D'une part, certains assimilaient cette notion au droit naturel. D'autres au contraire, préféraient voir le *jus gentium*, se rapprocher d'un droit civil, ou d'une dimension plus légaliste. Au XVIe siècle, Francisco de Vitoria a tenté de théoriser sur cette notion. Selon lui, le *jus gentium* relève du droit positif et du droit naturel. La source d'obligation de ce jus « résulte d'une convention, d'un accord dont les parties sont les humains eux-mêmes[96] ». Le consentement serait un consentement commun, virtuel[97]. François Connan va plus loin dans la théorie positiviste du *jus gentium*. Il oppose le droit naturel au droit civil et rapproche le *jus gentium* de ce dernier. Cependant, à la différence de la loi dont la validité résulte de la procédure législative, le *jus gentium* tire sa validité du « consentement de tous les humains, manifesté peu à peu et confirmé tacitement par des usages[98]. » Vasquez quant à lui revient à la distinction entre *jus gentium primarium* et *jus gentium secundarium*. Le second est une notion correspondant au droit des gens alors que le premier renvoie au droit naturel[99]. Le droit des gens, selon Vasquez, est un prolongement du droit civil. Il ne peut pas être un fondement du droit international, car son existence dépend de la volonté des États[100].

Dans cette veine, Martti Koskenniemi[101] opère une distinction entre droit naturel et *jus gentium*, lequel selon lui contient des dispositions juridiques s'adressant aux rapports humains et vient compléter le droit naturel. C'est pourquoi Suarez considérait que le *jus gentium* favorisait la liberté dans les rapports commerciaux et qu'aucune limitation sans cause raisonnable ne pouvait être acceptée. La protection du libre-échange n'est pas garantie par le droit naturel, mais par son dérivé le droit des gens, qui a conçu la libre propriété. Cependant, il ne doit pas être compris comme intégrant les règles du droit du contrat ou du droit civil. Pour Suarez, ce sont des principes qui sont nécessaires à une période donnée et qui viennent répondre à une demande urgence de relations humaines[102]. En voyant le libre-échange comme issu du droit des gens, les

[96] *Ibid*., paragr. 62.
[97] *Ibid*., paragr. 63.
[98] *Ibid*., paragr. 80.
[99] *Ibid*., paragr. 83.
[100] *Ibid*., paragr. 88.
[101] KOSKENNIEMI Martti, « The political theology of trade law : the scholastic contribution », *in From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011.
[102] *Ibid*., p. 92.

États étaient censés accorder aux autres la capacité d'intégrer le marché. Aucune limite ne devait freiner cette liberté. C'est pourquoi la réciprocité est au cœur du libre-échange protégé par le *jus gentium*. Si cette liberté des échanges doit être présente, elle n'est cependant pas absolue. Chaque État conserve en contrepartie le droit de protéger le commerce de ses sujets. L'objet de la réciprocité, ici, est d'assurer une régulation du libre-échange. Ainsi, la réciprocité se trouve au centre du droit des gens. Le corollaire de cette liberté serait que les États puissent avoir l'autorisation de contester le défaut de libre accès au marché. C'est pourquoi la libre propriété, garantie par le *jus gentium*, a permis à Grotius de considérer que les États avaient le droit de la protéger, et ce par le recours à la guerre si cela s'avérait nécessaire. Nous pouvons donc comprendre que si les demandes de réciprocité faisant suite au protectionnisme de certains États n'étaient pas résolues, des États pouvaient recourir à des mesures de protection pour assurer le droit de ses nationaux à disposer d'une liberté de commerce.

2. La hausse des recours à la réciprocité au XVIII^e^ siècle.

39. Face à ces comportements, les demandes de réciprocité et le recours aux représailles se sont multipliés. Les Britanniques ont accentué, dès 1690[103], leurs politiques protectionnistes. Ces mesures protectionnistes se sont traduites par une hausse continue des droits de douane. La fin du XVIIIe siècle a été marquée par de nombreuses législations commerciales défavorisant les exportations étrangères vers la Grande-Bretagne[104]. Par contagion, le reste de l'Europe en a fait de même et ces politiques se sont également étendues aux États-Unis. La réciprocité commerciale a été une technique qui a présidé aux premières relations commerciales de la république des États-Unis. Le premier accord commercial des États-Unis a été signé avec la France et est entré en vigueur le 17 juillet 1778. Ce traité a été conclu : « *for the reciprocal advantage of their Subjects and Citizens have thought it necessary to take into consideration the means of strengthening those engagements and of rendering them useful to the safety and tranquility of the two parties (…) ».*

S'en sont suivis de nombreux accords réciproques des États-Unis avec d'autres nations, dont la Grande-Bretagne, par exemple. À force de mesures protectionnistes, ces derniers ont cédé face à la nécessité de traiter les marchands étrangers de manière réciproque. Les traités d'amitié, de

[103] DAVIS Ralph, « The Rise of Protection in England, 1689-1786 », *The Economic History Review*, 19, [Economic History Society, Wiley], 1966, p. 307.
[104] *Ibid*., p. 313 et s.

commerce et de navigation témoignent de cette lutte pour l'ouverture des marchés, par le biais de la réciprocité. Ainsi en est-il du projet de traité entre les États-Unis et le Portugal de 1783. La forme réciproque de l'accord ainsi que la réciprocité sont inhérentes à ce traité. Le préambule indique que la durabilité des relations qu'ils souhaitent établir entre eux repose sur des arrangements fondés sur « l'égalité et la réciprocité la plus parfaite[105]». Le caractère réciproque tient ici à l'engagement des deux parties de s'engager. Mais la réciprocité concerne le contenu et la valeur de ce qui les engage. Ledit traité est explicite en ce que l'objet de la réciprocité est visé comme c'est le cas de l'article 5 : « L'Article précédent sera par la même réciprocité exactement observé en côté des États-Unis par rapport aux Vaisseaux et effets appartenant aux Sujets de sa dite Majesté qui se trouveront dans leurs Ports, Havres, ou Rades, contre quelque Violence qui puisse être commise par les Sujets des États-Unis. »

Par ailleurs, cette différence est accentuée par la référence explicite à la réciprocité dans les traités, pour conditionner l'octroi d'un avantage de la part d'un État à l'égard d'un autre. Ce point nous amènera à nous interroger sur l'existence de la réciprocité dans les relations et accords commerciaux contemporains, lorsqu'elle n'est pas mentionnée explicitement.

40. La distinction entre accord réciproque et réciprocité. Concernant à nouveau la distinction entre le caractère réciproque d'une obligation et la réciprocité, le traité d'amitié et de commerce américano-suédois de 1783[106] nous permet d'ajouter un autre critère de distinction entre les deux notions. L'article 18 paragraphe 4 stipule: « *The men of war and privateers of the two nations shall reciprocally be admitted with their prizes into each other ports; but the prizes shall not be unloaded or sold there until the legality of a prize made by Swedish ships shall have been determined according to the laws & regulations established in Sweden as also that of the prizes made by American vessels shall have been determined according to the laws & regulations established by the United States of America.* »

Il faut relever que lorsque la réciprocité est évoquée, elle l'est comme une jauge d'évaluation. Autrement dit, outre le rattachement de l'obligation à exécuter, elle permet d'évaluer le degré

[105] Portuguese Counterproposal for a Treaty of Amity and Commerce, [c. 7 June 1783], Founders Online, National Archives, *in The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 40, edition Ellen R. Cohn. New Haven and London,Yale University Press, 2011, pp. 123–132. Disponible sur: https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-40-02-0073

[106] The Swedish-American Treaty of Amity and Commerce, with Translation, 3 April [i.e., 5 March] 1783," [en ligne], *National Archives*, *in The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 39, edition. Ellen R. Cohn. New Haven and London, Yale University Press, 2008, pp. 250–285.] Disponible sur : https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-39-02-0154

de l'obligation. Or l'exemple de l'accord américano-suédois met en avant que le comportement réciproque concerne non pas le degré de l'obligation, mais uniquement le fait de relier des obligations entre elles. Il s'agit ici d'une obligation d'égalité de traitement sans mesure de l'obligation à exécuter. C'est aussi pour cela qu'il est nécessaire de différencier les obligations réciproques des obligations soumises à réciprocité.

Il ne semble pas opportun dans le cadre du présent développement d'évoquer davantage d'exemples. Ceux évoqués marquent la tendance des XVII[e] et XVIIIe siècles à préférer les relations réciproques et de réciprocité pour ouvrir les accès aux marchés. Cette tendance continuera durant le XIX[e] siècle, mais de manière moins homogène. Les protectionnistes opposés à l'égalité de traitement des marchands étrangers aux nationaux ainsi que les tenants d'un nouvel âge du libre-échange se sont opposés à la réciprocité.

B – Le dépassement progressif de la réciprocité au XIX[e] siècle

41. La réciprocité comme moyen de promouvoir le libre-échange entre les nations. Les mesures britanniques bloquant l'accès aux importations des marchands étrangers ont suscité de nombreuses représailles de la part de ses partenaires commerciaux comme les États-Unis. La loi Corn de 1815 a prohibé l'importation de nombreux produits provenant de marchands étrangers. À la suite de représailles américaines, le législateur britannique s'est doté en 1823[107], d'une législation sur la réciprocité qui établissait des accords réciproques avec les autres gouvernements. Selon les mots de William Huskisson, alors président du Board of Trade (secrétaire d'État au commerce international), il fallait que les droits imposés et autorisés sur les marchandises le soient de manière identique pour les produits importés ou exportés par des navires britanniques et étrangers[108]. Cependant, pour que ce bénéfice profite à un gouvernement étranger, le système de la réciprocité devait être appliqué. Autrement dit, il s'agissait de conditionner l'égalité de traitement, à de la réciprocité. Ce pouvoir d'évaluation de la réciprocité était confié au Roi qui n'avait pas la capacité d'imposer une taxe, mais de soumettre l'État non aligné à des restrictions. C'est dans ces mots que l'idée était pensée : « *That his majesty may be authorized by order in council, to direct the levying and charging of additional*

[107] Reciprocity of duties Act. The House having, on the motion of Mr. Huskisson, resolved itself into a committee on the Reciprocity of Duties, [en ligne] Vol 9 cc 795-802, 6 juin 1823. Disponible sur : https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1823/jun/06/reciprocity-of-duties
[108] *Ibid*.,

duties of customs, or the withholding of any drawbacks, bounties, or allowances, upon merchandise imported or exported into or from the United Kingdom, in vessels belonging to any country in which higher duties shall have been levied, or smaller drawbacks, bounties, or allowances, granted upon merchandise when imported into or exported from such country in British vessels, than are levied or granted upon similar merchandise when imported or exported in vessels of such country. »[109]

M. Ellice s'est joint à l'idée de M. Huskisson d'élargir le traitement réservé aux produits importés et exportés britanniques à une autre nation, selon le principe de réciprocité. Cependant, il a également ajouté dans son intervention qu'il espérait, lors de la levée des restrictions, une réduction des droits imposés aux matériaux de constructions de navires, afin de ne pas désavantager les armateurs britanniques. En reliant la réciprocité aux avantages concurrentiels, nous remarquons à quel point cette notion est indissociable de celle qu'on nomme le *level playing field*. Autrement dit, il faut que les différents acteurs du commerce puissent participer aux relations commerciales sur des bases concurrentielles similaires. Si, du point de vue juridique, l'identification de la réciprocité s'obtient par l'analyse des rencontres de volontés, notre approche juridico-économique devra prendre en compte cette équivalence économique afin de pouvoir la traduire juridiquement. À la suite de cette loi, la Grande-Bretagne a signé un accord réciproque avec la Prusse, où l'égalité de traitement des parties était conditionnée à la réciprocité. Toutefois, le bénéfice accordé à ces pays étrangers ne devait pas être équivalent aux bénéfices accordés aux colonies britanniques.

42. Les réticences portées à l'égard de la réciprocité. Cependant, aux États-Unis et surtout en Grande-Bretagne, de nouvelles tensions s'opposant à la réciprocité ont émergé. Par exemple, cela a été le cas en 1834, lorsque le président de la Shipowners society, George. F. Young, a demandé l'abrogation de la loi sur la réciprocité en raison de l'impact de la concurrence étrangère sur les armateurs britanniques. Autrement dit, la politique de libre-échange conditionnée par la réciprocité a affaibli la position commerciale britannique. Ce que propose M. Young, c'est un retour à un protectionnisme antérieur à la loi sur la réciprocité, en raison du manque d'ajustement de la part des autres nations commerçantes. Mais plus que cela, il souhaite que le pouvoir accordé au Roi dans l'évaluation de la réciprocité ne le soit plus, mais revienne au Parlement. Ce point nous intéressera dans la suite de nos développements, lorsque nous nous interrogerons sur l'autorité compétente à même d'évaluer la réciprocité et son défaut

[109] *Ibid*.,

d'application. N'ayant pas suscité l'adhésion, la proposition de M. Young a été toutefois rejetée. Mais elle s'inscrit dans un courant grandissant en Grande-Bretagne de critique de la réciprocité.

Ce que les adeptes du protectionniste n'ont pas réussi à faire, les tenants du libre-échange y sont parvenus. En effet, le comité restreint sur les droits d'importation du Parlement britannique a estimé que l'abandon de la réciprocité face à une politique de libre-échange était plus favorable au coût de production des produits britanniques exportés[110]. C'est pourquoi dès la fin des années 1830, une ligue « anti-Corn Law » souhaitait la suppression des réglementations protectionnistes sur les produits agricoles. Ils y sont parvenus en 1846 par l'abolition du Corn law. Cette tendance forte, présente en Grande-Bretagne durant le XIX^{e} siècle, s'inscrit dans un courant de pensée proche de Hume, qui considérait que les importations créent des exportations. En ce sens, les réductions tarifaires doivent être unilatérales et non réciproques[111].

43. Les cycles de réciprocité aux États-Unis. Dans la deuxième moitié du XIX^{e} siècle, la réciprocité était perçue aux États-Unis comme une pratique à la fois de protectionnisme et de libre-échange. Le degré de réciprocité était régulé selon les tendances politiques et commerciales, pouvant assurer davantage de protection ou garantir une politique de libre-échange. La seconde hypothèse se retrouve dans l'accord commercial de 1854 entre les États-Unis et le Canada. Cet accord avait pour but d'apaiser un différend entre les deux nations sur l'accès aux zones de pêcherie, qui a été résolu par le biais d'un accord de réciprocité. Même si nous verrons infra que la réciprocité économique peut être calculée, la réciprocité politico-juridique peut agir comme un standard de comportement, si bien qu'il faudra s'interroger sur la subjectivité de la réciprocité lors de son évaluation dans les accords contemporains. En effet, si la réciprocité est un standard de comportement, son degré d'exigence est variable. En cela, même si la réciprocité est le fruit d'une rencontre des volontés, il ne faut pas perdre de vue que cette notion peut résulter de la puissance unilatérale d'une partie, et donc, in fine, de sa volonté. Dès lors, la réciprocité ne peut être qu'imparfaite.

Les années qui ont suivi cet accord ont été marquées par des cycles de réciprocité et de non-réciprocité qui variaient selon les politiques protectionnistes ou de libre-échange. La fin de la deuxième moitié du XIX^{e} siècle voyait en la réciprocité une forme de protectionnisme. Ainsi, les nombreux courants de libre-échange qui se sont développés ont souhaité lutter contre ce

[110] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986, p. 14.
[111] Voir en ce sens : KINDLEBERGER C. P., «The Rise of Free Trade in Western Europe, 1820-1875 », *The Journal of Economic History*, 35, Cambridge University Press, 1975.

phénomène. Comme Robert Keohane le démontre[112], la politique nationale américaine a imposé des conditions de réciprocité par deux biais. Tout d'abord, en insérant dans le *Tariff Act* une vision punitive de la réciprocité. Ainsi, si un gouvernement étranger imposait des droits de douane sur certains produits, le gouvernement fédéral américain considérait avoir le droit d'agir de manière réciproque. Cet outil a été utilisé en 1890, puis abrogé en 1894, avant d'être réutilisé en 1897. Ensuite, en imposant la réciprocité grâce à la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, un État A, qui choisissait d'instaurer une conditionnalité à cette clause, et qui concluait un accord réciproque avec un État B, puis un autre avec un État C, devait accorder à l'État B le traitement le plus favorable qu'il avait octroyé à l'État C si et seulement si l'État B accordait des avantages équivalents à l'État A. Comme nous le verrons infra, le caractère conditionnel a majoritairement disparu des clauses de la nation la plus favorisée. Cependant, les accords listent dans leurs annexes, des exceptions à ces clauses et c'est en ce sens que l'application de la réciprocité peut exister.

Il découle de tout ce qui précède que la réciprocité née de la volonté des États a eu une vertu incitative de promotion du libre-échange. Si la Grande-Bretagne a joué un rôle prépondérant dans le domaine des politiques de réciprocité aux XVIII^{e} siècle et XIX^{e} siècles, par la suite ce sont les États-Unis qui ont été les meneurs. Ainsi, c'est le cas du *Reciprocal Trade Agreement Act*, qui va certes modifier la politique nationale commerciale des États-Unis, mais qui surtout aura une influence sur le projet du GATT.

Paragraphe 2 : La promotion de l'approche états-unienne de la réciprocité au XX^{e} siècle

44. Comme les marqueurs de la politique commerciale mondiale antérieurs au XXe siècle vus précédemment, le *Reciprocal Trade Agreement Act* (RTAA) de 1934 mérite d'être étudié en ce qu'il a façonné les politiques commerciales de l'époque et actuelles. Notre étude historique se limitera cependant à ce texte ainsi qu'aux accords internationaux ayant pris pour fondement cette loi et non pas toutes les prolongations accordées par le Congrès américain à l'exécutif. Compte tenu de l'impact du RTAA, il s'agira précisément de définir la façon dont le titulaire du pouvoir impose des mesures de réciprocité et négocie des concessions ayant cet

[112] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986, p. 15 et s.

objectif. Outre la compétence *ratione personae*, c'est le fonctionnement du système de réciprocité qui doit être mis en avant. Son objet sera déterminé ainsi que la manière dont le système politique de ratification des accords a été modifié. Nous constaterons, d'une part, que la réciprocité est également une réciprocité spécifique, et, d'autre part, qu'elle agit davantage comme outil de mesure orientant les négociations (A). Grâce à ces réformes, les Présidents des États-Unis suivants ont pu négocier de nouveaux accords sur la base du RTAA. L'intérêt sera de mesurer l'influence du RTAA sur ces accords ou, autrement dit, le poids de la volonté de l'État dans la définition de la réciprocité avec un autre État (B).

A – L'adoption du Reciprocal Trade Agreement Act de 1934.

45. Contextualisation. Le *Reciprocal Trade Agreement Act* s'inscrit dans une continuité de comportements fondés sur des représailles en vue de rechercher de la réciprocité. Rappelons avant tout que le RTAA intervient juste après la grande dépression de 1929. À sa suite, les politiques protectionnistes des républicains du Congrès étaient pléthoriques. Nous pouvons constater, comme cela a été exposé supra, que la réciprocité est cyclique dans les relations commerciales internationales. Elle succède souvent à une période d'extrême protectionnisme ou libre-échange. Ainsi, le RTAA a emboîté le pas de la loi *Smoot-Hawley* de 1930. Cette loi a permis aux États-Unis de se doter droits de douanes à l'importation très restrictifs et jamais atteints dans le passé. Le taux moyen de droit de douane était de 59%[113]. Face à cela, les autres nations commerçantes, comme l'Espagne ou encore le Canada, ont répondu par des représailles, conduisant à une chute des exportations américaines[114]. Bien que la réciprocité n'ait pas été prônée par le *Smoot-Hawley*, une telle logique y présidait. Plutôt que d'encourager à une réciprocité coopérative, cette loi était punitive. Le traitement discriminatoire était l'outil incitatif à l'abaissement des droits de douane extérieurs contrairement au RTAA qui a fondé sa réciprocité sur les concessions réciproques. Cette différence se matérialise dans la source créatrice de ces droits. Le *Smoot-Hawley Act* prévoyait des hausses unilatérales de droits de douane à l'importation et sans négociations préalables avec d'autres gouvernements. Les produits auxquels étaient imposés ces droits étaient choisis spécifiquement par rapport aux

[113] SCHNIETZ Karen E., « The Institutional Foundation of U.S. Trade Policy: Revisiting Explanations for the 1934 Reciprocal Trade Agreements Act », *Journal of Policy History*, 12, Cambridge University Press, 2000, p. 418.
[114] Voir en ce sens JONES Joseph M., *Tariff Retaliation: Repercussions of the Hawley-Smoot Bill*, [en ligne], University of Pennsylvania Press, 1934.

intérêts nationaux, mais surtout à la suite d'un intense lobbying des professionnels à l'égard des membres du Congrès[115]

46. Le titulaire du pouvoir de ratifier les accords réciproques. Bien que guidés par des choix politiques différents, c'est toujours au Président des États-Unis qu'il revient de signer des accords commerciaux avec des gouvernements étrangers. L'objet était de permettre au président d'engager des négociations avec des États dont la politique commerciale avait un effet négatif sur celle des États-Unis, ce afin d'élargir leur accès au marché. Pour respecter un accord, le président pouvait modifier les droits de douanes et autres restrictions à l'importation. Cependant, il pouvait également suspendre l'application de ces restrictions ou des avantages accordés si le pays en question ne respectait pas ses obligations[116]. Or, ces prérogatives étaient normalement celles du Congrès américain. Tout d'abord, l'article 1 Section 8 alinéa 3 de la Constitution des États-Unis indique que le Congrès des États-Unis aura le pouvoir de « réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États et avec les tribus indiennes » [117]. La compétence est d'abord celle du Congrès. La Cour suprême fédérale est venue affirmer que ce pouvoir de réglementer le commerce entre les différents États a été accordé au Congrès en termes aussi absolus que le pouvoir de réglementer le commerce avec les nations étrangères[118]. Ainsi avant le RTAA, il fallait un vote positif à la majorité des deux tiers des sénateurs pour ratifier l'accord commercial et lui accorder une valeur de traité. Le RTAA est passé outre cela, mais il prévoit que le Congrès doit autoriser tous les trois ans le Président américain à disposer des pouvoirs garantis par ce texte. La position présidentielle était la garantie de la protection des intérêts nationaux et non uniquement locaux, comme certains membres du Congrès ont pu se le voir reprocher[119]. Au cours du XIX^{e} siècle, de nombreux accords commerciaux réduisant les droits de douane à l'importation n'ont pas été ratifiés à cause de la complexité d'obtenir les votes des deux tiers des sénateurs requis pour ratifier un accord commercial. De 1844 à 1933, seuls 3 accords commerciaux ont été ratifiés, contre 27 accords bilatéraux entre 1934 et 1946[120]. La politique commerciale des États-Unis reposait donc sur une logique protectionniste de comportements unilatéraux. En transférant le pouvoir de décision de

[115] HAGGARD Stephan, « The institutional foundations of hegemony », *International Organization*, 42, Cambridge University Press, 1988, p. 91.
[116] UNITED STATES CONGRESS, Reciprocal Tariff Act of 1934, [s. n.], Sect. 350 (a) (2), 1934.
[117] U.S. Constitution, 1787.
[118] États-Unis, Cour supreme, Pittsburg and Southern Coal Company. v. Bates, 156 U.S. 577, 4 mars 1985 p. 587.
[119] SCHNIETZ Karen E., « The Institutional Foundation of U.S. Trade Policy: Revisiting Explanations for the 1934 Reciprocal Trade Agreements Act », *Journal of Policy History*, 12, Cambridge University Press, 2000, p. 433.
[120] *Ibid*., p. 435.

ratification des accords commerciaux au Président, les États-Unis, ont permis la ratification d'accords qui avaient pour but d'accorder un accès réciproque aux marchés des parties. Le titulaire du pouvoir de ratifier des accords commerciaux, et aussi d'agir sur les relations commerciales, a une influence sur l'application de la réciprocité.

47. La procédure de ratification de l'accord réciproque. Pour renforcer le pouvoir du Président et stabiliser la ratification des accords commerciaux, la section 4 du RTAA réduit l'influence des acteurs privés et des groupes de pression. En effet, avant le RTAA, les pressions visant à augmenter les droits de douane étaient réalisées de manière implicite, mais également explicite. Les industriels n'hésitaient pas à faire porter leur mécontentement auprès des sénateurs pour s'opposer à une baisse des droits de douane. La Section 4 du RTAA annonçait un avis de publicité raisonnable, informant de la conclusion d'un accord. Cela permettait aux acteurs extérieurs à l'élaboration de l'accord d'être une force de proposition. Cependant, il ne s'agissait que d'une présentation d'une opinion, qui n'avait aucune force obligatoire. Elle pouvait être adressée au président des États-Unis ou à un comité inter-agences. En amont, de la ratification de l'accord par le Président, ce comité supervisait le déroulé des négociations des accords. C'est lui qui annonçait et recevait les avis des particuliers, une fois qu'il avait publicisé son intention de négocier[121].

48. La recherche d'une réciprocité spécifique. Les négociations présidant un accord commercial ciblaient les produits qui devaient, par leurs caractéristiques, bénéficier aux besoins de la production américaine. C'est pour cela que la réciprocité est davantage un instrument de mesure qui produit des conséquences juridiques. C'est d'autant plus un outil visant à assurer un équilibre, qu'en recherchant la réciprocité spécifique, les États limitent l'objet des négociations à leur avantage. Selon Robert Keohane[122] la réciprocité spécifique s'évalue entre des partenaires commerciaux définis, dans un temps précis. L'évaluation n'est pas globale, mais concerne directement des produits déterminés. La recherche de la réciprocité ne découle pas de prétentions souveraines, ou d'une recherche d'équité, mais s'explique par des intérêts économiques. Ainsi, à titre d'exemple, bien que le projet de Hull soit de conclure le plus grand nombre d'accords bilatéraux pour éviter l'imposition de mesures discriminatoires à l'égard des États-Unis, l'ouverture du marché américain devait être réciproque, mais était limitée à certains

[121] *Ibid*., p. 437.
[122] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986, p. 4.

États. En effet s'appliquait la règle dite du « fournisseur principal » [123]. Cette règle voulait que les négociations et les avantages soient menés avec l'État principal exportateur d'un produit spécifique. Cette règle venait structurer la recherche de la réciprocité, car, à partir de 1922[124], les États-Unis étendaient les avantages d'un accord entre États à un autre, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée de façon inconditionnelle et non plus conditionnelle. Dès lors, en accordant des avantages sur la base du fournisseur principal, les États-Unis pouvaient négocier de manière réciproque avec les États dont les importations vers les États-Unis étaient numériquement supérieures, tout en limitant les comportements resquilleurs.

Telle qu'elle ressort du RTAA, elle n'est pas un objectif, mais un moyen d'obtenir le résultat d'une politique. Toutefois, en reliant les comportements de chaque partie et en les rendant dépendants, cette réciprocité crée une réciprocité juridique. C'est pour cela que la réciprocité ne peut pas être considérée comme une obligation d'exécution née de l'engagement des parties, mais plutôt comme une obligation à exécuter. La réciprocité renvoie au caractère matériel et au contenu de l'obligation à exécuter. En ce sens, elle ne rompt pas les engagements qui continuent de vivre, mais elle rompt l'exécution de l'obligation.

Le RTAA met par ailleurs en avant l'importance de la volonté de l'État dans l'exécution des obligations commerciales. Si le Président est investi du pouvoir de ratifier des accords commerciaux, il dispose également de la capacité d'ajuster les droits de douane en fonction du comportement d'un autre État. Il le peut en présence d'un accord commercial comme en son absence. Cela laisse donc entrevoir le rôle de la volonté sur le bénéfice des avantages accordés. Mais cela suppose également que les mécanismes de réciprocité existent en dehors des accords commerciaux, ce qui nous encourage à la voir comme le fruit de la volonté des États plutôt que comme le résultat des engagements des Parties. À cette étude unique de la loi, il faut cependant interroger la manière dont les États-Unis ont réussi à projeter leurs visions de la réciprocité dans les accords commerciaux bilatéraux.

49. La diffusion critiquée de la théorie états-unienne de la réciprocité. Les États-Unis, par le biais du RTAA, ont tenté d'imposer une nouvelle vision du commerce international, vision qui n'a pas suscité l'adhésion immédiate de tous les États. C'est par exemple le cas du

[123] IRWIN Douglas *A., From Smoot-Hawley to Reciprocal Trade Agreements: Changing the Course of U.S. Trade Policy in the 1930s* , National Bureau of economic research, [en ligne], janvier 1998 Working paper n°5895, p. 343.
[124] Tariff Act of 1922 With Index. H. R. 7456 to Provide Revenue, to Regulate Commerce With Foreign Countries, to Encourage the Industries of the United States and for Other Purposes, 1.

Brésil. En août 1934, les États-Unis et le Brésil ont annoncé leur intention de négocier un accord commercial réciproque. Bien qu'il ait été signé le 2 février 1935, il n'est entré en vigueur que le 1er janvier 1936. Les parlementaires brésiliens avaient fait part de leurs hésitations à ratifier ce traité. Ils voyaient les nombreux abaissements tarifaires comme autant d'atteintes à la concurrence aux industries et produits brésiliens. Aux États-Unis, cet accord était vu comme respectant les principes équitables des relations commerciales[125]. L'équité sera utilisée à de nombreuses reprises comme fondement de la réciprocité et pour justifier son existence. À l'exemple brésilien s'ajoutent de nombreux accords commerciaux réciproques. À la lecture de l'accord réciproque signé par les États-Unis et la Finlande le 18 mai 1936, la réciprocité par équivalence des concessions apparaît comme étant davantage recherchée que la réciprocité par identité. Ce constat est réitéré par les échanges entre les représentants commerciaux des États-Unis et de la Finlande. À la lecture de ceux-ci, on relève que les deux États se sont accordés des concessions sur la base d'une réciprocité de produits différents, mais considérés comme équivalents.

La réciprocité a donc été influencée par le RTAA et les accords qui ont pour fondement juridique le RTAA. Mais son influence ne s'arrête pas aux relations bilatérales américaines. Compte tenu de l'importante de la place des États-Unis dans les négociations multilatérales pour la création d'une organisation internationale du commerce, le RTAA a pu participer au modelage de la réciprocité au sein de ces organisations comme l'exemple du GATT le démontre.

B – L'influence du Reciprocal Trade Agreement Act dans l'élaboration d'une réciprocité multilatérale.

50. La place du RTAA dans la genèse de l'organisation internationale du commerce. Le RTAA a influencé le début des négociations relatives à la charte de l'Organisation internationale du commerce (OIC). Mais les logiques commerciales présidant aux relations multilatérales ont très vite supplanté les accords réciproques bilatéraux par une nouvelle manière de négocier. Alors que les accords réciproques commerciaux signés par les États-Unis reposaient sur une étude réciproque des marchandises négociées, cette nouvelle

[125] Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1935, The American Republics, Volume IV - Office of the Historian.

charte de l'OIC servait d'autres objectifs, comme la lutte contre les concentrations. Ce changement de paradigme a été confirmé par le Professeur Wilcox. Lors d'une audition[126] devant le comité des finances du Sénat états-unien, le Professeur a été interrogé sur la genèse de la charte de l'OIC. Plus précisément, le Sénateur Johnson a souhaité comprendre l'absence de références des accords commerciaux réciproques et du RTAA dans l'ascendance de la charte de l'OIC. Ces accords auraient dû constituer des préalables aux négociations, car dans la déclaration de la Commission tarifaire des États-Unis, il est indiqué que les États-Unis ont entamé des négociations avec 15 nations en vertu de la loi sur les accords commerciaux (*Trade Agreement Act)*. Ceci est d'autant plus le cas que lors de cette audition, le Sénateur Johnson a rappelé que le préambule des accords commerciaux réciproques va dans le même sens que la charte de l'OIC. Cependant pour le Professeur Wilcox, cette charte va beaucoup plus loin que la question de la réciprocité dans les accords commerciaux bilatéraux et ne couvre pas uniquement cet aspect des relations commerciales. De plus, lorsque les négociations ont été lancées par les États-Unis en décembre 1945, ils l'ont fait sur la base du *Trade Agreement Act*. Or, par la suite, la première réunion a été celle du Conseil économique et social des Nations-unies qui a voté la création d'un comité préparatoire chargé de travailler sur l'élaboration d'une organisation internationale du commerce. Ainsi, lors de la mise en place de négociations sous l'égide du *Trade Agreement Act*, les États-Unis se sont placés sous l'égide des Nations-unies.

L'arbre généalogique de la charte de l'OIC marque donc une distanciation par rapport au *Reciprocal Trade Agreement Act*. Cependant, il ne s'éloigne pas des logiques d'accords réciproques, mais les aménage. L'« *escape clause* » autrement appelée clauses de sauvegarde a été un outil central des accords bilatéraux réciproques qui ont été signés à la suite du RTAA. Ces clauses permettent à un État de ne plus respecter ses concessions, si par exemple des importations de marchandises étaient telles qu'elles causeraient ou pourraient causer une menace pour les industries importatrices du pays. Cependant, bien qu'elles soient présentes dans les accords commerciaux, le rapport écrit de l'audition auprès de la Commission des finances marquait la volonté de limiter les effets de cette clause. C'est pourquoi le but des États-Unis dans l'élaboration de la charte de l'OIC était de promouvoir sa définition des clauses de sauvegarde. Néanmoins, cette attitude était également le signe d'un allégement des obligations réciproques. À la suite des nombreux accords réciproques signés par les États-Unis avec des

[126] INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION, *Hearings Before the Committee on Finance, United States Senate, Eightieth Congress, First Session, on Trade Agreements System and Proposed International Trade Organization Charter, U.S. Government Printing Office*, 1947, p. 60.

nations étrangères, les premiers ont constaté des comportements de passagers clandestins provenant des secondes. En limitant l'influence des clauses de sauvegarde, les États-Unis entendaient déjà confier à l'OIC, un pouvoir de lutter contre ces comportements non réciproques.

51. Distinction entre l'accord réciproque et la réciprocité. Cette critique des accords commerciaux réciproques ainsi que de la réciprocité qu'elle est censée traduire est plus virulente dans une audition de 1949[127] auprès de la même commission. Au cours d'une discussion entre le Professeur Clayton et le Sénateur Millikin, on note que les logiques de réciprocité et leurs performances dans les accords commerciaux bilatéraux sont interrogées. Alors qu'il détaillait le nombre d'accords réciproques que détenaient les États-Unis avec ses partenaires commerciaux, le Professeur Clayton a établi une distinction entre le nombre d'accords réciproques et la qualité de la réciprocité. Pour M. Millikin[128], ces accords réciproques apparaissaient inefficaces en ce que les États-Unis devaient faire face aux restrictions monétaires, aux licences de quotas ou encore aux dévaluations successives de leurs monnaies. En relevant cela, c'est l'objet de la réciprocité dans les accords commerciaux qui est critiqué. Pour le Professeur Clayton, la réciprocité réside non pas dans la globalité de l'accord, mais dans les concessions faites en matière de réduction des droits de douane. En considérant cela, il retient une définition stricte de la réciprocité, non fondée sur le volume des échanges général de l'accord, mais d'une manière plus précise. Or, les droits de douane sont considérés comme un obstacle insignifiant des relations commerciales internationales[129]. Il y a dès lors deux cas à appréhender. Tout d'abord ce constat peut conduire à un glissement des attentes de réciprocité en matière de réduction des droits de douane vers la recherche d'une réciprocité étendue aux obstacles dans le commerce international. Ensuite, cela peut signifier, comme le souhaitait le Professeur Clayton, que la réciprocité en matière de réduction des droits de douane sera performante, car les organisations multilatérales, comme le Fonds monétaire international (FMI) et l'OIC, ont pour objet de lutter contre ces obstacles.

52. L'échec de l'OIC. Néanmoins, les discussions autour de l'OIC n'ont pas donné lieu à la création effective de cette organisation. En effet, l'exécutif américain devait bénéficier de

[127] United States Congress Senate Committee on Finance, Extension of Reciprocal Trade Agreements Act: Hearings Before the Committee on Finance, United States Senate, Eighty-first Congress, First Session, on H.R. 1211, an Act to Extend the Authority of the President Under Section 350 of the Tariff Act of 1930, amendé en 1949.
[128] *Ibid*., p. 172 et s.
[129] *Ibid*., p. 175.

l'accord du Congrès. Contrairement au GATT, le *Reciprocal Trade Agreement Act* n'a pas été utilisé pour octroyer au président des États-Unis le pouvoir de négocier et signer des accords commerciaux multilatéraux. C'est pourquoi dans un mémorandum[130] du Secrétariat du Président des États-Unis, l'exécutif a certes souhaité poursuivre le processus de réduction des droits de douane et des barrières commerciales, mais a également demandé l'autorisation de participer avec d'autres nations à un forum international de règlement des différends commerciaux. Ce forum devait être l'OIC, mais comme cela est suggéré dans le mémorandum, il n'était plus possible en 1950 de poursuivre ce projet, car cela se traduirait soit par un rejet de la charte de l'OIC, soit par un plus grand retard[131]. C'est pourquoi, à la place, il a été proposé de participer à l'élaboration d'une organisation internationale dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Depuis, la perception de la réciprocité dans nos relations commerciales a été modifiée, car bien que des accords bilatéraux commerciaux ait été signés, les relations réciproques se sont organisées à l'intérieur de cette enceinte et ceci de manière multilatérale.

D'une réciprocité stricte, le multilatéralisme et notamment le GATT ont permis sa transformation en réciprocité diffuse.

[130] Foreign Relations of the United States, National Security Affairs; Foreign Economic Policy, Volume I - Office of the Historian, *Memorandum by the Deputy Assistant Secretary of State for Economic Affairs (O'Gara) to the Secretary of State*, publié le 13 novembre 1950.
[131] *Ibid*.,

Section 2 : La promotion d'une « réciprocité diffuse » par les accords du GATT

53. Contextualisation. Les logiques de réciprocité présentes dans le GATT ont été influencées par le *Reciprocal Trade Agreement Act*, comme nous avons pu le présenter. Le GATT a été signé en 1947, et a fait place à l'OMC dès 1994. Si l'Organisation s'inscrit dans un courant de libre-échange et d'ouverture des marchés, elle ne doit pas être vue uniquement comme telle. Le GATT permet aux États d'avoir recours à des mécanismes protecteurs de leur économie ou encore de refuser de respecter des engagements pour des motifs environnementaux, de santé ou encore moraux[132]. Le fait d'inscrire le GATT dans un contexte économique et politique nous permet de comprendre l'évolution de la réciprocité. Le GATT s'est construit grâce à l'hégémonie des puissances britanniques et surtout américaines. Les États-Unis y ont certes permis l'inclusion de la réciprocité, mais également de l'application inconditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée. Par ce biais, les résultats des négociations réciproques et bilatérales avec un principal fournisseur étaient étendus à toutes les Membres du GATT. Mais lors des négociations, les logiques de puissances et de pouvoir ne sont pas absentes. Le pouvoir peut être défini comme « la capacité d'un acteur (qu'il s'agisse d'une personne, d'un parti, d'un pays, etc.) de contraindre un autre acteur à faire quelque chose qu'il ne ferait pas sans cela »[133]. Dans la définition du pouvoir, on retrouve la notion de contrainte. *In fine,* ces logiques de pouvoir peuvent avoir des conséquences sur la réciprocité. La réciprocité existe quand les États considèrent qu'elle est présente. Or, si un État est contraint d'accepter le résultat d'une négociation, l'existence d'une réelle réciprocité se pose. Le troisième alinéa du préambule du GATT de 1947 stipule que « (…) désireux de contribuer à la réalisation de ces objets par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international, (…) ». Alors que cette réciprocité était stricte avant GATT, elle est devenue diffuse par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée et de l'évolution des méthodes de négociations. Robert O. Keohane, voit en la réciprocité diffuse une notion moins précise, qui ne concerne pas des acteurs particuliers, mais qui s'évalue à l'échelle d'un groupe[134]. En délivrant une comparaison avec

[132] Article XX du GATT.
[133] VANGRASSTEK Craig, *Histoire et avenir de l'Organisation Mondiale du Commerce,* Organisation Mondiale du Commerce, BERNAN Press, p.23.
[134] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986, p. 4.

les échanges sociaux, Robert O. Keohane définit en partie la réciprocité par le fait que les obligations sont réalisées de manière séquentielle. En autorisant des séquences d'actions et non pas des actions simultanées, cela engage les parties à ne pas adopter des comportements déviants durant toute la durée des relations. Cela signifie que l'évaluation de la réciprocité devra être également réalisée sur un temps long. Cependant, Robert O. Keohane ne met pas en opposition la réciprocité spécifique et la réciprocité diffuse, et constate des cohabitations[135]. Selon une approche historique, ce passage de la réciprocité spécifique à la réciprocité diffuse peut être analysé en deux temps. Tout d'abord, et comme cela a été déjà mentionné, les évolutions des négociations quant à leur objet et à la détermination de la réciprocité ont permis un glissement vers la réciprocité diffuse (paragraphe 1). Mais ce n'est pas la seule cause. Le développement des obligations de non-discrimination, comme la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, a permis d'étendre les avantages d'une négociation, non pas uniquement à certaines parties, mais à l'ensemble des États signataires du GATT. Cependant, cette réciprocité diffuse ne concerne pas tous les États, car les Pays les moins avancés et ceux en voie de développement doivent ne pas s'y soumettre (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'adaptation de la réciprocité aux objets de négociations

54. Les formes de réciprocité spécifique et diffuse sont avant tout économiques, car elles s'attachent à l'étude de l'équivalence entre les parties dans les relations commerciales. Elles sont ensuite juridiques en ce que ces relations de réciprocité font naître des liens d'obligation ou de contraintes entre les parties. Dans le cadre du GATT, les références à la réciprocité concernent les négociations et renégociations. Elles sont donc fortement économisées. Cependant, si les États déterminent ce qui devrait être considéré comme de la réciprocité, il n'existe pas de réelle définition de la réciprocité dans les accords du GATT ou dans les documents des cycles de négociation, aussi bien qu'il n'existe pas une technique officielle de formule de négociation des tarifs douaniers. Il découle de l'étude de l'évolution de l'objet des négociations, que les négociations sectorielles, ou dites « produit par produit », ont cédé la place à des négociations plus globales. Cela a eu des conséquences sur l'évaluation de la réciprocité (A). Une fois ce travail d'élaboration de la réciprocité terminé, il s'agira de démontrer que ce

[135] *Ibid*., p. 27.

qui est propre aux marchandises ne peut pas s'appliquer en matière de commerce des services. Si la notion de réciprocité diffuse répond à un besoin institutionnel de multilatéralisation et donc d'extension des avantages réciproques à l'ensemble des parties, la logique présidant aux négociations en matière de services est teintée de réciprocité, mais n'a pas ce but. (B).

A – L'absence de définition de la réciprocité lors des cycles de négociation

55. Les premiers cycles de négociation. Au cours des cycles de négociation du GATT, la notion de réciprocité a de nombreuses fois été utilisée, sans toutefois être précisée. Le premier cycle de négociation, comptant 23 États, est celui de Genève en 1947. Les mentions à la réciprocité y sont certes présentes, mais peu d'éléments nous permettent d'analyser ce qui est couvert par la réciprocité. Il faut donc débuter notre analyse au cycle de Dillon de (1960-1961). C'est des débuts jusqu'à ce cycle que les négociations au GATT sont passées, d'une part, de concessions accordées uniquement bilatéralement et s'étendant par la clause de la nation la plus favorisée, à, d'autre part des concessions faites de manière unilatérale à l'ensemble des États. À partir du cycle de Kennedy, qui a débuté en 1964, les concessions sur les droits de douane ont été réduites et étendues automatiquement. Entre les deux cycles évoqués, la réciprocité a été plus accentuée, car d'un partenaire ou de quelques-uns, les concessions ont été étendues automatiquement à l'ensemble. Il nous faut toutefois relever que les négociations bilatérales ne l'étaient pas totalement. Les États pouvaient également constituer des couples de pays et négociés au sein de ces couples. Pour évaluer la réciprocité, le représentant des États-Unis indiquait lors des négociations, qu'en plus des concessions et des réductions tarifaires qui représentaient la valeur des échanges, d'autres éléments ont permis d'aboutir à une réciprocité plus juste. Les États-Unis ont, par exemple, cherché à équilibrer les concessions en réajustant les niveaux de droits, ou en s'intéressant à l'élasticité de l'offre et de la demande[136].

56. Le cycle de Tokyo. De 1973 à 1979, le cycle de Tokyo a également permis des évolutions de la réciprocité, mais surtout sur la non-réciprocité, comme cela sera développé infra. Ce cycle a fait suite à deux déclarations sur les relations économiques internationales, signées entre les États-Unis et la Commission de la Communauté économique européenne et

[136] U.S. Office of Special Representative for Trade Negotiations, *Report on United States Negotiations*, 1967, Vol. I, page iii.

entre les États-Unis et le Japon. Ces derniers se sont engagés à soutenir les négociations multilatérales du GATT de 1973 sur la base de l'avantage mutuel et de l'engagement mutuel avec une réciprocité globale[137].

57. La déclaration de Punta del Este. En comparaison, dans la déclaration ministérielle de Punta del Este du 20 septembre 1986, qui a présidé aux négociations du cycle de l'Uruguay, la mention de réciprocité n'apparaît pas, alors que celle de non-réciprocité pour les pays en voie de développement y est présente. Cependant, elle transparaît dans sa partie B : *« (i) Negotiations shall be conducted in a transparent manner, and consistent with the objectives and commitments agreed in this Declaration and with the principles of the General Agreement in order to ensure mutual advantage and increased benefits to all participants. »*[138] En mentionnant les principes généraux de l'accord en vue d'assurer un avantage mutuel, nous pouvons comprendre par ce biais qu'il s'agit d'une réciprocité diffuse, non fondée sur la satisfaction spécifique - produits par produits - des États, mais par la recherche d'une réciprocité qui se satisfait de manière séquentielle, globale et sur un temps long. Cependant, la réalité des négociations et le texte en question ne sont pas forcément en adéquation. En guise d'explication, une comparaison avec les négociations du cycle de Tokyo est nécessaire.

58. Des négociations produit par produit... Avant tout, il faut rappeler la manière dont les diverses négociations tarifaires conduisent aux réductions tarifaires. Les cinq premiers cycles de négociations ont été guidés par des concessions faites produit par produit. Cette technique est le signe explicite d'une recherche de réciprocité spécifique. Les États, jusqu'au cycle de Dillon inclus, ont négocié des produits de manière bilatérale avec d'autres États qui offraient des concessions réciproques pour une marchandise dont les premiers étaient les fournisseurs principaux. La règle du fournisseur principal signifie que les États peuvent demander des concessions ou des avantages sur des produits où ils sont les principaux fournisseurs. Dans ce cas, les parties contractantes devaient échanger des listes de concessions. Un autre État qui n'était pas le principal pouvait tout de même utiliser cette règle pour négocier quand le fournisseur principal ne participait pas aux négociations. La réciprocité était fortement rattachée à cette négociation produit par produit. En effet, le rapport de la première session du comité préparatoire des Nations-unies sur le commerce et l'emploi voit en cette technique la

[137] General Agreement on Tariffs and Trade [GATT] - The Tokyo Round of Multilateral Trade Negotiations - Geneva, Avril 1979, p. 4.
[138] General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) - Punta Del Este Declaration, [en ligne], Déclaration ministérielle, 20 septembre 1986. Disponible sur : http://www.sice.oas.org/trade/punta_e.asp

solution pour garantir des échanges réciproques. Pour guider les négociations, ce comité avait rappelé qu'elles devaient être menées sur une base réciproque et mutuellement avantageuse[139]. De plus, il a également défini ce qui était entendu par l'expression de fournisseur principal. Selon lui, la définition de cette notion repose certes sur la capacité d'un Membre du comité préparatoire à être une partie principale dans la fourniture de la marchandise, mais également sur l'évaluation de la capacité des Membres dans leur totalité, à fournir une partie principale du produit en question. Le membre importateur pourra donc demander à ce que soit inscrit le produit en question dans les listes de concessions du moment qu'un membre ou l'ensemble des membres sont considérés comme des fournisseurs principaux[140]. Le principe était ensuite, selon l'article XXVIII, d'étendre le résultat des négociations par le biais de la clause de la nation la plus favorisée. Le fait que le fournisseur principal inclue, dans les listes de concessions, le produit pour lequel il reçoit cette qualification, participe à l'ouverture des marchés et au libre-échange. En procédant ainsi, il est plus simple et plus transparent de rechercher une réciprocité spécifique entre les deux acteurs. Numériquement, cette situation a conduit les États, lors des cinq premiers cycles de négociations à multiplier les accords bilatéraux. Le premier cycle de négociation de 1947 à Genève, comptait 23 participants pour près de 120 accords bilatéraux entre eux. Avec l'augmentation du nombre de Membres, la mise en place de cette technique alourdissait et allongeait les négociations. Bien que favorable à une réciprocité spécifique, le cycle, dit de Kennedy, a permis une nouvelle technique fondée sur les formules tarifaires. Plutôt que de veiller au respect de la réciprocité stricte, produit par produit, la réciprocité est devenue diffuse, globale.

59. … au développement des formules tarifaires. Ainsi, les formules tarifaires sont apparues lors des négociations du cycle de Kennedy. Elles ne sont pas obligatoires, chaque État utilisant la formule lui convenant. Cependant, elles donnent lieu à des négociations en amont pour choisir la plus adaptée. La formule du calcul choisie fixera le taux tarifaire final. Il existe tout d'abord les formules dites linéaires. Elles consistent en l'application d'une réduction en pourcentage sur les produits concernés. Elles sont simples, mais inefficaces contre les crêtes tarifaires en ce qu'elles ne peuvent pas lutter efficacement contre les droits déjà très hauts initialement[141]. Une autre technique de formulation dite Suisse, a été proposée lors du cycle

[139] CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Report of the first session of the preparatory committee of the United Nations conference on trade and employment*, [en ligne], E/PC/T/34/, 5 mars 1947, p. 49. Disponible sur : https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/34.PDF

[140] *Ibid*.,

[141] VANGRASSTEK Craig, *Histoire et avenir de l'organisation mondiale du commerce*, Organisation Mondiale du Commerce, BERNAN Press, 2016, p. 332.

de Tokyo. Elle permet de lutter contre les crêtes tarifaires, car sa formule prend en compte une réduction en pourcentage auquel est associé un coefficient. Le résultat du calcul donnera le nouveau droit. Plus le coefficient est bas, plus le taux tarifaire final sera bas. Elle permet de lutter contre les crêtes tarifaires en ce que même si le taux initial était haut, l'ajustement des coefficients ferait chuter celui-ci. Enfin la dernière technique est la réduction étagée[142]. Celle-ci prévoit, contrairement à la formule linéaire, plusieurs pourcentages de réduction en fonction du taux de base. Plus ce dernier sera haut, plus il en ira de même du pourcentage de réduction.

60. L'influence des formules sur le choix de réciprocité. Ces diverses techniques de réduction tarifaire ont des conséquences sur le type de réciprocité en question. En comparant le cycle de Tokyo à celui de l'Uruguay, on peut remarquer que les techniques sont différentes. Lors du premier, la formule dite Suisse a été appliquée pour une majorité d'États tandis qu'une autre partie a souhaité appliquer la formule linéaire[143]. Et, pour le second cycle, il n'y a pas eu de préférence majoritaire quant à la formule à appliquer. Ces différentes techniques emportent des conséquences distinctes. À titre d'exemple, un pays qui souhaiterait une réduction limitée de ses droits de douane serait davantage intéressé par la formule linéaire. Et un État qui disposerait d'un avantage comparatif sur un certain marché, quant à lui, serait plus à même de choisir la formule dite Suisse, et inciterait ses interlocuteurs à opter pour cette solution. L'évaluation de la réciprocité serait alors différente, car, la formule adoptée conduirait à modifier quantitativement les concessions et avantages accordés. Concernant la formule employée lors du cycle de l'Uruguay, aucun consensus n'a pas pu être trouvé. Les Communautés européennes souhaitaient une réduction linéaire des tarifs, avec une adaptation pour les pays en voie de développement, et la Suisse avait proposé une formule d'harmonisation. Les États-Unis face à cette situation proposaient d'utiliser la procédure de demandes et d'offres. Lors de l'examen de mi-parcours, en décembre 1988,[144] du cycle de Montréal, il a été décidé que les États étaient libres de choisir leur technique de négociation à condition de respecter les principes énoncés. Les ministres ont alors convenu que les objectifs étaient de promouvoir :

---

[142] *Ibid*., p. 334.
[143] General Agreement on Tariffs and Trade [GATT] - The Tokyo Round of Multilateral Trade Negotiations - Geneva, Avril 1979, p. 40.
[144] DIVISION DE L'INFORMATION ET DES RELATIONS AVEC LES MÉDIAS DU GATT, *Cycle des négociations commerciales multilatérales - Uruguay Round*, Dossier de presse, [en ligne], juillet 1990, p. 8. Disponible sur : https://docs.wto.org/gattdocs/r/UR/NUR/UNNUMBERED199007.pdf

« a) Réduction substantielle ou, s'il y a lieu, élimination des droits de douane par tous les participants en vue d'abaisser et de rendre plus uniformes les taux, y compris réduction ou élimination des droits élevés, des crêtes tarifaires, de la progressivité des droits et des droits peu élevés, l'objectif étant d'arriver à des réductions globales au moins aussi ambitieuses que celles effectuées par les participants au Tokyo Round qui ont appliqué la formule.

b) Augmentation substantielle du champ des consolidations, y compris des consolidations à des taux plafonds, de façon à accroître la sécurité et la prévisibilité du commerce international.

c) Nécessité d'élaborer une approche afin qu'un crédit soit accordé pour les consolidations ; il est aussi reconnu qu'il sera dûment tenu compte aux participants des mesures de libéralisation qu'ils ont adoptées depuis le 1er juin 1986.

d) Échelonnement des réductions tarifaires sur des périodes appropriées à négocier. »[145]

Les pays qui ont choisi d'utiliser la formule dite suisse ont contribué au maintien de la réciprocité diffuse, puisque les résultats des différents calculs seront appliqués à tous. Cependant, en choisissant la procédure d'offres et demandes, les États-Unis ont eu recours à ce que Madame Carsten Herrmann-Pillath appelle la réciprocité de *statu quo*[146]. En effet, les États-Unis par ce moyen entendent conditionner la suppression des droits pour certains produits en contrepartie d'un traitement identique de la part des États et d'une suppression des mesures tarifaires pour lesdits produits. Il ne s'agit plus d'une réciprocité diffuse au sens où elle serait étendue à tous les Membres de l'OMC, mais bien d'une réciprocité conditionnelle. Ce qui pousse l'auteure à la qualifier de *statu quo* est la conditionnalité,[147] mais également l'idée que certes la réciprocité doit être évaluée par les États, mais que cette évaluation doit être globale. Or, l'utilisation de la réciprocité de *statu quo* va à l'encontre du principe même de l'optimum de Pareto[148], car le modèle de base pour déterminer la réciprocité serait l'État en position de force. C'est le cas des États-Unis dans le cadre de l'Uruguay Round. Cette situation rappelle également la position de cet État lors des discussions bilatérales faisant suite au *Reciprocal Trade Agreement Act*. Le principe est que les États-Unis auraient ouvert de nombreux marchés. Ainsi les autres États pourront bénéficier de cette poursuite de suppression des droits, à

[145] DIVISION DE L'INFORMATION ET DES RELATIONS AVEC LES MÉDIAS DU GATT*, Examen à mi-parcours : accord final à Genève*, Numéro spécial Uruguay Round, mai 1989, p. 2.
[146] HERRMANN-PILLATH Carsten, « Reciprocity and the hidden constitution of world trade », *Constit Polit Econ*, 17, 2006.
[147] *Ibid*., p. 154.
[148] *Ibid*., p. 155.

condition de s'aligner. Les concessions faites étaient donc fortement déséquilibrées et ne respectaient pas l'idée de la réciprocité diffuse, mais bien celle de la réciprocité de statu quo. Ce débat, qui est constant occupera, le reste des développements suivants. Ils posent finalement la question du titulaire de l'évaluation de la réciprocité : faut-il évaluer cette notion unilatéralement ou plutôt globalement ? Finalement, bien que le GATT ait poussé à assurer une réciprocité diffuse, les comportements étatiques laissent supposer une utilisation alternative des différentes formes de réciprocité évoquées. L'absence de définition et la liberté des États, dans la définition de leurs formules de réduction des droits de douane, permettent la naissance de plusieurs modèles de réciprocités. Autrement dit, la réciprocité semble être ce vers quoi les négociations doivent être destinées, sans en être une obligation pour autant.

Ainsi, malgré l'absence de définition unique, l'étude des formules tarifaires a permis de relever les caractères de réciprocité dans les différents cycles de négociations et la tendance qui existait à favoriser la réciprocité diffuse. Cet effet est multiplié par l'application de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée aux résultats des négociations.

B – L'inadaptation de la réciprocité au commerce des services

Cette absence de réciprocité - surtout de non-réciprocité - doit être étudiée et distinguée de celle en matière de commerce des marchandises. Pour cela il s'agira de comprendre les raisons de cette absence dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) (1). Ce constat nous commande de nuancer les précédents développements portant sur la non-réciprocité en ce qu'ils doivent être adaptés en fonction de la discipline des services (2).

1. L'absence de référence à la réciprocité dans l'AGCS.

61. L'étude des préambules. La première distinction à opérer réside dans les préambules du GATT et de l'AGCS. Dans le premier figure la notion de réciprocité, ce qui n'est pas le cas pour le second. Le paragraphe du préambule de ce dernier accord correspondant à celui du GATT est le suivant : « Désireux d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociations multilatérales successives visant à promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages

mutuels et à assurer un équilibre global des droits et des obligations, compte dûment tenu des objectifs de politique nationale, (…) »

L'absence de référence à la réciprocité dans ce préambule ne signifie pourtant pas que cette notion ait été absente également durant le groupe de négociation sur les services. De nombreux États se sont interrogés sur la valeur de la réciprocité. Dans ces documents, il semblerait que les États conçoivent la réciprocité comme un outil à concilier avec la clause conditionnelle de la nation la plus favorisée. En effet, pour certains Membres, il pourrait y avoir des tensions entre ladite clause inconditionnelle et la réciprocité[149]. Par exemple, lors des négociations, la position suisse[150] était certes une libéralisation du commerce des services, mais une libéralisation réciproque. Pendant ce temps, l'Australie[151] voyait la réciprocité comme supplétive. Selon elle, il devait y avoir une libéralisation contraignante des services, à laquelle s'ajoutaient des accès aux marchés additionnels qui étaient soumis à la réciprocité. Il devait donc y avoir une base générale de libéralisation et une autre additionnelle soumise à la réciprocité. L'Australie s'opposait donc à la vision trop restrictive de la Suisse. À la lecture du document du groupe sur les négociations de services du 8 août 1998, la position australienne était privilégiée. Cela peut être une explication à l'absence de référence à la réciprocité dans le préambule de l'AGCS. De la même manière, l'absence de certains secteurs dans les négociations de l'AGCS résultait, entre autres, du refus de les intégrer, à une philosophie de libéralisation des services. C'était par exemple le cas du commerce des aéronefs civils qui est soumis à une forme de réciprocité dans les accords bilatéraux et qui fait l'objet d'un accord distinct à l'OMC. En somme, son absence dans les textes ne signifie pas que la réciprocité est inexistante en la matière. L'absence de référence à la réciprocité ne concerne pas uniquement le préambule de l'AGCS, mais la totalité de cet accord. Sur la base des négociations qui ont été décrites, nous savons que la réciprocité était essentiellement pensée pour les engagements additionnels. C'est ce qu'il ressort de la lecture de l'article XIX concernant la négociation des engagements spécifiques. Plutôt qu'engager des négociations sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels comme dans le cadre du GATT, les rédacteurs ont préféré « promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations. » [152]

[149]GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Note on the meeting* of 3-5 november 1987, MTN.GNS/11, 1987.
[150] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Communication from Switzerland,* MTN.GNS/W/45, 1988.
[151] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Communication from Australia* , MTN.GNS/W/46, 1987.
[152] Forme italique ajoutée.

62. Le choix d'un équilibre global des droits et des obligations dans l'AGCS. Une possible explication de cette transformation réside dans la difficulté à définir la réciprocité. Si les rédacteurs du GATT ont fait le choix de ne pas la définir et d'accorder aux Membres une liberté d'appréciation, les discussions au sein du Groupe de négociations sur les services font état du même problème. Certains Membres s'étaient en effet inquiétés de l'absence de définition de la réciprocité et des conséquences juridiques que cela pouvait entraîner. De la même manière, l'absence de données sur la réciprocité en matière de services mettait en doute les capacités des États à évaluer ce qu'était la réciprocité. La différence entre marchandises et services est une autre explication plausible. Dans le cadre du GATT, les barrières tarifaires et non tarifaires à négocier sont plus facilement identifiables et déterminables. Dans le cadre de l'AGCS, le commerce des services concerne quatre modes : « les flux de services transfrontières, la consommation à l'étranger, la présence commerciale et la présence de personnes physiques » [153]. L'évaluation de la réciprocité devrait prendre en compte toutes les mesures aux frontières qui empêchent ou favorisent l'accès aux marchés de ces modes. Alors que les barrières tarifaires et non tarifaires sont plus identifiables dans le cadre du GATT, il en va autrement en matière de services où elles sont difficilement quantifiables[154]. Le degré de connaissance de ces mesures et leur évaluation lors des négociations conduit à fausser l'évaluation de la réciprocité. En effet, si le GATT traite des mesures liées aux produits, l'AGCS couvre également les lois et réglementations liées aux producteurs. Elles ne concernent pas juste la caractéristique technique d'un produit, mais font référence à toutes les étapes réglementaires liées à la réalisation du service[155]. De plus, alors que le GATT s'appuie sur les formules de négociation, formules qui permettent d'atteindre un niveau précis de réciprocité, les négociations en matière de commerce sur les services s'abstiennent d'en faire usage.

C'est donc parce que les objectifs de libéralisation de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), et que les objets de négociations diffèrent de ceux du GATT que la réciprocité n'est pas nommée et ne suscite pas le même intérêt à l'échelle multilatérale. Nous verrons, dans le cadre de l'évaluation de la réciprocité que s'il en est ainsi pour les négociations dans le cadre

[153] OMC, *L'Accord général sur le commerce des services (AGCS): objectifs, champ d'application et disciplines*, [en ligne], paragr. 4. Disponible sur : https://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsqa_f.htm
[154] MARCHETTI Juan, ROY Martin et ZORATTO Laura, *Is There Reciprocity in Preferential Trade Agreements on Services ?,* 12 octobre 2012, Staff Working Paper ERSD 2012 - 16, [en ligne], Division de la recherche économique et des statistiques de l'Organisation Mondiale du Commerce, p. 4. Disponible sur : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201216_e.pdf
[155] ADLUNG Rudolf et ROY Martin, *Turning hills into mountains? Current Commitments Under the GATS and prospects for chance,* Mars 2005, Staff Working Papers n° ERSD-2005-01, World Trade Organization (WTO), Economic Research and Statistics Division, p. 4.

de l'AGCS, il en va différemment lorsque les relations sont bilatérales. Mais une autre question subsiste : si les États dans leurs négociations utilisent la conditionnalité et l'équivalence des concessions, ne devons-nous pas considérer qu'il existe tout de même des formes de réciprocité malgré son absence dans les textes ? Les multiples manières de concevoir la réciprocité peuvent nous conduire à différents résultats. Si la réciprocité est conçue de manière sectorielle lors des discussions du groupe sur le commerce des services, il est normal que la notion de réciprocité ne soit pas attractive et celle d'équilibre global des concessions privilégiée. En revanche, si la réciprocité peut être définie de manière intersectorielle, alors l'existence d'une réciprocité peut être imaginée. Dans le cas des négociations ayant eu lieu après le cycle d'Uruguay, l'équilibre sectoriel n'était pas rempli. Certains secteurs comme ceux relatifs aux services financiers ou aux télécommunications ont connu des mouvements de libéralisations asymétriques[156]. Pour Rudolf Adlung et Martin Roy, l'AGCS n'a pas eu l'effet attendu de libéralisation à la suite de ces négociations, mais a eu pour but de lier les engagements sectoriels[157] des Membres.

2. D'une « réciprocité relative » à une « flexibilité appropriée » pour les pays en voie de développement.

63. Les différences entre les régimes du GATT et de l'AGCS. En amont de l'adoption de l'AGCS, le groupe de négociation sur les services a de nombreuses fois mentionné la recherche d'une « réciprocité relative » dans ses travaux. Le terme est évocateur en ce qu'il répond à nos précédentes remarques. Les pays en voie de développement comme le Mexique, ont largement contribué à intégrer cette notion dans les discussions, pour mesurer une libéralisation du commerce de leurs services. Selon le Mexique, les pays en voie de développement ne devraient pas accorder des concessions réciproques sur les concessions faites par les pays développés[158]. Cela est dû à la faible compétitivité de leurs entreprises nationales. Cependant, dans le même document, la position des États-Unis est plus mesurée. En effet, selon la délégation américaine, la réciprocité relative est une notion répondant aux préoccupations des pays en voie de développement qui ne devraient pas avoir une réelle existence juridique.

---

[156] MARCHETTI Juan, ROY Martin et ZORATTO Laura, *Is There Reciprocity in Preferential Trade Agreements on Services ?,* 12 octobre 2012, Staff Working Paper ERSD 2012 - 16, [en ligne], Division de la recherche économique et des statistiques de l'Organisation Mondiale du Commerce, p. 4. Disponible sur : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201216_e.pdf

[157] *Ibid.,*

[158] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Communication from Mexico – Preliminary Comments on Non-discrimination, National Treatment and Transparency Corrigendum*, 1987, MTN.GNS/W/25/Corr.1.

Plutôt, les États-Unis suggèrent aux pays en voie de développement de maîtriser leur degré de libéralisation par le biais de réserves qui évolueront en fonction des capacités de chaque secteur[159]. Cette réciprocité relative ne serait pas similaire à la clause d'habilitation du GATT. La seconde autorise les pays développés à déroger à la clause de la nation la plus favorisée pour accorder aux pays en voie de développement, des préférences tarifaires. La réciprocité relative est vue, dans la communication de nombreux pays en voie de développement, à travers l'accès aux marchés des pays en voie de développement. Il s'agit du schéma inverse où il s'agit des pays développés qui souhaitent intégrer le marché des pays en voie de développement. Ainsi, ces derniers ne devraient pas être tenus d'accorder des concessions incompatibles avec les besoins de leurs développements et de leurs finances. La logique de libéralisation du commerce des services est différente de celle de l'abaissement des tarifs douaniers ou de la suppression des obstacles non tarifaires en matière de marchandises. En ce sens, les attentes de réciprocité ou de non-réciprocité diffèrent d'un accord à un autre.

Alors que la réciprocité et la non-réciprocité sont inscrites dans le GATT, le texte de l'AGCS n'en mentionne aucune. Plutôt que de mentionner la réciprocité relative, les rédacteurs ont préféré la notion de « flexibilité » pour les pays en voie de développement. Elle apparaît aux articles III concernant la transparence, V sur l'intégration économique, XV sur les subventions et enfin XIX sur la négociation des engagements spécifiques où, dans ce dernier cas, il est fait référence à « une flexibilité appropriée [qui] sera aménagée aux différents pays en développement (…) pour qu'ils puissent ouvrir moins de secteurs ». Pour les pays les moins avancés, le recours à la notion de « flexibilité maximale »[160] leur offre un degré plus poussé de protection. Alors que les pays en voie de développement sont incités à une libéralisation et une ouverture progressive de l'accès à leurs marchés, il en va autrement pour les pays les moins avancés. L'objet de cette flexibilité appropriée rejoint celle de réciprocité relative, en ce que ces deux notions visent à créer un régime différentiel pour les pays en voie de développement. De plus, celles-ci ont également pour objectif de réduire le nombre de secteurs ouverts à la libéralisation pour ces pays. Là encore, alors que ces notions semblent proches, pourquoi les nommer différemment ? La réciprocité relative a subi les mêmes interrogations que la notion de réciprocité, lors des discussions entre les Membres du groupe de négociations sur les services. Comme nous l'avons mentionné, le négociateur américain était favorable à un tel

[159] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Note on the meeting of 26 – 30 march 1990*, 1990, MTN.GNS /32.
[160] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Modalities for the special treatment for least-developed country*, 2003, TN/S/13. (03-4637).

principe, sans pour autant qu'elle soit consacrée juridiquement. On peut tout d'abord imaginer que le refus d'inscrire la réciprocité dans l'accord a eu pour conséquence de ne pas y inscrire la réciprocité relative.

Ces constats démontrent que la réciprocité est contingente quant à son objet au sein de l'OMC. Cela l'est également quant à son effet. En effet, l'évolution des relations commerciales a poussé les États à atténuer l'effet de la réciprocité dans certains cas. La construction de la multilatéralisation commerciale par le GATT a souhaité concilier les intérêts réciproques des États tout en engageant un processus de diffusion des avantages résultant des négociations.

Paragraphe 2 : L'effet de diffusion des avantages.

64. Ce processus de diffusion implique de reconnaître que la réciprocité recherchée ne peut être objet par objet ou *intuitu personae* (A). Bien que justifié par des motifs différents, cet effet de diffusion est également garanti pour les pays en voie de développement. En effet, lors du processus de décolonisation, de nombreux pays en voie de développement se sont joints aux négociations. Leur nombre croissant, ces derniers insistaient sur l'inégalité des négociations sur une base de réciprocité en raison des inégalités économiques de fait. Cette idée mettait en évidence que la réciprocité ne pouvait être attendue qu'entre États ayant des capacités commerciales et économiques équivalentes. Aux attentes de réciprocité entre États s'est ajoutée l'idée que les pays développés ne devaient pas attendre de réciprocité de la part des pays en voie de développement ou de ceux les moins avancés dans le cadre du GATT (B).

A – L'élargissement des bénéfices commerciaux par le biais de la nation la plus favorisée

65. L'extension de la réciprocité diffuse par la clause de la nation la plus favorisée. Avant d'analyser la manière dont la réciprocité a participé à l'évolution d'une nouvelle réciprocité, rappelons que la politique commerciale américaine est au centre de cette transformation. Comme nous l'avons déjà précisé, dès 1923, les États-Unis ont glissé d'une application de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) conditionnelle à une clause inconditionnelle. Depuis lors, les concessions tarifaires accordées dans un accord commercial

par les États-Unis à un autre État étaient étendues aux autres États avec qui les États-Unis avaient signé un accord commercial, si les concessions étaient plus avantageuses. Avant cette modification, l'application de la NPF conditionnelle bloquait les négociations commerciales en ce que toutes les concessions négociées étaient étendues uniquement si un autre État s'appliquait à en faire de même. Ce changement a eu des conséquences sur la manière dont la réciprocité était exigée. Elle n'est plus l'octroi d'une concession ou d'un avantage contre un autre équivalent. Elle est également un comportement d'ouverture unilatérale qui attend de l'autre un comportement équivalent. C'est parce que la clause de la nation la plus favorisée conditionnelle empêchait le développement des relations commerciales internationales que la politique américaine a constitué une rupture. Elle s'oppose à la recherche d'une réciprocité spécifique avec chaque État, en ce que les résultats des négociations avec les principaux fournisseurs sont ensuite étendus aux autres États. Les logiques entre ces deux réciprocités sont différentes. La réciprocité spécifique entend créer une égalité stricte des relations commerciales en fonction des concessions et avantages échangés. La réciprocité diffuse, telle qu'encouragée par la clause de la nation la plus favorisée, a pour but d'ouvrir les marchés tout en garantissant une forme de réciprocité globale. C'est pourquoi la règle du principal fournisseur et l'application des lignes tarifaires lors des négociations sont importantes, car elles permettent une meilleure évaluation de la généralisation de la réciprocité à la suite des négociations. Dès lors, l'ouverture des marchés prime sur la recherche d'une stricte réciprocité. Cela est propre au courant libéral pour qui l'ouverture est bénéfique à une stricte réciprocité. Les objets des négociations sont ainsi différents. Ces faits peuvent expliquer les comportements resquilleurs de certains États. Or toujours dans cette même logique, il ne faut pas opposer une fermeture des marchés à ces comportements, puisque cela aurait des conséquences négatives à l'égard de tous les États. De plus, pour les défenseurs d'une réciprocité diffuse et d'une application inconditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée, les coûts des comportements resquilleurs seraient inférieurs aux bénéfices apportés par ladite clause. En effet, celle-ci permet d'économiser les coûts de transaction avec les États qui ne sont pas les principaux fournisseurs, mais qui seront finalement également bénéficiaires des avantages octroyés.

66. La préférence pour la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée. C'est en s'inspirant du schéma états-unien que les rédacteurs du GATT ont fait primer la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée plutôt que la clause conditionnelle. Néanmoins, la rédaction est celle proposée par les États-Unis. Le sous-comité sur les tarifs et préférences

tarifaires du comité préparatoire de la conférence internationale sur le commerce et l'emploi[161] ont étudié les rédactions des États-Unis et de la Société des Nations. Il apparaît tout d'abord que la proposition américaine de définition de la nation la plus favorisée était plus large. Elle concernait les « *duties and charges* » alors que la Société des Nations préférait inclure l'expression « *duties and subsidiary duties of every kind* ». Pour juger de l'application de la clause de la nation la plus favorisée, il est nécessaire d'étudier la similarité des produits concernés. En ce sens, retenir des définitions différentes du produit concerné a des conséquences sur la teneur de la clause de la nation la plus favorisée. C'est pourquoi les rédacteurs, en favorisant la référence à l'obligation d'accorder le même traitement immédiatement et inconditionnellement, aux produits originaires et/ou destinés à un autre État, aux mêmes produits originaires et/ou destinés à tous les autres États membres, ont donné une acceptation plus large des produits concernés. Dans le même temps, la Société des Nations recommandait de cibler les produits naturels ou manufacturés. En somme, la réciprocité diffuse telle que nous l'avons déjà définie s'inscrit dans cette extension des résultats des négociations à l'ensemble des parties. La réciprocité réside dans le fait que les négociations reposent sur des lignes tarifaires et sur la règle du principal fournisseur et que chaque État s'accorde à respecter ces règles. Cependant, le risque que les États puissent adopter un comportement resquilleur est grand, et cela l'est d'autant plus, à la suite de la reformulation de la clause de la nation la plus favorisée dans le GATT de 1994. Dans le GATT de 1947, les avantages accordés concernaient les droits de douanes et taxes, alors que le GATT de 1994 en choisissant la référence aux « *avantages, faveurs, privilèges ou immunités* », a étendu ces objets pour ne plus les limiter aux matières tarifaires, mais également non tarifaires. En effet, le paragraphe 1er dudit article stipule que : « Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou

[161] CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Preparatory committee of the international conference on trade and employment - Committee II - Sub-Committee on tariffs and tariff preferences*, [en ligne], E/PC/T/C.II/W.10, 1946. Disponible sur : https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/CII-W10.PDF

aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III. ».

Compte tenu de l'étendue de son objet, il conviendra à nouveau d'en limiter l'étude pour cerner l'effet de diffusion. Pour ce faire, nous étudierons trois éléments centraux : le fait que l'obligation de la clause de la nation la plus favorisée doive concerner des produits similaires ; qu'une mesure d'un État confère des « avantages, faveurs, privilèges ou immunités » à un produit ; et qu'il existe un défaut de diffusion de cet avantage qui aurait dû être étendu « immédiatement et sans condition ».

1. La définition de produits similaires.

67. L'idée principale est qu'il n'est pas possible pour un État d'accorder une forme préférentielle à un produit similaire qui serait originaire et à destination d'un État. Ainsi, la recherche de réciprocité globale se traduit lors des négociations, mais une fois les listes consolidées, il n'est pas possible, sur la base de ce qui a été négocié, d'accorder le bénéfice des négociations à un seul Membre. Cela implique qu'un même produit ne peut pas être accordé sur une base de réciprocité a posteriori, sauf si cela est prévu dans les listes consolidées.

Pour déterminer la similarité d'un produit, le Panel de l'affaire États-Unis – Volaille (Chine), s'est reposé sur les quatre critères proposés par le rapport de l'Organe d'appel de l'affaire Japon – Boissons alcooliques II. Ainsi, la détermination de la similarité dépend des critères « i) de propriétés, nature et qualité de produits ; ii) utilisations finales des produits ; iii) goûts et habitudes des consommateurs – critère plus communément appelé perceptions et comportements des consommateurs – en ce qui concerne les produits ; et iv) classements tarifaires des produits » [162].

Cependant, il existe une technique alternative, selon le même Panel. Elle consiste à « supposer - hypothétiquement – qu'il existait deux produits similaires sur le marché dans l'un des deux cas suivants : premièrement, dans les affaires concernant une discrimination fondée sur l'origine et, deuxièmement, dans les affaires dans lesquelles il n'était pas possible de faire une comparaison avec le produit similaire en raison – par exemple – d'une interdiction d'importer. » [163] Cette

[162] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis - Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, 29 septembre 2010 paragr. 7.425.
[163] *Ibid.,* paragr. 7.426

technique peut être utilisée « lorsqu'une différence de traitement entre produits nationaux et produits importés était fondée exclusivement sur l'origine des produits »[164] . Ainsi, un produit similaire ne peut pas être traité différemment selon son origine. *Ipso facto,* un État ne peut pas, à la suite des négociations à l'OMC, favoriser un autre État, par principe uniquement sur la base de l'origine d'un produit. Cela freine tout de suite l'application d'une logique de réciprocité à destination d'un produit figurant sur la liste consolidée d'un État membre.

Dans l'évaluation de la similarité, une fois qu'un produit a été déterminé similaire, il faut mesurer le traitement accordé par ladite mesure. Pour ce faire, l'Organe d'appel de l'affaire États-Unis – Thon II précise qu'il n'est pas utile de vérifier chaque produit similaire. Plutôt, un groupe pertinent de produits peut être retenu pour déterminer le défaut identique de traitement. En effet, les membres de l'Organe d'appel ont estimé que le Groupe spécial aurait dû fonder son « analyse sur une comparaison intégrale des groupes pertinents de produits similaires eu égard aux faits et circonstances particuliers du présent différend. »[165]

2. La condamnation de tous les avantages.

68. Ce qui est reproché à une mesure étatique est l'octroi d'un avantage qui ne serait pas diffusé aux autres produits similaires. La notion d'avantage a été étudiée dans le rapport du Groupe spécial relatif à l'affaire UE – Bananes III. Dans cette affaire, les plaignants ont notamment mis en avant que les licences d'exportation octroyées par l'Union européenne aux « pays signataires de l'Accord-cadre comme condition préalable à l'importation revient à conférer un privilège (c'est-à-dire un avantage commercial) qui n'est pas accordé aux autres Membres. »[166] En ce sens, cela est contraire au traitement de la nation la plus favorisée. En ce sens, le Panel a considéré que cette obligation modifiait le « rapport concurrentiel entre les bananes originaires des autres pays tiers et les bananes origines des pays signataires de l'Accord-cadre »[167]. Bien que l'article I paragraphe 1 du GATT concerne les produits et non pas le traitement des fournisseurs, contrairement à l'AGCS qui concerne le service, mais aussi

[164] *Ibid.,* paragr. 7.427.
[165] ORGANE D'APPEL, *US thon II article 21. 5*, *rapport de l'Organe d'appel suite au deuxième recours à l'article 21 : 5 du Mémorandum d'accord distribué (Mexique)*, WT/DS381/AB/RWZ, 14 décembre 2018, paragr. 7.74.
[166] GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R, 22 mai 1997, adopté le 25 septembre 1997, paragr. 7.235.
[167] *Ibid.,* paragr. 7.239.

les fournisseurs du service, les membres du Groupe spécial ont estimé que la valeur commerciale de ces licences commerciales est liée aux produits.

L'avantage est donc fortement lié à la capacité qu'ont les acteurs d'accéder un marché selon les mêmes chances et dans au rapport de concurrence. Cela rejoint l'idée que les bénéfices qui résultent des négociations ne doivent pas s'estimer en volume d'échanges, mais en chance d'accéder aux marchés. D'ailleurs, ladite mesure en question qui a des conséquences sur les rapports concurrentiels ne doit pas uniquement être une « disposition réglementaire légitime »[168]. Il peut s'agir d'un simple comportement. La mesure de réciprocité, si elle est prise a posteriori, peut avoir pour effet de rompre ce rapport concurrentiel. Cependant, rappelons que la réciprocité globale qui est négociée à l'OMC s'évalue entre autres en termes de volume d'échanges et de rapports concurrentiels.

3. Les Membres, selon le traitement de la nation la plus favorisée, doivent étendre le bénéfice des avantages de manière inconditionnelle et immédiatement.

69. De tels avantages ne constituent en eux-mêmes aucune violation de l'article 1 paragraphe 1 du GATT. C'est la différence de traitement qui crée cette violation, puisque les avantages doivent être étendus de manière inconditionnelle et immédiate[169]. L'Organe d'appel, dans l'affaire UE – Produits dérivés du Phoque, a considéré que le terme « sans condition » conduisait naturellement à étendre les avantages à tous les Membres. Cependant, il faut entendre cette absence de condition dans la logique de l'article 1 paragraphe 1 qui vise à protéger les rapports de concurrence des Membres. Ainsi, « il ne s'ensuit pas que l'article I:1 interdit à un Membre d'attacher toutes conditions à l'octroi d'un "avantage" au sens de l'article I:1. En fait, il prohibe les conditions qui ont une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de tout Membre. À l'inverse, l'article I:1 permet d'établir des distinctions réglementaires entre les produits importés similaires, à condition que ces distinctions n'aient pas une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de tout Membre »[170].

---

[168] ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque,* WT/DS400/AB/R, 22 mai 2014, adopté le 18 juin 2014, paragr. 5.90

[169] C'est en ce sens que le Groupe spécial, a considéré qu'il fallait faire la différence entre l'existence d'un avantage d'une part et si cet avantage avait été accordé de manière inconditionnelle : GROUPE SPÉCIAL, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile,* WT/DS139/R, 11 février 2000, adopté le 19 juin 2000,

[170] *Ibid.,* paragr. 5.88.

Un produit peut être soumis à des conditions tout en ne contrevenant pas à l'obligation de diffusion des avantages ou autre de manière inconditionnelle.

70. Analyse. Le but de cette démonstration est de montrer que la réunion de ces trois éléments place la définition de la réciprocité globale uniquement aux stades des négociations et renégociations. Cette réciprocité est donc dite diffuse, selon l'approche de Bagwell et Staiger, par l'effet de diffusion des bénéfices, sans pour autant que chaque Membre attende une réciprocité stricte et spécifique. C'est l'essence même de ce texte que de supprimer une telle réciprocité. En effet, en 1952, une note du rapport de l'*International Convention to Facilitate the Importation of Commercial Samples and Advertising Material*, qui a été adoptée par les Membres du GATT, prévoyait que « *A proposal to insert in the Convention a reciprocity clause was considered by the majority of the members of the Working Party to be inconsistent with Article I of the General Agreement* ». Dans cet esprit de rejet des clauses de réciprocité, nous pouvons affirmer que la clause de la nation la plus favorisée contribue au refus de l'utilisation d'une réciprocité a posteriori. Dans la même veine, le Groupe spécial a, à de nombreuses reprises, comme dans l'affaire Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile où il s'appuyait sur la base d'une note du secrétariat du GATT concernant le rapport de groupe de travail de l'accession de la Hongrie, que « la subordination du bénéfice d'un certain régime tarifaire à l'obtention d'un contrat de coopération sembl[ait] impliquer un régime NPF conditionnel et ne parai[ssait] donc pas compatible avec l'Accord général. »[171]

Ce traitement de la nation la plus favorisée vient donc appliquer un effet multilatéral au résultat des négociations à l'OMC. Dans son étude sur le caractère bilatéral ou collectif des accords de l'OMC, le Professeur Joost Pauwelyn souligne que les obligations à l'OMC ont majoritairement un caractère bilatéral tandis que d'autres sont multilatérales. En effet, si les obligations relatives aux droits de l'homme ou encore celles environnementales peuvent emporter un caractère collectif et ont donc des conséquences à l'égard de tous les Membres, il en va autrement des autres dispositions. À titre d'exemple, un comportement discriminatoire d'un Membre refusant d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée à un autre Membre, a un caractère juridique purement bilatéral puisqu'il ne concerne que cet autre Membre[172]. De la même

[171] *Rapport du groupe de travail sur l'accession de la Hongrie*, IBDD, S20/37, *in* GROUPE SPÉCIAL, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile,* WT/DS139/R, 11 février 2000, adopté le 19 juin 2000, paragr. 10.27.
[172] PAUWELYN Joost « A typology of multilateral treaty obligations : Are WTO obligations bilateral or collective in nature ? », *EJIL*, vol. 14, n°5, pp. 907 – 951, p. 930.

manière, les négociations se déroulant à l'OMC ont, sauf cas spécifiques, un caractère bilatéral, comme cela a été démontré supra.

71. C'est pourquoi, tout d'abord, en matière de réciprocité, la réciprocité finale globale a pour conséquence différents types d'engagements diffèrent selon les fonctions des concessions effectuées. En effet, « *[m]any WTO obligations are heterogeneous, depending on the schedules of concessions of each WTO Member or its developmental status (some obligations do not apply to, or offer flexibility for, developing countries or economies in transition).* »[173] Selon le Professeur Decaux, qui reprenait la remarque de M. Castaneda à la CDI, la clause de la nation la plus favorisée peut avoir une forme multilatérale. Néanmoins, les rapports juridiques qu'elle entraîne sont bilatéraux. Comme M. Castaneda le pensait, « c'est toujours entre deux États seulement qu'elle s'établit et non d'une façon générale entre plusieurs États en même temps »[174]. D'autre part, la nation la plus favorisée vient diffuser ces relations bilatérales et qu'une mesure de réciprocité spécifique a posteriori des négociations, viendrait rompre cet équilibre global, s'il n'était pas accompagné de concessions diffuses. En ce sens, le Professeur Deblock, pour reprendre les mots de Dam, considère que « la réciprocité était la clé pour accroître les exportations, les accords commerciaux, le mécanisme, et le traitement NPF inconditionnel l'accélérateur »[175]. D'un point de vue économique, pour reprendre la théorie des termes de l'échange et de l'influence de la réciprocité sur le prix mondial, « *Both MFN and first-difference reciprocity are required to maintian stable world relative prices*. »[176] Ces renseignements nous apportent donc des éléments sur la séquentialité de la réciprocité globale. Comme, par exemple, le fait que le traitement de la nation la plus favorisée vienne supprimer cette simultanéité des relations qui existent dans le cas d'une recherche de réciprocité spécifique *a posteriori*. La séquentialité et la simultanéité de la réciprocité sont deux éléments importants à retenir lors de son évaluation dans les accords.

---

[173] *Ibid.,* P.931.
[174] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la Commission du droit international 7 mai 1973 – 13 juillet 1973 - 1216e séance,* Vol.1, p 80 § 50 *in* DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, thèse de doctorat, Paris II, 1980, 374p, *p.189.*
[175] DAM Kenneth W., « Significance of the Reciprocal Trade Agreements Act », *Trade Policy Analyses, Cordell Hull Institute*, vol 6, n°4, juin 2004, p. 5, *in* DEBLOCK Christian, « Le bilatéralisme commercial des États-Unis », Cahier de recherche – CEIM [en ligne], 2008.
[176] CHOW Daniel C.K, SHELDON Ian, « Is Strict Reciprocity for Fair Trade ? », *Vandervilt Journal of transnational law*, 2019, vol.52, n°1, p.38.

Ce dispositif de diffusion des avantages et donc de la réciprocité qui vient d'être présenté suppose également que des États puissent en bénéficier sans pour autant y contribuer. Si d'une part il existe un phénomène de passager clandestin, ce n'est pas la notion à appliquer en ce qui concerne les pays en voie de développement, à l'égard desquels de moindres efforts sont attendus. En effet, les États développés ne doivent pas attendre des États en voie de développement, une forme de réciprocité lors de leurs négociations commerciales. Cette non-réciprocité vient là encore atténuer un peu plus l'importance de la réciprocité dans les relations commerciales en mettant en balance une recherche d'équité dans les échanges à des valeurs non commerciales.

B – L'instrumentalisation de la réciprocité en matière de développement

72. Le développement de la non-réciprocité lors des négociations multilatérales. L'alinéa 2 du préambule du GATT stipule que les rapports des États « dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits, (…) ». La recherche d'une non-réciprocité pour les pays en voie de développement s'inscrit dans ce cadre, mais elle n'a pas été consacrée dès la création du GATT. Dans une note[177] produite par le Secrétariat sur la participation des pays les moins développés dans les négociations commerciales annexée au rapport du Comité III de mars 1961, on relève que le principe des négociations tarifaires du GATT est défini comme l'échange réciproque et mutuellement avantageux de concessions. Cependant, cette phrase tirée du préambule du GATT ne doit pas signifier que les pays les moins développés devraient toujours accorder une stricte réciprocité. À des fins de développement, une procédure spéciale a été mise en place à travers l'article XXVIII du GATT pour leur donner le droit de renégocier les concessions qu'ils ont accordées. À cette étape, la non-réciprocité n'est ni plus ni moins qu'un droit offert aux pays les moins développés et non une obligation de non-réciprocité que devraient respecter les États développés dans leurs relations commerciales avec les premiers. Cette idée de souplesse est plus conforme à la non-réciprocité promue par les conclusions de la

[177] TROISIÈME COMITÉ – EXPANSION DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Rapport sur la réunion du 21 au 28 mars 1961,* L/1435, 10S/167, Annexe A, 10S/172, 5 avril 1961, paragr. 3-4.

réunion des ministres adoptées le 30 novembre 1961[178] où les ministres appelaient à une attitude plus flexible des pays développés dans leur attente de réciprocité envers les pays les moins développés. Il n'était donc pas question de supprimer la réciprocité, mais d'appeler les pays développés à juger unilatéralement le degré de réciprocité adéquat en fonction du développement des États. Dans la même veine, la résolution ministérielle du 21 mai 1963 qui a inauguré le cycle de Kennedy, proposait que lors des négociations commerciales, les exportations des pays les moins développés devaient être encouragées par la réduction des barrières tarifaires sans que pour autant, les pays développés n'attendent une forme de réciprocité des premiers[179]. Le cycle de Tokyo a constitué une étape importante dans la consécration de ce système de traitement différencié. La déclaration des ministres qui a été approuvée le 14 septembre 1973 a explicitement mis en avant que les pays développés n'attendent pas de réciprocité des pays les moins développés, pour les engagements qu'ils ont pris dans les négociations. En somme, cette déclaration précise qu'il ne faut pas attendre de réciprocité si cette forme de réciprocité est incompatible avec les besoins en développement de ces pays. Il ne s'agit donc pas d'une non-réciprocité, mais d'une exonération de la réciprocité lorsqu'elle va à l'encontre du développement dudit État[180]. Ce choix a été adopté le 28 novembre 1979 dans une décision nommée « Traitement différentiel et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement » puis reconfirmé dans la déclaration de Punta del Este le 20 septembre 1986.

73. Le caractère non contraignant de la non-réciprocité. Cette précision sur le caractère relatif de la non-réciprocité est obligatoire pour mieux comprendre le degré d'obligation de la réciprocité que traduit le GATT. En adoptant un raisonnement a contrario, nous pouvons penser que la réciprocité n'est pas plus obligatoire que l'est la non-réciprocité pour les pays les moins développés. Il s'agit d'une attente de réciprocité entre pays développés et d'une attente de non-réciprocité pour les pays les moins développés. Comme la réciprocité se détermine à travers les formules indiquées supra, chaque État est libre de déterminer ce qui est de la réciprocité ou non et dans le dernier cas, de quitter la table des négociations. Dès lors,

---

[178] Conclusions adoptées le 30 novembre 1961, 10S/25, 26 *in ARTICLE XXXVI PRINCIPLES AND OBJECTIVES,* [en ligne], note n°7. Disponible sur : https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art36_gatt47.pdf

[179] RÉUNION DES MINISTRES, *Dispositions à prendre en vue d'abaisser ou de supprimer les droits de douane et les autres obstacles aux échanges ; questions connexes et Mesures concernant l'accès aux marchés pour les produits agricoles et les autres produits primaires* Résolution adoptée lé 21 mai 1963, Min (63)9, 22 mai 1963, para. 8.

[180] Traitement Différencié et Plus Favorable, Réciprocité et Participation Plus Complète des pays en Voie de Développement - Décision du 28 novembre 1979, 20S/19, 21, 1979, paragraphes 5 et 6.

on ne peut même pas parler d'exception à une obligation de réciprocité, car ce n'en est pas une. Ici sont concernées les attentes de réciprocité. C'est d'autant plus le cas que la mention à la réciprocité ne figure que très peu dans le GATT. Elle concerne les dispositions sur les entreprises d'État de l'article XVII, sur les unions douanières et les zones de libre-échange de l'article XXIV, sur les modifications des listes de l'article XXVIII ou encore sur les négociations tarifaires de l'article XXVIII bis, et enfin sur le commerce et le développement de l'article XXXVI pour faire référence à la non-réciprocité. À défaut, la réciprocité est étendue par le biais du préambule, qui ne dispose d'aucune valeur obligatoire en droit international, sinon d'une valeur interprétative[181]. Ce mécanisme est plus à même d'évoluer dans un système de réciprocité diffuse que de réciprocité spécifique, où chaque État attend d'un autre une forme de réciprocité. En attendant la généralisation d'une réciprocité globale, on peut estimer que le recours à la non-réciprocité à l'égard de certains États est acceptable en ce qu'une réciprocité diffuse et permise par la clause de la nation la plus favorisée existe.

74. Des systèmes généralisés de préférences fixés unilatéralement. En l'analysant comme un encouragement à ne pas attendre d'un État moins développé une forme de réciprocité, cela nous amène à considérer que chaque État est à même de déterminer les moins développés qui peuvent bénéficier de ce régime et à quelles conditions. De la même manière qu'aucune définition de la réciprocité n'est donnée, la non-réciprocité est également laissée à la libre appréciation des États. Cette totale liberté est contestable, car elle prévoit des régimes différents selon l'État développé en question.

75. L'exemple de l'Union européenne. L'Union européenne a fixé son régime dans le règlement (CE) n°978/2012[182], fixant les conditions d'octroi de bénéfices préférentiels aux pays en voie de développement et à ceux les moins avancés. L'article 4 de ce règlement permet à la Commission européenne de déterminer les pays concernés selon qu'il *«* a été classé comme pays à revenu élevé ou à revenu moyen supérieur par la Banque mondiale (…) » ou s'il « bénéficie d'un régime d'accès préférentiel au marché qui lui offre les mêmes préférences tarifaires (…) ». Il en va autrement pour les pays les moins avancés dont le régime est fixé par l'article 17 dudit règlement, en fonction des critères de définition établis par les Nations unies. Il existe selon lesdits règlements une réciprocité avec différenciation où les engagements sont

[181] FORTEAU Mathias, MIRON Alina PELLET Alain, *Droit international public*, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 9e édition 2022, p.179, paragr. 89.
[182] Règlement (UE) n ° 978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil, JO L, 2012.

asymétriques, en faveur des pays en voie de développement. Néanmoins, la réciprocité, bien qu'absente de manière explicite, prend une forme différente. Elle peut consister en une succession d'engagements progressifs, où les pays en voie de développement s'engageraient à une libéralisation progressive de certains secteurs d'activité[183].

76. L'exemple des États-Unis. Aux États-Unis, la capacité de définir les produits des États bénéficiaires du régime de préférence américain est une prérogative du Président des États-Unis. De plus, il dispose d'une plus grande latitude dans la détermination des États concernés que la Commission européenne. Tout d'abord, les critères des pays en voie de développement ne sont pas fixés sur ceux de la Banque mondiale ou des Nations unies. C'est le Président qui décide d'accorder ce régime préférentiel selon le paragraphe 2461 du Trade Act de 1974[184]. Ainsi, le Président doit vérifier l'effet d'une telle mesure sur la promotion du développement économique des pays en question à la faveur des exportations des États-Unis. Sur cette base, il peut identifier lesdits États en voie de développement qui peuvent rejoindre le système de préférences. Cependant, avant cela, il doit étudier si les pays développés disposent également d'un régime d'aide visant le pays potentiellement bénéficiaire d'une aide, mais aussi si le fait de faire bénéficier un État d'un régime préférentiel aura un impact sur les producteurs américains des produits provenant dudit État qui sont similaires ou concurrents. Enfin, le degré de compétitivité du pays concernant les articles bénéficiant du régime préférentiel est à prendre en compte. À ces critères s'ajoute une liste de critères rendant inéligible l'application du système préférentiel à des États[185]. On ne peut qu'affirmer que la liberté de définition des bénéficiaires d'un régime préférentiel amoindrit l'effet d'une limitation de réciprocité pour les États les moins développés.

77. Le régime conditionnel spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance. Certains régimes sont soumis à des conditions unilatérales et interrogent sur leur compatibilité aux attentes de non-réciprocité pour les pays en voie de développement. Faut-il voir les conditions à l'octroi de préférence comme de la réciprocité ou seulement comme une forme de conditionnalité ? Le « régime spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance » du

[183] WOOLCOCK Stephen, « Differentiation within reciprocity: the European Union approach to preferential trade agreements », *Contemporary Politics*, 20, Routledge, 2014.
[184] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 12 - Trade Act of 1974 : Sec. 2461 - Authority to extend preferences.
[185] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 12 - Trade Act of 1974 : Sec. 2462 - Designation of beneficiary developing countries.

règlement européen n° 978/2012, déjà évoqué, liste, à son article 9, les conditions selon lesquelles un État peut se voir octroyer un régime préférentiel favorable. Parmi celles-ci, il est établi que l'État en question devra « prendre l'engagement contraignant de maintenir la ratification des conventions pertinentes[186] [mentionnées à l'annexe VIII] et d'assurer leur mise en œuvre effective ». La Commission peut temporairement retirer les bénéfices de ce régime en conformité avec les articles 14 et 15 du règlement en question, si certaines conditions[187] ne sont pas remplies. De prime abord, ces articles font état de simples conditions à remplir, en l'absence desquelles un bénéfice pourrait être retiré. Notre hésitation réside dans les termes de la résolution du Parlement européen sur la mise en œuvre de ce règlement n° 978/2012[188]. L'objectif du règlement de 2012 est de réformer le système généralisé de préférences pour entre autres mieux « promouvoir les principes fondamentaux du développement durable et de la bonne gouvernance (…) »[189]. Pour cela, « il incombe aux pays bénéficiaires [du système d'appliquer les conventions, lignes directrices et règles internationales ayant pour objectif de prévenir les violations des droits de l'homme] (…)[190] ». Cependant, les considérants I et J de la résolution encourage l'Union européenne à « renforcer son action contre le dumping social et environnemental » et prend compte des « zones franches industrielles [qui] sont exemptées du droit du travail national (…) ». Ce système généralisé de préférences apparaît également comme un moyen de rétablir une égalité des conditions de concurrence reposant sur différentes législations environnementales ou en matière de droit du travail. Bien qu'il existe un retour, l'équivalence, centrale dans la définition de la réciprocité, est absente. Ces conditions s'apparentent à une lutte pour *levelling the playing field* plutôt que pour accroître la réciprocité dans les relations commerciales entre États.

78. Des systèmes de préférences conditionnelles. Le choix d'octroyer des bénéficies sur une base conditionnelle permettrait de ne pas attendre de réciprocité de la part des pays les moins développés. La notion de conditionnalité a déjà été définie, notamment dans le domaine environnemental. Ainsi, une conditionnalité environnementale a déjà été établie par des institutions économiques telles que le FMI ou la Banque mondiale. Pour John Gold, ancien

[186] Elles concernent les principales conventions de l'ONU et de l'OIT relatives aux droits de l'homme et aux droits des travailleurs et celles relatives à l'environnement et aux principes de bonne gouvernance.
[187] Voir article 9 paragraphe 1 points d), e), et f) du « Règlement (UE) n ° 978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil », JO L, 2012.
[188] Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur la mise en œuvre du règlement (UE) n° 978/2012 relatif au SPG (2018/2107(INI)), 2019.
[189] *Ibid*., considérant G.
[190] *Ibid*., nº H.

conseiller juridique principal du FMI, la conditionnalité telle que conçue par cette institution se définissait comme « les politiques économiques que le fonds souhaite voir suivre par les pays membres pour qu'ils puissent utiliser les ressources du fonds conformément aux objectifs et aux dispositions des statuts »[191]. Dans son article consacré à la conditionnalité environnementale, Alain Vandervorst a défini la réciprocité conçue par les organisations internationales comme le fait « de considérer une ou plusieurs mesures liées à la protection de l'environnement comme nécessaires ou souhaitables au déclenchement ou au maintien d'une ou plusieurs de ses opérations »[192]. En l'espèce, le système généralisé de préférences conditionne l'ouverture à des préférences commerciales, au respect de conventions et d'obligations internationales. C'est un moyen pour l'Union européenne, d'inciter au respect d'obligations environnementales et de protection des droits humains tout en réduisant l'effet de dumping provoqué par des législations moins protectrices.

79. La compatibilité de la conditionnalité à la non-discrimination. En revanche, cette conditionnalité ne doit pas être utilisée pour discriminer certains États moins développés par rapport à d'autres. Si ces États remplissent les conditions exigées pour être déclarées bénéficiaires, ils devraient se voir accorder des avantages similaires. Dans l'affaire concernant les conditions d'octroi des préférences des Communautés européennes, le Groupe spécial[193] a tout d'abord indiqué que la clause d'habilitation conduisait à une application des préférences, sur la base de la nation la plus favorisée des préférences à tous les pays les moins développés concernés[194]. Cependant, pour l'Organe d'appel[195], le problème ne concernait pas l'extension des bénéfices, mais plutôt les critères non objectifs et la sélection arbitraire desdits pays qui remplissaient les conditions. En se référant au paragraphe 3 c) de la décision de 1979 concernant le traitement différencié et le plus favorable pour les pays en voie de développement, l'Organe d'appel[196] a certes insisté sur l'importance du traitement non discriminatoire de ces États, mais a rappelé que des lors que cela était rendu nécessaire pour répondre « de manière positive aux

[191] Voir VANDERVORST Alain, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 4, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2000, p. 130.
[192] *Ibid*., p. 132.
[193] GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* - WT/DS246/R, 1 décembre 200, adopté le 20 avril 2004.
[194] *Ibid*., paragr. 7.209.
[195] ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement,* WT/DS246/AB/R AB-2004-1, 7 avril 2004, adopté le 20 avril 2004.
[196] *Ibid*., paragr. 165.

besoins du développement, des finances et du commerce des pays en voie de développement »[197], des régimes préférentiels différents pouvaient être prévus.

80. La différence entre conditionnalité et réciprocité. Le Groupe spécial a également opéré une distinction entre les conditions et la réciprocité. Ce que la clause d'habilitation interdit est la condition de réciprocité[198]. Pour le Groupe spécial, une préférence tarifaire est conditionnelle « lorsqu'elle est accordée en échange d'une certaine forme de compensation »[199]. En cela, elle rejoint la définition de la condition de l'article I paragraphe 1 du GATT, concernant la clause de la nation la plus favorisée et se distingue de la réciprocité qui « implique un échange davantage identique ou semblable »[200]. Dans la réciprocité, la condition est celle qui place la dépendance de l'octroi d'une obligation, lors de l'exécution de l'octroi d'un bénéfice. Or, la conditionnalité intervient comme une forme de compensation à l'encontre d'un avantage octroyé selon le Groupe spécial. Ainsi, les préférences accordées par le biais du système généralisé de préférences sont bien conditionnelles, mais sans attente de réciprocité. Cette distinction entre conditionnalité simple et réciprocité est essentielle dans l'identification et l'évaluation de la réciprocité.

En dépit du système de réduction des attentes de réciprocité, la latitude accordée aux pays développés d'instaurer un mécanisme de conditionnalité contribue au rétablissement d'une égalité des avantages, mais n'amoindrit pas les inégalités de fait à l'égard desquelles le système généralisé de préférences devait lutter. Si cette logique de non-réciprocité est absence en ce qui concerne les pays en voie de développement, il faut ajouter que cette distinction réciprocité / non-réciprocité est surtout présente en matière de commerce des marchandises. En effet cette recherche de réciprocité n'est pas présente dans tous les accords qui ont suivi le GATT. Après l'accord de Marrakech, le préambule de l'accord général sur le commerce des services (AGCS), ne mentionne pas la réciprocité, de même qu'il oublie la non-réciprocité.

---

[197] Traitement Différencié et Plus Favorable, Réciprocité et Participation Plus Complète des pays en Voie de Développement - Décision du 28 novembre 1979, 20S/19, 21,1979, paragr. 3 c).
[198] GROUPE SPÉCIAL - *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* - WT/DS246/R, 1 décembre 2003, paragr. 7.151.
[199] *Ibid*., paragr. 7.150.
[200] *Ibid*., paragr. 4.52.

CONCLUSION CHAPITRE 1

La réciprocité est inhérente aux relations commerciales internationales. Les premiers traités de commerce et de navigation ont prouvé la présence d'une réciprocité dans l'échange des marchandises. Le XVII^{e} siècle a été marqué par une recherche de réciprocité spécifique. Si les marchandises soumises à la réciprocité n'étaient certes pas identiques, elles étaient identifiées par les États et leur équivalence était reconnue. Plus que par une équivalence des marchandises, les gouvernants étaient tentés par l'échange d'un traitement identique soumis à la réciprocité. Cependant, ces comportements étaient le fruit d'attitudes unilatérales étatiques. La réciprocité était conçue comme une attente, et il était nécessaire d'en définir les fondements. Cette politique était fondée sur le *jus gentium* et son défaut était sanctionné par des représailles. C'est d'ailleurs la multiplication des représailles qui a poussé la Grande-Bretagne a adopté un comportement coopératif de réciprocité dans ses accords commerciaux dès la fin du XVIIIe siècle. Dans cette perspective, les accords commerciaux bilatéraux ont été teintés de réciprocité. La multiplication de ces accords nous a permis de constater la nécessité de distinguer l'accord réciproque - comme la réunion des engagements - de la réciprocité comme indice de la matérialité des obligations à exécuter. Cette distinction est importante tant les accords réciproques qui ont été ratifiés au XIX^{e} siècle peuvent être des accords réciproques, bien que la réciprocité soit parfois absente. En effet, la présence de la réciprocité est cyclique et correspond aux programmes économiques de chaque gouvernement. Cette influence des courants économiques sur la réciprocité a contribué à sa transformation. Elle a pu intervenir comme un outil tantôt protectionniste, tantôt de libre-échange, ce qui peut la placer objectivement entre ces deux courants. Ce n'est qu'à partir du XX^{e} siècle, plus précisément de 1934, qu'elle a été façonnée par les États-Unis et son *Reciprocal Trade Agreement Act*. Notre étude a permis de prouver que la réciprocité et son degré d'opposabilité étaient influencés par le détenteur du pouvoir, qui pouvait imposer ses attentes de réciprocités. Cela marque, encore une fois le degré de contingence de la réciprocité et sa présence ne dépend pas toujours de la forme réciproque d'un accord commercial. Par ailleurs, cette étude du *RTAA* a permis de voir en quoi cet accord était essentiel à la construction d'un multilatéralisme commercial et en quoi il s'en était détaché. S'il a été important pour dessiner les prémices d'une organisation internationale du commerce, sa vision bilatérale fondée sur la réciprocité a conduit les penseurs d'une telle organisation, qui ont préféré s'en inspirer plutôt que de l'intégrer comme un réel fondement. Néanmoins, le fond de ce qui devait être l'organisation internationale du commerce, puis du GATT et de l'OMC est

fortement lié à la réciprocité du *RTAA* et des accords bilatéraux qui y puisent leur origine, comme les sauvegardes en témoignent. Néanmoins, le *GATT* de 1947, par l'effort de multilatéralisation dont il est à l'origine, vient apporter un cadre institutionnel à la réciprocité en lui dessinant un cadre diffus. L'évolution des négociations commerciales, par le jeu du fournisseur principal et des formules tarifaires, a permis de concevoir la réciprocité comme un équilibre global des relations commerciales grâce à l'extension des bénéfices via la clause de la nation la plus favorisée. Cependant, cet équilibre global repose sur le consensus et le respect des règles commerciales. Or, les pays en voie de développement ainsi que les pays les moins avancés ont, dès les premiers cycles de négociations, souhaité l'instauration d'un traitement différencié à leur égard. Cette réciprocité diffuse s'est donc appliquée en faveur de ces pays, mais sans forcément attendre d'eux la production d'un même effort en raison de leur niveau de développement. La réciprocité diffuse a permis de moduler les efforts des Membres lors de ces négociations. En revanche, ces propos ne sont relatifs qu'au secteur des marchandises. Comme cela a été décrit, l'accord général sur le commerce des services ne fait aucunement référence à la réciprocité. Les ambitions du *GATT* et de *l'AGCS* étant différentes, la réciprocité a été remplacée par la référence à l'équilibre global. Bien que la réciprocité en matière de services soit implicitement existante et que ces notions soient proches, le choix des mots importe et inscrit la volonté de limiter la conditionnalité des processus de libéralisation.

Les prochains développements montreront que les demandes de réciprocité croissent, et ceci tant dans le secteur des marchandises que dans celui des services. La recherche des fondements de la réciprocité et les motivations des États à imposer des mesures de réciprocité mettront en avant une augmentation des références à la réciprocité. De plus, l'étude des fondements reflétera les logiques de pouvoir et de puissance qui se cachent derrière la réciprocité. Ces éléments interrogent la présence du consentement des deux parties dans la production d'une mesure de réciprocité.

CHAPITRE 2 : LES FONDEMENTS DE LA RECIPROCITE SELON UNE PERSPECTIVE UNILATERALISTE

L'étude historique de la réciprocité a prouvé que celle-ci constitue un comportement unilatéral d'un État qui est le miroir de son intention. Par l'étude des fondements, il s'agira de vérifier cette hypothèse. L'objectif est de rechercher l'origine de la naissance de la réciprocité. Toujours guider par la volonté de prouver son existence juridique, il nous apparaît nécessaire de s'immerger au cœur du droit des États pour comprendre la manière dont la réciprocité est utilisée. Pour cela, deux situations doivent être considérées : l'utilisation de la réciprocité dans le droit national dont les effets sont internes, ou bien dont les effets sont internationaux. Cette étude sera complétée par un travail d'appréhension des fondements dans le droit international général (section 1). En outre, s'ajoute le fait que l'étude des fondements de la réciprocité doit aller plus loin que le sens apparent et « classique » de la réciprocité, car, si elle est une notion juridique, elle est aussi politique et économique. Alors, l'étude de ses fondements servira à mettre en lumière l'instrumentalisation qui peut être faite de cette notion. L'objectif est de prouver que l'existence juridique de la réciprocité peut avoir des buts politiques distincts des logiques juridiques de réciprocité sous-tendus par les fondements de cette notion (section 2).

Section 1 : Le droit interne des États comme faits générateurs de la réciprocité.

Le postulat de départ est que la réciprocité est un phénomène manifestant une intention unilatérale d'un État et qui se matérialise à travers la volonté de cet État. Cela implique que celui-ci est libre d'accorder des avantages sur une base de réciprocité. De même, la spécificité de la réciprocité voudrait que le principe soit un retrait de ces avantages de manière tout aussi unilatérale. L'objectif de démontrer que la réciprocité est un instrument manifestant l'intention des États vise à prouver que sa spécificité est de réunir des acteurs qui s'engagent sur un motif de réciprocité. La réciprocité est au centre de leur volonté de concéder une ou plusieurs obligations (paragraphe 1). Pour accentuer l'unilatéralité de cette notion, une étude de la place de la réciprocité dans le droit interne soulignera qu'elle est, avant tout, une notion du droit des contrats interne des États. Cette démarche a pour ambition d'établir que le droit interne d'un État a une influence sur l'utilisation de cette notion dans le système international (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La volonté de l'État comme fondement de la réciprocité

Les précédents développements historiques ont mis en avant que la réciprocité est le fruit de comportements unilatéraux étatiques qui se sont liés pour conditionner le bénéfice d'un avantage à un autre avantage. La réciprocité ne vise pas uniquement à lier juridiquement ces comportements, mais elle est un instrument de mesure. C'est parce qu'elle est contingente que les États sont libres d'octroyer des avantages en retour d'autres avantages. Ce constat concerne la réciprocité au stade de sa négociation (A). Par principe cela supposerait qu'un État puisse retirer les avantages soumis à la réciprocité de manière unilatérale, s'il n'en est pas disposé autrement. (B).

A – La liberté d'octroyer la réciprocité

81. L'absence d'obligation juridique. Lors de l'étude relative aux formules tarifaires, nous avons mis en avant la liberté qu'ont les États de déterminer le degré de réciprocité. À

présent, il s'agira de constater que l'octroi de la réciprocité est également soumis à leur libre appréciation. Nous avons déjà pu esquisser la réciprocité comme étant une forme d'attente d'un comportement défini. En prouvant que la réciprocité résulte de la volonté des États, on la distingue du *jus necessarium*. La réciprocité n'a pas pour but de veiller au respect des engagements des États. Le principe *pacta sunt servanda* occupe une telle place. À la différence du premier, le principe *pacta sunt servanda* apparaît comme une exigence morale, comme une obligation de respecter ses engagements en dehors de la volonté de l'État. Comme le Professeur Maurice Kamto l'écrivait, ce principe « n'a pas besoin d'une consécration conventionnelle pour s'imposer comme une norme juridique internationale (…)»[201]. Or, le degré de matérialité de la réciprocité ainsi que la recherche de la correspondance de réciprocité, obligent les États à faire connaître leurs intentions. Dans le GATT, la réciprocité, a été mentionnée explicitement dans le préambule en matière, d'entreprises commerciales d'État, de négociations tarifaires ou encore de modifications des listes. La spécificité d'inscrire la réciprocité en préambule doit être rappelée puisque le préambule n'a pas la même force contraignante que le corps du traité. À la lecture de l'article 31 (2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, on comprend que les préambules servent davantage de contexte du traité. Mais sa vertu interprétative nous permettra de mesurer l'importance de la réciprocité. La réciprocité apparaît davantage comme une notion structurante et organisatrice des relations commerciales que comme une obligation imposée aux États d'accorder une réciprocité des concessions. Dans l'affaire, « États-Unis - Jeux »[202], le Groupe spécial a relevé lors de l'interprétation de la liste américaine de l'AGCS, que parmi les objectifs des accords visés, il fallait également retenir celui de « conclure des arrangements réciproques et mutuellement avantageux ». L'accord réciproque est alors un objectif à atteindre et non pas une obligation de résultat. Ainsi, la réciprocité apparaît comme un outil structurant des relations commerciales internationales. La réciprocité est un objectif à atteindre en ce qu'il agit sur la structure du commerce international. Du moment que les logiques de réciprocité entrent en opposition avec les objectifs d'expansion du commerce international et de la réduction de ses obstacles, elle doit évoluer. Ainsi, l'octroi de réciprocité ne peut pas être une obligation en elle-même. Cependant, une fois que la réciprocité est accordée, la rencontre des volontés est liée par le consentement. L'intégration de ces concessions réciproques dans les listes de concessions rend leur respect obligatoire. De plus,

[201] KAMTO Maurice, *La volonté de l'État en droit international,* Recueil des cours, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 428 p, p. 65.
[202] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004, (adopté le 20 avril 2005).

l'interprétation de ces concessions, selon leurs objets et leurs buts, ne peut pas être étudiée selon les interprétations unilatérales des États. Lorsque l'article 31 de la Convention de Vienne concernant l'interprétation des traités fait référence à l'objet et au but des traités, il s'agit d'interpréter les intentions communes des parties. Ainsi, lors de l'interprétation des concessions réciproques, il faut les concevoir comme le résultat d'une négociation mutuelle entre Membres. Elles sont le fruit d'un consensus, puis du consentement de chaque Membre. C'est pourquoi une interprétation objective et globale doit être réalisée. Cela marque la différence de la réciprocité au stade des négociations, qui n'est pas obligatoire, et qui fruit de la libre volonté de chaque État, ne peut apparaître qu'avec leur consentement. Cela laisse également supposer que l'OMC n'a pas pour but d'aboutir à de la réciprocité dans les échanges. Mais elle fait de la réciprocité un instrument pour mener à bien ses objectifs de promotion du commerce international.

82. L'hypothèse de la réciprocité - standard. La liberté d'accorder de la réciprocité en amont des négociations ainsi que l'indétermination de cette notion nous conduisent à définir la réciprocité comme un standard au stade des négociations. L'une des différences entre une norme juridique et un standard réside dans l'indétermination de la seconde. Ce caractère doit être indéterminé, ce qui ne signifie pas qu'il ne doit pas être déterminable. Or, nous avons vu précédemment, la réciprocité est indéterminée, mais déterminable. L'étude des formules tarifaires a mis en avant que la réciprocité n'a pas été définie et que sa méthode de détermination n'a pas fait l'objet d'un consensus. Cependant, l'utilisation des formules tarifaires permet aux États de proposer leurs visions de la réciprocité. Comme l'a précisé Madame Anaïs Lagelle, « l'indétermination provient de l'intention de l'auteur du standard de donner, à la norme qui le contient, un contenu indéterminé »[203]. L'auteur doit donc avoir l'intention de proposer une notion évolutive lors de l'application du texte, ce qui est le cas pour la réciprocité telle qu'elle ressort du préambule du GATT. Cela permet également de proposer une structure équilibrée des relations commerciales internationales en aval des négociations.

Le fait de concevoir la réciprocité comme un standard à atteindre nous conduit à évaluer cette notion de manière juridique et aussi a-juridique. Lors de l'évaluation unilatérale de la réciprocité par les États, ces derniers donnent une définition économique de ce qu'ils considèrent être la réciprocité. L'analyse de la réciprocité en un standard permet de mêler un

[203] LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique: contribution à l'étude de la normativité internationale*, Droit. Université Côte d'Azur, 2014, p. 49.

contexte économique et commercial à une réalité juridique. C'est pourquoi la réciprocité doit être vue selon sa matérialité. En cela, elle permet aux États d'ajuster les politiques commerciales à leurs choix politiques. La réciprocité intervient en effet comme un outil de régulation des politiques commerciales par l'intégration du droit aux relations économiques. C'est pourquoi, au stade des négociations, l'octroi de réciprocité est libre et unilatéral.

83. La souveraineté étatique en partie cause de cette liberté. Cette liberté et ce choix unilatéral d'accorder des avantages sur une base de réciprocité naissent de l'existence de l'égalité des États et de la souveraineté. Comme l'ont souligné Francesco Parisi et Nita Ghei, la réciprocité peut être décrite comme *« a background rule in view of the legal equality of States* »[204], qui est nécessaire au maintien du principe général de souveraineté. L'égalité dont il est fait référence est juridique et non de fait. C'est parce que les États sont égaux et souverains qu'ils disposent d'un principe d'autonomie dans les concessions qu'ils accordent. De plus, comme mis en avant, les Membres ne sont ni influencés ni obligés d'accorder une équivalence dans leurs concessions, qui est libre et unilatérale. C'est parce qu'ils sont autonomes qu'ils disposent de cette liberté, au stade des négociations et donc en amont du consentement. La réciprocité diffuse à l'OMC traduirait alors un principe de régulation du fonctionnement institutionnel de l'OMC, en ce qu'elle témoignerait du respect du consensus de tous les Membres dans le processus de négociation. Toutefois, s'il n'y a pas d'équivalence, la réciprocité ne peut être que présumée par le consensus des Membres. Ainsi la liberté des Membres d'octroyer des avantages sur une base de réciprocité prendrait deux formes : elle permet d'assurer le consensus de tous et donc une égalité juridique, tout en permettant aux États d'être libre dans la détermination du caractère matériel de la réciprocité. Cependant, la souveraineté confère une égalité juridique aux Membres de l'OMC, ou aux Parties d'un traité, sans pour autant leur attribuer une égalité de fait. Or, nous avons déjà pu constater que la non-réciprocité considérait que, pour attribuer un régime plus favorable, les États étaient juridiquement égaux, mais non de fait. Pareillement, se concentrer sur l'égalité juridique conduirait à oblitérer volontairement l'intervention de la puissance et du pouvoir de chaque État lors des négociations. C'est pourquoi un changement de paradigme doit être opéré. Le Professeur Decaux, dans sa thèse sur la réciprocité s'interrogeait sur l'objet de l'atteinte : « Est-ce l'atteinte à l'égalité qui est condamnable au premier chef, ou l'atteinte à la souveraineté ? Si c'est l'atteinte à l'égalité, tout déséquilibre entre les États pourrait être remis en cause, même si l'absence de réciprocité est voulue et non

[204] PARISI Francesco et GHEI Nita, « The role of reciprocity in international law », *Cornell International Law Journal*, 36, 2003, p. 41.

imposée : seul le résultat objectif compte. Au contraire, si c'est l'atteinte à la souveraineté qui est essentielle, on peut admettre que seule la contrainte qui impose un déséquilibre doit être condamnée : en dehors de toute coercition, un État ne peut-il, en effet, accepter volontairement l'absence de réciprocité. Et ce, pour des raisons de fait dont il est le meilleur juge.»[205] Il nous semble cependant que la réciprocité doit être conçue de manière active et non passive. La citation laisserait penser que la réciprocité est l'octroi d'un avantage de la part d'un État A parce que l'État B lui a accordé un autre avantage. Or la réciprocité naît de la rencontre de volontés unilatérales dont la rencontre a formé un consensus. Cependant, comme le Professeur Pellet l'a écrit, si la volonté est présente dans la création d'un traité, dans ce cas de figure, l'État en question ne peut pas mettre fin au traité uniquement par sa propre volonté, comme cela est exprimé dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. À l'OMC, bien que la réciprocité soit laissée à la libre appréciation des États, elle n'en reste pas moins soumise au mémorandum d'accord sur le règlement des différends ainsi qu'aux accords de l'OMC, lorsqu'elle est rompue. Cependant, le cas de l'OMC ne concerne pas tous les accords. Il est possible que, dans ceux où la réciprocité est moins institutionnelle, mais dont la réciprocité est l'un des objets et des buts les plus importants, son fondement réside non plus dans la souveraineté, mais plutôt dans la volonté.

84. La volonté au centre de la réciprocité dans les actes unilatéraux. Par ailleurs, la volonté sera au cœur de la réciprocité lorsqu'elle sera utilisée en dehors des traités. La recherche de réciprocité peut prendre la forme de mesures unilatérales. Si les précédents propos font référence à la volonté des États de conférer de la réciprocité, cette volonté doit être nuancée en matière de réciprocité d'exécution. En effet, la volonté de l'État ne doit pas être vue comme un argument utilisable sans limite. C'est pourquoi il s'agira dans le cadre des actes unilatéraux de définir les limites de son utilisation et de commencer à appréhender la question de son opposabilité. Ensuite, c'est la question de la qualification de ces mesures en actes unilatéraux qui pose question. En effet, toutes les mesures unilatérales visant à rechercher de la réciprocité ne sont pas forcément qualifiables d'actes unilatéraux. Malgré là encore l'importance de la volonté de l'État, l'absence de qualification d'actes unilatéraux aura des effets importants sur son opposabilité en droit. La question de l'opposabilité dans les faits sera posée infra[206].

85. Définitions. La définition de l'acte unilatéral portée par le rapporteur spécial, M. Victor Rodríguez Cedeño du troisième rapport sur les actes unilatéraux des États considérait

[205] DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, thèse de doctorat, Paris II, 1980, 374 p, p.18.
[206] Voir Partie 2, titre 2, chapitre 2.

que ces actes devaient supposer « une manifestation de la volonté de l'État et donc de son intention »[207]. Sans revenir sur tous les critères, il s'agira compte tenu de l'objet de cette étude de souligner que l'intention et les effets juridiques sont deux notions corrélées. À la lecture de l'arrêt de la CIJ sur les essais nucléaires opposant la Nouvelle-Zélande à la France[208], l'intention de l'État est le critère central pour déterminer la portée des obligations juridiques de la déclaration française. Dans cette affaire, les juges ont rappelé que « quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire »[209]. L'intention est centrale dans la définition de la volonté. Toutefois, il faut rappeler que la production d'effets juridiques dépend également du caractère (ir)régulier d'un acte juridique. Ainsi, devons-nous nous poser la question de l'habilitation. Le Professeur Kamto considérait, à la manière du rapport de la Commission du droit international de 2006, qu'il existait d'une part certains actes unilatéraux adoptés selon une habilitation expresse et d'autre part, ceux fondés sur la volonté des États. Denys-Sacha Robin, dans sa thèse, propose de supprimer cette différence. Il écrit que la norme d'habilitation permet « de décloisonner l'analyse des deux catégories d'actes dont les effets découlent simplement de règles aux contenus plus ou moins (in)déterminés »[210]. La limite réside dans la liberté dont dispose l'État en fonction de l'habilitation. Selon lui, « le champ d'application est libre dès lors que la promesse ne se heurte pas à une règle contraire. Le champ des effets prescrits par l'habilitation, quant à lui, permet à l'État de s'engager librement »[211]. Ainsi, pour évaluer la régularité d'un acte unilatéral en fonction des règles d'habilitation, il est nécessaire de s'interroger sur l'acteur, l'action prise et l'absence de contrariété manifeste avec les conditions de fond. Pour le dernier critère, il s'agit de respecter, selon Robert Kolb « 1) l'absence d'une disposition expresse, 2) d'injonction implicite, 3) d'injonction obtenue par analogie plus ou moins extensive, 4) d'injonction obtenue par l'opération de principes généraux du droit ou des

[207] RODRÍGUEZ CEDEÑO Victor, *Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États,* Document A/CN.4/505, paragr. 34. Voir aussi : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, 1/61/10, paragr.1

[208] CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France),* arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 457.

[209] *Ibid*., paragr. 46.

[210] ROBIN Denys-Sacha, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international,* [en ligne], Droit. Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2018. Disponible sur : https://theses.hal.science/tel-02046466

[211] *Ibid.,*

considérations de rationalités intrinsèques au système juridique ou encore 5) d'injonction obtenue en prenant en compte les valeurs générales du système et les nécessités sociales du moment »[212]. En évoquant ces critères, l'objectif est double : D'une part, il nous faut souligner que les acteurs, le type d'action et la marge de manœuvre existante doivent être étudiés pour juger de la conformité d'une mesure de réciprocité, et d'autre part, que cela nous engage à penser à un espace juridique adéquat en vue de son application.

86. La qualification des mesures unilatérales de réciprocité en actes juridiques. La seconde question qui nous intéresse est de formaliser ces prétentions unilatérales en des actes juridiques. Savoir si des recherches unilatérales de réciprocité ainsi que des mesures unilatérales constituent des actes juridiques sera la principale difficulté à laquelle il nous faudra nous confronter. En effet, la simple expression d'une intention ne suffira pas à faire naître les effets juridiques d'une mesure visant à rechercher de la réciprocité. Denys-Sacha Robin, dans sa thèse a, par exemple, différencié les prétentions normatives *lato sensu* de celles *stricto sensu.* La première constitue « des comportements n'ayant a priori qu'une valeur politique ou celle de faits juridiques. Il peut s'agir, en particulier, d'offres de (re)négociation ou d'adhésion à un traité ou de comportements manifestement illicites impliquant le rejet d'une règle établie. Du point de vue des rapports normatifs, ces comportements sont présumés inopposables. Ils ne peuvent influencer l'état du droit sans l'acceptation expresse des tiers intéressés. Si acceptation il y a, ce type de processus se rapproche du modèle de l'accord explicite. »[213] À l'inverse, l'auteur considèrent les prétentions *stricto sensu,* comme de vrais actes juridiques « dans la mesure où elles sont adoptées dans le cadre des marges d'appréciation et contraintes déterminées par des règles secondaires d'habilitation. »[214] L'auteur ajoute une autre distinction au sein des prétentions *lato sensu.* La principale différence sera donc l'effet normatif de ces prétentions et leur opposabilité automatique. Cette distinction a une influence certes dans la qualification d'actes juridiques, mais également dans l'attente d'une réponse de réciprocité par un État. Ainsi, lors de l'étude de la recherche unilatérale de réciprocité et surtout de l'opposabilité de ces mesures, il s'agira de s'interroger sur leurs effets normatifs.

[212] KOLB Robert, *Théorie du droit international*, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 323
[213] *Ibid.,* p.85.
[214] *Ibid.,*

Ainsi, si elle est en partie fondée sur l'égalité entre États ou sur la souveraineté, la réciprocité naît de la volonté unilatérale des États. Ce constat aura des conséquences sur l'exécution d'une mesure de réciprocité et sur les conséquences de l'inexécution d'une telle mesure. En effet, si la volonté de l'État est centrale, cela signifie que les États ont le droit de revenir sur cette volonté, lorsque les conditions le nécessitent. Nous verrons alors que des mesures d'exécution du défaut de réciprocité ont été prises unilatéralement par les États, lorsqu'aucun règlement des différends n'a été prévu par le traité.

B – La reconnaissance partielle de la réciprocité d'exécution

87. Les accords commerciaux internationaux peuvent représenter une *lex specialis* vis-à-vis du droit international général. Pour autant, cette discipline n'est pas hermétique aux règles du droit international général. En utilisant la notion de réciprocité d'exécution, nous faisons référence au choix des États de prendre une mesure de réciprocité contre un État qui n'aurait pas respecté l'obligation à exécuter sa prestation. Nous utiliserons indifféremment cette notion ou celle de mesure de réciprocité. Bien que notre sujet nous limite à la sphère commerciale, il nous faut tout d'abord constater le façonnement opéré par les juridictions internationales sur cette question. C'est ainsi que dans l'affaire des Prises de la Meuse de 1937[215], la Cour avait été saisie par le Gouvernement du royaume des Pays-Bas à l'encontre de la Belgique. Les Pays-Bas s'interrogeaient sur la conformité au Traité du 12 mai 1863 portant règlement du régime des prises d'eau à la Meuse, de la réalisation de certains ouvrages sur la construction du Canal Albert par la Belgique et sur la manière dont la Belgique voulait « assurer dans l'avenir l'alimentation en eau des canaux existants (…) »[216]. Dans cette affaire, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) a une stricte évaluation de la réciprocité. Selon elle, le traité dont il est question est un accord visant à consentir « leurs intérêts matériels, en vue d'améliorer une situation de fait, plutôt qu'à résoudre un conflit d'ordre juridique des droits réciproquement contestés »[217]. Selon la Cour, cela aurait été le cas si les termes du traité le mettaient en avant. Or ce n'est pas la position de tous les juges. Le juge Hudson, dans son opinion individuelle[218], précise, bien que se ralliant à la Cour, que le principe d'équité aurait dû faire partie de l'analyse

[215] CPJI, arrêt du 28 juin 1937, *Affaire des Prises de la Meuse (Royaume des Pays-Bas c. Royaume de Belgique)*, 1937, arrêt, C.P.J.I, (Ser. A/B), N° 70.
[216] *Ibid*., p.5.
[217] *Ibid*., p.20.
[218] *Ibid.,* separate opinion of Judge Hudson.

de la Cour. En effet, ce principe aurait pu être considéré « comme un des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »[219] selon l'article 38 du Statut de cette Cour. Par ce biais, celle-ci aurait pu s'octroyer cette liberté. Dès lors, un « important principe d'équité semblerait être que, quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque, une partie qui, de manière continue, n'exécute pas cette obligation ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie »[220]. En cela, le juge Hudson s'est inscrit dans la logique de la doctrine anglaise de *l'equity* et de la doctrine de droit romain concernant *l'exceptio non adimpleti contractus.* Ce lien entre réciprocité et équité mérite que nous étudiions cette seconde notion.

88. Contextualisation de l'équité. Avant toute chose, rappelons que l'équité peut être divisée en trois catégories : l'équité *infra legem*, l'équité *prater legem* et l'équité *contra legem*. La première intervient comme une méthode d'interprétation du droit tandis que la deuxième est utilisée pour compenser les lacunes du droit international et que la troisième vise à déroger aux lois pour remédier à ses insuffisances[221]. La professeure Catharine Titi définit l'équité *infra legem* comme le pouvoir de choisir parmi les différentes interprétations possibles de la loi afin de produire la solution la plus équitable[222]. Elle rappelle également que cette forme d'équité est qualifiée d'élément de discrétion judiciaire. Cependant, l'utilisation de l'équité *praeter legem* passe également par l'interprétation. La différence réside dans l'existence ou l'absence d'un droit applicable. L'équité *prater legem* intervient pour combler une lacune du droit et pour éviter une décision de non liquet, lorsque ni le traité, ni la coutume, ni les principes généraux du droit ne permettent de résoudre un point de droit. Enfin, l'équité *contra legem* intervient plus rarement que les deux formes précédentes. Dans ce cas, il s'agira d'une forme de justice corrective qui va pallier les insuffisances du droit, non parce qu'il est inexistant, mais parce qu'il est considéré comme injuste. Autre différence avec les équités *infra legem* et *praeter legem*, le juge ne pourra recourir à l'équité *contra legem* que si les parties ont donné leur accord. C'est ce que la CIJ a confirmé dans l'affaire relatif au différend frontalier[223], lorsqu'après avoir exclu la possibilité de décider *ex aequo et bono*, elle a estimé que comme les Parties n'avaient pas demandé à la Cour de procéder à un équilibrage de leurs intérêts conformément à l'équité

[219] *Ibid*., p. 76.
[220] *Ibid*., p. 77.
[221] LOWE Vaughan, « The Role of Equity in International Law », *The Australian Year Book of International Law Online*, 12, Brill Nijhoff, 1992, p. 58.
[222] TITI Catharine, *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, 2021, p. 86.
[223] CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, *Affaire du différend frontalier* (Burkina Faso/ république du Mali), C.I.J. Recueil 1986, p.554.

contra legem, la Cour ne pouvait pas opter unilatéralement pour un tel choix[224]. Cependant, ces distinctions sont fortement remises en question, en raison de leurs similarités. Pour preuve, la professeure Catharine Titi prend l'exemple de l'affaire du plateau continental de la Mer du Nord[225] qui fait appel à l'équité *infra legem* en ce qu'elle applique une règle de droit existante, qui nécessite une interprétation sur la base d'équité[226]. Cependant, le juge Ammoun a déclaré, dans son opinion séparée, que c'est à l'équité *praeter legem* qu'il est fait référence, car l'Allemagne, dans les faits, n'était pas liée par la règle d'équidistance qui posait problème dans cette affaire. Il n'y avait pas de droit applicable, c'est donc à l'équité *praeter legem* qu'il a été recouru. Face à ces débats sur les distinctions entre formes d'équité, il conviendra d'admettre que celles-ci n'ont que des vertus théoriques et de classification traditionnelle[227]. Il semblerait plutôt préférable de retenir l'effet principal qui transcende les trois catégories, à savoir la capacité des juridictions à se saisir de l'équité pour interpréter et pallier le droit international lorsque cela est nécessaire.

89. Le lien entre réciprocité et équité. Dans l'affaire des Prises de la Meuse, les juges n'ont pas utilisé l'équité pour rendre leur décision. Les Pays-Bas demandaient que le Gouvernement belge arrête le fonctionnement de l'écluse de Neerhaeren qui est contraire au traité ; les Pays-Bas ont agi de même en faisant fonctionner l'écluse de Bosscheveld. Les membres de la Cour ont utilisé la doctrine « des mains propres », qui veut qu'une Partie initiatrice d'une procédure d'équité ne doive pas s'être comportée de manière illicite. À défaut, la partie défenderesse peut recourir à cette doctrine. La Cour n'a donc pas jugé selon le principe de l'équité, mais pour le juge Hudson, elle aurait dû le faire. Bien que les Pays-Bas demandent une protection contre le comportement de la Belgique et non une réparation d'un fait passé, le principe d'équité voudrait qu'on ne puisse pas obliger un État à exécuter une obligation réciproque alors que l'autre État refuse de s'y résoudre[228]. Ainsi, l'obligation de se soumettre à ses obligations de réciprocité serait issue de l'équité. Cependant, la réciprocité dont il est fait mention ici fait référence à l'impossibilité de porter un recours demandant la suspension d'un comportement illicite alors que l'État demandeur agit également de manière illicite à une obligation considérée comme réciproque. Dans cette affaire, à travers l'équité, les juges de la

[224] TITI Catharine, *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, 2021, p. 91.
[225] CIJ, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (république fédérale d'Allemagne/Danemark),* C.I.J, recueil 1969, p.3.
[226] TITI Catharine, *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, 2021, p. 92-93.
[227] *Ibid*., p. 103.
[228] CPJI, arrêt du 28 juin 1937, *Affaire des Prises de la Meuse (Royaume des Pays-Bas c. Royaume de Belgique)*, 1937, arrêt, C.P.J.I, (Ser. A/B), N° 70, opinion individuelle du Judge Hudson, p. 78.

Cour internationale de justice ont garanti implicitement une forme de réciprocité d'exécution active autorisant un État à ne pas exécuter ses obligations tandis que l'autre ne s'y est pas résolu.

90. Le lien entre réciprocité et l'*exceptio non adimpleti contractus*. L'opinion individuelle du juge Hudson fondée sur l'équité, doit également être analysée à travers l'*exceptio non adimpleti contractus*. L'*exceptio* est une forme d'expression de la réciprocité d'exécution qui se concentre uniquement sur l'inexécution d'une obligation et non sur l'équivalence de cette obligation. Comme l'a défini la Professeur Fitzmaurice, l'*exceptio* implique que la condition pour qu'une partie respecte une obligation synallagmatique est le respect continu de cette obligation par l'autre partie[229].

91. Définitions de *l'exceptio*. Dans le cadre de cet écrit, le choix a été porté, ainsi qu'indiqué dans nos propos introductifs, vers le raisonnement du rapporteur James Crawford qui distinguait l'*exceptio* du régime de la responsabilité internationale et du droit des traités alors que la Commission du droit international ne faisait pas la distinction entre contre-mesure réciproque et réciprocité. À la lecture de la restitution des débats ayant eu lieu en 1999, précédant l'annuaire de la Commission du droit international de 2001, deux visions de l'*exceptio* étaient proposées : une stricte et souple. La vision stricte soutenait qu'un État A ne pouvait pas contester l'inexécution d'une obligation de la part d'un État B, lorsque cette même inexécution était empêchée par un fait illicite antérieur de la part de l'État A. Finalement, cette idée rejoint l'idée que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Pour les membres de la Commission, cette forme se rapprochait de la force majeure. La vision souple, elle consistait à refuser l'exécution à un État lorsqu'un autre État ne s'était pas conformé aux siennes. En ce sens, le chevauchement avec le droit des contre-mesures était mis en avant[230]. Dans cette perspective et en considérant que l'*exceptio* est une technique d'exécution de la réciprocité, on constate que la Cour s'est rapprochée de la vision stricte de la Commission. Dans l'affaire de la CIJ opposant Djibouti à la France[231], la Cour a retenu une acceptation stricte de la réciprocité. Dans cette affaire, Djibouti a fait valoir que le traité conclu avec la France contenait une obligation de coopération sur une base de réciprocité. Selon les représentants de Djibouti, l'aide juridique portée à la France dans l'affaire Borrel, aurait dû faire naître des obligations de

[229] FITZMAURICE Malgosia, « Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law », *in* BARTELS Lorand, PADDEU Federica, *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2020, p. 285.
[230] CRAWFORD James et OLLESON Simon, « The Exception of Non-performance », *Australian YearBook of International Law*, 21, 2000, p. 62.
[231] CIJ, arrêt du 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France), C.I.J, Recueil, p. 177.

réciprocité à l'égard de la France[232]. La position française rejetait cet argument. Pour elle, l'application de la réciprocité au traité sur le plan formel était artificielle. Elle devait être interprétée à l'égard « des obligations précises »[233]. Ainsi, la réciprocité et son instrument d'exécution rejoignent la vision stricte, puisqu'elle rejette une interprétation du « concept de réciprocité » dans le cas où un État refuse d'exécuter une obligation générale. Il faudra attendre la décision opposant la Grèce à la Macédoine[234] pour voir apparaître la réciprocité sous la forme de l'*exceptio*. Dans cet arrêt, la Grèce, en tant que défendeur, a défini l'*exceptio non adimpleti contractus* comme un « principe général de droit international l'autorisant à « suspendre celles de ses obligations qui sont réciproques aux obligations que [le demandeur] n'observe pas » »[235]. La Macédoine, a contrario, considère que le défendeur n'a pas prouvé que l'*exceptio* était un principe général de droit international[236]. Par ailleurs, pour le défendeur, l'*exceptio* n'entre ni dans le champ de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, ni dans l'expertise du droit de la responsabilité internationale. Ainsi, elle conteste l'utilisation d'une mesure de l'*exceptio*. Pour la Cour, au vu des arguments apportés par les Parties, le défendeur n'a pas établi « qu'il avait satisfait, en l'espèce, aux conditions, énoncées par lui-même, qui seraient requises pour que l'exceptio s'applique »[237]. En effet, le défendeur, qui est l'auteur de l'*exceptio*, n'a pas prouvé l'existence « d'un rapport entre l'utilisation du symbole par le demandeur en 2004 et son opposition à l'admission de celui-ci à l'OTAN »[238]. En sus, par économie jurisprudentielle, la Cour a considéré qu'il « n'était pas nécessaire que la Cour détermine si cette théorie fait partie du droit international contemporain »[239]. Deux commentaires dépendants l'un de l'autre peuvent être faits sur les choix de la Cour. Tout d'abord, il est possible de déplorer le choix de ne pas rechercher la place de l'*exceptio* dans le droit international contemporain. Dans sa déclaration relative à ladite affaire[240], le Juge Bennouna soulignait que la Cour aurait pu, de même qu'elle l'a fait dans sa décision opposant Djibouti à la France, considérer que l'*exceptio* ne pouvait être envisagée « que dans le cadre d'une acception stricte de la réciprocité dans la mise en œuvre de certaines obligations internationales, lorsque l'application de l'une est inconcevable en dehors de celle de l'autre. » C'est d'autant plus le cas - il s'agit de notre

[232] *Ibid*., paragr. 99.
[233] *Ibid*., paragr. 103.
[234] CIJ, arrêt du 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, p.644.
[235] *Ibid*., paragr. 115.
[236] *Ibid*., paragr. 117.
[237] *Ibid*., paragr. 161.
[238] *Ibid*.,
[239] *Ibid*.,
[240] Opinion individuelle du Juge Bennouna de l'affaire : CIJ, arrêt du 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, p.644.

deuxième commentaire - que la Cour dans l'affaire opposant la Grèce à la Macédoine, semble s'intéresser en priorité au caractère interdépendant et synallagmatique des obligations. C'est le cas lorsqu'elle considère que « le défendeur n'a pas établi l'existence d'un rapport » entre les deux obligations. Ce terme de rapport évoque le caractère interdépendant des obligations qui étaient soumises aux États. Ce terme donne davantage de corps à la théorie du juge Bennouna pour qui l'objet aurait été non pas de déterminer si l'*exceptio* était une théorie du droit international contemporain, mais plutôt de connaître la portée de l'*exceptio* et in fine, de la réciprocité[241]. La réciprocité et l'*exceptio*, sont apparus dans ces décisions comme n'étant pas soumis à l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, ni au régime de la responsabilité internationale. L'importance du synallagma et de l'interdépendance des obligations renvoient à l'intention des États d'y accorder une telle valeur. En ayant fait ce choix, la Cour se distingue d'une définition large de la réciprocité et préfère une vision stricte. Rien n'indique que la réciprocité doit être inscrite *expressis verbis* et les États ont pu avoir l'intention d'accorder à de telles dispositions une forme de réciprocité. Ainsi, la réciprocité, à la manière de l'équité, doit davantage être appréhendée par sa valeur, ses effets sur le droit, plutôt que sur sa place. Dans la décision Djibouti contre France, les juges ont dans le même paragraphe, qualifié la réciprocité de concept, puis de principe. En ce sens, il peut exister une réciprocité *infra legem* et une réciprocité *praeter legem*. La première servira d'interprétation lors de la mesure de l'intention des Parties pour déterminer si une obligation est de réciprocité. La seconde rejoint la position de M. Fontanelli, que nous avons mis en avant dans nos propos introductifs. Il écrivait à propos de l'exceptio tel qu'il ressortait de l'affaire de la CIJ Grèce contre Macédoine qu'il ne pourrait s'appliquer directement que s'il existait un vide normatif. Alors les mesures de réciprocité d'exécution pourraient être privilégiées.

L'importance de se consacrer aux effets de la réciprocité pour la définir plus qu'à sa place permet à cette notion d'évoluer et d'adapter sa forme aux contextes économiques et politiques. La jurisprudence internationale a dépeint la réciprocité comme une notion structurante des relations internationales. Or les prochains développements démontreront qu'en plus de ce rôle, elle tend à devenir une réciprocité de règles. Si, à l'origine ces règles nationales avaient pour objectif de compenser les dysfonctionnements d'une société internationale désorganisée, aujourd'hui la réciprocité intervient comme une recherche explicite de nouer des obligations dépendantes les unes des autres et de permettre aux États de s'en détacher en cas de défaillance de l'autre. Pour illustrer cette idée de réciprocité-règle, il faudra étudier la présence

[241] *Ibid*., p.69.

de la réciprocité dans le droit interne des États à la fois constitutionnellement et légalement. L'objet de cette partie sera de prouver que les textes nationaux peuvent avoir une influence sur la vie des accords commerciaux intergouvernementaux. Par vie des accords commerciaux, nous entendons qu'il faudra s'intéresser à l'influence des règles nationales lors des négociations, mais également, lors de l'incorporation de l'accord commercial au droit national, lors de l'exécution dudit accord et enfin en cas de violation d'une obligation.

Paragraphe 2 : Les pratiques de réciprocité dans le droit des contrats

L'effet de la réciprocité dans le droit a été analysé à l'échelle intergouvernementale. Par ce biais, on a pu constater que cette notion tirait sa source de l'intention des États au stade des négociations. En ce sens, la réciprocité d'exécution se fonde elle aussi sur l'intention lorsqu'elle étudie le *synallagma* des obligations à exécuter. L'objet des développements qui suivront est de mettre en avant qu'en inscrivant implicitement ou explicitement la réciprocité dans leurs droits nationaux, les États tendent à encadrer leurs comportements lors des négociations commerciales. L'unilatéralité de la réciprocité s'exprime de deux manières dans le droit interne des États. D'une part, elle est utilisée selon la logique de l'*exceptio adimpleti contractus* dans le droit des contrats (A). D'autre part, elle est mentionnée de manière plus explicite comme une projection d'un fait juridique interne ayant des effets en droit international (B).

A – La présence de l'exceptio adimpleti contractus dans le droit des contrats des États

92. Les exemples de la France et des États-Unis et de l'Allemagne. Si les États recourent aux logiques de réciprocité dans leurs relations internationales, rappelons que la réciprocité d'exécution, représentée à travers l'*exceptio adimpleti contractus*, est présente dans le droit privé des contrats des États. Une analyse de la réciprocité au sein du droit des obligations étatiques permettra de réitérer le lien entre la réciprocité et la volonté des Parties. Pour cela, il suffit de remonter à l'époque du droit canonique, où les canonistes considéraient que la force des obligations au moment de leur naissance et de leur exécution était tirée du simple accord de volonté entre deux parties. En ce sens, ce qui fondait l'obligation d'exécuter le contenu de l'obligation découlait de l'équité entre les parties. L'adage *non servanti fidem, non est fides*

servanda, a donc servi de point de départ pour justifier la non-exécution d'une obligation selon le Professeur Cassin[242]. Néanmoins, à la suite d'une réinterprétation du droit romain par le courant des romanistes[243], ce principe de l'*exceptio adimpleti contractus* a été écarté, car il ne figurait pas explicitement dans les écrits de droit romain. Il a donc fallu attendre la rédaction du Code civil pour que l'idée ressurgisse, mais uniquement pour les contrats de vente ou encore les contrats d'échanges. Les premières années du Code civil prévoyaient donc l'utilisation de l'*exceptio*, uniquement pour les obligations des acheteurs et vendeurs et donc pour une partie de la discipline commerciale. Dès lors, en introduisant à nouveau l'*exceptio*, la doctrine civiliste a remis l'accent sur l'importance de la volonté des parties, lors de l'exécution de leurs obligations. Cependant, comme le précise le Professeur Cassin[244], cet *exceptio* tire sa source non seulement de l'équité, mais de l'acte de volonté des parties et donc de leurs intentions. Cet acte « ne consiste pas seulement dans le fait de s'obliger, c'est-à-dire le consentement, mais se compose également de l'intention d'atteindre un but juridique déterminé, c'est-à-dire d'obtenir l'exécution de la prestation promise en retour de l'obligation contractée »[245]. L'acte de volonté se divise en deux éléments : le consentement et ensuite le but à atteindre. Il est impossible de les isoler pour étudier l'acte de volonté, car « ce serait amputer arbitrairement l'acte de volition, le déformer et méconnaître l'intention de son auteur »[246]. Le but doit être distingué du motif qui renvoie aux raisons psychologiques des contractants, qui ont certes une influence sur leurs volontés, mais qui sont en amont de l'accord des volontés, qui lient les parties quant aux obligations à exécuter[247]. Ainsi, lorsqu'un contractant n'exécute pas une obligation, l'autre partie a le droit de refuser d'exécuter la prestation correspondante, car l'intention commune réside dans le *synallagma* de l'obligation à exécuter. Le but de leurs obligations est donc inexistant. Ce n'est que parce que leur but est frappé par l'inexécution d'une partie qu'ensuite la cause de leur consentement est touchée. Ainsi, l'*exceptio* est une technique utilisée par une partie lorsque le but (et donc son intention) n'est pas respecté. Plus récemment, l'*exceptio* a été consacré plus explicitement à la suite de la réforme du droit des contrats, notamment par le

---

[242] CASSIN René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Thèse, Droit, Université de Paris. Faculté de droit et des sciences économiques, vol I, 800 p., 1914.
[243] CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* [en ligne] 1ère édition, Paris, Dalloz, 1923, p. 250. Disponible sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5726708t/f9.item
[244] CASSIN René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Thèse, Droit, Université de Paris. Faculté de droit et des sciences économiques, vol I, 800 p., 1914
[245] CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* [en ligne] 1ère édition, Paris, Dalloz, 1923, p. 255. Disponible sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5726708t/f9.item
[246] *Ibid*., p. 7.
[247] *Ibid*., p. 11.

nouvel article 1217 du Code civil[248]. Ainsi, une partie peut invoquer cet article en cas d'inexécution des obligations lorsque « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut suspendre l'exécution de sa propre obligation (…) ». Pareillement, l'article 1219 dispose qu'une « partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre partie n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ». Il semblerait que l'*exceptio*, dans le droit civil français, ait évolué depuis la position du Professeur Cassin. Alors qu'elle venait autoriser un contractant à ne pas exécuter son obligation, car son intention n'était pas respectée, l'article 1217 renvoie à un engagement qui n'a pas été exécuté et l'article 1219 à une inexécution qui est suffisamment grave. Cela pourrait signifier un rapprochement avec la notion de violation substantielle au traité consacré par l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Toutefois, il apparaît que le juge[249] tend à considérer la gravité comme une mesure de proportionnalité quant au comportement attendu, plutôt qu'en termes d'affectation du contrat par la violation d'une obligation.

Cette prise en compte de la gravité se rapproche également de l'ancienne vision américaine en matière non pas d'*exceptio*, mais d'équité. Il faut remonter à la jurisprudence « Boone V. Eyre » de 1779[250] où le juge américain noue l'exécution d'une obligation à la contrepartie de l'autre contractant. Cependant, le défaut d'exécution du cocontractant qui a motivé l'inexécution d'une obligation par une partie doit être considéré comme substantiel[251]. La notion de substantiel se rapproche donc de la gravité expliquée par le Code civil.

La France n'est pas le seul État à inclure *l'exceptio* dans son droit national. L'*exceptio* est présente dans les droits aux influences romano-germaniques. Si la France a pu inclure ce principe dans le Code civil, il en va de même de l'Allemagne. Ainsi, le code civil allemand précise à l'article 320 que « *A person who is obliged to perform in advance under a reciprocal contract may refuse to render his performance if, after the contract is entered into, it becomes apparent that his entitlement to consideration is jeopardised by the inability to perform of the*

[248] Code civil., article 1217.
[249] Voir en ce sens : Cass. Soc. bulletin. civ, n° 44.324, 21 oct 1954. Ou encore, Cass. 1ere Civ, bulletin civ I n° 264, 26 mai 1961.
[250] *États-Unis, Cour suprême, Boone* v. Eyre, [K.B. 1777], 126 Eng. Rep. 160(a), B. R. East. 17 Geo. 3 p.156.
[251] O'NEILL Philip; SALAM Nawaf, « Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria », *in Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, [en ligne], ICC Publ Nr. 480,4, Gaillard (ed.), Paris 1993, p. 156. Disponible sur : https://www.trans-lex.org/116000/_/oneill-philip-salam-nawaf-is-the-exceptio-non-adimpleti-contractus-part-of-the-new-lex-mercatoria-in:-gaillard-transnational-rules-in-international-commercial-arbitration-paris-1993-at-147-et-seq/#:~:text=If%20one%20accepts%20the%20premise,upon%20in%20civil%20law%20systems%2C

other party. » D'après l'article 323 dudit code, Si le débiteur d'une obligation ne s'exécute pas à la suite d'un délai supplémentaire accordé par le créancier de cette obligation, il est même possible que ce dernier puisse résilier son contrat, toujours dans la limite de la proportionnalité. D'autres pays européens[252] ont inclus des dispositions aux effets similaires. Il en va de même du code civil égyptien[253] et du code libanais[254] des obligations et des contrats.

Il faut retenir de ces exemples que l'*exceptio* tire sa validité de l'irrespect de la volonté d'une partie à un contrat. C'est parce que les parties entendent contracter suivant les intentions exprimées que le caractère synallagmatique peut se former. C'est par souci d'équité et du respect des intentions des parties que l'*exceptio* existe toujours dans le droit civil des États. Cette intention des États se manifeste également dans leurs lois nationales ayant des effets internationaux. L'objectif est de démontrer par-là que ces lois qui promeuvent la réciprocité dans les relations intergouvernementales tirent leurs fondements de la volonté des États. Pour cela, il s'agira de se concentrer sur celles qui ont vocation à être extraterritoriales et où figurent explicitement et implicitement, le recours à la réciprocité.

B – Les effets internationaux du droit interne de la réciprocité

Le droit des obligations de certains États inscrit implicitement ou explicitement *l'exceptio* comme le droit d'un cocontractant de ne pas exécuter ses obligations lorsque l'autre partie ne s'est pas exécutée. Les buts de ces lois, bien qu'en apparence similaires, vont rechercher d'autres effets. En effet à la simple logique d'*exceptio,* s'ajoute, de manière plus prononcée, la recherche de l'équivalence dans ces relations (1). Néanmoins, il faut tout de même rappeler qu'un État ne peut pas justifier une violation du droit international par l'application de son droit interne (2).

[252] Il en est ainsi de l'article 1461 du code civil italien ou encore de l'article 82 du code suisse des obligations.
[253] Code civil, article 246.
[254] Code sur les obligations et contrats, article 272.

1. Le principe : l'interdiction du recours aux lois nationales en vue d'inexécuter des obligations internationales.

93. Le droit interne comme un simple fait. Avant de rechercher les logiques qui président à l'insertion de la réciprocité dans ces législations, rappelons qu'en droit international public, l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités stipule qu'*«* une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. (…) ». La logique voudrait que les comportements des États se fondant sur leurs législations nationales pour appliquer des mesures de réciprocité soient des faits illicites pouvant engager leurs responsabilités, sauf à ce que ces comportements puissent être considérés comme faits illicites excluant leurs responsabilités. La Cour permanente de justice internationale s'est tout d'abord positionnée sur le sujet, en 1926, dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise[255]. Elle y a considéré les lois nationales comme de simples faits, « manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ». Elle se reconnaît incompétente pour interpréter la loi polonaise, mais se considère compétente pour juger de la conformité de cette loi avec les obligations de la Convention de Genève. De la même manière, le droit de l'Organisation mondiale du commerce interdit aux États d'utiliser leurs droits nationaux comme justification à la non-exécution de leur obligation. C'est ainsi que l'article XVI paragraphe 4 de l'accord de Marrakech dispose que « Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe ». Le droit de l'OMC prévoit donc un système de conformité du droit interne au droit de l'Organisation. Alors que la non-conformité d'une obligation de droit interne à l'égard d'une autre norme de droit procède d'une question de validité, les juges dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries[256] expliquent qu'« autre chose est de rechercher si un acte déterminé [interne], inclus dans le champ d'application d'une notion connue d'un système juridique [international], enfreint les prescriptions normatives de ce système: la question de la conformité de l'acte au système est une question de licéité »[257]. En somme, la norme non conforme n'est pas juste invalide, elle devient un fait international illicite. C'est pourquoi les membres du Groupe spécial de l'affaire

[255] CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, (Gouverment d'Allemagne c. Gouvernement de la république Polonaise)*, 1926, arrêt, C.P.J.I, (Ser. A), n° 7.
[256] CIJ, arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour*, C.I.J. Recueil, p. 432, paragr. 68.
[257] *Ibid*., p. 20.

« États-Unis Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur » considère que « l'article XVI § 4 va plus loin que l'article 27 de la Convention de Vienne, il interdit non seulement d'invoquer un conflit avec le droit interne pour justifier des incompatibilités au regard de l'OMC, mais oblige effectivement les Membres de l'OMC à garantir la conformité de leur droit interne avec leurs obligations au regard de l'OMC »[258]. Certes l'article XVI § 4 interdit une disposition nationale qui justifierait la non-exécution d'une obligation issue des accords l'OMC, mais, comme le Professeur Yves Nouvel l'écrit, l'article XVI § 4 va plus loin, car il « rend la mise en conformité obligatoire en droit international. La non-conformité du droit interne est non seulement insusceptible d'être invoquée pour justifier une méconnaissance de ses engagements, mais elle constitue per se un fait internationalement illicite. »[259] Enfin, cette position est également celle de la Cour de justice de l'Union européenne, dans un avis[260] concernant la conformité au droit européen, de l'article 8.18 de l'Accord économique et commercial global (AECG) qui attribue à son Tribunal, compétence pour examiner la plainte d'un investisseur lorsqu'une obligation prévue aux Sections C ou D a été violée. Or le Tribunal appliquera ses missions dans le cadre de l'article 8.31 § 1 de l'AECG, qui situe ledit accord en conformité avec le droit de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les autres règles et principes du droit international. Plus encore, les juges de la CJUE rappellent que l'article 8.31 paragraphe 2 stipule que le Tribunal n'aura pas compétence « pour statuer sur la légalité d'une mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation du présent accord en se fondant sur le droit interne d'une Partie »[261]. En ce sens, cet article se différencie « projet d'accord portant création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, déclaré incompatible avec le droit de l'Union dans l'avis 1/09 »[262] et de « l'accord d'investissement en cause dans l'arrêt du 6 mars 2018 Achmea »[263]. En l'espèce « la compétence d'interprétation et

[258] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152.R, 22 décembre 1999, (adopté le 25 janvier 2000), paragr. 4.391.
[259] NOUVEL Yves, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *Annuaire Français de Droit International*, 48, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2002, p. 662.
[260] CJUE, *Avis 1/17 du 30 avril 2019, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, ECLI:EU:C:2019:341.
[261] *Ibid*., paragr. 21.
[262] *Ibid*., paragr. 123.
[263] *Ibid*., paragr. 124.
La première différence entre l'arrêt Achméa et l'avis 1/17, porte sur la qualité des États. Alors que le traité sur les investissements mis en cause dans l'arrêt Achméa concernaient plusieurs États membres de l'Union, l'AECG est entre l'Union et un État tiers. En ce sens, le principe de confiance mutuelle dans le respect des droits de l'Union, permet de penser que les États appliqueront automatiquement son droit. Or, la question ne se pose pas dans l'avis 1/17. Ensuite, alors que les membres de la CJUE, dans le cadre de l'arrêt Achméa, s'inquiétaient de la capacité du Tribunal d'investissement de pouvoir appliquer le droit de l'Union, les dispositions en cause de l'AECG UE-Canada n'aura pas cette possibilité.

d'application conférée à ce tribunal se limite aux dispositions de l'AECG »[264] et non aux droits internes des États. En cela, il faut distinguer une compétence d'interprétation et d'application, de la simple capacité du Tribunal de « tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait »[265]. Cette capacité ne lui donne pas de pouvoir d'interprétation, car le Tribunal est censé suivre « l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie. »[266] Il apparaît donc que l'Union accorde la conformité de la disposition contestée par rapport au droit de l'Union, car elle ne considère le droit interne des Parties que comme un fait.

Ces exemples démontrent que, par principe, les États ont l'interdiction d'utiliser leur droit national pour justifier l'inexécution d'une obligation internationale. Mais, plus encore, les tribunaux internationaux considèrent le droit interne comme de simples questions de fait. Malgré tout, les lois commerciales étatiques disposent de mécanismes de réciprocité applicables à l'égard d'autres États. Il conviendra de s'intéresser pour l'instant à leurs fondements, pour comprendre le choix d'un tel outil, plus qu'à leurs effets, qui seront étudiés supra.

2. L'orientation des relations commerciales vers davantage de réciprocité.

94. Dans le cadre de cette étude, comme nous l'avons déjà expliqué en introduction, il s'agira de s'intéresser principalement aux lois chinoises, états-uniennes et européennes, que nous allons étudier en ce sens. Pour l'instant, convenons de nous limiter aux lois qui évoquent la réciprocité ou un mécanisme d'*exceptio*, non pas pour étudier leurs applications (ce que nous verrons dans le titre 2 lorsque nous étudierons l'opportunité d'une mesure de réciprocité), mais pour mettre en avant que le recours à la réciprocité qui s'exprime découle de la volonté et de l'intention des États.

95. Le développement de la réciprocité en Chine. La compréhension du recours à la réciprocité ou au mécanisme de l'*exceptio* en Chine nécessite de rappeler qu'à l'origine, le droit en Chine repose sur une logique fonctionnaliste, plutôt que légaliste. Le droit chinois est imprégné de la doctrine confucéenne, qui repose sur la morale et l'éthique plus que par la prescription d'une règle de droit. C'est sur ces règles de morale que les dirigeants politiques

[264] *Ibid*., paragr. 122.
[265] *Ibid*., paragr. 130.
[266] *Ibid*.,

chinois faisaient reposer leur légitimité[267]. Néanmoins, dès 1978, durant l'ère de Deng Xiaoping, les réformes notamment juridiques se sont accélérées. L'ambition des dirigeants suivants était de faire de la Chine, un État de droit socialiste. La qualification de la Chine comme État de droit divise la doctrine. D'une part, certains, à la manière du Professeur Frank He, considèrent que la Chine n'est pas fondée sur des règles, mais plutôt sur la prédominance de la direction du Parti. Le recours aux lois est délaissé lorsque des intérêts politiques entrent en contradiction avec le respect des lois. Autrement dit, le régime chinois a recours aux outils extra-légaux lorsqu'il n'est pas dans son intérêt d'utiliser ses propres instruments légaux. Ainsi, Frank He préfère la qualification de « gouvernementalité » telle qu'exposée par Foucault[268], plutôt que de régime légaliste. Ainsi, bien que le régime chinois se soit engagé sur la voie de la légalité depuis 1978, le régime a recours aux outils extra-légaux, dans le cadre de stratégies dont les buts dépendent du contexte politique et des priorités du Parti communiste chinois[269]. Pour He Xin, la gouvernementalité comme forme d'alternative à la légalité regroupe « des stratégies, tactiques ou programmes par lesquels le parti communiste au pouvoir dirige le pays et contrôle la société »[270]. C'est pourquoi il est fait référence aux outils extra-légaux, ou à l'extra-droit lequel peut être défini comme un « système dans lequel le pouvoir n'est ni directement issu d'autorités dûment constituées ni soumis à un contrôle indépendant. (…) Il a une forte orientation politique »[271]. D'autres, à la manière de Martin Kwan[272], considèrent que la Chine tend à être un État de droit horizontal et non vertical. L'auteur s'appuie sur les différentes déclarations du Premier ministre Xi Jinping qui souhaite conduire la Chine vers une gouvernance fondée sur des règles et un État de droit horizontal. Néanmoins, malgré ces deux oppositions, il reste que le droit chinois en matière de commerce international doit être considéré dans une vision réaliste du droit, où il doit être vu comme un instrument politique visant à canaliser et planifier la coordination des affaires[273].

---

[267] RÜHLIG Tim, « How China Approaches International Law : Implications for Europe », [en ligne], *EIAS*, publié le 9 mai 2018, p. 3.
[268] Voir en ce sens : FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France*, 1978-1979, Gallimard, Seuil, 2004.
[269] HE Xin, « (Non)legality as Governmentality in China », *Social Science Research Network*, 2020, p. 1.
[270] *Ibid*.,
[271] HUALING Fu, « The Varieties of Law in China », *Human Rights in China 中国人权 | HRIC* [en ligne], 2011, [consulté le 1 décembre 2021].
[272] CORCORAN Patrick, « China's Rule of Law Development: The Increasing Emphasis on Internationalization of Legal Standards and the Horizontal Rule of Law »– *NYU JILP*, [consulté le 1 décembre 2021].
[273] GAO Henry S., SHAFFER Gregory, « The Role of Law in Chinese Value Chains », *Social Science Research Network*, 2021, p. 3.

96. Les formes de réciprocité prévues par la loi sur le commerce international de la RPC. C'est en ce sens qu'il faut lire les lois chinoises régissant le comportement de l'État dans ses relations commerciales internationales. L'article 6 de la loi sur le commerce international de la république populaire de Chine du 5 juillet 2004[274] dispose que : « *The People's Republic of China shall, in accordance with the international treaties and agreements to which it is a contracting party or a participating party grant the other contracting parties or participating parties, or on the principle of reciprocity*[275] *grant the other party most-favoured-nation treatment or national treatment in the field of foreign trade.* » La lecture de cet article nous offre une vision de la réciprocité différente de celle des accords internationaux, où elle est la résultante de la rencontre des volontés. Ici, le traitement de la nation la plus favorisée est attribué aux autres États soit dans les modalités d'un accord, soit par le principe de réciprocité. Il y a une claire distinction entre l'accord international et l'exigence de réciprocité qui se situe en dehors de l'accord. En ce sens, la réciprocité apparaît comme étant à la fois un instrument de mesure permettant de juger l'équivalence de manière unilatérale et un mécanisme d'exécution en cas d'irrespect des obligations unilatérales. La réciprocité retrouve l'image d'un cadre organisationnel des relations internationales. Elle vise à assurer un traitement que les Parties définissent de manière unilatérale. Ce qui est commun au traité et à la réciprocité prévue par la loi, sans la ratification d'un traité, réside dans la définition du traitement. Cependant, alors que le traité peut prévoir un mécanisme de règlement des différends, la mention du principe de réciprocité dans la loi permet à l'État de prévoir unilatéralement les modalités du défaut d'exécution par l'autre Partie. Par ailleurs, cette mention du principe de réciprocité anticipe les futures suspensions d'exécution dont les obligations ne seraient pas prévues par un accord. Là encore, on comprend à quel point la réciprocité est dépendante de la volonté des États. En effet, c'est une notion qui fera naître des obligations sans dépendre des conséquences issues du traité. L'objectif de la réciprocité est de conditionner un traitement à la réalisation d'une obligation dont l'identité est précisée. Dans le cas de l'article 6 de ladite loi, ce qui peut être conditionné à la réciprocité est le traitement de la nation la plus favorisée. C'est parce que la réciprocité doit être appréhendée par son caractère matériel qu'il faut étudier cette notion non pas comme une obligation d'exécuter, mais via son contenu et donc comme l'obligation à exécuter.

[274] Foreign Trade Law of the People's Republic of China, 5 juillet 2004, art. 6.
[275] Soulignage ajouté.

L'idée que la réciprocité concerne l'identité d'une obligation et que l'octroi d'un traitement dépend de la volonté et de l'intention de l'État ressort également de l'article 32[276] qui dispose que « *the SECADs [State export control administrative Departments] shall cooperate and communicate with the other countries or regions and international organizations, etc. on export control in accordance with the international treaties concluded or ratified by China or on the basis of principles of equality and reciprocity* ». Là encore, la réciprocité apparaît comme étant un outil permettant de structurer les relations commerciales internationales à défaut de traité conclu ou ratifié. Dans cet exemple, la réciprocité est un moyen d'harmoniser les pratiques en matière d'exportation des marchandises. Par ce biais, la Chine entend peser dans la création de normes internationales en s'intégrant dans les processus de décisions des règles commerciales internationales. Cet outil lui permettrait par la suite de revenir sur ses obligations si certains États ne respectaient les siennes.

En ce sens, l'article 48 de la même loi dispose: « *If any country or region abused export control measures to endanger the national security and national interests of the People's Republic of China, the People's Republic of China may, based on the actual situation, take reciprocal measures against that country or region* ». Bien que la réciprocité dans les lois chinoises puisse être expliquée par l'histoire du développement des lois commerciales en Chine, ainsi que par le contexte politique, économique et social du pays, ces textes sont autant de lois miroirs à celles des États-Unis et de l'Union européenne.

97. Le recours à la réciprocité dans les lois commerciales états-uniennes. Lors de l'étude historique de la réciprocité, il a été mis en avant que les États-Unis ont souvent intégré, dans leurs textes nationaux, des mécanismes de réciprocité à destination d'États étrangers. En cette matière, le *Reciprocal Trade Agreement Act* de 1934 est l'exemple le plus frappant, en ce qu'il autorise le Président américain à prendre des mesures réciproques en fonction du comportement commercial des États qui échangeraient avec les États-Unis. Nous ne reviendrons pas sur son étude, mais nous nous concentrerons davantage sur les lois postérieures qui ont permis de conditionner l'ouverture à des bénéfices commerciaux, sur la base de la réciprocité.

98. La réciprocité prévue dans le *Trade Act* de 1974. L'essentiel des mesures de réciprocité en matière commerciale est contenu dans le titre 19 sur les droits de douane. Le chapitre 12 de ce titre, consacré au *Trade Act* de 1974, permet au président des États-Unis et au

[276] PRC Export Control Law as passed by Standing Committee of the National People's Congress, 2020.

Congrès, dans leurs compétences respectives, de réduire les barrières et autres distorsions au commerce. En ce sens, le paragraphe 2112 exprime les craintes du Congrès face aux barrières commerciales étrangères. À travers ce paragraphe, le président des États-Unis est invité à prendre toutes les mesures appropriées qui sont en son pouvoir pour réduire ou encore éliminer ces barrières. Pour poursuivre cet objectif, il peut négocier des accords commerciaux sur une base de réciprocité[277]. Cependant, les accords commerciaux qui sont pris dans les conditions du paragraphe 2112[278] doivent, selon le paragraphe 2118[279], accorder ou des concessions réciproques, ou des obligations commerciales comparables, ou les deux. La recherche des concessions réciproques dans les accords commerciaux est inscrite dans la loi états-unienne. Il existe donc une présomption d'intention de réciprocité en amont de la conclusion d'un accord commercial par les États-Unis. Si celle-ci doit être démontrée pour chaque accord, il faut néanmoins relever que le président des États-Unis est chargé de veiller à l'existence de concessions réciproques. La recherche de réciprocité est un moyen d'expression du principe de juste et équitable accès aux marchés étrangers qui préside les relations commerciales états-uniennes. Pour cela, la conclusion de nouveaux accords apparaît comme étant une méthode d'accession à de nouvelles concessions pour assurer une meilleure réciprocité. Le paragraphe 2133 du même texte considère que les actions prises en vertu de la partie 1 du sous-chapitre 2 - relatif à la réparation du préjudice causé par la concurrence des importations[280] -, du sous-chapitre 3 - relatif à l'exécution des droits des États-Unis en vertu des accords commerciaux en réaction à certaines pratiques commerciales étrangères[281] -, et de la partie 2 du sous-chapitre 4 - relatif aux relations commerciales avec les États ne bénéficiant pas d'un traitement non discriminatoire[282], et qui augmenterait ou imposerait des droits ou restrictions aux importations, pourront conduire le Président à négocier de nouveaux accords en vue d'accorder des concessions commerciales pour maintenir un niveau global de réciprocité des concessions. Cette disposition ne prévoit pas la recherche de réciprocité pour les États-Unis, mais accorde à son Président la possibilité d'accorder des concessions pour garantir la réciprocité accordée à un autre État. Ces dispositions n'imposent pas au Président un comportement déterminé, mais créent un cadre juridique lui accordant les pouvoirs d'adopter ledit comportement. À titre

[277] Mutuality dans le texte original.
[278] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 12 - Trade Act of 1974 : Section 2112, Barriers to and other distortions of trade.
[279] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 12 - Trade Act of 1974 : Sec. 2118, Access to supplies.
[280] Nom original: « Relief from injury caused by import competition ».
[281] « Enforcement of U.S rights under trade agreement and response to certain foreign trade practices ».
[282] « Trade retaliations with countries not receiving non-discriminatory treatment ».

d'exemple, la déclaration de l'ancien Président américain, Ronald Reagan[283] visait à conclure des accords commerciaux avec le Japon et l'Espagne sur la base de ce paragraphe 2133 du *Trade Act* (autrement appelé section 123). À la suite d'une augmentation temporaire des taux de droit de certains produits, le gouvernement américain a constaté que cette augmentation venait réduire considérablement les avantages tirés des concessions accordées au Japon et à l'Espagne. Ainsi, pour rétablir les avantages envisagés, le Président Reagan a entamé des négociations visant à conclure des accords commerciaux avec ces États et cela en suivant la procédure du *Trade Act*. La restauration de la réciprocité repose alors sur un phénomène subjectif qui réside dans l'interprétation de ce qui est réciproque ou non par les Parties. Cette opinion unilatérale est formalisée ensuite dans l'accord. Néanmoins, cela laisse supposer qu'une partie peut l'emporter sur l'autre et que le résultat final de l'accord ne conduise pas à une réciprocité réelle, mais acceptée comme telle par les parties. Ainsi, juridiquement, les concessions réciproques sont celles qui sont considérées comme telles, car les intentions des Parties sont de s'accorder une forme de réciprocité. En somme, lorsque les avantages tirés des concessions ne sont plus teintés de réciprocité, un État peut considérer que son intention d'obtenir des concessions réciproques n'est plus présente. En ce sens, cette idée prouve que la réciprocité, quand elle devient d'exécution, ne vise pas les mêmes buts qu'une contre-mesure. Lors de la présentation de la contre-mesure, il a été mis en avant que l'un de ses objets était d'inciter un État à revenir au respect de ses obligations internationales et à cesser la violation. Or en matière de réciprocité, un comportement d'un État qui n'est pas une violation d'une obligation internationale peut conduire à déséquilibrer les bénéfices d'un accord et ainsi à annuler toute forme de réciprocité. Pour analyser le taux de réciprocité, le paragraphe 2136 du *Trade Act* permet au Président de déterminer, dans les termes du chapitre du *Trade Act* ou tous les cinq ans, si un accord commercial conclu avec un État offre des possibilités de concurrence pour le commerce des États-Unis qui sont équivalentes aux avantages concurrentiels offerts au commerce d'un autre État sur le territoire. La recherche de l'équivalence constitue un outil de la réciprocité si les États contractants conditionnent l'équivalence à un comportement identique de l'autre Partie. En associant l'examen des accords internationaux à la possibilité de conclure des accords commerciaux internationaux pour pallier le déséquilibre des concessions, on

[283] RONALD REAGAN PRESIDENTIAL LIBRARY & MUSEUM, *Proclamation 5140 - Proclamation of Trade Agreements With Japan and Spain Providing Compensatory Concessions*, [en ligne], 1983. Disponible sur : https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/proclamation-5140-proclamation-trade-agreements-japan-and-spain-providing

constate que la réciprocité est un phénomène évolutif qui nécessite une flexibilité juridique pour conserver son existence.

99. La réciprocité comme objectif des États-Unis dans la négociation des accords commerciaux. Le paragraphe 2901 du chapitre 17 relatif à la négociation et la mise en œuvre des accords commerciaux prévoit qu'un des objectifs principaux occupant les négociateurs états-uniens est celui d'un accès aux marchés étrangers « ouverts, équitables et réciproques »[284]. La recherche d'une réciprocité est donc présente aux stades des négociations. Sur cette base, une autre présomption est que tout accord conclu par les États-Unis serait considéré par cette Partie comme faisant preuve de réciprocité. Le corollaire de cette règle réside au paragraphe 2902 du même texte. La sous-partie (a) de ce paragraphe traite des accords concernant les tarifs douaniers. Ainsi, lorsque le Président des États-Unis considère qu'il existe des taxes ou des restrictions aux importations qui atteignent ou restreignent le commerce extérieur des États-Unis, il peut engager de nouvelles négociations visant à la conclusion d'un accord commercial avec le pays concerné et, entre autres, modifier des droits de douane existants. Le paragraphe (b) traite des accords concernant les barrières non tarifaires. La logique est identique : lorsque le Président estime que des barrières non tarifaires entraînent des distorsions commerciales, il lui est possible d'engager des négociations en vue de conclure un accord commercial. Le but de cet accord est la réduction ou l'élimination de ces barrières, mais également l'interdiction future d'un tel comportement. Dans les deux dispositions, on retrouve la nécessité de respecter les objectifs qui président aux négociations commerciales. En l'espèce, la recherche de réciprocité dans l'accès aux marchés est rappelée lorsque le Président entre dans une négociation visant à lutter contre l'édification de barrières tarifaires et non tarifaires. La volonté de l'État est explicite en amont de la conclusion d'un accord et lors des négociations. La rédaction du paragraphe 2901 utilise le présent comme obligation d'assurer la réciprocité dans les négociations commerciales. Il est écrit que les objectifs des États-Unis lors des négociations commerciales « *are to obtain (...)* » un accès réciproque aux marchés. Et si, selon le paragraphe 2902, le Président constate des restrictions, le Président « *may enter into trade agreements with foreign countries* ». Néanmoins cette possibilité est assortie d'une obligation, celle de respecter les objectifs du paragraphe 2901. À la lecture de ces dispositions, on ne peut qu'interpréter que selon la législation des États-Unis, la réciprocité résulte de l'appréciation individuelle de chaque Partie, qui est libre de considérer si les avantages sont guidés par la réciprocité. A contrario,

[284] Voir (1) du (a) du : U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 17 - Trade Act of 1974 - Negotiation and implementation of trade agreements.

cela laisse entendre que le défaut de réciprocité ne peut s'évaluer qu'unilatéralement et qu'à défaut, l'intention de réciprocité, qui préside aux négociations et est un élément important de l'accord, devient inexistante. Ainsi, chaque Partie aurait le droit d'agir en conséquence et de prendre des mesures de réciprocité d'exécution pour pallier le défaut de réciprocité originelle. De la même manière, le bénéfice des avantages négociés en amont de la conclusion d'un accord peut évoluer. Cela implique que les Parties à un accord ont le droit d'agir pour rétablir cet équilibre. Cependant, cette intention de réciprocité n'est pas automatique, elle doit être démontrée. C'est la raison pour laquelle nous considérons que les législations comme celle des États-Unis sont des présomptions de réciprocité. Elles n'interviendront qu'a posteriori pour prouver l'intention de réciprocité.

Cette capacité à agir en défaut de réciprocité et donc à utiliser des mesures de réciprocité d'exécution s'inscrit dans la lignée du paragraphe 2904[285] (b). La compétence de constater le défaut d'exécution des concessions issues d'un accord commercial conclu dans les termes de l'article 2902 incombe au président des États-Unis. En effet, celui-ci doit déterminer si un pays industriel « majeur » ne s'est pas exécuté à respecter les concessions prévues dans un accord commercial. En conséquence, le Président doit (shall) recommander au Congrès de suspendre ou interrompre les bénéfices issus des concessions états-uniennes faites à cet État et de limiter les avantages procurés par le paragraphe 2902 à l'encontre dudit État.

100. L'échec du renforcement de la réciprocité. Pour autant, malgré l'importance de la réciprocité dans les législations commerciales des États-Unis, de nombreuses propositions législatives promouvant l'accès réciproque aux marchés étrangers n'ont pas été adoptées. En effet, entre 2000 et 2021, 18 propositions portant un *Reciprocal Trade Act* ont été rejetées. À leur lecture, on note des redondances traduisant l'importance de la réciprocité dans la culture commerciale américaine. À la manière du *Reciprocal Market Access Act* de 2007[286], chaque proposition indique que le présent texte a pour objet d'assurer un accès aux marchés étrangers réciproque, et ce dans les processus de négociations bilatéraux, régionaux et multilatéraux. Le principe est que durant les négociations, les États-Unis ne doivent pas accorder à un État étranger un accès à son marché si l'autre État n'a pas accordé un accès significatif au sien. Cela a poussé les rédacteurs de la proposition de 2007 à créer un système de certification qui

[285] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 17 - Trade Act of 1974 - § 2904 : Termination and reservation authority ; reciprocal nondiscriminatory treatment.
[286]Reciprocal Market Access Act of 2007, H.R 3684, 10th Congress (2007-2008). https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/3684/text

limiterait le pouvoir du Président des États-Unis à réduire des droits de douane ou autres taxes, uniquement après avoir transmis au congrès, l'obtention de la réduction ou l'élimination des barrières tarifaires étrangères pour « *any product identified by United States domestic producers that has the same physical characteristics and uses as the product (...)* ». Dans l'hypothèse où il y aurait une violation d'une obligation contenue dans un accord commercial, les États-Unis auraient le droit de prendre des mesures visant à l'application de l'accord. Ainsi, selon la section 4 de la proposition de 2007, si les concessions et/ou avantages normalement accordés par un État étranger dans un accord commercial ne sont plus assurés, les modifications tarifaires bénéficiant à l'autre État doivent être suspendues jusqu'à ce que le Congrès ait l'assurance que les droits des États-Unis seront à nouveau respectés.

101. Bien que cette proposition législative ne soit pas adoptée, elle permet de s'informer sur la définition de la réciprocité telle que conçue à un moment donné, par des membres du Congrès. Tout d'abord, il semblerait que la réciprocité matérielle soit une réciprocité « produit par produit » puisque l'analyse de l'accès au marché se fait en détaillant les caractéristiques physiques d'un produit ainsi que selon leur usage. Ensuite, la réciprocité d'exécution permettrait non pas de prendre une contre-mesure générale en raison de la violation d'une obligation, mais de supprimer l'avantage accordé à l'autre État correspondant à la violation de ladite obligation. La réciprocité, telle qu'elle est exprimée dans cet exemple, est identiquement reproduite dans la proposition législative du *Reciprocal Market Access Act of 2009*[287]. C'est également le cas dans les autres propositions législatives. Cependant, on note également, dès la proposition de 2013[288], une autre justification visant l'adoption de ces propositions. En effet, dès 2013, l'exposé des propos justifiant l'adoption d'une telle proposition cible le droit du peuple Américain à avoir « *a right to expect that promises that trade negotiators and policy makers offer in terms of the market access opportunities that will be available to United States businesses and their employees if trade agreements are reached, will, in fact, be realized.* »[289] Cette mention rappelle l'étude du *jus gentium* dans les lois du XVII[e] siècle. L'idée est d'asseoir l'obligation de la réciprocité sur l'obligation d'un État d'assurer le bien-être de ses citoyens et de leur permettre de bénéficier des libertés commerciales. Si ce droit n'est pas respecté, cela autorisera un État à prendre des mesures pour assurer son rétablissement. Ce droit des gens est

[287] Reciprocal Market Access Act of 2009, H.R 3786, 11th Congress (2009-2010). https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/3786/text
[288] Reciprocal Market Access Act of 2013, H.R 3467, 113th Congress, (2013-2014). https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/3467/text
[289] Ibid., Sec 2 Findings and purpose, (a) Findings, (2).

récurrent et sera reproduit à l'identique dans le *Reciprocal Market Access Act* of 2015[290] et celui de 2018[291]. Dès 2019[292], l'idée persiste, tout en changeant de formule. On ne fait plus référence au droit du peuple Américain, mais au manque de compétitivité des « *producers, farmers, and workers* ». Par ailleurs, le droit des gens n'est plus l'argument principal visant à justifier la réciprocité. Le défaut d'égalité entre États justifie d'imposer des mesures de réciprocité, car « *Trading partners of the United States in many instances impose significantly higher tariffs on United States goods than the United States imposes on the same or similar goods imported from those same countries*. »[293] Le défaut de réciprocité entraîne un défaut d'égalité, et sur cette base, un État aurait la possibilité d'en réparer son absence. Une proposition législative du Sénat américain permet une analyse détaillée de la manière dont la réciprocité d'exécution aurait pu évoluer. Tout d'abord, cette proposition n'a pas été adoptée, comme le reste de celles qui ont été évoquées. Mais là encore, elle nous donne des clés d'analyses informelles. Dans cette proposition de loi autorisant le Président à prendre certaines actions concernant le commerce réciproque[294], on relève que les rédacteurs souhaitaient confier au Président - s'il déterminait que le taux de droit de douane imposé par un État étranger concernant un bien particulier importé aux États-Unis était substantiellement plus élevé que celui exporté depuis les États-Unis à destination de cet État, ou bien que des barrières non tarifaires soient imposées aux exportations des États-Unis sur un bien particulier – la possibilité de négocier et de chercher à conclure un nouvel accord avec ledit État ainsi que d'imposer un taux de droit de douane égal au droit de douane imposé par l'État en question ou alors l'application du même niveau effectif de barrières non tarifaires[295]. Bien que la proposition n'ait pas été adoptée, on note la volonté de l'État d'avoir des relations teintées de réciprocité de même que l'importance de prendre des mesures d'exécution spécifiques pour assurer la réciprocité. Enfin, il faut souligner la proposition législative sénatoriale pour assurer un besoin de réciprocité dans les relations entre les États-Unis et la république populaire de Chine[296]. Après avoir dressé le constat du défaut de

[290] Reciprocal Market Access Act of 2015, H.R. 764, 114th Congress (2015-2016). https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/764/text
[291] Reciprocal Market Access Act of 2018, H.R. 5909, 115th Congress (2017-2018). https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5909/text
[292] Reciprocal Market Access Act of 2019, H.R. 764, 116th Congress (2019-2020). https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/764/text
[293] *Ibid*., Sec 2 Findings, (3).
[294] A Bill to authorize the President to take certain actions relating to reciprocal trade, and for other purposes, S. 2409, 116th Congress (2019-2020), [en ligne]. Disponible sur : https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2409/text
[295] *Ibid*., Section 3, (b) Actions specified.
[296] A Bill to state the policy of the United States regarding the need for reciprocity in the relationship between the United States and People's Republic of China, and for other purposes, S. 3262, 116th Congress (2019-2020) [en ligne]. Disponible sur : https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3262/text

réciprocité, les rédacteurs appellent à la conclusion d'un accord commercial avec la Chine promouvant un accès réciproque aux investissements directs à l'étranger ainsi que la recherche et le développement (seek and develop) une relation reposant sur les principes de réciprocité « *across sectors* »[297]. Si elle avait été adoptée, cette proposition aurait pu être un outil formel appuyant la volonté des États-Unis d'accorder des concessions et des avantages sur la base de la réciprocité. Or, en l'état actuel, cette proposition peut uniquement nous permettre de supposer que la réciprocité est au centre des principes de négociation des accords commerciaux des États-Unis. En ce sens, si cette proposition était adoptée par les États-Unuis, elle pourrait fixer la définition de la réciprocité comme étant « *the mutual exchange of privileges between governments, countries, businesses, or individuals*. »[298]

102. Absence d'une réciprocité globale aux relations commerciales de l'UE. Une étude des droits primaires et dérivés de l'Union européenne ne permet pas de supposer que les négociations commerciales de l'UE avec des pays tiers soient en général guidées par des logiques de réciprocité. À la différence des États-Unis, qui voient en la réciprocité un principe directeur des négociations, aucune mention de cette notion n'apparaît explicitement dans les textes européens. Cependant, concernant l'UE, on notera une tendance croissante à utiliser cette notion dans certains cas précis.

103. Présence de la réciprocité de manière sectorielle. L'intention de réciprocité dans des documents non obligatoires européens. De nombreux documents à valeur politique plus que juridique énoncent la nécessité de négocier ou de guider des relations sur des bases de réciprocité. C'est par exemple le cas de la résolution du Parlement européen concernant une nouvelle stratégie en matière de commerce et d'investissement[299]. Dans celle-ci, le Parlement européen invite la Commission européenne à veiller à engager des négociations toujours plus réciproques. Pour ne citer qu'un exemple de cette résolution en matière d'accès des opérateurs économiques aux contrats publics étrangers, le Parlement européen invite la Commission à « mettre en place une réciprocité positive dans l'accès aux marchés publics avec ses grands partenaires commerciaux »[300]. Toujours en matière de marchés publics, dans une autre résolution de la même institution, de 2018, le Parlement européen rappelle que l'accès aux marchés publics fait partie des priorités de l'Union européenne et que *«* l'on s'attend (…) à ce

[297] *Ibid.,* Sec. 3. Statement of policy, (4).
[298] *Ibid.,* Sec. 5. Reciprocity definied.
[299] Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2016 sur une nouvelle stratégie d'avenir novatrice en matière de commerce et d'investissement, 2015/2105(INI) », 2016.
[300] *Ibid*., paragr. 79.

que le fonctionnement ainsi que le respect des dispositions de cet accord soient améliorés, dans un esprit de réciprocité et de bénéfices mutuels »[301]. Dans une autre résolution, de 2020, elle « *insiste* » pour que les accords commerciaux conclus soient « équitables et profitables pour les deux parties garantissant une réciprocité stricte (…) »[302] . Dans le même document, elle mentionne l'instrument relatif aux marchés publics ayant pour but d'assurer une réciprocité et des conditions équitables et souligne par ailleurs « l'importance de promouvoir la réciprocité et les bénéfices mutuels dans le domaine de l'accès aux marchés et aux marchés publics (…) »[303]. D'autres documents politiques visent à faire de la réciprocité un outil de la politique commerciale de l'Union européenne. C'est par exemple le cas de la communication « une politique commerciale équilibrée et novatrice pour maîtriser la mondialisation »[304]. Dans cette communication, on lit que la Commission européenne vise à garantir la réciprocité dans l'accès aux marchés par le biais de négociations qu'elle réalise multilatéralement et bilatéralement. Là encore, on note l'objectif de la Commission d'insuffler davantage de réciprocité aux futurs accords commerciaux. Ensuite, le même document revient sur l'importance de disposer d'un instrument des marchés publics qui assurent davantage de réciprocité entre les opérateurs européens et étrangers. De la même manière, les recommandations de décision du Conseil peuvent également donner des indices sur l'intention de réciprocité ou non. La jurisprudence de la CJUE est claire au sujet du caractère non contraignant des recommandations. Elle l'a notamment fait savoir au sujet d'une recommandation de la Commission européenne en 2012, dans l'affaire Commission contre Estonie. La Cour rappelle que les recommandations « figurent parmi les actes non contraignants des institutions de l'Union »[305] . En l'espèce, l'Estonie allait à l'encontre des obligations mentionnées dans le traité et justifiait sa conduite par la teneur de la recommandation 94/79. Or, cet argument n'a pas été accepté par la Cour et en cela, elle suit les conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen pour qui les recommandations ne peuvent pas avoir des effets juridiques directs. Néanmoins, il est possible qu'elles aient des « effets juridiques indirects s'il est considéré que l'institution qui en est l'auteur s'est liée elle-même d'une telle façon qu'elle a engendré une attente légitime pouvant être invoquée à

[301] Résolution du Parlement européen du 29 novembre 2018 sur l'OMC, 2018/2084 (INI), paragr 8.
302 Résolution du Parlement européen du 7 octobre 2020 sur la mise en œuvre de la politique commerciale commune – rapport annuel 2018, paragr. 3.
[303] Décision du Parlement européen du 7 octobre 2020 sur l'attribution de nouvelles responsabilités au Vice-présidence exécutif de la Commission Valdis Dombrovski, 2020/2203(INS).
[304] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Une politique commerciale équilibrée et novatrice pour maîtriser la mondialisation, 2017.
[305] CJUE, 4e ch., arrêt du 10 mai 2012, affaire C-39/10, *Commission contre république d'Estonie*, ECLI:EU:C:2012:282, point 60.

l'occasion d'un contentieux. »[306] Juridiquement, il est donc possible que des effets existent, bien qu'indirects. Néanmoins, le principe d'attribution selon lequel toutes les compétences de l'Union européenne sont attribuées par les États s'applique également aux recommandations. Cela exprime le caractère politique de ces recommandations et traduit la volonté politique des institutions. Ce constat est enrichi par l'arrêt Grimaldi, où la Cour rappelle que si elle ne peut pas exercer de contrôle sur les actes non juridiques tels que la recommandation, elle reste toutefois compétente pour « se prononcer sur l'interprétation de recommandations adoptées sur la base du traité »[307]. En cela, elle dissocie la forme de la nature de l'acte et veille à ce que les recommandations ne produisent pas d'effets contraignants. De plus, elle souligne que la forme d'un acte peut être différente de la réelle nature de cet acte, et donc qu'une recommandation peut avoir pour but de créer des effets contraignants. Dans la présente affaire, bien que cela ne soit pas le cas, la Cour a tout de même indiqué que « les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu' elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant. »[308] On constate alors que malgré leur défaut d'effet contraignant, les idées d'une recommandation traduisent la volonté des institutions, et peuvent guider les comportements des États, mais également, en l'espèce, des juridictions. À titre d'exemple, la recommandation autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande indique dans ses objectifs que « l'accord devrait permettre la libéralisation réciproque et progressive des échanges (…) »[309]. Cette mention figure à trois reprises dans le document, dont l'annexe concernant les directives de négociation dudit accord[310]. Par sa rédaction et l'utilisation du conditionnel, elle dénie tout caractère contraignant, mais elle influe sur le comportement politique des acteurs concernés.

104. Compte tenu de ce qui précède, deux éléments doivent être mentionnés. Le premier est relatif aux notions « réciproques » et « réciprocité ». Lorsque les textes visent les marchés

[306] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL NIILO JÄÄSKINEN du 24 novembre 2011, de l'affaire CJUE, 4e ch., arrêt du 10 mai 2012, affaire C-39/10, *Commission contre république d'Estonie*, affaire C-39/10, ECLI :EU:C:2011:770, point 58.
[307] CJCE, 2e chambre, arrêt du 13 décembre 1989, Affaire C-322/88, Salvatore Grimaldi contre Fonds des maladies professionnelles, point 1.
[308] *Ibid*., point 18.
[309] Annexe à la recommandation de Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande, 13 septembre 2017, COM/2017/469 final.
[310] Voir également la Recommandation de la décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'accords sur le commerce des produits biologiques entre l'Union européenne et l'Argentine, l'Australie, le Canada, le Costa Rica, l'Inde, Israël, le Japon, la Nouvelle-Zélande, la république de Corée, la Tunisie et les États-Unis d'Amérique, 26 mai 2021, COM(2021) 259 final, parag. 2.

publics ou certains secteurs particuliers, il est fait référence à la réciprocité. Or, lorsqu'il s'agit de l'objectif d'un accord, il est surtout fait mention d'objectifs « réciproques ». Cela confirme à nouveau la différence entre ces deux notions. Le caractère réciproque appelle les Parties à mutuellement remplir une obligation ou un engagement, tandis que la réciprocité concerne l'équivalence et la conditionnalité des bénéfices d'un échange précis, en l'occurrence, les marchés publics. Cela nous incite à penser d'ores et déjà que, pour l'Union européenne, les accords visent à obtenir des engagements réciproques généraux, tandis que la réciprocité stricte ne concerne que certains secteurs, comme les marchés publics. Le deuxième élément vise l'absence de valeur juridique contraignante. La résolution du Parlement, comme nous l'avons évoqué, n'a qu'un objectif politique. Contrairement aux recommandations de décision du Conseil, les résolutions ont employé l'indicatif, ce qui suggère un comportement attendu obligatoire. Néanmoins à chaque mention de la réciprocité, les verbes employés sont davantage des suggestions que des obligations. Ainsi, le Parlement « invite », « encourage » ou encore « insiste ». Les recommandations de décision sont également de la *soft law*. Elles n'ont pas en tant que telles une valeur juridique obligatoire, mais elles ont une fonction pré-juridique qui visent à « préparer les États membres à l'adoption d'un texte »[311]. Leur but est donc d'exprimer l'intention du Conseil. En cela, elles sont des guides et sont utilisables pour interpréter le comportement des institutions. Elles représentent de bons indices pour définir l'intention unilatérale d'objectifs réciproques ou de réciprocité des Parties, en amont des négociations. Ce caractère non contraignant s'exprime d'autant plus que, dans la recommandation évoquée, l'intention est évoquée à l'aide du conditionnel : « Les négociations devraient viser la libéralisation progressive et réciproque (…) »[312]. L'intention est donc plus une invitation à agir comme tel plutôt que la marque d'un comportement obligatoire. Cela peut s'expliquer par les réticences de certains États de l'Union européenne, à l'égard de la réciprocité. Ainsi, encourager à créer des obligations réciproques ou à favoriser davantage de réciprocité dans un instrument non contraignant exprime la volonté de l'Union européenne, sans pour autant aller à l'encontre du scepticisme de certaines Parties.

Il découle de ce qui précède que la réciprocité n'est plus uniquement le marqueur d'une équivalence conditionnée dans les relations commerciales. Mais elle agit également comme un instrument des politiques commerciales. Ainsi, après avoir étudié l'intention des Parties, il faut

[311] VAN WAEYENBERGE Arnaud, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne : évolution de la méthode communautaire*, Larcier, 2015, p. 146.
[312] Annexe à la recommandation de Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande du 13 septembre 2017, COM/2017/469 final.

analyser la manière dont les États instrumentalisent le droit pour requérir davantage de réciprocité, qu'elle soit prétendue ou réelle. L'objet de la section suivante est de mettre en lumière que la réciprocité est souvent mentionnée pour privilégier une Partie par rapport à une autre, ce qui conduirait les États à développer une réelle défense commerciale sous prétexte d'un appel à davantage de réciprocité. Pour cela, nous verrons que les États n'hésitent pas à recourir aux arguments de sécurité nationale ou à évoquer la réciprocité pour contraindre leurs partenaires à céder des avantages supplémentaires. Plus qu'une recherche d'équilibre, la recherche de réciprocité transcende la sphère commerciale pour toucher d'autres disciplines du droit international et utilise, pour ce faire, toute une palette de mesures unilatéralistes. En cela, le droit devient un outil stratégique et renvoie à la notion de lawfare.

Section 2 : La réciprocité comme objectif d'un « lawfare commercial »

105. Bien que la réciprocité se concrétise par un comportement juridique, cette notion est souvent utilisée à des fins politiques. Le caractère stratégique de la réciprocité fait de cette notion un argument politique qui conduit les États à utiliser unilatéralement des moyens juridiques quelconques, pour parvenir à cet objectif. Nous assistons donc à une instrumentalisation des règles juridiques pour répondre aux intérêts des États. Dans le domaine de la défense, l'instrumentalisation du droit peut prendre la forme du *lawfare*. Or par bien des moyens, les États instrumentalisent les droits nationaux et le droit international pour parvenir à cet objectif (paragraphe 1). Si ce recours à une forme de *lawfare* commercial tend à privilégier la création d'instruments juridiques commerciaux, nous constatons une hausse des arguments de la sécurité nationale. Nous nous limiterons à étudier les mesures qui, sous couvert d'arguments visant à la protection de la sécurité nationale, ont cependant des buts de réciprocité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les objectifs de réciprocité : résultats d'une instrumentalisation du droit

Le droit est un instrument stratégique dans toute guerre commerciale. Par le biais de la réciprocité, il servira d'outil de projection d'une politique extérieure d'un État. En mentionnant la réciprocité, les États se dotent d'une capacité d'intervention à l'extérieur de leurs frontières dans le but d'orienter le comportement de leurs partenaires commerciaux. C'est pour cela qu'il s'agira d'étudier si un *lawfare* commercial peut exister (A), et aussi la manière dont la rhétorique de la défense commerciale, permet aux États de défendre leurs intérêts et à la réciprocité d'exister (B).

A – L'intégration des préoccupations commerciales au concept de lawfare

106. Contextualisation. Comprendre les enjeux de la réciprocité et de ses implications juridiques suppose d'intégrer des raisonnements proches de la science politique et des relations internationales. Comme cela a été mis en avant dans nos précédents développements, les États

se dotent progressivement de mesures de défenses commerciales. Selon Sabine Weyand[313] qui est à la tête de la direction générale du commerce de la Commission européenne, notre régime commercial qui était fondé sur un système « *rule-based* », donc sur des règles, tend à être gouverné par davantage de puissance. La réciprocité est devenue un outil de communication de la part de certains gouvernements pour obtenir davantage d'accès aux marchés. Précédemment, la réciprocité a toujours été décrite comme un objectif. Lors de son étude historique, elle ressortait comme une manière d'expression de l'équité entre États. Or, progressivement, la réciprocité s'est concentrée dans les intentions unilatérales des États. Néanmoins, s'arrêter à une réciprocité aux buts uniquement juridiques traduirait une vision erronée de cette notion. Elle est également un objectif politique qui a des conséquences juridiques et est atteint par différents moyens juridiques. La réciprocité est également un instrument des politiques juridiques extérieures des États. Cette politique, pour reprendre les mots du Professeur Guy de Lacharrière, est la politique mise en œuvre à l'égard du droit et non pas déterminée par le droit, dont le but est d'exprimer « la volonté des gouvernements concernés de déterminer leurs conduites en fonction de leurs propres objectifs. »[314] En cela, la réciprocité s'intègre dans le même schéma que le *lawfare*.

107. Rattachement de la réciprocité aux théories du *lawfare*. Le *lawfare* est une notion du secteur de la défense. Elle a été développée à la suite des évènements du 11 septembre 2001, par le Colonel, Charles J. Dunlap Jr[315] (aujourd'hui général). Par cette notion, le Général réunit celles de *law* et de *warfare*. Il souhaite faire référence à l'utilisation du droit comme une stratégie de guerre, un objectif militaire. Dans cette veine, Madame Amélie Ferey définit le lawfare comme « une utilisation du droit visant à établir, pérenniser ou renverser un rapport de force dans le but de contraindre un adverse (…). »[316] Elle divise cette notion en quatre formes : « l'aménagement des contraintes juridiques par la réinterprétation de normes existantes ; l'émission de nouvelles normes au moyen d'un lobbying juridique mis au service d'une stratégie de puissance ; la mobilisation des effets du droit pour contraindre un acteur par une judiciarisation stratégique ; l'utilisation du droit comme arme réputationnelle »[317]. Sa définition s'inspire de celle du général Dunlap qui a toutefois évolué. En effet, celui-ci critiquait la

[313] LUMET Sébastien, *Doctrine de la double intégration, une conversation avec Sabine Weyand*, [en ligne], Le Grand Continent, 31 janvier 2022. Disponible sur : https://legrandcontinent.eu/fr/2022/01/31/doctrine-de-la-double-integration-sabine-weyand/
[314] DE LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983, p. 13.
[315] ANSAH Tawia, « Lawfare », Case W. Res. J. Int'l. L., 43, 2010, p. 87.
[316] FÉREY Amélie, « Vers une guerre des normes ? Du lawfare aux opérations juridiques », *Focus stratégique*, n° 108, IFRI, avril 2022, p.5.
[317] *Ibid*.,

prédominance du droit dans les affaires militaires et appelait à moins de droit car les valeurs portées par le droit, ne sont souvent pas en adéquation avec les paradigmes de la guerre. Or ce discours est celui post-attentat du 11 septembre 2001. Pour reprendre l'analyse de Madame Tawia Baidoe Ansah, au départ, le général Dunlap définissait le *lawfare* comme une méthode de guerre où le droit est un moyen de réalisation d'un objectif militaire. Or sa définition a évolué et le *lawfare* doit être compris comme « *the strategy of using or misusing law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective*. »[318] Il note par ailleurs que « *the basis for the enormous success of Western militaries is their adherence to constitutional government and respect for individual freedoms, and constant external audit and oversight of their strategy and tactics*. »[319] Ainsi, cet appel à moins de droit qui prédominait au départ, fait écho au constat porté par Mme Weyand concernant le recours à la puissance dans les relations commerciales. Néanmoins, les États ne provoquent pas de « guerre économique » comme ils feraient une guerre militaire, ils s'appuient sur leur arsenal juridique, motivé par des motifs de souveraineté. Dans le cas commercial, ils cherchent à utiliser la réciprocité comme un concept phare et absolu qui devrait guider les relations commerciales. Or, constatant son absence, ils considèrent qu'ils n'ont plus à remplir leurs obligations. Partant de ce constat, certains choisiront la voie du règlement des différends, tandis que d'autres, celles de la loi de la puissance et le recours à l'unilatéralisme. C'est pour cela que la réciprocité peut être vue comme un des objectifs pour lequel il existerait une forme de *lawfare* commercial. De plus, en teintant les objectifs politiques de droit, on redéfinit un espace de guerre par un espace de droit ce qui, selon Dunlap, rend les guerres justes, possibles[320]. Ainsi, l'idée que nous promouvons ici est que la réciprocité peut être un argument visant à rendre juste un conflit commercial, ou tout simplement la violation d'une obligation internationale. Au nom de la réciprocité, un État utilise le droit pour valider un comportement qui ne l'est pas a priori.

108. La rhétorique de la défense commerciale aux États-Unis. Cependant, pour appliquer la théorie du *lawfare*, il faut une guerre ou un conflit. Or ici, on ne parlera pas de guerre dans sa dimension militaire, mais plutôt de conflits économiques. Dans les communications des gouvernements, il n'est pas directement fait référence à de tels sujets. Néanmoins, on relève un champ lexical de la défense, notamment de la défense de la souveraineté. Dans l'agenda des politiques commerciales de 2017 du Président Trump, on note parmi les objectifs la promotion de la réciprocité avec les partenaires des États-Unis, mais

[318] ANSAH Tawia, « Lawfare : A rhetorical Analysis », Case W. Res. *J. Int'l. L*., 43, 2010, p. 108.
[319] *Ibid*.,
[320] *Ibid*., p. 109.

également « *our ability to defend ourself* »[321]. La première priorité des États-Unis durant l'administration Trump est de « *defend U.S. national sovereignty over trade policy* »[322]. Pour cela, les rédacteurs rappellent que l'*Uruguay round agreement act* qui a permis l'intégration des États-Unis à l'OMC, a intégré une disposition prévoyant que si un rapport de l'Organe des règlements des différends de l'OMC « *is adverse to the United States, [the U.S. Trade Representative shall] consult with the appropriate congressional committees concerning whether to implement the report's recommendation and, if so, the manner of such implementation and the period of time needed for such implementation* »[323], « *confirming that these WTO reports are not binding or self-executing*. »[324] Il faut donc comprendre par-là que le règlement des différends de l'OMC ne pourra jamais venir contrecarrer les intérêts états-uniens, et, si cela venait à advenir, les États-Unis se donneraient le droit de ne pas respecter les rapports de l'ORD. Ainsi, l'administration Trump se préparait juridiquement à aller à l'encontre desdits rapports et promouvoir l'unilatéralisme américain. Cela se rapproche d'une technique du *lawfare* qui consiste à préparer les administrations à instrumentaliser le droit pour qu'il remplisse un objectif politique. Bien que la finalité ne soit pas une guerre militaire, les États-Unis faisaient référence à la défense de la souveraineté comme argument d'une sanction économique unilatérale. Puis tout conflit étant porté par des valeurs, l'administration Trump se disait protectrice d'un « *true market-based competition* » face à des partenaires qui ne partageraient pas les mêmes idéaux. Or, ce marché ouvert fondé sur un respect des règles de concurrence étant dans le même temps une source protectrice des Américains et des travailleurs, cela pouvait autoriser le gouvernement américain à prendre des mesures unilatérales visant à les « protéger ». Cet exemple fait d'une part écho à nos discussions précédentes sur l'argument de la protection des Américains et des travailleurs, et d'autre part il met en avant qu'il y a toute une sémantique du conflit et d'une préparation juridique à ce conflit. La finalité se résume en cette phrase : « *It is time for a more aggressive approach. The Trump Administration will use all possible leverage to encourage other countries to give U.S. producers fair, reciprocal access to their markets.* »[325] Cette tendance n'est pas propre aux États-Unis.

109. La rhétorique de la défense commerciale de l'Union européenne. L'Union européenne a ces dernières années renforcé ses instruments de défense en matière de commerce

[321] Minutes of the meeting of the Assembly Committee on judiciary, 29 mars 2021, Eighty-first session, p.35.
[322] USTR, *The President's 2017 Trade policy agenda*, 2017, p.1.
[323] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : Chapter 22 – Uruguay Round Trade Agreements paragr. 3533 : Dispute settlement panels and procedures.
[324] USTR, *The President's 2017 Trade policy agenda*, 2017, p.3.
[325] *Ibid*., p.5.

international et de concurrence. Dès 2013, l'ancien Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, appelait à la conception d'instruments de défense commerciale. Bien que le sujet ne soit pas nouveau, cette volonté de doter l'Union européenne d'instruments anti-coercitifs a augmenté à la suite des mesures commerciales émises par l'administration Trump. D'ailleurs, le communiqué de presse concernant le renforcement de la protection de l'Union européenne contre la coercition économique précise que l'instrument anti-coercitif « répond au fait que l'UE et ses États membres sont devenus la cible d'une pression économique délibérée ces dernières années. Il complète les outils dont dispose l'UE et permettra à celle-ci de mieux se défendre sur la scène mondiale. » [326] [327] Cela signifie que l'Union européenne se dote d'instruments pour lutter contre les potentielles ou existantes violations d'une obligation internationale, et pour parer à tout conflit commercial. Mais elle le fait en conformité avec le droit de l'OMC. En ce sens, elle se munit de la possibilité d'agir, en créant les instruments juridiques qui vont venir légitimer ses actions, comme les États-Unis. Néanmoins, ce qu'il faut par ailleurs relever est que, contrairement aux États-Unis, la sémantique du conflit est moins développée, mais tout de même présente sous l'angle de la défense. Cette idée de défense se retrouve dans la définition de la coercition donnée par l'analyse d'impact concernant la réglementation d'outils anti-coercitifs. La coercition y est décrite comme : « *pressure which foreign countries exercise towards the EU and/or its Member States through most often a trade or investment restriction with the objective of attaining a specific outcome falling within the legitimate policymaking space of the EU or a Member State*. »[328] L'analyse d'impact considère que cela concerne bien la coercition économique en raison des mesures économiques utilisées. Mais si l'on analyse la définition, on note que les mesures sont certes économiques, mais que la finalité est politique, donc générale. Néanmoins, si les États-Unis font référence à leur souveraineté, ce n'est que très peu le cas dans les communications européennes. Celles-ci préfèrent souvent la référence à la résilience ou au renforcement du marché commun[329]. Cela

[326] COMMISSION EUROPÉENNE, *L'UE renforce la protection contre la coercition économique*, [en ligne], communiqué de presse, 8 décembre 2021, Bruxelles. Disponible sur : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_6642?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter

[327] Voir également : Déclaration commune de la Commission, du Conseil et du Parlement concernant un instrument visant à décourager et à contrer les mesures coercitives de pays tiers, 2021/C 49/01, OJ C, 2021.

[328] COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, *Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries*, [En ligne], SWD/2021/371 final, 2021.Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=SWD:2021:371:FIN

[329] Voir en ce sens : COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe*", COM(2021) 350 final, mai 2021.

peut s'expliquer par la forte empreinte nationale de la souveraineté qui heurterait certains États membres. À la place, figure l'idée de constituer un bloc dont il faudrait réduire la dépendance aux États étrangers, pour en assurer une plus forte résilience. Ainsi, l'UE tend à teinter ses instruments d'une vision dissuasive. Mais, dans les deux exemples, on note une mobilisation des effets du droit pour contraindre un acteur par une judiciarisation stratégique. Cette idée est un critère possible d'identification du *lawfare* suggéré par Madame Ferey. En somme, l'autorisation d'attribuer une sanction permet de se passer d'un tiers qui arbitrerait les différends pour se considérer comme l'acteur le plus approprié. Ce contexte est très implicite dans le cas chinois, si bien qu'il est difficile de trouver des éléments ou discours permettant de dresser le même constat. Bien que, comme nous l'avons vu et le nous le verrons infra, la Chine se dote d'instruments juridiques pour contrecarrer une mesure coercitive, elle ne se place pas officiellement dans la même attitude d'attaque que les États-Unis et préfère parfois des sanctions économiques informelles.

110. Un regain des politiques commercialistes. Cette tendance à instrumentaliser le droit pour remplir des objectifs politiques n'est évidemment pas nouvelle. Mais les précédents exemples exposent une tendance du nouveau cycle de relations commerciales internationales. Ces relations ne sont pas guidées par un libéralisme, mais par un commercialisme ordonné pour reprendre le terme employé par le Professeur Christian Deblock. Le commercialisme serait « l'ensemble des doctrines, pratiques et politiques qui valorisent le commerce dans la création de richesse (…) »[330]. De cette définition, il faut distinguer le commercialisme libéral du commercialisme ordonné, qui pour le second, est le fait « de l'État un partenaire actif du monde des affaires dans la recherche de nouveaux marchés »[331]. Mais plus encore, cette situation pourrait être interprétée sous l'angle du courant néo-réaliste du droit international. Le néo-réalisme s'appuie plutôt sur une tradition jurisprudentielle « *that asks how actors use and apply law in order to advance our understanding of three interrelated questions — how law obtains meaning, is practiced (the law-in-action), and changes over time*. »[332] Les néo-réalistes s'intéressent certes au sens du droit, mais aussi à son évolution et à son adaptation dans le futur selon les évènements extérieurs à la règle de droit. Le droit serait alors évolutif, un processus où les normes sont déterminées par la pratique et dont l'interprétation devrait changer selon le

[330] DEBLOCK Christian, « OMC : le déclin irréversible de la réciprocité et du multilatéralisme », L'Economie politique, n° 45, *Alternatives économiques*, 2010, p. 36.
[331] *Ibid*.,
[332] SHAFFER Gregory, « The New Legal Realist Approach to International Law », *Social Science Research Network,* 2015, p. 1.

contexte socio-politique. Selon l'auteur, « *legal realists focus on two behavioral aspects of law — as empiricists, the world of facts — including material resources, social structures, and institutionalized practices — that explain how law operates; and as pragmatists, the context-shaping nature of law to address problems through reason. In this way, they aim to build explanatory theory of law as a form of reasoning in particular factual contexts for practical purposes — thus engaging simultaneously the normative and empirical grounded in human experience.* »[333] Cette théorie est fidèle à ce qui a été décrit dans cette section et en amont. Le recours à la réciprocité grâce à l'intention des États pourrait être vu comme une volonté de façonner progressivement les attentes et la pratique. La réinterprétation des traités existants, l'instrumentalisation du droit et la création de nouvelles règles promouvant l'unilatéralisme pourraient créer un nouveau cadre d'interprétation fondé sur la recherche de réciprocité. C'est pourquoi le travail sur l'intention des États, combiné aux instruments de défense commerciale, peut modifier la structure des relations commerciales internationales en la centrant sur la puissance plutôt que sur un système fondé sur les règles.

Ainsi, il faudra étudier quelles sont les dispositions juridiques permettant aux États de faire valoir leurs droits à réciprocité, sous l'angle de la défense commerciale. Cette défense commerciale peut être liée à une volonté de protéger les intérêts d'un État, mais également et surtout justifiée par une violation d'une obligation internationale. Ainsi, il ne sera pas question de réciprocité d'exécution. De plus, comme l'analyse d'impact européenne sur les outils anti-coercitifs l'a indiqué, ces mesures prendront majoritairement la forme de contre-mesures et de mesures de rétorsion. Or le choix de la présente thèse est, comme cela a été présenté précédemment, de distinguer ces mesures des mesures de réciprocité d'exécution. En cela, ici, l'objectif est d'analyser la manière dont ces contre-mesures et rétorsions peuvent permettre d'aboutir à des objectifs de réciprocité, sans toutefois mener une étude approfondie des régimes de contre-mesures et de rétorsions évoquées.

B – La rhétorique de la défense commerciale comme justification de l'unilatéralisme.

111. Contextualisation. Comme cela a été précisé supra, l'intérêt de la présente recherche est d'analyser la manière dont les instruments de défense commerciale sont mis en

[333] *Ibid*., p. 6.

œuvre pour assurer davantage de réciprocité. Or pour le moment, toujours dans la volonté de dépeindre la réciprocité comme une recherche intentionnelle unilatérale, seront exposés les instruments de défense commerciale qui sont des instruments unilatéraux, tirés des droits nationaux. Pour cela, nous prendrons un exemple pour les États-Unis et un autre pour l'Union européenne. Dans le cas de la Chine, il existe dans les textes une réciprocité d'exécution, comme nous l'avons mis en évidence. Néanmoins, sa recherche de la réciprocité n'est pas similaire à celle l'Union européenne ou aux États-Unis. La Chine fait davantage référence à la confiance mutuelle dans les relations commerciales par exemple. Bien que ses comportements puissent témoigner du contraire, notre analyse doit se fonder sur des intentions explicites de réciprocité. Ainsi et avant d'aborder ces questions, rappelons que ces mesures sont, certaines fois, qualifiables d'extraterritoriales. Comme le rapport de l'Assemblée nationale sur l'extraterritorialité le rappelle, il existe l'extraterritorialité d'édiction et celui d'exécution. L'affaire Lotus[334] portée devant la CPJI, rappelle l'importance de cette distinction. Dans cette affaire, les juges ont insisté sur le fait qu'une mesure extraterritoriale entraînait la responsabilité d'un État non pas dans tous les cas, mais si elle était contraire au droit international. Une telle décision reposait sur l'indépendance des États et leurs souverainetés[335].

À ces limites, il faut rappeler que le Groupe spécial de l'OMC, dans le différend section 301 – 310, indiquait que l'adoption de telles lois ne doit pas constituer un manquement aux obligations établies à l'OMC. Dans ce rapport, le Groupe spécial ne vient pas interpréter les sections des États-Unis en tant que telles, mais plutôt vérifier si les éléments de faits issus de ces sections ne constituent pas « un comportement contraire à leurs obligations au regard de l'OMC »[336]. Les rédacteurs se placent dans une posture différente de celle de l'affaire Lotus. Concernant la section 304, ils s'interrogent sur la possibilité qu'une loi générale contrevienne aux obligations imposées par l'article 23 du MARD. Les arbitres précisent que ce n'est pas parce qu'ils refusent l'argument des États-Unis selon lequel « aucune disposition de l'Accord sur l'OMC n'a jamais prohibé les lois discrétionnaires »[337] que pour autant ils remettraient en cause le principe que seules les lois « prescrivant une incompatibilité avec les règles de l'OMC ou empêchant la compatibilité avec les règles de l'OMC peuvent, en tant que telles, contrevenir

[334]CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, *Série A*, n° 10.
[335] Voir en ce sens : SCHWARZENBERGER Georg, « Part II : The principles of international economic law. Chapter 4 : Economic independence and interdependence. », *Recueil des cours, Collected Courses*, Volume 117 (1966), Brill Nijhoff, 1968.
[336] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 – 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, OMC, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, (adopté le 27/01/2000), paragr. 7.18.
[337] *Ibid*., paragr. 7.54.

aux dispositions de l'Accord sur l'OMC »[338]. Ainsi, ils se placent dans une posture intermédiaire qui leur permet de préciser que le fait qu'un acteur national (ici l'USTR) dispose grâce à une loi nationale, d'un pouvoir discrétionnaire lui réservant « le droit d'établir une détermination d'incompatibilité » alors que « les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord n'ont pas été épuisées »[339]. Cela suppose que cette disposition nationale contrevient aux règles du Mémorandum d'accord et de l'article 23 selon une interprétation reposant sur la bonne foi.

112. Le recours à la section 301 du *Trade Act* de 1974 comme appel à davantage de réciprocité. La section 301 du *Trade Act* de 1974 permet à l'USTR de prendre des mesures *« (1) If the United States Trade Representative determines under section 2414(a)(1) of this title that— (A) the rights of the United States under any trade agreement are being denied; or (B) an act, policy, or practice of a foreign country— (i) violates, or is inconsistent with, the provisions of, or otherwise denies benefits to the United States under, any trade agreement, or (ii) is unjustifiable and burdens or restricts United States commerce (…)*»[340].

Ainsi, il faut comprendre qu'il y a deux catégories. L'USTR pourra prendre toute contre-mesure ou rétorsion en raison d'une violation d'une obligation internationale ou d'un droit bénéficiant aux États-Unis et/ou également si « *an act, policy or practice* » d'un État étranger est « *unjustifiable* » et menace ou restreint le commerce des États-Unis. Dans le premier cas, l'USTR se fondera sur le droit tel qu'il est issu des traités. Ensuite, l'utilisation du mot « *unjustifiable* » renvoie *« as those that are inconsistent with U.S. international legal rights* »[341].

Le paragraphe (b) élargit le champ d'action en accordant un pouvoir d'agir discrétionnaire à l'USTR si cet « *act, policy or practice » est « unreasonable* ». C'est ce paragraphe qui nous intéressera davantage. Tout d'abord, le paragraphe 2411 (d)(3)(D) prévoit que pour déterminer ce qui est « *unreasonable* », il est possible de prendre en compte les « *reciprocal opportunities in the United States for foreign nationals and firms shall be taken into account (…)* »[342]. C'est l'interprétation que retient l'USTR dans ses enquêtes sur les pratiques commerciales étrangères

[338] *Ibid*.,
[339] *Ibid*.,
[340] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 12 - Trade Act of 1974 : Sec. 2411 – Actions by United States Trade Representative.
[341] OFFICE OF THE USTR, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Findings of the investigation into China's Acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974*, 22 mars 2018, p.3.
[342] *Ibid*.,

et c'est une des raisons qui l'a porté à considérer que les « *acts, policies and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation* » de la part de la Chine étaient « *unreasonable* ». En effet, les rédacteurs du rapport en question écrivaient que « *accordingly, China's technology transfer regime (…) is unfair, inequitable, and results in nonreciprocal opportunities relative to Chinese companies operating in the United States.* » Ainsi, d'une part, la section 301 permet à l'USTR d'agir en cas de violation d'une obligation internationale ou d'un droit des États-Unis garanti par le droit international. Mais elle autorise l'USTR à agir sans violation et sur la simple définition des intérêts et volontés des États-Unis. Plusieurs constats peuvent être dressés.

113. La différenciation des mesures autonomes de réciprocité, de celles de contre-mesures. Les mesures prises à la suite d'une violation d'une obligation internationale peuvent être qualifiées de contre-mesures, car ce sont des mesures qui si elles en remplissent les conditions, elles peuvent permettre à un État de se voir exclure sa responsabilité. Elles peuvent également être des rétorsions si elles sont licites et réagissent à un comportement licite ou illicite d'un autre État. Or dans le cas présent, il ne s'agit d'aucune de ces hypothèses, mais plutôt d'une mesure autonome prise par les États-Unis à la suite d'un « *act, policy or practice* » qu'elle a considéré de manière unilatérale comme *unreasonable*. Le comportement de l'autre État n'est pas jugé de manière objective pour des raisons juridiques. Cet argument peut être utilisé lorsqu'il n'y a pas d'engagement de la part des États, mais aussi si les États-Unis conçoivent le traitement accordé à un autre État comme injuste. Cela peut également être un moyen pour ouvrir l'accès à de nouveaux marchés étrangers. Ainsi cet outil peut être un moyen d'assurer la défense commerciale des États-Unis et directement à des fins de réciprocité. C'est pourquoi il ne faut pas confondre contre-mesures ou rétorsions extraterritoriales d'une part, et réciprocité d'exécution d'autre part, cette dernière devant bénéficier de son propre régime. En effet, soit un régime différent existe et il devient possible de justifier de tels comportements, soit ce n'est pas le cas et ladite mesure ne tombe dans aucun régime existant. Dans ce dernier cas, cela nous pousse à considérer le comportement de l'État prenant une mesure de réciprocité comme un comportement en violation des obligations internationales dudit État. Ainsi le but de ce dispositif est de créer un cadre juridique légitimant le comportement d'un État, alors même que le Groupe spécial de l'OMC dans une affaire concernant les sections 301 à 310, rappelait l'interdiction d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité.

En ce sens, la section 301 a été jugée[343] comme ne garantissant pas le bénéfice de réciprocité, comme cela est prévu à l'OMC. Comme cela a été exposé, le préambule de l'OMC précise que les négociations se déroulent sur une base de réciprocité. La réciprocité serait alors globale. Or en sanctionnant un État, cela briserait l'étendue des avantages garantis par la clause de la nation la plus favorisée et romprait la réciprocité globale qui serait censée exister. Alors, face à ce raisonnement, il convient de rappeler que la réciprocité, telle que nous l'avons exposée, résulte de l'intention des États. Ainsi, la section 301 peut également être analysée comme une façon d'assurer une réciprocité de manière bilatérale et sectorielle face à la réciprocité globale et multisectorielle mise en avant à l'OMC. Cela est d'autant plus le cas qu'historiquement, la section 301 fait suite à l'échec des Groupes spéciaux d'adopter des décisions. Les lois nationales sont alors apparues comme le moyen de faire valoir les droits des États-Unis.

114. Un système de défense commercial européen fondé sur des contre-mesures. Là encore, le comportement des États-Unis n'est pas isolé. L'Union européenne, comme nous l'avons précédemment décrit, recourt davantage aux instruments de défense. Mais se pose la question de la recherche de la réciprocité derrière ces outils. Ces dernières années, leur nombre s'est multiplié compte tenu de la défiance des relations commerciales internationales. Certains visent à réajuster les distorsions à la concurrence comme les nouveaux règlements sur l'interdiction des subventions ou encore sur l'interdiction des pratiques d'antidumping. Néanmoins nous nous concentrerons sur la sphère commerciale en étudiant le Règlement 2021/167[344], concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international qui est venu modifier le règlement de 2014[345]. Ici, il ne s'agira pas de réciprocité d'exécution, mais bien de contre-mesure, comme le précisent les considérants de la proposition du règlement adoptée par la Commission européenne en 2019[346]. En cela, l'Union européenne a fait le choix de se placer en conformité avec le droit international et cela

[343] MCDONALD Kevin M., « The Unilateral Undermining of Conventional International Trade Law Via Section 301 », *J. Int'l L. & Prac*., 7, 1998, p. 408.
[344] Règlement (UE) 2021/167 du Parlement européen et du Conseil du 10 février 2021 modifiant le règlement (UE) n°654/2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international, JO L, 2021, p. 167.
[345] Règlement (UE) n°654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international et modifiant le règlement (CE) n ° 3286/94 du Conseil arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, JO L, 2014.
[346] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) nº 654/2014 du Parlement européen et du Conseil concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international, 2019.

s'observe également à l'article 3 relatif au champ d'application du règlement. Cet article prévoit les conditions dans lesquelles s'applique le règlement. Le règlement de 2014 permettait l'adoption d'une contre-mesure à la suite de procédures de règlement des différends telles qu'elles sont prévues par le mémorandum d'accord de l'OMC[347] ou par les procédures figurant dans les accords régionaux ou bilatéraux lorsque l'UE dispose du droit de suspendre des concessions ou autres obligations[348]. Néanmoins, les contre-mesures prises suivant ce règlement devaient, selon le même article servir au rééquilibrage des concessions « auquel l'application d'une mesure de sauvegarde par un pays tiers peut donner droit en vertu de l'article 8 de l'accord de l'OMC »[349] ou en cas de modification de concessions au titre de l'article XXVIII du GATT de 1994 « si aucun ajustement compensatoire n'a été convenu »[350]. L'article 3 du présent règlement maintient ces conditions, mais les adapte au blocage du système de règlement des différends de l'OMC. Ainsi, la condition impliquant d'épuiser les voies des systèmes de règlement des différends ne reste prioritaire que si lesdits organes ne sont pas bloqués. Autrement dit « si un recours formé au titre de l'article 17 du mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends ne peut pas être mené à bien et si le pays tiers n'a pas accepté de recourir à un arbitrage d'appel provisoire (…) »[351] . Concernant les accords bilatéraux et régionaux, ce n'est que « si le recours au règlement des différends n'est pas possible (…) » [352].

115. La conformité de ces contre-mesures aux règles de la responsabilité internationale des États. Ces mesures sont conformes au mémorandum d'accord de l'OMC qui ne permet la suspension de concessions unilatérales qu'après décision du système de règlement des différends et en conformité avec leurs rapports. Mais le champ d'application du règlement coïncide également avec les conditions d'engagement de contre-mesures comme prévu par la Commission du droit international[353] et la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Nous ne reviendrons pas de nouveau sur l'obligation de privilégier le système de règlement des différends de l'OMC. Néanmoins, concernant le droit international général,

[347] *Ibid*., article 3 a).
[348] *Ibid*., article 3 b).
[349] *Ibid*., article 3 c).
[350] *Ibid*., article 3 d).
[351] Règlement (UE) 2021/167 du Parlement européen et du Conseil du 10 février 2021 modifiant le règlement (UE) no 654/2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international, JO L, 2021, p. 16.
[352] *Ibid*., p. 167.
[353] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la commission du droit international, 2001, Volume II, 2e partie, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., United Nations, 2001, p. 79.

l'annuaire de 2001 de la Commission du droit international concernant la responsabilité internationale de l'État prévoit, à son article 52, qu'un État informera un autre État de son intention de prendre des contre-mesures après lui avoir demandé de se conformer à ses obligations. Selon les rédacteurs, cet article vise à créer un cadre raisonnable pour l'exécution de contre-mesures. Les contre-mesures sont vues comme « une forme d'auto-assistance »[354] dans un système international « dans lequel le règlement impartial des différends par la voie d'une procédure régulière n'est pas encore garanti. »[355] Par ailleurs, les rédacteurs précisent que lorsqu'une « procédure de règlement par tierce partie existe et a été invoquée par l'une ou l'autre partie au différend, les mesures ordonnées dans le cadre de cette procédure (…) doivent se substituer autant que possible aux contre-mesures. D'un autre côté, lorsqu'une juridiction internationale est compétente pour connaître d'un différend et est habilitée à ordonner des mesures conservatoires, il peut arriver que l'État responsable ne coopère pas à ce processus. Dans ce cas, la possibilité de recourir à des contre- mesures est nécessairement rétablie. »[356] Il faut donc comprendre que, selon les rédacteurs, une procédure de règlement des différends n'est prioritaire que si un des États s'en prévaut, mais aussi que des contre-mesures pouvaient être prises en l'absence de coopération d'un État. Ce cadre fixé par le droit international permet donc au règlement européen de parfaitement s'intégrer.

On peut relever qu'il existe une différence entre le modèle européen dont le recours aux contre-mesures est alternatif et le modèle américain de la section 301 qui prévoit un régime unilatéral en inadéquation avec la définition des contre-mesures prévue par le droit international. Rappelons, comme nous l'avons indiqué précédemment que c'est un des motifs d'analyse du Groupe spécial qui rappelait que même « si le dispositif législatif en vertu duquel des pouvoirs particuliers sont accordés à un organisme public peut être compatible, à première vue, avec les règles de l'OMC, l'organisme compétent, compte tenu du pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé, peut adopter des critères ou des procédures administratives internes qui sont incompatibles avec les obligations au regard de l'OMC (…) »[357]. Au-delà de son caractère discrétionnaire et concernant la Section 304 du *Trade Act* de 1974, la procédure impose que l'USTR doive se prononcer dans un délai de 18 mois, ce qui ne laisserait pas le temps au

[354] *Ibid*., p.99.
[355] *Ibid*., p. 145.
[356] *Ibid*., p. 371.
[357] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 – 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, OMC, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, (adopté le 27/01/2000), paragr. 7.27.

mécanisme de règlement des différends de l'OMC de se mettre en place. Ainsi, l'USTR se prononcerait sans la confirmation de l'ORD.

116. Un règlement affaibli dans sa recherche de réciprocité. Malgré ce qui précède, l'Union européenne aurait pu se doter d'un régime se rapprochant de la section 301 des États-Unis. En effet, une proposition du Parlement européen, non retenue, prévoyait de renforcer l'article 3 dudit règlement de l'UE par l'insertion du point suivant : « en cas d'adoption par un pays tiers de mesures de politique commerciale qui menacent les intérêts commerciaux de l'Union, y portent atteinte ou fragilisent l'autonomie stratégique de l'Union, et qui constituent une violation manifeste du droit international ou des obligations commerciales qu'il a contractées envers l'Union, pour autant que l'Union ait contesté comme il se doit ces actes illégaux auprès de l'OMC ou devant l'organe de règlement des litiges concerné. »[358] Certes, cette condition aurait certes été soumise à la fin de l'exécution totale du système de règlement des différends ou au blocage desdits organes, mais elle aurait permis d'ajouter davantage de subjectivité aux raisons autorisant l'exécution d'une contre-mesure. En effet, si les États-Unis déterminent unilatéralement ce qui est « *unreasonable* », l'Union européenne aurait pu en faire de même en raison des intérêts commerciaux de l'Union. Néanmoins, le mécanisme européen reste plus conforme au droit international, mais moins puissant que la section 301 américaine.

117. L'absence de recherche explicite de réciprocité à travers ces contre-mesures européennes. Cet amendement proposé par le Parlement européen, aurait pu s'apparenter à une volonté de faire primer ses avantages sur une base subjective et pas uniquement par le biais d'une violation d'une obligation internationale. En son absence, il faut s'interroger sur l'existence d'un objectif de réciprocité. À la différence des États-Unis qui le mentionne explicitement, l'instrument des politiques commerciales évoqué ne mentionne pas une seule fois la réciprocité. Cela ne signifie pas que cette idée est inexistante. Là encore, il faut se référer aux rapports et autres documents non obligatoires. Dans un rapport de la Commission européenne sur le réexamen du champ d'application du règlement de 2014 modifié par ledit règlement de 2021, les rédacteurs ont souligné que le règlement d'exécution européen ayant imposé des mesures de rééquilibrages à la suite de mesures de sauvegardes américaines sur les produits en acier et aluminium « a permis de rétablir, dans la mesure permise par l'accord sur

[358] Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) nº 654/2014 du Parlement européen et du Conseil concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international, (COM(2019)0623 – C9-0197/2019 – 2019/0273(COD)), 06 juillet 2020.

l'OMC, l'équilibre entre concessions et avantages réciproques dans les relations commerciales entre les États-Unis et l'UE »[359]. Ainsi, il semblerait que le règlement de 2014 puis celui de 2021 en autorisant « le rééquilibrage de concessions ou autres obligations, auquel l'application d'une mesure de sauvegarde par un pays tiers peut donner droit en vertu de l'article 8 de l'accord de l'OMC »[360], puissent permettre à l'Union de veiller au respect de ses concessions et avantages réciproques. Néanmoins, contrairement à la section 301 des États-Unis, il s'agit d'une réciprocité déjà existante, telle qu'elle ressort des négociations commerciales antérieures et non à développer. L'objet du présent développement est de prouver que les instruments de défense commerciale pouvaient être des outils visant à assurer davantage de réciprocité. Ainsi, bien que le règlement européen prévoie un système fondé sur des contre-mesures et non sur une réciprocité d'exécution, on constate que les contre-mesures peuvent permettre d'aboutir à des objectifs de réciprocité, étant entendu pour le moment par réciprocité ce que les États entendent comme tel. Néanmoins, le fait de devoir chercher cet objectif dans les contre-mesures démontre que l'objectif de ces dernières n'est pas d'assurer la réciprocité. Les fonctions sont différentes. Par ailleurs, le régime des contre-mesures est différent de celui d'une réciprocité d'exécution, comme cela a été vu dans l'exemple de la section 301 en étudiant la pratique « *unreasonable* » d'un État face aux États-Unis. De plus, la pratique dite « *unreasonable* », n'est pas forcément une violation d'une obligation internationale, alors qu'une contre-mesure fait suite à la réalisation d'un fait internationalement illicite[361]. C'est pourquoi, bien que des contre-mesures puissent avoir des objectifs de réciprocité, les deux mécanismes doivent être différenciés.

Il a été démontré, au cours de ce paragraphe que la réciprocité pouvait également être un objectif de politique juridique extérieure. La construction juridique autour de la promotion de cette notion expose la manière dont les États se dotent d'instruments unilatéraux dans un but de défense commerciale. Par la démonstration d'une violation d'une obligation internationale, les États légitiment leurs actions en se dotant de moyens d'agir. Cette instrumentalisation du

[359] Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Réexamen du champ d'application du règlement (UE) nº 654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, du 12 décembre 2019, COM (2019) 639 final, paragr. 3.2.
[360] Règlement (UE) n°654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international et modifiant le règlement (CE) n ° 3286/94 du Conseil arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, JO L, 2014, article 3 c).
[361] CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, parag. 83, p. 55.

droit est réalisée dans le droit interne. Mais il nous faut également mettre en avant que les conventions internationales peuvent permettre le recours aux instruments unilatéraux. Si précédemment nous avons étudié la manière dont les États, à travers les instruments nationaux pouvaient réguler leurs recherches de réciprocité, il faut à présent analyser le caractère permissif de la sécurité nationale tel qu'il résulte des accords internationaux. Pour cela, nous prendrons l'exemple du GATT.

Paragraphe 2 : L'argument de la sécurité comme cheval de Troie de la recherche de réciprocité

118. Depuis l'élection du Président Trump, l'argument de la sécurité nationale a été fortement utilisé. Les larges contours de sa définition en ont fait un argument privilégié des guerres commerciales. C'est pourquoi l'objet de ce développement sera consacré à une étude du caractère permissif de la définition de la sécurité nationale et la latitude accordée aux États pour aller à l'encontre de leurs obligations commerciales. La sécurité nationale s'intègre parfaitement dans la logique du *lawfare* par son objet lié à la défense des intérêts, mais également parce que l'imprécision de sa définition conduit les États à en réinterpréter le sens. Cette étude est nécessaire, car alors que la sécurité nationale a été décrite comme devant faire l'objet d'une interprétation libre des États, le Groupe spécial de l'OMC est venu affaiblir cette certitude (A). Une fois ce travail réalisé, il conviendra, non pas d'étudier toutes les formes de contre-mesures et de mesures de rétorsion utilisées pour des raisons de sécurité nationale, mais de s'intéresser à la manière dont l'argument de la sécurité nationale vise à rechercher davantage de réciprocité (B). Pour cela, nous nous limiterons au commerce des marchandises et donc au GATT.

A – Une interprétation unilatérale de la sécurité à relativiser

119. Contextualisation historique des intérêts essentiels de la sécurité des États à l'OMC. L'argument de la protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un État a, depuis l'élection du Président Trump, été un vif sujet de tension. Il est devenu un argument phare des mesures protectionnistes de cette administration et a souvent été présenté comme laissant une interprétation sans limite de ce qui pouvait être qualifié comme étant un intérêt essentiel de la sécurité d'un État. Néanmoins, une perspective historique nous permettra de comprendre que ce n'est pas le cas. La construction de la sécurité nationale dans le GATT a été influencée par les débats internes des États-Unis. Comme le met en avant la Professeure Mona Pinchis-Paulsen, cette notion s'est construite grâce aux débats de différentes agences américaines. Le Département d'État américain souhaitait mettre en avant une définition restreinte pour promouvoir le multilatéralisme et le libre-échange, tandis que les services militaires souhaitaient une définition large et générale laissant une libre interprétation aux États. Ces deux tendances reflètent celles d'après la Seconde Guerre mondiale, durant laquelle les États-Unis ont contribué à forger leur vision du commerce international, mais laissent apparaître la situation militaire de la Guerre froide, conduisant les services militaires américains à souhaiter une libre interprétation des intérêts essentiels liés à la sécurité. C'est pourquoi la définition de l'article XXI du GATT - et surtout celle du paragraphe b), qui nous intéressera - a de nombreuses fois été débattue en amont des négociations de l'organisation internationale du commerce puis du GATT[362]. Sans entrer dans les détails terminologiques des négociations, il faut rappeler qu'alors que le Département d'État comprenait la sécurité nationale comme une exception aux règles du libre-échange, les services militaires voyaient le libre-échange comme l'exception et la sécurité nationale comme la règle[363]. C'est pour cette raison que, lors des négociations, ces derniers souhaitaient élargir la sécurité nationale « *to public security* » et « *those relating to all other military supplies (…)*[364]». Leur idée était différente de la définition actuelle qui limite l'objet de la sécurité nationale, comme le souligne l'article XXI b). C'est

[362] Article XXI : « Aucune disposition du présent article ne sera interprété comme : »
(…)
« b) ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :
i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ;
ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ;
iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale (…)»

[363] PINCHIS-PAULSEN Mona, « Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions », *Michigan Journal of International Law*, 41, 2020.

[364] *Ibid*., p. 131.

donc ce contexte et les débats qui s'ensuivront qui vont contribuer à façonner la définition actuelle. Face à ces positions, le *Executive Committee on Economic Foreign Policy* (ECEFP) considérait, en amont des négociations concernant la charte de l'Organisation internationale du commerce, que « *the scope of the exception should properly be restricted to situations involving war on the threat of war (…)* »[365].

Aux négociations entre services, il faut ajouter que selon Mme Pinchis-Paulsen, la définition actuelle doit être étudiée par le prisme des accords bilatéraux antérieurs à l'Organisation internationale du commerce. Deux types de clauses de sécurité nationale existaient. Dans un premier groupe d'accords, on retrouvait deux clauses relatives à la sécurité nationale : une « *relative to public security* »[366] et « *public health and morals* »[367] qui ne devaient pas faire l'objet de discrimination arbitraire et une autre, concernant le « *control of the export or sale for export of arms, ammunition, or implements of war, and, in exception circumstances, all other military supplies* »[368], qui ne mentionne aucun recours à une tierce partie. Face à ce type d'accord, un autre groupe d'accords ne faisait aucune différence avec l'objet de la sécurité nationale. Ces structures ont influencé l'article XXI que nous connaissons aujourd'hui en supprimant toute distinction concernant l'objet de l'invocation de la sécurité nationale.

Finalement, les négociations ont permis de concilier les deux visions en retenant une formulation large du début de l'article XXI puisque rien ne peut empêcher « une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires (…) », mais en limitant la sécurité nationale aux objets cités à la suite de l'article XXI b). S'est donc installée une balance des intérêts. Par la suite, lors de négociations entre les parties contractantes, les rédacteurs de la charte de l'Organisation internationale du commerce qui a influencé la rédaction du GATT, ont permis que les États déterminent librement ce qui relève de leur sécurité nationale, mais en justifiant leurs mesures. Pareillement, la charte de l'Organisation internationale du commerce prévoyait, par le biais d'une plainte pour non-violation, de rétablir les droits d'un État lésé par une telle mesure[369]. L'historique de cette notion permet de comprendre que la liberté des États en la matière est à relativiser malgré la volonté des États d'interpréter largement ce qui relève des intérêts essentiels de la sécurité d'un État.

---

[365] *Ibid*., p. 129.
[366] PINCHIS-PAULSEN Mona, « Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions », *Michigan Journal of International Law*, 41, 2020, p.127.
[367] *Ibid*.,
[368] *Ibid*., p. 127.
[369] *Ibid*., p. 192.

120. Le différend Russie-Mesures concernant le trafic revient sur l'interprétation originelle de la sécurité[370]. Le Groupe spécial, dans son rapport de 2019, a également mené une étude historique de la clause de la sécurité nationale lors des négociations de l'Organisation internationale du commerce. Les Membres du Groupe ont mis en avant que lors du vote de la Charte de cette organisation, la majorité des parties prenantes a considéré que certains éléments des « exceptions concernant la sécurité devraient faire l'objet d'un examen par l'Organisation »[371] et que « les exceptions concernant la sécurité se limiteraient à la nécessité de la mesure et ne s'étendraient pas à la détermination des autres éléments de la disposition »[372]. Ces perspectives historiques ont permis au Groupe spécial de conclure que « l'évaluation de la question de savoir si le Membre invoquant »[373] l'article XXI b) « a bien respecté les conditions fixées par les sous alinéas suivants, doit être réalisée de manière objective et rien ne permet de penser que cet article soustrait [à] une mesure contestée de tout examen »[374]. Ainsi, le Groupe spécial est compétent pour vérifier si une mesure, satisfait aux conditions de l'article XXI b et, en l'espèce, de l'article XXI b iii). Selon lui, la notion d'« intérêts essentiels de sécurité » peut donc être comprise comme « désignant les intérêts liés aux fonctions primordiales de l'État, à savoir la protection de son territoire et de sa population contre les menaces extérieures (…)»[375]. Il faut comprendre que les États sont libres de définir ce qu'ils estiment être des intérêts essentiels de sécurité[376], mais que ce pouvoir discrétionnaire est limité par l'obligation d'appliquer cet article de bonne foi[377]. Cela ne doit pas cacher une volonté de contourner les obligations du GATT comme, le cas où « un Membre chercherait à se libérer de la structure d'accords (…) sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels » (…). »[378]On ne peut qu'appuyer ce raisonnement. Il a été vu précédemment que les instruments de défense commerciale étaient considérés comme allant à l'encontre d'une réciprocité multilatérale. Néanmoins, ils visaient surtout à favoriser l'ajustement d'une réciprocité bilatérale. Les rapports des groupes spéciaux démontrent une volonté de mieux contrôler le recours à l'argument de la sécurité nationale. Dans l'affaire États-Unis – Prescription en matière de marquage de l'origine, le groupe spécial a eu à analyser, pour la première fois, l'article XXI

[370] GROUPE SPÉCIAL, *Russie-Mesures concernant le trafic revient sur l'interprétation originelle de la sécurité*, OMC, WT/DS512/R, adopté le 26/04/2019, paragr. 7.91.
[371] *Ibid*., paragr. 7.90.
[372] *Ibid*., paragr. 7.91.
[373] *Ibid*., paragr. 7.100.
[374] *Ibid*., paragr. 7.100.
[375] *Ibid*., paragr. 7.130.
[376] *Ibid*., paragr. 7.131.
[377] *Ibid*., paragr. 7.132.
[378] *Ibid*., paragr. 7.133.

b)[379], Hong Kong, Chine contestait les mesures des États-Unis qui avaient modifié le marquage des produits Hong Kong, Chine en les considérant provenant de la république populaire de Chine. Pour les États-Unis, les évènements politiques à Hong-Kong conduisaient à penser que Hong Kong, Chine « n'était plus « suffisamment autonome pour qu'un traitement différencie par rapport à la république populaire de Chine soit justifié » »[380]. Cette modification supprimait de nombreux avantages à l'égard de Hong Kong, Chine notamment en raison de la privation de l'obligation de la nation la plus favorisée. Pour juger de ces comportements, le Groupe spécial s'est penché sur l'article XXI b), notamment sur la question de l'autonomie de jugement de la part d'un État à prendre des mesures sur la base de cet article. Le point de départ de cette étude est le membre de phrase « estimera nécessaires ». C'est ce qui fonde la propre appréciation et le propre jugement d'un Membre invoquant la disposition. Donc si la détermination unilatérale est existante, la vraie question à nous poser est celle de savoir ce qui est couvert par cette détermination[381]. C'est la raison pour laquelle le principal différend est lié au fait que les États-Unis considèrent qu'ils bénéficient d'une détermination unilatérale sur la totalité de cet article et Hong Kong, Chine, considère que cette détermination unilatérale ne visait qu'une seule partie. Pour les États-Unis la détermination unilatérale vise également les alinéas, car ils se fondent sur la proposition relative « qu'elle »[382]. Néanmoins, le Groupe spécial, pour aller dans un premier temps dans le sens des États-Unis, indique qu'il faut exclure le troisième alinéa de ce raisonnement, car celui-ci débute par « appliquées », qui fait référence aux mesures du paragraphe b) et non à la proposition relative « qu'elle »[383]. Le Groupe spécial rejette cet argument de la proposition relative pour préférer celui de Hong Kong, Chine, qui considère qu'il faut détacher la détermination unilatérale des sous-alinéas. En effet, selon le groupe spécial, le membre de phrase « qu'elle estimera » ne vise pas les sous-alinéas. Les sous-alinéas concernent « la question de savoir si ces mesures ont trait à des circonstances spécifiques ».

---

[379] Aucune disposition du présent accord ne sera interprété
a) (…)

b) ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :

i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ;
ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées;
iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ; ou

c) (…)

[380] Paragr. 7.1.
[381] Paragr. 7.28.
[382] Paragr. 7.48.
[383] Paragr. 7.49.

Donc quand bien même l'idée de la proposition relative serait retenue, « cette lecture ne conduit pas au résultat que les États-Unis font valoir : elle ne permet pas d'étendre le membre de phrase « which it considers » à ce qui figure sous les alinéas.»[384] Le Groupe spécial rejette la double fonction proposée par les États-Unis, car le verbe « estimer » se rapporte uniquement à l'adjectif « nécessaire » du paragraphe b et non des sous-alinéas. En quoi cette distinction est-elle importante ? Parce qu'elle a des conséquences sur le contrôle du Groupe spécial. Puisque les sous-alinéas ne sont pas réservés à la détermination unilatérale d'un Membre, ils sont « soumis à une détermination objective par un groupe spécial. »[385] Malgré ce constat, le Groupe spécial a poursuivi son interprétation sur la base des règles d'interprétation de la Convention de Vienne, en étudiant le contexte ainsi que l'objet et le but. Sans revenir sur le contexte, mais en rappelant des éléments de cette interprétation quant à l'objet et au but, on constate que les États-Unis font valoir que cette capacité de détermination unilatérale s'inscrit dans l'objet et le but des accords visant à assurer un équilibre entre les Parties. Le Groupe spécial rejette cet argument « circulaire, parce que la compréhension du point de savoir où l'équilibre est établi semble reposer entièrement sur le résultat de l'interprétation même qui est en train d'être évaluée. »[386] Par ailleurs, les États-Unis considèrent que cette capacité est justifiée par la nécessité d'assurer une sécurité et une prévisibilité du système commercial multilatéral. Reconnaissant le rôle de l'OMC en la matière, le Groupe spécial mentionne que la flexibilité existante permet aux Membres d'assurer la protection « de leurs intérêts en matière de sécurité, tout en garantissant en même temps que cette flexibilité est exercée dans les limites prévues par les rédacteurs »[387]. Il faut donc retenir de cette affaire que le Groupe spécial**,** sans juger de la portée de l'examen ni de la manière dont il doit être exécuté, a reconnu concernant le paragraphe b de l'article XXI que les États ne possèdent pas un pouvoir d'interprétation unilatéral et de détermination unilatérale de la totalité de l'article XXI. En effet, le Groupe spécial dispose d'un contrôle pour examiner les circonstances dans lesquelles s'applique cet article. Ainsi, bien que l'argument de la sécurité soit en vogue, il ne peut pas être utilisé de manière unilatérale et absolue par un État.

Ainsi, il résulte de ces précédents développements que l'argument de la sécurité n'est pas soumis à la pleine discrétion des États. Néanmoins, ce constat entre en contradiction avec le comportement des États qui ont une large conception de cette notion. Les États-Unis et la Chine n'hésitent pas à intégrer les questions de sécurité économiques à la sécurité nationale.

[384] Paragr. 7.68.
[385] Paragr. 7.89.
[386] Paragr. 7.144.
[387] Paragr. 7.148.

L'Union européenne, à travers son idée d'autonomie stratégique, va considérer certains secteurs économiques comme relevant de la sécurité économique de l'Union européenne. Or, l'exception en matière de sécurité économique, n'existant pas, cette idée est justifiée par l'argument des intérêts essentiels de la sécurité des États et surtout par biais des dispositions nationales. La réciprocité, même utilisée à travers cet argument, va à l'encontre de la réciprocité multilatérale. Ainsi, la sécurité telle qu'elle ressort de l'article XXI ne pourra pas avoir pour objectif de garantir la réciprocité multilatérale. Néanmoins, l'argument de sécurité utilisé dans le cadre national peut offrir la souplesse requise pour rechercher une réciprocité bilatérale.

B – La réciprocité : un outil de renforcement de la sécurité économique

121. La sécurité économique, composante de la sécurité nationale. Le Groupe spécial dans le différend vu précédemment à la suite d'une étude historique, a limité l'objet de la sécurité à une dimension militaire et de conflits en excluant tout autre faux motif. Néanmoins, ces dernières années ont été marquées par le rattachement de la sécurité économique à la sécurité nationale. C'est le cas aux États-Unis, dans une moindre mesure dans l'Union européenne et de plus en plus en Chine.

122. Éléments de langage de ce rattachement. L'exemple des États-Unis. Les États-Unis doivent être traités tout d'abord, en premier lieu, en raison de leur traditionnelle proximité entre commerce et sécurité, sans toutefois mener une étude historique, mais en nous limitant au début de la présidence de Donald Trump. Tout d'abord il est nécessaire d'appréhender le contexte. Pour cela, aux États-Unis, le rapport « *National security strategy* »[388] permet à l'exécutif d'informer le Congrès sur la vision de cette administration en matière de sécurité nationale. Le rapport a donc une vertu informative et traduit un discours politique. L'objet est, sans analyse politique, de nous en servir comme un bon élément de contextualisation et de compréhension des recours à la sécurité nationale en matière de sécurité économique. Dans le rapport de 2017, les premières références au commerce visent les pratiques commerciales inéquitables qui menacent la sécurité des travailleurs américains. Par ailleurs, le pilier II de ce rapport est introduit par une citation du Président Trump « *economic security is national*

[388] *National Security Strategy of the United States*, [en ligne] décembre 2017. Disponible sur : https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf

security[389] ». Pour cette administration, « *Amercican prosperity and security are challenged by an economic competition (…)*. »[390] En ce sens, l'administration souhaite créer de fortes relations commerciales entre les États-Unis et ses partenaires, sur une base de « *fairness and reciprocity* » [391]. Pour mener cette mission et assurer la sécurité économique des États-Unis, la réciprocité est l'objectif constamment rappelé. Pareillement, les rédacteurs soulignent que « *[they] will adress persistent trade imbalances, break down trade barriers, and provide Americans new opporunities (…)* »[392] , et cela grâce aux instruments de lutte contre les pratiques inéquitables. Ce qui est surtout visé est la situation de dépendance économique et de violation constante des droits de propriété intellectuelle qui peuvent, selon ladite administration, constituer une menace à la sécurité. Cette position a été suivie dans le *Trade policy Agenda* de 2018, dont la première partie traitait du support apporté par la politique commerciale à la « *national security policy* » telle qu'elle ressort du rapport évoqué, ce qui accentue davantage les relations entre commerce et sécurité. Par ailleurs le *Trade policy agenda* revient sur un raisonnement phare de la politique commerciale américaine que nous avons déjà abordée : le pouvoir politique américain dépend du peuple ; le peuple est souverain. Or le peuple est affecté par les comportements inéquitables des autres États. C'est donc pour défendre la souveraineté américaine et la souveraineté du peuple que les États-Unis s'autorisent à utiliser des instruments de défense commerciale ou de coercition économique unilatérale, tels qu'ils existent dans le droit national. Cet argument est général. S'il a été démontré par le recours aux documents publiés par l'administration Trump, ils restent intégrés dans la politique juridique extérieure des États-Unis. Ainsi les outils existent, mais varieront seulement la volonté de les utiliser.

123. L'exemple de la Chine. Face à cette tendance américaine, la politique commerciale chinoise tend également à évoquer de plus en plus l'argument de la sécurité. Nous avons déjà exposé que la tradition juridique chinoise est fortement imbriquée aux objectifs politiques. C'est pourquoi les réunions du Comité central du Parti communiste chinois peuvent servir la compréhension de la politique juridique chinoise. En ce sens, le 5e plenum du 19e Comité central du Parti communiste chinois, en octobre 2020, a permis l'adoption du 14e plan quinquennal pour le développement économique et social national[393] et aussi la présentation de la conduite politique à l'horizon 2035 qui expose la conduite politique sur les prochaines

[389] *Ibid*., p.17.
[390] *Ibid*.,
[391] *Ibid*., p.1.
[392] *Ibid*., p.19.
[393] CREEMERS Rogier, DORWART Hunter, NEVILLE Kevin et al., « Translation: 14th Five-Year Plan for National Informatization », *DigiChina* [en ligne], publié le décembre 2021, [consulté le 2 mai 2022].

années. Ce plan marque un recul de la politique d'ouverture de la Chine depuis la hausse des conflits commerciaux avec les États occidentaux, surtout les États-Unis. Ainsi, la nouvelle politique commerciale chinoise est marquée par un léger repli et une croissance fondée sur la demande intérieure. La réduction de l'interdépendance aux autres devient un enjeu de sécurité nationale[394]. Cette proximité, entre sécurité économique ou industrielle et sécurité nationale, a également été perçue dans un discours du Président Xi Jinping en 2020, à la Commission centrale des affaires économiques et sociales. Ce discours s'inscrit dans la période faisant suite à la pandémie du COVID-19 et au difficile approvisionnement des produits. À la suite du blocage de nombreuses chaînes d'approvisionnement, le Président Xi Jinping a fait part de la nécessité d'en créer de nouvelles pour assurer la sécurité industrielle du pays et, en cela, la sécurité nationale[395].

124. L'exemple de l'Union européenne. Malgré ces deux exemples, l'Union européenne n'a pas suivi la voie des États-Unis et de la Chine. Elle a, comme nous l'avons précédemment indiqué, renforcé ses instruments de défense commerciale. À travers la notion d'autonomie stratégique, elle entend assurer une meilleure indépendance et une sécurité économique. Néanmoins, on ne note pas de rapprochement général avec la sécurité au sens évoqué dans ce paragraphe, mais on pourrait l'associer davantage à la résilience. Toutefois, on l'observe selon un point de vue sectoriel où l'argument de la sécurité peut se rapprocher d'objectifs de réciprocité. Cela peut être le cas en matière d'investissements directs étrangers que nous étudierons supra. Face à cela, le TFUE prévoit des exceptions en matière de sécurité[396] et d'autres en matière d'intérêts essentiels de l'Union européenne. Cependant, elles ne doivent pas être associées avec la recherche de réciprocité.

---

[394] PEI Minxin, « China's Fateful Inward Turn : Beijing's New Economic Strategy as spelled out by the Resolution of the CCP Central Committee's 5th Plenum. » [en ligne], *China Leadership Monitor*, 16 décembre 2020, [consulté le 2 mai 2022].

[395] CENTER FOR SECURITY AND EMERGING TECHNOLOGIES, « XI Jinping: Certain Major Issues for Our National Medium- to Long-Term Economic and Social Development Strategy », sur *Center for Security and Emerging Technology* [en ligne], [consulté le 2 mai 2022]. Disponible sur : https://cset.georgetown.edu/publication/xi-jinping-certain-major-issues-for-our-national-medium-to-long-term-economic-and-social-development-strategy/

[396] Voir en ce sens Article 36 du TFUE qui vient créer une exception à l'égard des articles 34 et 35 qui interdisaient les restrictions quantitatives à l'importation et l'exportation et ceci pour des « raisons de moralité publique, d'ordre public et de sécurité publique ». L'article 45 TFUE qui vient assurer la libre circulation des travailleurs, à l'intérieur du marché intérieur, permet au paragraphe 3 de limiter cette liberté « par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». L'article 65 TFUE permet aux États d'imposer des mesures qui iraient à l'encontre de l'article 63 TFUE qui crée une interdiction de créer des restrictions aux mouvements de capitaux entre États de l'Union ou entre ces États et les pays tiers. Des mesures, là encore, peuvent être prises pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.

125. L'exemple de la section 232 du *Trade expansion Act* de 1962. Pour affiner cette analyse, il s'agira de revenir à l'exemple des États-Unis. Ils possèdent de fortes dispositions nationales leur permettant d'imposer des mesures extraterritoriales. Il faut rappeler que la possibilité d'édicter de telles réglementations est issue d'un droit jurisprudentiel fixé par les *Restatements of the Law* de l'American Law Institute. Les États-Unis considèrent qu'ils ont une « *compétence « réelle »*[397], *pour les atteintes à la sécurité nationale* ». Pour Kathleen Claussen, il existe deux types d'exceptions en matière de sécurité économique : « *one group with express security rationales, or "hard security exceptions,"* [398] *and another with functional security rationales, or "soft security exceptions*." [399] ». Selon l'auteure la *hard security exception* est définie comme « the statutes expressly state that the President may act only if he has identified a threat to the U.S. national security »[400] tandis que la soft security exceptions peut être définie comme le cas où « U*.S. trade law features several statutes that delegate tariff-raising authority to the President when the U.S. economy is burdened or restricted by the behavior of a U.S. trading partner. Although these statutes do not have an explicit security premise, they nevertheless serve the same function by permitting the President to raise tariffs when he perceives a threat to U.S. commerce*. »[401] L'exemple de la *functional security* serait la section 301 selon l'auteur, et l'*express security*, la section 232. L'exemple de la section 301 du *Trade Act* de 1974 ayant été étudiée, à présent il conviendra de se concentrer sur la section 232 du *Trade expansion Act* de 1962. La section 232, codifiée au §1862 du titre 19 sur les droits de douane, a fortement été utilisée par l'administration Trump pour rehausser les droits de douane sur les importations des produits en acier et en aluminium. Or son utilisation à ces fins est exceptionnelle aux États-Unis, car elle va à l'encontre du principe même de ladite section. Son paragraphe a) dispose que « *Prohibition on decrease or elimination of duties or other import restrictions if such reduction or elimination would threaten to impair national security* »[402]. Cette disposition permet de prendre une mesure dont l'objet et la durée sont déterminés par son propre jugement. Contrairement à la section 301 qui définit des mesures à adopter, la section 232 ne fixe aucune limite. Néanmoins, la section 232, comme ses termes le laissent deviner, n'avait pas pour but de rehausser les droits de douane. On note l'interdiction d'une baisse ou de la suppression de taxes ou autres restrictions à l'importation. Cela ne signifie pas que le

[397] ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité américaine*, rapp n° 4082, 2016.
[398] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Security Exceptionalism », *Stan. L. REV*., 72, 2020, p. 1102.
[399] *Ibid*.
[400] *Ibid*., p. 1117.
[401] *Ibid*., p. 1104.
[402] U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 7 - Trade Expansion Act of 1962 : Sec. 1862.

Président pouvait rehausser les droits de douane, mais que, compte tenu du risque porté sur les produits nationaux, il n'avait pas le droit de les soumettre à une plus grande concurrence en baissant les taxes ou les restrictions à l'importation[403]. Or de nombreuses mesures ont été prises sur cette base pour rehausser les droits de douane. Dans le cadre de cette procédure, des rapports sur l'effet des importations de produits en aciers ont été produits. Ces rapports, comme celui qui a permis la proclamation 9705[404], le 8 mars 2018, faisaient état d'une trop grande importation desdits produits et que les « *circumstances of global excess capacity for producing steel are "weakening our internal economy*. » »[405] Cette situation pouvait conduire à ce que les États-Unis soient « « *unable to meet [steel] demands for national defense and critical industries in a national emergency » and taking into account the close relation of the economic welfare of the National to our national security.* »[406] On relève la relation entre les intérêts économiques et la sécurité nationale des États-Unis. En appréciant cette situation sur la base de la sécurité nationale, l'administration Trump s'est permis de prendre des mesures rehaussant les droits de douane sur les importations, à hauteur de 25 pour cent ad valorem, sur les produits en acier de tous les États sauf du Canada et du Mexique[407]. De nombreuses mesures ont été prises par la suite[408], dont celles qui ont étendu la hausse des tarifs douaniers à l'égard du Canada et du Mexique, ou encore de l'Union européenne. Il ne nous appartient pas d'étudier ce sujet en terme politique, c'est pourquoi nous ne nous arrêterons pas sur la pertinence de ces mesures. Il faut plutôt s'interroger sur leurs objectifs juridiques.

126. Les objectifs des mesures prises dans le cadre de la Section 232. L'administration Trump s'est saisie de la section 232, car elle ne parvenait pas à rétablir les conditions de concurrence sur les produits en acier sur la base de mesure antidumping ou antisubventions. Elle contestait les aides accordées par certains pays à l'industrie de l'acier, ce qui avait pour conséquence de fausser les conditions de concurrence et donc de favoriser les produits étrangers sur le sol américain. Ainsi, ces mesures de sécurité résultent d'une volonté de veiller à un meilleur *level playing field*. Cela concernerait la sphère concurrentielle et non commerciale. Néanmoins, en réaction aux mesures états-uniennes, le Canada et le Mexique, par exemple, ont

[403] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Security Exceptionalism », *Stan. L. REV*., 72, 2020, p. 1142.
[404] Executive Office of the President, *Proclamation 9705 - Adjusting Imports of Steel Into the United States*, *Federal Register* [en ligne], publié le 15 mars 2018.
[405] *Ibid*., paragr. 2.
[406] *Ibid*.
[407] *Ibid*., paragr. 8.
[408] Voir en ce sens : EXECUTIVE OFFIC OF THE PRESIDENT, *Proclamation 9710 - Adjusting Imports of Steel Into the United States*, Federal Register [en ligne], publié le 22/03/2018 ou encore, Executive Office of the President, *Proclamation 9894 - Adjusting Imports of Steel Into the United States*, Federal Register [en ligne], publié le 19/05/2019.

pris des contre-mesures proportionnelles sur des produits différents. Cela transfère le conflit du champ de la concurrence à celui commercial. Néanmoins, ce qui nous permet de penser que les mesures américaines prises pour des conditions de sécurité nationale serviraient des objectifs de réciprocité ne se situe pas dans l'étude des contre-mesures canadiennes et mexicaines, mais plutôt dans les accords bilatéraux conclus visant à la suppression de toutes ces mesures par les États en question. Ces deux accords (États-Unis - Mexique[409] et États-Unis - Canada[410]) ont pris la forme de *joint statement* et on peut y lire similairement que les Parties s'accordent pour éliminer les droits de douanes imposées ainsi que les mesures prises en conséquence. Mais les accords expliquent également, en matière concurrentielle, que les Parties devront prendre des mesures pour s'assurer que l'importation d'acier et d'aluminium ne soit pas « *unfairly subsidized and/or sold at dumped prices (…)* »[411]. Par cette mesure, le gouvernement américain assure un meilleur *level playing field*. Cependant, l'ajustement des règles ne signifie pas réciprocité. Afin de la rechercher, les Parties s'accordent la capacité, en cas d'échec des consultations, de rehausser les droits de douane pour l'acier à un même taux maximal. Cette hausse est possible si les importations de produits d'acier ou d'aluminium dépassent les volumes d'échanges historiques, en tenant compte de la part de marché de chaque pays et sur une période donnée. Les Parties se sont ici créé un cadre commun de définition du volume des produits qui dépend des périodes. Pareillement, elles ont défini des seuils au-delà desquels « *there has been a surge in steel imports* »[412] pour chaque Partie. Il y a donc une forme d'équivalence acceptée par les deux États. Si une partie importatrice décide de rehausser les droits de douane parce que les importations des produits déterminés dans l'accord de l'autre État ont dépassé le seuil, l'État exportateur pourra en faire de même, mais uniquement dans le secteur concerné. Il est impossible de prévoir des mesures croisées (entre acier et aluminium) ou des mesures à l'égard d'autres produits. Alors les États se sont accordés sur un projet de mesure de réciprocité d'exécution fondé sur la puissance plus que sur un règlement des différends. On note ici une forme de réciprocité sectorielle, car les Parties considèrent que certains produits pourront être échangés, mais dans des conditions d'équivalence matérielle. Or, si cette équivalence est rompue et donc si les seuils ne sont plus respectés, cela peut entraîner

[409] Joint Statement by the United States and Mexico on Section 232 Duties on Steel and Aluminum, [en ligne]. 2019. Disponible sur : https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/united-states-announces-deal-canada-and
[410] Joint Statement by the United States and Canada on Section 232 Duties on Steel and Aluminum, [en ligne]. 2019. Disponible sur : https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/united-states-announces-deal-canada-and
[411] Voir aux articles 3 des précédents Joint Statement.
[412] Voir aux articles 5 des précédents Joint Statement.

une hausse des droits sur les importations, à l'égard de laquelle, la partie exportatrice pourra agir selon une base de réciprocité. En somme, la sécurité nationale peut être un instrument pour rechercher de la réciprocité.

127. La recherche de réciprocité à travers la sécurité publique dans le droit des investissements étrangers. Ce constat est également présent dans le cas de l'Union européenne. Néanmoins, comme nous l'avons mentionné, cela se réalise par des outils sectoriels et non généraux comme la section 232. En guise d'exemple, intéressons-nous aux investissements étrangers qui sont réalisés sur le sol européen. L'idée est, là encore, d'analyser la manière dont les discours de sécurité peuvent cacher des demandes de réciprocité. Pour cela, il faut s'arrêter sur le règlement de 2019[413] établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union. Le texte fait de nombreuses fois référence à la sécurité. En effet, l'idée de ce règlement est de renforcer les industries européennes face à certains investissements étrangers. En ce sens, ce règlement permet, sous certaines conditions, de perfectionner le mécanisme de filtrage des États et « d'adopter des mesures restrictives concernant les investissements directs étrangers pour des motifs de sécurité ou d'ordre public »[414]. Les éléments pouvant être considérés comme portant atteinte à la sécurité ne sont pas définis limitativement[415] et l'article premier de ce règlement rappelle que la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. Cela est d'autant plus le cas depuis la modification du traité sur l'Union européenne modifié par le traité de Lisbonne, en 2010. En effet, l'article 4 paragraphe 2 est venu renforcer l'identité nationale des États et par ce biais, a rappelé que l'Union « respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet (…) de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ». Ainsi, les États disposent d'une compétence de principe pour définir ce qui relève de leur sécurité. Toutefois, le considérant 18[416] du règlement rappelle qu'il « ne devrait être recouru au dispositif de coopération qu'aux fins de protéger la sécurité ou l'ordre public », d'où la nécessité de justifier « toute demande d'informations concernant un investissement étranger. »[417] Néanmoins, si le nouveau mécanisme européen permet de filtrer des investissements étrangers selon des considérations de sécurité publique, le règlement ne mentionne aucune fois le terme de réciprocité ou de caractère réciproques. Toutefois, l'idée de rapprocher la réciprocité à la

[413] Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, JO L, 2019.
[414] *Ibid*., considérant 3.
[415] *Ibid*., considérant 12.
[416] *Ibid*., considérant 18.
[417] *Ibid*.

sécurité n'a pas été absente lors des négociations. En effet, l'avis du Comité économique et social européen sur la proposition dudit règlement[418] soulignait l'absence de la réciprocité dans ses conclusions et recommandations. Malgré le constat, le CESE a demandé « à la Commission d'appliquer le principe de réciprocité dans toutes les négociations entre l'Union européenne et les pays tiers au sujet des IDE (…) »[419]. Pareillement, le Comité fait savoir que la France, l'Allemagne et l'Italie sont d'avis dans les cas « où des acteurs de l'Union européenne n'ont qu'un accès limité à des marchés extérieurs dans lesquels ils veulent investir »[420], de faire jouer la réciprocité. Pour cela, ils ont suggéré à la Commission de créer un instrument « européen qui « prévienne les dommages […] « résultant des investissements directs unilatéraux effectués par des acheteurs étrangers dans des secteurs sensibles, du point de vue de la politique industrielle et/ou de celle de sécurité, et de garantir la réciprocité en la matière. »[421] ». Ainsi, la position de ces États souhaitait intégrer une logique de réciprocité à ce qu'ils considèrent être de la réciprocité.

128. L'avis de la commission des affaires économiques et monétaires de l'Union européenne. À la position dudit comité, l'avis de la commission des affaires économiques et monétaires de l'Union européenne[422], toujours concernant la proposition du règlement discuté, proposait d'ajouter au considérant 11, qui est devenu le considérant 12 que « lors du filtrage des investissements directs étrangers, les États membres et la Commission devraient également déterminer si des possibilités d'investissements analogues existent pour les investisseurs européens dans les pays tiers concernés et si le principe de réciprocité est dès lors bien respecté ». Constatons tout d'abord que cet ajout est précédé par le fait que le règlement dresse une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération lors du filtrage pour motifs de sécurité et d'ordre public. Le règlement en question souligne qu'« il y a lieu de dresser une liste non exhaustive de facteurs qui pourraient être pris en compte »[423] , alors que l'avis de la commission dont il est question, propose qu'il « y a lieu de dresser une liste non exhaustive de facteurs qui devraient en compte »[424]. Malgré l'usage du conditionnel, la version du règlement

[418] Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne » [COM(2017) 487 final 2017/0224 (COD)], 2017.
[419] *Ibid*., paragr. 1.19.
[420] *Ibid*., paragr. 2.4.
[421] *Ibid*.,
[422] Avis de la Commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission sur le commerce international sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers pour l'Union européenne, (COM(2017)0487 – C8-0309/2017 – 2017/0224(COD)), Rapporteur : Robert Zile, 04 mai 2018.
[423] Soulignage ajouté.
[424] Soulignage ajouté.

en vigueur est plus permissive. Concernant l'avis, ce devoir concerne la liste pour les motifs de sécurité. Cependant, il semblait y avoir une différence manuscrite entre cette liste et le devoir des États et de la Commission qui est « également [de] déterminer si des possibilités d'investissement analogues existent pour les investisseurs européens (…) »[425]. Néanmoins, elle ne reste que formelle, car le filtrage dont il est question concerne celui réalisé pour des motifs de sécurité et d'ordre public. Pareillement le terme « également » renseigne sur la première liste et la nécessité de vérifier s'il existe de la réciprocité à propos des investissements étrangers à l'égard desquels il peut exister des risques de sécurité.

129. Le rapport du Parlement européen en faveur d'une réciprocité. Enfin, si un exemple supplémentaire était nécessaire, le rapport du Parlement européen sur la proposition du règlement concerné[426] satisfait ce besoin. Tout d'abord le considérant 2 aurait été amélioré d'un considérant 2 bis qui constaterait l'ouverture du marché de l'Union face à ses partenaires et ainsi le fait que « l'Europe pâtit d'un manque de réciprocité dans l'accès aux marchés de ses partenaires (…) ». Une fois ce constat dressé, le considérant 12 déjà évoqué est plus explicite que celui proposé par l'avis de la commission sur les affaires économiques et monétaires de l'Union. La proposition du rapport permettait de déterminer les risques affectant la sécurité ou l'ordre public par la possibilité de tenir compte du « contexte et des circonstances dans lesquelles l'investissement est, ou a été, réalisé (…) notamment (…) si le marché dans le pays d'origine de l'investisseur étranger est ouvert, restreint ou fermé » ou encore « s'il existe une réciprocité (…) ». Ensuite, les parlementaires vont plus loin en proposant d'amender l'article 4 du règlement actuel. Cet article liste des « facteurs susceptibles d'être pris en considération par les États membres ou la Commission ». Ces propositions non exhaustives ont tout de même été scindées en une liste prenant en compte les effets d'un investissement et en d'autres critères compte tenu de l'auteur de l'investissement. À ces possibilités permettant de déterminer si un investissement peut porter atteinte à la sécurité, les parlementaires ont suggéré d'ajouter l'idée proposée au considérant 12. Il semblerait que cet ajout soit intégré à la deuxième proposition de liste concernant le contexte et l'auteur de l'investissement. Par ailleurs, le rapport propose d'intégrer à l'article 4 le même texte que le considérant 11 de l'avis de la commission des

[425] Avis de la commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission du commerce international sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne (COM(2017)0487 – C8-0309/2017 – 2017/0224(COD)), p.8.

[426] PARLEMENT EUROPÉEEN, *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne* (COM(2017)0487 - C8-0309/2017 - 2017/0224(COD)), 4 juin 2018.

affaires économiques et monétaires de l'Union européenne. Cet ajout aurait été intégré au paragraphe 1 concernant les effets de l'investissement sur la structure concernée.

Comment expliquer que parmi toutes ces références à la réciprocité proposées durant la procédure législative, aucune ne soit retenue dans le présent règlement pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union ? Il conviendra de penser que cette forte présence de la réciprocité durant les négociations ne peut pas disparaître, mais est simplement implicite. Sûrement, les États disposent de la capacité de veiller à la réciprocité de manière informelle. Néanmoins, ne serait-ce que dans l'hypothèse française, cette règle de sécurité, implicitement et potentiellement de réciprocité, ne concernera pas tous les investissements étrangers, mais uniquement les activités mentionnées par l'article R. 151-3 du décret n°2019-1590[427]. Ce qui est certain, c'est que cette notion est fortement rattachée à celle de la sécurité. Ainsi, les États, durant le contrôle porté par les mécanismes de filtrage, pourraient être tentés de constater le défaut de réciprocité, mais de manière implicite. Puis la seconde observation à réaliser est celle du mécanisme d'exécution. En l'absence de cette volonté dans les textes finaux, nous pouvons en douter. D'ailleurs, si ledit règlement s'était basé sur l'article 64 paragraphe 2, comme le soulignait le Professeur Régis Bismuth[428], nous aurions pu imaginer une réelle volonté politique d'adresser des mesures de réciprocité. En effet, cet article autorise les restrictions en matière de libre circulation de capitaux à l'égard des États tiers sous certaines conditions. Cela aurait été un pas permettant d'adopter des mesures de réciprocité.

[427] Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, n°2019-1590, 2019.
[428] BISMUTH Régis, « Screening the Commission's Regulation Proposal Establishing a Framework for Screening FDI into the EU », *European Investment Law and Arbitration Review* 2018, p.47.

CONCLUSION CHAPITRE 2

L'analyse portée précédemment a démontré que la réciprocité ressortait de la volonté de l'État et de son intention. Le point de départ de cette idée résidait dans le droit international général et la mise en œuvre de l'*exceptio.* En étudiant son utilisation, il est apparu que certains la concevaient sous la forme d'une violation d'une obligation tandis que d'autres centraient la violation de la réciprocité au cœur de sa définition. La réciprocité y apparaissait comme contingente, ce qui laisse supposer une liberté d'octroyer la réciprocité. Alors, comme il s'agit bien d'un comportement unilatéral, il était important d'étudier la manière dont les logiques d'*exceptio* ou de réciprocité étaient intégrées dans les droits internes. Cette preuve de la naissance de la réciprocité au sein de l'intention des Parties a été démontrée à une autre échelle dans le droit des obligations de certains États, ainsi que dans les textes nationaux régissant les comportements des États dans les relations internationales commerciales.

Même s'il faut partir du postulat que le droit national ne peut pas justifier la non-exécution d'une obligation internationale, il faut voir qu'en pratique, les mécanismes de recherche de réciprocité et de mise en exécution prévus par la république populaire de Chine et les États-Unis d'Amérique sont utilisés malgré leur caractère extraterritorial. Dans le cas de l'Union européenne cependant, il n'existe pas de mécanismes généraux similaires. Les textes laissent apparaître explicitement une réciprocité sectorielle comme en matière de marchés publics ou d'investissement. Sur la base de ces études, il a bien été confirmé que la réciprocité, mais aussi l'exécution du défaut de réciprocité sont des comportements unilatéraux, dont le régime n'est pas prévu par le droit international, mais par les droits nationaux.

Cette liberté de rechercher des objectifs de réciprocité a même pris une autre forme. Les tensions commerciales et les enjeux stratégiques recouvrant de plus en plus cette discipline ont permis aux États d'utiliser les exceptions de sécurité nationale pour les étendre aux questions de sécurité économique et parfois, de rechercher une meilleure réciprocité des avantages. C'est parce que la recherche de réciprocité peut instrumentaliser les règles internationales existantes, mais aussi qu'elle est un objectif guidé par une politique juridique extérieure d'un État, que cette notion vise à s'intégrer à un *lawfare* commercial.

CONCLUSION TITRE I

Il découle de tout ce qui précède que la réciprocité revêt plusieurs formes. La réciprocité peut être *infra* legem, et donc éclaircir uniquement les intentions des parties, comme elle peut être *praeter legem* et donc compenser l'absence de droit. Mais le point commun de ces formes est leur recherche unilatérale. C'est d'autant plus le cas en droit international économique, car les relations internationales supposent que tous les États sont souverains et donc égaux juridiquement. Or, d'un point de vue économique, les différents traités peuvent supposer un défaut d'égalité dans les avantages reçus et accordés, ceci volontairement comme involontairement. Il peut donc y avoir un accord réciproque en ce que, sur la forme d'un accord, les Parties peuvent s'accorder les mêmes avantages. Néanmoins, matériellement, tout en restant juridique, la réciprocité peut ne pas être présente. Ainsi, la réciprocité a souvent été présentée comme un objectif à atteindre. Néanmoins, en raison de son caractère contingent, elle suppose de montrer l'intention des États, leurs volontés, pour estimer qu'ils aient le droit de recourir à des moyens d'exécutions. Ces moyens peuvent être le recours à la réciprocité d'exécution que nous avons fait le choix de distinguer des autres mesures excluant la responsabilité d'un État comme les contre-mesures et les rétorsions, car les objectifs ne sont pas identiques. Mais nous avons également démontré que ces instruments servaient, par leur mise en œuvre, à rechercher de la réciprocité. Dans ce dernier cas, le régime diffère de la réciprocité, mais l'objectif est le même.

Ainsi, tout ce qui précède avait pour but de déterminer les contextes dans lesquels la réciprocité pouvait être invoquée. La réciprocité a été exposée comme une volonté unilatérale d'un État, d'où l'insistance sur l'étude des comportements unilatéraux, surtout dans un contexte de relations basées sur la puissance et aussi sur la défiance. Il s'agissait donc d'exposer le contexte dans lequel la réciprocité pouvait s'épanouir et les diverses raisons de son invocation. Par ailleurs, la réciprocité, n'étant pas définie ni à l'OMC, ni dans d'autres accords, il fallait tout d'abord renseigner son environnement. Après avoir réalisé ce travail et après avoir démontré l'existence juridique de cette notion et non pas uniquement politique, il faut à présent identifier ses caractéristiques intrinsèques et extrinsèques.

TITRE II : TYPOLOGIE DE LA RECIPROCITE DANS LES ACCORDS COMMERCIAUX

130. L'étude précédente visait à démontrer les contextes de la naissance de réciprocité. Issue de l'intention des États, la recherche de réciprocité pouvait intervenir sous différentes formes. Néanmoins, pour parvenir à qualifier un comportement de réciprocité, il est nécessaire au préalable d'affiner l'analyse en déterminant des critères d'identification de la réciprocité. L'enjeu de cette détermination réside dans la synthèse de critères communs qui identifieraient la réciprocité. Compte tenu des divers objets et buts de cette notion, ces critères ne doivent plus être contextuels, mais lui être intrinsèques à la notion de réciprocité. Ainsi, deux propositions d'identification peuvent être proposées : une première selon l'objet et une seconde selon l'effet. L'étude selon l'objet vise à démontrer qu'il existe des objets des négociations (secteurs, marchandises, services) qui font davantage l'objet de réciprocité que d'autres. Ce choix résulte nécessairement de la volonté des États. Concevoir une réciprocité juridique nécessite de comprendre quelles sont les intentions de réciprocité et s'intègre donc dans la continuité des développements précédents (chapitre 1). Compte tenu de la sélection opérée quant à l'objet et de la nature intrinsèque de conditionnalité de la réciprocité, l'étude selon les effets repose sur les constats précédents, dans le but de démontrer que les États souhaitent sélectionner les bénéficiaires qui bénéficieront à l'avenir de certains avantages. Si politiquement cette sélection s'entend, il conviendra de détailler les outils juridiques qui rendent possible cet objectif (chapitre 2). La nécessité d'élaborer une typologie mettra en évidence que la réciprocité est une notion multiforme. S'il existe une identité commune, ces diverses formes impliquent des règles d'application différentes.

CHAPITRE 1 : UNE CLASSIFICATION SELON L'OBJET DE LA RECIPROCITE

131. Si la réciprocité est le résultat des intentions unilatérales, cette formule juridique liant les intentions ne doit pas être conçue comme un simple engagement pouvant former un accord. L'idée de réciprocité est davantage orientée vers la volonté de l'État et conditionne cette volonté. C'est parce qu'à notre sens, la réciprocité dispose d'un tel élément d'intentionnalité que l'expression de la volonté de l'État doit être étudiée. Cet objet d'étude a pour point de départ l'expression de la volonté de réciprocité dans les délégations de négociation. L'analyse des comportements et des orientations des négociations permettra de déceler une présence accrue d'une recherche de réciprocité. Ce point de départ peut paraître surprenant tant l'activité d'interprétation est normalement encadrée par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Pour démontrer l'intention de la réciprocité et formuler ses effets, la lettre des accords aurait dû nous guider, et le contexte aurait été aussi un élément appréciable. Néanmoins, compte tenu des appels récents à réciprocité, il est plus pertinent de prouver tout d'abord que l'existence de la réciprocité dépend de la manière dont les politiques commerciales sont mises en place au sein des États. L'étude du contexte entourant la naissance de la réciprocité nous paraît primordiale pour la concevoir comme une pratique (section 1). Ce travail, une fois réalisé, nous donnera les clés d'interprétation visant à nous interroger sur la présence explicite de la réciprocité dans certains secteurs ou certaines négociations plutôt que d'autres (section 2).

Section 1 : L'expression de la volonté de réciprocité

132. Nous pourrions résumer le prochain développement de cette manière : qui détient la capacité de négocier détermine l'existence de la réciprocité. Si ce constat semble évident, les résultats ont une grande influence sur l'orientation des relations commerciales internationales. En effet, les récentes crises commerciales démontrent, dans une conception réaliste du droit international et des relations internationales, que les titulaires de ces compétences et leurs interlocuteurs ont une grande influence sur l'issue des négociations commerciales ainsi que dans les relations commerciales de manière plus générale (paragraphe 1). Si la question nous intéresse autant, c'est qu'elle influence les modalités de lier juridiquement les États. Pour se saisir de cette question, il nous faudra rechercher l'élément au sein de la réciprocité qui lui permet de rattacher des obligations entre ces modalités. Sa caractérisation permettra d'en savoir davantage sur non seulement l'objet recherché, mais aussi sur la manière dont s'exprime la recherche de réciprocité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les détenteurs du pouvoir d'action

133. S'intéresser aux titulaires qui interviennent dans les négociations commerciales revient à étudier la pensée de réciprocité et suppose de connaître les capacités d'action des acteurs des négociations (A). Plus particulièrement après cette présentation, leur présence doit être étudiée en fonction de leur capacité d'action. C'est pourquoi il nous paraît intéressant d'y transposer une étude fondée sur l'idée de pouvoir dans les relations internationales afin de mieux apprécier les marges de manœuvre des acteurs. *Ipso facto,* analyser les marges de manœuvre conduit à dégager non seulement une meilleure probabilité de l'existence de la réciprocité dans les relations commerciales, mais aussi à juger de l'intention finale et non plus la procédure de la réciprocité par un État (B).

A – La pensée de réciprocité au sein des délégations de négociation.

134. Postulat de départ. Les précédents développements ont démontré qu'il n'existait pas qu'une seule forme de recherche de réciprocité. Compte tenu de la forme de la recherche, les procédures et les acteurs varient également. Néanmoins, la réciprocité étant explicitée par la forme d'un engagement, il conviendra de se limiter à identifier le rôle des acteurs dans la recherche de réciprocité en amont d'accords internationaux. Après avoir étudié les caractéristiques internes de la réciprocité, il est nécessaire de voir en quoi la liberté des titulaires dans la recherche de réciprocité contribue au recours à cette notion. Si les négociateurs disposent de davantage de latitude dans les négociations et de moins de contrôle dans la recherche de réciprocité, il est probable que le recours à cette notion augmentera. Ce postulat doit être approfondi sur la base des procédures de délégation de négociation européennes et états-uniennes. Pour ce faire, un rappel des procédures de négociation des accords commerciaux doit être présenté.

135. La détermination de la réciprocité entre les institutions de l'Union européenne. La négociation des accords commerciaux de l'Union européenne repose sur l'article 207 paragraphe 3 du TFUE, qui renvoie à la procédure de l'article 218 du TFUE. Ainsi, ce n'est qu'après l'autorisation du Conseil de l'Union, qui émet les directives de négociation, que la Commission pourra poursuivre les négociations. Celle-ci, afin de ne pas voir sa proposition refusée par le Conseil, suivra les directives émises par le Conseil. Lors des négociations, si un comité spécial est désigné par le Conseil, elle devra le consulter. Enfin, durant cette période, elle est contrainte de tenir informé le Parlement européen par la rédaction de rapports.

La Commission est donc tenue à une obligation de transparence envers le Parlement européen. Néanmoins, le Conseil peut exercer un contrôle par le biais de ses directives et d'un vote sur la proposition de la Commission. La réciprocité étant le reflet de l'intention et se présentant lors des négociations, il conviendra d'étudier la place du Conseil de l'Union européenne et de la Commission en amont des négociations. Bien que le Parlement européen joue un rôle de contrôle dans le processus de négociations d'accords internationaux, seuls les deux premiers acteurs seront étudiés. Le Conseil de l'UE peut représenter les intérêts gouvernementaux et donc la volonté des États d'instaurer de la réciprocité, tandis que la Commission, en représentant les intérêts de l'Union européenne, est celle qui exprimera la volonté de réciprocité.

Selon l'article 218 du TFUE, le pouvoir du Conseil est d'émettre des directives en amont des négociations entre les négociateurs européens et extérieurs. Ces directives de négociation, comme le rappellent les conclusions de l'avocat général M. Melchior Whatelet, « sont des lignes d'orientation qui n'ont d'effets juridiques que sur le plan interinstitutionnel, et non pas sur le plan international »[429]. L'avocat général définit une directive comme une « norme par laquelle une autorité disposant d'un pouvoir d'appréciation se fixe à elle-même ou prescrit à une autre autorité une ligne de conduite dans l'exercice de ce pouvoir »[430]. Ainsi, les lignes directrices « servent à exposer au négociateur (ici la Commission) les objectifs généraux les objectifs généraux que celui-ci doit essayer d'atteindre dans les négociations. »[431] Il faut donc comprendre, comme l'avocat général le souligne que le Conseil « ne peut unilatéralement imposer à la Commission une procédure détaillée dans la conduite des négociations d'un accord international »[432]. Il ne peut en être autrement, en raison, tout d'abord, du principe d'équilibre institutionnel au sein des institutions de l'Union européenne. L'affaire dite « Accord Commission contre États-Unis sur la concurrence »[433] , rappelle que la compétence pour conclure des accords est la prérogative du Conseil, sauf si la Commission à des compétences en la matière, ce qui est le cas dans la discipline commerciale. L'équilibre institutionnel « implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres »[434]. Ensuite, cela peut s'expliquer en raison de l'existence de la possibilité de conclure des accords interinstitutionnels pour fixer de bonnes pratiques à respecter. Dans le cadre de l'affaire Accord Commission contre États-Unis, l'avocat général était donc d'avis que des directives de négociations procédurales qui priveraient la « Commission de la latitude nécessaire pour négocier l'accord international »[435] constituait un empiétement du Conseil sur les compétences de la Commission et devait entraîner une annulation partielle desdites directives. L'article 218 paragraphe 4 du traité n'autorise pas le Conseil à donner un mandat de négociation et ainsi le doter d'un pouvoir décisionnel. Plutôt, il s'agit d'une autorisation de

[429] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL WHATELET Melchior, du 17 mars 2015, de l'affaire : CJUE, grande chambre, arrêt du 16 juillet 2015, affaire C-425/13, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne,* ECLI : EU : C:2015:174, paragr. 26.
[430] *Ibid*., paragr. 66.
[431] *Ibid*., paragr. 71.
[432] *Ibid*., paragr. 78.
[433] CJCE, arrêt du 9 août 1994, affaire C-327/91, *république française contre Commission européenne - Accord Commission/ États-Unis concernant l'application de leur droit de concurrence*, ECLI : EU : C:1994:305.
[434] CJUE, grande chambre, arrêt du 6 mai 2008, affaire C-133/06, *Parlement européen contre conseil de l'Union européenne*, ECLI :EU : C:2008:57, paragr.57.
[435] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL WHATELET Melchior, du 17 mars 2015, de l'affaire : CJUE, grande chambre, arrêt du 16 juillet 2015, affaire C-425/13, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne*, ECLI : EU:C:2015:174, paragr. 87.

négocier. Si l'Avocat général considère que les directives ne peuvent pas être procédurales, mais concernent uniquement les « choix stratégiques et les objectifs de fond à défendre »[436], il en est autrement de la position de la Cour. Les juges de la CJUE, ont considéré que l'article 218 paragraphe 4 du TFUE peut habiliter le Conseil « à prévoir, dans les directives de négociation, des modalités procédurales régissant le processus d'information (…) »[437]. Néanmoins, il ne faut pas que ces directives procédurales soient « susceptibles de priver le négociateur du pouvoir qui lui est reconnu (…) »[438], ce qui était le cas en l'espèce.

Il faut retenir que le Conseil de l'Union européenne peut orienter le comportement de la Commission s'il souhaite des accords fondés sur la réciprocité, sans pour autant la contraindre. Le pouvoir du Conseil résidera dans son choix final d'accepter le résultat des négociations. En matière de réciprocité, il semblerait que le Conseil soit plus à même d'intégrer des raisonnements de réciprocité que la Commission. Bien qu'il soit impossible d'accéder aux documents internes de négociation, les décisions de directives du Conseil expriment le désir ou l'absence de réciprocité. Il faut noter que le Conseil de l'Union européenne ne fait pas référence à une réciprocité globale. En effet, la référence à la réciprocité est utilisée de manière sectorielle. Vu que cette étude porte sur la négociation des accords, il faut délaisser les propositions du Conseil en matière législative. Dès lors, la lecture des directives de négociation comme celles en vue d'un accord de libre-échange entre l'Union européenne et l'Australie fait référence au caractère réciproque de l'accord plutôt qu'à la réciprocité. Dans ce document, la nature et la portée mentionnent que « l'accord devrait permettre la libéralisation réciproque et progressive des échanges de vins et de services ainsi que des investissements directs étrangers ». Pareillement, ces directives soulignent que « l'accord devrait confirmer l'objectif commun qui est de libéraliser progressivement et réciproquement l'essentiel des échanges de biens et de services (…) »[439]. Ces références sont identiques dans les directives de négociation concernant l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Nouvelle-Zélande.

Parallèlement à ces cas, dans d'autres documents tels que les annexes à la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion d'accords, celui-ci n'hésite pas à faire référence à la réciprocité, comme dans la proposition de décision relative à la signature, au nom de

[436] *Ibid*., paragr.89.
[437] CJUE, arrêt du 16 juillet 2015, affaire C-425/13, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2015:174, paragr. 78.
[438] *Ibid*., paragr.79.
[439] Annexe à la recommandation du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande, SWD(2017) 289 final, SWD(2017) 290 final.

l'Union européenne, et à l'application provisoire du protocole d'adhésion à l'accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie, et le Pérou, d'autre part, en vue de tenir compte de l'adhésion de l'Équateur.

136. L'interprétation de la réciprocité selon les institutions européennes. De ce premier constat, il faut retenir que l'appellation de réciprocité dans les institutions de l'Union européenne fait référence à un objet de négociation précis et non global. Cela ne signifie pas que la réciprocité est spécifique au sens où elle a été définie précédemment et il peut s'agir d'une réciprocité d'équivalence. Alors, lorsque l'Union européenne fait référence à la réciprocité globale, elle utilise le terme de « réciproque ». De cette manière, en engageant une libéralisation réciproque, elle veille à l'équivalence et au caractère synallagmatique, et ce non pas par rapport à certains produits, mais davantage face à un résultat final à l'issue des négociations. Est réciproque l'équilibre global qui ressort de l'accord conclu. Néanmoins, est de réciprocité une équivalence stricte sur des produits ou des secteurs spécifiques à l'égard des mêmes produits ou secteurs. L'argument du caractère réciproque permettra de dégager un équilibre entre des biens et des services en fonction de l'avantage de chaque État dans lesdits biens et services. Là encore, tout dépendra de l'intention des États, de la formulation en question et surtout de ce qui fait l'objet de la réciprocité.

137. La concurrence des opinions entre institutions européennes. Pour aller plus loin, il faut distinguer deux hypothèses. Première hypothèse : le Conseil de l'Union européenne formule des directives énonçant de la réciprocité, le Parlement européen, également ainsi que la Commission en fait de même. C'est par exemple le cas de l'accord commercial de l'Union européenne avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Dans le rapport du Parlement européen sur cet accord, la réciprocité ou l'accès réciproque sont toujours mentionnés de manière sectorielle. Ainsi, ledit rapport appelle, entre autres, au maintien de « l'accès réciproque existant aux eaux et aux ressources de pêches[440]», en matière de transports, le rapport vise à la continuité de la connectivité, « pour tous les modes de transport, sous réserve de réciprocité[441] ». Les directives de négociations du Conseil de l'UE visant à la conclusion du même accord, considéraient que l'accord « *should ensure, on the basis of commercial principles and fair and equal opportunities to compete, a reciprocal, (…) opening markets (…)*»[442].

[440] Recommandation du Parlement européen pour les négociations en vue d'un nouveau partenariat avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », 2020/2023 (INI), 18 juin 2020. paragr. 65.
[441] *Ibid*., paragr. 105.
[442] Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a new partnership with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, COM(2020) 35 final, 03 février 2020.

Pareillement le Conseil proposait des directives de négociations en matière de pêches où *« the provisions on fisheries should uphold existing reciprocal access conditions (...)* »[443] Cette logique se retrouve en matière de pêche dans le règlement européen n° 2020/2227, dont son « objectif (…) est de créer le cadre juridique approprié pour un tel accès réciproque »[444], mais pas aussi explicitement dans l'accord commercial. En matière de transport, l'accord précise que les Parties « conviennent d'examiner au sein du comité spécialisé du transport aérien, les possibilités de libéralisation réciproque (…) »[445] . Dans ce dernier cas, l'obligation de réciprocité diffère. Alors que le rapport parlementaire conditionne les bénéfices en matière de transport sous réserve de réciprocité, le Conseil de l'UE opte pour une position plus nuancée en utilisant le conditionnel. L'accord commercial renvoie à un engagement à négocier pour trouver une solution réciproque plutôt qu'à une obligation de réciprocité. Ces positions, bien qu'équilibrées et allant dans le même sens, marquent les difficultés auxquelles peut faire face une mesure de réciprocité de l'Union européenne. Si les trois institutions s'accordent, il est fort probable que la négociation d'un accord se fera sur une base de réciprocité. Seconde hypothèse : le Conseil de l'Union européenne et la Commission sont en désaccord. Alors deux postulats opposés peuvent être considérés : tout d'abord, si le Conseil, contrairement à la Commission, souhaite davantage de réciprocité, il peut arriver que la Commission, qui n'est pas contrainte directement par les directives du Conseil, élargisse sa position. Inversement, si la Commission souhaite davantage de réciprocité, mais que de nombreux États du Conseil s'y opposent, car ils le jugent contraire à leurs intérêts nationaux, il peut se produire que le Conseil n'autorise pas la conclusion de l'accord. Cela est d'autant plus le cas que les modalités de pré-négociations intéressent davantage les comités spécialisés nommés par le Conseil ainsi que le Conseil lui-même.

138. L'exemple des États-Unis. Ce constat est similaire aux États-Unis en matière de délégation de la négociation. L'analyse de l'acteur y revêt une plus grande importance. Stephen Vaughn, ancien conseiller général de l'USTR durant l'administration Trump, insistait sur la théorie du réalisme juridique qu'il décrivait comme des personnes « *who believed that what matters is not what's on the piece of paper, what matters is who the decision makers are, and*

[443] *Ibid*., paragr. 89.
[444] Règlement (UE) 2020/2227 du Parlement européen et du Conseil du 23 décembre 2020 modifiant le règlement (UE) 2017/2403 en ce qui concerne les autorisations de pêche pour les navires de pêche de l'Union dans les eaux du Royaume-Uni et les opérations de pêche des navires de pêche du Royaume-Uni dans les eaux de l'Union, JO L 437, 28 décembre 2020, p. 102–107, considérant 4.
[445] Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JO L 149 du 30 avril 2021, p. 10–2539, article 425.

the law is whatever they tell you it is »[446]. Autrement dit, le cocontractant importe en lui-même et il est possible que la recherche et l'octroi de réciprocité dépendent des négociateurs. Cette grande influence impose que nous nous arrêtions sur la manière dont la délégation de négociation fonctionne aux États-Unis. Durant l'administration Trump, la majorité des accords commerciaux ont été négociés par l'exécutif. L'importance de la réciprocité pour l'administration Trump ayant déjà été traitée, il conviendra donc d'étudier plutôt la procédure de cette délégation et de relever les références à la réciprocité.

139. La procédure de délégation prévue par la *Trade Promotion Authority*. Étant donné que la présente étude s'intéresse aux acteurs, il conviendra d'étudier le *Trade Promotion Authority*. Ains, aux États-Unis, les mandats de délégation sont organisés par le *Trade promotion Authority* dont les lois octroient la possibilité au Congrès la possibilité de conférer au Président la capacité de négocier des accords commerciaux. Néanmoins, le Congrès définit les objectifs de négociation tout en conservant un pouvoir de surveillance et de consultation au sein des négociations, ainsi que de la possibilité de voter contre l'accord en question et donc de déterminer sa mise en œuvre. Cette procédure, dite de *fast track*, permet à l'exécutif de soumettre le résultat de ses négociations sans que le Congrès puisse amender le texte. Il s'agit d'un vote d'approbation ou de rejet. Cette procédure de *fast track* n'est pas automatique et permanente. Elle est limitée dans le temps et doit faire l'objet d'une nouvelle demande, une fois ce temps écoulé. La procédure est prévue par le *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act of 2015,* au chapitre 19 du Code des États-Unis. Plus précisément, la section 3 (2), intitulée *Trade agreements authority* dispose que « *The President shall notify Congress of the President's intention to enter into an agreement (…)* »[447] . De plus, la section 105 décrit, entre autres, le déroulé procédural des négociations en indiquant les obligations d'informations réciproques du Congrès et du Président. Ces obligations fixent la documentation à fournir, laquelle nous servira de support pour juger de la présence de réciprocité. Ainsi, la procédure de négociation débute par une phase de pré-négociation où le Président a l'obligation de prévenir le Congrès de son intention de conclure un accord et cela, au moins 90 jours avant le début des négociations. Parmi les informations à fournir, il y a notamment les objectifs des États-Unis pour ladite négociation[448]. En outre, avant et après la présentation de son intention de conclure,

[446] BOWN Chad, KEYNES Soumaya, « 111 : Trade Policy under Trump », in Trade Talks [en ligne], 25 novembre 2019, 1 enregistrement sonore (52:07min) : https://tradetalkspodcast.com/podcast/111-trade-policy-under-trump/ (Consulté le 27 septembre 2022).
[447] U.S. CODE, Title 19 – Customs duties, Chapter 27 – Bipartisan Congressional Trade Priorities and accountability, section. 4202 (2).
[448] *Ibid*., sec. 4204 (a) (1) – (A).

il doit consulter the *Committe on Ways and Means of the House of Representatives et the Committee on Finance of the Senate*, ainsi que d'autres *Committees of the House and Senate* « *as the Président deems appropriate, and the House Advisory Group on Negotiations and the Senate Advisory Group on Negotiations convened under section 104 (c)* ». Au moins 30 jours avant d'entamer les négociations avec un État, le site du bureau de l'USTR doit publier les informations dans un résumé détaillé et complet des objectifs spécifiques concernant les négociations puis les mettre à jour. Durant la phase de négociation[449] et donc avant la conclusion de l'accord, le Président doit consulter les différents comités cités en vue d'évoquer la nature de l'accord, l'atteinte des buts prévus ainsi que la mise en œuvre de l'accord[450]. Par ailleurs, 180 jours avant la conclusion d'un accord, il doit transmettre un rapport au *Committee on Ways and Means of the House of Representatives and the Commitee on Finance of the Senate* au sujet de toutes les propositions avancées durant les négociations qui seraient dans l'accord ou qui pourraient nécessiter des modifications. À la suite de cette transmission, il est possible que certains membres du Congrès s'opposent à la teneur de ce rapport, selon la procédure définie à la section 105 b) (3) (B). À ce contrôle du Congrès s'ajoute également celui de l'*International Trade Commission*. 90 jours avant la conclusion de l'accord, le Président doit fournir à cette Commission les détails de l'accord tels qu'ils existent, lors de l'envoi des documents. Par ailleurs, le *Congressional Oversight Group on Trade*[451] a été créé en 2002 pour renforcer le pouvoir de surveillance à l'égard des compétences du Président et a été remplacé en 2015 par le *Congressional Advisory Groups on Negotiations (CAGs)*.

140. Les objectifs fixés par le *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act*. Outre la description des procédures à mettre en œuvre et des règles de transparence entre les différentes institutions, ce document permet au Congrès de fixer les objectifs à rechercher dans la conclusion des nouveaux accords. Ainsi, entre 2015 et 2021, le Congrès a autorisé le Président à conclure des accords commerciaux selon les objectifs fixés par le Congrès. Ensuite il a prévu la possibilité d'un renouvellement ou de nouveaux statuts dans le cas où l'exécutif souhaiterait recourir à la procédure du *fast track*. Ces objectifs définis à la section 2 de ce texte, se divisent en deux catégories : Les *overall trade negotiating objectives* d'une part et les *Principal trade negotiating objectives* d'autre part. Dès lors, les

[449] *Ibid*., sec. 4204 (b).
[450] *Ibid*., sec. 4204 (b) (2).
[451] DA CONCEIÇÃO-HELDT Eugénia, « Do Agents "Run Amok"? A Comparison of Agency Slack in the EU and US Trade Policy in the Doha Round », *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, pp. 21-36, p.27.

accords commerciaux qui seront soumis à ces procédures doivent permettre d'obtenir un accès aux marchés « *more open, equitable, and reciprocal* »[452]. Ainsi, l'accès réciproque aux marchés étrangers est un principe général à tout accord. De plus, cet accès a été précisé. C'est le cas par exemple en matière d'échanges de marchandises, où l'obtention d'un accès réciproque vise les « *tariff and nontariff barrier elimination agreements, including with respect to those tariff categories covered in section 111 (b) of the Uruguay Round Agreements Act* »[453]. Au-delà de la recherche de réciprocité dans les négociations, le statut de la négociation fixé par le Congrès intègre une disposition qui limite formellement les bénéficiaires de l'accord. En cela, le Congrès fixe davantage sa ligne de conduite plutôt que celle de l'exécutif. En effet, la section 106 encadre la mise en œuvre des accords commerciaux signés par leur discussion à la Chambre des représentants et au Sénat. Cette phase intervient donc après les négociations et la signature de l'accord par l'exécutif, mais avant la ratification du Président des États-Unis. Cet encadrement vise à éviter qu'un État étranger, non-Partie à un accord, bénéficie davantage dudit accord, en prévoyant dans la loi visant à appliquer l'accord dans le droit interne que les avantages et bénéfices de l'accord ne profitent qu'à ses bénéficiaires de l'accord, si cela est compatible avec l'accord lui-même.[454] Plus encore, le statut définit les objectifs de négociation en matière de règlement des différends. Pour le Congrès, un des principaux objectifs en la matière est de préserver la capacité des États-Unis à appliquer ses lois commerciales, qu'elles soient en matière de droits antidumping, de droits compensateurs, ou encore de mesures de sauvegardes. Le corollaire de cette règle est d'éviter tout accord qui affaiblirait la capacité des États-Unis à recourir à ces lois. Cet objectif fait écho aux précédents développements sur le recours aux lois nationales par les États-Unis, notamment à la section 301. Si précédemment, ces mesures ont été analysées en étudiant l'intention du Président des États-Unis et de l'USTR dans l'application de ces mesures, il semblerait que le Congrès, au moins à cette période, soit favorable à de telles mesures. Naturellement, il faut garder à l'esprit que ces procédures de *fast track*, sont temporaires, de même que les statuts, qui peuvent varier d'une époque à l'autre. Ces objectifs, contingents sont aussi la marque d'une politique à un instant donné. Néanmoins, la présence de la réciprocité est un facteur d'un contexte économique et politique et il peut être admis que ces discours perdurent. En effet, les mesures de la section 301 qui ont déjà été développées sont celles de l'administration Trump. De plus, même si le statut étudié est celui

[452] U.S. CODE, Title 19 – Customs duties, Chapter 27 – Bipartisan Congressional Trade Priorities and accountability, sec. 4201 (a) (1).
[453] *Ibid*., sec. 4201 (b) (1) (B).
[454] *Ibid*., sec. 4202 (a) (3).

de 2015, période durant laquelle le Congrès est à majorité républicaine, l'exécutif était démocrate. L'idée n'est pas d'intégrer des conceptions politiques à notre raisonnement, mais plutôt admettre qu'aux États-Unis, la recherche de réciprocité traverse les clivages politiques.

141. La présence d'une intention de réciprocité. Ainsi, il faut retenir que la présence de réciprocité est effective aussi bien au sein de l'enceinte législative qu'exécutive. Dans le cas des États-Unis, le Congrès agit en tant que mandant pour fixer les conditions selon lesquelles un accord doit être négocié, vu qu'il détient une compétence de principe. Compte tenu de ce rôle, la première question est de savoir si le Congrès peut empêcher la suite des négociations organisées par le Président. Autrement dit, en fonction de l'objet de cet écrit, si le Congrès considère que l'accès réciproque à certains marchés est une nécessité, a-t-il le droit de ne pas accepter le déroulement des négociations ? En délaissant les conceptions politiques attachées et en se concentrant uniquement sur les aspects juridiques, le même texte[455] a prévu une procédure de *Disapproval Process for Congressional Trade Authorities Procedures.* Plus exactement, il faut se référer à la section 106 (b) de la loi qui autorise que l'une des chambres du Congrès émette une résolution pour refuser la signature d'un accord lors de son examen législatif. Cela est possible si le Président n'a pas consulté le Congrès de façon adéquate. Cette inadéquation se caractérise par quatre hypothèses : (i) le Président a omis ou refusé de consulter le Congrès selon les sections 104 et 105 qui fixent les conditions de consultations et de rapports auprès du Congrès ; (ii) les directives et objectifs du Congrès en matière de négociation fixés par la section 104 ne sont pas respectés ; (iii) le Président ne s'est pas entretenu avec *The House advisory Group on Negotiations* et *The Senate Advisory Group on Negotiations* à propos desdites négociations ; ou enfin (iv) l'accord « *fail to make progress in achieving the purposes, policies, priorities, and objectives of this chapter* »[456]. Sans entrer dans les détails procéduraux de mise en place de ce mécanisme, il faut retenir que celui-ci permet de faire respecter les exigences souhaitées par le Congrès en matière de négociations commerciales. À défaut, il sera impossible de poursuivre le mécanisme d'intégration de cet accord suivant la procédure du *fast track.* En somme, si le Congrès ne peut pas empêcher constitutionnellement le Gouvernement américain d'engager des négociations avec un État étranger, il dispose toutefois d'une compétence de principe en matière commerciale qui en fait le principal acteur de la définition des objectifs des négociations et ainsi l'organe de contrôle du comportement du Président. Le but d'une telle pratique est de démontrer l'unité politique des États-Unis lors des élections. De

[455] U.S. CODE, Title 19 – Customs duties, Chapter 27 – Bipartisan Congressional Trade Priorities and accountability, sec. 4202 (c).
[456] *Ibid*., sec. 4205 (b) (1) (B) (IV).

plus, il est préférable pour un État étranger de négocier directement avec le chef de l'exécutif plutôt que d'être soumis à une longue procédure de négociation réalisée par le Congrès. Cette idée s'inscrit parfaitement avec la théorie des *legal realists* qui considère que l'important n'est pas le droit tel qu'il est écrit, mais le titulaire de l'exécution d'une décision. Or, selon le contexte politique, le recours à la réciprocité peut être plus important, comme à la période où l'administration Trump était au pouvoir.

Ce constat mérite d'être affiné. En effet, nous ne pouvons pas nous limiter à tirer de telles conclusions uniquement sur la base des intentions contenues dans les directives de négociation et sur la base des processus internes de négociation. Il convient d'y appliquer, comme prévu, un filtre consistant en l'étude du pouvoir d'action. Par cet outil, nous pourrons déterminer avec davantage de certitudes les forces motrices de la recherche de réciprocité.

B – Le pouvoir créateur de réciprocité : une étude selon le pouvoir.

142. Postulat. Ces précédents constats ont permis de démontrer que la réciprocité est différemment conçue aux États-Unis et au sein des institutions européennes. Le but consiste à présent, sur la base de ces constats, à en tirer des conclusions sur l'effectivité de la réciprocité. Il résulte de tout ce qui précède que chaque organe peut avoir sa conception de la réciprocité. Plus il existe des divergences entre les différents organes, plus il est difficile d'appliquer cette recherche de réciprocité, notamment s'il existe une forme de contre-pouvoir pour équilibrer les intérêts des négociations commerciales. Ainsi, en fonction de l'acteur qui détient le pouvoir de réaliser des négociations commerciales, la recherche de réciprocité pourra varier. Les États-Unis prévoient un mode de délégation basé sur le mandat de délégation en raison de la compétence de principe du Congrès en matière de commerce international. Au sein de L'Union européenne, la compétence est celle de la Commission dans les limites des compétences partagées avec les États et la compétence de négociation relative à cette discipline dépend de la procédure étudiée. De plus, il s'agit seulement d'une autorisation de négocier. Le Congrès américain dispose donc de davantage de puissance que le Parlement européen ou le Conseil des ministres.

143. Typologie du pouvoir. Pour approfondir cette étude, il faudra s'appuyer sur des concepts de relations internationales. Dans son ouvrage, la Professeure Eugenia da Conceição-

Heldt[457] expose plusieurs indices pour juger du poids des institutions nationales dans la concrétisation d'un accord commercial. Sur la base de cette analyse et sur les constats qui ont été faits précédemment et qui sont relatifs à l'utilisation de la réciprocité par certaines institutions nationales, nous allons montrer que le poids des règles nationales a une influence sur le recours à la réciprocité.

Tout d'abord, et cela a été implicitement décrit, le pouvoir de décision dans les négociations des accords commerciaux se divise en quatre pouvoirs :

> **Premier pouvoir** : « *agenda-setting power ; negotiating mandate power ; oversight mechanisms ; and ratification or veto power* »[458]

Ce premier cas fait référence au pouvoir de proposition législative de même qu'à la détermination de l'agenda des négociations. Nous avons montré que la réciprocité a souvent été mentionnée dans les documents de pré-négociations, comme des lignes de conduite ou du moins des objectifs à rechercher. Dans le cas de l'Union européenne, ces documents ne sont pas contraignants alors que nous pouvons reconnaître une plus forte valeur juridique à une mention de réciprocité dans les mandats de délégation du Congrès au Président des États-Unis.

> **Deuxième pouvoir :** « *negotiating mandate power* ».

Cela concerne la capacité à conduire et négocier des accords commerciaux, donc la capacité à recourir à la réciprocité. Si la procédure du TPA est suivie jusqu'à son terme, le Président des États-Unis possède cette cette capacité, tandis qu'au sein de l'Union européenne, la compétence appartient à la Commission européenne, selon la procédure de l'accord 207 TFUE. Néanmoins, on peut noter que s'il ne s'agit pas d'un accord conclu sous cet accord, le processus n'est pas le même.

> **Troisième pouvoir :** « *Oversight mechanisms : Are there any oversight mechanisms that exist after the delegation of power has occurred and if yes, how do they work in practice* ».

---

[457] CONCEICAO-HELDT Eugénia, *Negotiating Trade Liberalziation at the WTO : domestic politics and bargaining dynamics,* Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York, Palgrave Macmillan : International political economy series*,* 2011.

[458] CONCEICAO-HELDT Eugénia, *Negotiating Trade Liberalziation at the WTO : domestic politics and bargaining dynamics,* Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York, Palgrave Macmillan : International political economy series*,* 2011, p.7.

Cette question dépend fortement de la procédure choisie. Mais l'intérêt ici est de vérifier le niveau de liberté dans les négociations. Dans le cas de notre étude, cela permet de mesurer le degré de liberté dont dispose le négociateur pour appliquer une logique de réciprocité.

> **Quatrième pouvoir** : « *ratification or veto power: what kind of formal decision-making rules (simple majority, two-thirds majority, or unanimity majority voting) exist (…) ?* »

Ce critère est très important. Selon les différentes procédures, il est possible que les règles de vote aient un impact sur la présence de la réciprocité. Cela est d'autant plus le cas par exemple que les règles de vote au sein du Conseil de l'Union européenne, en amont du début des négociations commerciales passées par la Commission européenne, freinent fortement la recherche de réciprocité.

144. Ces constats se révèlent encore davantage, une fois qu'on associe ces pouvoirs aux critères qui, selon l'auteure, influencent les négociations d'un accord commercial.

Selon l'auteur, plusieurs critères influencent la négociation d'un accord commercial :

> **Premier argument** : « *if the decision-making power is shared between the executive and the legislature, provided that their preferences diverge, cooperation is expected to be more difficult to achieve than in political systems with executive dominance in trade policy.* »

> **Deuxième argument :** « *the larger the number of institutional and partisan veto players, the fewer concessions the executive is likely to make at the international level.*»

Sans revenir en détail sur les exemples précédents, rappelons que l'Union européenne concentre la décision dans les mains de la Commission essentiellement et du Conseil de l'Union européenne, le Parlement européen ayant un rôle essentiel seulement à la fin du processus, lorsqu'il donnera son accord. Aux États-Unis, la compétence première de conclusion des accords appartient au Congrès. Seulement, de nombreuses procédures permettent à l'exécutif d'engager des négociations dans les limites fixées par l'autorisation du Congrès. Lorsque les pouvoirs sont trop distincts entre l'appareil exécutif et celui législatif, il risque d'y avoir des perditions dans l'efficacité. En l'espèce, la concentration de la négociation des accords commerciaux permet à l'exécutif américain de mener des négociations sur la base de la réciprocité, s'il le souhaite.

145. La cohérence des institutions européennes, facteur de l'existence de la réciprocité. Concernant les institutions européennes, il faut revenir à l'étude des modes de délégation dans la gouvernance de l'Union européenne dans les activités de négociation, comme le dit la Professeure Eugenia C. Heldt[459]. Plus précisément, son article interroge la manière dont la cohésion entre le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen a une influence sur la liberté de la Commission européenne dans la négociation d'accords commerciaux. Cette liberté, l'auteure l'a qualifiée de *discretion* ce qui correspond à la marge de manœuvre que les délégants accordent aux délégués dans la négociation d'accords commerciaux. Moins les délégants interviennent dans la phase de négociation, plus le caractère discrétionnaire est élevé et inversement. Mme Heldt constate qu'il existe plusieurs formes de cohésions. Ainsi, il y a une forme de cohésion entre ce qu'elle nomme les « *collective principals*[460]» ou, autrement dit, les délégants collectifs qui font référence à une cohésion à l'intérieur de chaque organisation, et donc entre les Membres du Conseil d'une part et du Parlement européen d'autre part. En parallèle, les « *multiple principals* », font référence à une situation d'unité entre le Conseil et le Parlement européen en tant que tout. Ainsi, s'il existe des tensions internes aux institutions et/ou entre le Conseil et le Parlement, il est probable que le degré de discrétion de la Commission est très élevé. Au contraire, s'il existe une forte cohésion en interne et surtout entre les deux institutions, cela réduira la marge de manœuvre de la Commission européenne sera plus grande. Compte tenu de ce qui a déjà été indiqué, la Cour de justice de l'Union européenne considère que la compétence du Conseil est de fixer des lignes directrices qui ne revêtent pas d'obligations juridiques et ne sont pas contraignantes. Aucune obligation ne doit être imposée, ce qui laisse une certaine souplesse à la Commission. Par ailleurs, le rôle du Parlement est celui de contrôle de facto, plus que de jure. En somme, en matière de réciprocité, si le Conseil et le Parlement ont une vision commune de la recherche de réciprocité, la Commission sera davantage incitée à suivre cette vision. Inversement, s'il existe des tensions en interne et entre les institutions, la marge de manœuvre de la Commission sera plus grande. Il faut donc retenir que l'organe chargé de négocier des accords commerciaux aura une influence sur la présence ou non de réciprocité ainsi que sur son effectivité. De plus, s'y ajoute une autre difficulté. Au sein du Conseil de l'Union européenne, on ressent une plus grande tendance à accepter la réciprocité. Mais nous n'assistons qu'aux prémices. Certains

[459] CONCEICAO HELDT Eugenia., « A new delegation design for EU governance: how preference cohesiveness of multiple principals shapes the European Commission's discretion in trade negotiations », *Comparative European Politics*, 2021.
[460] *Ibid*., p.583.

États, comme la France, n'hésitent pas à y faire référence. D'autres cependant, qui dépendent à plus grande proportion des investissements étrangers ou de l'exportation, rechignent à mentionner l'idée de réciprocité. Ainsi, au sein même du Conseil de l'Union européenne, il peut être difficile d'appliquer cette recherche de réciprocité. À cela, les négociations commerciales menées par la Commission le sont très rarement sur une base de réciprocité. Dans une logique des avantages comparatifs, les négociateurs européens préfèrent ouvrir davantage l'accès aux marchés pour certains secteurs plutôt que de rechercher une réciprocité. Cela s'inscrit dans la même lignée que l'étude relative aux négociations agricoles dans différents cycles de l'OMC menée par Eugenia C. Heldt. Selon l'auteure, « *One major finding is that when there is a conflict situation between the interests of more protectionist member states and the concessions made by the Commission at the international level, the Commission tends to assume a more liberal position, closer to those member states favouring further agricultural trade liberalization* »[461].

146. L'absence de consensus sur la réciprocité dans règlement sur le filtrage des investissements étrangers Sur la base de la division du pouvoir de décision entre l'exécutif et législatif ; ainsi que sur la base de du nombre d'acteurs dans le processus de décision, il est davantage probable que la recherche de la réciprocité au sein des institutions européennes soit affaiblie, tandis que l'organisation américaine, peut concentrer cette volonté autour de l'exécutif américain. Pour illustrer ce cas, laissons de côté les accords pour nous concentrer sur un texte uniquement européen à savoir le règlement sur le filtrage des investissements étrangers. Nous avons déjà indiqué précédemment que la réciprocité était fortement liée à la question de la sécurité économique. Dans ce cadre, il a été démontré qu'en amont des négociations, divers comités ont incité à intégrer la réciprocité dans ce règlement. Il conviendra à présent d'en faire de même avec les institutions européennes. Le but est de comprendre que les intérêts des différentes institutions peuvent freiner le développement de la réciprocité.

À titre d'exemple, le rapport du Parlement européen sur la proposition du règlement concerné[462] va plus loin. Tout d'abord, le considérant 2 aurait été amélioré d'un considérant 2 bis qui constaterait l'ouverture du marché de l'Union face à ses partenaires et ainsi le fait que

[461] CONCEICAO-HELDT Eugénia, *Negotiating Trade Liberalziation at the WTO : domestic politics and bargaining dynamics,* Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York, Palgrave Macmillan : International political economy series*,* 2011, p.218.
[462] COMMISSION DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne* (COM(2017)0487 - C8-0309/2017 - 2017/0224(COD)), 4 juin 2018.

« l'Europe pâtit d'un manque de réciprocité dans l'accès aux marchés de ses partenaires (…) ». Une fois ce constat dressé, le considérant 12, déjà évoqué, est plus explicite que celui proposé par l'avis de la commission sur les affaires économiques et monétaires de l'Union. La proposition du rapport permettait de déterminer les risques affectant la sécurité ou l'ordre public par la possibilité de tenir compte du « contexte et des circonstances dans lesquelles l'investissement est, ou a été, réalisés (…) notamment (…) si le marché dans le pays d'origine de l'investisseur étranger est ouvert, restreint ou fermé » ou encore « s'il existe une réciprocité (…) ». Ensuite, les parlementaires vont plus loin en proposant d'amender l'article 4 du règlement actuel. Cet article liste des « facteurs susceptibles d'être pris en considération par les États membres ou la Commission » par les États membres et la Commission. Ces propositions non exhaustives ont tout de même été scindées, d'une part en une liste prenant en compte les effets d'un investissement, et, d'autre part en d'autres critères tenant compte de l'auteur de l'investissement. À ces possibilités permettant de déterminer si un investissement peut porter atteinte à la sécurité, les parlementaires ont suggéré d'ajouter l'idée proposée au considérant 12. Il semblerait que cet ajout soit intégré à la deuxième proposition de liste concernant le contexte et l'auteur de l'investissement. Par ailleurs, le rapport propose d'intégrer à l'article 4, le même texte que le considérant 11 de l'avis de la commission des affaires économiques et monétaires de l'Union européenne. Cet ajout aurait été intégré au paragraphe 1 traitant des effets de l'investissement sur la structure concernée. Comment expliquer que parmi toutes ces références à la réciprocité proposées durant la procédure législative, aucune ne soit retenue dans le présent règlement pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union ? Il est probable que lors de sa préparation, de nombreux États se soient opposés à la mention explicite de la réciprocité. Il aurait été intéressant de considérer que la réciprocité possède un caractère implicite et que chaque État peut, sous couvert de contrôle pour des motifs de sécurité, la contrôler pour certaines activités.

Ainsi, il ressort de tous ces éléments que l'existence de la réciprocité dépend de facteurs institutionnels internes. Cela a pour effet d'influencer non seulement l'objet des négociations, mais aussi l'expression de la réciprocité dans les accords. S'il existe, le lien de rattachement des obligations est un critère commun caractérisant toutes les formes de la réciprocité, l'expression de ce lien prend différentes formes dans les accords. Et si ces divergences sont le fait des négociateurs, elles ont aussi un impact sur le résultat final, et donc des effets de la réciprocité. Ces effets sont étudiés dans le prochain chapitre. Selon le type d'effet, les objets de négociations diffèrent car les intérêts et les intentions des États le prennent en compte. C'est

parce que l'objet des négociations se voyant appliquer la réciprocité peut différer de façon significative qu'il nous paraît essentiel de faire une distinction entre ce qui revêt un caractère réciproque et ce qu'est la réciprocité.

Paragraphe 2 : La dissymétrie des obligations de réciprocité et des obligations réciproques

Cette différence servira à nous interroger sur la présence partielle de la recherche de réciprocité en fonction de l'objet des négociations et à montrer que le caractère réciproque ne correspond pas à la naissance de la réciprocité. Il a été mis en évidence que les relations de réciprocité sont marquées par un fort lien synallagmatique servant à déterminer l'objet de ce lien. C'est pourquoi cet indice doit être davantage étudié (A). Face à ces constats, il conviendra d'adopter un raisonnement a contrario visant à démontrer que ce qui est supposé être réciproque ne conduit pas nécessairement à la réciprocité. L'exemple des réserves nous servira à cette fin. (B).

A – L'indice du synallagma

147. Contextualisation. Dans une étude consacrée à l'existence de la réciprocité dans les contrats de droit interne, il a été établi que les systèmes légalistes et de *common law* possédaient des dispositions garantissant une forme d'*exceptio non adimpleti contractus*. L'idée était que les obligations synallagmatiques pouvaient faire l'objet d'une inexécution si, en amont, l'autre partie avait manqué à ses obligations. La spécificité du *synallagma* est qu'elle n'est pas un simple indice de réciprocité, mais plutôt que la réciprocité est au cœur de cette notion. Le fait que la réciprocité soit liée au caractère synallagmatique d'une obligation et que ces notions trouvent leurs sources dans le droit civil des États a poussé le juge Simma à considérer qu'il s'agissait d'un « principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du statut de la Cour »[463] . Vu que cela a déjà été traité précédemment, il ne conviendra pas de poursuivre sur cet argument.

[463] CIJ, arrêt du 05/12/2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce),* C.I.J. recueil 2011, opinion individuelle de M. le Juge Simma, paragr.12.

148. L'interprétation du caractère synallagmatique dans l'affaire de l'Accord intérimaire entre la Grèce et la Macédoine. Plutôt, il nous faut revenir à la position de la Cour internationale de justice dans l'affaire de l'Accord intérimaire entre la Grèce et la Macédoine. Dans cette affaire, la république yougoslave de Macédoine a déposé une requête contre la république hellénique en raison de l'irrespect des obligations de l'Accord intérimaire. Face à cette situation, le défendeur a considéré que l'*exceptio* « permet à un État victime de manquements à des engagements conventionnels commis par un autre État d'y répondre en suspendant l'exécution de ses obligations corrélatives ou en y mettant fin »[464]. Le demandeur conteste le fait que les dispositions violées soient synallagmatiques[465]. Après avoir interprété suivant l'objet et le but du traité, l'article 11 paragraphe 1 - selon lequel la Macédoine ne devrait pas utiliser son nom constitutionnel dans des organisations internationales en l'espèce à l'OTAN – et l'avoir comparé aux obligations de la Grèce de ne pas s'opposer, entre autres, à l'entrée de la Macédoine à l'OTAN, la Cour a considéré que l'*exceptio* ne se justifiait pas, car l'article 11 § 1 n'énonçait aucune obligation à l'égard de la Macédoine, contrairement aux obligations de la Grèce. Face à ce constat, il était difficile de reconnaître un certain caractère synallagmatique des obligations qui pouvaient autoriser l'*exceptio*. Vu que la Grèce n'a pas réussi à démontrer que « le demandeur avait commis une quelconque violation de l'accord intérimaire », le défendeur « n'a donc pas établi qu'il avait été satisfait, en l'espèce, aux conditions, énoncées par lui-même, qui seraient requises pour que l'*exceptio* s'applique. »[466]

On rappelle en ce sens la vision du juge Simma. Selon lui, la règle *pacta sunt servanda* est liée à celle *do ut des*. En ce sens, « le bon sens et l'équité s'opposent à ce qu'un État puisse être tenu d'exécuter les obligations qui lui incombent aux termes d'un traité alors que l'autre partie contractante refuserait de respecter les siennes »[467].

Néanmoins, lors de la défense des intérêts de la république hellénique, M. Abi-Saab a décrit une autre vision du caractère synallagmatique. Selon lui, l'objet et le but de l'accord intérimaire sont multiples comme l'illustrent les vus de l'ARYM[468] et de la Grèce[469]. Ainsi, il « était donc

[464] CIJ, arrêt du 05/12/2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, paragr.115.
[465] *Ibid*., paragr.117.
[466] *Ibid*., paragr.161.
[467] CIJ, arrêt du 05/12/2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, opinion individuelle de M. le Juge Simma, paragr.5.
[468] CIJ, arrêt du 05/12/2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, paragr.43
[469] *Ibid*., paragr.44.

essentiel de prendre en compte simultanément ces préoccupations et ces intérêts : la normalisation des relations souhaitée par l'ARYM grâce à la fonction de modus vivendi et le règlement définitif négocié souhaité par la Grèce grâce à la fonction de règlement du différend ; ces deux fonctions étant garanties par la fonction de solution conservatoire ou de protection qui ferait obstacle, dans l'intervalle, aux actes unilatéraux et au fait accompli »[470]. L'objet et le but de l'accord ne dépendent pas uniquement de la première fonction, mais c'est « cette combinaison qui a rendu possible la conclusion de l'accord et qui en explique le caractère synallagmatique »[471].

Il nous faut ajouter que ce n'est pas le contenu des dispositions qui revêt une nature synallagmatique, mais « l'accord lui-même en tant que tel ou dans son ensemble »[472]. Ce n'est pas le fond non plus qui rend l'accord synallagmatique, mais « le fait que l'accord constitue un acte ou une transaction juridique, un negotium par lequel chaque Partie assume un ensemble d'engagements ou d'obligations »[473]. Chaque partie reçoit en contrepartie les résultats de l'engagement de l'autre partie.

Cependant, cette position n'est pas celle du juge Bennouna qui, dans sa déclaration, considère que la Cour, dans l'affaire sur l'application de l'Accord intérimaire aurait dû suivre la position de l'affaire sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France). Selon lui, comme cela a déjà été évoqué, l'exceptio « ne peut être envisagée en droit international que dans le cadre d'une acception stricte de la réciprocité dans la mise en œuvre de certaines obligations internationales, lorsque l'application de l'une est inconcevable en dehors de celle de l'autre »[474]. Contrairement à la position de M. Abi-Saab, le juge Bennouna retenait une vision stricte du synallagma. En effet, « l'obligation de la Grèce de ne pas s'opposer à l'admission de l'ERYm à l'OTAN n'est pas fonction de la mise en œuvre d'une autre obligation contenue dans l'accord intérimaire (…) la portée de l'exceptio s'arrête là, elle ne peut concerner l'ensemble de l'accord intérimaire présenté par la Grèce comme une transaction juridique, un negotium ou un échange équilibré d'engagements réciproques dans le contexte d'un modus vivendi »[475]. En effet, les juges de la Cour, dans l'affaire opposant Djibouti à la France, ont retenu une définition stricte du caractère synallagmatique. Ils se fondent sur la décision des Activités militaires et

[470] *Ibid*., paragr.45.
[471] *Ibid*., paragr.46.
[472] *Ibid*., paragr.53.
[473] *Ibid*.,
[474] CIJ, arrêt du 04/06/2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, CIJ Recueil 2008, déclaration de M.le Juge Bennouna, p.709.
[475] *Ibid.*, p.710.

paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)[476], où la Cour avait estimé que si « l'article premier du traité conclu entre les États-Unis et le Nicaragua créait bien une obligation générale de se comporter envers l'autre partie de manière amicale, cette obligation ne s'étendait pas à l'ensemble des relations entre les parties, mais se limitait aux domaines précis régis par le traité. »[477] En ce sens, pour étudier l'argument de réciprocité, la Cour dans l'affaire Djibouti contre France va indiquer que la réciprocité ne doit pas être invoquée s'il existe une obligation générale selon laquelle « si un État donne suite à une demande d'entraide judiciaire, l'autre doit, en conséquence, faire de même ». Plutôt, la Cour « estime cependant que, (…) chaque demande d'entraide judiciaire doit être appréciée, selon ses mérites propres, par chaque Partie »[478]. Autrement dit, la Cour ne reconnaît la réciprocité que dans le cas d'obligations dépendantes les unes des autres et précises. Cette théorie conforte notre choix de faire la différence entre l'accord réciproque et la réciprocité. En l'occurrence, la Cour étudiera l'obligation à exécuter et donc le contenu d'une obligation et non pas son contenant.

149. Critique de cette interprétation. Cette stricte vision n'a pas été reçue de la même manière selon les juges qui siégeaient. En effet, pour le juge Yusuf, le caractère synallagmatique repose sur l'expression « s'accorder mutuellement »[479] . Le fait qu'il y ait un transfert mutuel renvoie à « l'obligation de réciprocité qui incombe aux parties à la convention », où « chaque partie qui s'acquitte de bonne foi de son obligation de coopération est en droit d'attendre de l'autre une conduite similaire »[480]. Par une telle considération, il considère que l'obligation concerne toute entraide judiciaire et que le principe de réciprocité s'applique. Cela est d'autant plus le cas que l'article premier de la Convention en question fait référence à l'« entraide judiciaire la plus large possible »[481] . Dans son opinion, le juge Koroma va plus loin en critiquant directement le paragraphe 119 en question où la Cour remet en cause la réciprocité[482]. Il considère que la réciprocité est « l'un des principes qui fondent les traités bilatéraux, comme la convention de 1986, et qui leur sont inhérents. »[483] Selon le juge, le paragraphe 119 revient

[476] CIJ, arrêt du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité*, CIJ Recueil 1984, p. 392, paragr.273.
[477] *Ibid*., paragr.107.
[478] *Ibid*., paragr.119.
[479] Déclaration de M.le Juge Yusuf dans l'affaire : CIJ, arrêt du 04 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, CIJ, Recueil 2008, p.296, paragr.11.
[480] *Ibid*.,
[481] *Ibid*., p. 297, paragr.14.
[482] Déclaration de M. le Juge Koroma dans l'affaire : CIJ, arrêt du 04 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, C.I.J, Recueil 2008, p.254, paragr.10
[483] *Ibid*., p.255, paragr.10.

à considérer que Djibouti ne peut pas se fonder sur le principe de réciprocité, car cela n'est pas explicite dans la Convention en discussion. Or « même lorsqu'il n'est pas exprimé dans l'instrument, ce principe, comme celui de la bonne foi ou du *pacta sunt servanda*, est présumé fonder le traité. »[484] Ainsi, comme la France avait obtenu satisfaction par l'obligation imposée à Djibouti, la réciproque aurait dû être appliquée, car, à défaut, cela revenait à considérer que le traité initial était inégal. En ce sens, dans l'affaire de l'application de l'Accord intérimaire entre la Macédoine et la Grèce, l'opinion dissidente du juge ad hoc Roucounas, était qu'« un traité synallagmatique ne reflétant pas la réciprocité pourrait être considéré comme un traité inégal. »[485] Le principe reste donc que la réciprocité est au centre du caractère synallagmatique des traités, et que ce dernier, ne peut pas exister sans réciprocité. Il variera seulement, en fonction des intérêts des États. Le caractère synallagmatique sera lié à l'exécution d'une obligation à l'égard d'une autre obligation.

150. Synthèse. En somme, pour permettre une mesure d'*exceptio*, il faut rechercher la correspondance, l'obligation d'un *synallagma*. Alors, celle-ci doit correspondre à une obligation précise qui correspond à l'intention des parties. En effet, il faut retenir de l'affaire Djibouti contre France qu'il revient à l'État d'apprécier si les conditions sont remplies en fonction de ce qui a été négocié.

151. L'interprétation du caractère synallagmatique inter-traités portée par l'affaire. Mais il faut aller plus loin dans la détermination de l'obligation synallagmatique. Dans l'affaire Klockner, concernant des investissements étrangers, les membres du tribunal arbitral ont rapporté que contracter la « livraison et la gestion technique et commerciale d'une usine d'engrais en échange du paiement d'un prix en monnaie (…) » doit être perçu comme « un seul et même rapport synallagmatique »[486], car il « y a eu communauté d'origine, identité des sources et unité d'opération dans les obligations réciproques »[487]. Elles ont été assumées pour la réalisation d'un seul but et sont donc corrélatives. Cette conclusion repose sur le raisonnement du tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire Holiday Inn c. Maroc où ses membres ont indiqué que « *It is well known, and it is being particularly shown in the present case, that investment is accomplished by a number of juridical acts of all sorts. It would not be consonant*

---

[484] *Ibid*.,
[485] Opinion dissidente de M. le Juge Roucounas, dans l'affaire : CIJ, arrêt du 05 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, paragr.14.
[486] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais,* (CIRDI ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983), paragr. 136.
[487] *Ibid.,*

either with economic reality or with the intention of the parties to consider each of these acts in complete isolation from the others. It is particularly important to ascertain which is the act which is the basis of the investment and which entails as measures of execution the other acts which have been concluded in order to carry it out »[488]. Ainsi, ce caractère synallagmatique réside dans l'existence de l'engagement[489] de l'autre, ce qui le place dans le champ du droit des traités. Cependant, le rétablissement du défaut du caractère synallagmatique par le biais de l'*exceptio* en fait une notion indépendante du droit des traités et du droit de la responsabilité de l'État. Alors, l'importance repose sur le lien juridique, peu importe le nombre d'obligations en question. Par ailleurs, ces obligations sont dites corrélatives, car « *[i]t is possible to regard the interrelated obligations ... as carrying an implied promise of reciprocity: the performance of one is dependent upon performance of the other. It is thus feasible to ascribe the link between the obligation and its consequences to the intention of the parties. It is then an issue of fact as to whether the link exists* »[490]. Dans cette perspective, les obligations corrélatives exprimant un lien juridique implicite, il serait possible que ces intentions de réciprocité ne soient pas contenues dans le même traité. En effet, rien n'empêche deux parties de convenir d'obligations qui seraient de réciprocité dans des accords ou des disciplines différentes. Ainsi, les obligations corrélatives ne doivent pas figurer dans le même traité. Sinon le risque serait de ne pas confondre une réciprocité d'exécution et suspension des engagements, ou avec une contre-mesure. Dans le cadre de la réciprocité, il faudra repérer le lien juridique qui relie les engagements corrélatifs des États, tandis qu'une contre-mesure répond à une volonté de rétablir un retour à l'exécution d'un accord et ne consiste pas en la suspension d'une mesure prise en correspondance d'une autre.

152. Synthèse générale. Cette présentation a démontré que le lien synallagmatique peut être conçu largement comme une traduction de l'engagement des États à un accord, ou interprété strictement en l'incluant dans une clause d'un accord. Néanmoins, les raisonnements des juges n'ont pas émis l'idée d'une différence entre le caractère réciproque et la réciprocité. Des dispositions d'un accord symétrique peuvent refléter un accord formellement réciproque sans pour autant qu'il y ait de réciprocité. La réciprocité renvoie également à la matérialité de l'obligation. Ainsi, l'étude du *synallagma* permet de vérifier si les obligations sont liées entre

[488] LALIVE Pierre, « The first 'World Bank' Arbitration (Holidays inns v. Morocco) – Some legal problems », *British Yearbook of International Law*, volume 51, Issue 1, 1980, pp. 123-163, p.159
[489] POIRAT Florence, « Le traité, acte juridique international : recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit », Thèse, droit, M. *Nijhoff Publishers*, 2004, pp.506, p.327.
[490] GREIG.D. W, « Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties », *Virginia Journal of International law*, volume 34, p.295.

elles uniquement par l'engagement qui forme tout accord, ou si les États ont eu l'intention de lier certaines obligations entre elles de manière spécifique, ce qui dans cette dernière hypothèse constitue davantage un cas de réciprocité.

Cependant, il ne faut pas uniquement se limiter aux clauses de l'accord. Les réserves possèdent elles aussi un caractère synallagmatique formel en ce que leurs applications se font de manière réciproque. De plus, elles peuvent contenir des conditions de réciprocité.

B – L'utilisation des réserves comme instrument de rééquilibrage

153. Le cas des réserves. La réciprocité a déjà fait l'objet de nombreuses définitions et d'une étude de ses critères d'identification. L'intention figure au centre de cette notion, mais elle doit s'exprimer selon une certaine équivalence et une conditionnalité. Néanmoins, il existe diverses manières d'exprimer cette volonté de réciprocité et les réserves d'un accord en font partie. La lecture des annexes d'un accord est importante pour juger de la mesure de la réciprocité ainsi que de la spécificité des réserves sur les obligations des États Parties à une convention, et certaines références à la réciprocité méritent de s'y intéresser. C'est pourquoi un rappel de ce que sont les réserves est nécessaire, sans pour autant s'attacher à étudier leurs conditions de validité. Il nous faudra seulement se limiter à ses effets réciproques tels qu'appréhendés par le droit international général.

154. Définition des réserves. Ainsi, le Professeur Anzilotti, dans son cours de droit international, soulignait que dans le cadre des « rapports entre l'État faisant des réserves et les autres, les dispositions réservées sont comme si elles ne faisaient pas partie du traité ». Pareillement, l'article 19 paragraphe 5 du rapport sur le droit des traités de 1962 proposait que « [t]out État qui a fait objection à une réserve peut à tout moment retirer unilatéralement cette objection, en tout ou en partie. Le retrait de l'objection se fait par notification écrite adressée au dépositaire des instruments relatifs au traité et, faute d'un dépositaire, à chacun des États qui sont partis au traité ou sont en droit de le devenir. » Sir Humphrey Waldock, rapporteur spécial, écrivait à propos du commentaire de cet article que « ces règles qui ne paraissent pas contestées découlent directement du caractère consensuel des relations conventionnelles. La réserve produit un effet entre l'État qui a formulé la réserve et toute autre partie au traité et inversement, de sorte que ledit État et ladite partie se trouvent soustraits, dans leurs relations mutuelles, à l'application des dispositions sur laquelle porte la réserve. Mais la réserve ne produit pas d'effets

entre les autres parties au traité, puisque celles-ci n'en ont pas fait une clause de l'entente intervenue entre elles. »[491] Autrement dit, la réserve émise par un État a un effet réciproque et conduit l'autre État à se trouver exonéré d'exécuter l'obligation correspondante.

155. Le caractère réciproque de la réserve dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 21 de la convention de Vienne, sur le droit des traités de 1969 va dans le même sens. En effet, les rédacteurs ont prévu que si les conditions de la mise en œuvre d'une réserve sont respectées, la réserve « a) Modifie pour l'État auteur de la réserve dans ses relations avec cette autre partie les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve; et b) Modifie ces dispositions dans la même mesure pour cette autre partie dans ses relations avec l'État auteur de la réserve. » Ces effets ne concernent donc pas automatiquement toutes les parties à un accord. Dans cette perspective, le Professeur Ferenc Majoros considérait que l'article 21 de ladite Convention produisent des effets réciproques et ceci « d'une manière automatique, donc sans que soient formulées d'autres déclarations unilatérales (« contre-réserves »), ou bien des clauses de réciprocité incluses dans le texte du traité ». Il va même plus loin en affirmant « par conséquent, l'on ne doit pas souscrire aux recommandations qui favoriseraient les clauses de réciprocité par souci de clarté ; il nous semble que ces clauses s'avèrent superflues »[492] .

Néanmoins, la Commission du droit international a noté qu'en plus du défaut d'automaticité d'application de la réciprocité à l'égard de toutes les Parties à un accord, le caractère réciproque de la réserve ne s'applique pas à toutes les obligations. En effet, le guide de la pratique sur les réserves aux traités adoptés par la Commission du droit international prévoit à son article 4.2.5 que « dans la mesure où les obligations prévues par les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne sont pas soumises à l'application réciproque en raison de la nature de l'obligation ou de l'objet et du but du traité, le contenu des obligations des parties au traité autres que l'auteur de la réserve n'est pas affecté. De même, le contenu des obligations de ces parties n'est pas affecté quand l'application réciproque n'est pas possible en raison du contenu de la réserve. » En somme, il faut comprendre que l'application d'une réserve n'est pas automatiquement réciproque et que c'est parce que la nature d'une obligation est réciproque que la réserve entraînera des effets réciproques. Cela coïnciderait avec la décision de la CIJ relative à l'affaire

[491] ANZILOTTI. Dionisio, *Cours de droit international*, Panthéon-Assas (éditions), droit international et relations internationales, 06 juillet 1999, pp. 534, p.400.
[492] MAJOROS. F, « Le régime de la réciprocité de la Convention de Vienne et réserves dans les conventions de la Haye », *Journal du droit international*, 1974, p.109.

militaire et paramilitaire au Nicaragua qui considère que « la notion de réciprocité porte sur l'étendue et la substance des engagements, y compris les réserves dont ils s'accompagnent, et non sur les conditions formelles relatives à leur création, leur durée ou leur dénonciation. »[493]

156. L'étude des réserves dans les accords de libre-échange de l'UE. Une fois ce cadre dressé, il conviendra de s'interroger tant sur le caractère réciproque des réserves dans les accords commerciaux que sur l'existence d'une recherche de réciprocité dans les réserves ou le conditionnement de l'octroi d'un avantage conditionné à la réciprocité. Pour ce faire, dans le cadre de cette étude, il conviendra de se limiter aux accords de libre-échange, en raison du caractère bilatéral et réciproque de ces accords. L'étude des fondements de la réciprocité a démontré que la lecture de la réciprocité dans les négociations multilatérales à l'OMC n'est pas identique à celles des accords bilatéraux.

La première question que ce constat amène est la qualification de réserve. Cette question nous intéresse en raison de l'application réciproque d'une réserve. Il ne s'agit pas d'en vérifier l'exécution procédurale, mais seulement de s'interroger sur ce caractère réciproque formel de ces réserves. Autrement dit, est-ce qu'une réserve au traitement national[494] est réciproque en ce qu'elle exonère également l'autre cocontractant ? L'annexe mentionne qu'il s'agit bien d'une réserve faite par l'Union européenne ou un de ses États membres. Le Professeur Majoros, qui considérait toute réserve comme ayant automatiquement un caractère réciproque, rejetait la qualification de réserve pour « une déclaration qui ne vise pas « à exclure ou à modifier » des dispositions conventionnelles (…) et n'engendre pas la réciprocité ipso jure, particulièrement si elle n'a qu'un caractère purement déclaratif »[495]. Pareillement ne constitue pas une réserve, une « déclaration [qui] ne sert qu'à la prise en considération de conditions particulières d'un État contractant (…) ». Pour rappel, la Commission du droit international, dans son guide sur la pratique des réserves estimait que le caractère réciproque d'une réserve dépendait du caractère réciproque contenu dans l'obligation d'une disposition en fonction de l'obligation, de l'objet et du but du traité ou du contenu de la réserve. Cette question conduit tout d'abord à se demander si les réserves des accords commerciaux sont réciproques et fonctionnent de manière

[493] CIJ, arrêt du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1984, p. 392, paragr.62.
[494] Pour une étude sur le traitement national, voir la thèse : FRAPPIER Mathilde, *L'exigence du traitement national en droit international économique,* [en ligne], thèse de doctorat : droit, sous la direction de M. le Professeur Yves NOUVEL, Université Paris II Panthéon – Assas, 2019, 1048 p. Disponible sur : https://assasrecherche.u-paris2.fr/ori-oai-search/notice/view/2019PA020073
[495] MAJOROS. F, « Le régime de la réciprocité de la Convention de Vienne et réserves dans les conventions de la Haye », *Journal du droit international*, 1974, p.83.

identique aux réserves en droit international général. Concernant tout d'abord le caractère réciproque des obligations, la forme des dispositions de l'AECG va en ce sens. En effet, pour ne prendre en exemple que les dispositions relatives au traitement national, il est indiqué à l'article 2.3 que « chaque Partie accorde le traitement national aux marchandises de l'autre Partie ». Pareillement, en matière de services, l'annexe 9-A sur l'accord sur le traitement national concernant la fourniture transfrontière des services, nomme « la Partie UE et le Canada ». Le caractère réciproque, au sens formel, est donc présent. Néanmoins, contrairement aux accords d'autres disciplines du droit international général, il faut également tenir compte de l'équilibre des concessions réalisées. Ainsi, il semblerait peu efficace de considérer que les réserves d'un accord commercial aient un effet réciproque. Les réserves doivent être plutôt perçues comme unilatérales, le résultat conduisant à un équilibre global. De plus, l'objet et le but des accords de libre-échange de même que des accords de l'OMC sont de permettre une meilleure ouverture des marchés. L'effet strictement réciproque que contiennent les définitions traditionnelles des réserves serait un obstacle à cet objet et à ce but. Concernant ensuite le rejet de qualification proposé par le Professeur Majoros, il faut revenir sur les réserves mentionnant la réciprocité. Les formulations de ces réserves sont des dispositions qui, non seulement n'excluent pas certaines dispositions conventionnelles, mais les modifient. En effet, elles viennent conditionner à la réciprocité, l'octroi d'un avantage précis au traitement national. Finalement, ces réserves ne sont pas, en tant que telles, automatiquement réciproques, car cela résulterait de l'engagement des Parties. Il s'agit plutôt, au sein de ces réserves, de fixer des conditions de réciprocité en vue de bénéficier d'une telle réserve au lieu de considérer que la réserve du traitement national, dans l'exemple de l'AECG, résulte du caractère réciproque de la réserve elle-même. *Quid,* sinon, de la mention explicite de la réciprocité ? En effet, si leur caractère réciproque est reconnu, pourquoi mentionner la réciprocité ? Une première idée réside dans l'objet de la réciprocité. Il est fait référence à la réciprocité, car ce sont certains secteurs d'activités qui font l'objet d'une réserve de réciprocité. Cela rejoint nos précédentes distinctions dans la définition de la réciprocité. Quand la réciprocité est mentionnée d'une telle manière, il est fait référence à une recherche de réciprocité spécifique et non globale, pour reprendre le terme du Professeur Keohane. Il s'agit ici de viser un secteur déterminé par une obligation déterminée. C'est pourquoi, selon la Professeure Mathilde Frappier, la « pratique conventionnelle en matière de traitement national confirme que celui-ci n'incorpore aucune exigence de réciprocité matérielle (…). Elles aboutissent en réalité à délimiter le champ d'application de l'obligation du traitement national pour chaque partie contractante et, de

manière remarquable, un contractant ne peut pas se prévaloir de la réserve ou de l'exception inscrite par un autre contractant. »[496]

Par ailleurs, cela appuie notre principale distinction entre un accord réciproque - dans le sens formel - en tant que contenant et la réciprocité, en tant que contenu[497]. Alors que le caractère réciproque va rechercher une symétrie dans les obligations entre États, la réciprocité va étudier l'équivalence en fonction des faits, à l'échelle des acteurs du commerce international. L'échelle étant différente, il importe donc de faire une distinction entre ces deux notions. En cela, la référence à la réciprocité peut exprimer cette différence. C'est la raison pour laquelle il faut s'éloigner de l'affirmation du Professeur Majoros pour qui, « l'on ne doit pas souscrire aux recommandations qui favoriseraient les clauses de réciprocité par souci de clarté ; il nous semble que ces clauses s'avèrent superflues »[498].

157. Les *non-conforming measures* des accords américains. Les accords commerciaux états-uniens présentent une rédaction différente des accords de libre-échange conclus par l'Union européenne. Pour juger du caractère réciproque des réserves, il faut étudier les *non-conformig measures* qui existent de manière sectorielle. Dans l'accord entre les États-Unis[499] et l'Australie, ces dispositions sont prévues en matière de commerce de services, d'investissement et de services financiers. Ces secteurs sont considérés par les États-Unis comme des secteurs stratégiques. C'est par exemple le cas en matière de services financiers puisque les accords de libre-échange états-uniens veillent à inciter les autres États à davantage ouvrir l'accès à ces services aux opérateurs états-uniens. Les *non-conforming measures* sont donc des outils stratégiques de politiques commerciales. Les réserves de cet accord présentent les mesures nationales qui s'appliquent à tous les secteurs auxquels ne s'appliquent pas certaines dispositions de l'accord. Globalement, les réserves exonèrent l'application des dispositions de traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée, de l'accès aux marchés et d'autres dispositions davantage spécifiques. Elles ne font toutefois pas référence à des conditions de réciprocité, ou seulement dans des cas isolés. Bien que les obligations dont les réserves exonèrent les Parties soient réciproques, rien ne nous permet d'affirmer que les

[496] FRAPPIER Mathilde, *L'exigence du traitement national en droit international économique,* [en ligne], thèse de doctorat : droit, sous la direction de M. le Professeur Yves NOUVEL, Université Paris II Panthéon – Assas, 2019, 1048 p, p. 292.
[497] Mme. la Professeure Mathilde Frappier précise que la réciprocité formelle a une importance en ce que les Parties sont liées par la norme de traitement national, mais aucune réciprocité matérielle n'est requise : *Ibid.,* p 289 à 292.
[498] *Ibid*.,
[499] Accord de libre-échange, Australia – United States, entré en vigueur le 1er janvier 2005, [en ligne]. Disponible sur : https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/ausfta/australia-united-states-fta

réserves aient une exonération réciproque ou conduisent à ce que le contenu des obligations faisant l'objet de réserves s'applique à une condition de réciprocité. La formulation de ces réserves pourrait renvoyer à un équilibre global de l'accord en lui-même plus qu'à l'application des réserves de manière réciproque. En effet, les réserves pourraient être le résultat de négociations où l'équilibre global de l'accord aurait été trouvé à la suite de la négociation des réserves. Ainsi, les réserves de chaque État seraient unilatérales et non pas réciproques, mais le résultat produit créerait un équilibre matériel souhaité par les États. Dans le cas où il y aurait des intentions de réciprocité, cela pourrait contribuer à construire une réciprocité globale de l'accord. Finalement, les réserves pourraient davantage servir la réciprocité si telles étaient les intentions des Parties, plutôt qu'à assurer un effet réciproque des réserves.

En effet que ce soit dans le cas de l'Union européenne ou celui des États-Unis, s'il est aisé d'imaginer une réserve dont les effets réciproques concernent les dispositions de l'accord comme le traitement national, il est plus difficile de concevoir un caractère automatique d'effet réciproque de certaines obligations précises, compte tenu de tous les secteurs d'activité. Inversement, lorsque la réciprocité est mentionnée, comme dans le cas de l'Union européenne, il est plus probable d'identifier une obligation spécifique. Autrement dit, le caractère réciproque sera utilisé pour les dispositions formelles de l'accord, tandis que la réciprocité sera analysée au stade des concessions. Or, le système des listes de concessions se divise entre les listes positives et négatives. Dans le premier cas, les États négocient et citent les secteurs et sous-secteurs auxquels des avantages seront accordés. Dans le cadre des listes négatives, un État offre des avantages à un autre État concernant tous les secteurs ou sous-secteurs, sauf ceux qui font l'objet d'une exception ou d'une dérogation en réserve. Les accords européens et états-uniens contiennent des listes positives et négatives négociées selon des logiques économiques et politiques qui ont déjà été abordées. En raison de ces négociations, il est impossible d'octroyer un effet de réciprocité à une réserve qui viserait une concession directement, si elle ne mentionne pas une réserve de réciprocité.

158. Synthèse. En somme, la réciprocité, lorsqu'elle est contenue en réserve, peut s'avérer être une autre forme explicite de condition à l'octroi et la réception d'un avantage. Il ne s'agit pas d'exclure le bénéfice d'un avantage, mais de le moduler. Par ce biais, l'État retrouve un contrôle dans l'appréciation de l'équivalence. La question qu'il serait légitime de se poser serait de savoir si le recours explicite à la notion de réciprocité suppose que la réciprocité ne peut exister que par ce biais ? Cela signifie-t-il que, lorsque la réciprocité n'est pas mentionnée, qu'elle est inexistante ? Ce n'est pas le postulat retenu. La réciprocité doit

toujours être recherchée au niveau de l'intention des États qui se matérialise dans la volonté unilatérale. Néanmoins, la mention de la réciprocité dans certaines dispositions dans le corps de l'accord, ou dans les réserves doit être lue comme la capacité octroyée aux États de rééquilibrer unilatéralement la matérialité desdites obligations. Cette forme de réciprocité spécifique ne doit pas être forcément confondue avec la réciprocité globale de l'accord, et les États peuvent adopter des comportements unilatéraux pour réguler l'octroi des avantages en fonction des bénéfices reçus. Ainsi, les références à la réciprocité dans les réserves sont des outils visant à conditionner l'octroi d'un bénéfice. Alors que la mention sur une base de réciprocité vise à équilibrer les engagements dans le futur, les réserves de réciprocité viennent conditionner strictement le bénéfice d'un avantage.

En réalisant cette analyse, nous avons déjà commencé à démontrer que la réciprocité ne visait que certains objets. Il faut à présent affiner cette typologie en caractérisant davantage l'objet des négociations. Cette caractérisation visera à proposer des formes d'objets concernés par la réciprocité sur la base du cadre dans lequel ils sont négociés, des secteurs qui s'y rapportent, de la formulation des liens synallagmatiques et de l'objectif des négociations.

Section 2 : Le champ d'utilisation de la réciprocité

159. Recourir à la notion de champ d'utilisation renvoie au cadre de naissance de la réciprocité. Bien que la réciprocité possède des critères intrinsèques, dont un - le caractère synallagmatique – a déjà été présenté, la réciprocité, en ce qu'elle dispose d'un caractère juridique et matériel, se détermine différemment selon l'environnement qui l'entoure. Pour caractériser davantage la réciprocité selon l'objet des négociations, il est nécessaire de se plonger dans les documents se référant à celles-ci, lorsqu'ils sont disponibles, pour mesurer l'empreinte de la recherche de la réciprocité. Par ce biais, l'étendue de la réciprocité ainsi que les techniques de construction de sa recherche ont pu être définies. Se sont donc formées deux catégories de réciprocité selon l'objet : la réciprocité globale (A) et la réciprocité spécifique (B).

Paragraphe 1 : La réciprocité globale selon l'objet

160. L'étude de la réciprocité globale se situe au cœur des négociations à plusieurs objets ou autrement dit, des négociations portant sur plusieurs secteurs. Cette recherche de réciprocité promeut une recherche de réciprocité étalée à tous les éléments de négociation plutôt qu'à un secteur déterminé. L'accent est mis non seulement sur l'étendue des objets, mais aussi sur la recherche d'un équilibre global étendu. Certes, cet équilibre global se détermine matériellement sur la base de la valeur des objets de négociation, mais également politiquement. Ainsi, la réciprocité globale renvoie à une forme de consensus politique (A). Cela ne veut pas dire pour autant que la globalité signifie généralité. Il est possible que des négociations sectorielles aient pour but d'aboutir à une réciprocité globale ou qu'une sélection d'acteurs poursuivent le même but (B). Pour juger de ces éléments, les documents de négociation du cycle de Doha de l'OMC nous serviront de supports. Bien que les conférences ministérielles n'aient jamais permis de l'achever, il conviendra, compte tenu de l'objet des négociations de ses conférences de nous limiter à la période 2003-2011, qui correspond à celle du début du cycle de Doha jusqu'à la conférence ministérielle de Genève. Après 2011, l'essentiel des négociations repose sur des ajustements sectoriels.

A – La recherche d'un équilibre global : l'exemple de l'OMC.

161. Contextualisation. L'étude de la réciprocité globale à travers les négociations commerciales à l'OMC s'explique par le caractère général de la recherche de réciprocité au sein de ces enceintes. Le fait d'inscrire la réciprocité comme un principe des négociations laisse supposer que la définition de ce qui est de la réciprocité est variable. Cela est d'autant plus le cas que l'article XXVIII bis du GATT prévoit une négociation sur une base de réciprocité qui n'est pas obligatoire. Il s'agit d'une invitation faite aux États de négocier sur cette base. Néanmoins, les renégociations autorisent un État, dans les conditions prévues par l'article XXVIII bis, à retirer des concessions tarifaires selon une logique de réciprocité. Il existe donc a posteriori une condition de réciprocité. Compte tenu du lien entre les négociations initiales et l'obligation de réciprocité dans les renégociations, il est essentiel de saisir la manière dont la réciprocité est conçue lors des négociations initiales[500]. En ce sens, ce sont les techniques des négociations commerciales à l'OMC qui nous orientent sur l'existence d'une réciprocité globale.

162. Une analyse menée à l'aide de l'engagement unique. Pour comprendre ce choix, il faut se baser sur certaines techniques de négociation, en particulier sur celle de l'engagement unique. L'engagement unique est défini comme le fait que « chaque thème de négociation fait partie d'un ensemble indivisible et aucun ne peut faire l'objet d'un accord séparé. « Rien n'est convenu tant que tout n'est pas convenu »»[501] . Selon Robert Wolfe[502], le principe de l'engagement unique n'est pas propre aux négociations récentes. En effet, si la déclaration de Doha prévoit qu'à « l'exception des améliorations et clarifications du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, la conduite et la conclusion des négociations ainsi que l'entrée en vigueur de leurs résultats seront considérées comme des parties d'un engagement unique. (...) »[503] , la technique de l'engagement unique remonterait à la déclaration de Tokyo de 1972. Il y a été admis que « *the negotiations shall be considered as one undertaking, the various elements of which shall move forward together* ». Cependant, elle est réellement mise en œuvre

[500] BOWN CHAD P, KARA M. Reynolds, « Trade Agreements and Enforcement : Evidence from WTO Dispute Settlement », *American Economic Journal : Economic Policy,* 9 (4) : pp. 64-100, p.68.
[501] OMC, *Comment les négociations sont organisées* [en ligne], consulté le 10 mai 2023 : https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/work_organi_f.htm
[502] WOLFE Robert, « Arguing and Bargaining in the WTO : Does the single undertaking make a difference ? », *Economics,* 2 p.5
[503] OMC, *Conférence ministérielle de l'OMC, Doha,* [en ligne], Déclaration ministérielle WT/MIN(01)/DEC/1, adoptée le 14 novembre 2001, paragr. 47. Disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm

lors du cycle de Doha. En effet, comme Heather Elko McKibbe l'a souligné, les négociations ayant eu lieu lors du cycle de l'Uruguay ont pour base la déclaration de Punta del Este de 1986 qui indique que « *The launching, the conduct and the implementation of the outcome of the negotiations shall be treated as parts of a single undertaking* »[504]. Néanmoins, comme Heather Elko Mckibbe l'a indiqué, alors qu'il existe de nombreux liens dans les négociations sectorielles, « *they were negotiated separately for a large part of the bargaining process* »[505]. Comme l'auteur l'a par ailleurs fait remarquer, l'engagement unique n'était pas utilisé pour lier toutes les négociations entre elles, mais plutôt faire en sorte que les négociations se déroulent en parallèle.

L'objet de cette démonstration repose ici sur l'idée que la réciprocité globale découle de l'utilisation de l'engagement unique. Inversement, comme Robert Wolfe l'a conclu : « *the WTO cannot succeed without the Single Undertaking as long as the trade regime is based on diffuse reciprocity* ». L'engagement unique est le symbole d'un consensus porté par les Membres sur l'existence d'une réciprocité globale, car il faut présumer, d'après le préambule du GATT ainsi que selon les déclarations de chaque conférence ministérielle, que ces négociations se déroulent sur une base de réciprocité. C'est dans cet esprit que se sont déroulées les négociations du cycle de Doha.

163. Les références au choix de l'engagement unique. Dans les comptes rendus des réunions du Comité des négociations commerciales (CNC), l'importance de l'engagement unique a souvent été rappelée. C'est par exemple le cas d'une déclaration du représentant de la Norvège, qui dans le même sens que le Président du CNC, indiquait qu'il était « important d'insister sur le fait que les Membres travaillaient dans le cadre d'un engagement unique, autrement dit qu'ils ne devaient pas perdre de vue les rapports existants entre les divers éléments : tout était lié à tout. Le Président avait affirmé que les Membres devaient avoir une image claire à la réunion de Cancún, et la Norvège abondait en ce sens. Des échéances avaient été fixées aux Membres uniquement dans certains domaines, mais cela ne devait pas être une raison pour prendre du retard dans les autres, notamment dans celui des règles. »[506] À titre d'exemple, nous pouvons citer une déclaration du représentant des Communautés européennes, qui rappelait que les participants s'étaient mis d'accord sur le fait que « l'ensemble des négociations seraient

[504] Ministerial Declaration on the Uruguay Round, *Gatt Newsletter Focus,* n°41, octobre 1986, p.2.
[505] MC KIBBE Heather Elko, *State strategies in international bargaining. Play by the rule or change them ?,* Cambridge university press, janvier 2015, p.317.
[506] OMC, *compte rendu des négociations commerciales de la réunion tenue au Centre William Rapport les 3 et 4 octobre 2002,* 21 novembre 2002, paragr. 78.

menées comme un tout et que le résultat final ferait l'objet d'un engagement unique. Toutefois, les différents volets des négociations progressaient à des rythmes différents et, dans certains cas, il n'y avait pas de progrès du tout. Si l'on ne remédiait pas à cet état de choses, il serait difficile d'évaluer l'équilibre global des négociations aux points de décision essentiels du processus, ce qui rendrait encore plus difficiles les progrès ultérieurs. Le blocage des travaux dans certains domaines pourrait finir par entraver les progrès dans d'autres domaines[507]. » Dans le même sens, un « grand nombre de pays développés avaient déploré la lenteur des négociations sur l'accès aux marchés des produits non agricoles, l'environnement et les indications géographiques, soutenant que ces questions étaient essentielles pour la symétrie et l'équilibre de l'engagement unique. » [508]

164. L'équilibre global comme corollaire de l'engagement unique. Il est nécessaire de superposer ces citations pour noter qu'elles ont le même langage. L'engagement unique est fortement rattaché à l'équilibre global des résultats des négociations. Cet équilibre global est évoqué de manière matérielle sous la forme d'un équilibre entre tous les secteurs devant être libéralisés et les règles devant être harmonisées ; mais il est également question de l'avancement des négociations. La déclaration du représentant de la Norvège et celle du représentant Communautés européennes expliquent, respectivement, qu'il ne fallait pas prendre du retard pour chaque groupe de négociations et que la progression différente des rythmes de négociations ne permettait pas d'avoir une impression générale de l'équilibre global. Tout au long du cycle de Doha, le déroulé temporel asymétrique des négociations était une critique récurrente qui empêchait certaines fois les États d'adopter des démarches proactives et freinait la réalisation d'un équilibre global du résultat.

Avec plus de recul sur ces constats, il faut rappeler qu'en l'espèce la réciprocité politique est fondée sur l'idée d'engagement unique. Pour que cet engagement unique soit respecté, il est nécessaire que durant les négociations il y ait une symétrie pour déterminer l'équilibre global. La réciprocité politique est donc ici également dépendante de l'équilibre global. Pour pousser ce raisonnement, à la lecture de l'ensemble des comptes rendus des négociations, la réciprocité est simplement mentionnée comme un principe des négociations, et la notion d'équilibre globale la supplante. Cependant, lorsque les pays développés font appel à la notion d'équilibre global, les pays en voie de développement, quant à eux, rappellent la nécessité de prendre en

[507] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 18 et 19 juillet 2002*, TN/C/M/3 paragr. 96, 10 septembre 2002.
[508] *Ibid*., paragr. 158.

compte une réciprocité qui ne serait pas totale en faisant référence au mandat de Doha. Cette superposition conforte l'idée que, derrière l'idée d'équilibre global, se cache celle de réciprocité.

165. La détermination de l'équilibre global. C'est pourquoi, pour mettre en avant l'existence d'une intention de réciprocité globale lors de ces négociations, il faut tout d'abord démontrer qu'il existe une conditionnalité dans l'octroi des concessions, laquelle se mesure en fonction de l'équilibre. Bien que ce cycle de Doha puisse être comparé à tous les précédents cycles de négociation en tant qu'instrument d'ouverture des marchés, il faut rappeler que ce cycle est marqué par des questions de développement et d'ouverture des négociations sur l'accès aux marchés en matière d'agriculture. Cela se reflète donc sur la recherche d'un équilibre global, même si les autres secteurs ne sont pas laissés en marge. Se posait alors la question de l'équilibre devant être recherché. Était-ce seulement l'équilibre global final tel qu'il résulte de l'engagement unique ou alors l'équilibre dans chaque secteur ou enfin ces deux équilibres ? Le représentant de la Bulgarie constatait par exemple que l'accent avait été mis sur l'ambition davantage que sur l'équilibre. Il reprochait l'idée selon laquelle « du fait de l'existence de l'engagement unique, il ne devrait pas y avoir de résultat équilibré dans l'agriculture. La délégation bulgare n'accepterait un résultat dans le domaine de l'agriculture qu'à condition qu'il soit équilibré du point de vue de la Bulgarie. Elle reconnaissait que c'était une tâche difficile, mais si le moyen d'aboutir à un résultat était de ne pas tenir compte des intérêts et de l'équilibre, cela voulait dire qu'on rejetait la négociation en tant que méthode. »[509] On relève une constance dans les comptes rendus des réunions qui s'en sont suivis. Pour la Bulgarie, l'équilibre devait être entendu unilatéralement, et ceci non seulement au sein de l'engagement unique, mais également « au sein de chaque domaine de négociation »[510] . Sans vouloir multiplier les exemples en ce sens, nous ajoutons que le Japon considérait aussi que l'équilibre devait être présent dans chaque domaine de négociation « parce que chaque domaine possédait ses propres particularités qui affectaient l'obtention d'un résultat équilibré dans ce domaine »[511]. Plus loin, le représentant rappelait le caractère global de l'équilibre bien que l'agriculture soit le « domaine clé du Cycle de Doha »[512]. Il nous faut conclure qu'outre l'idée

[509] COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 4 mars 2003,* 29 avril 2003, TN/C/M/7 paragr. 94.
[510] COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le* 4 avril 2003, 6 juin 2003, TN/C/M/8 paragr. 121.
[511] *Ibid.,* paragr. 88.
[512] *Ibid.,* paragr. 89.

d'équilibre global au sein de l'engagement unique, c'est un équilibre unilatéral et par secteur auquel certains participants font référence. Compte tenu de la connexion entre la réciprocité et l'équilibre global, cela suppose, comme cela a été dit dès le début de cet écrit, que la réciprocité est avant tout le symbole d'une intention unilatérale qui tire ensuite sa force juridique par la rencontre de toutes les volontés des Parties et la formalisation de ces volontés.

Autres intentions à relever de ces déclarations : l'importance des négociations en matière d'agriculture. Celles-ci ont créé certaines tensions lors de la définition de l'équilibre. Dès l'ouverture du cycle de négociations, le Canada trouvait par exemple « préoccupant d'entendre certains Membres lier les indications géographiques au progrès des négociations agricoles. (…) L'incapacité de certains Membres de faire des propositions constructives dans le domaine de l'agriculture ne devrait pas être imputée au fait qu'ils n'avaient pas été capables de conforter suffisamment leurs positions dans d'autres domaines, y compris l'élargissement du champ d'application des indications géographiques. »[513] Cette préoccupation du Canada suscite notre intérêt en ce qu'il existe une conditionnalité évidente entre les différents secteurs. Cette conditionnalité intersectorielle contribue à dessiner les résultats finaux et globaux. Néanmoins, elle peut déboucher à une force de réciprocité faussée. En effet, il a été reproché de conditionner l'avancement des négociations en matière d'agriculture à la réception d'avantages dans d'autres secteurs. C'est notamment le cas de l'Union européenne qui, en raison de ses nombreuses protections à l'accès à son marché ainsi qu'à l'octroi de subventions, exigent de nombreuses concessions en contrepartie d'une ouverture. Cela témoigne donc de la recherche d'un équilibre global intersectoriel, bien que certains États comme l'Argentine critiquent le fait que les liens entre les domaines de négociations « ne devraient pas viser à équilibrer les initiatives et les résultats entre les trois domaines [Accès aux marchés non agricoles, l'agriculture et les services] »[514]. Malgré cela, l'Argentine expliquait que le « niveau d'ambition dans les autres domaines de négociation »[515], dépendrait de celui atteint dans la sphère agricole.

166. L'opposition de l'équilibre global aux intérêts spécifiques. Outre les intérêts stratégiques des Parties, c'est en raison de la spécificité du secteur agricole que les ouvertures d'accès aux marchés sont timides. Certains pourraient penser qu'il s'agit d'un marché comme

[513] COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 4 au 6 décembre 2002,* 4 février 2003, TN/M/C/5 parag.116
[514] COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rapprd le 7 avril 2014,* 16 avril 2014, TN/C/M/34 paragr. 3.126
[515] *Ibid*.,

tout autre qui doit être libéralisé. D'autres que, compte tenu des objectifs de sécurité alimentaire et de la spécificité de ce marché, il ne doit pas être négocié comme toutes autres marchandises ou comme tout autre service. C'est parce que les précédents cycles de négociations avaient délaissé l'accès aux marchés agricoles que ce cycle se voulait entreprenant. Compte tenu de la définition d'un équilibre global, il était impossible d'accentuer le retard sur les négociations agricoles. C'est pourquoi le paragraphe 24[516] de la Déclaration ministérielle de Hong Kong a souhaité « faire en sorte qu'il y ait un niveau d'ambition comparablement élevé en ce qui concerne l'accès aux marchés pour l'agriculture et l'AMNA (…) »[517]. Ainsi, bien que les États recherchent un équilibre au sein de chaque groupe de négociation, l'engagement unique contribue à trouver un équilibre global final. Il peut y avoir une opposition entre ces deux manières de rechercher l'équilibre. En effet, l'équilibre global final ne signifie pas que les participants trouveront un équilibre dans chaque groupe de négociation. Cela peut sembler logique compte tenu de l'avantage comparatif de chaque État.

167. Synthèse. En somme, ces résultats démontrent l'importance d'étudier la manière dont peut être appréhendé l'équilibre durant les négociations. Si l'équilibre permet de déterminer le niveau de libéralisation dans un groupe de négociation, mais aussi de manière globale, la réciprocité va s'appuyer sur cet équilibre pour comparer les offres et les concessions à réaliser. À ceci, il faut ajouter que la réciprocité globale, puisqu'elle est fonction de l'équilibre sera également dépendante du mode de négociations. En l'espèce, la recherche de l'équilibre global au sein de l'engagement unique est un choix. Le cycle de Doha est un exemple d'utilisation de l'engagement unique dans un cadre multilatéral. Or, il faut rappeler que la réciprocité globale peut être également recherchée dans un accord de libre-échange. De plus, les négociations peuvent être menées au sein des enceintes de l'OMC, de manière bilatérale ou encore plurilatérale. Compte tenu des différentes techniques existantes, il convient d'exposer les manières de parvenir à un équilibre global qui ont été dessinées dans le cycle de Doha.

---

[516] OMC, *Déclaration ministérielle adoptée le 18 décembre 2005 – Programme de travail de Doha,* WT/MIN(05)/DEC, 22 décembre 2005, [En ligne], paragr. 24. « Nous reconnaissons qu'il est important de favoriser la réalisation des objectifs de développement de ce cycle au moyen d'un accès aux marchés amélioré pour les pays en développement dans les domaines à la fois de l'agriculture et de l'AMNA. À cette fin, nous donnons pour instruction à nos négociateurs de faire en sorte qu'il y ait un niveau d'ambition comparablement élevé en ce qui concerne l'accès aux marchés pour l'agriculture et l'AMNA. Cette ambition doit être réalisée d'une manière équilibrée et proportionnée et conformément au principe du traitement spécial et différencié. ». Disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min05_f/final_text_f.htm

[517] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS, COMITÉ DE L'AGRICULTURE DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Communication de l'Argentine du 9 mars 2006,* 13 mars 2006, TN/MA/W/67 – TN/AG/GEN/14 paragr. 1.

L'étude de l'équilibre global constitue un moyen de déceler une réelle existence de la réciprocité.

Si, pour l'instant, l'attention a été portée sur l'engagement unique, l'équilibre global ne résulte pas uniquement du caractère multilatéral des négociations. Le but de l'engagement unique est de parvenir à un accord final sur tout et par tous. Cependant, cela ne signifie pas que la recherche de l'équilibre global concerne tous les participants. De même, le résultat final de cette recherche peut impliquer d'engager des négociations sectorielles. C'est à cette fin que les études sectorielles viendront appuyer notre précédente démonstration.

B – Le support des négociations sectorielles à l'équilibre global

168. Contextualisation. La recherche d'un équilibre global avant une réciprocité globale est en effet réalisée de différentes manières. La proposition du Canada en est un exemple. Durant ces négociations, le Canada avait divers objectifs, comme « la réduction et consolidation des droits appliqués qui n'étaient pas encore consolidés (…) ». Pour mettre en œuvre ces objectifs, son représentant a présenté plusieurs approches à utiliser : les « accords sectoriels (ou zéro pour zéro), les réductions fondées sur une formule et la présentation de demandes et d'offres.»[518] La délégation des États-Unis, abondait dans ce sens en considérant que la libéralisation de « l'accès aux marchés pour les produits non agricoles serait constitué d'un ensemble de six éléments interreliés: formule unique applicable à toutes les lignes tarifaires, composante sectorielle, dispositions concernant le traitement spécial et différencié, traitement des Membres ayant accédé récemment, mesures supplémentaires et obstacles non tarifaires. »[519] Dans le cadre de ce développement, il conviendra de s'intéresser aux mesures sectorielles. En effet, le but n'est pas encore de relever le niveau de réciprocité existant[520]. Il convient pour l'instant de mettre en avant les techniques qui peuvent participer à la définition d'une réciprocité globale. En ce sens, l'objectif de mettre en lumière les négociations sectorielles a pour but de prouver que la définition de l'équilibre global peut être appuyée par des discussions spécifiques qui ne concernent que les membres intéressés.

[518] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 2 août 2002,* 9 septembre 2002, TN/MA/M/2 paragr. 1.8.
[519] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 14 et 15 juillet 2003,* 2 février 2004, TN/C/M/11 paragr. 88.
[520] Cela sera traité en partie 2.

169. Des négociations sectorielles visant à affiner l'équilibre global. Les négociations sectorielles se révèlent alors un outil important pour un État qui souhaiterait rééquilibrer des concessions faites dans un autre secteur. On retrouve l'idée évoquée plus haut selon laquelle l'équilibre global de l'engagement unique est plus important que l'équilibre dans chaque groupe de négociation. Il convient de ne pas analyser pour l'instant les formules tarifaires de ce cycle, car ce sont des instruments qui aideront à l'évaluation de l'existence d'une réciprocité plutôt qu'à l'identification d'un équilibre global. L'étude des négociations sectorielles va nous aider à comprendre qu'un État peut améliorer son indice d'équilibre, car, au cours des négociations du cycle de Doha, chaque État a pu proposer des secteurs particuliers qui devaient être ouverts. À la lecture du document du 20 décembre 2007 relatif à la révision des négociations sectorielles dans le domaine de l'accès aux marchés pour les produits non agricoles[521], il faut tout de suite relever le but de ces négociations sectorielles. Les rédacteurs considèrent que « [l]es initiatives sectorielles viseront à réduire, à harmoniser ou, selon qu'il sera approprié, à éliminer les droits de douane, y compris à réduire ou éliminer les crêtes tarifaires, les droits élevés et la progressivité des droits, en plus de ce qui serait obtenu par la modalité de la formule, en particulier pour les produits dont l'exportation présente un intérêt pour les Membres en développement. »[522] D'une part cela conforte notre choix de nous concentrer dans un premier temps sur ces négociations sectorielles et de compléter cette étude par une analyse des formules dans une seconde partie. D'autre part, les rédacteurs ont bien mis en avant le rôle de complément de ces négociations en vue de réduire les crêtes tarifaires[523], les droits élevés et la progressivité des droits[524]. Le but est de supprimer toutes les externalités négatives des négociations qui pourraient fausser l'équilibre global et donc la réciprocité. Les initiatives sectorielles proposées dans ce document sont les suivantes : « automobiles et leurs parties ; bicyclettes et leurs parties ; produits chimiques ; produits électroniques/électriques ; poisson et produits à base de poisson ; produits forestiers; pierres gemmes et articles de bijouterie; outils à main; accès ouvert à des soins de santé améliorés; matières premières; articles de sport; jouets;

---

[521] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Négociations sectorielles dans le domaine de l'accès aux marchés pour les produits non agricoles (AMNA) - Révision,* 20 décembre 2007, TN/MA/W/97/REV.1.

[522] *Ibid*., paragr. 2.

[523] OMC, *Glossaire,* « crêtes tarifaires » : « Droits relativement élevés, applicables d'ordinaire aux produits "sensibles" alors que le niveau général du droit est faible. Pour les pays industrialisés, des droits de 15 pour cent ou plus sont généralement considérés comme des "crêtes tarifaires" ». Disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/tariff_peaks_f.htm,

[524] OMC, *Glossaire,* « progressivité des tarifs » : « Situation dans laquelle les produits transformés sont assujettis à des droits d'importation relativement plus élevés que ceux appliqués pour les produits bruts correspondants (…) ». Disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm

et textiles, vêtements et chaussures »[525]. Parmi elles, celles sur l'automobile ont pour co-auteur, entre autres, le Japon ; celles sur les produits chimiques ont pour co-auteurs le Canada et les États-Unis entre autres ; celles sur les produits électroniques et électriques ont entre autres pour co-auteurs la Corée, les États-Unis et le Japon ; et celles sur les matières premières sont proposées essentiellement par les Émirats arabes unis. Sans énumérer toutes les initiatives sectorielles, on ne peut que comprendre les intérêts stratégiques pour ces secteurs de la part des co-auteurs de ces initiatives. Le Japon étant un grand exportateur de produits électroniques, il est logique qu'il attende la suppression de certains obstacles non tarifaires ou la réduction des droits de douane à l'entrée de pays partenaires[526]. Il en va de même pour les autres exemples. Ainsi, ces négociations sectorielles permettent d'engager des mesures spécifiques plutôt que d'appliquer des formules tarifaires générales à des secteurs stratégiques qui, sinon, ne seraient pas forcément présents dans les négociations. Compte tenu des grandes périodes d'ouverture des marchés qui ont précédé le cycle de Doha, les efforts ont concerné ces secteurs stratégiques. Et, dans le futur, les efforts porteront sur des secteurs qui le seront encore plus. Le but est alors de parvenir à trouver un équilibre global fondé sur l'idée de l'engagement unique. On note également que ces processus de recherche de réciprocité globale s'étendent sur une période de plusieurs années dont la durée dépend de la décision des Membres. C'est pourquoi, dans l'évaluation de l'existence de la réciprocité, il est nécessaire d'étudier la recherche de la réciprocité globale à la fin du cycle, mais également sur plusieurs années en fonction de la période octroyée pour ouvrir les marchés.

170. L'élaboration procédurale des négociations sectorielles. Cependant, il existe des règles pour mettre en place ces négociations sectorielles. Avant de démarrer ces négociations sectorielles, les Membres intéressés doivent discuter des points suivants : « la définition de la masse critique, qui pourra inclure la part du commerce mondial et le niveau de participation des producteurs compétitifs ; la gamme des produits visés ; la période de mise en œuvre pour la réduction ou l'élimination des droits ; et le traitement spécial et différencié pour les pays en développement participants. » La gamme de produits visés, soulignée plus haut, dépend des intérêts stratégiques. L'importance de la période de la mise en œuvre a également été mise en

[525] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Négociations sectorielles dans le domaine de l'accès aux marchés pour les produits non agricoles (AMNA) - Révision,* 20 décembre 2007, TN/MA/W/97/REV.1 paragr. 4.

[526] En ce sens voir : GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Communication du Japon sur les approches « zéro pour zéro » et d'«harmonisation » - Addendum,* TN/MA/W/15/Add.2, 4 mars 2003. Proposition du Japon visant à élargir le champ des produits visés et à accroître le nombre de participants à l'Accord sur les technologies de l'information.

exergue. Elle peut être diverse. Par exemple, une des propositions visait une « élimination sectorielle des droits en trois phases de durée égale. (…) Les réductions tarifaires seront opérées par étapes annuelles égales, comme suit :

• les participants développés et les autres participants qui en décideront ainsi élimineront les droits à la fin de la première phase ;

• les autres participants procéderont à la réduction et à l'élimination des droits de la façon suivante : 1) réduction des droits à un niveau proposé ne représentant pas plus de 10 pour cent à la fin de la première phase ; 2) maintien de ce niveau durant la deuxième phase ; et 3) élimination des droits à la fin de la troisième phase. »[527] Ceci est un exemple de ce qui peut être proposé. Sans tenir compte des objectifs des taux finaux qui nécessiteraient une étude économétrique ou du traitement spécial et différencié, il convient alors de se contrer sur la masse critique. La masse critique, selon la présentation qu'en ont fait les représentants du Canada et des États-Unis*, «* représente un niveau négocié de participation sur la base de la part du commerce mondial qui, selon les Membres intéressés, devrait être couverte pour que ces Membres soient disposés à réduire les taux dans un secteur donné. »[528] Dans leurs communications, les représentants de ces deux États ont proposé un cadre intéressant à analyser. Sans énumérer toutes les étapes, il faut noter que les deux Membres proposent d'engager des discussions avec les États qui souhaiteraient participer « sur la base des intérêts commerciaux et/ou des manifestations publiques d'intérêts » ; et ensuite, avec les parties intéressées, « voir quels pays clés devraient participer pour que les participants potentiels soient disposés à accepter le taux d'harmonisation sectoriel sans avoir à craindre que de grands « profiteurs » bénéficient des avantages NPF sans contrepartie »[529]. On note donc que, bien que les résultats finaux soient étendus sur la base de la NPF, les États souhaitent une forme de réciprocité même si l'un des buts de cette communication est d'« encourager la participation des Membres afin que la masse critique soit atteinte même si certaines des grandes entités commerçantes ne participent pas »[530]. Cette idée de masse critique intéresse la question de la réciprocité globale. En effet, si l'on peut s'interroger sur la présence d'un équilibre dans chaque groupe de négociation, puis d'un équilibre global dans l'idée de l'engagement unique, il faut également

[527] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC l'OMC, *Projet d'éléments sur des modalités pour les négociations sur les produits non agricoles – Révision,* TN/MA/W/35/REV.1 paragr. 10, 19 août 2003.

[528] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Comment créer une initiative sectorielle réunissant une masse critique – Communication du Canada et des États-Unis,* TN/MA/W/55, 20 avril 2005.

[529] *Ibid.,* p.1.

[530] *Ibid.,* p.2

se demander si l'idée de réciprocité est prévue au sein de ces négociations sectorielles. Vu que tous les Membres ne sont pas représentés dans ces négociations, on constate que le choix porté sur la masse critique va préférer le poids commercial et économique à la représentativité formelle. Est retenu l'effet du commerce plutôt que le nombre de participants. La première hypothèse serait donc qu'il s'agit d'une forme de réciprocité selon l'objet plutôt que selon l'effet. On accepte qu'il y ait un certain niveau de masse critique, par exemple 90 %, et cela signifie que les 10% restant au maximum sont uniquement bénéficiaires grâce à la NPF. Si l'approche des gains absolus est retenue, cela ne représente pas une grande perte, car même si les 10% de cet exemple en profitent, le gain global est tellement supérieur qu'on peut considérer qu'il en résulte une forme d'équilibre. L'inverse est aussi vrai si on adopte une approche sur la base des gains relatifs. Néanmoins, cela ne signifie pas dans tous les cas qu'il existe de la réciprocité. C'est même le contraire. La réciprocité n'est pas recherchée au sein des négociations des groupes sectoriels. La réciprocité va potentiellement naître si un État dont les flux d'échanges sont importants accepte de rejoindre des négociations sectorielles d'un secteur où il n'a intérêt à offrir des concessions que si, dans un autre secteur déterminé, il peut obtenir des concessions qui l'intéressent davantage. Ainsi, la réciprocité naît de cette rencontre des intérêts. Là encore, on en revient à l'idée que les États ne cherchent plus à être gagnants en fonction d'un volume d'échanges, mais plutôt en fonction des secteurs. Il est donc difficile de parler de réel équilibre global en fonction de ce raisonnement, ou de réelle réciprocité globale, sauf à supposer que la conclusion d'un accord contribue à présumer qu'il existe un équilibre. C'est pourquoi les négociations sectorielles ont certes été admises par de nombreux États qui avaient intérêt à ouvrir de telles négociations, mais elles ont été critiquées soit en elles-mêmes, soit dans leur fonctionnement. Dans cette dernière hypothèse, il faut indiquer le cas de la délégation norvégienne qui « estimait que l'approche sectorielle représentait un moyen intéressant d'améliorer la formule, mais hésitait à y souscrire vu son caractère non obligatoire dans la mesure où elle ne serait pas harmonisée avec la formule dans son application. »[531] Ainsi, cette délégation critiquait le risque de passager clandestin, mais aussi le comportement de certains États qui auraient pu par exemple supprimer la totalité des droits de douane par exemple, alors que leurs précédents droits étaient déjà très peu élevés. Cela créerait peu de bénéfices en contrepartie pour les autres parties. Cela renvoie donc à l'idée d'une recherche de réciprocité. La délégation chilienne partage cet avis. Elle craint qu'en utilisant uniquement une réduction des droits de douane à zéro, les négociations sectorielles ne soient pas ambitieuses et

[531] COMITÉ DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 14 et 15 juillet 2003,* 2 février 2004, TN/C/M/11 paragr. 177.

poussent les États à maintenir une grande protection sur les produits sensibles et dont les droits de douane devraient être davantage réduits. De plus, la délégation chilienne souligne que, lors de ces négociations sectorielles, une approche fondée sur une procédure de présentation de demandes et d'offres tendrait « à limiter la négociation aux principaux exportateurs et importateurs du produit en question. Il en découle une quasi-marginalisation des pays en développement qui sont en général exportateurs principaux de peu de produits et dont les marchés d'importation sont souvent de petite taille »[532]. L'on peut être en accord ou en désaccord avec ces positions, elles reflètent tout de même la crainte d'être « perdant » à la fin des négociations et donc de subir un déséquilibre.

Les constats portés supra sont ceux qui résultent du cycle de Doha et ne s'appliquent pas à toutes les négociations commerciales ni à tous les précédents cycles. Néanmoins, cela a permis de constater qu'il existe tout de même une recherche d'équilibre qui peut se manifester par de la réciprocité. Or, de nos jours, la réalité économique et la commerciale sont parfois difficilement compatibles avec une théorie de l'équilibre global. Les recherches de réciprocité sont plus sectorielles. C'est pourquoi la recherche de la réciprocité est davantage concentrée autour de certains secteurs clés qu'il s'agira d'étudier. Cela permettra de mettre en avant l'identification d'une intention de réciprocité spécifique.

Paragraphe 2 : La réciprocité spécifique selon l'objet

171. L'idée d'une réciprocité spécifique découle tout d'abord de la lecture de Robert Keohane. Sans revenir sur cette définition, rappelons que l'auteur utilise la notion de « *specific reciprocity »* pour se référer *« to situations in which specified partners exchange items of equivalent value in a strictly delimited sequence. If any obligations exist, they are clearly specified in terms of rights and duties of particular actors*. »[533] Si nous délaissons à présent le regard porté aux effets qui seront étudiés dans le prochain chapitre, nous ajoutons à cette réciprocité spécifique un caractère selon l'objet. Cela conduira à définir le champ défini auquel s'applique la réciprocité sans comparaison à d'autres objets de négociations. De plus,

[532] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Modalités possibles de négociation sur les obstacles non tarifaires – Communication du Chili – Addendum,* TN/MA/W/17 paragr. 12, 18 mars 2003.
[533] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », International Organization, 40, *MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation*, 1986, p.4.

l'utilisation du même terme pour l'objet et les effets assurera davantage de cohérence. Néanmoins, la réciprocité spécifique de Robert Keohane est strictement définie sur la base des effets, si bien qu'elle ne dépend pas de l'existence d'une réciprocité spécifique par objet. Ainsi, par souci de précision, il faut indiquer qu'une réciprocité spécifique selon l'effet pourra également s'appliquer à une réciprocité globale selon l'objet si les critères de définition du Professeur Keohane s'appliquent. Le choix a été fait de s'inspirer de sa définition et de construire une réciprocité spécifique selon l'objet. Une fois cette clarification étant faite, sera effectuée, la question de la préférence des secteurs auxquels s'applique la réciprocité sera approfondie. Est-ce seulement une réciprocité en valeur d'échange qui est recherchée, ou est-ce que la réciprocité cible des éléments précisément ? Consacrer une étude à l'objet des marchés publics en maintenant cette interrogation nous amène à constater que l'identité de la réciprocité peut être l'accès au marché (A). Néanmoins, cette identité n'est pas unique et l'intérêt porté au secteur de l'agriculture montrera que la réciprocité peut également servir à favoriser une harmonisation des droits. Compte tenu du faible nombre de conventions en la matière, il ne s'agira que d'une hypothèse fondée sur le droit interne de l'Union européenne. Ce dernier point permet également de réitérer l'idée de la volonté de l'État qui est au cœur de la réciprocité (B).

A – La réciprocité sectorielle par la recherche de l'accès au marché : l'exemple des marchés publics.

172. L'exemple de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP). Il a été fait le choix d'aborder la réciprocité au sein d'un secteur d'activité et non pas seulement comme le résultat d'une diffusion des avantages de la réciprocité. C'est parce qu'il est souvent fait référence à la réciprocité lorsque l'objet des négociations est précis qu'il faut étudier son existence à l'échelle d'un secteur. Il est possible de multiplier les exemples de secteurs. Néanmoins, celui des marchés publics semble le plus éclairant. Cela s'explique par des raisons d'ordre stratégique. Tout d'abord, les marchés publics correspondent à une part essentielle du PIB européen et des PIB nationaux. Ensuite, ces contrats répondent à une demande directe d'un acheteur public. Enfin, depuis de nombreuses années, il apparaît la nécessité de conditionner sur une base de réciprocité, les appels d'offres européens pour les candidats étrangers. Cette référence à la réciprocité est tout d'abord issue de l'accord plurilatéral sur les marchés publics de l'OMC. Plus exactement l'article XXII § 7 de l'accord prévoit que « (…) les Parties engageront de nouvelles négociations en vue d'améliorer l'Accord, de réduire et d'éliminer progressivement

les mesures discriminatoires, et d'étendre le plus possible son champ d'application entre toutes les Parties sur une base de réciprocité mutuelle, en prenant en considération les besoins des pays en développement. » Cela a permis à de nombreux États d'ouvrir l'accès à leurs marchés publics sous une condition de réciprocité. Autrement dit, les marchés ouverts sont ceux mentionnés dans les listes par les États. Ces listes contiennent des exceptions relatives à certains États auxquels l'Accord ne s'applique pas. C'est par exemple le cas de l'Union européenne qui a divisé ses listes en fonction de chaque entité. Ainsi fixés les valeurs de seuils applicables, mais aussi les secteurs pouvant être soumis à la réciprocité.

173. C'est par exemple le cas de listes de l'Union européenne[534]. Les notes concernant les entités du gouvernement central précisent que, « *procurement by procuring entities covered under this Annex of air traffic control equipment in regard of suppliers and service providers from the United States ; procurement by procuring entities covered under this Annex of good or service components of procurement which are not themselves covered by this Agreement in regard of suppliers and services providers from the United States and Canada; until such time as the EU has accepted that the Parties concerned provide satisfactory reciprocal access for the EU goods, suppliers, services and service providers to their own procurement markets*. »[535] Pareillement, la liste de l'Union européenne concernant les entités des gouvernements sous-centraux, prévoit une liste de secteurs, de biens et de services qui là encore, *« shall not be considered as covered procurement (…) until such time as the EU has accepted that the Parties concerned provide satisfactory reciprocal access to EU goods, suppliers, services and services providers to their own procurement markets* »[536]. Il en va de même pour les entités de l'annexe 3[537]. Sans multiplier les exemples, il faut également indiquer que le Canada conditionne également, dans sa liste, les services de son annexe 5 et ceux de l'annexe 6 relatifs aux services de construction à une Partie « dans la mesure où cette Partie a accordé un accès réciproque au service considéré »[538].

---

[534] OMC, *Union européenne - Entités du gouvernement central – Annexe 1,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=1&ContentCulture=fr
[535] *Ibid.,* soulignage ajouté.
[536] OMC, *Union européenne - Entités des gouvernements sous-centraux – Annexe 2,* [en ligne]. Disponible sur :: https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=2&ContentCulture=fr
[537] OMC, *Union européenne – Autres entités – Annexe 3,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=3&ContentCulture=fr
[538] OMC, *Canada – Notes générales – Annex 7,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/en/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=7&ContentCulture=fr

174. L'exemple des États-Unis. Les États-Unis ne mentionnent pas le recours à la réciprocité explicitement, mais le suggèrent. Il faut en ce sens aller aux notes générales de l'annexe 7 relatives à l'Accord sur les marchés publics. Si les autres annexes détaillent les secteurs non couverts et leurs conditions de couvertures, l'annexe 7, prévoient des conditions de réciprocité à certains produits et services des annexes précédentes. Ces conditions peuvent être générales comme concernant les produits et services de l'annexe 5 qui est couverte « *with respect to a particular Party only to the extent that such Party has included that service in its Annex 5*. »[539] La réciprocité n'est pas mentionnée, mais des éléments de conditionnalité et d'équivalence sont bien présents. Là encore, d'autres exemples de cette liste pourraient être cités, mais il faudra seulement retenir que cette annexe retire du champ de l'Accord des produits ou des services, alors que d'autres Parties à l'Accord ne les proposeraient pas.

175. La présence de la réciprocité dans les réserves. Ce regard porté aux réserves nous renvoie à la distinction précédemment effectuée entre le caractère réciproque d'un accord et la condition de réciprocité. Dans l'AECG les annexes prévoient certains types de réserve qui font référence à la réciprocité dans des secteurs spécifiques. Par exemple, une réserve prise par l'Union européenne est une réserve à l'égard du traitement national : « [l]es autorités compétentes d'un État membre de l'UE peuvent reconnaître l'équivalence des qualifications d'un auditeur qui est un ressortissant du Canada ou de tout pays tiers, afin de l'autoriser à agir en qualité de contrôleur légal des comptes dans l'UE, sous réserve de réciprocité ». Pareillement, des réserves en matière de traitement national et d'accès aux marchés ont été émises par la Belgique concernant la prestation de services juridiques en droit belge. Ces réserves se basent sur une « condition de réciprocité ». Autre exemple de réserves à la nation la plus favorisée, la « Finlande se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure accordant un traitement différencié en vertu d'accords bilatéraux existants ou futurs, qui exempte les navires immatriculés sous pavillon d'un autre pays spécifié ou les véhicules immatriculés à l'étranger de l'interdiction générale de pratiquer le cabotage en Finlande (y compris les transports combinés routiers et ferroviaires), selon le principe de la réciprocité. » Il faut tout d'abord remarquer que la réciprocité s'inscrit en confrontation avec le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Il ne s'agit pas d'une opposition, mais plutôt d'une exonération à ces principes. Ensuite, la mention de la réciprocité est différente dans ces exemples. Il est fait

[539] OMC, *États-Unis d'Amérique – Notes générales – Annexe 7,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=UnitedStates&AnnexNo=7&ContentCulture=fr

référence à une condition sous réserve de réciprocité, à une condition de réciprocité ou encore une référence au principe de réciprocité.

Pour revenir plus spécifiquement aux marchés publics, il faut se référer à la note de l'annexe 19-5[540] sur les marchés publics de l'Union européenne. Cette note prévoit une condition de négociation future sur la base de réciprocité pour les services de ladite annexe. En effet, si « la législation de l'Union européenne sur les marchés publics entraîne un élargissement de la portée des services et des concessions de services visés par cette législation », l'Union est prête « à entamer des négociations avec le Canada en vue d'étendre sur la base de la réciprocité, le champ d'application du présent chapitre (…) ». Cette clause permettra de rééquilibrer les concessions existantes et de les ajuster sur une base de réciprocité. Cela laisse présumer que les concessions déjà négociées et figurant dans l'annexe l'ont été sur une base de réciprocité également. L'accord de libre-échange passé par l'Union européenne avec Singapour contient également cet exemple de clause. En effet, il est stipulé dans l'annexe relative aux marchés publics que : « *should the on-going revision of the Union legislation on public procurement result in an expansion of the scope of services and services concessions fully covered by that legislation, the Parties will, at the request of either Party, review the possibility of further access to services and services concessions in view of balanced market access opportunities for both Parties. (...)* »[541]. À la manière de l'AECG, l'accord avec Singapour réserve ce rééquilibrage pour les concessions de services et non les autres secteurs. Mais à sa différence, la réciprocité n'est pas évoquée explicitement. La question qui se pose et qui sera étudiée dans la Partie 2 est celle de l'effet de réciprocité. Les clauses sont similaires dans leurs idées, mais non dans leurs formes. Cela signifie-t-il que l'idée de réciprocité soit présente dans l'accord avec le Canada, mais pas dans celui avec Singapour ? A contrario, cela suppose-t-il qu'il faille nécessairement mentionner la réciprocité pour qu'elle produise ses effets, ou seulement ses critères d'identification, à savoir : la conditionnalité et le caractère synallagmatique (qui ont été traités) et l'équilibre[542] ? Ces questions se posent d'autant plus que les accords passés par l'Union européenne avec le Japon ou encore le Royaume-Uni ne font ni référence à la réciprocité en matière de marchés publics et même contiennent ladite clause. Ainsi, il faudra se demander si l'absence de mention de réciprocité, suffit à penser que les négociateurs ont souhaité ne pas y

[540] Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, d'autre part, COM(2016) 444 final, 5 juillet 2016, annexe 19-B – Liste d'engagements en matière d'accès aux marchés du Canada .
[541] Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république de Singapour, JO L 294, L 294/3, 14 novembre 2019, annexe 9-E .
[542] Cela sera traité en partie 2.

faire référence. De plus, cette question soulève une autre observation qui est mentionnée en filigrane de cette thèse : la présence ou l'absence de la réciprocité est bien indépendante du caractère réciproque d'un accord bilatéral et mérite d'être analysée différemment. Cette observation peut être poussée plus loin, car si les accords passés avec le Royaume-Uni ou la Corée du Sud ne retiennent pas explicitement la réciprocité en matière de marchés publics, il existe une autre réciprocité par identité des biens ou des services. Il est ainsi fait référence à des conditions de réciprocité pour les services juridiques ou pour l'exercice de certaines activités sur le territoire de l'autre État partie. Cela laisse donc supposer qu'il puisse y avoir ou non de la réciprocité, et la méthodologie d'analyse dressée dans la partie 2 permettra de répondre à ces interrogations.

176. L'exemple des accords conclus par les États-Unis. Les dispositions relatives aux marchés publics dans les accords portés par les États-Unis sont différentes de celles européennes. Celles-ci sont moins ambitieuses par leurs portées et visent, en majorité, à reprendre bilatéralement les droits existants de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, ou à approfondir faiblement ces droits. Au premier abord, à la lecture simplement formelle des dispositions des accords de libre-échange conclus par les États-Unis avec le Panama, la Corée du Sud, le Maroc, l'Australie ou encore le nouvel accord de libre-échange entre les États-Unis, le Mexique et le Canada, il apparaît que l'aspect réciproque l'emporte sur la réciprocité, car il n'y est aucunement fait référence à l'idée de réciprocité. Il en est de même des annexes relatives à ces accords. Encore une fois se posera la question de l'obligation de mentionner la réciprocité dans les accords.

177. La prise en compte des candidats étrangers par le droit interne des États-Unis. Cependant, il suffit de se plonger dans la réglementation américaine en matière d'accès des candidats étrangers aux marchés publics des États-Unis pour comprendre que chaque accord est teinté de réciprocité. Avant tout, brièvement, il nous faut rappeler que le régime national s'appliquera aux marchés publics pourra être soit le *Buy American Act* de 1933, soit le *Trade Agreement Act* de 1979, soit aucun des deux. Outre les conditions qui s'appliquent à chaque régime, il faut retenir que, dans le premier cas, le coût du marché doit être compris entre 10 000 et 183 000 dollars, tandis que le deuxième concerne ceux supérieurs à 183 000 dollars et le troisième ceux inférieurs à 10 000 dollars[543]. Pour ne retenir que le *Trade Agreements Act* de

[543] SCHWARZENBERG, Andres B., *U.S. Government Procurement and International Trade,* Congressional Research Service, [en ligne], 10 janvier 2023. Disponible sur : https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47243

1979, il nous faut relever que le droit interne pense la réciprocité au centre de l'accès aux marchés publics états-uniens par des candidats étrangers. En effet, le paragrahe 2511 du *Trade Act* de 1979 prévoit des dérogations aux règles discriminatoires opposées aux candidats étrangers. En effet, il est prévu que le Président des États-Unis peut renoncer, « *with respect to eligible products of any foreign country or instrumentality designated under subsection (b), and suppliers of such products, the application of any law, regulation, procedure, or practice regarding Government procurement that would, if applied to such products and suppliers, result in treatment less favorable than that accorded* ». Sont considérés comme des États ou des entités admissibles « *a country or instrumentality which (A) has become a party to the Agreement or the USMCA (as defined in section 4502 of this title), and (B) will provide appropriate reciprocal competitive government procurement opportunities to United States products and suppliers of such products* » ou encore des États autres qu'un pays industriel majeur, qui offriraient aux produits et services états-uniens les mêmes accès, ou enfin les États les moins développés. Ainsi, le *Trade Agreement Act* de 1979 permet un régime non discriminatoire aux candidats étrangers, seulement à cette condition. Cela accroît la thèse qui voudrait qu'il puisse y avoir réciprocité sans, pour autant, qu'elle soit mentionnée explicitement dans un accord, même s'il faut voir cet élément comme un indice de réciprocité plutôt qu'une preuve de réciprocité.

178. La prise en compte des candidats étrangers par le droit interne de l'Union. À la différence des États-Unis, le droit de l'UE ne prévoit explicitement l'utilisation de la réciprocité que dans la directive 2014/25/UE[544]. Il ne s'agit donc pas du régime général, mais uniquement les passations de marchés concernant les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des services postaux. L'article 85 de cette directive permet à une entité adjudicatrice de rejeter une offre provenant d'un soumissionnaire issu d'un pays tiers avec lequel l'UE aurait conclu un accord bilatéral ou multilatéral « assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers ». Toutefois, cet article ne traduit pas explicitement l'intention de l'UE de soumettre les marchés publics concernés par la directive à réciprocité. C'est l'entité adjudicatrice qui est titulaire de la possibilité d'imposer des conditions de réciprocité. L'article 86 de la directive confie à la Commission le pouvoir de veiller à ce que la réciprocité existe entre l'UE et des pays tiers. Néanmoins, là encore, la Commission ne dispose pas d'une obligation d'assurer des conditions de réciprocité lorsqu'elle

[544] Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, OJ L 94/243, 26 février 2014, article. 25.

le constate, mais elle « s'efforce, en intervenant auprès du pays tiers concerné, de remédier à une situation dans laquelle elle constate (…) qu'un pays tiers (…) n'accorde pas aux entreprises de l'Union un accès effectif comparable à celui qu'accorde l'Union aux entreprises de ces pays tiers ». Cependant, si elle se livre à un contrôle, elle peut, selon le paragraphe 4 de cet article « proposer » au Conseil « d'adopter un acte d'exécution visant à suspendre ou restreindre » l'attribution de marchés de services aux entreprises présentant un lien de rattachement avec le pays tiers. La volonté de réciprocité n'existe que parce que son défaut est sanctionné, contrairement aux lois américaines, où la réciprocité guide les négociations commerciales. À ceci, il faut ajouter une forme de réciprocité implicite. En effet, l'article 25 de la directive 2014/24 prévoit que l'Union européenne doit accorder aux « travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires » des conventions internationales auxquelles l'Union est partie, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ceux de l'Union[545]. Une lecture a contrario nous permet de comprendre que lorsque l'Union n'a pas de convention avec un État, elle peut refuser ledit traitement aux travaux, marchés, services et opérateurs économiques de ces pays. Cet article est sensiblement identique à celui de l'article 43 de la directive 2014/25.

179. Synthèse. Ces observations, en plus d'avoir prouvé l'existence d'une catégorie de réciprocité sectorielle, ont démontré en filigrane que l'objectif de cette réciprocité était l'accès aux marchés. En effet, en prenant en exemple les marchés publics, il est apparu autant dans les accords que dans les dispositions nationales, que les États visaient à accorder des avantages d'accès aux marchés sur une base de réciprocité. La réciprocité peut concerner tout produit, tout service ainsi que toutes modalités de droits. Ainsi, il faut retenir que la recherche de l'accès au marché est souvent visée par la réciprocité. Cela permettra, dans la seconde partie, de se fonder sur cet outil pour juger de l'existence ou de l'absence de réciprocité.

Toutefois, la réciprocité sectorielle peut prendre diverses formes et il ne faudra pas s'arrêter à une analyse fondée sur l'accès aux marchés. C'est pourquoi l'exemple de la réciprocité dans le secteur de l'agriculture doit être étudié.

[545] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE/, OJ, L 94/65, 26 février 2014 article 25.

B – La réciprocité sectorielle par la recherche de l'harmonisation des droits : le cas du secteur de l'agriculture

180. Contextualisation. Le choix de porter cette étude sur les questions agricoles est double. Tout d'abord, il répond à des préoccupations citoyennes. En effet et à certains égards au sein de l'Union européenne, on note une préoccupation grandissante de la qualité des produits alimentaires d'un point de vue sanitaire, mais aussi une volonté de mieux consommer. Cela est lié à des raisons sanitaires, mais également à la volonté de prendre en compte davantage le bien-être des animaux. Ces choix sociétaux sont pris en compte dans les rapports sur la consommation des produits alimentaires de l'Union européenne[546]. Ensuite, l'intérêt porté à ce secteur résulte de récentes déclarations à intégrer des logiques de réciprocité à l'importation et l'exportation de certains produits alimentaires. Le secteur de l'agriculture étant vaste, il faudra principalement s'intéresser à l'accès aux marchés de certains produits, mais surtout au respect des règles de conception de ces produits. En effet, la logique de réciprocité recherchée ne concerne plus uniquement l'accès aux marchés étrangers, mais oblige les importateurs à concevoir des produits équivalents aux normes européennes. Aux logiques sanitaires s'ajoutent donc celles de concurrence entre des professionnels du secteur agricole européen et des importateurs issus de pays tiers.

181. L'apparition de l'intention de réciprocité. La volonté d'intégrer une logique de réciprocité par l'Union européenne a été mise en exergue lors de la présidence française du Conseil de l'Union européenne. Le programme de cette présidence prévoyait déjà que des échanges auraient lieu concernant la « réciprocité des standards de production environnementaux et sanitaires entre les produits européens et ceux importés depuis des pays tiers, afin que les produits importés soient soumis à certaines exigences de production appliquées au sein de l'Union européenne (…). »[547] Cette citation indique à elle seule l'intérêt d'étudier le secteur agricole en matière de réciprocité. Elle vise à rehausser les qualités des produits alimentaires (à supposer que les normes européennes soient supérieures), tout en faisant en sorte que les producteurs européens ne soient plus victimes d'un défaut de

[546] COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Une stratégie "De la ferme à la table" pour un système alimentaire équitable, sain et respectueux de l'environnement,* [en ligne], COM/2020/381 final, 20 avril 2020. Disponible sur : https://food.ec.europa.eu/system/files/2020-05/f2f_action-plan_2020_strategy-info_en.pdf

[547] *Relance, puissance, appartenance – Le programme de la présidence française du Conseil de l'Union européenne* [en ligne], 2022. Disponible sur : https://wayback.archive-it.org/12090/20221120102926/https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/media/zeqny1y5/fr_programme-pfue-v2-5.pdf

concurrence. Ce choix peut être exécuté de diverses manières. Le règlement 2018/848 prévoit, en son article 45, des conditions d'importation de produits biologiques et en conversion. L'article 46 permet le même objectif en cas de « reconnaissance des autorités de contrôle et organismes de contrôle ». Enfin, l'article 47 autorise les importations desdits produits lorsqu'il existe une équivalence au titre d'un accord commercial. Face à ces instruments, l'Union européenne prévoit d'élaborer des dispositions législatives unilatérales conditionnant l'entrée des produits aux normes européennes. Dans le cadre de ce présent exposé, il s'agira de s'intéresser uniquement aux accords commerciaux, les dispositions législatives unilatérales de réciprocité étant traitées supra[548]. Néanmoins, cette position française n'est pas la première. Elle ne fait que mettre en lumière, au Conseil de l'Union européenne, les positions déjà exprimées au sein du Parlement de l'UE. En effet, le règlement n°1308/2013 qui portait sur l'organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles a été modifié par le règlement 2021/2115[549] du 06 décembre 2021, consolidé par la version du 24 avril 2022. Or durant ces discussions, le Parlement européen proposait d'amender la proposition de la Commission européenne, en y ajoutant un considérant 1 bis qui prévoyait que le « développement d'accords commerciaux conduit d'une part à accroître la mise en concurrence des producteurs agricoles à l'international, tout en leur ouvrant de nouvelles perspectives. Afin de maintenir une concurrence équitable et d'assurer une réciprocité dans les échanges internationaux, l'Union devrait faire respecter des normes de production conformes à celles établies pour ses propres producteurs, notamment en matière environnementale et sanitaire, sous réserve de réciprocité. »[550] L'utilisation de la réciprocité pour conditionner l'entrée des produits étrangers sur le territoire de l'Union européen, est explicite et assumée par le Parlement européen. Cependant, aucune mention de la réciprocité ne figure dans le règlement final susmentionné. Cette absence est d'autant plus marquante qu'à ce considérant, un des amendements du Parlement européen consistait à ajouter un article 188 bis prévoyant, en

[548] Voir chapitre 1 de la Partie 2.

[549] Règlement (UE) 2021/2115 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 établissant des règles régissant l'aide aux plans stratégiques devant être établis par les États membres dans le cadre de la politique agricole commune (plans stratégiques relevant de la PAC) et financés par le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), et abrogeant les règlements (UE) no 1305/2013 et (UE) no 1307/2013, PE/64/2021/REV/1, JO L 435/1, 6 décembre 2021.

[550] PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles, (UE) n° 1151/2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, (UE) n° 251/2014 concernant la définition, la description, la présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographiques des produits vinicoles aromatisés, (UE) n° 228/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union et (UE) n° 229/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des îles mineures de la mer Égée*, COM(2018)0394 – C8-0246/2018 – 2018/0218(COD), 7 mai 2019, considérant 1 bis.

matière d'importation de produits agricoles et agroalimentaires depuis des pays tiers, que les « produits agricoles et agroalimentaires ne peuvent être importés en provenance de pays tiers que s'ils respectent des normes et obligations de production conformes à celles adoptées, notamment dans les domaines de la protection de l'environnement et de la santé, pour les mêmes produits récoltés dans l'Union ou élaborés à partir de tels produits. La Commission peut adopter des actes d'exécution fixant les règles de conformité applicables aux opérateurs en matière d'importation, en prenant en compte les accords de réciprocité avec les pays tiers (…).»[551] Cette absence témoigne du caractère ambigu de l'utilisation du mécanisme de réciprocité. Surtout, cela traduit un manque de cohérence des États européens quant à l'utilisation de la réciprocité, certains à la manière de l'Allemagne, pensant qu'il s'agit d'un outil protectionniste visant uniquement à fermer des marchés. Le fait que certains États soient frileux résulte aussi de peur de se voir opposer des rétorsions ou des représailles à leurs exportations. Néanmoins, la position française a constitué un nouveau souffle et permis d'intégrer le raisonnement de réciprocité au sein du Conseil de l'Union européenne. Cette idée ne s'est pas limitée aux discussions du Parlement européen, puisqu'un rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 03 juin 2022[552], est venu conditionner « les importations agroalimentaires [au respect des] prescriptions sanitaires et phytosanitaires de l'Union ou des conditions reconnues par l'Union comme étant au moins équivalentes ». Bien que la réciprocité ne soit pas mentionnée, il s'agit là d'une clause de conditionnalité recherchant une équivalence des normes. Il est possible que le terme de réciprocité ne soit pas utilisé pour les motifs politiques évoqués plus haut. Ainsi, la politique commerciale européenne entend utiliser des clauses de réciprocité pour les produits agricoles. Cependant, contrairement à l'exemple de la réciprocité dans les marchés publics, l'accès aux marchés n'est que la conséquence de l'effet de réciprocité et non l'objectif. Ainsi, cela modifie l'effet de la réciprocité. Alors que l'utilisation de la réciprocité en matière de marchés publics visait à ouvrir les marchés, la réciprocité en matière de normes dans les accords vise essentiellement à exporter

[551] Amendements du Parlement européen, adoptés le 23 octobre 2020, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) nº 1308/2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles, (UE) nº 1151/2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, (UE) nº 251/2014 concernant la définition, la description, la présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographiques des produits vinicoles aromatisés, (UE) nº 228/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union et (UE) nº 229/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des îles mineures de la mer Égée, [en ligne], (COM(2018)0394– C8-0246/2018 – 2019//0218 (COD)), 23 octobre 2020. Disponible sur : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0289_FR.html

[552] COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Application des normes sanitaires et environnementales de l'Union aux produits agricoles et agroalimentaires importés,* COM (2022) 226 final, 03 juin 2022.

un modèle de normes ou à reconnaître une équivalence des normes selon les siennes. Il ne s'agit pas de discuter un nouveau modèle de standard. C'est ce qu'expriment certains accords en la matière. Pour démontrer cela, il ne faut plus étudier la réciprocité sous l'angle des importations et des exportations uniquement, mais en fonction de leurs normes de production.

182. La recherche d'une réciprocité stricte. Vu que l'objet de cette étude est de présenter une forme de réciprocité sectorielle et non - pour le moment - détailler le niveau de réciprocité, il faut tout d'abord reconnaître que l'existence d'une réciprocité mentionnée ou devinée dans les accords de libre-échange est limitée, car ces préoccupations sont récentes. Ceci est différent des dispositions où une simple équivalence est reconnue, car il s'agit de s'accorder sur une réciprocité prenant la forme d'une clause miroir. C'est pourquoi, parmi les accords de libre-échange de l'Union européenne, on peut relever sans aucun doute un exemple précis dans l'accord UE – Mercosur en matière d'importations d'œufs au sein du marché de l'Union européenne. Ces produits bénéficieront d'une libéralisation progressive, mais leur entrée au sein du marché de l'UE « *shall be accompanied by a certificate of compliance with Council Directive No. 1999/74/EC or any equivalent animal welfare official standards. (…). The equivalence to the conditions established by the Council Directive shall be verified either by official certification or by third party certification* [553]. Sinon, les autres accords de libre-échange prévoient dans leurs annexes, la reconnaissance d'équivalence entre les normes comme cela a été défini par les dispositions européennes et celles des États parties à un accord[554]. Ces deux exemples traduisent l'importance d'établir une différence entre réciprocité et équivalence. Dans le cadre d'une recherche d'équivalence, le but est d'aboutir à une négociation en vue de rechercher une harmonisation ou une reconnaissance mutuelle de certaines données. La réciprocité active, comme dans le cadre des clauses miroirs, conditionnera le résultat unilatéral d'un État. Dans les exemples cités, la réciprocité active est recherchée par l'Union européenne. C'est elle qui vient conditionner l'importation de produits des États du Mercosur à ses propres conditions. Il s'agit de restaurer des conditions de concurrence, autrement dit de *levelling the playing field*. Cependant, peut-on pour autant parler de réciprocité pour les États du Mercosur qui se voient imposer des conditions supplémentaires ? Sûrement sont-ils gagnants économiquement, car l'inverse serait contradictoire. Néanmoins, on peut relever que le résultat de réciprocité ne peut être finalement qu'unilatéral. Pour appuyer cette idée, il est possible de constater que les discussions qui entourent au futur accord de libre-échange entre l'Union

[553] HOLZER Kateryna, LIM Aik Hoe, « Trading in the era of carbon standards: how can trade, standard setting, and climate regimes cooperate ? », *Oxford Review of Economic Policy*, 2023, 39, 110–122, p. 120, voir note n°34.
[554] Voir par exemple les annexes du chapitre 5 de l'AECG relatifs aux mesures sanitaires et phytosanitaires.

européenne et la Nouvelle-Zélande témoignent certaines préoccupations relatives à la réciprocité des normes en matière agricole. Il faut tout d'abord indiquer que ces références à la réciprocité ne sont que partielles. La « Proposition conjointe de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de partenariat sur les relations et la coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Nouvelle-Zélande, d'autre part »[555], ne fait aucune référence à la réciprocité. Il en va de même de la recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande, qui, en matière sanitaire et phytosanitaire, ne renvoie qu'aux règles contenues dans les accords de l'OMC[556]. Il faut, là encore, attendre la prise de position du Parlement européen[557] pour imaginer une éventuelle condition de réciprocité. La réciprocité est utilisée, de toute évidence, comme un objectif général que l'accord devrait viser, mais il faut se référer au considérant 15 qui prévoit qu'un accord ambitieux doit porter sur « (…) certains aspects réglementaires tels que les barrières sanitaires et les normes phytosanitaires, diverses règles applicables aux produits agricoles et alimentaires sans pour autant revoir à la baisse les normes européennes élevées (…) »[558] . Face à ces textes et surtout face aux recommandations de décision du Conseil, le Sénat français a réagi en allant plus loin. Dans sa proposition de résolution européenne, il a intégré au considérant 15 l'idée que tout « nouvel accord de libre-échange doit s'appuyer sur une réciprocité effective pour ce qui concerne tant l'accès au marché, en particulier aux marchés publics, qu'un degré élevé d'exigence dans l'élaboration de normes communes sociales, environnementales ainsi que sanitaires et phytosanitaires en vue d'une protection toujours plus forte des consommateurs (…) » [559]. Le dossier législatif du Sénat sur cet accord et celui relatif à l'accord avec l'Australie laissent transparaître l'importance de la réciprocité. La réciprocité des normes, en l'espèce, implique donc une équivalence matérielle pas seulement présumée comme une reconnaissance mutuelle pourrait le permettre, mais exacte. La référence à la réciprocité et son usage vont donc plus loin que l'idée d'une équivalence. Elle est pensée comme le rétablissement d'une équivalence de données qui étaient non équivalentes.

---

[555] Proposition conjointe de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de partenariat sur les relations et la coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Nouvelle-Zélande, d'autre part, JOIN/2016/054 final - 2016/0366 (NLE), 28 novembre 2016.

[556] Recommandation de Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande, COM/2017/0469 final, 13 septembre 2017.

[557] Résolution du Parlement européen du 26 octobre 2017 contenant la recommandation du Parlement européen au Conseil sur la proposition de mandat de négociation en matière commerciale avec la Nouvelle-Zélande (2017/2193(INI)), *OJ C 346/219,* P8_TA(2017)0420, 27 septembre 2018*,* p. 219–225.

[558] *Ibid.,* considérant 15.

[559] SÉNAT, *Négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande,* [en ligne], Textes E 12362 et E 12407. Disponible sur : https://www.senat.fr/ue/pac/EUR000003497.html#88-4

183. L'exemple de l'équivalence. À la différence de la réciprocité, l'équivalence n'a pas le même objectif. Dans cet écrit, il est fait le choix de retenir une approche stricte de la réciprocité. Ainsi, la simple recherche d'une équivalence ne suffit pas à la qualifier de réciprocité. Pour l'illustrer, il faut se saisir de la décision (UE) 2021/1345[560]. Cette décision souligne que sur la base du règlement 2018/848, il est possible de reconnaître « un accès au marché de l'Union aux produits biologiques provenant de pays tiers qui ont été reconnus, au titre d'un accord commercial ». Ainsi, la décision prévoit de lancer de telles négociations avec lesdits États. Néanmoins, parmi ceux évoqués, la Suisse[561] et le Chili[562] et le Royaume-Uni[563] ont déjà prévu dans leurs précédents accords commerciaux des clauses de mises à jour. De ces premiers accords, deux constats doivent être dressés. Tout d'abord, l'équivalence et la réciprocité n'ont ni le même objet ni les mêmes effets. Ainsi dans l'accord conclu avec la Suisse, l'annexe 9 relative aux produits obtenus selon le mode de production biologique prévoit en son article premier que « (…) les Parties s'engagent sur la base de la non-discrimination et de la réciprocité, à favoriser le commerce des produits agricoles et denrées alimentaires obtenus selon le mode de production biologique en provenance de la Communauté et de la Suisse (…) ». Cependant, l'article 3 stipule que « (…) les dispositions législatives et réglementaires respectives figurant à l'appendice 1 de la présente annexe sont équivalentes ». Ainsi, la réciprocité va concerner l'accès au marché dans ce cas, tandis que la reconnaissance d'équivalence vise lesdites dispositions. La recherche de l'équivalence est également mentionnée dans l'accord avec le Chili[564] et celui avec le Royaume-Uni[565].

Le deuxième constat à relever est que ces accords prévoient des clauses de rééquilibrage. En effet, les trois accords utilisent la même formulation qui précise que les « Parties s'efforcent de mettre tout en œuvre pour assurer que les dispositions législatives et réglementaires couvrant

[560] Décision (UE) 2021/1345 du Conseil du 28 juin 2021 autorisant l'ouverture de négociations avec l'Argentine, l'Australie, le Canada, le Costa Rica, l'Inde, Israël, le Japon, la Nouvelle-Zélande, la Corée du Sud, la Tunisie et les États-Unis en vue de la conclusion d'accords sur le commerce des produits biologiques, OJ L 306, p. 2–3, 31 août 2021.
[561] Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles - Acte final - Déclarations communes - Information relative à l'entrée en vigueur des sept accords conclus avec la Confédération suisse dans les secteurs de la libre circulation des personnes, du transport aérien et terrestre, des marchés publics, de la coopération scientifique et technologique, de la reconnaissance mutuelle de l'évaluation de la conformité et des échanges de produits agricoles, OJ L 114 , p. 132–368, 30 avril 2002.
[562] Accord entre l'Union européenne et la république du Chili sur le commerce des produits biologiques, OJ L 331, p. 4–18, 14 décembre 2017 (pas encore en vigueur au 6 octobre 2023).
[563] Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, OJ L 149, p. 10–2539, 30 avril 2021.
[564] *Ibid.,* article 3.
[565] *Ibid.,* article 3

spécifiquement les produits visés à l'article 2 évoluent de manière équivalente. » Ainsi, chaque modification législative et réglementaire devra être signalée. Il existe une présomption d'équivalence qui peut être renversée si une Partie estime qu'il existe un déséquilibre. En ce sens, la Partie lésée, après échange et après demande d'une modification équivalente des dispositions de l'autre Partie, peut, en cas d'insatisfaction, suspendre unilatéralement la reconnaissance d'équivalence. L'accord sur le Royaume-Uni va plus loin, car, ayant été signé après le règlement 2018/848, il prévoit que la reconnaissance de l'équivalence est « réévaluée par chaque Partie au plus tard le 31 décembre 2023. Si, à la suite de cette réévaluation, l'équivalence n'est pas confirmée par une Partie, la reconnaissance de l'équivalence est suspendue. »[566] Détaillée ainsi, on peut comprendre qu'il existe dans l'équivalence une forme de réciprocité. Précédemment, la réciprocité et l'équivalence étaient distinguées sur une base matérielle. Or, en l'espèce, il existe un raisonnement de réciprocité qui ne concerne pas la matérialité, mais le processus de suspension. Les parties se sont accordées sur une équivalence qui n'est pas strictement, matériellement, de la réciprocité. Néanmoins, il existe un consensus sur la base de cette équivalence qui crée une interdépendance dans l'obligation de ces Parties, obligation qui est soumise à une condition d'équivalence. Ainsi, il est possible d'y reconnaître une réciprocité juridique dans son fonctionnement, mais pas forcément une réciprocité matérielle. Il en ressort qu'il peut exister une forme de réciprocité juridique en ce que les États adoptent un tel mécanisme, sans pour autant, qu'il existe une parfaite équivalence matérielle. Ce raisonnement n'est pas éloigné des exemples se fondant sur les accords de libre-échange conclus par l'Union européenne et le Mercosur ou le futur accord avec la Nouvelle-Zélande. Dans les deux cas, l'idée de réciprocité était d'inciter l'autre partenaire à adhérer à un degré de matérialité que l'Union européenne retenait. Ainsi, il faut admettre, dans le cas du Chili, de la Suisse et du Royaume-Uni, que le processus de recherche de l'équivalence consiste à une recherche de réciprocité, car l'autorisation unilatérale d'équivalence n'existe plus. Cela renvoie à l'indice précédemment évoqué qui est celui de l'autorisation. L'idée de la recherche de réciprocité, ou de concessions sur une base de réciprocité qui serait explicitement mentionnée, renverrait soit à des mécanismes d'autorisation, soit à un mécanisme de contrôle tout au long des échanges. La réciprocité ne serait donc pas uniquement la recherche d'une équivalence, mais plutôt la recherche d'un équilibre constant qui se fonderait non seulement sur ce qu'un État reçoit, mais aussi sur ce qu'il accorde.

[566] *Ibid.,* article 3 paragr. 3.

CONCLUSION CHAPITRE 1

La réunion de l'approche organique fondée sur les acteurs et celle selon l'objet a permis de mettre en évidence que les relations commerciales sont et seront davantage organisés autour de la recherche de réciprocité. L'approche organique a permis de démontrer que la réciprocité est au cœur de la formation des engagements des États. Néanmoins, elle est dépendante des processus internes de détermination de l'objet des négociations. Ainsi, la capacité de créer la réciprocité est liée au pouvoir et à la marge de manœuvre dont dispose l'institution ou l'organe national. Il ressort de ces analyses que plus les pouvoirs de négociations sont concentrés entre les mains d'un même acteur, plus celui-ci pourra, s'il le souhaite, imposer sa logique de réciprocité, comme le montre l'exemple des États-Unis. Cependant, les divisions existant au sein de l'Union européenne affaiblissent les capacités de recherche de réciprocité en cas de désaccord entre les institutions. C'est parce que la réciprocité n'est pas inhérente aux relations commerciales internationales que ce caractère contingent se reflète dans le choix d'appliquer la réciprocité à un secteur, un produit ou un service plutôt qu'un autre. Cette volonté est au cœur même de la définition de la réciprocité et s'exprime par l'existence du lien synallagmatique qui relie lesdites obligations. Cet élément est également un précieux outil d'interprétation qui permet de rattacher les obligations à exécuter, qu'il s'agisse de réciprocité globale ou de réciprocité spécifique. Bien que les liens soient plus explicites dans le cadre de la réciprocité spécifique, compte tenu des multiples objets en matière de réciprocité globale, le *synallagma* remplit cette mission. C'est également grâce au caractère synallagmatique que nous sommes à même d'analyser s'il s'agit d'une recherche d'équilibre global ou non.

Néanmoins, il faut aussi souligner que le choix d'imposer des conditions de réciprocité ne ressort pas uniquement d'une volonté de privilégier certains objets de négociations, mais également de la capacité à conditionner des avantages en fonction de l'interlocuteur. C'est en ce sens qu'une réciprocité selon les effets se justifie. S'il existe des éléments intrinsèques à la définition de la réciprocité qui permettent de conditionner le bénéfice de certains avantages, il est nécessaire d'étudier quels sont les outils dont disposent les États pour limiter la diffusion de ces avantages. Néanmoins, compte tenu de l'interconnexion des accords multilatéraux et bilatéraux, ces procédés doivent s'intégrer dans un cadre défini par la non-discrimination. Compte tenu de ces éléments, nous comprenons là encore qu'il est possible de dresser une typologie de la réciprocité selon ses effets. Cette étude servira à déterminer quels sont ses effets.

CHAPITRE 2 : UNE CLASSIFICATION SELON L'EFFET DE LA RECIPROCITE.

De même qu'il existe plusieurs objets de réciprocité, nous pouvons estimer qu'il existe plusieurs effets de la réciprocité. Leur dénominateur commun est d'attribuer un caractère conditionnel à la diffusion des avantages. Le caractère de la conditionnalité est donc au centre des effets de la réciprocité. Néanmoins, cette conditionnalité s'exprimant là encore de diverses manières il nous faut nous interroger sur ces différentes formes d'expression doit nous intéresser. Cependant comment recourir à des conditions juridiques tout en les adaptant au fonctionnement du commerce international ? Cette question de l'effet amène également à nous attarder sur les raisons qui poussent à l'utilisation de la réciprocité. Il serait inopportun d'imposer des conditions à l'exécution des obligations si elles avaient des effets économiques négatifs pour celui qui les impose. Ainsi, aux règles du droit international général, s'ajoutent les outils commerciaux en vue de conditionner matériellement des avantages. Cela signifie également que par l'usage de ces outils, il est possible d'exprimer une forme de conditionnalité sans pour autant, que, formellement, on note une telle volonté (section 1). Néanmoins, ces éléments doivent s'intégrer dans le cadre de la non-discrimination bien qu'il existe de nombreuses marges de manœuvre – ce qui nous impose de nous interroger sur leur raison d'être - qu'il ne s'agira d'étudier que partiellement. Ces différentes marges interrogent la question de leur raison d'être. Or, compte tenu de la volonté des États de mieux définir les bénéficiaires des avantages accordés, nous pouvons estimer qu'il s'agit d'une réelle tendance qui n'exprime pas forcément de la réciprocité, mais plutôt un indice pouvant conduire à de la réciprocité. L'indice peut laisser place à une réelle recherche de réciprocité lorsqu'elle est explicite (Section 2).

Section 1 : Les caractères de la conditionnalité

184. Comme déjà exposé, il paraît nécessaire de pouvoir appliquer ce critère de la conditionnalité qui, en raison de sa forme juridique, permet d'utiliser le droit, à bon escient, pour garantir les objectifs commerciaux des États. Les précédentes observations ont démontré l'importance de l'intention de la recherche de réciprocité dans sa définition. Présenter le caractère conditionnel sans tenir compte des buts de la réciprocité n'aurait pas de sens (paragraphe 1). Par ailleurs les règles d'origine, parmi de nombreux autres instruments, sont un moyen de restreindre les bénéfices d'un accord en s'appuyant sur les effets, et donc les flux commerciaux, plutôt que sur l'expression formelle d'une conditionnalité au sein d'une norme. Il nous faudra donc montrer qu'elles constituent des instruments efficaces de la conditionnalité selon les effets. Un cadre de réciprocité implicite peut en être extrait (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La transposition de la conditionnalité aux réalités commerciales

185. Le point de départ de cette démonstration doit démarrer par une étude de la conditionnalité strictement juridique contenue dans les accords. Qu'entendons-nous par la conditionnalité existant dans la réciprocité ? Les contours de sa définition et sa malléabilité permettront de penser pourrait s'adapter aux desseins des relations commerciales (A). Néanmoins, l'application de la réciprocité et de son caractère conditionnel ne doit pas reposer sur une analyse faussée des relations commerciales ou imposer un but à la réciprocité qui ne soit pas adapté. Il convient plutôt de l'appliquer à des maillons ciblés des relations commerciales (B).

A – L'expression de la conditionnalité juridique et matérielle

186. Contextualisation. L'idée de cette étude repose sur un problème qui a seulement été identifié. Si dans le cadre d'un accord, il est aisé de déterminer le lien juridique prouvant la réciprocité, ce n'est pas le cas dans la réciprocité matérielle et donc lorsqu'il n'existe aucune obligation au sujet de l'échange d'un bien, d'un service ou d'un droit. Ce n'est que si un État A, accorde à un État B un avantage que l'État B en fera de même et inversement. Le problème

sera similaire à l'étude concernant le caractère synallagmatique. Il sera aisé d'identifier la conditionnalité lorsqu'elle est explicite, mais non dans le cadre de la réciprocité matérielle. Étudier le caractère conditionnel de la réciprocité est un prolongement de l'analyse du caractère synallagmatique. C'est parce que les bénéfices accordés sont conditionnés à la réalisation de l'exécution de chaque partie que naît la réciprocité. En ce sens, le principe serait selon Kelsen que si « la prestation de l'une des parties contractantes est conditionnée par la prestation de l'autre, la non-exécution de l'obligation de la dernière a pour conséquence automatique que l'obligation de la première cesse d'être valable »[567]. Cela est d'autant plus vrai en matière de réciprocité matérielle. En effet, dans le cadre de la réciprocité juridique, il est possible que des obligations juridiques soient réciproques, sans, pour autant, qu'il y ait une réelle intention de soumettre une obligation à une réelle conditionnalité, et donc de faire dépendre l'exécution d'une obligation à une autre obligation. En matière de réciprocité matérielle comme cela a été rappelé, il y a deux hypothèses. Soit la réciprocité matérielle découle d'accords ou d'un engagement unilatéral et ainsi constitue la signification matérielle d'un engagement, soit elle est le fruit de comportements unilatéraux des États. Alors, dans le cadre de la réciprocité matérielle, il pourrait être avancé que la conditionnalité renforcerait l'existence d'un *synallagma a posteriori,* lorsqu'un État considérerait qu'une telle réciprocité n'est pas remplie. Dans le cadre de la réciprocité juridique, il en va différemment : la conditionnalité est le pendant du caractère synallagmatique. Ainsi, la conditionnalité résulterait de l'engagement à l'exécution d'une obligation corrélative. Il est important de distinguer les deux formes, car elles expriment des conditions différentes. Dans le cadre de la réciprocité juridique, la conditionnalité est fortement liée au caractère synallagmatique, si bien que la condition repose sur l'exécution d'obligations correspondantes par les Parties. Le caractère conditionnel a alors une conséquence sur l'exigibilité de l'obligation. Dans le cadre de la réciprocité matérielle, en l'absence d'engagement, la conditionnalité sera évaluée sur la base des avantages concrets accordés.

187. La conditionnalité dans l'accord. Pour mieux exposer ces différences, il conviendra d'analyser la spécificité de la conditionnalité qui ressort d'un accord. Serviront d'exemples les décisions des cours d'arbitrages, particulièrement dans l'affaire relative aux services transfrontières de camionnage de 2001[568] opposant les États-Unis et le Mexique serviront d'exemples. Dans le rapport rendu par le Groupe spécial institué par le chapitre 20 de

[567] KELSEN Hans, « la théorie juridique de la convention », *Arch. Phil*. Droit. p.55.
[568] Groupe spécial arbitral institué conformément au Chapitre 20, *Des services transfrontières de camionnage*, Dossier du Secrétariat USA-MEX-98-2008-01, 6 février 2001.

l'ALENA, les deux États avaient convenu de l'octroi d'un traitement national aux services transfrontières de camionnage. Néanmoins, les États-Unis avaient accordé le traitement à certains services et non pas à la totalité. En effet, les autorités américaines n'ont pas délivré de permis d'exploitation à tous les transporteurs de voyageurs détenus ou contrôlés par des personnes du Mexique. Les États-Unis fondaient leurs justifications sur l'absence de « circonstances analogues », car la clause accordant un traitement national reposait sur cette notion. Son interprétation divergeait et les membres du Groupe spécial s'interrogeaient sur l'étendue de la notion en question. Les États-Unis sont-ils ou non « tenus d'examiner une à une les demandes des transporteurs mexicains souhaitant obtenir un permis d'exploitation sur le territoire américain afin d'établir dans chaque cas si le demandeur remplit ou non les normes auxquelles doivent se conformer les transporteurs exerçant une activité aux États- Unis (…) » ou la comparaison peut-elle être « appliquée aux « fournisseurs de services » considérés collectivement du point de vue de leur nationalité »[569] ? Avant de poursuivre, il faut rappeler que la réciprocité, dans les relations commerciales, doit s'intégrer aux obligations de traitement national et de nation la plus favorisée lorsqu'elles existent. Lors de l'étude historique de la réciprocité, il a été démontré que ces notions ont été accordées sur une base conditionnelle ou inconditionnelle. Les négociations au GATT puis à l'OMC imposent un octroi sans discrimination. Ces notions structurent les échanges et les avantages accordés et s'imposent à toutes les obligations prises, sauf dans le cas où des exclusions sont prévues. Dans l'affaire mentionnée opposant les États-Unis et le Mexique et donc dans le cadre de l'ancien ALENA, c'est le traitement national qui est conditionné à des circonstances analogues. Pour en donner une interprétation, les membres du Groupe spécial se sont fondés sur le rapport du Groupe spécial de l'affaire de « l'article 337 »[570]. Cette affaire prévoyait qu'en matière d'obligation semblable, « un traitement identique des marchandises importées et des marchandises d'origine nationale n'est pas nécessairement requis (…) ». Néanmoins, il est également possible que certaines prescriptions à l'importation exigent des obligations identiques. Ainsi, il existe une latitude dans l'appréciation de la conditionnalité. Mais cette latitude est elle-même conditionnée par les termes de l'accord, par le respect des principes du droit international et par le fonctionnement du règlement des différends. C'est pourquoi dans cette affaire, les membres du Groupe spécial dressent une ligne médiane en affirmant que « le traitement différencié ne dépasse pas la mesure nécessaire pour la réalisation d'objectifs légitimes de réglementation tels que la sécurité et que ce traitement différencié soit équivalent à celui qui est accordé aux

[569] *Ibid*., paragr. 247.
[570] *Ibid*., paragr. 251.

fournisseurs nationaux de services »[571]. La conditionnalité exprime une volonté de réciprocité. Mais la conditionnalité ne va pas s'exprimer de la même manière selon qu'il s'agisse d'un accord de l'OMC, d'un accord de libre-échange, d'un simple accord bilatéral, ou encore d'un accord en matière d'investissement. Cette conclusion est donc relative et dépendra de chaque accord. De plus, ce qui ressort davantage de cette affaire est que la discipline commerciale est si intégrée et dépendante de multiples facteurs qu'il est impossible d'aboutir à une réciprocité fondée sur une identité exacte des échanges. C'est pourquoi le traitement national ne peut admettre uniquement des éléments identiques, mais plutôt une forme d'équivalence acceptée. Là encore, l'intention des parties sera importante, car seuls les États seront aptes à déterminer le degré de précision conditionné. Avant d'étudier la détermination de l'équivalence, il est nécessaire d'étudier le caractère conditionnel dans le cadre de la réciprocité matérielle.

188. La conditionnalité dans la réciprocité matérielle. Cette démonstration repose principalement sur les mesures de réciprocité prises par les États-Unis dans le cadre de la section 301. Pour maintenir une cohérence avec l'étude sur le caractère synallagmatique des obligations, il s'agira de reprendre l'exemple de l'accès des professionnels états-uniens aux marchés chinois dans le secteur des technologies. De nombreuses investigations ont eu lieu sur ce constat de défaut de réciprocité. Par la suite de nombreuses hausses tarifaires ont été prises par l'USTR[572]. S'il faut considérer qu'il n'existe pas d'obligation synallagmatique antérieure, c'est au moment de l'instauration de ces droits que la conditionnalité se crée. Pour l'instant, elle est unilatérale et elle deviendra bilatérale en cas d'acceptation par l'autre Partie ou à la suite de négociations entre les États concernés. Par exemple, l'annexe du rapport d'investigation des États-Unis indique une hausse de droits de douane sur les composants d'« *Uranium depleted in U235, thorium; alloys, dispersions, ceramic products and mixtures of these products and their compounds* ». La liste de l'OMC des droits tarifaires sur l'importation de ces produits aux États-Unis fixe un taux de 5 % de droits maximums. Ce taux est celui pris sur une base de la nation la plus favorisée et donc celui qui est étendu à tous les États de l'OMC. Les États-Unis ne peuvent donc pas imposer un taux supérieur, et il est possible que les listes de classifications harmonisées nationales prévoient un taux inférieur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il est indiqué que le taux est bien de 5% dans le cadre des « *normal trade relations* ». Pour les relations qui ne seraient pas considérées comme telles, il existe une seconde colonne qui, en

[571] *Ibid*., paragr. 258.
[572] OFFICE OF THE USTR, *Notice of Determination and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, Docket No. USTR-2018-0005.

l'espèce, impose un taux de 45% pour les importations en provenance de certains États. Concernant la Chine, le retour à un taux NPF repose sur la condition d'ouvrir certains droits aux acteurs américains. Ainsi, cette forme de conditionnalité permet d'échapper au phénomène du passager clandestin en revenant sur l'octroi d'un bénéfice et en le conditionnant à ce qui semble être, pour un État, une recherche de réciprocité. Ainsi, en matière de conditionnalité, se retrouve le même phénomène qu'en matière de *synallagma*. Si, dans le cadre de la réciprocité juridique, le lien de *synallagma* situe l'obligation et son caractère conditionnel, la réciprocité matérielle peut prendre la forme d'une conditionnalité *a posteriori* qui pourrait conduire les États à de nouveaux engagements et potentiellement à rechercher une réciprocité juridique.

Cependant, il faut ajouter que la spécificité de la discipline commerciale a permis de créer des outils de conditionnalité des avantages. En effet, les accords commerciaux internationaux ont permis de créer, à la manière des règles d'origine, des mécanismes veillant à limiter les bénéfices des accords uniquement pour les Parties. Ainsi, il ne s'agit pas de conditionnalité entre deux Parties à un accord, mais entre les Parties et les États extérieurs qui ne bénéficient pas des avantages issus d'un engagement. Par ce biais et selon que ces règles sont plus ou moins rigides, les Parties cherchent à maximiser leur réciprocité matérielle. Une telle technique contractuelle peut être une réponse à un défaut de réciprocité matérielle originelle ayant conduit les États à des négociations. Ainsi, plutôt que de séparer strictement réciprocité juridique et réciprocité matérielle, la volonté de cette thèse est de montrer qu'il s'agit que de deux faces d'une même pièce et qu'il existe une influence interdépendante entre ces deux notions. Dès le départ, une distinction a été faite entre l'acte réciproque selon sa forme, et la réciprocité, comme la différence entre le contenant et le contenu. Le contenu est juridique lorsque cela est matérialisé explicitement par les États, et la réciprocité matérielle, une expression économique de cette réciprocité juridique. Inversement, à défaut d'obligation de réciprocité existante, un défaut d'équilibre matériel dans les échanges peut conduire à formaliser la naissance d'un équilibre par le biais de la réciprocité comme cela a déjà été démontré. Néanmoins, malgré cette fusion entre la réciprocité juridique et la réciprocité matérielle, la première doit faire preuve de souplesse pour s'adapter au fonctionnement du commerce international. En effet, selon Christian Deblock, la réciprocité est un concept qui « nous renvoie, en effet, à l'image d'un monde stratocentré, organisé selon les principes traditionnels de l'interdépendance mutuelle (…). Cette image rend mal compte aujourd'hui de l'activité transfrontalière : les marchés sont ouverts à la concurrence, les réseaux traversent les espaces économiques, les chaînes de valeur

les recomposent, les capitaux se redéploient d'un espace à l'autre (…). »[573] La réciprocité juridique fige des bénéfices entre deux États.

Or en matière de commerce international, les bénéficiaires sont des acteurs du commerce dont la nationalité économique n'est pas toujours celle des États Parties. Au-delà de cette question, qui sera traitée postérieurement, il s'agira de réfléchir aux incompatibilités existantes entre réciprocité et fonctionnement du commerce international. En effet, le caractère de conditionnalité qui est intrinsèque à la réciprocité peut être préjudiciable compte tenu de la difficulté d'appliquer une stricte conditionnalité dans les relations commerciales.

B – L'adaptation de la conditionnalité aux buts de la réciprocité

189. La référence au déséquilibre de la balance commerciale pour justifier la réciprocité. En recherchant les motivations économiques justifiant la recherche de réciprocité ou le recours à la réciprocité d'exécution, l'argument de l'équilibre de la balance commerciale d'un État a été souvent utilisé. Cela a surtout été le cas de l'administration Trump. En effet, comme cela a été précisé tout au long de cet écrit, les institutions européennes ont une vision sectorielle de la réciprocité fondée sur les droits plutôt que sur la valeur des échanges. La Chine, quant à elle, dispose d'une politique commerciale unilatérale où la réciprocité constitue un outil d'intervention en réaction à un comportement d'un État étranger plutôt qu'une demande d'équilibre.

Ainsi, ce développement portant sur l'environnement économique, il conviendra de se limiter à la position états-unienne, pour relever certaines limites de la réciprocité. En effet, le Président Trump a fait de nombreuses déclarations rattachant une volonté de réciprocité à l'existence supposée d'un déficit commercial. Selon son raisonnement, les importations étrangères étant supérieures aux exportations états-uniennes, cela laissait supposer un déséquilibre concurrentiel causé par des droits de douane non réciproques. Donald Trump s'était fait remarquer par des déclarations comme celle-ci « *We won't charge them anything and we send them our product, same product as they're sending us; and they'll charge us 50 and 75 percent tax — and that's*

[573] DEBLOCK Christian, « Le bilatéralisme commercial des États-Unis », *Cahier de recherche – CEIM* [en ligne], 2008, p.35. Disponible sur : https://ceim.uqam.ca/db/spip.php?page=article-ceim&id_article=4472

very unfair. So we're going to be doing very much a reciprocal tax (...)»[574] ou encore celle-ci : « *We are going to charge countries outside of our country, countries that take advantage of the United States* »[575]. Ces deux citations reflètent la volonté d'une réciprocité stricte quant aux droits de douane, ce qui n'a, sur le plan économique, pas de sens. Ainsi, pour Donald Trump, il ne pouvait y avoir réciprocité que sous une forme stricte qui doit être une réciprocité basée sur le volume des échanges, ou sur la balance commerciale[576]. Pourtant, une des logiques économiques qui préside les relations commerciales est celle des avantages comparatifs[577]. Celle-ci supposerait, plus généralement, que les États devraient toujours préférer l'échange et ainsi se spécialiser dans le domaine de production dans lequel ils bénéficieraient d'un avantage. Ainsi, chercher à garantir une réciprocité spécifique et identique pour l'échange de marchandises, n'a pas de sens, car, économiquement, cela reviendrait à imposer un même taux, à l'exportation et/ou à l'importation de produits ne bénéficiant pas des mêmes avantages de conditions de production. En ce sens, il nous faut constater une première limite. Sans entrer davantage dans les détails car cela a été traité en introduction, rappelons que la réciprocité peut toutefois être utile pour les États qui se spécialisent dans de nouveaux secteurs à haute valeur ajoutée, où la réciprocité consisterait d'une part à assurer à ses opérateurs une protection mais également à instaurer des conditions interdépendantes permettant la fluidité des échanges en cas de non-appropriation par un État de la majorité de la chaîne de valeur et/ou d'approvisionnement.

Par ailleurs, l'argumentation de Trump repose, comme cela a été dit, sur le volume des échanges ou sur la balance commerciale. Parce qu'il existerait un déficit commercial des États-Unis, il faudrait rétablir ce déficit par des mesures de réciprocité. Tout d'abord, cette affirmation doit être nuancée, car l'administration Trump avait seulement pris en compte la balance commerciale pour certains biens sans tenir compte également de celle des services, qui était en

[574] THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, *Remarks During a Meeting With State and Local Officials on Infrastructure Policy*, [en ligne], 12 février 2018. Disponible sur : https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-during-meeting-with-state-and-local-officials-infrastructure-policy

[575] *Ibid*.,

[576] CHOW Daniel C.K, SHELDON Ian, « Is Strict Reciprocity for Fair Trade ? », *Vandervilt Journal of transnational law*, 2019, vol.52, n°1, p3.

[577] Voir en ce sens : SMITH Adam, *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations,* R.H. Campbell et A.S Skinner ; RICARDO David, *On the principles of political economy and taxation,* [en ligne], 1817, 3e edition 1821, Batoche Books, Kitchener, 2001 ; HABERLER Gottfried, HECKSHER Henri, OHLIN Bertil, « The Theory of International Trade with its Applications to Commercial Policy », *The Economic Journal,* Volume 48, Issue 191, Septembre 1938, Pages 498-507 ou encore KRUGMAN Paul, *International economics : theory and policy,* Global Edition, 11e édition, Harlow, England : Pearson, 2018, pp. 802.

grande partie favorable aux États-Unis[578]. Ce rapport entre la balance commerciale et les pratiques commerciales déloyales se retrouve également dans les rapports d'évaluation des rapports commerciaux des États-Unis avec ses partenaires commerciaux. À titre d'exemple, Donald Trump avait souhaité[579] la réalisation d'un rapport sur les déficits commerciaux importants. Parmi les recherches à mener, l'ancien Président souhaitait évaluer les principales causes du déficit commercial « *including, as applicable, differential tariffs non-tariff barriers, injurious dumping (…)*»[580]. Pareillement, une des recherches à réaliser consistait à savoir si « *the trading partner is, directly or indirectly, imposing unequal burdens on, or unfairly discriminating in fact against, the commerce of the United States* »[581]. À aucun moment, cet *executive order*, ne vise à agir sur des éléments macroéconomiques pour rééquilibrer le déficit commercial. De la même manière, dans les rapports fixant les objectifs de négociation des accords commerciaux, se constate la persistance d'une balance commerciale en défaveur des États-Unis, ce qui est faux lorsque la balance des biens et celle des services sont superposées. Dans la définition des objectifs pour la renégociation de l'ALENA[582], il est par exemple indiqué que le nouvel ALENA représentera « *a fairer deal, addressing America's persistent trade imbalances in North America. »* [583] Ainsi, un des objectifs des échanges de bien est de *« improve the U.S trade balance and reduce the trade deficit with the NAFTA countries* »[584]. Cette dernière citation est l'image même de la confusion qui est entretenue entre d'une part la résolution du déséquilibre de la balance commerciale et du déficit commercial et d'autre part, la mise en place de mesures douanières tarifaires et non tarifaires pour pallier ces déséquilibres.

190. L'incohérence économique de cette pratique. Ce recours à la balance commerciale pour justifier les pratiques inégales des partenaires commerciaux des États-Unis constitue une erreur. En économie, il est su que la balance commerciale est un phénomène macroéconomique qui ne dépend pas uniquement de l'exportation et de l'importation des biens

---

[578] DUFOUR Geneviève, DUCASSE Delphine « La Négociation Des Accords de Libre-Échange Sous L'Administration Trump », *revue québécoise de droit international*, 2017, vol.30, n°2, pp.51-73, p. 55
[579] EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Omnibus Report on Significant Trade Deficits*, Executive order 13786, 31 mars 2017. Disponible sur : https://www.federalregister.gov/documents/2017/04/05/2017-06968/omnibus-report-on-significant-trade-deficits :
[580] *Ibid.*, section 2.
[581] *Ibid.*, Section 2 (b).
[582] OFFICE OF THE USTR, *Executive office of the President, Summary of Objectives of the NAFTA Renegotiations*, [en ligne], 11 juillet 2017. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf
[583] *Ibid.*, p.3.
[584] *Ibid.*, p.4.

et services[585]. Surtout, les capacités exportatrices d'un État ne s'examinent pas en fonction de la balance commerciale. En effet, il faut revenir sur ce mythe selon lequel un surplus d'importation par rapport aux exportations serait la cause d'une balance commerciale défavorable. Pour lire une balance commerciale, il faut plutôt s'intéresser à l'épargne nationale [586], et des investissements nationaux, dont l'origine est importante. Effectivement, les sources de financement peuvent être soit intérieures (qui est l'épargne des particuliers et des entreprises à, soit étrangères. Pour qu'il soit possible de financer des investissements, la quantité de capital financier doit être égale à celle de capital financier souhaitée pour réaliser ces investissements. Autrement dit, l'offre de capital financier[587] doit être égale à celle de capital financier[588]. Or, lorsqu'une balance commerciale est déficitaire pour un État, cela signifie : « déficit commercial » = à « investissement domestique » – « épargne privée domestique » – « épargne publique ». Dans ce cas, ce calcul signifie que la demande en investissement domestique est supérieure à l'épargne, qu'elle soit privée ou publique. Alors, si la demande en investissement continue d'augmenter et que l'épargne nationale publique et privée ne peut pas supporter cette demande, il faudra recourir à une autre source d'investissement, qui sera étrangère et considérée comme une offre de financement. En ce sens, cela vient creuser le déficit commercial d'un État en ce qu'il s'agit d'une source étrangère. Pareillement, il y aura une hausse du déficit commercial si l'épargne publique baisse, alors que l'investissement et l'épargne privée ne changent pas. Cela peut être dû à plusieurs raisons. Il suffit qu'un État ait besoin de recourir à des investisseurs étrangers pour financer sa dette. Cela signifie également qu'un Gouvernement ne pourra pas supporter la demande en investissement, le recours à des investissements étrangers étant alors nécessaire. En revanche, si la demande en investissement ne change pas, de même que l'épargne publique, mais que l'épargne privée augmente et donc qu'elle peut couvrir la demande en investissement, alors, il est fort probable que la balance commerciale diminue. C'est parce que la balance commerciale relie fortement les déficits commerciaux aux facteurs macroéconomiques qu'il est erroné de considérer que cette balance dépend uniquement de la différence entre exportations et importations. Ainsi, souhaiter justifier une recherche de réciprocité sur la base d'une balance commerciale déséquilibrée n'a pas de sens, car celle-ci se

[585] KRUGMAN Paul, « America as a lousy exporter », *The New-York Times*, 20 juin 2014. Disponible sur : https ://krugman.blogs.nytimes.com/2014/06/20/america-as-a-lousy-exporter/?module=BlogPost-Title&version=Blog%20Main&contentCollection=Opinion&action=Click&pgtype=Blogs&region=Body

[586] En macroéconomie, l'épargne nationale se comprend comme l'ensemble de l'épargne des ménages, des entreprises et de l'épargne publique.

[587] Qui est : L'épargne totale des particuliers et entreprises + l'afflux d'investissements étrangers OU l'épargne totale des particuliers et entreprise – le déficit commercial.

[588] Qui est : la demande d'investissement du secteur privé + (les dépenses publiques – impôts).

régule en fonction de l'épargne et de l'investissement et non pas sur la base de l'imposition de barrières tarifaires et non tarifaires.

191. La nécessité d'éviter les distorsions aux échanges lors de l'utilisation de la réciprocité. Plus encore, en refusant de reconnaître ces logiques, la réciprocité selon la forme qu'elle prendra, c'est-à-dire dans un accord ou non, pourra tendre à créer des distorsions aux échanges. En effet, les effets des accords commerciaux peuvent être conçus selon les théories de *trade creation* ou de *trade diversions*. Sans entrer dans une analyse des points positifs et négatifs, la première reste tout de même connotée positivement alors que la seconde renvoie aux accords bilatéraux ou régionaux, qui sont venus accorder des avantages aux produits de certains États, sans les accorder à tous. Les premières analyses de ces théories ont été réalisées dans le cadre des unions douanières où les produits de leurs États membres étaient favorisés par rapport aux produits extérieurs à ces unions. Le résultat est que ces systèmes venaient défaire le système économique de libre-échange existant et avaient une influence sur les flux commerciaux antérieurs à la constitution de telles unions. Alors que la théorie des avantages comparatifs encourageait la production de biens dans les pays qui en disposaient et poussait les États non producteurs à importer depuis les États disposant de ces avantages, les unions douanières et autres régimes préférentiels sont venus déstabiliser cet équilibre. Autrement dit, « *Trade creation occurs when the lowering of tariffs allows partner country imports to replace high-cost domestic production; this improves welfare. Trade diversion, on the other hand, occurs when the removal of tariffs causes trade to be diverted from a third country to the partner country despite the fact that, were the countries treated equally, the third country would be the low cost source of imports*. »[589] Par exemple, si un État A accorde une baisse substantielle des droits de douane à un État B, car ils ont formé un accord préférentiel, mais pas à un État C, alors que cet État C dispose d'un avantage comparatif à la production d'un bien, il est possible que « l'avantage naturel » de l'État C ne parvienne plus à proposer un produit à un coût inférieur, car l'État B dispose d'un avantage sur les barrières tarifaires. Ainsi, les importations de l'État A, qui auparavant étaient issues de l'État C, pourraient être remplacées par l'État B. Dans le cadre de la réciprocité, il faut imaginer qu'un choix de réciprocité stricte qui tendrait à accorder un traitement préférentiel tarifaire concernant un produit déterminé contre l'octroi d'un même traitement par un autre État concernant le même produit ne rechercherait pas un équilibre global. Il s'agirait de satisfaire le développement économique d'un secteur. Par

[589] CLAUSING Kimberly A. « Trade creation and trade diversion in the Canada – United States Free Trade Agreement », *Canadian Journal of Economics*, 2001, vol.34, n°3, p.679.

ailleurs, les motivations seraient davantage politiques qu'économiques. Ainsi, Donald Trump, en recherchant une réciprocité identique sur certains produits, ne souhaitait pas tellement une forme de réciprocité, mais visait plutôt à favoriser l'exportation de produits américains qui détenaient un large avantage comparatif. Alors, cette forme de réciprocité est davantage imposée en ce qu'elle ne peut satisfaire qu'une Partie.

192. La recherche d'une réciprocité compatible aux chaînes de valeurs. De plus, en ne retenant que le déficit commercial, l'administration Trump fondait sa logique commerciale sur des relations formelles et matérielles strictement bilatérales, et ainsi, « ne prend pas en considération les chaînes de valeurs intégrées qui transcendent les frontières» [590]. Là encore, la réciprocité juridique classique telle qu'elle a été étudiée va se concentrer sur la recherche d'une équivalence conditionnée et dans une relation synallagmatique. Or, matériellement, il est difficile d'être aussi précis dans la détermination du bénéficiaire de la réciprocité. La réciprocité va concerner des relations entre deux ou plusieurs États déterminés. Or, les bénéficiaires indirects juridiquement sont les acteurs économiques qui ne répondent pas à la même logique de nationalité. Les chaînes de valeurs étant ce qu'elles sont, elles incluront nécessairement des produits d'autres États. De surcroît, alors, que les productions sont de plus en plus dépendantes des chaînes de valeurs, une recherche unilatérale de réciprocité par l'application de barrières tarifaires et non tarifaires pourra empêcher d'autres secteurs de productions de bénéficier d'importations nécessaires à la réalisation de leurs produits. Alors, l'application de la réciprocité doit être repensée. Il ne convient plus de la penser produit par produit. Il faut imaginer une négociation sur une base de réciprocité tout au long des chaînes de valeurs à partir du stade de l'investissement, en passant par des négociations sur les barrières tarifaires et non tarifaires, puis en approfondissant les discussions sur les mesures nationales discriminatoires. Dans la même veine, Mme Emmanuelle Butaud-Stubbs, soulignait, dans un rapport de 2012 sur la réciprocité réalisée par la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, que le « débat « secteur » est dépassé ; c'est de plus en plus un débat « chaîne de valeurs » [591] ». En ce sens, elle regrettait la position de la Direction générale du commerce de considérer, lors des négociations des accords bilatéraux, que l'équilibre général de l'accord. L'équilibre est une composante de la réciprocité. Il peut être façonné selon les intentions des dirigeants, et être globale comme sectorielle. Mais en retenant des négociations sur la base de chaîne de valeurs,

[590] DUFOUR Geneviève, DUCASSE Delphine « La Négociation Des Accords de Libre-Échange Sous L'Administration Trump », *revue québécoise de droit international*, 2017, vol.30, n°2, pp.51-73, p. 56.
[591] DELISLE Jean-Michel, *Réciprocité et commerce international. Comment restaurer des conditions de concurrence loyale ?*, [en ligne] 8 mars 2012, p.18.

il faut insister sur le fait que la réciprocité ne sera plus évaluée sur la base des droits de douane ou d'un indice unique, mais en fonction de tout un ensemble de mesures tarifaires et non tarifaires. Il ne s'agit plus de concevoir les négociations en séparant les différentes disciplines. Les négociations ne se dessineraient plus autour de certains secteurs qu'il faudrait préférer à d'autres, mais plutôt en termes de maillons d'une chaîne de valeur. Cela impliquerait, lors des négociations, de mélanger les disciplines de commerce et leurs composantes, à celles de la concurrence. Face à ce constat, il nous faut souligner qu'il est important que la recherche de la réciprocité s'intègre dans ce raisonnement des chaînes de valeurs.

193. Synthèse. Il aurait été possible de multiplier les exemples et traiter notamment de l'importance des taux de changes qui ont une influence sur l'équilibre matériel des échanges et donc sur ce qui a été considéré comme étant de la réciprocité. La question finale aurait été identique à celle qui émane des analyses précédentes. Si, en matière commerciale, la recherche de la réciprocité a une finalité économique plus que juridique, tandis qu'il s'agit de rechercher un équilibre matériel, alors, à quoi sert la réciprocité ? En effet, retenir une vision de la réciprocité qui serait uniquement fondée sur la valeur des marchés et l'ajustement de l'équilibre par des barrières tarifaires et non tarifaires, ainsi que justifier le recours à la réciprocité par une recherche de rééquilibrage de la balance commerciale, n'aurait pas de sens, tant les implications macroéconomiques seraient importantes. Par ailleurs, une telle vision de la réciprocité semble quelque peu ancienne compte tenu du fonctionnement du commerce international. Finalement, les imbrications des questions commerciales et concurrentielles conduisent les États à utiliser la réciprocité pour éviter l'altération des conditions de concurrence.

En retenant les critiques à la réciprocité qui ont été faites, il s'agira à présent d'utiliser l'exemple des règles d'origine pour démontrer de quelle manière la recherche de réciprocité peut être utilisée. Ces règles d'origines fournissent un bon instrument de prise en compte de la nationalité d'un produit, d'un service ou encore d'un opérateur. Conçues de façon pertinente, celles-ci permettraient d'adapter le caractère conditionnel de la réciprocité.

Paragraphe 2 : La conditionnalité selon les effets : l'exemple des règles d'origine

194. Cette étude a pour principal objectif de démontrer que le recours au caractère conditionnel peut être formulé en fonction des flux commerciaux. Bien que les règles d'origine

ne visent pas essentiellement à rechercher de la réciprocité, elles viennent étendre ou restreindre les bénéfices d'un accord aux produits, services et opérateurs d'une Partie à cet accord. De plus, alors que le caractère réciproque prévoit un lien synallagmatique strict, concevoir la conditionnalité selon les effets permet de démontrer qu'il existe également des liens synallagmatiques plus souples et matériels (A). En fonction de ces techniques, mais aussi du choix des différentes méthodes, une étude comparée des accords conclus par la République populaire de Chine, les États-Unis et l'Union européenne nous permettra de déterminer lequel (ou lesquels), parmi ces trois États, restreint (ou restreignent) davantage les bénéfices des accords. À partir des résultats de cette étude, pourra être extraite une tendance des restrictions, ce qui, bien entendu, pourra avoir des conséquences sur l'existence de la réciprocité (B).

A – Présentation des règles d'origine : une divergence explicite des effets selon leur expression

195. Les règles d'origines comme outil de sélection des bénéficiaires d'un traitement préférentiel. La première question qui doit nous intéresser concerne la manière de distinguer les États qui peuvent bénéficier de la réciprocité extérieure à l'OMC de ceux auxquels elle est refusée. Dans le cadre de ce développement, il s'agira de se limiter aux règles d'origine dans le commerce des marchandises. « Les règles d'origine déterminent l'origine des marchandises : non pas leur lieu d'expédition, mais leur lieu de production ou de fabrication. En tant que telle, l'« origine » est la «nationalité économique» des marchandises échangées. Le classement tarifaire, la valeur et l'origine d'un produit permettent de déterminer le régime douanier à appliquer. En matière douanière, on distingue deux types d'origines : l'origine non préférentielle et l'origine préférentielle. »[592] Autrement dit, elles visent à accorder des avantages préférentiels d'un accord à un produit fini importé d'une autre Partie à l'accord. Cela peut donc concerner les accords bilatéraux, mais pas uniquement, car l'OMC prévoit un régime de règles d'origine. Les règles d'origine préférentielle sont fixées par un accord, tandis que les règles d'origine non préférentielle existent en l'absence d'accord, dans des dispositions nationales, par exemple. Les règles d'origine préférentielle peuvent être déterminées de différentes manières.

[592] COMMISSION EUROPÉENNE, « Taxation and Customs Union », [en ligne], Disponible sur : https://taxation-customs.ec.europa.eu/customs-4/international-affairs/origin-goods_fr

- Elles peuvent consister en des règles de changement de classification tarifaire : dans ce cas, un produit non originaire d'un État partie à un accord et donc ne devant pas bénéficier des avantages procurés par cet accord, va subir un changement de classification pour bénéficier des avantages prévus par l'accord. Soit l'accord prévoit un taux de modification nécessaire à un tel changement, soit il ne le prévoit pas. Le système harmonisé prévoit des codifications de marchandises à plusieurs chiffres. Le changement peut être réalisé à deux, quatre ou six chiffres suivants la position ou sous-position concernée.

- Elles peuvent être définies, pour certains produits, selon qu'ils sont obtenus entièrement dans les pays des Parties à l'accord. Cela concernera essentiellement des produits agricoles, marins ou naturels, qui sont définis dans les accords.

- Il est possible que ces règles imposent également des conditions de transformations spécifiques. Il s'agit de déterminer des transformations à certains stades du processus de production ou de rendre obligatoire un moyen de production spécifique.

- Enfin, les règles d'origine peuvent être calculées grâce au calcul de la valeur ajoutée. Cette règle va exiger qu'un certain pourcentage de valeur produite dans un État partie à un accord soit ajouté dans le produit final. C'est seulement à ce titre qu'une marchandise, par exemple, pourra être considérée comme originaire d'un État partie à l'accord et pourra bénéficier de ses avantages. Dans ce dernier cas, il est possible de déterminer la valeur selon différentes méthodes de calcul[593] :

    - La *build-down method* : qui soustrait la valeur de la marchandise non originaire à la valeur ajoutée.

    - La *build-up method* : qui additionne la valeur de tous les intrants.

    - La *Net cost method* : Ce calcul ne prend en compte que les coûts de fabrication.

196. Le contrôle de l'octroi des avantages. Une fois les règles d'origine définies, il s'agira de prouver qu'elles constituent des outils pouvant limiter les comportements de « passagers clandestins » de la part de certains États. En déterminant précisément l'origine d'un produit, il est possible de limiter la diffusion du caractère préférentiel à des États tiers à un

[593] Voir en ce sens la typologie proposée par : JONES Vivian C., WONG Liana, *International Trade : Rules of Origin*, Congressional Research Service, RL34524, 3 mars 2020, [en ligne], Disponible sur : https://www.everycrsreport.com/files/20200303_RL34524_047a6cddf6aa4ae9443e18f71c1a303344d5334d.pdf

accord. Alors, si un accord préférentiel a été négocié sur une base de réciprocité, qu'elle soit totale ou partielle, les règles d'origine viendront protéger cette réciprocité en évitant à un État tiers n'ayant pas répondu à cette condition de réciprocité, de bénéficier des avantages de l'accord. Cette volonté d'éviter les « passagers clandestins » conduit les États à adopter certaines pratiques protectionnistes. Dans un rapport de 2009[594] publié par la Banque inter-américaine de développement, les chercheurs estiment que les règles d'origine « *are widely considered "hidden protectionism," an obscure and opaque trade policy instrument that can work to offset the benefits of tariff liberalization. ROO*[595] *in effect set up walls around RTA members that prevent them from using certain inputs in each final product. (…) The more restrictive are the rules of origin, the higher are the walls they create, and the more difficult efficient allocation of resources becomes*. »[596] En ce sens, dès 2002, l'OMC avait prévenu que ces règles pouvaient entraîner certains risques et appelait à ne pas les utiliser de manière à ce qu'ils créent des effets de restriction ou encore de distorsion sur le commerce international[597]. De même, ces règles ne doivent pas être utilisées pour poursuivre des objectifs de politiques commerciales.

197. Exemple de règles d'origine strictes dans l'ACEUM[598]. Les règles d'origine peuvent avoir un impact sur l'octroi de la réciprocité dans un accord, et, plus largement que ces règles sont des instruments de politiques commerciales, comme en témoigne l'exemple de l'ACEUM, remplaçant l'ALENA. Cet accord est intéressant en ce qu'il est régional et qu'il a été négocié, selon l'administration Trump, dans une recherche d'une meilleure réciprocité. Il serait impossible de détailler toutes les normes à respecter en matière de règles d'origine. Et il nous faut tout d'abord mentionner que l'article 4.5 est celui qui va déterminer la teneur en valeur régionale du produit. L'article mentionne différentes formules comme la méthode de la valeur transactionnelle ou celle du coût net. Chaque formule aura une incidence sur la rigidité d'une règle d'origine, et les annexes aux règles d'origine indiquent que, pour certains produits, le calcul doit être soit l'un soit l'autre. Il existe une vraie gestion des intérêts d'accès aux marchés

[594] ESTEVADEORDAL Antoni, SUOMINEN Kati, HARRIS Jeremy T., SHEARER Matthew, *Bridging Regional Trade Agreements in the Americas*, [en ligne], inter-American Development Bank, 2009. Disponible sur : https://publications.iadb.org/en/bridging-regional-trade-agreements-americas-special-report-integration-and-trade

[595] Abréviation pour Rules of origin.

[596] DONNER ABREU Maria, *Preferential rules of origin in regional trade agreements*, [en ligne], World Trade Organization – Economic Research and Statistics Division, 22 mars 2013, Staff Working Paper ERSD-2013-05, p.5. Disponible sur : https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201305_e.pdf

[597] Voir en ce sens : Comité des accords regionaux de l'Organisation Mondiale du Commerce, *Régime des règles d'origines dans les accords commerciaux régionau – Étude thématique du secrétariat,* WT/REG/W/45, 5 avril 2002.

[598] L'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, entré en vigueur le 1er juillet 2020.

via cet instrument. Pour ne prendre en exemple dans l'ACEUM que le produit concernant le véhicule et sa règle d'origine, on comprend l'influence de ces règles sur l'accès aux marchés. L'article 3 de l'annexe 4 du chapitre 4 de l'ACEUM prévoit, en son premier paragraphe, une teneur de valeur régionale ascendante pour tenir compte du régime provisoire instauré après la conclusion de l'accord. Ainsi, si en 2020 « la teneur en valeur régionale requise pour un véhicule de promenade ou un véhicule utilitaire léger » devait être de 66 pour cent selon la méthode du coût net, au 1er janvier 2023, ce taux s'élève à 75 pour cent. De plus, dans l'ACEUM, ce ne sont pas uniquement les véhicules finis qui comptent un taux de valeur régionale élevé, mais de nombreux produits de la filière automobile des tableaux A, B, C. Ici les règles d'origines sont considérées comme strictes en ce qu'un produit fini importé bénéficie des avantages préférentiels d'entrée sur le territoire d'un État partie à un accord lorsque la teneur en valeur régionale est élevée. Cela implique donc un taux très faible de composants issus de produits dont la teneur provient de pays tiers à l'accord. Finalement, les règles d'origine peuvent orienter la structure des échanges. Pour le Président Trump, cet accord ACEUM offre une plus grande réciprocité pour les États-Unis. Ce constat amène à s'interroger sur la notion même de réciprocité. L'idée est que cette teneur de règles d'origine est protectionniste. Par ce biais, les négociateurs états-uniens souhaitaient renforcer les exportations de véhicules des industries états-uniennes. Le but était d'accroître les exportations dans un secteur très sensible aux États-Unis, celui de l'automobile. Néanmoins, cette manière de rechercher de la réciprocité apparaît comme conduisant à une réciprocité secteur par secteur. De plus, la restriction de l'origine à un taux de valeur régionale élevé est ici souhaitée pour garantir plus de réciprocité matérielle en conditionnant davantage l'octroi d'autres avantages préférentiels. En somme, les règles d'origine apparaissent ici comme des outils indispensables en vue de réguler les accès aux marchés. L'intention de réciprocité pourra se matérialiser derrière un taux de valeur régionale élevé.

198. Synthèse. En somme, l'étude de l'origine d'un produit démontre que si un accord est formellement passé entre deux Parties et que les avantages ne concernent que les Parties, les critères d'origine d'un produit et donc sa nationalité économique peuvent permettre de diffuser les effets d'un bénéfice de l'accord vers d'autres produits originaires d'autres États. Pareillement, les règles de cumul d'origines ont également cet effet de diffusion des avantages d'un accord. Cet outil permet, entre autres, d'ajuster les règles d'origine au fonctionnement du commerce international et des chaînes de valeur.

Si, comme cela a été expliqué, le taux de valeur ajoutée importe pour déterminer la rigidité d'une règle d'origine, une étude macroscopique mettant en comparaison les différentes utilisations des règles d'origine préférentielle est également éclairante. Relever la rigidité produit par produit. Plutôt, le but d'une telle étude est de noter s'il existe une tendance de détermination de règles d'origines strictes entre la Chine, les États-Unis et l'Union européenne. En effet, le choix d'un État de recourir à la technique du classement tarifaire, de la valeur ajoutée ou encore des produits entièrement obtenus dans un État exprimera sa volonté d'organiser des règles d'origines plus ou moins strictes en déterminant les produits bénéficiaires d'un accord en fonction de leurs origines. Ensuite, le deuxième critère d'analyse repose sur les logiques de cumulation de règles d'origines présentes dans les accords. Pour ce faire, il s'agira de retenir uniquement les accords entre États développés, pour éviter de ne pas intégrer l'étude des systèmes de préférences.

B – Étude comparée de la rigidité des règles d'origine.

Il existe de nombreuses manières d'évaluer l'impact des règles d'origine. Par ailleurs, l'impact de ces règles implique, pour être mesuré avec justesse, que tous les critères des règles d'origine soient détaillés. Seulement, il s'agit ici de donner un indice en faisant reposer notre étude sur la préférence de la technique utilisée (1) et en fonction de la règle du cumul (2).

1. Le choix de la technique de la détermination d'une règle d'origine

199. L'exemple de la Chine. L'accord de libre-échange entre la Chine et la République de Corée de 2015[599] est représentatif de la vision chinoise des règles d'origine. Tout d'abord et de manière classique, le chapitre 3 sur les règles d'origine rappelle, à son article 3.2, la définition d'un bien originaire d'une des Parties. Les articles suivants précisent les conditions d'obtention de l'origine de certains biens. Par exemple, la valeur globale d'un produit ne doit pas être composée à plus de 40% de matériaux non originaires d'un État[600]. L'annexe 3-B mentionne les règles d'origine produit par produit. L'analyse de l'annexe dudit accord laisse

[599] Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea, [en ligne], signé le 1er juin 2015 et entré en application le 20 décembre 2015. Disponible : http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf
[600] *Ibid*., article 3.3.

apparaître une large préférence pour l'application des règles des produits entièrement obtenus ou de la technique des changements tarifaires.

Les produits *wholly obtained* représentent essentiellement certains produits relatifs à la vie animale ou certains produits alimentaires issus d'animaux. Néanmoins, des produits comme les sardines ou le saumon se voient appliquer la règle de la valeur ajoutée régionale à hauteur de 45%. Certains produits permettent également aux producteurs de préférer, dans la détermination de l'origine du produit, soit un calcul par un changement de classification tarifaire soit un calcul par la valeur ajoutée régionale. Cela peut donc être un choix, mais également une obligation de cumuler un changement de classification tarifaire et l'obtention d'un certain pourcentage de valeur ajoutée régionale. Néanmoins, les produits listés par l'annexe se voient appliquer en majorité un changement de classification tarifaire. Autrement dit, selon l'annexe 3-A de l'accord, quand une règle d'origine est définie en utilisant le critère du changement de classification tarifaire, toutes les matières non originaires (et seulement elles) utilisées dans la production du produit devant faire l'objet d'un changement de classement tarifaire. Dès lors, l'annexe 3-B prévoit une majorité de produits qui doivent répondre aux règles du changement de classification tarifaire. Sont en grande majorité visées les positions CC et CTH qui correspondent respectivement les deux premiers chiffres de la nomenclature du système harmonisé et les quatre premiers chiffres de la nomenclature pour la seconde option. Ce constat est identique dans l'accord de libre-échange sino-australien[601]. La majorité des règles d'origine obéissent à la logique du changement de classification tarifaire, même s'il faut relever un nombre supérieur de position CTSH qui imposent des modifications des six premiers chiffres de la nomenclature du système harmonisé.

200. L'exemple des États-Unis. Les accords passés par les États-Unis révèlent une même tendance. Dans l'accord de libre-échange signé avec la Corée du Sud, une grande partie des règles d'origine obéissent à la règle du changement de classement tarifaire. L'accord fait référence en grande partie aux *subheadings* et *headings* qui signifient respectivement « *the first four digits in the tariff classification number under the Harmonized System*; » et « *the first six digits in the tariff classification number under the Harmonized System* ». Ce constat est similaire dans l'accord commercial des États-Unis avec le Japon. Le changement par classification tarifaire est là encore grandement majoritaire.

[601] Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Australia, [en ligne], entré en vigueur le 20 décembre 2015. Disponible sur : https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/chafta-agreement-text.pdf

201. L'exemple de l'Union européenne. L'Union européenne s'inscrit dans une utilisation des règles d'origine par le biais du changement de classification tarifaire, mais pas à la hauteur des États-Unis et de la Chine. En effet, les accords de libre-échange européen laissent apercevoir un partage entre cette forme de règles d'origine et une technique basée sur le taux de valeur régionale. Cette tendance s'observe dans les accords passés entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, dans l'AECG, ou encore avec Singapour, selon des niveaux différents. Du point de vue macroscopique, parmi les accords passés entre les États de la zone Pan Euro-Méditerranée, les différentes techniques diffèrent selon le secteur concerné. Dans leur étude sur les règles d'origine, Michael Gasiorek et Julia Magntorn Garrett[602] ont relevé que dans le secteur de l'agriculture, 83% des accords prévoyaient une évaluation selon la technique des produits entièrement obtenus dans un État Partie à l'accord. Pour déterminer l'origine des produits minéraux, 77% des accords préfèrent la technique du changement de classement tarifaire. Cependant, en matière d'automobile ou encore de biens manufacturés et électroniques, il apparaît une large préférence pour la technique de la valeur ajoutée : 78% pour cette technique et 47% pour l'autre.

202. Synthèse. À une échelle encore plus grande, Dzmitry Kniahin et Jaime de Melo[603] ont constaté, sur la base de 370 accords préférentiels, que l'obtention de l'origine d'un bien par la règle de la valeur régionale était utilisée dans 62% dans ces accords, contre 63% par le biais du changement de classification tarifaire (45% de CTH + 9% de CC + 8% de CTSH). Selon le taux à respecter lors de l'utilisation de la valeur régionale, la technique du changement de classement tarifaire peut être plus ou moins avantageuse. Si les taux sont hauts, le changement de classement tarifaire sera une technique plus simple à utiliser, car plus clair et plus aisé à certifier. De plus, la valeur régionale est soumise aux contextes économiques tels que la variation des taux de change. Il apparaît donc que les États qui utilisent la technique de la valeur ajoutée souhaitent rendre les règles d'origines plus strictes que ceux utilisant majoritairement la règle du changement de classement tarifaire. Ainsi, en préférant une technique par rapport à une autre, il est possible de rendre un accord davantage préférentiel et de limiter les comportements clandestins d'autres États qui verraient leurs produits bénéficier indirectement des avantages d'un accord. De prime abord, il semblerait que les accords européens soient plus

[602] GASIOREK Michael, MAGNTORN GARRETT Julia, « We're going to make them an offer they can refuse : Rules of rigin and the UK-EU Free Trade Agreement », *UK Trade Policy Observatory,* Briefing Paper 45 – juillet 2020, p.3.
[603] KNIAHIN Dzmitry, DE MELO Jaime, « A primer on Rules of Origin as Non-Tariff Barriers », *Journal of Risk and Financial Management*, 15 : 286, 28 juin 2022, p.5.

stricts. Cependant, il ne faut pas se limiter à analyser les différentes techniques d'évaluation de l'origine, mais s'intéresser également aux règles de cumul.

2. La règle du cumul.

203. L'exemple de la Chine. En effet, cette règle du cumul est un autre indice des règles d'origine pour analyser leur rigidité. Pour cette démonstration, il conviendra de reprendre les accords précédemment cités. À titre d'exemple, l'accord entre la Corée du Sud et la Chine prévoit à son article 3.6, que « *Where originating goods or materials of a Party are incorporated into a good in the other Party, the goods or materials so incorporated shall be regarded to be originating in the other Party* ». Autrement dit, cela revient à considérer que les produits originaires d'un État A utilisés dans la production d'un produit sur le territoire d'un État B, sont considérés comme originaires de l'État B. Cette règle facilite et assouplit la détermination de l'origine d'un produit. Elle se retrouve également dans l'accord entre l'Australie et la Chine où l'article 3.6 stipule que : « *Originating material from the territory of a Party used in the production of a good in the territory of the other Party shall be considered to originate in the territory of the other Party.* » Cette forme de cumul est seulement bilatérale et est récurrente dans les accords de libre-échange. Néanmoins, dans des accords plurilatéraux ou engageant de nombreuses Parties, il est probable que ce cumul bilatéral soit réalisé par des accords postérieurs, mais entre deux Parties uniquement.

204. Cumul américain. Le cumul bilatéral est également présent dans l'accord de libre-échange avec la Corée du Sud à son article 6.5. Idem pour l'ACEUM selon son article 4.11. Néanmoins, à la différence du premier, l'UMSCA va plus loin en prévoyant une clause de « full cumulation » ou cumul total[604]. Cette clause n'est pas explicitement inscrite ainsi, mais l'article 4.11 alinéa 3 prévoit que « *each Party shall provide that production undertaken on a non-originating material in the territory of one or more of the Parties may contribute toward the originating status of a good, regardless of whether that production was sufficient to confer originating status to the material itself.* » Alors que les accords prévus par la Chine et celui

[604] Pour définir le cumul total, il faut prendre en compte « toutes les opérations effectuées dans les pays participants sont prises en considération. Alors que d'autres formes de cumul exigent que les marchandises soient originaires avant d'être exportées d'une partie à l'autre pour y subir une ouvraison ou transformation supplémentaire, ce n'est pas le cas du cumul total. Le cumul total exige simplement que toutes les ouvraisons ou transformations figurant dans les règles de liste soient effectuées sur des matières non originaires afin que le produit final obtienne l'origine. : https://taxation-customs.ec.europa.eu/customs-4/international-affairs/origin-goods/general-aspects-preferential-origin/common-provisions_fr

passé entre les États-Unis et la Corée du Sud se limitent à un cumul bilatéral basé sur des produits originaires de l'une des Parties pour chaque accord, l'ACEUM prévoit un cumul total où sont également pris en compte les produits non originaires. Cette dernière forme de cumul est plus flexible qu'un cumul basé sur des produits uniquement originaires, car cela permet d'assouplir les règles d'origines en insérant des produits extérieurs aux produits originaires des Parties. Cette différence peut s'expliquer pour des raisons économiques, mais également politiques. La confiance dans les relations commerciales permet d'ouvrir et d'assouplir davantage les relations, et d'octroyer plus aisément des avantages aux produits des autres Parties. Il s'agit d'un choix orienté sur les acteurs (actor-oriented).

205. Cumul européen. L'Union européenne propose une autre lecture des règles d'origine. La lecture de certains accords de libre-échange démontre l'utilisation du cumul bilatéral. C'est le cas de l'article 4 de l'accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. Pareillement à l'ACEUM, cet article prévoit une clause de cumul total en indiquant que « *Production carried out in a Party on a non-originating material may be taken into account for the purpose of determining whether a product is originating in the other Party* »[605]. Ces éléments sont identiques à ceux présents dans l'accord passé entre l'Union européenne et le Japon, où l'article 3.5 dudit accord utilise la même formule. Il s'agit donc d'une lecture très européenne. Néanmoins, parmi les accords étudiés, certains vont au-delà. C'est le cas de l'accord signé avec Singapour. Son article 3 prévoit que le cumul peut être bilatéral, total, mais également diagonal[606]. En effet, l'article 3 alinéa 2 de l'accord de libre-échange passé entre l'Union européenne et Singapour précise : « *Materials originating in an ASEAN country which is applying with the Union a preferential agreement in accordance with Article XXIV of the GATT 1994, shall be considered as materials originating in a Party when incorporated in a product obtained in that Party provided that they have undergone working or processing in that Party which goes beyond the operations referred to in Article 6 (Insufficient Working or Processing)*. » Ainsi, tout produit issu de l'ASEAN qui respecte les conditions de détermination d'origine fixées par l'accord sera considéré comme originaire de l'une des Parties. Le cumul diagonal peut explicitement citer une tierce partie comme en

[605] Accord de commerce et de coopération entre l'union européenne et la Communauté Européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, 30 avril 2021, JO L 149/10, p. 10- 2539, article 40 alinéa 2.

[606] Dans le cadre d'un accord de libre-échange entre deux Parties, les deux États peuvent concevoir un cumul diagonal en considérant que les produits d'un État tiers à l'accord peuvent être originaires si les Parties initiales audit accord ont, unilatéralement conclu des accords de libre-échange avec l'État tiers en question. Cela peut être la conclusion d'un accord.

l'occurrence, l'ASEAN. Mais il peut également étendre la définition de l'origine d'un produit à la manière de l'article 3 alinéa 8 de l'AECG qui stipule que « [s]ous réserve du paragraphe 9, dans les cas où, selon ce qui est prévu par l'Accord sur l'OMC, chaque Partie un accord de libre-échange avec le même pays tiers, une matière de ce pays tiers peut être prise en considération par l'exportateur au moment de déterminer si un produit est originaire au titre du présent accord ». Ici, tout État tiers avec lequel l'Union européenne et le Canada auraient un accord de libre-échange est concerné. De plus, en inscrivant à l'alinéa 2 du même article qu'un « exportateur peut tenir compte de la production dont a fait l'objet une matière non originaire dans l'autre partie afin de déterminer le caractère originaire d'un produit », l'AECG va encore plus loin que l'accord avec Singapour en permettant un cumul total des origines et pas seulement un cumul bilatéral et diagonal. Plus généralement, en 2021, quasiment tous les accords de libre-échange conclus par l'Union européenne possédaient une clause de cumul bilatéral ; 25 accords, une clause de cumul diagonal, et, 7 une clause de cumul total. La majorité des clauses diagonales sont contenues dans des accords conclus avec les États de la zone pan-euro-méditerranéenne[607]. Dans cette zone, le cumul diagonal ne fonctionne qu'avec les États qui ont des règles d'origine identiques. Ce processus pousse à l'harmonisation. Cela est d'autant plus intéressant quand ce processus d'harmonisation est en adéquation avec les chaînes de valeurs de tous ces États.

206. Synthèse concernant le cumul. En somme, cette comparaison des règles de cumul indique que les accords de libre-échange conclus par la Chine sont beaucoup plus stricts que ceux conclus par les États-Unis et encore plus que ceux conclus par l'Union européenne. Les règles de cumul européennes, quant à elles, sont les plus permissives. Elles permettent de considérer certains produits comme originaires de l'un des États parties à un accord et, en conséquence les accords étendent davantage leur portée. Il faut retenir de cette étude que le cumul bilatéral est moins libéral que le cumul diagonal, qui l'est moins que le cumul total, car ce dernier prend en compte également les produits non originaires. Là encore, la conclusion est la même : le caractère réciproque d'un accord ne signifie pas que l'origine des produits correspondra exactement aux Pays signataires. Autrement dit, plus ces règles sont permissives, plus les bénéfices d'un accord peuvent profiter aux produits, services et opérateurs d'États tiers, et ce bien qu'un accord soit réciproque juridiquement.

[607] Cette zone comprend les 27 États membres de l'Union européenne, la Turquie, l'Association européenne de libre-échange (l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse) ; les Îles Féroé et les pays signataires de la déclaration de Barcelone (Algérie, Égypte, Israël, Jordanie, Liban, Maroc, Syrie, Tunisie et l'Autorité palestinienne de Cisjordanie ainsi que la Bande de Gaza).

207. La difficile utilisation de ces règles d'origine. Compte tenu de ce qui précède, la réciprocité doit prendre en compte toutes les règles d'origine pour déterminer une juste réciprocité. Vu l'ensemble des données à appréhender, une juste et exacte réciprocité semble difficile à mettre en œuvre de façon stricte, car les règles d'origine auront une influence sur la réciprocité non seulement juridique, mais également matérielle. En effet, des règles d'origines strictes augmenteront les difficultés des exportateurs qui doivent s'y soumettre[608]. À l'échelle d'une petite ou moyenne entreprise, il peut être difficile d'intégrer de nouvelles logiques comptables et administratives nécessaires au respect de ces accords. Le résultat en est que ces derniers peuvent délaisser les procédures prévues par les accords de libre-échange - et donc les bénéfices qui leur sont inhérents - et se soumettre aux taux de la nation la plus favorisée, qui n'impose pas les mêmes règles d'origine que celles prévues dans les accords de libre-échange. Dans son rapport annuel de 2018, le Parlement européen faisait part de ses préoccupations en raison du « faible taux d'utilisation des préférences concernant les exportations de l'Union déclarées par certains des partenaires de l'Union bénéficiant du régime préférentiel, ce qui dénote les retombées limitées des stratégies commerciales bilatérales pour les petits opérateurs économiques; relève notamment une grande différence dans l'utilisation du régime des préférences pour les exportations de l'Union vers les divers partenaires commerciaux et la quasi-absence de différence dans l'utilisation du régime des préférences pour les importations de l'Union en provenance des différents partenaires commerciaux; (…) ». [609] Outre la difficulté de prévoir une juste réciprocité, cela signifierait que des règles d'origines trop strictes pourraient dissuader les producteurs d'utiliser un accord préférentiel et ainsi fausserait l'équilibre calculé lors des négociations et donc la réciprocité attendue.

Ces choix de règles d'origine et de nuances sont formulés en fonction des politiques commerciales et des divers intérêts. Ces remarques s'inscrivent dans une tendance à mieux limiter le bénéfice des avantages. Si l'on ne peut pas affirmer qu'il s'agit d'un rejet total de l'idée de diffusion et par là du traitement de la nation la plus favorisée, on note tout de même une volonté d'instaurer un variateur dans l'effet de diffusion. Ce constat, s'il ressort des règles

[608] Voir en ce sens : YI Jisoo « Rules of origin and the use of free trade agreements : a literature review », *World Customs Journal*, vol.9, n°1. Ou encore LIM Byeong-ho, « Re-evaluation of Free Trade Agreement : Based on Regional Value Contents in Agricultural, Fisheries and Livestock products » *in* Presented during the 25th Annual Conference on Global Economic Analysis (Virtual Conference), n°1, 2022 ; ou encore ANDO Mistuyo, URATA Shujiro, « Determinants of FTA Utilization for Japan's Imports : Preferential margins and restrictiveness of rules of origin » *The Research Institute of Economy*, *Trade and Industry*, RIETI Discussion Paper Series 18-E-078, 2018.

[609] *Rapport sur la mise en œuvre de la politique commerciale commune – Rapport annuel 2018*, 18 septembre 2020, (2019/2197(INI)), paragr. 44.

d’origine, se traduit également par le recours à des conditions au traitement de la nation la plus favorisée entre autres. Là encore, en plus d’instaurer un élément de conditionnalité au sein de la réciprocité, on constate une tendance générale qui, si elle n’est pas totalement nouvelle, a conditionné certains traitements. La finalité de ce raisonnement est de s’interroger non plus sur une conditionnalité externe à la réciprocité, mais plutôt interne. Autrement dit, cette tendance générale permet de donner corps à la notion de réciprocité elle-même et aux effets conditionnels qu’elle exprime.

Section 2 : La recherche d'un effet restrictif de la réciprocité

Afin de poursuivre les précédents constats, il faut revenir sur l'étude du traitement de la nation la plus favorisée. L'idée est, dans un premier temps de pouvoir inscrire ces traitements de conditionnalité puis de réciprocité dans un schéma déjà existant et encourageant la non-discrimination. Cependant, l'usage du traitement de la nation la plus favorisée à l'OMC n'est pas absolu. En recourant à l'étude des réserves d'utilisation du traitement de la nation la plus favorisée, l'objectif est double : dresser un cadre pouvant être jugé comme favorable à l'apparition de la réciprocité et démontrer qu'il existe certains secteurs à l'égard desquels il existe une réticence à ouvrir certains objets de négociation (paragraphe 1). Tous ces éléments serviront à conforter l'idée que les effets de la réciprocité sont de plus en plus recherchés et qu'ils disposent d'une place en vue de s'intégrer. D'ailleurs, si la réciprocité a parfois été utilisée dans les préambules ou encore au cœur des dispositions des accords, on note une tendance à reconnaître ses effets directs, ce qui peut laisser augurer que les juges devraient mettre cette notion au centre de leurs argumentations en consacrant ses propres effets (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une détermination sectorielle des restrictions

En recourant au traitement de la nation la plus favorisée pour démontrer son exclusion dans certains secteurs, nous ne traitons pas des effets de la réciprocité, mais de son environnement comme cela a pu être déjà dit. En utilisant cet exemple de la non-application du traitement de la nation la plus favorisée, cela nous amène à traiter de la restriction des effets d'un accord passé avec un État et refusé à un autre. Les bénéfices sont davantage orientés. Ces différences se rapportent aux définitions de Robert Keohane concernant la *specific reciprocity* et la *diffuse reciprocity*[610]. Compte tenu de l'importance de l'effet de diffusion de la réciprocité par le traitement de la nation la plus favorisée, il conviendra non pas d'étudier ses conditions, qui ont déjà été présentées, mais plutôt la capacité à se défaire de ce traitement (A). L'objet, comme expliqué, est de mesurer l'environnement permettant de passer d'une réciprocité diffuse à une réciprocité spécifique (B).

[610] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », International Organization, 40, *MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation*, 1986, p.4.

A – Le principe : l'application d'un effet de diffusion des avantages.

208. L'encadrement du caractère préférentiel dans le différend Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et vêtements.[611] Avant toute chose, rappelons qu'à l'OMC, les bénéfices d'une négociation doivent être étendus à tous, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée. L'article XXIV du GATT et l'article V de l'AGCS permettent la constitution d'accords de libre-échange ou autres unions douanières, toutefois à des fins non discriminatoires, autrement dit « l'incidence globale des droits de douane et des autres réglementations commerciales appliqués à la suite de l'établissement de l'union douanière ne doit pas être plus restrictive que celle des droits et réglementations appliqués par les membres constitutifs avant l'établissement de l'union. »[612] Néanmoins, quelques précisions s'imposent, et elles sont fournies par le différend « Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et vêtements ». Dans cette affaire, le Groupe spécial devait traiter de restrictions quantitatives imposées aux produits textiles par la Turquie. Ces restrictions faisaient suite à la constitution d'une union douanière[613] entre ce pays et la Communauté européenne. L'accord régissant cette union prévoyait trois phases : une phase préparatoire, une phase transitoire et une phase finale. C'est dans le cadre de cette phase transitoire que la Turquie avait imposé des restrictions quantitatives aux produits de pays tiers qui intégraient le marché, à la différence de la Communauté européenne. Or ces restrictions avaient été jugées discriminatoires et contraires à l'interdiction d'imposition de restrictions quantitatives. Pour comprendre, revenons sur une partie du raisonnement. Le Groupe spécial s'est fondé sur l'article XXIV : 8 a) i et ii[614] du GATT pour accorder aux États constitutifs d'une union douanière une latitude dans leur traitement des États tiers. Autrement dit, les pays constitutifs d'une union douanière ne doivent pas imposer les mêmes obligations aux produits des États tiers. Pour expliquer cela, les membres du Groupe spécial ont fait la différence entre les deux alinéas de l'article XXIV : 8.

---

[611] GROUPE SPÉCIAL, *Turquie – restrictions à l'importation de produits textiles et vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999 (adopté le. 19 novembre 1999).
[612] *Ibid*., paragr. 9.122.
[613] Le raisonnement pourrait être le même en cas d'accord de libre-échange plutôt que d'union douanière.
[614] Article XXIV : 8 : « Aux fins d'application du présent Accord,
a) on entend par union douanière la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers, lorsque cette substitution a pour conséquence
i) que les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives (à l'exception, dans la mesure où cela serait nécessaire, des restrictions autorisées aux termes des articles XI, XII, XIII, XIV, XV et XX) sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux entre les territoires constitutifs de l'union, ou tout au moins pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires de ces territoires ;
ii) et que, sous réserve des dispositions du paragraphe 9, les droits de douane et les autres réglementations appliqués par chacun des membres de l'union au commerce avec les territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci sont identiques en substance ; »

Le premier alinéa conduit à ce que « l'inclusion d'un secteur dans le champ d'une union douanière » se comprenne comme « la suppression de tous les obstacles du commerce de produits de ce secteur entre les membres constitutifs de l'union ». Il traite donc de suppression des obstacles entre États constitutifs et doit être distingué du deuxième alinéa qui concerne les relations avec les États tiers. Cette différence a poussé les membres du Groupe spécial à estimer que la politique de l'alinéa i) « ne signifie pas nécessairement que ces derniers doivent opposer des obstacles identiques ou ayant des effets semblables aux importations des mêmes produits en provenance de pays tiers. » [615]

L'idéal selon le groupe spécial « est d'arriver à une situation dans laquelle les politiques des membres constitutifs sont identiques »[616]. Cela n'empêche pas d'accorder aux États une liberté dans l'établissement de leur union douanière et le traitement des pays tiers. Ainsi, s'il est juste d'adopter des réglementations comparables, « il peut aussi y avoir une convergence des politiques sur un très grand nombre de domaines avec cependant des exceptions précises (…) »[617]. En matière de restrictions quantitatives, le principe est leur interdiction, mais il existe des exceptions. Ainsi, un État faisant partie d'une union douanière peut imposer des restrictions quantitatives à l'égard d'un autre État de cette union si les conditions requises sont remplies. Et, si une Partie d'une union douanière prévoit des restrictions quantitatives à l'égard d'un État tiers, il est également possible que l'autre État de l'union douanière émette des restrictions quantitatives à l'égard la première, ce pour « faire en sorte que la protection assurée par le contingent initial compatible avec les règles de l'OMC ne soit pas contournée »[618]. S'il est possible d'émettre de telles restrictions entre États constitutifs d'une union douanière, surtout dans le cadre d'un régime transitoire, il est également possible d'autoriser selon l'article XXIV : 8 a ii) que dans une union douanière, « un membre constitutif est en droit d'imposer des restrictions quantitatives dans le cadre d'un régime transitoire spécial tandis que l'autre membre constitutif ne l'est pas ». En somme, il faut retenir que la constitution d'une union douanière - en l'espèce - ou d'un accord de libre-échange peut créer un régime préférentiel s'il ne crée pas davantage de discrimination que l'équilibre existant auparavant. Si cette condition est remplie, il est possible d'admettre un régime préférentiel, et qu'au sein de ce régime préférentiel, les États traitent différemment les États tiers et ainsi favorisent le caractère

[615] Groupe spécial, *Turquie – restrictions à l'importation de produits textiles et vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999 (adopté le 19 novembre 1999), paragr. 9.149.
[616] *Ibid*., paragr. 9.151.
[617] *Ibid*.,
[618] *Ibid.,* paragr. 9.150.

préférentiel des engagements réalisés uniquement avec les Parties. Le rapport du Groupe spécial « Turquie – contre restrictions aux importations » rappelle l'interdiction de mesures de restrictions quantitatives à l'importation en ce qu'elles sont contraires aux accords de l'OMC, notamment aux articles XI, XIII du GATT et 2.4 de l'Accord sur les textiles et les vêtements. Mais si les conditions d'exception sont remplies, elles peuvent être admises. Néanmoins, à cette idée s'ajoute un contrôle d'adéquation de la mesure restrictive par rapport aux effets recherchés. Le principe étant leur interdiction, il faut rechercher si d'autres mesures administratives alternatives ne sont pas plus adéquates. C'est ce que soulignent les membres du Groupe spécial en affirmant qu'« il existe des moyens administratifs (…), dont disposent les Communautés et la Turquie, pour faire en sorte qu'il n'y ait aucun détournement des échanges, tout en respectant les éléments énoncés au paragraphe 8 a) i) ainsi que ceux du paragraphe 8 a) ii) (…) »[619]. Après avoir appliqué tout ce qui précède à l'étude de la réciprocité, nous pouvons maintenant considérer que la réciprocité peut soit être multilatéralisée – et les négociations communes à l'OMC peuvent alors être acceptées comme étant de réciprocité –, soit prendre une nouvelle forme dans les accords préférentiels – ce dans les limites dessinées par l'OMC.

209. L'utilisation conditionnelle de la nation la plus favorisée. Cette dernière idée doit être retenue. En effet, outre la recherche de compatibilité entre la clause de la nation la plus favorisée prévue par l'article 1 paragraphe 1 du GATT et l'article XXIV du GATT, il faut souligner que c'est la clause de la nation la plus favorisée elle-même qui peut se présenter de manière conditionnelle dans les accords de libre-échange. Si ce n'est pas le cas à l'OMC, cette clause, en droit international général a déjà été soumise à une condition de traitement réciproque. C'est la Commission du droit international qui, dans son rapport de 1978, a souligné que « les clauses de la nation la plus favorisée sont normalement accordées sous condition de réciprocité ; en d'autres termes, les deux parties à un traité bilatéral ou toutes les parties à un traité multilatéral s'accordent réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine de relations déterminé. Cette forme de réciprocité est une caractéristique normale de la clause de la nation la plus favorisée — on pourrait dire qu'elle en est l'élément constitutif essentiel. »[620] Si notre exemple concerne les accords passés dans le cadre de l'article XXIV, les rapporteurs ont considéré que l'essence même de cette clause dans un traité multilatéral présente caractère bilatéral. En ce sens, il était par exemple prévu que le traitement de la nation

[619] *Ibid.,* paragr. 9.152.
[620] COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session,* ACDI, 1978, vol. II, 2e partie, paragr. 26, p.43.

la plus favorisée pouvait être promis « à condition qu'il accorde à l'État concédant certains avantages économiques (…) ou politiques. De même, il est possible de fixer des conditions quant aux dates respectives auxquelles le traitement de la nation la plus favorisée prend effet ou fin »[621]. Néanmoins, de telles conditions doivent être prévues par ladite clause ou selon un commun accord des États concernés. Ces exemples de la Commission du droit international mis en relation avec les dispositions prévues par l'OMC mettent en évidence que la clause de la nation la plus favorisée inconditionnelle est prévue dans le cadre des négociations à l'OMC, et qu'un accord ou une union douanière prise dans le cadre de l'article XXIV doit être compatible avec ledit traitement.

Néanmoins, on peut tout à fait imaginer, dans un accord de libre-échange ou plus généralement un accord commercial, que la clause de cet accord soit soumise à de strictes conditions. Cela rejoint la tendance actuelle de maîtrise de l'octroi des préférences commerciales. D'ailleurs, il ne serait pas illogique d'intégrer une dose de contrôle de caractère préférentiel dans l'octroi des avantages. Le risque à défaut serait de créer un traitement de la nation la plus favorisée étant uniquement une clause de style. Bien que les rédacteurs voient d'un mauvais œil la clause de la nation la plus favorisée conditionnelle, le caractère inconditionnel poussé à l'extrême reviendrait à généraliser automatiquement et immédiatement « toute concession nouvelle faite par un État dans ses négociations avec un partenaire commercial particulier ; elle alourdit donc considérablement la charge que représente pour lui une telle concession, sans qu'un avantage correspondant puisse toujours être réclamé. »[622] C'était pour éviter une telle situation que le GATT avait tenté d'instaurer sa clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée. Néanmoins, de nos jours, les blocages dans les négociations s'expliquent entre autres, par la volonté de mieux diffuser les bénéfices de la réciprocité. La multiplication des accords commerciaux bilatéraux et régionaux est également un signe qui explique que dès 2004, le Rapport Sutherland concernant l'avenir de l'OMC alertait sur la perte de vitesse de la clause de la nation la plus favorisée. Si bien que selon ses rédacteurs, cela a « presque atteint le stade où le traitement NPF est un traitement exceptionnel. Il serait certainement préférable aujourd'hui de parler de traitement de la nation la moins favorisée (NMF*).* »[623]

[621] *Ibid.,* paragr. 24 p. 42.
[622] VIRALLY, Michel « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain (volume 122), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1967, p.74.
[623] OMC *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire,* Genève, 1985, p.21. Dit le « Rapport Sutherland ».

Ces longues tendances témoignent de l'affaiblissement de l'effet diffus de l'octroi des bénéfices. Si bien que la réciprocité diffuse, consacrée à l'OMC, est en perte de vitesse. Dans le chapitre précédent consacré à la réciprocité selon l'objet, il a été démontré que la réciprocité spécifique prenait le pas sur la réciprocité globale. Ici, également, il nous faudra montrer que le caractère diffus de la réciprocité, qui garantit, entre autres, la clause NPF, tend à s'essouffler. Cela est le signe d'une volonté de maîtriser l'octroi des avantages. Par ailleurs, il s'agit également du choix de faire peser davantage de réciprocité dans les négociations et dans les futurs accords. En limitant le traitement de la nation la plus favorisée, un État se dote d'une meilleure capacité de contrainte dans les négociations en influençant l'objet des négociations. Cela ne signifie pas qu'il existera davantage de réciprocité, mais plutôt que les chances pour garantir de la réciprocité seront plus grandes.

B – Les réserves d'utilisation en tant qu'indice de la maîtrise de l'octroi des préférences.

210. Contextualisation. Les réserves d'utilisation de la nation la plus favorisée dans certains secteurs traduisent la volonté de ne pas diffuser les bénéfices d'un accord. Elles ne signifient pas qu'une réciprocité est recherchée, mais plutôt que les Parties retirent de l'accord certains objets de négociation qui pourraient, par exemple, fausser l'équilibre global. De plus, le fait d'exclure certains secteurs de la nation la plus favorisée permet de mieux définir le caractère préférentiel d'un accord. C'est ce qu'il nous faut relever dans certains accords des États-Unis, par exemple. Deux accords de libre-échange seront comparés : celui passé avec le Panama[624] et celui passé avec la Corée du Sud[625]. Cette comparaison sera intéressante en ce qu'elle mettra en évidence la distinction entre les logiques commerciales des États-Unis entre deux États différents économiquement.

211. L'accord conclu entre les États-Unis d'Amérique et le Panama. Il faut tout d'abord souligner que si le traitement de la nation la plus favorisée est un objectif entourant tout l'accord, la présence d'une telle clause ne concerne que certains chapitres de l'accord. Les chapitres concernant les marchés des marchandises et les marchés publics n'en disposent pas

[624] United States – Panama Trade Promotion Agreement, [en ligne], entré en vigueur le 31 octobre 2012. Disponible sur : https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa/final-text
[625] United States – South Korea Free Trade Agreement, [en ligne], entré en vigueur le 1er janvier 2019. Disponible sur : https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text

par exemple. Toutefois, c'est le cas des chapitres relatifs aux investissements[626], services[627] et services financiers et encore de l'article 14.2 du chapitre sur le commerce électronique qui prévoit que les « *measures affecting the supply of a service delivered or performed electronically* » se voient appliquer les dispositions des chapitres sur l'investissement, les services et les services financiers, sauf exception ou *non-conforming measures*. Ainsi, or exception, les mesures citées se verront appliquer la clause de la nation la plus favorisée[628].

À leur lecture, ces clauses ressemblent à toute clause classique de la nation la plus favorisée. En matière d'investissements pour ne prendre que cet exemple, elle concerne à la fois les investisseurs et les investissements. Concernant la clause pour le secteur financier de l'article 12.3, celle-ci contient trois autres paragraphes concernant les mesures prudentielles d'un État non-partie à l'accord. Son deuxième paragraphe prévoit les méthodes de reconnaissances des mesures prudentielles d'un État non-partie à l'accord de libre-échange en vue de le faire bénéficier de la clause de la nation la plus favorisée. Cette technique n'est pas propre à l'accord et figure aussi bien dans l'annexe sur les services financiers de l'OMC[629] que dans l'AEGC[630]. Dans un groupe de négociation sur l'accord multilatéral sur les investissements de l'OCDE, une note considérait les « *« prudential measures » as only those necessary for the protection of users of financial services and the stability and integrity of the financial system* »[631].

212. L'accord conclu entre les États-Unis et la Corée du Sud. Dans l'accord de libre-échange passé entre les États-Unis et la Corée du Sud, la nation la plus favorisée suit la logique

---

[626] Article 10.4 : « 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments ». Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/panama/asset_upload_file684_10351.pdf

[627] Article 11.3 : Most-Favored-Nation Treatment : "Each party shall accord to service suppliers of the other Party treatment no less favorable than its accords, in like circumstances, to service suppliers of a non-Party. » Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/panama/asset_upload_file835_10396.pdf

[628] « 1. Each Party shall accord to investors of the other Party, financial institutions of the other Party, investments of investors in financial institutions, and cross-border financial service suppliers of the other Party treatment no less favorable than that it accords to the investors, financial institutions, investments of investors in financial institutions, and cross-border financial service suppliers of a non-Party, in like circumstances. » Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/panama/asset_upload_file494_10346.pdf

[629] Voir en ce sens pour la différence entre « prudential reasons » et « prudential measures ».
: OMC, *WTO analytical index GATS – Annex On Financial Services (DS reports).* Disponible sur : https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gats_annfinancialservices_jur.pdf

[630] Article 13.5 de l'AECG.

[631] OCDE, NEGOTIATING GROUP ON THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT (MAI), [en ligne], *The treatment of prudential measures in the MAI,* DAFFE/MAI/EG5(96)1. Disponible sur : https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/eg5/eg5961e.pdf

du précédent accord. Elle est mentionnée dans les chapitres relatifs aux investissements[632], aux services[633] financiers[634] et au commerce électronique, à la manière de l'accord passé entre les États-Unis et le Panama[635].

Sans entrer dans les détails de l'utilisation de ces clauses, c'est plutôt leur exonération qui nous intéressera. Il s'agira alors de s'intéresser aux *non-conforming measures*, dont le sens a déjà été précisé dans l'étude sur les réserves. Sans y revenir, il conviendra d'étudier le rapport entre ces mesures et le traitement de la nation la plus favorisée.

1. L'exemple des États-Unis.

213. Concernant l'accord passé entre les États-Unis et le Panama. Il faut se référer à chaque chapitre de l'accord. Concernant les investissements, l'article 10.13 prévoit que les articles relatifs au traitement national, à la nation la plus favorisée, aux prescriptions de résultats ainsi qu'aux cadres supérieurs et aux conseils d'administration ne s'appliquent pas aux *non conforming measures* prévues par cet article[636]. Les mêmes formulations sont utilisées dans le chapitre concernant le commerce des services[637] ainsi que dans le chapitre relatif aux services

---

[632] Voir article 11.4, qui, bien que similaire à la disposition de l'accord de libre-échange passé avec le Panama, contient un paragraphe 3 : « For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B ». Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter_Eleven_Investment.pdf

[633] *Ibid.,* Article 12.3 de l'Accord.

[634] *Ibid.,* Article 13.3.

[635] *Ibid.,* Article 15.2 du chapitre 15 sur le commerce électronique.

[636] *Ibid.,* Article 10.13 :

1. Articles 10.3, 10.4, 10.9, and 10.10 do not apply to:
(a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:
(i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I,
(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I, or
(iii) a local level of government;
(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or
(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 10.3, 10.4, 10.9, or 10.10.
2. Articles 10.3, 10.4, 10.9, and 10.10 do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.
3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Agreement and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.
4. Articles 10.3 and 10.4 do not apply to any measure that is an exception to, or derogation from, the obligations under Article 15.1.6 (General Provisions) as specifically provided in that Article.
5. Articles 10.3, 10.4, and 10.10 do not apply to:
(a) procurement; or
(b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

[637] *Ibid.,* Article 11.6.

financiers[638]. Les *non-conforming measures* prévoient les obligations issues des accords qui s'appliquent « *to the non-conformig aspects of the law, regulation, or other measure (…)* »[639] [640], selon les secteurs et l'échelon gouvernemental concernés. Ces mesures non conformes sont divisées en trois annexes : les deux premières sont relatives au commerce des services, et la troisième, aux services financiers. Leurs objets diffèrent. L'annexe 1, prévoit dans les listes des Parties les *non-conforming measures*, c'est-à-dire « *a Party's existing measures that are not subject to some or all of the obligations imposed* »[641] par des obligations comme celles de la nation la plus favorisée. La deuxième annexe vise « *the specific sectors, subsectors, or activities for which that Party may maintain existing, or adopt new or more restrictive, measures that do not conform with obligations imposed* »[642] par des obligations, là encore comme la nation la plus favorisée ou le traitement national par exemple.

On note une différence dans l'objet. La première annexe concerne les mesures et donc les réglementations nationales qui ne sont pas concernées par les obligations de l'accord, tandis que la deuxième concerne les mesures et, entre autres, certains secteurs spécifiques. De plus, les mesures prévues par l'annexe 1, comme cela est indiqué dans la définition de « mesure », ne concernent que celles « *amended, continued, or renewed as of the date of entry into force of this Agreement* », alors que l'annexe 2 cible, outre les mesures dans les secteurs et autres existants à la date d'entrée en vigueur, les nouvelles ou plus restrictives mesures qui ne sont pas conformes avec les obligations de l'accord. Dans ce dernier cas sont également prises en compte certaines mesures envisagées pour le futur.

À titre d'exemple, l'annexe 1 prévoit que les États-Unis n'appliquent pas le traitement de la nation la plus favorisée aux activités du secteur minier[643], qui interdit entre autres aux étrangers ou aux sociétés étrangères d'acquérir certains droits des pipelines d'essence. De même, il est interdit à des personnes étrangères ou à des entreprises contrôlées par des personnes étrangères d'obtenir un accès « *to federal leases on Naval Petroleum Reserves (…)* »[644] . Autre exemple,

---

[638] *Ibid.,* Article 12.3.

[639] « Explanatory notes : A mesure identifies the laws, regulations, or other measures for which the entry is made. A measure cited in the Measures element:

(i) means the measure as amended, continued, or renewed as of the date of entry into force of this Agreement, and

(ii) includes any subordinate measure adopted or maintained under the authority of and consistent with the measure; (…) »

[640] United States – Panama Trade Promotion Agreement, [en ligne], entré en vigueur le 31 octobre 2012, Annex 1 Explanatory Notes. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/panama/asset_upload_file444_10382.pdf

[641] *Ibid.,* Annex 1 explanatory notes.

[642] *Ibid.,* Annex 2 explanatory notes.

[643] U.S. CODE, Title 30 – Mineral lands and mining, Chapter 3A – Leases and prospecting permits, 2011.

[644] *Ibid.,* Annex 1 Schedule of the United States, p.4.

en matière de transport aérien, le traitement de la nation la plus favorisée ne s'applique pas pour certaines mesures. Les activités concernées sont celles d'investissement dans ce secteur. Plus précisément, pour ne prendre qu'un exemple, « *U.S. citizens (…) have blanket authority to engage in indirect air transportation activities (…). In order to conduct such activities, non-U.S citizens must obtain authority from the Department of Transportation*. »[645]

La liste panaméenne prévoit elle aussi des mesures à l'égard desquelles ne s'applique pas le traitement de la nation la plus favorisée qui touche davantage à des activités de services en matière de radio ou de télévision, ou encore certaines activités libérales[646].

L'annexe 2 de l'accord passé entre les États-Unis et le Panama, se présente donc de manière différente. Plutôt que de viser des mesures qui ne respecteront pas la règle de la nation la plus favorisée, elle permet aux États de maintenir certaines mesures visant des secteurs ou activités déterminés, ou de s'octroyer la possibilité de prendre des mesures pour le futur. Sans être exhaustive, la liste des États-Unis leur permet, par exemple « *the right to adopt or maintain any measure that accords differential treatment to persons of other countries due to application of reciprocity measures or through international agreements involving sharing of the radio spectrum, guaranteeing market access, or national treatment (…)*»[647]. Pareillement, les États-Unis, en matière de service de transport maritime, se réservent le droit de prendre des mesures comme l'imposition d'exigences en matière d'investissement ou encore dans la demande de certificats ou de licences pour les équipages de certains vaisseaux américains[648]. Enfin, pour ne prendre qu'un autre exemple, qui va cependant en notre sens, les États se réservent le droit d'adopter ou maintenir toute mesure « *that accords differential treatment to countries under any bilateral or multilateral international agreement in force or signed prior to the date of entry into force of this Agreement* ». Plus frappant encore, ce droit est plus fort dans les services de l'aviation de la pêche ou des affaires maritimes, car cela concerne non seulement les traitements préférentiels accordés avant l'entrée en vigueur de l'accord, mais également après. On note donc le fort rapport entre le bénéfice de la nation la plus favorisée et l'octroi de bénéfices préférentiels qui peuvent parfois s'opposer. Cette exonération est également présente dans la liste du Panama. Il est fait référence aux activités judiciaires ou encore au droit dont dispose le Panama de ne pas appliquer la clause de la nation la plus favorisée lorsqu'elle tend à

[645] *Ibid.,* Annex I-US-6.
[646] Voir tableau récapitulatif dans les annexes.
[647] *Ibid.,* Annex II-US 1 : Annex 2.
[648] *Ibid.,* Annex II-US-5.

dénier certains droits des investisseurs étrangers en faveur des minorités nationales, entre autres[649].

Là encore, pour reprendre la conclusion précédente, on note que les mesures non conformes à la clause de la nation la plus favorisée sont un moyen de maîtriser l'octroi des avantages accordés et parfois d'accorder de la réciprocité. Cela est aussi explicite dans la troisième annexe relative aux services financiers. Dans la liste des États-Unis, sur 5 exonérations de traitement de la nation la plus favorisée, deux mettent des conditions de réciprocité. Pour ne retenir qu'un exemple, les États-Unis conditionnent à un test de réciprocité l'autorisation d'agir en tant qu'administrateur unique d'un acte de fiducie pour une émission d'obligation aux États-Unis[650]. En matière de service financier, le Panama ne prévoit aucune exonération à la nation la plus favorisée dans sa liste.

214. Concernant l'accord passé par les États-Unis et la Corée du Sud. À présent, il est intéressant de noter qu'il existe des logiques différentes entre l'accord passé par les États-Unis avec le Panama et celui passé avec la Corée du Sud. Il n'est pas utile de revenir sur les définitions, qui sont similaires. Lorsqu'on analyse les listes de la Corée du Sud, il nous faut remarquer qu'aucune exonération à la nation la plus favorisée n'est prévue dans la liste de l'annexe 1, contrairement aux États-Unis. La Corée du Sud, dans cette annexe, a préféré l'exonération à la présence locale[651] [652], au traitement national[653] ou encore à l'accès au marché[654].

Concernant les États-Unis, l'exonération à la nation la plus favorisée est liée aux mêmes mesures que l'accord avec le Panama. Il est donc intéressant de noter que la Corée préfère limiter l'accès à son marché plutôt que de limiter la diffusion des bénéfices garantis par la nation la plus favorisée. Cela signifie que la Corée préfère sélectionner les bénéficiaires qui peuvent intégrer son marché alors que les États-Unis préfèrent ne pas garantir le même traitement qu'il accorde à d'autres partenaires commerciaux dans certains secteurs ou activités. Nous pouvons constater deux logiques commerciales différentes.

---

[649] *Ibid.,* Annex II-PA-2.
[650] *Ibid.,* Annex III-US-14. Voir également Annex III-US-15.
[651] La présence locale de l'article 12.5 qui est concernée ici, fait référence à l'obligation aux États, en matière de commerce de services, de ne pas exiger d'un fournisseur de service d'une autre partie de s'établir ou de maintenir un bureau de représentation ou toute forme d'entreprise ou encore d'être résident dans ledit État et de faire de ces exigences des conditions pour fournir un service transfrontière.
[652] 35 références.
[653] 17 références.
[654] 24 références.

Cependant, l'annexe 2 sud-coréenne, qui possède la même logique que celle expliquée précédemment, prévoit des exonérations au traitement de la nation la plus favorisée.
Sans dresser une liste de toutes les activités concernées, il faut plutôt relever plusieurs dominantes. La première vise à exonérer du traitement de la nation la plus favorisée, les activités sociales, éducatives et de santé[655]. La deuxième, quant à elle, vise les activités liées aux médias et à la radio[656]. La troisième, enfin, vise les activités de transport. Pour ne retenir que la troisième, nous constatons la présence de la même clause relative à la possibilité pour la Corée du Sud, d'accorder un traitement préférentiel à d'autres États, en fonction des accords antérieurs à l'entrée en vigueur de l'accord, ou a posteriori pour les activités d'aviation, de pêche ou d'affaires maritimes[657]. Cette même exonération et cette même possibilité sont prévues pour les mesures de traitement différentiel pour les accords signés avant et après et impliquant les activités de transport ferroviaire[658]. Les États-Unis proposent, quant à eux, une liste là encore similaire à celle de l'accord passé avec le Panama. Il en va de même pour l'annexe III, relative aux services financiers. La Corée du Sud, elle, propose des exonérations en majorité en matière d'accès au marché ou, là encore, de traitement national.

215. Conclusions. Il semblerait donc, sans analyser le degré de matérialité d'ouverture de chaque service, mais uniquement sur la base des mesures non conformes exonérant de certaines obligations, que les États-Unis utilisent davantage ces exonérations. En effet, même si cette étude visait à se concentrer uniquement sur le traitement de la nation la plus favorisée, cette exonération était, dans la majorité des cas, associée à des exonérations d'accès au marché ou encore de traitement national. Cela ne signifie pas forcément que les États recherchent de la réciprocité. Il peut s'agir comme cela a été précisé d'une simple maîtrise ou d'une simple exclusion de certains objets des négociations. Mais cette étude permet de prendre en compte l'existence de certains secteurs, activités ou réglementations qui ont davantage de chance d'être soumis à de la réciprocité explicite dans le futur, ou qui seront négociés sur une base de réciprocité. Ici, l'intérêt est de voir l'exclusion de la nation la plus favorisée comme un indice, un cadre d'interprétation de la recherche de réciprocité. Ce sont dans ces secteurs que la réciprocité prend tout son sens, car elle propose une autre manière d'échanger et de réguler les activités commerciales internationales. En effet, ces exemples montrent que la réciprocité est

[655] Pour les préférences sociales et économiques de certains groupes voir p.7 ; pour les services en matière sociale voir la page 9 et pour les activités de service liées à la santé voir p.40.
[656] Voir certaines activités de communications et d'enregistrement soumises à des conditions de réciprocité p.12, ou encore en matière de production cinématographie en page 29.
[657] Voir en ce sens p.11.
[658] Voir en ce sens p.13.

aujourd'hui utile et sera nécessaire dans le futur. Ce constat est davantage présent à l'étude des accords de libre-échange signés par la Chine Sur la base des accords signés avec l'Australie[659], le Cambodge[660], le Pérou[661] et la Nouvelle-Zélande[662].

1. L'exemple de la Chine.

L'intérêt de cette étude, repose sur les différences de profil économique de ces quatre derniers États. D'une part, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, deux États développés de la zone asiatique du Pacifique Sud. D'autre part, deux pays en voie de développement, le Cambodge dont la proximité politique avec la Chine n'est pas nouvelle et le Chili, autre pays en développement qui a multiplié les relations commerciales en raison de ses riches sous-sols en terres rares. Les intérêts économiques chinois dans ces États sont différents et cela se répercute quant à l'objet et au fond de ces accords.

216. L'accord conclu entre la RPC et l'Australie. Parmi ces quatre États, l'accord avec l'Australie est celui qui recourt le plus au traitement de la nation la plus favorisée. La forme de ces accords ressemble davantage à celle des États-Unis que de la Chine. D'une part, cela peut expliquer la raison de l'utilisation de ce traitement. D'autre part, il n'est pas forcément avantageux d'utiliser le traitement de la nation la plus favorisée lorsque les bénéfices que cela pourrait rapporter ne sont pas avantageux. En ce sens, il est intéressant de constater que, si le traitement de la nation la plus favorisée n'est pas explicitement inséré en matière de commerce des marchandises des accords signés par les États-Unis, l'article sino-australien prévoit, à son article 2.13, que la Chine « *shall grant duty-free treatment to imports of such products of Australien origin (...)* ». Le contraire n'est pas mentionné. Sûrement s'agit-il d'un rééquilibrage unilatéral des concessions de la part de l'Australie à l'encontre de la Chine. Néanmoins, cela

[659] Free Trade Agreement between the Government of Australia and. The Government of the People's Republic of China, entré en vigueur le 20 décembre 2015. Disponible sur : https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/chafta/official-documents/Pages/official-documents
[660] Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Cambodia, signé le 12 octobre 2020, entré en vigueur le 1er janvier 2022. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/topic/encambodia.shtml
[661] Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Peru, signé le 28 avril 2009, entré en vigueur le 1er mars 2010. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/topic/enchileupgrade.shtml
[662] Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the New-Zealand, signé le 7 avril 2008 et entré en vigueur le 1er octobre 2008. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/topic/ennewzealand.shtml

ne concerne pas toutes les marchandises, mais seulement celles mentionnées en annexe 2-A et dans les conditions fixées par cette annexe.

Cette logique est celle des listes positives. Alors que les accords des États-Unis prennent majoritairement la forme de listes négatives, l'accord ci-présent, via les listes positives, vise à déterminer explicitement les produits qui bénéficieront des avantages négociés. Contrairement à ce raisonnement, les listes négatives étendent les bénéfices à tous les produits, à l'exception de ceux mentionnés dans les listes. Cela implique des différences quant à l'ambition de ces accords ainsi que leur forme.

Cette manière de négocier se retrouve également en matière de services. Le chapitre 8 relatif aux services distingue les obligations en fonction des listes positives et des listes négatives. Le traitement de la nation la plus favorisée y est un objectif en matière de commerce des services[663]. Pour ce qui concerne les listes positives, l'article 8.7 prévoit que l'annexe 8-A liste les secteurs concernés par le traitement de la nation la plus favorisée. Du moins, la rédaction de cet accord est intéressante en ce qu'elle fait référence à l'obligation d'accorder « *to services and service suppliers of the other Party treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any party* »[664] . Pour les listes négatives, l'article 8.12 prévoit que le traitement de la nation la plus favorisée s'applique au secteur des services, dans les limites posées par l'annexe III qui prévoit des *non-conforming measures*. La logique à appliquer dans ce cas est similaire à celle des États-Unis. La différence, quant à la forme est due au fait que les articles 8.7 et 8.12 prévoient, en leur sein et non pas en annexe, la possibilité pour chaque Partie d'adopter ou de maintenir toutes mesures préférentielles accordées avant l'entrée en vigueur dudit accord[665]. Ces articles prévoient également la possibilité d'engager de nouvelles consultations entre Parties, lorsque l'une d'elles accorde, a posteriori de l'entrée en vigueur dudit accord, un avantage plus favorable à un État non-partie à l'accord[666].

---

[663] Article 8.3.

[664] Article 8.3 paragr. 1.

[665] Articles 8.7 et 8.12 paragr. 2. : « Notwithstanding paragraph 1, a Party may adopt or maintain any measure that accords differential treatment to any non-party in accordance with any free trade agreement or multilateral international agreement in force or signed prior to the date of entry into force of this Agreement. »
Paragr. 3 : « For greater certainty, paragraph 2 includes, in respect of agreements on the liberalisation of trade in goods or services or investment, any measures taken as part of a wider process of economic integration or trade liberalisation. »

[666] Article 8.7 paragr. 4 : 4. « For sectors not covered by paragraph 1, if, after the date of entry into force of this Agreement, a Party subsequently enters into any agreement with a non-party in which it provides treatment to services or service suppliers of that non-party more favourable than it accords to like services or service suppliers of the other Party, the other Party may request consultations to discuss the possibility of extending, under this Agreement, treatment no less favourable than that provided under the agreement with the non-party. In such circumstances, the Parties shall enter into consultations bearing in mind the overall balance of benefits. »
Article 8.12 paragr. 4 : 4. « For those sectors exempted from the operation of paragraph 1 by a Party's Schedule of Non-Conforming Measures in Annex III and where, after this Agreement enters into force, that Party

217. La préférence pour les listes positives. À la lecture des annexes de ces accords, il nous faut constater que les secteurs visés par les listes positives, auxquels s'applique le traitement de la nation la plus favorisée sont peu nombreux. Concernant l'exonération de la nation la plus favorisée aux *non-conforming measures*, elle concerne donc uniquement les listes négatives. Comme étudié dans le cadre des accords passés par les États-Unis, il faut faire la distinction entre une première section qui concerne les mesures au sens précédemment évoqué ; de la deuxième section qui vise des secteurs et où sont concernées certaines mesures. À la liste existante, l'Australie a par ailleurs la possibilité d'ajouter des mesures non conformes auxquelles les obligations de nation la plus favorisée ne s'appliquent pas. La condition est que ces mesures soient de l'échelon régional et qu'elles aient existé avant le 1er janvier 2005.
Néanmoins, la Chine ne recourt pas à des exonérations à la nation la plus favorisée dans ces listes. Les listes chinoises limitent seulement, dans certains secteurs, les obligations d'accès au marché et de traitement national. Cette réticence à intégrer le traitement de la nation la plus favorisée est encore plus flagrante dans d'autres accords de libre-échange. Cela peut même suggérer que l'utilisation du traitement de la nation la plus favorisée dans l'accord avec l'Australie est plus du fait de cet État que de la Chine.

218. L'exemple de l'accord Chine – Nouvelle-Zélande. L'accord passé par la Chine avec la Nouvelle-Zélande est, en ce qui concerne notre étude, à peu près similaire. Le traitement de la nation la plus favorisée est prévu pour le commerce des services[667] et les investissements[668]. Les exceptions liées au traitement différentiel a priori sont également identiques. Néanmoins, celles a posteriori ne concernent que la pêche et les affaires maritimes et non le secteur de l'aviation. Par ailleurs, les *non-conforming measures* ne sont pas insérées dans le chapitre relatif aux services, mais uniquement aux investissements. Néanmoins, dans le chapitre relatif aux investissements, il ne concerne pas le traitement de la nation la plus favorisée. Cela peut s'expliquer, par exemple, par le fait qu'en matière de commerce des services, l'appendix 11 prévoit les secteurs couverts par le traitement de la nation la plus favorisée. Ce traitement s'applique donc uniquement à ces secteurs et non à une liste négative

subsequently enters into any agreement with a non-party in which it provides treatment to services or service suppliers of that non-party more favourable than it accords to like services or service suppliers of the other Party, the other Party may request consultations to discuss the possibility of extending, under this Agreement, treatment no less favourable than that provided under the agreement with the non-party. In such circumstances, the Parties shall enter into consultations bearing in mind the overall balance of benefits. »
[667] Article 107.
[668] Article 139.

qui nécessiterait, au niveau des États, des *non-conforming measures*. Ainsi, cela restreint davantage le bénéfice de ce traitement.

219. L'exemple de l'accord Chine-Pérou. Dans l'accord de libre-échange passé avec le Pérou, seul l'article 131 relatif aux investissements vise à créer une obligation de traitement de la nation la plus favorisée. De plus, alors que les *non-conforming measures* s'appliquaient dans les précédents accords au traitement de la nation la plus favorisée, aucune exonération de cette obligation n'est prévue. En matière d'investissement, l'article 130 ne fait pas référence au traitement national. Pareillement, les listes spécifiques d'engagements des deux États ne précisent aucune exonération à l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée, mais seulement en matière d'accès au marché ou de traitement national[669]. Ce constat s'accentue encore davantage dans les accords conclus avec le Cambodge où ce traitement est généralement prévu et où les États ont l'obligation de faire bénéficier à l'autre partie, la réduction unilatérale de son droit de la nation la plus favorisée[670]. De la même manière, l'accord passé avec le Chili ne prévoit le traitement de la nation la plus favorisée qu'en tant qu'objectif dans les négociations relatives au secteur des marchandises[671].

220. Conclusions. Ces constats prouvent au moins deux éléments. Tout d'abord, tous les États ne recourent pas forcément au traitement de la nation la plus favorisée. Cette clause promeut l'ouverture des marchés et n'est pas en adéquation avec tous les courants commerciaux des États. Rappelons, par exemple, que la loi sur le commerce extérieur de la Chine prévoit, à son article 6, l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée à la seule condition de réciprocité[672]. Ensuite, cela démontre que les États, dans les accords de libre-échange, ne cherchent pas tant à libéraliser au maximum par le traitement de la nation la plus favorisée, mais plutôt à limiter les traitements préférentiels selon les partenaires et les concessions que ceux-ci peuvent faire en retour. Les accords chinois constituent un bon exemple en ce qu'ils tolèrent une marge d'utilisation de la clause de la nation la plus favorisée avec des États développés dont la puissance commerciale est relativement importante, et qu'ils limitent cette marge avec des pays en développement qui sont davantage dépendant de la Chine dans ces

---

669 Voir en ce sens : « Peru's schedule of specific commitments. » Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/bilu/annex/bilu_fujian6_02_en.pdf et « China's schedule of specific commitments », disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/bilu/annex/bilu_fujian6_01_en.pdf

670 Article 2.4 : « Reduction and/or elimination of customs duties – Trade in goods ».

671 Article 2.

672 Article 6 : « In the field of foreign trade, the People's Republic of China, in accordance with the international treaties and agreements it has signed or acceded to, grants the other signatories or acceding parties most-favored nation treatment or national treatment, or on the principle of mutual benefit and reciprocity, grants the other party most-favored-nation treatment or national treatment, etc. »

accords. Dans ce cas, les exonérations aux obligations d'accès au marché sont plus nombreuses par exemple. Il pourrait nous être utile, dans le second temps de notre étude relative à l'évaluation de la réciprocité, car il pourrait être non seulement un instrument de mesure du bénéfice des avantages concédés, mais également un moyen de limiter les avantages pour rechercher davantage de réciprocité.

Il s'agira, à présent, à l'issue de l'analyse des accords de libre-échange de l'Union européenne qui sont déjà entrés en vigueur, d'étudier si ces constats sont partagés. Là encore, le choix est de poser notre étude uniquement sur les accords de libre-échange, et non sur des accords comme ceux de partenariats économiques où l'octroi d'un système préférentiel en raison du développement de l'État partenaire ne correspond pas à l'analyse qui est en train d'être menée.

2. L'exemple de l'Union européenne.

221. Les accords de libre-échange de l'Union européenne. Dans la même continuité que celle de l'étude des accords de libre-échange conclus par la Chine, il conviendra à présent de fonder notre étude sur différents accords, dont les partenaires ont différents niveaux de développements économiques et ceci dans différentes zones du monde. Ainsi, il s'agira d'étudier l'accord de libre-échange passé avec le Canada[673], le Royaume-Uni[674], la Nouvelle-Zélande[675], le Mexique[676], le Vietnam[677], la Corée du Sud[678] et le Japon[679].

222. L'exemple de AECG. L'étude des accords portés par les États-Unis et la Chine ont permis de juger du fond du traitement de la nation la plus favorisée. En ce sens, plutôt que de

[673] Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada d'une part, et l'Union européenne et ses États membres d'autre part, JO L 11/23, p. 23-1079, 14 janvier 2017.
[674] Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JO L 149/10, p. 14-1462, 30 avril 2021.
[675] Free Trade Agreement between the European Union and New-Zealand, signé le 9 juillet 2023.
[676] EU-Mexico agreement : The agreement in principle, annoncé le 21 avril 2018. Disponible sur : https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en
[677] Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république Socialiste du Viêt nam, JO L 186/3, p. 3-1400, 12 juin 2020.
[678] Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la république de Corée, d'autre part, OJ L 127/6, p. 6-1343, 14 mai 2011.
[679] Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, JO L 330/3, p.3-899, 27 décembre 2018.

traduire le fond de chaque clause, il semble davantage nécessaire de mesurer leur portée. L'AECG est de loin le plus ambitieux parmi les accords étudiés, car celui-ci permet à une autre Partie de se voir accorder le plus d'avantages selon le traitement de la nation la plus favorisée. Tout d'abord, il concerne le secteur des marchandises et accorde le taux le plus avantageux équivalant soit à celui de la nation la plus favorisée, soit au taux calculé dans une liste[680]. Ce traitement, comme dans de nombreux accords précédents, est accordé selon le chapitre relatif aux investissements, pour les investissements et investisseurs de l'autre Partie « en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ainsi que la vente ou la disposition de leurs investissements sur son territoire »[681]. Il en va de même en matière de commerce des services[682]. Pareillement, le traitement est aussi conçu pour le « traitement des institutions financières et des investisseurs de l'autre Partie »[683] et cela est étendu à la fourniture transfrontière des services[684]. À ces secteurs s'ajoute toutefois, contrairement aux précédents, l'inclusion du traitement de la nation la plus favorisée en matière de service de transport maritime international. Il s'agit d'une liste positive des secteurs auxquels s'applique le traitement. Sans nouveauté, le chapitre relatif aux investissements prévoit une possibilité d'émettre des réserves et des exceptions selon les mesures prévues en annexes[685]. Il est toutefois intéressant de noter que contrairement aux précédents accords, il est possible pour les Parties de déroger à la clause de la nation la plus favorisée selon les limites prévues par l'ADPIC. Sans trop de complexité, le chapitre relatif aux services propose une clause de réserve et d'exceptions[686]. Les annexes recueillant les mesures non conformes au traitement de la nation la plus favorisée sont au nombre de trois. L'annexe 1 contient les mesures existantes européennes, nationales, régionales et locales et qui sont relatives à l'exercice de certaines activités professionnelles qui sont soumises à réciprocité dans les États membres de l'Union européenne. Autrement, y sont incluses de nombreuses mesures relatives à certains services sociaux sont visées ou encore certaines mesures relatives à des investissements dans des secteurs stratégiques, comme l'uranium. L'annexe II contient les réserves au regard de mesures futures. Dans ces réserves les Parties fixent les secteurs ou sous-secteurs qui ne respecteront pas les obligations de la nation la plus favorisée. Nombreux sont relatifs aux investissements dans certains secteurs stratégiques. Enfin, l'annexe III concerne

[680] Article. 2.4.
[681] Article 8.7 paragr. 1.
[682] Article 9.5.
[683] Article. 13.4.
[684] Article 13.7.
[685] Article 8.15.
[686] Article 9.7.

enfin les mesures relatives aux services financiers. Parmi les réserves, il faut également noter l'annexe 19-5 sur les services où l'Union européenne, qui conçoit la possibilité d'entamer des négociations avec le Canada « en vue d'étendre, sur la base de la réciprocité, le champ d'application du présent chapitre en ce qui a trait aux services et aux concessions de services visés », si la législation de l'Union européenne sur les marchés publics « entraîne un élargissement de la portée des services et des concessions de services visés par cette législation »[687]. En définitive l'AECG prévoit un traitement de la nation la plus favorisée beaucoup plus élargi que dans d'autres accords de libre-échange comme celui avec le Royaume-Uni ou avec la Nouvelle-Zélande.

223. Les accords de libre-échange conclus avec d'une part le Royaume-Uni et d'autre part, la Nouvelle-Zélande. Les deux accords ont intégré lesdites clauses dans leurs chapitres dédiés aux commerces des services et à l'investissement. Pour le second cas cependant, le champ d'application de la clause n'est pas le même. Contrairement à la disposition insérée dans l'AECG, le traitement de l'accord passé avec le Royaume-Uni ne vise que « l'établissement sur le territoire » pour les investisseurs de l'autre partie ainsi « l'exploitation sur le territoire »[688]. Il en va de même pour l'accord passé avec la Nouvelle-Zélande[689], du Mexique[690], ou encore du Japon[691]. Les mesures non conformes qui s'appliquent à permettre une dérogation à ces obligations sont également identiques dans leurs formes[692], excepté pour l'accord avec le Japon, qui étend la dérogation à ce traitement aux marchés publics[693]. Ces trois États envisagent également d'accorder un tel traitement pour le commerce des services. La forme est identique, seules changent les exceptions insérées à cet article. C'est pourquoi il est plus intéressant de s'arrêter sur les accords passés avec la Corée du Sud et avec le Vietnam.

224. L'accord conclu entre l'Union européenne et la Corée du Sud. Dans le premier accord, le traitement de la nation la plus favorisée est également intégré dans le chapitre relatif au « commerce des services, établissement et commerce électronique, mais non dans sa totalité. Cette clause est relative à la fourniture transfrontalière de services similaires de tout autre pays tiers dans le contexte d'un accord d'intégration économique signé après l'entrée en vigueur du

[687] Annexe 19-5.
[688] Article 130.
[689] Article 10.7.
[690] Article 8, chapitre 17.
[691] Article 8.9.
[692] Voir en ce sens : l'article 8 : de l'Accord passé entre l'Union européenne et le Mexique ; l'article 10.10 de l'Accord passé entre l'Union européenne et la Nouvelle-Zélande ; l'article 133 de l'Accord passé entre l'Union européenne et le Royaume-Uni.
[693] Article 8.12 paragr. 5.

présent accord »[694]. Ici il ne s'agit pas d'un simple accord de libre-échange, mais d'un accord d'intégration économique, qui est signé *a posteriori* de l'accord. Une exception est faite uniquement lorsque l'accord d'intégration économique régional octroie un traitement « au titre d'engagements sectoriels ou horizontaux pour lesquels l'accord d'intégration économique régionale prévoit des obligations significativement plus contraignantes (…) »[695]. Autre modification de forme cette fois, tous les services sont concernés par le traitement, hormis ceux listés à l'article 7.4 relatif au champ d'application du chapitre dédié au commerce des services. Cela réduit davantage l'impact de ce traitement. La forme de l'article 7.8 est également utilisée en matière d'investissement[696]. Cependant, dans le cas de cet article, contrairement aux précédents accords de l'Union européenne, le traitement ne concerne que l'établissement et non l'exploitation. La clause ne s'y appliquant pas, il est loisible de penser que l'exploitation peut être soumise, dans un second temps, et si les Parties en conviennent à une logique de réciprocité.

225. L'accord Union européenne – Vietnam. La différence est encore plus frappante concernant l'accord avec le Vietnam. Tout d'abord, le traitement ne concerne que la réduction ou l'élimination des droits de douane (à la manière des précédents accords), et le chapitre relatif aux investissements. Néanmoins, dans ce dernier cas, le traitement vise l'exploitation des entreprises d'un investisseur. Cela réduit considérablement le champ par rapport à l'AECG. Et s'ajoute aux exceptions communes qui sont inscrites dans les précédents accords une liste de secteurs auxquels le traitement ne s'applique pas[697]. Enfin, le chapitre relatif au service n'est pas concerné, à la différence des précédents accords. On ne peut que relever la différence du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée entre l'accord passé avec le Canada et celui passé avec le Vietnam. Cela peut s'expliquer par une volonté d'éviter un comportement de passager clandestin du Vietnam compte tenu de l'ouverture du marché européen qui apparaît dans d'autres accords de libre-échange. Par conséquent, à la manière de l'exemple des accords chinois, la marge de manœuvre d'ouverture des marchés est grande dans l'accord conclu avec le Vietnam, ce qui peut induire une recherche de davantage de réciprocité lors des négociations futures sur non seulement les objets exclus des accords de libre-échange, mais également ceux qui ne bénéficient pas du traitement de la nation la plus favorisée.

[694] Article 7.8.
[695] *Ibid.,*
[696] Article 7.14.
[697] Article 8.6 paragr. 2.

226. Conclusions. Il ressort de cette étude que le traitement de la nation la plus favorisée est davantage utilisé pour ouvrir les marchés aux produits non stratégiques ou ne représentant pas une grande sensibilité politique. Le but de cette analyse visait à démontrer que le traitement de la nation la plus favorisée n'était pas un principe immuable. S'il n'est pas utile de revenir sur l'idée que les accords bilatéraux sont des moyens de lutter contre les défauts des accords multilatéraux, le fait de prévoir de nombreuses exceptions au traitement de la nation la plus favorisée accentue l'importance du caractère préférentiel pour les États.

227. Synthèse. Comme cela a été souligné, le résultat peut être un refus de négocier sur certains objets commerciaux dans le futur ou encore de négocier, mais sur une base de réciprocité. Au-delà même de la négociation, si l'objet en question n'est pas négocié par un accord, l'absence de droit peut être régulée par l'utilisation de la réciprocité. Le caractère préférentiel peut donc être un indice de recherche de réciprocité. Ce constat peut être étendu à d'autres. Sur 253 accords commerciaux régionaux étudiés, Jo-Ann Crawford a pu constater que « *[s]uch MFN – [A third-party type clause] are rarely unconditional and are frequently subject to conditions which restrict their scope and application, for example by limiting their scope to certain products or to agreements subsequently negotiated with certain parties*. »[698]

Au-delà de la recherche de réciprocité, l'existence d'une réciprocité explicite dans les accords produit ses propres effets. Si la manière doit nous intéresser, il faut surtout constater que le contenant a des implications sur les effets, selon que la réciprocité est énoncée dans le préambule ou non.

Paragraphe 2 : Les effets de la réciprocité spécifique

Il est à présent nécessaire de démontrer que dans les accords de libre-échange, ce traitement est un outil parmi d'autres visant à accorder des bénéfices commerciaux ou à en recevoir, tout en maîtrisant les concessions faites. Vu que les marchés ont déjà été ouverts grâce à l'OMC, l'objet des négociations tend à concerner de plus en plus les secteurs stratégiques et sensibles. Ainsi, pour des États, il peut être difficile de négocier dans ces secteurs ou sous-secteurs et d'étendre les concessions à tous les Membres de l'OMC. Néanmoins, selon que la

[698] CRAWFORD Jo-Ann, *Market access provisions on trade in goods in regional trade agreements*, World Trade Organization – Economic research and Statistic Division, Staff Working Paper ERSD-2012-20, 31 octobre 2012, p.52.

réciprocité est invoquée dans un préambule (A) ou dans le corps de l'accord, les effets ne seront pas identiques (B). Ces deux approches permettront d'étudier non seulement les effets de la réciprocité, mais également ses objectifs. Suivant leur place et leur formulation, nous aurons des indications sur les intentions des États dans la formulation de la réciprocité.

A – L'effet directeur de la réciprocité dans les relations commerciales.

228. Contextualisation. La réciprocité qu'elle soit mentionnée explicitement ou implicitement, peut produire des effets de droits en conditionnant le bénéfice d'un avantage. Néanmoins, cet aspect n'est qu'une vision limitée de ses effets. Comme cela a été étudié, la réciprocité est essentiellement mentionnée de manière explicite dans les préambules. Cela est le cas dans l'accord du GATT, mais également dans certains accords de libre-échange. De plus, elle est souvent utilisée comme principe devant guider les négociations, sans pour autant, comme cela a aussi été évoqué, que les négociations se réalisent sur une base de réciprocité. Qu'elle guide les négociations ou qu'elle soit rappelée pour souligner que la poursuite des relations commerciales doit être réalisée sur sa base, sa présence dans de plus en plus de préambules témoigne de la volonté des États de se prémunir d'un futur déséquilibre.

229. La valeur juridique du préambule. Cela est lié à la mission du préambule. Selon le Dictionnaire de droit international public sous la direction du Professeur Jean Salmon[699], « la valeur juridique du préambule est une question d'espèce. Souvent il est dépourvu de force obligatoire, bien que son contenu puisse constituer un élément d'interprétation du traité ». Ce constat résulte de la position des juges de la CIJ dans l'affaire « Sud-ouest africain »[700], qui se sont fondés sur la morale contenue dans le préambule de la Charte des Nations Unies pour affirmer que des « considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit », mais « de telles considérations ne sont pas des règles de droit »[701]. À ceci, le Professeur Salmon souligne que le préambule peut viser à « combler les lacunes du traité notamment sous la forme de rappel de principes généraux qui l'ont inspiré (…) ». En effet, l'affaire des Ressortissants des États-Unis au Maroc qui illustre son propos mentionne que la garantie de l'égalité de traitement indiquée dans le préambule « apparaît clairement comme ayant été destiné à avoir le caractère

[699] « Préambule », SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 01 novembre 2001, p.865.
[700] CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Liberia c. Afrique du Sud), Deuxième phase,* CIJ. Recueil. 1966*,* p.6.
[701] *Ibid*.,

d'une obligation, et non à rester seulement une formule vide »[702]. À défaut d'une trop grande valeur obligatoire, le Préambule peut donc guider les relations interétatiques en étant un élément d'interprétation[703]. Cependant, en dépit de la valeur des préambules, le risque serait que la réciprocité ne soit qu'une condition de forme. En effet, elle peut être « purement symbolique et se fait par le biais de l'introduction, le plus souvent dans le préambule, d'une clause symbole »[704].

230. Le recours au préambule lors de la recherche de l'objet et du but d'un accord. Malgré tout, le préambule renvoie aussi à l'objet et au but d'un accord. La multiplication récente des mentions de la réciprocité dans le préambule des accords commerciaux nous laisse peu de marges de manœuvre pour interpréter les effets de cette notion. Nous pouvons toutefois supposer que, sur la base des définitions données, la réciprocité sera soit rarement utilisée lors d'un différend devant une juridiction, car l'essentiel de l'argumentation se fondera alors sur la violation d'une obligation coutumière ou conventionnelle, soit un instrument d'interprétation de l'accord sur la base de l'étude de l'objet et du but de l'accord. En effet, le duo « l'objet et le but » vise selon le Professeur Salmon à associer « dans une seule et même démarche intellectuelle la prise en considération de la matière régie par un traité et celle des résultats attendus de l'application de celui-ci, afin de dégager l'interprétation de ses dispositions » [705]. L'interprétation selon l'objet et le but résulte de l'article 31 alinéa 1er de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Selon les juges de l'affaire Gabcikovo-Nagymaros, le but du traité et les intentions devraient prévaloir à une lecture littérale[706]. Le juge Roucounas, dans son opinion dissidente de l'affaire Macédoine contre Grèce indiquait que l'objet et le but ne devaient pas s'étudier selon chaque disposition particulière. Il est nécessaire de prendre en compte l'objet et le but de l'accord en lui-même même si « dans un second temps, chaque disposition particulière est susceptible d'être appréciée suivant l'interprétation qui lui donne un effet utile »[707]. À ceci, il nous faut ajouter que l'objet et le but ne peuvent pas être dissociés

[702] CIJ, arrêt du 27 août 1952, *Droit des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ. Recueil 1952, p.184.
[703] FORTEAU Mathias, MIRON Alina PELLET Alain, *Droit international public*, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 9e édition 2022, p.179, paragr. 89.
[704] DÉRO Delphine, *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, 571 p, p.239.
[705] « Objet et but », SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 01 novembre 2001, p.765.
[706] CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ. Recueil 1997, paragr. 142, p.79.
[707] Opinion dissidente de M. le Juge Roucounas dans l'affaire : CIJ, arrêt du 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, CIJ. Recueil 2011, paragr. 726.

dans l'étude, contrairement à l'article 60 § 3 b) de la Convention de Vienne de 1969 qui définit une violation substantielle en fonction « d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou[708] du but du traité ». Cette vision est également partagée par le Professeur Jean-Paul Jacqué. Pour ce dernier, l'objet d'un acte « est le contenu que les auteurs ont donné à leur manifestation de volonté »[709]. En affirmant que « les effets de droit que vise à produire l'acte[710] », il se place dans la vision de la doctrine normativiste de Kelsen.

Ainsi, lorsque les auteurs manifestent la volonté d'échanger des concessions sur une base de réciprocité, l'objet et le but sont la recherche de réciprocité ou l'imposition de conditions à l'octroi de concessions en raison de la réciprocité. Néanmoins, il faut délimiter strictement ce qui relève de la réciprocité, pour qu'elle constitue un objet et un but. Dans l'affaire du Projet Gabcikovo-Nagymaros par exemple, les juges ont considéré que le traité prévoyait un programme d'investissements communs et que ces investissements constituaient l'objet et le but de cet accord. Cependant, les conditions politiques de l'époque ne constituaient pas un objet et un but et donc n'étaient pas au centre de la base du consentement des accords pouvant avoir des conséquences sur la « portée des obligations qui restaient à exécuter »[711]. Or le projet commun étant ici un projet sur la base d'obligations réciproques, seules celles-ci pouvaient être interprétées en tant qu'objet et but.

231. L'utilisation de la réciprocité visant à assurer de la sécurité juridique. Ainsi, par l'insertion de la réciprocité dans le préambule de l'OMC et selon la jurisprudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC, nous pouvons estimer que la réciprocité peut également être considérée comme un objet et un but d'un accord de libre-échange lorsque cette volonté se manifeste dans le préambule. Dans l'affaire Russie – Mesures concernant le trafic en transit, l'Organe d'appel a déclaré que l'Accord sur l'OMC ainsi que le GATT de 1994 « avaient pour objet et pour but général de promouvoir la sécurité et la prévisibilité des accords conclus sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels ainsi que la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce »[712]. Au-delà de l'objet et du but de ces accords, la réciprocité est intégrée à la logique de sécurité et de prévisibilité des relations

[708] Ajout de l'italique.
[709] JACQUÉ Jean-Paul, « Acte et norme en droit international public » (volume 227), *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1991, p.381.
[710] *Ibid.,*
[711] CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, paragr. 104, p. 64.
[712] GROUPE SPÉCIAL, *Russie – Mesures concernant le trafic en transit,* WT/DS512/R, 5 avril 2019, (adopté le 26 avril 2019), paragr. 7.79.

commerciales, ce qui implique que des modifications de concessions ultérieures et unilatérales, en modifiant les équilibres négociés, pouvaient avoir des conséquences sur la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales. En ce sens, il est interdit d'utiliser les exceptions prévues aux articles XX et XXI du GATT uniquement pour contourner les obligations du GATT, comme « chercher à se libérer de la structure « d'accords … sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels » qui constitue le système commercial multilatéral *(...)* »[713]. Si l'on applique cette idée à l'OMC, il apparaît que le but était de réaliser une forme de réciprocité non pas en tant qu'objet de négociation, mais en tant que principe de négociation. En effet, bien que la réciprocité s'évalue de manière matérielle, rappelons qu'elle est la formulation politique d'un consensus qui peut prendre la forme d'un engagement unique. Cela n'empêche pas qu'elle vise « à atteindre une répartition équitable des avantages entre les différents pays contractants » [714].

232. L'analyse des préambules des actes unilatéraux : l'exemple de l'Union européenne. Néanmoins, l'identification de la réciprocité ne s'arrête pas aux préambules des accords, mais s'étend à ceux des actes et discours unilatéraux. C'est pourquoi il faut rappeler que les préambules des actes de l'Union européenne ont une valeur consultative. Il faut en ce sens, rappeler la position de la Cour de justice des communautés européennes en la matière. Dans un arrêt du 19 novembre 1998[715], la Cour a été interrogée par le biais d'une question préjudicielle sur le fait de savoir si l'interprétation du préambule d'une directive pouvait permettre des exceptions nationales « à l'admission à l'insémination artificielle sur le territoire national en ce qui concerne des animaux (…) »[716]. À cet égard, la CJCE a considéré qu'« il y a lieu de relever que le préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante et ne saurait être invoqué pour déroger aux dispositions même de l'acte concerné »[717]. Cette position a été ensuite constamment suivie par la Cour de justice de l'Union européenne, comme dans l'arrêt dit « Puppinck e.a contre Commission »[718] où le préambule d'un acte de l'Union européenne n'a pas de valeur juridique contraignante « et ne peut être invoqué ni pour déroger à une disposition ni pour interpréter cette disposition dans un sens manifestement contraire à son libellé »[719]. Néanmoins, l'arrêt du 10 janvier 2006 IATA et

[713] *Ibid.,* paragr. 7.133.
[714] TESTA Guido, « Le Kennedy Round, quelques aspects juridiques », *Annuaire français de droit international*, volume 14, 1968. pp. 605-642, p.618.
[715] CJCE, arrêt du 19 novembre 1998, affaire C-162/97, *Procédure pénale contre Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren et Solweig Arrborn*., ECLI:EU:C:1998:554.
[716] *Ibid*., point 23.
[717] *Ibid*., point 54.
[718] CJUE, grande chambre, arrêt du 19 décembre 2019, affaire C-418/18 P., *Patrick Grégor Puppinck e.a. contre Commission européenne,* ECLI:EU:C:2019:1113.
[719] *Ibid*., point 74.

ELFAA précise que « le préambule d'un acte communautaire est susceptible de préciser le contenu »[720] dudit acte. C'est également ce que vient rappeler l'arrêt Puppinck e.a dans son paragraphe 75. Dès lors, l'utilisation de la réciprocité vient préciser le contenu des dispositifs des actes utilisés. Dans ses conclusions[721] de l'affaire Meta Fackler KG contre Allemagne[722], l'avocat général Philippe Léger rappelait à la Cour que « le Préambule d'une directive permet, en règle générale de donner des indications sur l'intention du législateur et de lui fournir des pistes utiles pour déterminer le sens à donner à ses dispositions (…) »[723] . Par la multiplication des références à la réciprocité dans les préambules, le législateur européen entend exprimer son intention de mener des relations sur une base de réciprocité et ainsi éclairer les prochaines interprétations d'un texte en question.

233. La recherche d'un comportement de réciprocité. Pour ces actes, il est intéressant de reprendre l'analyse du Professeur Jean-Paul Jacqué qui soulignait que le droit interne contrairement au droit international distinguait l'objet et le but[724]. Ainsi, le but serait un moyen interprétatif visant à comprendre le comportement d'un État. En multipliant les références à la réciprocité dans les documents de travail relatifs aux négociations des accords ainsi que dans les communications politiques officielles, les États seraient en train d'instaurer un cadre favorable politique à l'élaboration d'une réciprocité juridique. Comme cela a été abordé, il existe une multiplication des expressions de réciprocité dans le langage politique créant un climat d'incitations à la recherche de réciprocité. Le Professeur Virally, bien que cela concernait le préambule d'un accord, soulignait l'importance politique de cet instrument qui « désigne une ligne de conduite et un objectif que l'on s'assigne »[725]. Nous pouvons étendre ce constat aux actes unilatéraux ayant une valeur juridique, mais également aux déclarations politiques qui conduisent à la production de faits. L'idée serait que l'énonciation politique de la réciprocité ne soit pas simplement des discours politiques, mais qu'elle crée, à terme, au moins des obligations sociales où la réciprocité organiserait les relations commerciales internationales. Ces constats

[720] CJUE, grande chambre, arrêt du 10 janvier 2006, affaire C-344/04, *The Queen, à la demande de International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport.*, ECLI:EU:C:2006:10, point 76.
[721] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL LÉGER du 27 janvier 2005, de l'affaire CJCE, 2e. ch., *Meta Fackler KG contre Bundesrepublik Deutschland*, affaire C-444/03, ECLI:EU:C:2005:64
[722] CJCE, 2e ch., arrêt du 12 mai 2005, affaire C-444/03, *Meta Fackler KG contre Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:288.
[723] Conclusions de l'avocat général Léger du 27 janvier 2005, de l'affaire CJCE, 2e ch., *Meta Fackler KG contre Bundesrepublik Deutschland*, C-444/03, ECLI:EU:C:2005:64, point 70.
[724] JACQUÉ Jean-Paul, « Acte et norme en droit international public » (volume 227), *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1991, p.380.
[725] VIRALLY Michel, *Le droit international en devenir*, [en ligne], Graduate Institute Publications, année d'édition 1990, Publication sur OpenEditions Books, 25 juin 2015, 508 p, p.166.

nous poussent à rappeler une différence entre la réciprocité et les contre-mesures. Alors que cette dernière vise à inciter un autre État à se conformer à nouveau à ses obligations internationales, la réciprocité n'a pas les mêmes objet et but puisqu'elle vise à assurer une équivalence dans la négociation des concessions commerciales.

En nous posant la question du contenant de la réciprocité, nous nousposons également la question du moment d'intervention de la réciprocité. Si le fait de l'inclure dans le préambule permet de guider les relations, il en va différemment lorsqu'elle se trouve dans le corps de l'accord ou dans les réserves des États. Positionnée comme une obligation, elle émet un caractère conditionnel plus puissant que par exemple, lorsqu'elle constitue un principe des négociations par exemple. Cette hypothèse ferait de la réciprocité un droit d'entrée. En ce sens, doit-elle s'apparenter à un régime d'autorisation, ou son exclusion devrait-elle être automatique jusqu'à la preuve de l'existence de traitement réciproque ? C'est en cela que le moment d'intervention de la réciprocité est à prendre en compte.

B – La réciprocité comme obligation de résultat

234. La référence à la réciprocité dans le contenu de l'accord. Dans son dictionnaire de droit international public, le Professeur Jean Salmon distinguait quatre formes de réciprocité : la réciprocité dans la création des obligations ; la réciprocité comme condition de l'applicabilité des obligations ; la réciprocité dans l'exécution des obligations et enfin la réciprocité dans la sanction des obligations[726]. Chacune de ces formes s'exprime de manière différente et a des buts différents. De même, elles n'ont ni les mêmes causes ni les mêmes conséquences. Précédemment, nous avons vu que la réciprocité était souvent mentionnée dans les préambules des accords et des actes unilatéraux. Cependant, l'étude précédente, qui a été menée au sujet de la réciprocité sectorielle, met en avant que la réciprocité puisse être utilisée dans le corps d'un texte et en réserve. Néanmoins, dans la majorité des cas étudiés, la réciprocité recherchée apparaissait comme étant une réciprocité conditionnant l'applicabilité des obligations. Outre l'objet de ce qui est soumis à réciprocité, il faut souligner qu'une des principales différences entre ces catégories est le moment où la réciprocité sera constatée. La réciprocité peut l'être au moment des négociations, elle peut alors conditionner l'octroi des

[726] « Réciprocité », SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 01 novembre 2001, pp. 934 – 935.

avantages en amont par le biais d'un système d'autorisations, ou en aval par le retrait des avantages. Enfin, elle peut agir a posteriori pour rechercher de la réciprocité. Il en ressort une question relative au caractère automatique de la réciprocité. Autrement dit, il faut se demander si l'intégration explicite de la réciprocité dans un accord vise, par exemple, vise à accorder le traitement sur une base de réciprocité après qu'une autorisation l'a permis, ou si cela se réalise automatiquement.

235. Pour poursuivre cette analyse dans le domaine des marchés publics, il est nécessaire d'étudier l'affaire Corée – Mesures qui affecte les marchés publics. Dans cette affaire, les membres du Groupe spécial se demandaient si « la passation des marchés pour l'IIA est visée par les engagements souscrits par la Corée du titre de l'AMP ». Il était question de savoir si l'entité coréenne KAA était une entité visée. Pour mener cette étude, les membres du Groupe spécial ont tout d'abord recherché si les listes faisaient partie de l'accord. En ce sens, ils se sont inspirés du raisonnement de l'affaire Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques où les membres de l'Organe d'appel ont indiqué que « les concessions tarifaires reprises dans la liste d'un Membre (…) sont réciproques et résultent d'une négociation mutuellement avantageuse entre Membres importateurs et Membres exportateurs. Une liste devient partie intégrante du GATT de 1994 en vertu de l'article II :7 du GATT de 1994. En conséquence, les concessions reprises dans cette liste font partie des termes du traité ». Sur cette base, le Groupe spécial, dans l'affaire qui nous intéresse a rappelé que l'article XXIV : 12 de l'AMP indique que les « Notes, Appendices et Annexes au présent accord » font partie de l'Accord. En ce sens, vu que les réserves de réciprocité dans l'AMP sont contenues dans les notes, elles font partie de l'accord. Ainsi, plutôt que d'un système visant à accorder une autorisation, l'Union « cherche à garantir la réciprocité en introduisant des réserves à son champ d'application des marchés, de sorte à répondre par la pareille aux restrictions dans les champs d'application d'autres parties »[727]. Quant au choix de la réciprocité dans ce secteur, il faut souligner que « l'UE a toujours fondé ses négociations sur une réciprocité formelle. Dans des situations où certaines parties ne pouvaient pas répondre à nos attentes en matière d'accès aux marchés, la notion de réciprocité a dû être interprétée de façon plus stricte. »[728]

---

[727] COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission relatif aux négociations concernant l'accès de entreprises de l'Union aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la directive 2014/25/UE,* COM(2021) 100 final, 02 mars 2021. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0100&qid=1684425945608

[728] COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport de la Commission relatif au négociations concernant l'accès des entreprises de la Communauté aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la directive 2004/17/CE,* [en ligne], COM(2009)592 final. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0592&qid=1684425945608

Cela dit, comment interpréter le caractère de la réciprocité recherchée ? Pour le Professeur Salmon, la réciprocité formelle vise « les obligations identiques ou égales qui lient les sujets de droit les uns à l'égard des autres. »[729] Ce qui est souhaité dans ce cas est la symétrie de traitement par les Parties[730]. Néanmoins, signe d'une volonté de rechercher davantage de réciprocité, les institutions européennes ne souhaitent plus se limiter à une réciprocité formelle et tentent de mener une réflexion « sur la réciprocité économique (évaluer la valeur réelle des marchés publics de la tierce partie) » pour renforcer ses positions de négociation[731]. L'idée que le traitement de réciprocité est automatique et ne nécessite pas d'autorisation à l'accès au marché se comprend également dans l'avis du CESE. Les rédacteurs soulignent la nécessité d'appliquer « de manière précise les principes de réciprocité et de proportionnalité à certains secteurs ». Cela signifie que l'accès au marché ne sera autorisé qu'après vérification de la part des acteurs européens d'un traitement réciproque. Par ailleurs, à défaut de réciprocité de la part de partenaires commerciaux, « l'UE doit envisager d'introduire des restrictions ciblées concernant l'accès à certains secteurs de ses marchés », ce qui révèle le caractère *a posteriori* de l'utilisation de la réciprocité. Il existe un pouvoir autonome par rapport aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices pour vérifier si le traitement réciproque est respecté. C'est ce qui découle, implicitement, des conclusions de l'Avocat général M. Athanasios Rantos, dans le cadre de l'affaire CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA contre, Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SpA. Dans cette affaire, les juges de la CJUE ont été saisis dans le cadre de deux questions préjudicielles par la Cour d'appel de Bucarest pour que la Cour examine si les « dispositions du droit de l'Union relatives aux marchés publics s'opposent à ce qu'un opérateur économique établi en République populaire de Chine soit exclu d'une procédure de marché public ouverte par un pouvoir adjudicateur d'un État membre (…). »[732] Autrement dit, il s'agissait d'étudier la conformité au droit de l'Union, la transposition de l'article 25[733] de la directive 2014/24. Dans cette affaire, l'autorité chargée

[729] « Réciprocité », SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 01 novembre 2001, p.934.
[730] VIRALLY Michel., "La réciprocité dans le droit international », R.C.A.D.I vol 122, 1967, III, p.22.
[731] COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport de la Commission relatif au négociations concernant l'accès des entreprises de la Communauté aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la directive 2004/17/CE,* [en ligne], COM(2009)592 final. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0592&qid=1684425945608
[732] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M.RANTOS ATHANASIOS, présentées le 11 mai 2023, *CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA contre, Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SpA,* C-266/22, paragr. 2.
[733] Pour rappel : « Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des

de la réforme des chemins de fer ainsi que Alstom Ferroviaria souhaitaient l'exclusion du consortium chinois de la procédure de passation. Le consortium chinois reprochait entre autres, l'irrespect de l'article 18 de la directive 2014/24 qui oblige les pouvoirs adjudicateurs à traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination ainsi que l'irrespect de l'article 19[734]. En ce sens, il fallait savoir si le consortium pouvait entrer dans la définition d'opérateur économique, et donc s'il relevait du champ d'application de la directive 2014/24[735]. Sur la compétence matérielle, l'avocat général considère que le marché en question aurait dû concerner la directive 2015/25. Néanmoins, cela ne relève aucune difficulté, car l'article 43 de cette directive est rédigé en des termes analogues à ceux de l'article 25 de la directive 2014/24. La compétence *ratione temporis* ne pose aucun problème et ne mérite pas davantage d'attention.

236. Le raisonnement téléologique de l'avocat général. C'est plutôt la compétence *ratione personae* qui doit mériter notre attention. Pour définir un opérateur économique, l'avocat général se fonde sur l'article 2 paragraphe 1[736]. Or, bien que cet article n'émette pas de discrimination quant à l'origine de l'opérateur économique, l'avocat général en fait une lecture conjointe à celle de l'article 25 de la même directive. En ce sens, il étudie ces articles en pensant aux objectifs de cette mesure et ne se limite pas à suivre la réglementation à la lettre. D'une part, c'est parce que les opérateurs issus de pays tiers n'ayant pas conclu d'accord avec l'Union européenne sont exclus du champ d'application de la directive que les avantages de cette directive ne peuvent leur être logiquement appliqués. Par ailleurs, l'avocat général se livre à une interprétation téléologique en se fondant sur la communication de la Commission du 24 juillet 2019. Dans cette communication, ce dernier réitère sa thèse de l'exclusion en ce sens « que cette exclusion traduit la stratégie de réciprocité mise en place par l'Union dans le cadre de la politique commerciale commune, et tout particulièrement dans ses relations avec la République populaire de Chine »[737]. De plus, « cette stratégie de la réciprocité consiste plus

signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union. »

[734] « Les opérateurs économiques qui, en vertu de la législation de l'État membre dans lequel ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation concernée ne peuvent être rejetés au seul motif qu'ils seraient tenus, en vertu de la législation de l'État membre dans lequel le marché est attribué, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. »

[735] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M.RANTOS ATHANASIOS présentées le 11 mai 2023, *CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA contre, Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SpA,* C-266/22, paragr. 44.

[736] « Toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché »

[737] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M.RANTOS ATHANASIOS présentées le 11 mai 2023, *CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA contre, Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SpA,* C-266/22, paragr. 72.

particulièrement à négocier un accès des entreprises de l'Union aux marchés publics des pays tiers en échange[738] d'un accès des entreprises de ces pays aux marchés publics de l'Union »[739]. Cette position de l'avocat général traduit donc l'importance des pouvoirs adjudicateurs dans le respect des conditions de réciprocité. En ce sens, si la position est suivie par la Cour, cela témoignera du rôle important de ces acteurs dans l'application de la réciprocité. Puis, la position de la Cour encouragera davantage ces acteurs en assurant leur position. En outre, cela fait également suite aux précédents développements mettant l'accent sur la nécessité de créer un cadre de réciprocité ou autrement dit, un sentiment général d'application de la réciprocité. La multiplication des références à la réciprocité dans des documents non contraignants conduit à créer un objectif de réciprocité qui peut servir de moyen d'interprétation, à la manière de l'avocat général dans cette affaire.

237. Une norme prescriptive. Ainsi, pour reprendre la distinction entre les normes prescriptives et les normes d'habilitation utilisée par la Professeure Mathilde Frappier dans sa thèse concernant le traitement national. Les « premières interdisent ou commandent un comportement, alors que les secondes fondent la validité d'autres normes. »[740] De même qu'elle a considéré que le traitement national relevait des premières, nous pouvons aller dans le même sens à propos de la réciprocité. En effet, le non-respect d'une contre-partie de réciprocité n'a pas pour effet d'invalider la norme, mais plutôt de permettre à l'autre partie d'exiger le résultat d'un comportement défini. Pour reprendre les mots de Mme Frappier, le traitement national, « n'entend pas fixer les conditions de forme, de fond et de procédure pour qu'une norme puisse être valablement produite : en l'espèce, il s'agirait d'une norme interne réglementant ou affectant les relations économiques internationales. (…) »[741].

[738] Italique dans le texte.
[739] *Ibid.,* paragr. 73.
[740] FRAPPIER Mathilde, *L'exigence du traitement national en droit international économique,* [en ligne], thèse de doctorat : droit, sous la direction de M. le Professeur Yves NOUVEL, Université Paris II Panthéon – Assas, 2019, 1048 p, p. 236
[741] *Ibid.,*

CONCLUSION CHAPITRE 2

Si la réciprocité selon l'objet est multiforme, celle selon l'effet l'est également. L'hypothèse de départ est que la réciprocité, selon sa définition dans le langage courant, produit des effets sur certains destinataires. Elle est donc conditionnelle. La conditionnalité, ici, a été exposée de plusieurs manières : sous sa forme juridique, matérielle, sur la base des éléments intrinsèques à la réciprocité ainsi qu'en fonction de l'environnement permettant de créer davantage de réciprocité. En effet, au-delà de l'approche conditionnelle de la réciprocité, nous avons dressé un état général de l'utilisation de la conditionnalité dans les relations commerciales. Le fait de recourir aux règles d'origine a tout d'abord permis de souligner qu'il existait une tendance générale à restreindre les objets de négociation en fonction des intérêts stratégiques. En exposant les préférences en matière de règles d'origine des États en la matière, nous avons démontré les tendances d'ouverture et de fermeture de la République populaire de Chine, des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne. Ensuite, les règles d'origine nous sont apparues comme étant outils de conditionnalité intelligents, certes externe à la réciprocité, mais pouvant rechercher les mêmes effets s'ils sont appliqués comme outil de la réciprocité. Associés à une recherche portant sur les secteurs exclus du traitement de la nation la plus favorisée, nous avons pu constater qu'il existait un choix de conditionner l'accès à certains secteurs. Or ce sont ces secteurs qui peuvent ou - dans le futur - pourront être soumis à des conditions de réciprocité puisque la réciprocité est un moyen permettant aux États de retrouver du contrôle.

Néanmoins, si traiter de ces considérations économiques peut paraître détaché de notre étude juridique de la réciprocité, en vérité ce n'est pas le cas. En effet, le but est d'adapter la réciprocité juridique et ainsi d'en permettre une meilleure application. L'idée n'est pas seulement de dresser un cadre économique de l'application de la réciprocité, mais plutôt de formuler juridiquement une définition de la réciprocité et l'appliquer au plus près des maillons auxquels doit être adressée la réciprocité. Dans les accords futurs ou, plus largement, les futures relations commerciales, l'objectif serait de formuler une recherche de réciprocité ou des conditions de réciprocité dont le lien synallagmatique et la conditionnalité seraient fondés sur des intérêts portés au long des chaînes de valeur et d'approvisionnement plutôt que dans un secteur ou une activité déterminée, sauf si des intérêts politiques se confrontaient à ceux économiques.

Ces éléments commerciaux peuvent être considérés comme une forme de réciprocité passive. Ce sont des outils de conditionnalité qui, il est vrai, n'ont pas de lien synallagmatique explicitement écrit, mais un lien synallagmatique implicite caractérisé par une attente. C'est pourquoi nous retenons l'appellation de réciprocité passive, autrement dit, un comportement visant à limiter la diffusion des avantages à certains bénéficiaires alors que la réciprocité active viserait à garantir une recherche d'équivalence dans les négociations et relations commerciales. Toutefois la réciprocité passive a aussi pour rôle de renforcer la réciprocité active. Celle-ci a commencé à être présentée par l'étude de son expression dans les préambules et dans le corps des accords. Dans le premier cas, nous avons reconnu son rôle de principe directeur des négociations. Si autrefois elle était cantonnée à un rôle symbolique, la tendance là encore montre l'importance d'y recourir. Outre la volonté de favoriser l'émergence d'une pratique, le recours à la réciprocité peut venir guider l'interprète par l'étude de l'objet et du but d'un accord. La réciprocité serait également utilisable en vue de préciser un contenu. Lorsqu'elle est utilisée comme condition, dans les réserves ou dans un texte, elle peut être selon la formulation employée, une barrière à l'entrée. L'octroi d'un bénéfice à condition de réciprocité sera ainsi réalisé *a priori.* De plus elle peut être un moyen de contrôle au long des relations commerciales. Dans ce cas, elle agira comme un mécanisme de contrôle *a posteriori.*

CONCLUSION TITRE II

La précédente typologie a démontré que la réciprocité pouvait être globale ou spécifique selon l'objet. Dans le premier cas, l'équilibre global est recherché sur la base de plusieurs objets de négociations, tandis que dans le second, c'est la réciprocité qui est promue, seulement dans certains secteurs. La tendance générale est de délaisser la réciprocité globale pour préférer une réciprocité spécifique. Compte tenu de l'ouverture des marchés, les prochains objets de négociations toucheront davantage les secteurs stratégiques pour lesquels, les futures ouvertures devront être guidées par un meilleur contrôle de la diffusion des avantages. La question des définitions du lien synallagmatique et de la conditionnalité qui accompagne cet effet de diffusion s'est donc posée. Plutôt que de dessiner des critères juridiques stricts, il est apparu nécessaire d'y transposer les réalités des relations commerciales. C'est pourquoi l'usage de la conditionnalité selon ses effets a été étudié et doit être encouragé. Ainsi, nous avons pu découvrir qu'il existait une recherche de réciprocité que nous avons qualifiée de passive qui venait donner force aux effets juridiques d'une réciprocité active naissante dans les relations commerciales.

De point de vue macroscopique, il existe une réciprocité objective et subjective. Objective, car il est possible de déterminer son existence juridique grâce à des critères d'identification. Ainsi, il y a réciprocité juridique lorsque, dans le cadre de relations interétatiques, un État accorde, à un ou plusieurs autres, des avantages en contrepartie d'autres avantages, et uniquement s'il existe une contrepartie des obligations. Ainsi, les conditions d'identité, de *synallagma*, d'équivalence et de conditionnalité caractérisent la réciprocité. La matérialité, au contraire de la réciprocité juridique classique, est davantage subjective qu'objective en ce qu'elle dépend davantage de la volonté de l'État que la réciprocité juridique. Dans le cadre de la réciprocité juridique, le caractère volitif réside dans le choix d'accorder de la réciprocité ainsi que dans le constat du défaut de l'un des caractères évoqués. En matière de réciprocité matérielle, le caractère volitif réside dans le choix de la définition de ce qui est réciprocité.

C'est pourquoi, en raison de l'importance de l'élément volitif dans l'étude de la réciprocité, il fallait démarrer cette étude par une recherche de l'intention de réciprocité. Bien que les effets de la réciprocité ne se forment pas à cet instant, l'intention donne les prémisses

de la construction de la réciprocité. Adopter une démarche inverse ne nous aurait pas permis de présenter l'étendue des formes que peut prendre la réciprocité.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE :

Nous avons fait le choix de mener cette étude selon un raisonnement par induction. Le fait d'adopter cette approche nous a permis d'identifier le contexte, les objectifs et les effets juridiques de la réciprocité. En effet, les premières approches historiques de la notion de réciprocité ainsi que l'étude des fondements démontrent que la réciprocité a un caractère juridique qui ne doit pas être isolé de considérations politiques et économiques. L'intégrer dans un contexte ne fait pas de la réciprocité une notion uniquement morale ou politique. En adoptant cette démarche par induction, nous avons pu démontrer qu'il existe une vraie typologie de la réciprocité. Le choix de la dresser est nécessaire compte tenu des confusions constatées dans le recours à la notion de la réciprocité. Chaque forme de réciprocité a ses propres techniques de négociation, son propre cadre et ses propres effets. Si nous avons noté une constante dans l'identification du caractère juridique de la réciprocité par la présence d'un lien synallagmatique, de l'utilisation de la conditionnalité et de la recherche de l'équivalence, cela est différent en matière de réciprocité matérielle, où les intérêts et l'intention des États priment. Raisonner ainsi permet de constater que la réciprocité matérielle produit des effets différents selon les intérêts en vigueur et selon son objet. Le choix de débuter cette analyse en fonction de l'intention engage la réflexion sur la réciprocité au stade même où sa pensée est formulée, plutôt que son expression dans un accord par exemple. En plus d'enrichir sa définition, cette posture tend à montrer que la réciprocité n'est pas uniquement le résultat final de l'expression de la volonté des États, mais qu'il existe une recherche de réciprocité qui se manifeste unilatéralement. En élargissant le domaine de la réciprocité tout en maintenant une définition stricte, nous avons pu constater les prémisses d'une pratique de réciprocité. En effet, tous les documents internes des institutions européennes, des États-Unis et de la Chine tendent, au minimum, à créer un cadre interprétatif de la réciprocité et à suggérer son utilisation dans le futur. Ces éléments s'ajoutent au travail déjà effectué par les préambules des accords, mais surtout livrent une vision unilatérale de la définition de la réciprocité.

Dès lors, au-delà de la création d'une typologie et d'un cadre définitionnel pour les développements suivants, il a été proposé une méthodologie d'interprétation de la réciprocité qui débute son évaluation au stade de l'intention et se termine, pour l'instant, lors de sa formulation juridique. Cette méthodologie sera fortement utile pour guider les prochaines études, car, pour appréhender le fonctionnement, les effets et surtout la présence de la

réciprocité, il ne nous faudra pas uniquement appliquer les critères d'identification juridique, mais rechercher une véritable présence matérielle. Or, cette méthodologie devra être affinée selon le cadre dans lequel la réciprocité s'intègre.

DEUXIEME PARTIE : LA PORTEE DE LA RECIPROCITE DANS LES ACCORDS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

238. Poser la question de la portée revient à présent à s'intéresser à la manière d'évaluer la réciprocité et ensuite à constater son existence ou son absence. Pour mener cette étude, une analyse interne des accords traditionnels doit être menée. Néanmoins, la présence de la réciprocité suppose également d'étudier les moyens applicables afin d'en garantir le respect. Ces hypothèses conduisent à différentes questions. Quels sont les critères d'évaluation les plus appropriés ? Le contenant de la réciprocité a-t-il des effets sur la portée et l'existence de la réciprocité ? Est-ce le rôle d'un tiers, tel que l'arbitre, de constater son défaut ? Existe-t-il une recherche et un rééquilibrage de la réciprocité tout au long des relations commerciales ? (Titre 1) Ce n'est qu'en posant ces hypothèses que nous constaterons que l'effectivité de la réciprocité a une portée plus importante en l'absence de cadre contraignant. Selon les réponses obtenues, il s'agira d'adopter une nouvelle méthodologie appropriée aux nouvelles formes d'engagements non contraignants ainsi qu'aux instruments unilatéraux de recherche de réciprocité. Au-delà de l'évaluation de la réciprocité, cette démarche macroscopique ainsi que le recours à ces nouveaux instruments interrogent l'opportunité de rechercher de la réciprocité et d'imposer des mesures de réciprocité en vue d'obtenir de nouveaux engagements. En ce sens, notre raisonnement sera guidé en prenant en compte l'effet « BATNA », c'est-à-dire de leur « *Best Alternative to Negotiated Agreement* ». En effet, le BATNA mesure si un accord commercial est bénéficiaire à un État ou s'il constitue un coût. Plus un État à un meilleur BATNA, plus il peut imposer ses conditions lors de négociations commerciales. En ce sens, l'exigence de réciprocité sera supérieure pour un État qui bénéficie d'un meilleur BATNA. Si tout cela concerne la capacité à obtenir de meilleures opportunités réciproques, nous constaterons que les États tendent à contester le défaut de l'obtention de ces opportunités plus politiquement que par le recours au règlement des différends classiques. Cela suppose donc l'usage du caractère auto-exécutoire de la réciprocité (Titre 2).

TITRE I : LA RECIPROCITE CURSEUR DES ATTENTES

239. Faire référence à la réciprocité comme curseur des attentes implique de considérer le caractère malléable de la réciprocité matérielle. Compte tenu de l'importance d'évaluer la teneur de la réciprocité d'un point de vue matériel selon les intentions, il faudra certaines fois délaisser les techniques d'interprétation prévues par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Alors, nous tâcherons de formuler des méthodologies d'interprétation en vue d'évaluer la présence d'une réelle réciprocité selon l'intention des États (chapitre 1). Si la réciprocité est considérée comme présente ou recherchée, se posera notamment la question de l'utilisation d'une réciprocité *ex post.* Ainsi, nous pourrions, lorsque la réciprocité est contenue dans les accords, étudier si les règlements des différends peuvent avoir pour effet de restaurer cette recherche de réciprocité. Or, le désintérêt partiel de ce système interroge la volonté de rechercher des solutions alternatives à ces modes de règlement des différends. Il s'agira donc de rechercher s'il existe des indices tendant à favoriser l'émergence d'une réciprocité auto-exécutoire et aussi la manière dont la réciprocité est appréhendée et évaluée par les arbitres et les juges (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'INTENTION DE RECIPROCITE COMME INSTRUMENT DE MESURE

240. Le point de départ est d'identifier si les Parties se sont entendues ou non pour créer de la réciprocité. Les intentions de réciprocité guideront nos propos, car autrement il serait difficile de rechercher de la réciprocité. Mais cela n'est qu'un élément d'interprétation et il faudra surtout se fonder sur l'existence de la réciprocité dans les accords, qu'ils soient explicites ou implicites. Néanmoins, la réciprocité étant multiforme, il est possible de l'évaluer de différentes manières. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit dans sa section 3 relative à l'interprétation des traités, le schéma selon lequel une interprétation doit être menée[742]. Sans revenir sur ces règles, cette section nous invite, en premier lieu, à interpréter tout d'abord le sens « ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Sur ces éléments et en élaborant diverses méthodologies d'évaluation, il s'agira de constater qu'il n'existe que très peu de réciprocité globale dans les relations commerciales (section 1), mais que la présence de réciprocité spécifique tend à augmenter (section 2).

[742] Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, (en vigueur le 27 janvier 1980). Nations Unies, *Recueil des traités,* vol. 1155, p. 331, articles 31 et 32.

Section 1 : Une présence limitée de la réciprocité globale.

Au-delà des critères intrinsèques d'identification de la réciprocité qui se limitent à rechercher la présence d'une réciprocité juridique, le caractère matériel de la réciprocité et l'influence de l'intention des États dans sa détermination nécessitent d'affiner ces critères d'identification. Pour rechercher de la réciprocité, il faut donc développer une méthodologie proche de chaque besoin de réciprocité matérielle. Pour ce faire, il faut s'appuyer sur les critères de la réciprocité juridique afin de déceler une réelle présence de la réciprocité, puis définir une méthodologie d'identification de la réciprocité matérielle (paragraphe 1). L'évaluation de la réciprocité permettra de constater qu'en matière de réciprocité globale, le premier critère d'identification permettant de juger de la présence ou non de la réciprocité ainsi que son niveau est la valeur des termes de l'échange. Il s'agit d'un des nombreux critères pris en compte, mais il permet de savoir si la réciprocité est présente ou non. Dans ce cas, par souci de cohérence, il nous faudra nous référer à l'exemple des négociations commerciales à l'OMC qui a déjà servi d'illustration de la réciprocité globale (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Construction d'une méthodologie d'évaluation de la réciprocité.

Cette méthodologie doit être réalisée en deux temps. Tout d'abord, la réciprocité est apparue comme une notion dont le but est d'obtenir des concessions sous la forme d'un accès aux marchés ou bien encore sous la forme d'un équilibre global en volume d'échanges de marchandises. Ces deux aspects ne peuvent être évalués de la même manière. Cela implique de définir une méthodologie visant à mesurer la réciprocité en fonction d'une valeur déterminant l'équilibre global. C'est pourquoi la valeur des termes de l'échange nous servira de support (B). Néanmoins, cette technique ne permettrait pas d'évaluer matériellement la recherche de réciprocité reposant sur l'accès aux marchés (A).

A – L'évaluation des obstacles de l'accès au marché.

241. Contextualisation. Pour juger de la présence de la réciprocité en matière d'accès aux marchés, il ne suffit pas de proposer une analyse basée sur les termes de l'échange. L'accès

aux marchés dispose d'un élément d'extranéité qui repose sur le passage transfrontière d'un produit, d'un service ou d'un opérateur économique. Nous devons porter notre intérêt sur cet objet de l'accès aux marchés, car lors de l'étude de l'exonération du traitement de la nation la plus favorisée dans les réserves des accords de libre-échange, de nombreuses réserves concernaient l'accès aux marchés. Si notre préférence se porte sur cet objet plutôt que le traitement de la nation la plus favorisée ou encore le traitement national, c'est parce que ces derniers ne sont pas de bons indices de mesure de réciprocité ou de son défaut. Le traitement national ne possède pas cet élément d'extranéité qui importe à la réciprocité contrairement à l'accès aux marchés. De plus, l'analyse ne dépend pas de l'octroi des concessions, mais du traitement d'un opérateur national dans son État. En effet, la Professeure Mathilde Frappier écrivait que « la clause de traitement national ne permet pas d'invoquer le bénéfice du traitement dont les étrangers jouissent sur le territoire de son État de nationalité, mais seulement le bénéfice d'un traitement non moins favorable que celui dont les nationaux jouissent sur le territoire de l'État qui accueille son opération économique. Il est sans pertinence que ces deux traitements aient un contenu différent et que l'un apparaisse plus avantageux que l'autre. »[743]

242. La définition des instruments de mesure. Avant tout, cette étude nécessite de vérifier s'il existe une obligation de réciprocité implicite ou explicite, et, surtout, de vérifier ce qu'elle vise. Si elle vise l'accès aux marchés, vu qu'il est difficile d'accéder aux travaux préparatoires des accords conclus durant la dernière décennie, il conviendra de mener une étude *a contrario* pour vérifier si des obstacles existent. Ainsi, sur la base de la classification internationale des mesures non tarifaires, ne seront retenus - de façon alternative - que certains obstacles. Le but n'est pas tant de veiller à ce que toutes ces mesures soient respectées, mais de les voir comme des outils faisant obstacle au défaut de réciprocité. Seront par exemple utilisés, les procédures douanières, les prescriptions relatives à la sécurité sanitaire, les contingents d'importation et autres prohibitions à l'importation, les restrictions quantitatives, les certifications ou encore les licences requises. À ceux-ci, doivent s'ajouter les barrières tarifaires et les restrictions visant à réserver des préférences aux nationaux ou à établir un lien local pour pouvoir bénéficier des avantages réservés aux locaux.

243. Explication de la démarche. Étant donné qu'il peut exister diverses raisons poussant les États à constituer des barrières à l'entrée de leurs marchés, il faut distinguer le

[743] FRAPPIER Mathilde, *L'exigence du traitement national en droit international économique,* [en ligne], thèse de doctorat : droit, sous la direction de M. le Professeur Yves NOUVEL, Université Paris II Panthéon – Assas, 2019, 1048 p, p. 291-292.

simple refus d'accès aux marchés de la réciprocité en raison d'un refus d'un autre État. Par ailleurs, en considérant que la réciprocité naît tout d'abord au stade de l'intention de l'État puis s'exprime par sa volonté, il est possible que l'accès à un secteur n'ait pas été négocié dans un accord, ou bien l'a été, mais sans qu'il y ait de réelle réciprocité, ou que l'accès à ce secteur ou autres aient été négocié sur la base d'une réciprocité globale ou spécifique. C'est pourquoi l'outil de l'accès aux marchés doit être utilisé avec précision. Cette information en appelle une autre. De précédentes remarques mettaient en confrontation les réalités économiques du commerce international, fondées sur les chaînes de valeurs à une logique de réciprocité sectorielle. Certaines fois, ces réalités pourraient rompre l'idée selon laquelle chaque État disposerait d'un avantage comparatif. Il a déjà été démontré que les États faisaient référence à un défaut de réciprocité globale ou sectorielle lorsque la réciprocité spécifique était évoquée. Vu que les chaînes de valeur sont créées par les acteurs privés, bien que les Gouvernements puissent les influencer par des politiques publiques, il apparaît qu'elles sont dessinées par les lois du libre marché, excepté dans les secteurs stratégiques. C'est pourquoi l'analyse en matière d'accès au marché se fondera sur une réciprocité spécifique, sectorielle plutôt que globale ou fondée sur les chaînes de valeur. Plus précisément seront concernés les secteurs des marchés publics et des investissements étrangers.

244. La recherche des entraves à l'accès aux marchés. En ce sens, notre démarche se fera sous deux angles distincts. Tout d'abord, rappelons que l'accès est surtout garanti par un accord commercial. Ensuite, l'agence pour le commerce international des États-Unis[744] définit les barrières commerciales étrangères comme « *a foreign government policy, practice or procedure that unfairly or unnecessarily restricts U.S. exports. In U.S. trade agreements, foreign governments agree to eliminate these trade barriers and TANC works to ensure countries live up to their agreement obligations. TANC classifies foreign trade barriers within four broad types: Border Barriers, Technical Barriers to Trade, Government Influence Barriers, and Business Environment Barriers.* » Ainsi, le premier angle sous lequel se fera notre démarche sera l'accès aux marchés étrangers prévus dans les accords.

Pour mener cette analyse, seuls les exemples des États-Unis et de l'Union européenne seront étudiés, compte tenu de la difficulté d'appréhender, dans l'exemple chinois, le lien existant entre l'intention de réciprocité et la recherche d'un accès aux marchés. De plus, les instruments d'évaluation de l'accès au marché sont davantage transparents. Dès lors, il s'agira de se fonder

[744] THE INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION, *Resolve a Foreign Trade Barrier*, [en ligne]. Disponible sur : https://www.trade.gov/resolve-foreign-trade-barrier

sur les rapports des Gouvernements relatifs aux obstacles au commerce. Par ailleurs, les plateformes *Access 2 Markets* et *Global Trade Alert* permettront de relever les différents obstacles au commerce. Ces données devront donc être associées aux obligations où il existerait une recherche de réciprocité.

245. La mesure de l'équivalence. Une fois le travail d'interdépendance réalisé, puis celui de la découverte d'éventuels obstacles mis en avant, il s'agira de mesurer le défaut d'équilibre. Comme cela a déjà été indiqué, l'équilibre serait le résultat des négociations lequel serait laissé à la libre appréciation des États. Signe de sa large définition, l'équilibre revêt plusieurs formes : il peut être fondé sur l'identité, l'équivalence ou la proportionnalité[745]. Cette idée d'équivalence dans la définition de l'équilibre des relations sur une base de réciprocité est, chez les économistes, préférée à celle de réciprocité par identité. Pour Robert Keohane, « *reciprocity refers to exchanges of roughly equivalent values in which the actions of each party are contingent on the prior actions of the others in such a way that good is returned for good and bad for bad. Approximate equivalence is a crucial component of reciprocity because in many situations equivalence cannot be measured, and the acceptability of the proposed exchange cannot be predicted. the utility of a bargaining* »[746]. Pour l'auteur, l'équivalence est un concept général même si parfois certaines négociations peuvent déterminer avec exactitude l'objet de l'équivalence dans le cadre de la réciprocité. D'ailleurs, une précision s'impose. Si dans le cadre de la réciprocité, l'équivalence renvoie à l'idée de similarité, cela implique d'en donner une définition. Le Professeur David Luff, sur la base du droit de l'Organisation mondiale du Commerce et notamment des rapports des Groupes spéciaux et des Organes d'appel, a proposé une typologie de détermination de produits similaires selon quatre critères : le premier « concerne les propriétés, la nature et la qualité des produits (…)»[747], le deuxième, « l'utilisation finale des produits (…) *»,* le troisième*, «* les goûts et habitudes du consommateur (…) »[748] et le quatrième « un classement tarifaire identique des produits concernés (…) »[749]. Face au caractère strict de détermination de la similarité, il est compréhensible que la réciprocité ne soit pas souhaitée en matière de produits, mais soit plutôt négociée en matière sectorielle ou intersectorielle. La similarité ne sera donc pas retenue. Plutôt,

[745] DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, thèse de doctorat, Paris II, 1980, 374 p, p.28.
[746] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986, p. 8.
[747] LUFF David, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique,* Bruylant, 16 mars 2004, p.47.
[748] *Ibid*.,
[749] *Ibid*.,

selon Robert Keohane, l'équivalence doit être reconnue comme devant être soumise aux exigences des gouvernements et des négociateurs à un moment donné. Finalement, l'équivalence se retrouve encore une fois au cœur de l'intention des États, intention qui peut varier par la suite. C'est pourquoi, il faut toujours revenir dans le cadre des engagements, au caractère synallagmatique et à la conditionnalité en plus de l'étude de l'équilibre.

246. L'évaluation de la séquentialité de la réciprocité. En outre, Keohane fait appel à la notion de réciprocité spécifique pour parler d'une équivalence précise et surtout dans une séquence déterminée[750]. Pour rappel, cette référence à la séquence déterminée est importante, car outre la valeur matérielle de l'équivalence, l'équilibre dans la réciprocité doit s'étudier selon une échelle temporelle. Dans le cadre d'engagements, les Parties peuvent avoir prévu un délai déterminé durant lequel il existe une réciprocité. Ce sera selon Keohane une forme de réciprocité spécifique lorsque, les obligations en question sont spécifiées. En outre, il peut également s'agir d'une réciprocité diffuse[751] où la définition de l'équivalence sera plus large en termes de détermination des obligations réciproques, mais également en matière de séquençage de réalisation des obligations. Il est tout à fait imaginable que les Parties se soient arrangées pour que la réciprocité consiste en l'exécution d'une obligation à l'égard d'une autre obligation qui interviendra a posteriori. Dans ce cadre, il est possible, selon l'auteur, que la réciprocité conduise à toute une série d'actions séquentielles qui ne s'équilibrent pas à un instant déterminé, mais à la suite de plusieurs actions unilatérales et par le biais de plusieurs engagements futurs. À long terme, cela conduit à élargir la définition faite du *synallagma*. Le lien synallagmatique pourrait donc concerner des engagements unilatéraux réalisés par un État à l'égard d'un autre État ayant exécuté ses obligations antérieurement. En ce sens, il ne faudra pas s'arrêter sur un accord en particulier, mais, pour le même secteur, sur une continuité d'accords.

Outre l'aspect temporel, c'est l'objet des négociations qui peut être différent. En concevant l'équivalence de manière globale, l'équilibre conventionnel ne concerne donc pas un secteur identique. C'est ainsi que Jean-Pierre Laviec, dans son étude sur l'équilibre conventionnel, expliquait, pour les accords de commerce et de protection des investissements de coopération technique, que la réciprocité des avantages obtenus en matière d'investissements pouvait être réalisée par le biais d'avantages commerciaux ou autres. Il estimait alors que « chaque État souverain est le mieux placé pour peser l'équivalence des concessions faites et des avantages

[750] KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986, p. 4.
[751] *Ibid*.,

obtenus (…) »[752]. Ainsi, l'équilibre doit être étudié sur un temps plus ou moins long, mais également de manière disciplinaire ou interdisciplinaire, selon l'intention des États. Il est fait ici référence à l'intention plutôt qu'à la volonté, car l'équilibre peut être formalisé en relation avec la volonté des États lorsque des engagements sont pris, mais, dans le cas contraire il relève de l'intention des États, et donc selon les comportements des États. Là encore, cela renvoie à l'opportunité des choix des États.

C'est cette question de l'évaluation de la réciprocité globale qui va à présent nous intéresser. Les précédents propos relatifs à la réciprocité globale à l'OMC ont démontré que le volume des échanges était un indice fiable d'évaluation de la réciprocité. Bien que la détermination matérielle de la réciprocité puisse reposer sur de nombreux facteurs, c'est donc le critère du volume des échanges qui illustrera notre démonstration.

B - Le volume d'échanges comme indice de réciprocité globale.

247. Le volume d'échanges comme un instrument pour définir l'équilibre. Le choix d'appliquer l'indice du volume des échanges est issu de nos précédentes remarques sur l'insertion de la réciprocité dans le champ économique. Pour Baghawti, durant les négociations commerciales multilatérales, la réciprocité peut être de « *first-difference* ». C'est-à-dire que les négociateurs négocient davantage la suppression de protection à l'accès aux marchés plutôt que le degré d'accès aux marchés[753]. Selon le même auteur : « *The "within trade" reciprocity can be subdivided into three different types that the project participants variously encountered: (1) where tariff cuts are balanced, the most recent practice of agreeing on zero-tariff sectors being the most extreme example; (2) where (estimated) trade volumes from trade concessions are balanced, (…) and (3) where reciprocity is sought only very broadly and includes offering concessions that cut across sectors and without quantitative balancing of either cuts in trade barriers or volumes of trade that result therefrom (…)* ».[754] À cette vision il faut ajouter celles de Kyle Bagwell & Robert W. Staiger, qui étudient la réciprocité dans les négociations

[752] LAVIEC Jean-Pierre, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique,* [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 331p. Disponible sur : https://books.openedition.org/iheid/4201?lang=fr

[753] BHAGWATI, Jagdish, « The world trading system at risk », *Princeton University Press*, 1991.

[754] BHAGWATI, Jagdish, « Introduction: The Unilateral Freeing of Trade versus Reciprocity », *in* BHAGWATI, Jagdish, *Going alone the case for relaxed reciprocity in freeing trade, The MIT Press*, Cambridge, Massachusetts London, England, 2002, p.13.

commerciales sous le prisme du volume d'échanges négocié entre États. Vu que l'utilisation de l'indice du volume d'échanges peut s'appliquer à toutes les négociations qu'elles soient bilatérales, plurilatérales et multilatérales, il s'agira d'étudier la manière dont il constitue un indice utile à la mesure de la réciprocité globale. À ce stade, c'est l'indice d'évaluation au moment des négociations commerciales qui est recherché. Les calculs de la réciprocité et de la temporalité de la conditionnalité se font en amont, lors des négociations. Selon Bagwell et Staiger, la réciprocité est un outil de coopération visant à coordonner les politiques nationales en vue d'établir un équilibre optimum du volume des échanges.

248. La neutralisation des comportements non-coopératifs. L'objectif des concessions réciproques serait de neutraliser les pratiques unilatérales qui auraient un impact négatif sur les termes de l'échange des partenaires[755]. Plus globalement, les mêmes auteurs considèrent que « *[a]t the broadest level, reciprocity refers to the "ideal" of mutual changes in trade policy that bring about equal changes in import volumes across trading partners.* »[756] Pour comprendre cette idée, il faut se pencher sur la vision de ces auteurs. Selon eux, les États adoptent des mesures protectionnistes à des niveaux variables en fonction de la volatilité des fluctuations commerciales. Plus exactement, les périodes durant lesquelles le volume des échanges est élevé correspondent souvent aux périodes où un État peut être incité à influencer les termes de l'échange. Ce faisant, il peut être moins coûteux pour un État d'assurer un niveau de protection plus élevé par rapport aux risques de punition auxquels il s'expose[757]. Ainsi, pour les auteurs, dans un schéma non coopératif, les États sont naturellement tentés d'élever les niveaux de protection lorsque le volume des échanges augmente. Dans un schéma coopératif, la hausse des protections peut également être utile en vue d'éviter que les États s'écartent des niveaux tarifaires coopératifs[758]. Il faut comprendre à travers ce raisonnement des auteurs que les accords commerciaux sont principalement des outils visant à stabiliser les termes de l'échange, en négociant sur le volume des échanges. Il existe donc une forte corrélation entre ces deux notions. Ainsi, dans l'intention d'éviter de tels comportements non coopératifs, la réciprocité peut apparaître comme un instrument visant à aboutir à un optimum de Pareto[759] où

[755] BOWN CHAD P, KARA M. Reynolds, « Trade Agreements and Enforcement : Evidence from WTO Dispute Settlement », *American Economic Journal : Economic Policy,* 9 (4) : pp. 64-100, p.66.
[756] *Ibid.,*
[757] STAIGER Robert.W, BAGWELL Kyle, « A theory of managed Trade, » *The American Economic Review,* septembre 1990, Vol.80, n°4, pp 779-795, p.780.
[758] *Ibid*, p. 791.
[759] Définition Optimum de Pareto : « A Situation dans laquelle aucun échange ne peut améliorer le sort de quiconque sans détériorer le sort d'une autre personne ». ALTERNATIVES ÉCONOMIQUES, *Le dictionnaire,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.alternatives-economiques.fr/dictionnaire/definition/97604 .

tous les partenaires seraient gagnants, et non à pousser un État à retourner vers un équilibre de Nash non coopératif[760]. En effet, le but est d'encourager les États à trouver un compromis sur la base de la réciprocité en visant à ce que tous les intérêts en question ne détériorent pas les intérêts des autres partenaires. De cette manière, au risque d'être perdants, les États ne peuvent pas être tentés d'adopter des comportements unilatéraux. Néanmoins, dans le cadre d'un équilibre de Nash non coopératif, chaque État adopte un comportement visant à maximiser sa situation, mais dont l'issue globale est moins efficace, en raison de l'absence de comportements coopératifs avec les autres États. La réciprocité est ainsi un outil visant à assurer l'efficacité des accords commerciaux[761], dans le but de produire des termes de l'échange les plus favorables possible. Selon les auteurs, les termes de l'échange sont l'argument principal qui pousse les États à négocier. En déterminant les termes de l'échange, il faut comprendre que l'État peut faire le choix d'influencer le prix local[762] ce bien que cela ne conduise pas à un accord efficient, car cela modifie le prix mondial[763]. Selon les auteurs, la réciprocité tend à rendre les échanges davantage efficients, car elle vise à ne pas modifier les prix mondiaux et à ce que « *trade policy-decisions are inefficient if and only if governments are motivated by their abilities to change the world prices, we propose at a general level that the principle of reciprocity can be efficiency enhancing, since it neutralizes the terms-of-trade externality that underlines inefficient behavior* »[764] . Il est vrai qu'un État sera perdant si son prix local est inférieur au prix selon l'équilibre de Nash. Il vaut mieux, selon les auteurs, que les États adoptent un comportement coopératif sur une base de réciprocité sans détérioration des termes de l'échange pour qu'il y ait un accroissement du volume[765]. Néanmoins, cela ne sera possible que si l'ouverture des marchés ou plus généralement les négociations ne vont pas plus loin que les résultats qu'obtiendrait un État selon le prix mondial initial de Nash. Il faut donc une symétrie dans cette théorie, c'est-à-dire, de la réciprocité permettant à chaque État de libéraliser et de bénéficier

[760] LES ÉCHOS, *L'équilibre de Nash,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.lesechos.fr/2004/04/l-equilibre-de-nash-1061579
[761] BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., « An economic theory of GATT », *The American Economic Review*, Vol. 89, No., Mars 1999, pp. 215-248, p.215.
[762] HASSETT Kevin A., HUBBARD R. Glenn, « Tax policy and business investment », [en ligne], *Handbook of public economics*, 2002, disponible sur : https://www.sciencedirect.com/topics/social-sciences/terms-of-trade : « Intuitively, the local price determines the relative price faced by consumers and also the level and distribution of factor income. »
[763] BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W, « The design of Trade Agreements », [en ligne], *Handbook of Commercial Policy,* 2016, disponible sur : https://www.sciencedirect.com/topics/social-sciences/terms-of-trade « The world price is thus the relative price of the foreign country's export good to its import good on the "world" market and as such is the foreign country's "terms of trade." »
[764] BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., « An economic theory of GATT », *The American Economic Review*, Vol. 89, No., Mars 1999, pp. 215-248, p.217.
[765] *Ibid*., p. 226.

d'avantages optimums « *until both simultaneously achieve their preferred local prices at the political optimal tariffs* »[766]. Cependant, lorsqu'il n'existe pas de simultanéité dans l'atteinte de leurs prix locaux et qu'il y a de l'asymétrique, il risque de ne pas y avoir de réciprocité, car un État pourrait être tenté d'arrêter les négociations sur une base de réciprocité lorsqu'il a atteint son prix mondial de Nash souhaité. Il en résulterait un défaut d'efficience global dans les termes de l'échange. Cela explique pourquoi, dans l'étude précédente, nous avons constaté que l'équilibre global était difficile à déterminer, contrairement à une recherche de réciprocité spécifique. Or comme les auteurs l'affirment, « *the principle of reciprocity is often associated with the informal idea that government seek a "balance of concession" (i.e. reciprocal tariff cuts)*. »[767]

249. Une utilisation du critère des termes de l'échange à nuancer. Néanmoins, cette concentration des États sur les termes de l'échange doit être nuancée. Comme l'a rappelé David R. Deremer, cette théorie se concentre uniquement sur les biens finaux « *as is appropriate for mid-20th century trade. Yet the focus of trade negotiations lately has shifted to reducing barriers for intermediate goods in global supply chains and cooperation over non-tariff issues*. »[768] L'intérêt porté aux obstacles non tarifaires lors des négociations pousse l'auteur à s'interroger sur la pertinence de la réciprocité. En effet, si la réciprocité répond à une volonté de négocier uniquement des volumes d'échanges, a-t-elle sa place lors des discussions sur les différents obstacles non tarifaires au commerce ? Cette question amène à nous concentrer sur l'égalité dans les conditions d'accès aux marchés.

250. La division des enceintes des négociations comme obstacle à l'élaboration d'une réciprocité globale. Sans entrer dans les détails des obstacles non tarifaires, il faut tout de même faire le lien avec l'idée d'équilibre global qui est traitée ici. Les premières difficultés qui visaient les lieux des négociations relatives à ces obstacles. Il faut tout d'abord faire une distinction entre les différents obstacles qui doivent être traités par le groupe d'accès aux marchés ; les « obstacles non tarifaires [qui] étaient liés à d'autres domaines du programme de Doha (…) qu'il faudrait continuer à les traiter dans d'autres enceintes appropriées qui leur seraient dévouées » [769] et les « obstacles non tarifaires pour lesquels il n'y avait pas actuellement

[766] *Ibid.,* p.227.
[767] *Ibid*., p.225.
[768] DEREMER David R., *The principle of reciprocity in 21st century*, [en ligne], juin 2016, IEHAS Discussion Papers, No. MT-DP - 2016/13, ISBN 978-615-5594-47-2, Hungarian Academy of Sciences, Institute of Economics, Budapest, p.1.
[769] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 26 mai au 28 mai 2003,* TN/MA/M/8, paragr. 1.7, 19 décembre 2003.

de mandat de négociation spécifique dans la déclaration de Doha »[770]. Plus précisément, le Projet d'éléments des modalités pour les négociations sur les produits non agricoles divise les négociations de la manière suivante : certains obstacles non tarifaires, comme les participants en ont convenu, seront « traité par le GNAM sur la base de modalités, qui pourraient inclure des demandes/offres, des approches horizontales ou verticales »[771], « les obstacles techniques au commerce pour lesquels il y a un mandat de négociation spécifique dans la Déclaration de Doha dans d'autres domaines devraient continuer d'être traités par l'organe pertinent (…) »[772], « les travaux sur les obstacles techniques au commerce qui se rapportent à d'autres domaines de la Déclaration de Doha pour lesquels il n'y a pas actuellement de mandat de négociation spécifique seraient effectués dans d'autres enceintes (…) »[773], « les obstacles techniques au commerce pour lesquels il n'y a actuellement pas de mandat de négociation spécifique seraient, (…) renvoyés au CNC pour être transmis à l'organe de l'OMC approprié en vue d'une action et de la présentation d'un rapport »[774]. Cette classification ne revêt pas seulement une préoccupation pratique. De nombreux États se sont opposés à cette division, comme les pays africains. En effet, il a été expliqué qu'il n'était pas « dans l'intérêt des pays africains ayant des ressources humaines limitées de se disperser dans des négociations auprès d'autres organes de l'OMC. (…) Le renvoi de certains obstacles non tarifaires devant d'autres organes de l'OMC qui n'avaient pas de mandat de négociation mettrait en fait ces obstacles non tarifaires visés par les Accords de l'OMC à l'abri des négociations. »[775] Cette question présente un grand intérêt. D'une part, elle sépare certains obstacles en fonction du mandat de négociations, et permet donc d'exclure du débat certains thèmes qui pourraient être bénéfiques pour certains États. D'autre part, certains États souhaiteraient que ces obstacles soient discutés en échange d'autres

---

[770] *Ibid.,*
[771] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Projets d'éléments sur les modalités pour les négociations sur les produits non agricoles – Révisions,* TN/MA/W/35/Rev.1, parag.16, 19 août 2003.
[772] *Ibid.,*
[773] *Ibid.,*
[774] *Ibid.,*
[775] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 26 mai au 28 mai 2003,* TN/MA/M/8 paragraphes 1.19. Voir également le cas de la Thaïlande qui explique par exemple au paragraphe 1.34 que : « Tous les obstacles non tarifaires devraient être discutés et négociés au Groupe de négociation sur l'accès aux marchés, une certaine flexibilité étant ménagée à l'égard de certains obstacles non tarifaires qui pourraient relever d'autres domaines des négociations. »
Voir également avis des Pays-Bas, paragraphe 1.88 : « Le Groupe de négociation devrait gérer la "propriété" et le contrôle global des négociations sur les obstacles non tarifaires, d'autant que ces négociations influaient sur les produits visés par ses engagements en matière de libéralisation. L'aperçu général de la procédure présenté dans le projet de document sur les éléments des modalités ne répondait pas aux prescriptions et devait être débattu plus longuement. Les négociations sur les obstacles non tarifaires devaient être menées en parallèle avec celles sur les droits de douane et s'achever dans le même laps de temps. » : Pays-Bas 1.88.

obstacles qui seraient traités dans d'autres groupes. En ce sens, nous pouvons imaginer que certains États parmi les plus puissants auraient la capacité de forcer un État à engager des négociations sur ces obstacles même si celles-ci étaient basées sur du volontariat. Cela est d'autant plus le cas que dans des propositions d'organisation de ces négociations, des États comme les États-Unis ont prévu que ces négociations puissent se dérouler de manière multilatérale, plurilatérale ou encore bilatérale. Le risque serait ainsi pour ces États – en reprenant le vocabulaire utilisé en matière de termes de l'échange d'aller vers un équilibre unilatéral de Nash, plutôt qu'un optimum de Pareto. Les États-Unis, étant donné que de « nombreuses branches de production étaient très mondialisées »[776], souhaitaient, avant d'engager des discussions sur l'abaissement des droits de douane, « l'assurance que l'on s'attaquerait aussi aux obstacles non tarifaires qui entravaient sérieusement leur accès aux marchés, de façon que cet accès soit véritablement amélioré à l'issue des négociations. »[777] À ceci, ils « avaient suggéré que les secteurs des textiles et vêtements et de l'automobile soient considérés comme prioritaires pour l'approche verticale, mais il y avait d'autres branches de production très intégrées à l'échelle mondiale qui se prêteraient également à une telle approche »[778]. Cela témoigne des enjeux des obstacles non tarifaires pour déterminer le meilleur accès aux marchés. Cela traduit également que les négociations des droits tarifaires sur une base de réciprocité n'ont que très peu d'effet sur l'existence d'une réelle réciprocité globale. Ces obstacles non tarifaires pourraient fausser le résultat des termes de l'échange. C'est pourquoi David R. Deremer préconisait l'intégration de ces obstacles dans le calcul de la réciprocité. C'est également la raison pour laquelle tenir compte uniquement du volume d'échange n'est plus suffisant, car il faudrait pouvoir traduire, de manière précise, la valeur économique de ces obstacles[779].

À ceci, l'auteur précise que la théorie proposée par Bagwell et Staiger postule qu'il existe une situation de parfaite symétrie lorsque tous les États parviennent à leur point optimal au même moment et qu'ils n'ont aucun intérêt à changer de politique. Or, on note une tendance à satisfaire davantage les prix locaux plutôt que les prix mondiaux[780]. Par ailleurs, les récentes politiques nationales traduisent une volonté de protéger certains secteurs d'activités et certaines industries

[776] *Ibid.,* paragr. 1.143.
[777] *Ibid.,*
[778] *Ibid.,*
[779] En ce sens, voir les positions des partenaires lors des négociations à partir du paragraphe 1.143 jusqu'au paragraphe 1.204 : TN/MA/M/7. Ça explique les positions de chacun et la nécessité de débattre des ONT en plus des droits de douanes.
[780] DEREMER David R., *The principle of reciprocity in 21st century*, [en ligne], juin 2016, IEHAS Discussion Papers, No. MT-DP - 2016/13, ISBN 978-615-5594-47-2, Hungarian Academy of Sciences, Institute of Economics, Budapest, pp. 2 – 3.

en particulier, comme cela a été démontré. Plutôt que de veiller à une réciprocité globale, les États préféreront briser cet équilibre garanti par la réciprocité globale et l'optimum de Pareto, et influencer les termes de l'échange. Ainsi, les négociations sont de plus en plus marquées par des situations asymétriques plutôt que symétriques.

251. Synthèse. De ces situations, il faut retenir pour les prochains développements que la réciprocité globale doit s'étudier selon les volumes d'échanges et comme un outil visant à protéger les termes de l'échange. Néanmoins, pour que la réciprocité telle que conçue par Bagwell et Staiger fonctionne, il est nécessaire que les Parties atteignent à un point d'équilibre de Nash de manière simultanée et qu'aucun gain ne résulte d'un changement de comportement ultérieur[781]. Compte tenu des nouveaux intérêts étatiques, de toute évidence il faut prendre en compte l'impact des obstacles non tarifaires, mais aussi - et surtout - considérer que la réciprocité peut être également unilatérale et sectorielle, en ce qu'elle vise à garantir la réciprocité dans un secteur déterminé plutôt que globalement. La réciprocité ne consiste plus uniquement à trouver un consensus autour d'un prix mondial.

La matérialisation de cette recherche de consensus passe également par le choix des formules tarifaires applicables en vue de déterminer la réciprocité. Ces instruments sont doublement utiles. D'une part, les formules renseignent la valeur que peut atteindre la réciprocité, sa formulation et si elle est unilatérale. En effet, le choix de la formule a des conséquences sur le niveau de la réciprocité attendue. D'autre part, le choix final d'une formule est le résultat d'un consensus. À défaut de consensus, il sera difficile de constater la présence de la réciprocité.

Paragraphe 2 : L'hypothèse d'une réciprocité dans les négociations : le cas de l'OMC.

252. Dans cette étude, il s'agira de s'appuyer sur les résultats de la détermination de la réciprocité globale dans le cycle de Doha. Le but de ce développement est de constater la présence ou l'absence de la réciprocité, lorsqu'elle est conçue par les textes. Il s'agira de prendre cette fois-ci l'exemple des formules tarifaires qui déterminent en partie les termes de l'échange. Par précision, il convient d'indiquer qu'il ne peut pas être uniquement possible de

[781] *Ibid*., pp.8-9.

se fonder sur ces formules pour juger de la réciprocité, mais qu'elles traduisent une tendance. Alors, il nous faudra étudier la manière dont les formules sont choisies pour aboutir à un équilibre et promouvoir de la réciprocité (A). Cependant, les difficultés de s'accorder autour de celles-ci ainsi que les débats autour de leurs définitions démontreront que l'équilibre n'a pas été trouvé et que les Parties n'ont pas su s'accorder. Cela prouve donc que la réciprocité est inexistante, et qu'elle est simplement la formulation d'un consensus politique (B).

A – La mesure de l'attente de réciprocité par l'utilisation des formules tarifaires

253. L'objectif ici n'est pas de découdre techniquement toutes les formules, mais plutôt d'en montrer les effets globaux. Ainsi, après une présentation de ces formules (1) il s'agira de se limiter à exposer les différents intérêts à préférer une formule par rapport à une autre et non à entrer dans les détails des flexibilités devant être recherchées ou encore de l'érosion des préférences dans l'exécution d'une formule (2). De même, les formules exposées seront les plus générales. Il ne s'agit pas non plus d'entrer dans les détails des formules mixtes qui combineraient la formule suisse et celle du cycle de l'Uruguay.

1. Présentation générale du système des formules

254. Afin de mieux saisir l'importance de chaque formule, il nous faut réaliser une présentation des formules pensées durant ce cycle de Doha. La formule a pour utilité de réduire le taux final d'un produit, mais également de lutter contre les crêtes tarifaires et la progressivité des droits.

Il existe deux grandes modalités de formules : celles dites indépendantes des droits et celles dépendantes des droits. Plus précisément, la principale différence est que le taux de réduction des droits dans la première modalité ne dépendra pas du taux initial des droits d'un produit. Seul un coefficient constant a une influence sur le taux de réduction R.

Les exemples suivants ont été présentés durant les négociations : t_0 est le taux de droit initial ; t_1 est le taux de droit final ; « c » est un coefficient, une constante et R est le taux de réduction.

255. Concernant les modalités indépendantes des droits. L'expression des modalités indépendantes des droits présentée pour explication est la suivante[782] :

$$t_1 = c(t_0)$$

Vu que le taux de réduction est indépendant du taux de droit initial cela conduit à :

$$R = \frac{t_1 - t_0}{t_0}$$

Et donc à :

$$R = c - 1$$

Qu'est-ce que cela signifie ? Que peu importe le taux de droit initial, donc le taux de droit qui était appliqué à un produit, le taux de réduction en pourcentage sera le même. On ne tient pas compte d'un taux de réduction progressif en fonction de la puissance du taux de droit initial, et tous les taux seront réduits à la même proportion. En outre, cela n'est pas une formule intéressante, car, même avec un gros coefficient, le « nombre de crêtes (…) diminue assez peu, et il n'y a pas d'impact sur la progressivité »[783]. En appliquant ce constat à la recherche de réciprocité, cela signifie tout d'abord qu'une telle formule ne va pas réduire les taux de droits initiaux les plus élevés, par rapport à ceux les plus faibles. Ainsi, il sera plus difficile de trouver un juste équilibre global. Même si une stricte équivalence n'est pas requise, certains Membres seront peu enclins à accorder des concessions s'ils n'obtiennent que peu de résultats en contrepartie. Cela d'autant plus que, durant les négociations, il a souvent été mentionné qu'il était important de trouver une formule adéquate afin de lutter contre les crêtes tarifaires et la progressivité des droits.

256. Concernant les modalités dépendantes des droits. Il faut faire la différence entre les formules de réductions linéaires et celles de réductions non linéaires.

La première est dite linéaire, car la formule de base du taux de réduction est la suivante :

$$R = t_0$$

[782] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du secrétariat,* TN/MA/S/3, 9 septembre 2002, p. 3
[783] *Ibid.,* p.4.

Cela signifie que le taux de réduction en pourcentage est égal au taux initial. Si par exemple le droit initial est de 1% alors, le taux de réduction sera de 1% et le droit final de 0,99%.

Une deuxième formule serait celle d'ajouter une réduction en pourcentage associée au droit initial. L'exemple fourni dans les documents de négociation est de 50 %, ce qui conduit à la formule suivante[784] :

$$R = 50 + t_0$$

Pour reprendre le même exemple, dans ce cas, si le droit initial est de 1%, cela signifie que le droit final sera de 0,49%. On note donc une plus grande réduction du droit final entre cette formule et la précédente.

À cela, les rédacteurs ont une variante qui consiste à « accroître la pente de t_0 »[785].

$$R = 50 + 1{,}5(t_0)$$

Dans cette hypothèse, plus le taux de droit initial sera important, plus le taux de réduction de droit final sera supérieur à celui donné par les deux précédentes formules, car le taux de réduction de pourcentage appliqué sera plus grand. Cela est lié au fait qu'elle dépend du taux de droit initial.

257. Face à ces formules linéaires doivent être présentées celles non linéaires. La formule non linéaire de base est semblable à celle linéaire. Seulement, elle est mise au carré[786] :

$$R = (t_0)^2$$

Cela poursuit la même logique, mais le droit initial est porté au carré. Ce qui a pour but de réduire davantage les droits finaux en appliquant un taux de réduction supérieur. Cependant, l'inconvénient est que cette formule est trop puissante. La mise au carré ne permet pas une réduction progressive des droits initiaux. C'est pourquoi les rédacteurs ont présenté deux formules adoucies :

[784] *Ibid.,* p.6.
[785] *Ibid.,* paragr. 23.
[786] *Ibid.,* paragr. 27.

$$R = \frac{(t_0)^2}{20}$$

$$R = \frac{(t_0)^2}{20 + t_0}$$

Le constat est que si ces deux dernières formules ont également des effets sur la réduction des droits initiaux, la dernière a un effet moindre sur le nombre de crêtes tarifaires[787].

258. Enfin, la formule suisse est une autre technique devant être associée aux formules non linéaires. La formule de principe est la suivante[788] :

$$t_1 = \frac{at_0}{a + t_0}$$

Cette formule prévoit que le résultat final qui est t_1, dépend d'un coefficient « a ». Il en va de même pour connaître le taux de réduction puisque la formule dépend de « a » :

$$R = \frac{t_0}{a + t_0}$$

Dans ces formules, plus la constante « a » est basse, plus les résultats de réduction seront plus forts. Par exemple considérons que le droit initial est de 1 et la constante « a » est de 5, comme dans le document[789].

Dans la première formule, cela signifie que le droit final sera de 0,83 et non plus de 1, car le taux de réduction qui va résulter de la deuxième formule sera de 16,67. En effet :

Si $t_1 = 5 \times 1 / (5+1) = 0,83$. On note un taux de réduction de 16,67 et cela peut se vérifier en faisant : $R = 1/(5+1) = 0,1667$ soit 16,67 %

Le fait d'avoir une constante « a » haute, donc « a », conduit à avoir un dénominateur élevé. Dans la formule du taux de réduction, cela n'entraîne un taux de réduction plus faible que si la constante « a » est basse. Par exemple, si les États veulent appliquer une constante « a » de 20, cela conduit à un taux de réduction de : $R = 1/(20+1) = 0,048$ soit 4,8%. *Ipso facto,* plus la

[787] *Ibid.,* paragr. 30.
[788] *Ibid.,* paragr. 31.
[789] *Ibid.,* paragr. 33.

constante « a » est basse, moins il y a de crêtes tarifaires et la progressivité des droits est plus faible.

2. Présentation des formules du cycle de Doha

Après avoir présenté ces formules telles qu'elles ressortaient de la note du secrétariat du Groupe de négociation sur l'accès aux marchés, il convient d'appliquer ce qui a été compris aux formules proposées par les négociateurs. Dans le cadre de cette étude, il ne s'agit pas de mettre en avant toutes les formules, mais il conviendra de s'appuyer sur la révision de la note explicative du secrétariat qui présente certaines formules[790].

259. La formule proposée par la RPC. Le document nous apprend que la Chine a proposé, au 11 avril 2003, une formule proche de la formule suisse :

$$t_1 = \frac{\left(t_a + \left(B \times P\right)\right) \times t_0}{\left(t_a + P^2\right) + t_0}$$

Les rédacteurs indiquent que « t_a est la moyenne simple des taux de base ; (…) P est un facteur de crête, (…) B est un coefficient d'ajustement pour l'année de mise en œuvre. B=1 pour 2015 ou B=3 pour 2010.[791] »

Il s'agit donc d'une formule proche de la formule suisse mais ici, à la place d'avoir une constante « a », il y a un facteur fondé sur la moyenne simple des taux de base, un facteur crête et un coefficient d'ajustement. En conséquence, pour « un même taux de droit, le taux de réduction sera relativement plus important pour les Membres où la moyenne des droits est faible que pour les Membres où elle est élevée. »[792] Cette formule étant la plus proche de celles que nous avons présentées précédemment, il s'agira, pour les suivantes uniquement, de les aborder simplement.

260. La formule des Communautés européennes s'inscrit dans la lignée des formules linéaires dépendantes des droits, avec un ajustement par paliers, car elle s'applique à un

[790] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du Secrétariat* - Révision, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003.
[791] *Ibid.,* paragr. 25.
[792] *Ibid.,* paragr .27.

ensemble de fourchettes des droits[793]. Il ne convient pas de l'étudier en détail, car elles nécessiteraient des explications plus approfondies, en raison du nombre de variables qui sont ajoutées.

261. La formule proposée par l'Inde. L'Inde par exemple « propose une réduction linéaire simple de chacune des lignes tarifaires consolidées de chaque Membre avec un pourcentage de réduction plus élevé pour les pays développés que pour les pays en développement. Outre la réduction linéaire, tout droit plus de trois fois supérieures à la moyenne des droits nationale sera réduit de trois fois au plus le droit moyen national résultant de l'application de la réduction linéaire initiale. (…)

Étape (1) $t\ 1 = c \times t\ 0$, où $c = (1- (A \times Y/100))$ et
Étape (2) $t\ 1 \leq 3 \times t_{a1}$

Où
A est défini comme un paramètre "d'une réciprocité qui ne soit pas totale", avec
A = 1 pour les pays développés et
A = 0,67 pour les pays en développement, Y est le pourcentage de réduction (à négocier)
t_{a1} est la moyenne simple des droits après application de la réduction linéaire »[794].

262. La formule proposée par les États-Unis. Les États-Unis, enfin, ont proposé une formule suisse classique :

$$t_1 = \frac{8 \times t_0}{8 + t_0}$$

Cela signifie que le coefficient « a » de l'exemple précédent est porté à 8.

263. Comme cela a été abordé dans les comptes rendus du groupe de négociation sur l'accès aux marchés, il « est ressorti des propositions présentées et des discussions menées au sein du Groupe que la plupart des participants préféraient que le principal élément des modalités tarifaires soit une formule. Le « projet d'éléments » propose une formule d'harmonisation qui s'appliquerait ligne par ligne pour tous les participants à l'exception des pays les moins avancés

[793] *Ibid.,* paragr. 28.
[794] *Ibid.,* paragr. 30.

membres. Il y a eu des divergences de vues sur le type de formule à utiliser et sur la façon dont elle traiterait les éléments mentionnés dans le mandat – plus particulièrement les crêtes tarifaires, les droits de douane élevés et la progressivité des droits, et le principe de la « réciprocité qui ne soit pas totale pour ce qui est des engagements de réduction ». (…) En particulier, l'élément « Ta », ou moyenne tarifaire, quoique bien accepté par certains participants, a été critiqué par d'autres, qui ont fait valoir qu'il n'était pas représentatif du niveau de développement du Membre et qu'il ne contribuait pas à établir un équilibre entre les Membres. »[795]

264. Analyse : l'exemple des États-Unis et de la Chine. C'est pourquoi il est nécessaire de comparer ces formules. Commençons tout d'abord par celles des États-Unis et de la Chine. Celle des États-Unis a un coefficient « a » bas qui est de 8 si bien qu'il entraînera une réduction assez accrue des crêtes tarifaires et les droits finaux ne seront pas élevés. La formule chinoise vise également à abaisser plus fortement les droits élevés. Néanmoins, elle est plus variable que celle états-unienne, car elle possède un coefficient d'ajustement selon l'année de mise en œuvre et surtout, elle possède un facteur de crête. La formule états-unienne aura une influence sur les crêtes tarifaires uniquement de manière indirecte, car le coefficient « a » est fixe et seul le droit initial produira un résultat différent sur le résultat final en fonction des droits initiaux des produits de chaque État. Cependant, la formule chinoise, elle, propose un facteur qui va dépendre des listes de chaque État, étant donné que ce facteur crête tarifaire est le rapport entre le taux de droit et le taux moyen des listes de chaque Membre. Ainsi, le droit final à appliquer aura une autre variable : le facteur crête. Il est donc difficile d'affirmer que la formule chinoise sera plus ou moins ambitieuse que celle des États-Unis, car elle dépend de ces variables. En revanche, nous pouvons noter que la position américaine est d'appliquer une formule générale de réduction des droits, alors que la formule chinoise aura un effet bénéfique sur certains Membres, car si un État a un facteur crête tarifaire moins important, sa réduction finale ne sera pas la même qu'un autre État qui, dans une situation semblable, aurait un facteur crête tarifaire plus important. Toutefois, si les États-Unis s'étaient tenus à leur proposition d'un coefficient différent entre pays développés et pays en voie de développement, cela aurait pu nuancer ce propos. En effet, « les États-Unis avaient récemment proposé que les Membres examinent le bien-fondé d'une formule de réduction tarifaire suisse unique dotée d'un coefficient double, en d'autres termes d'un coefficient X pour les pays développés et d'un autre coefficient pour les

[795] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Rapport du Président, M. L'Ambassadeur Girard, au Comité des négociations commerciales,* TN/MA/12, paragr. 3.2, 1er septembre 2003.

pays en développement. Ceci irait évidemment de pair avec un traitement spécial pour les PMA et les pays ayant moins de 35 pour cent de consolidations tarifaires. Cette proposition intégrerait directement dans la formule l'élément de la réciprocité qui ne soit pas totale. (…) »[796]

Lors des négociations, la délégation des Philippines a par exemple confirmé qu'elle serait en faveur d'une formule de réduction tarifaire suisse, à la condition « que conformément aux principes du traitement spécial et différencié et de la réciprocité moins que totale, les coefficients soient soit substantiellement soit dûment différenciés pour donner effet à ces deux composantes fondamentales du mandat et obtenir que le niveau d'ambition concernant l'AMNA soit équivalent et proportionnel à celui qui présiderait ensuite aux négociations sur les trois piliers dans le domaine agricole. » [797] Il en va de même pour la Bolivie et d'autres pays en voie de développement ou les moins avancés[798].

Dans le sens de la formule chinoise, la délégation de Hong Kong Chine considérait que l'inclusion d'un coefficient Ta, avait le mérite « d'intégrer dans la formule le concept d'une réciprocité qui ne soit pas totale, mais soulevait en même temps un certain nombre de questions importantes »[799]. La délégation s'interrogeait sur l'existence telle quelle de ce coefficient compte tenu de la différence des profils tarifaires des Membres et de leurs taux de droits moyens. D'ailleurs, comme cela a été affirmé infra, « d'importants pays développés membres avaient critiqué l'approche fondée sur une formule utilisant la moyenne des taux de base, le coefficient "Ta" ». [800]

265. L'exemple de la formule indienne. La formule indienne, bien que ressemblant à la formule évoquée lors des modalités indépendantes des droits, est une formule linéaire. Rappelons que dans les modalités indépendantes des droits évoqués, c'était le taux de réduction en pourcentage qui était indépendant des droits, car R = c-1 et non le taux de droit final puisque $t_1 = ct_0$. Ainsi, ici il s'agit bien d'une formule linéaire, car ce qui est calculé est le taux de droit final et non le taux de réduction.

[796] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 14 février 2005,* TN/C/M/16, paragr. 90, 21 avril 2005.
[797] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 21 et 28 juillet 2005,* TN/C/M/19, paragr. 358, 15 septembre 2005.
[798] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Groupe de négociation sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles, Communication de la Bolivie,* TN/MA/W/28, paragr. 3, 28 février 2003.
[799] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu,* TN/C/M/11, paragr. 74, 02 février 2004.
[800] *Ibid.,* paragr. 295.

266. Explications de la différence entre la formule suisse et la formule linéaire. La différence avec les formules linéaires exposées est que, dans ce cas, le pourcentage de réduction n'est pas recherché par un calcul, mais est négocié (Y). Cette formule se veut être une formule avantageuse pour les pays en voie de développement. Elle s'inscrit dans la recherche d'une réciprocité qui ne soit pas totale pour ces pays. C'est pourquoi les résultats finaux seront plus ambitieux pour les pays développés que pour les pays en voie de développement. La différence entre la fonction linéaire simple et la formule suisse est que cette dernière va s'attaquer aux plus forts droits initiaux. C'est-à-dire que, dans une liste tarifaire, les droits initiaux les plus forts seront encore plus réduits ceux des moins forts. Comme cela a déjà été dit, tout va dépendre du coefficient appliqué. Or, la fonction linéaire simple a pour particularité qu'elle produira des droits finaux faibles pour les droits initiaux, puis des droits finaux plus élevés pour les lignes tarifaires où les droits initiaux sont moyens et ensuite, s'engagera de nouveau vers des droits finaux plus faibles. Si une courbe devait en être tracée, elle aurait une forme concave. La fonction linéaire simple a un effet de réduction supérieur à la formule suisse. Cela explique que de nombreux pays en voie de développement ont, dans un premier temps, préféré la formule linéaire à la formule suisse. C'est ce qui peut se lire dans une communication de l'Égypte, de l'Inde, de l'Indonésie, du Kenya, de Malaisie, de Maurice, du Nigéria, de l'Ouganda, de la Tanzanie et du Zimbabwe[801]. En effet, selon ces Membres, « [l]es différentes approches proposées sur la base d'une formule de type suisse ont des conséquences plus lourdes pour les structures tarifaires des pays en développement et ne sont donc pas appropriées. L'argumentation en faveur de l'harmonisation des structures tarifaires des Membres n'est pas valable, car elle n'est pas spécifiée dans le mandat. Une réduction linéaire en pourcentage conviendrait mieux, à notre avis, à la mise en œuvre du mandat de Doha. »[802]

267. L'objectif recherché à travers ces formules. Néanmoins, tout dépendra du droit appliqué et de la pente qui est associée aux droits initiaux. Compte tenu de la variabilité du résultat, on ne peut pas affirmer sans exemples précis que la formule de l'Inde permet de réduire davantage les droits finaux que celle des États-Unis. Cependant, on peut affirmer que l'ambition recherchée n'est pas la même. Les États-Unis veulent réduire ou supprimer une plus grande partie des droits finaux alors que l'Inde souhaite que le résultat final dépende du profil tarifaire et du niveau de développement de chaque État. Cette variabilité et la difficulté de définir la

[801] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Communication de l'Égypte, de l'Inde, de l'Indonésie, du Kenya, de la Malaisie, de Maurice, du Nigéria, de l'Ouganda, de la Tanzanie et du Zimbabwe,* TN/MA/W/31, 25 mars 2003.
[802] *Ibid.,* paragr. 3.

meilleure formule en résultant ont été évoquées dans le document retenant les approches des négociations tarifaires fondées sur une formule[803]. Les rédacteurs retiennent des négociations que « les réductions linéaires se traduisaient toujours par des baisses plus fortes des droits de douane les moins élevés tandis que les réductions non linéaires de type suisse se traduisaient toujours par des baisses plus fortes des droits de douane les plus élevés. Le point auquel les réductions linéaires et de type suisse s'équivalaient dépendait des coefficients spécifiques adoptés, (…). Il importait de souligner qu'il ne pouvait être affirmé de façon générale qu'une formule de type suisse se traduisait toujours par des baisses plus fortes que les réductions linéaires ou vice versa. (....) ». [804]

268. Synthèse. Ces formules ont donc une influence sur l'existence d'une réciprocité. Les États-Unis ayant déjà abaissé un certain nombre des droits initiaux, ils souhaitent à présent étendre cette situation au maximum. Ils recherchent donc une réciprocité, une réduction plus grande, ce qui pourrait correspondre à une recherche plus grande d'équilibre global. Néanmoins, tout cela n'est qu'un indice faisant partie d'un tout, comme cela a été rappelé.

Sur ces la base de ces éléments, il conviendra à présent d'analyser s'il est possible de constater l'émergence d'une forme de réciprocité globale lors des négociations. Pour cela, il s'agira d'abord de voir si la formule a pu conduire, selon les Membres, à une forme d'équilibre global et ensuite de vérifier s'il y a bien eu un consensus. Bien que l'issue du cycle de Doha ait été un échec, ce qui confirme l'absence de réciprocité, tâchons tout de même d'en comprendre les raisons.

B - La mesure d'une absence de la réciprocité.

269. Contextualisation. Bagwell et Staiger se sont interrogés sur le but des États à conclure des accords sur une base de réciprocité ? Une des raisons évoquées est la nécessité d'éviter le dilemme du prisonnier. Selon eux, si un État impose des droits tarifaires aux importations, « *it lowers the world price and harms foreign exporters* »[805]. Ainsi, les droits

[803] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du Secrétariat* - Révision, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003.
[804] *Ibid.,* paragr. 3.
[805] BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., *Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System*, Discussion Paper Series No. 9697-14, février 1997, p.2.

tarifaires ont un lien direct sur les termes de l'échange et sur les volumes d'échange, ce que les deux auteurs placent au centre de la réciprocité, comme cela a déjà été indiqué. De plus, selon les auteurs : *« [G]overnments are assumed to maximize a weighted sum of consumer surplus, producer surplus and tariff revenue. Since each foreign country trades only with the home country, the objectives of each foreign country can be written as a function of its local price and the world price between it and the home country*. »[806] Or, ils observent que « *the home-government welfare function depends upon the home local price, the world prices and the foreign local prices*. »[807] Il est donc logique que le choix des formules tarifaires ait un impact sur l'existence ou non de la réciprocité. Cela l'est d'autant plus si l'on conçoit que la réciprocité est à la fois un instrument politique comme cela a déjà été rappelé, et une notion visant à influencer les termes de l'échange. C'est pourquoi ce qui est considéré comme réciprocité changera selon le contexte des négociations et l'intention des États. De plus, pour plus de précision, cette étude se base sur la perception de la réciprocité dans les négociations sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles, qui eux aussi ont une influence sur l'équilibre global. Enfin, comme cela a déjà été évoqué, ces formules font partie d'un grand ensemble visant à calculer la réciprocité. Et nous verrons qu'il s'agit d'un bon indice d'identification de la réciprocité.

270. Présentation de la démarche. La présentation précédente a mis l'accent sur l'importance des choix des formules dans la définition de l'équilibre. Chaque formule est utilisée selon un intérêt précis. À présent, il conviendra de vérifier les indices d'équilibre global qui ont pu se dégager. Tout d'abord, il faut partir du postulat que, lors de ces discussions, il y avait un consensus autour de l'utilisation de la formule comme moyen de réduire les droits tarifaires initiaux. Cela n'était pas automatique et les précédents cycles de négociations ont par exemple montré que la technique de la formule n'était pas obligatoire. Concernant cette recherche va s'effectuer en plusieurs temps. Dans un premier, il s'agira de comparer les avis des Membres afin de vérifier s'il existe un consensus dans le choix du type de formule. Ensuite, il faudra rentrer davantage en détail. Là encore, il ne s'agira pas de mettre en application ces formules, mais plutôt de mettre en avant ce qui, dans leur modalité, a donné lieu à de nombreux débats. En ce sens, nous verrons que durant les négociations, il y a eu de nombreuses discussions portant sur la manière de convertir des droits *non ad valorem,* en équivalents *ad*

[806] *Ibid.,* p.26.
[807] *Ibid.,*

valorem. De même, si les Membres s'accordaient à dire qu'il fallait consolider les taux appliqués en taux consolidés, on constate différentes manières d'y parvenir.

1. Opinions des États concernant le choix des formules

271. Constats. Les idées développées infra se vérifient ici. Premièrement, il a été indiqué que les formules européennes et américaines - donc les formules linéaires par fourchette et selon la formule suisse - ne conviennent pas à certains pays en voie de développement ou les moins avancés, car cela leur demanderait un effort beaucoup trop important. C'est ce que le représentant du Sénégal affirme en soulignant que ces formules « se traduiraient par des réductions très élevées des droits de douane du Sénégal, parfois même beaucoup plus élevées que les résultats qui pourraient être obtenus pour les droits des pays développés. Cette situation n'assurait pas une réciprocité non totale parce que, quand il s'agissait des PMA ou des pays en développement (…) »[808].

C'est le constat que le délégué du Maroc s'exprimant au nom du Groupe africain a également tenu dans le même document. Selon lui, les « pays africains étaient déçus que leurs préoccupations n'aient pas du tout été prises en considération dans l'approche qui avait été proposée. La formule ainsi que l'approche sectorielle supplémentaire ne leur permettraient pas de restaurer un équilibre dans leurs économies fragiles. En Afrique, l'industrialisation était une nécessité vitale afin de lutter contre la pauvreté, devenue endémique aujourd'hui, et il fallait répondre de manière urgente aux besoins de cette industrialisation pour stimuler les économies et permettre le développement d'entités qui pourraient survivre dans un monde toujours plus soumis à la concurrence. Qui plus est, les droits de douane jouaient encore un rôle important en tant que source de revenus (…)»[809]. Dans le même sens, l'Inde se réjouissait de la formule européenne et de son ambition de réduire le nombre de crêtes tarifaires. Cependant, la délégation indienne était également inquiète, car cette formule « réduisait de manière draconienne les droits de douane élevés, son traitement relativement plus mou des droits de

[808] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du Secrétariat* - Révision, TN/MA/S/3/Rev.2, paragr. 1.117, 11 avril 2003. Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Révision – Note du Secrétariat (TN/MA/S/3/Rev.2)
Voir également : GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Simulations du Secrétariat sur la base des concessions tarifaires des Membres – Notes du Secrétariat,* (JOB(03)/67, 11 Avril 2003.
[809] *Ibid.,* paragr. 1.14.

douane peu élevés était favorable aux pays développés. »[810] Il existe donc une inquiétude sur le choix des formules en ce qu'elles ont une influence sur la recherche de réciprocité.

272. Les dissensions entre pays en voie de développement en raison de l'absence d'application d'une réciprocité moins que totale. Tout d'abord, il existe réellement une différence entre les pays en voie de développement qui se sentent lésés, et les pays développés. Les pays en voie de développement estiment que les formules des pays développés conduisent à leur demander beaucoup trop d'efforts et ne respectent pas le principe de réciprocité non totale. Cela signifie donc qu'il est impossible d'attendre dans les négociations à l'OMC une réciprocité pour tous. Mais cela signifie aussi que chaque État, en proposant sa vision d'une formule, propose sa vision de la réciprocité. Chaque Membre considère sa vision de la réciprocité et en fait une proposition. Or les visions de chacun s'entrechoquent. Par exemple, le fait d'utiliser ces formules, sans qu'elles prévoient de mécanisme de traitement spécial et différencié conduit à demander aux pays en voie de développement davantage d'efforts, car elles s'attaquent de manière plus forte aux droits initiaux les plus forts, et donc à ceux des pays en voie de développement. Cette critique portée à l'égard des Communautés européennes à l'époque, l'était également à l'encontre des États-Unis, contre qui le représentant de la Thaïlande affirmait que les « États-Unis proposaient une modalité qui semblaient partir du principe que les différents pays devaient être traités sur un pied d'égalité plutôt que selon le principe d'une réciprocité qui ne soit pas totale. »[811]
Face à ces commentaires, dans un « projet d'éléments des modalités pour les négociations sur les produits non agricoles » [812], une formule a été proposée. Elle prend la forme suivante :

$$t_1 = \frac{B \times t_a \times t_0}{B \times t_a + t_0}$$ [813]

273. L'intégration d'éléments de flexibilisation en faveur de certains pays en voie de développement. Les États-Unis, les Communautés européennes et le Canada ont fait savoir

[810] GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Compte rendu de la réuunion – Tenue au Centre William Rappard les 2 et 3 décembre 2002,* TN/MA/M/5, parag.1.6, 11 juillet 2003.
[811] *Ibid.,* paragr. 1.59.
[812] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Projets d'éléments sur les modalités pour les négociations sur les produits non agricoles – Révisions,* TN/MA/W/35/Rev.1, parag.16, 19 août 2003.
[813] *Ibid.,* paragr. 7.

qu'une telle formule « constituait un cadre général acceptable pour les négociations »[814]. L'Ambassadeur Girard qui a présidé le Groupe de négociation sur l'accès aux marchés considérait que cette formule allait dans le bon sens et « constituait un instrument adéquat. » [815] Si certains pays développés ont estimé la formule trop douce, des pays en voie de développement la considéraient comme trop ambitieuse. [816] C'est par exemple le cas là encore, du Groupe africain qui estimait que « la formule d'harmonisation et l'approche sectorielle ne répondaient pas aux besoins particuliers des pays africains et ne leur permettraient pas de corriger les déséquilibres dont souffraient les économies africaines. » [817] Alors que certains pays en voie de développement comme l'Inde étaient contre les formules suisses proposées par les États-Unis et la formule linéaire proposée par les Communautés européennes, il y eut un retournement de situation de la part de certains pays en voie de développement, les plus développés. Cela s'exprime dans la communication portée par l'Argentine, le Brésil et l'Inde[818]. Ces Membres auraient été par la suite favorables à une formule similaire à celle exposée infra,[819] car elle « tient compte des engagements tarifaires actuels des Membres »[820]. Il s'agit de la formule suisse, qui dépend des droits initiaux comme vu précédemment. Plusieurs critères ont convaincu ces Membres[821]. Toutefois, celui qui nous importe le plus est l'inclusion d'un facteur B, qui est un coefficient. Cela signifie, comme déjà vu précédemment, qu'il permet d'ajuster la formule suisse stricte en l'adaptant au profil tarifaire de chaque Membre. Cet élément de flexibilité, ainsi que les autres conçus, a permis à ces États de trouver un intérêt à cette formule. Cela n'est cependant pas le cas des pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), qui, quant à eux préconisent l'utilisation de la formule du cycle de l'Uruguay, car elle est plus favorable à leur profil. Leur raisonnement est le suivant : le cycle de Doha mise sur les questions de développement. Il faut donc que la formule puisse leur apporter un niveau « de flexibilité appropriée sur le marché intérieur (…) », de même qu'elle peut « limiter l'érosion de marges

[814] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Accès aux marchés pour les produits non agricoles : Modalités,* TN/MA/W/44, paragr. 1, 1er septembre 2003.
[815] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC – *Compte rendu de la réunion – Tenue au Centre William Rappard les 14 et 15 juillet 2003,* TN/C/M/11, paragr. 38, 02 février 2004.
[816] *Ibid.,* paragr. 39.
[817] *Ibid.,* paragr. 60.
[818] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles - Communication de l'Argentine, du Brésil et de l'Inde adressée au Groupe de négociation sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles*, TN/MA/W/54, 15 avril 2005.
[819] *Ibid.,* paragr. 4.
[820] *Ibid.,* paragr. 6.
[821] *Ibid.,* paragr. 7.

de préférence »[822]. « Par conséquent, pour le Groupe ACP, l'utilisation de la formule suisse ou de toute autre formule d'harmonisation dans les fourchettes de la formule étagée n'est pas acceptable. L'option qui a notre préférence est plutôt une formule linéaire, dans chaque fourchette, pour assurer la flexibilité nécessaire. »[823]

274. La division des pays en voie de développement. Au sein même des pays en voie de développement, la recherche d'une réciprocité moindre n'a pas la même valeur. La formule suisse y est critiquée de manière absolue. Cependant, le degré et les modalités de flexibilités font débat. C'est surtout le coefficient qui est important, comme cela a déjà été expliqué. C'est pourquoi l'Ambassadeur S. H. Jóhannesson, qui présidait le Comité des négociations commerciales, rappelait que certains Membres avaient proposé des stratégies fondées sur deux coefficients. Pour les pays développés, il s'agissait d'une fourchette allant de 5 à 10, tandis que, pour les pays en voie de développement, elle était comprise entre 15 et 30[824]. Il faut se souvenir que dans la formule suisse, le coefficient présent au dénominateur a une influence sur le résultat final. Plus le coefficient est élevé, plus le résultat final sera faible. Face à cette situation, certains pays développés ont critiqué ce trop grand écart, qui pourrait conduire à des résultats beaucoup trop différents. En critiquant cette adaptation, on ne peut que constater que la réciprocité se définit de manière unilatérale dans un premier temps, avant de rechercher la symétrie avec un autre partenaire. D'ailleurs, au 19 juillet 2006[825], aucun consensus n'a été trouvé entre les Membres sur la structure de la formule. Le Président a fait remarquer qu'il existait toujours le même débat sur l'existence de deux formules de type suisse, dont une aurait intégré un double coefficient. C'est celle-ci qui a emporté une meilleure opinion[826]. Néanmoins, aucun consensus n'a été trouvé sur le coefficient, de même que sur les produits visés par cette formule[827]. Les Membres étaient en faveur d'une liste convenue, mais aucun accord n'a été trouvé. Cela témoigne donc de la difficulté de trouver un équilibre. Le choix de la formule a une influence

[822] COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Principales préoccupations du Groupe ACP dans le domaine de l'agriculture,* TN/C/W/32, parag. 2. 31 août 2005.
[823] *Ibid*., alinéa (ii).
[824] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Rapport de situation du Président, M. L'Ambassadeur S.H Jóhannesson, au Comité des négociations commerciales,* TN/MA/16, paragr. 9, 24 novembre 2005.
[825] Le 20 juillet 2006, une communication évoquait l'effort des Membres. Néanmoins, « il ne fallait pas qu'ils se leurrent, car c'était loin d'être suffisant. Ils avaient continué d'éviter les décisions politiques difficiles nécessaires pour mener à bien le Cycle. Il leur fallait maintenant envisager clairement que le cycle ne s'arrête complètement. Si cela se produisait, il se pourrait qu'il soit perdu ». Voir COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion – Tenue au Centre William Rappard le 1er mai 2006,* TN/C/M/25, paragr. 64, 20 juillet 2006.
[826] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Vers les modalités de l'AMNA,* TN/MA/W/80, 19 juillet 2006, p.4
[827] *Ibid.,* p.5

sur les produits visés, car c'est le volume des échanges qui est concerné. Inversement, les produits visés exerceront une influence sur le choix des coefficients à appliquer.

2. Taux consolidés et conversion

À cela, il faut ajouter deux autres problèmes bien précis : ceux de la consolidation des taux appliqués et de la conversion en équivalent *ad valorem,* des droits de douane spécifiques. Compte tenu des résultats que nous obtiendrons, l'étude de la conversion en équivalent *ad valorem* ne sera pas nécessaire.

275. La nécessité de convertir les taux appliqués en taux consolidés. Dans le premier cas, il nous faut indiquer que les droits consolidés sont les droits des produits sur lesquels les membres se sont engagés et qui ont été ajoutés dans leurs listes tarifaires. « Elles représentent l'engagement de ne pas accroître les droits de douane au-delà des taux indiqués, qui sont « consolidés » » [828]. Les droits appliqués sont ceux exécutés. Lorsqu'il y a déjà consolidation, ils peuvent être inférieurs ou égaux aux droits consolidés. Néanmoins, sur de nombreux produits, des Membres issus principalement des pays en développement n'ont pas consolidé leurs droits. Cela peut donc fausser les échanges. Surtout, il est essentiel pour assurer un consensus et une réciprocité globale qu'un engagement soit la résultante certaine d'un autre engagement à un instant déterminé. On comprend donc qu'un taux appliqué peut inciter un autre État à ne pas consolider certains de ces droits ou à les consolider d'une manière pas assez ambitieuse. C'est en ce sens que le Canada, au début du cycle, expliquait que, dans « les cas où il y a des écarts substantiels entre taux consolidés et taux appliqués, même des baisses en pourcentage importantes des taux consolidés n'entraînent souvent que peu ou pas de réduction des taux appliqués. De ce fait, nous n'accepterons pas de consolider des réductions effectives intéressantes de nos taux appliqués en échange d'une libéralisation de pure forme, c'est-à-dire lorsque des réductions des taux consolidés élevés n'entraînent aucune diminution des taux appliqués » [829]. Là encore, des débats ont eu lieu quant au niveau de consolidation qu'il fallait mettre en œuvre. Par exemple, la Nouvelle-Zélande s'opposait au doublement des taux appliqués pour trouver les droits consolidés, car, selon elle, cela pouvait « gonfler la valeur

[828] OMC, *Droits de douane : plus nombreux à être consolidés et plus proche de zéro,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm2_f.htm

[829] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles dans le cadre de l'OMC – Communication du Canada,* TN/MA/W/9, paragr. 7, 15 octobre 2002.

globale de la moyenne des droits »[830]. Selon le Costa Rica, cette « situation n'était pas équitable en ce qu'elle générait un système perverti favorisant les Membres qui n'avaient pas consolidé tous leurs droits. Il fallait qu'il y ait réciprocité et équivalence dans les concessions faites par les pays en développement. »[831] On note donc que des États ayant des profils ressemblants peuvent être affectés par un défaut de consolidation des droits. Automatiquement, cela faussera la détermination de l'équivalence et donc de la réciprocité. Ensuite, la Nouvelle-Zélande a contesté la proposition visant à accorder aux pays en développement, jusqu'à 5% « de leurs lignes tarifaires non consolidées ». Or, compte tenu que plus « de 40 pays en développement et PMA avaient consolidé leurs droits à 100 pour cent et ne bénéficieraient donc pas de la disposition proposée en matière de traitement spécial et différencié »[832], cela poserait des problèmes d'équité, en contribuant à créer de gros écarts entre les pays développés et les pays en développement. Cela « créerait aussi des décalages intolérables entre pays en développement et au sein même de ceux-ci »[833]. C'est logique, car, suivant la technique utilisée, les droits initiaux ne seront pas les mêmes. Cela pourrait aussi fausser les coefficients utilisés dans les formules et donc produire des droits finaux parfois non avantageux. Le résultat en serait que le prétendu équilibre global recherché serait en défaveur de certains Membres.

276. L'absence de consensus sur les modalités de conversion. Ainsi, si on peut affirmer qu'il existe un consensus sur la nécessité de consolider les droits qui ne le sont pas, au 19 juillet 2006, il a été constaté qu'il n'y avait pas « de consensus sur le niveau de la majoration, mais il est clair que la fourchette se situe entre 5 et 30 points de pourcentage »[834]. Il aurait été possible de poursuivre ces exemples avec la difficile conversion des droits spécifiques en droit *ad valorem,* puisque c'est cette base que les calculs doivent prendre en compte. Néanmoins, il n'est pas utile de superposer les exemples. Ceux qui ont été précédemment témoignent déjà de la difficulté de trouver un équilibre global. Cela d'autant plus qu'il est difficile de trouver un accord entre Membres ayant le même niveau de développement et aussi de s'accorder sur une réciprocité qui serait moins que totale.

Le degré de flexibilité devant être apporté rend difficile la recherche d'un consensus et d'une réciprocité. Le nombre de pays et les différentes structures tarifaires rendent incompatible cette

[830] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion – Tenue au Centre William Rappard du 26 au 28 mai 2003,* TN/MA/M/8, paragr. 1.108, 19 décembre 2003.
[831] *Ibid.,* paragr. 1.51.
[832] *Ibid.,* paragr. 1.108
[833] *Ibid.,* paragr. 1.108
[834] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Vers les modalités de l'AMNA,* TN/MA/W/80, paragr. 6, 19 juillet 2006.

recherche de réciprocité globale. Un exemple intéressant, allant dans ce sens, est la proposition par le Bénin d'un indice de vulnérabilité[835]. Cet indice dépend de l'érosion des préférences. Selon les rédacteurs : « [p]our qu'un pays soit vulnérable face à l'érosion des préférences, il doit avoir certaines caractéristiques. Premièrement, il doit déjà bénéficier de préférences significatives (pour qu'il y ait "érosion des préférences"). Deuxièmement, un pays est considéré comme étant vulnérable lorsqu'il est tributaire d'un petit nombre de produits d'exportation et de marchés d'exportation, et qu'il est un petit exportateur, par rapport au marché mondial. » [836] Cette vulnérabilité face à l'érosion des préférences concernerait majoritairement les pays ACP qui s'opposaient en majorité à une formule suisse[837].

Le choix multiple des formules exprime cette difficulté de trouver un équilibre global et de la réciprocité globale. Si la réciprocité avait été spécifique, cela aurait pu être plus accessible. Mais les intérêts divergents amènent à s'interroger sur la réelle place de la réciprocité dans les négociations multilatérales à l'OMC. Cela d'autant plus que la réciprocité est un principe politique qui peut prendre plusieurs formes selon le mandat de négociation.

277. Résultats. Ici, la recherche d'un équilibre global est rendue difficile par un impossible compris qui est associé à un blocage causé par l'engagement unique. En reprenant les mots de Bagwell et Staiger, il a été impossible de définir des « *politcally optimal tariffs* ». Selon les auteurs, ce sont des droits « *that would be chosen by governments were they were not motivated by their ability to affect the terms of trade* »[838]. Ainsi, la réciprocité globale n'est sans doute pas un instrument applicable aux négociations commerciales à l'OMC, ou, du moins, il est nécessaire de trouver un autre outil politique de recherche de réciprocité. Face aux appels à tenir compte des structures tarifaires industrielles et tarifaires des Membres, il serait intéressant

---

[835] GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, TN/MA/W/53, paragr. 3, 11 mars 2005. Les rédacteurs proposent un calcul sur la base de trois indices : « la part du pays importateur pour ce qui est du produit considéré dans les exportations totales du pays exportateur (1); la part du pays exportateur pour ce qui est du produit considéré sur le marché du pays importateur (2); la part du marché mondial détenue par le pays exportateur, pour le produit considéré (3). Ces trois facteurs peuvent être combinés en un "indice de vulnérabilité". »

[836] *Ibid.,*

[837] Voir en ce sens la proposition suivante : COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 30 juin 2004,* paragr. 18, 12 août 2004 : « L'étude d'une approche étagée suscite maintenant beaucoup d'intérêt : Premièrement, [u]ne approche étagée tiendrait compte en soi du point de départ de tous les participants ; [deuxiement] leur structure tarifaire consolidée et ainsi, du moins potentiellement, répondrait à la préoccupation largement partagée selon laquelle l'élément suisse de la formule mixte pourrait imposer des ajustements inutilement pénibles aux pays dont les tarifs étaient concentrés dans telle ou telle fourchette. Troisièmement, il me semble que les participants souhaitent explorer différentes techniques de libéralisation à l'intérieur de chaque fourchette de manière à ménager aux négociateurs la flexibilité dont ils ont besoin pour arriver à un accord dans la phase des modalités qui suivra l'établissement du cadre. »

[838] BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., *Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System*, Discussion Paper Series No. 9697-14, février 1997, p.14.

de considérer la capacité d'engagement des États. De plus, vu l'évolution des relations économiques, il sera difficile d'exiger une réciprocité stricte à l'OMC en raison du caractère global des négociations. C'est pourquoi il faut aussi constater que le critère des termes de l'échange n'est plus le point focal. Les négociations sont de plus en plus motivées par des intérêts politiques qui ne répondent pas forcément à la logique des termes de l'échange. D'ailleurs, Bagwell et Staiger écrivaient que *« [i]n particular, we find that governments can mutually gain from a reciprocal trade agreement if and only if their unilateral trade policies are motivated by their ability to affect the terms of trade.* »[839] Ainsi, du moment que les États s'extirpent de cette logique, leur évaluation de la réciprocité n'est plus adéquate.

Cela va se vérifier en étudiant la manière dont la réciprocité spécifique est conçue. Dans les cas suivants, il ne s'agira plus de réciprocité dans les négociations à la manière de l'OMC. La réciprocité sera évaluée en fonction de l'existence d'une obligation ou non de réciprocité, mais surtout suivant le critère de l'accès au marché. En ce sens, il s'agira de revenir à l'idée selon laquelle la réciprocité est un échange de concessions et que son évaluation ne dépend pas d'une stricte équivalence.

[839] *Ibid.,* pp.16 – 17.

Section 2 : Une présence accrue de la réciprocité spécifique.

Lors de l'identification de la réciprocité sectorielle, l'exemple des marchés publics a été pris en ce que les États identifient explicitement une volonté de recherche de réciprocité dans ce secteur. De même, comme cela a été démontré, de nombreux États ont conditionné explicitement l'ouverture de certains marchés à des conditions de réciprocité. En ce sens, il conviendra de rechercher dans le secteur des marchés publics s'il existe de la réciprocité. Cette observation se déroulera en deux temps. En premier lieu, il s'agira de mesurer à l'intérieur de chaque accord l'existence d'une réciprocité (paragraphe 1). En second lieu, cette évaluation sera menée de manière externe, autrement dit, en étudiant les conditions supplémentaires exigées pour accorder un marché public qui pourraient mettre à mal la réciprocité contenue dans un accord commercial (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'évaluation d'une obligation de réciprocité explicite : le cas de l'AMP.

278. La vision fondée uniquement sur les droits tarifaires est certes juste, mais ne convient pas à tous les objets de négociation et en particulier certaines recherches de réciprocité. Les demandes d'accès au marché sont souvent rattachées à la recherche de réciprocité. C'est pourquoi une nouvelle méthodologie de recherche s'impose. Pour ce faire, il s'agira de partir des traités pour analyser s'il existe une recherche de réciprocité en matière d'accès aux marchés. La précision de cette demande implique qu'il s'agit plus de réciprocité spécifique que de réciprocité globale. Ainsi, au-delà de la manifestation explicite de réciprocité, il faut analyser s'il existe un lien synallagmatique et une forme de conditionnalité. Cette nouvelle méthodologie impliquera également de définir la manière dont les obstacles aux accès aux marchés seront recherchés (A). Sur cette base, une analyse de l'existence de la réciprocité en matière de marchés publics sera réalisée (B).

A – La mesure de l'attente de la condition de réciprocité

Il s'agira, dans un premier temps, d'étudier les marchés concernés par des conditions de réciprocité (1) en vue de rechercher plus spécifiquement les obstacles auxquels ils sont confrontés (2).

1. L'existence d'une recherche de réciprocité explicite

279. Le cadre d'étude. Lorsque la réciprocité est exprimée dans un accord, son interprétation requiert de suivre la méthode retenue par la Convention de Vienne sur le droit des traités. C'est cette piste qui a été suivie par le Groupe spécial, dans l'affaire opposant les États-Unis à la Corée du Sud[840]. En effet, sur la base du rapport de l'Organe d'appel concernant le classement tarifaire de certains matériels informatiques, les « concessions tarifaires reprises dans la liste d'un Membre -dont l'interprétation est en cause dans la présente affaire – sont réciproques et résultent d'une négociation mutuellement avantageuse entre Membres importateurs et Membres exportateurs. Une liste devient partie intégrante du GATT de 1994 en vertu de l'article II:7 du GATT de 1994. En conséquence, les concessions reprises dans cette liste font partie des termes du traité. De ce fait, les seules règles qui peuvent être appliquées pour interpréter une concession sont les règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne. »[841] L'exigence de réciprocité étant souvent contenue dans les notes de chaque liste, il faut donc ajouter, sur la base de l'article XXIV : 12 que « les Notes, Appendices et Annexes au présent accord en font partie intégrante ». Cela confirme, la nécessité de suivre les règles des articles 31 et si besoin 32 de la Convention de Vienne. Selon le premier paragraphe de l'article 31, un traité doit être interprété de bonne foi « à la lumière de son objet et de son but ». En ce sens, il est possible d'affirmer, à la manière du panel et contrairement à ce que la Corée du Sud affirmait, qu'il n'importe pas à l'AMP de négocier uniquement les entités pour lesquelles il est possible d'accéder à un marché.

280. La négociation de possibilités de concurrence. Les listes sont structurées en fonction de ces entités, « mais ce n'est pas ce qui est à la base des négociations ». « Ils ne

[840] GROUPE SPÉCIAL, *Corée – Mesures affectant les marchés publics,* WT/DS163/R, 1er mai 2000, (adopté le 19 juin 2000), paragr. 7.8.
[841] ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques,* WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 5 juin 1998, paragr. 82.

négocient pas pour l'inscription de noms sur une liste. Ils négocient plutôt pour obtenir que soient visés les marchés dont les entités visées sont responsables. Comme de précédents groupes spéciaux l'ont noté, les négociations sur les engagements repris dans les listes ont pour objet d'obtenir des possibilités de concurrence et, dans le contexte de l'AMP, c'est l'accès à des projets qui donne ces possibilités, et pas simplement une liste de noms d'entités gouvernementales. »[842] Ainsi, l'obtention des possibilités de concurrence est l'un des buts de l'AMP. De ce fait, les États négocient des possibilités de concurrence. Lorsqu'ils conditionnent le résultat des négociations à de la réciprocité, ce sont les possibilités de concurrence qui sont soumises à des conditions de réciprocité. Néanmoins, les possibilités de concurrence pourraient être assurées de différentes manières. Le but de la réciprocité est d'obtenir de nouvelles concessions ou de nouveaux droits en échange d'un comportement réciproque. Dès lors, il ne s'agit pas d'orienter le débat vers une idée de *level playing field*, où les possibilités de concurrence seraient d'ajuster les règles. Nous devons donc délaisser les difficultés qui polluent l'accès aux marchés au profit du ciblage des conditions d'entrée directes en elle-même. Autrement dit, sur la base d'un exemple, il convient de nous intéresser à la suppression de la discrimination ou encore à la transparence dans les marchés publics qui pourraient affecter la concurrence d'un fournisseur étranger, plutôt qu'aux mesures spécifiques de passation d'un marché public. Cela ne concerne pas les mesures de réciprocité en général, c'est pourquoi il est nécessaire de vérifier l'objet et le but d'un accord.

281. L'exemple de l'Union européenne : constats. En poursuivant dans cette idée de l'objet et du but, tâchons de mettre tout d'abord en perspective la recherche de réciprocité de la part de l'Union européenne. Il faut se rappeler que, du point de vue de son droit, la réciprocité ne s'applique qu'*a posteriori* pour les secteurs de l'article 85 de la directive 2014/25. La directive 2014/24/UE prévoit à son article 24, une possibilité implicite de refuser des fournisseurs de pays tiers qui n'auraient pas signé des accords bilatéraux ou multilatéraux avec l'Union européenne. De plus, les annexes de l'Accord sur les marchés publics prévoient certaines réserves de réciprocité. C'est le cas, par exemple, de l'Annexe 1, qui conditionne la couverture de l'accord avec les fournisseurs des États-Unis à une réserve de réciprocité, en matière de marchés d'équipements de contrôle du trafic aérien par les entités visées. L'annexe 2, quant à elle, qui vise les autorités sous-centrales, conditionne, sur une base de réciprocité, les marchés de certains biens aéronautiques américains, ceux des fournisseurs canadiens, ainsi que

[842] GROUPE SPÉCIAL, *Corée – Mesures affectant les marchés publics,* WT/DS163/R, 1er mai 2000, (adopté le 19 juin 2000), paragr. 7.108.

ceux australiens[843]. Néanmoins, la majorité des marchés soumis à condition de réciprocité concerne les secteurs d'utilité publique. C'est le cas de l'annexe 3 qui traite des entités autres que celles centrales et sous-centrales et concerne essentiellement les installations aéroportuaires, les contrats de transports de personnes ou non, ou encore la production, le transport ou la distribution d'eau potable et d'électricité. On peut tout d'abord confirmer que la réciprocité semble employée, dans le cas de l'Union européenne, pour conditionner l'ouverture des marchés stratégiques européens à l'ouverture des autres partenaires visés et non de tous les signataires de l'AMP. On ne peut donc que réitérer le caractère spécifique et orienté de la réciprocité.

De plus, il nous faut constater que la mention de réciprocité concernant la fourniture de biens et/ou de services par certains pays est une forme de réponse à des exigences de réciprocité. L'annexe 3 de l'Union européenne prévoit par exemple que les « *transport by railways covered under this Annex in regard of supplies, services, suppliers and service providers from Australia* » sont soumis à réciprocité, car l'annexe 5 de l'Australie relative aux services prévoit que les services des entités visées aux annexe 1, 2 et 3, sont des marchés couverts « *in regard of a particular Party's supplier of a service only to the extent that such a Party has covered that service under its annexes to its Appendix I.* » Néanmoins, l'Australie ne conditionne pas à la réciprocité les marchés de marchandises ou les marchés de travaux[844] dans ses annexes. L'idée est partiellement transposable au cas d'Israël en matière de service de bus. Israël soumet à la réciprocité, dans les conditions de l'annexe 3, les services relatifs au domaine du transport urbain, excepté les services de bus, pour toutes les Parties. Face à cette situation, rappelons que l'UE a décidé de soumettre à la réciprocité les services de bus européens aux fournisseurs de services israéliens. Partiellement, encore, cette idée est transposable à l'exemple des États-Unis. Les annexes prévoient une liste de conditions de réciprocité à la fourniture de marchandises et de services, tandis que la liste américaine prévoit des conditions de réciprocité aux secteurs des services. Nous savons, par ailleurs, comme cela a déjà été expliqué, que dans les conditions prévues, les dispositions nationales des États-Unis prévoient des conditions de réciprocité. Enfin, l'annexe 6 de l'Union européenne, relative aux services de construction, est la seule qui

[843] La liste n'est pas exhaustive.
[844] Contrairement à l'Union européenne qui prévoit que : « Procurement by procuring entities covered under Annexes 1, 2 and 3 of any of the construction services covered under this Annex is a covered procurement in regard of a particular Party's provider of service only to the extent that such Party has covered that service under its Annex 6. » OMC, *Union européenne – Services de construction et concessions de travaux publics – Annexe 6,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=6&ContentCulture=fr

prévoit une condition de réciprocité à l'égard de la Suisse, dans les conditions prévues par l'annexe.[845].

282. L'analyse d'un lien synallagmatique. Sans multiplier les exemples, on ne peut donc que relever le lien synallagmatique entre toutes ces obligations, ainsi que le caractère conditionnel qui vise directement certains marchés. Cependant, il nous faut aller plus loin. En effet, seuls ces États seront retenus en tant qu'exemple pour juger de la réciprocité. Le rapport de la Commission européenne relatif aux négociations concernant l'accès des entreprises de l'Union aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la directive 2014/25 indique que, lorsque « des parties à l'AMP prévoient un accès limité aux marchés, l'Union européenne cherche à garantir la réciprocité en introduisant des réserves à son champ d'application des marchés, de sorte à répondre par la pareille aux restrictions dans les champs d'application d'autres parties. » [846] Cela confirme notre précédente observation.

En ce sens, il faut par exemple relever qu'un accord entre l'Union européenne (à l'époque de la Communauté européenne) et les États-Unis[847] a été conclu à la suite de l'entrée en vigueur de la première version de l'AMP de 1994. Dans cet accord qui a pris la forme d'un échange de lettres entre la Communauté européenne et les États-Unis, chaque Partie s'engage à accorder à l'autre partie, dans les conditions prévues par l'accord, l'accès aux marchés de services à certains organes sous-centraux. Toutefois, cet accord prévoit également de nombreuses conditions de réciprocité dans les secteurs de l'eau et de l'électricité. Cela renvoie aux conditions de reconnaissance d'accès comparable et effectif auxdits marchés qui sont prévues par la directive des services d'utilité publique. L'accord passé avec Israël en 1997[848] prévoit également l'ouverture de certains marchés à une condition de réciprocité. Néanmoins, ces conditions sont une demande de la Partie israélienne et non européenne. L'exemple le plus

[845] OMC, *Suisse – Services de construction et concessions de travaux publics – Annexe 6,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Switzerland&AnnexNo=6&ContentCulture=fr

[846] COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission relatif aux négociations concernant l'accès des entreprises de l'Union aux marchés des pays tiers dans le domaine couvert par la directive 2014/25/UE,* COM(2021) 100 final, 2 mars 2021.

[847] Décision du Conseil, du 29 mai 1995, relative à la conclusion de l'accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique concernant les marchés publics, [en ligne], (95/215/CE), OJ L 134/25. Voir également : « Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion d'un Accord sous la forme d'un échange de lettres entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique concernant les marchés publics », [en ligne], (94/C 291/04) COM(94) 251 final – 94/0150(ACC), JO L n° C 291, 19 octobre 1994.

[848] Accord entre la Communauté européenne et l'État d'Israël sur les marchés publics, [en ligne], JO L 202, 30 juillet 1997, p. 85–88.

récent et le plus intéressant est l'accord de 2002 avec la Suisse[849]. Il élargit, de toute évidence, les entités et les marchés couverts par l'AMP, mais engage les États de manière réciproque selon les valeurs des marchés prévues. De plus, il concerne les entités visées en matière de marchés de services de construction relatifs aux travaux contenus dans la liste suisse de l'AMP. Il est intéressant de noter que l'inclusion d'une forme réciproque dans l'accord supprime la condition de réciprocité qui pouvait prendre la forme de l'autorisation d'accéder aux marchés étrangers sous réserve de réciprocité. Ainsi, l'accord entre l'Union européenne et la Suisse est établi sur une base de réciprocité au moins en matière de travaux publics, car cela fait suite à une recherche de réciprocité explicite. Cela ne signifie pas qu'il existe matériellement une équivalence, mais plutôt que les Parties s'accordent de manière réciproque une capacité d'entrée aux marchés de l'un et de l'autre. Il s'agit d'une égalité de concurrence d'accès aux mêmes marchés et pour des entités équivalentes.

283. L'évaluation de la réciprocité. Néanmoins, un marché public ne concerne parfois pas uniquement la fourniture d'un bien ou d'un service. Il peut s'agir d'un projet qui rassemble la fourniture de différents services ou la livraison d'une marchandise dont les intrants sont issus de fournisseurs de pays tiers. Cette chaîne de fournisseurs a permis à Lucien Cernat et Zornitsa Kutlina Dimitrova de distinguer les marchés en trois catégories « *Direct cross-border international procurement* » ; « *Commercial presence procurement* » et « *Value-added indirect international procurement* »[850]. Il est donc possible qu'un défaut de réciprocité empêche l'accès à un marché lui-même, mais également la possibilité de participer indirectement à la réalisation d'un marché en fournissant des intrants au fournisseur sélectionné. À ces catégories, il faut ajouter que les barrières peuvent prendre diverses formes. Il peut tout simplement s'agir d'une discrimination tarifaire sur les marchandises et services importés par des entreprises étrangères dans le cadre de marchés publics, de certains programmes visant à favoriser les PME nationales, de règles visant à favoriser les achats locaux - autrement dit, les conditions « buy national » -, de prix préférentiels pour les fournisseurs locaux, de clauses de préférences nationales, d'obligation de fourniture d'un marché à la condition que certains produits soient uniquement

[849] Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics - Déclarations communes - Information relative à l'entrée en vigueur des sept accords conclus avec la Confédération suisse dans les secteurs de la libre circulation des personnes, du transport aérien et terrestre, des marchés publics, de la coopération scientifique et technologique, de la reconnaissance mutuelle de l'évaluation de la conformité et des échanges de produits agricoles, [en ligne], JO L n° L 114 du 30 avril 2002 p. 0430 – 0467.
[850] CERNAT Lucian, KUTLINA-DIMITROVA Zornitsa « International public procurement : from scant facts to hard data », [en ligne], EUI RSCAS PP, 2015/08 *Global Governance Programme, Global Economics,* p.8. Disponible sur : https://cadmus.eui.eu/handle/1814/37319

des intrants locaux, ou encore l'obligation de posséder des filiales dans le pays de candidature[851].

2. L'étude des obstacles à la réalisation de la réciprocité.

284. Ces barrières peuvent être *de jure.* Sans reprendre les précédentes dispositions nationales exprimant la réciprocité dans les marchés publics, relevons que certaines dispositions créent des barrières à la réciprocité.

C'est par exemple le cas aux États-Unis, du Titre 49 du Code des États-Unis, qui traite des lois et réglementations liées aux transports. Le paragraphe 50101[852] permet au secrétariat des transports d'engager certains montants visant à satisfaire, par exemple, certains travaux d'amélioration ou d'installation de navigation aérienne[853], « *only if steel and manufactured goods used in the project are produced in the United States.* » Ces mêmes services sont par exemple également restreints selon le paragraphe 50102 du même texte « *if the government of that country unfairly maintains, in government procurement, a significant and persistent pattern of discrimination against United States goods or services that results in identifiable harm to United States businesses (…)* ». De même, en matière d'aviation, le paragraphe 50103 prévoit un système de préférences favorisant les entreprises nationales. En effet, la Federal Aviation Administration peut séléctionner en priorité un national lorsque, « (3) *the final product of the domestic firm will be assembled completely in the United States; » et « (4) at least 51 percent of the final product of the domestic firm will be produced in the United States*. »[854] Si cet instrument sectoriel s'intéresse au domaine aéronautique, le législateur américain ne s'est pas arrêté à ce secteur. L'*Infrastructure Investment and Jobs Act* du 15 novembre 2021[855], vient généraliser cette pratique. Selon la section 70932 le *Buy American* s'applique à toute loi, réglementation ou règle relative aux contrats fédéraux, aux subventions ou à l'assistance financière « *that requires or provides a preference for the purchase or use of*

---

[851] CARBONI Chiara, LOSSA Elisabetta, MATTERA Gianpiero, *Barriers to public procurement : a review and recent pattenrs in the EU*, [en ligne], IEFE – The Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy at Bocconi University, Working paper n.92, mai 2017. Disponible sur https://green.unibocconi.eu/sites/default/files/media/attach/WP%2B92%2Bter.pdf

[852] U.S. CODE TITLE 49, Subtitle VII – Aviation Programs, Part E Miscellaneous – Chapter 501 Buy-American – § 50101 - Buying goods produced in the United States.

[853] U.S. CODE TITLE 49, Subtitle VII – Aviation Programs, Part A Air commerce and safety - § 44502 (a)(2) General facilities and personnel authority.

[854] U.S. CODE Title 49, Subtitle VII – Aviation Programs, Part E Miscellaneous U.S. Code § 50103 – Contract preference for domestic firms..

[855] Public Law 117-58, NOV 15, 2021 135 stat. 429. 23 USC 101 note.

goods, products, or materials mined, produced, or manufactured in the United States »[856]. La loi fournit une liste qui n'est pas exhaustive, mais qui témoigne plutôt de la volonté du législateur de mettre l'accent sur certains secteurs. Ainsi, sont surtout concernés le secteur des transports, certains financements accordés par l'État, notamment le « *surface transportation assistance act* » de 1982 ou encore certaines aides dans le cadre de marchés de construction ou de maintenance dans le secteur de la pollution des eaux. Dans tous les cas, il faut comprendre que l'octroi des aides dépendra de la nécessité d'intégrer uniquement des produits manufacturés, en acier et en aluminium qui sont issus des États-Unis.

Cette politique repose sur l'idée selon laquelle les « *taxpayers expect that their public works infrastructure will be produced in the United States by American Workers* »[857]. Comme cela a été précisé au début de cette thèse[858], la protection du consommateur ou du citoyen est un argument politique souvent utilisé pour appliquer de la réciprocité ou pour adopter des mesures protectionnistes. En ce sens, les avantages des marchés publics à contenu national ont pour but de réinvestir, selon le législateur, l'argent des contribuables dans les entreprises nationales[859]. Par *domestic content procurement preference*, il faut comprendre que l'assistance financière fédérale pour un projet ne peut être attribuée que si tout le fer et l'acier utilisés dans le projet sont produits aux États-Unis, ou que les produits manufacturés utilisés dans le projet sont produits aux États-Unis, ou encore que les matériaux de construction utilisés dans le projet soient fabriqués nationalement[860]. Il est donc difficile pour un fournisseur américain d'utiliser des produits extérieurs s'il souhaite bénéficier de ces aides. Cela crée une atteinte aux possibilités de concurrence des fournisseurs nationaux avec ceux étrangers, car les aides pourront favoriser le fournisseur local. Par ailleurs, cela empêche également toute fourniture d'un marché de marchandises ou de services au long de la chaîne d'approvisionnement de ce marché public. Cela est réitéré par les règles spéciales d'origine de la production de fer et d'acier prévues par la loi. La section 70922, relative à la définition de cette fabrication prévoit que sont réputés fabriqués aux États-Unis les articles manufacturés, les matériaux et les fournitures en fer et en acier « *if all manufacturing processes involved in the production of such iron and steel, from the initial melting stage through the application of coatings, occurs in the United*

[856] U.S. CODE Title 41 – Public contracts – Subtitle IV Misceallaneous – Chapter 83 – Buy American § 830 - section 70932 (1).
[857] U.S. CODE Title 41 – Public contracts – Subtitle IV Misceallaneous – Chapter 83 – Buy American § 830 - section 79012 (2).
[858] Voir page 49 et suivantes.
[859] *Ibid.,* (6) et (7).
[860] *Ibid.,* (2).

States »[861]. Les barrières existent donc tout au long de ladite chaîne. Là encore, les règles d'origine sont importantes à étudier, d'autant plus que cette loi dispose de critères propres pour déterminer ce qui est considéré comme produit aux États-Unis[862]. Ce texte est fortement discriminatoire par ses moyens, mais également par son objet. Sont donc concernés les intrants en acier, aluminium, et certains produits manufacturés pour de nombreuses infrastructures importantes[863]. De fait, cela ne clôt pas l'accès aux fournisseurs étrangers. Néanmoins, cela favorise le fournisseur américain. Il faut par ailleurs relever que ces infrastructures sont souvent celles considérées comme étant d'utilité publique et sont soumises à des conditions de réciprocité dans les annexes de l'AMP.

285. La présence d'exigences locales dans les États de la fédération d'Australie. La politique américaine n'est pas isolée et de nombreuses dispositions australiennes, par exemple, prévoient certaines exigences locales. C'est par exemple le cas du *Western Australian Industry Participation Strategy de 2020 (WAIPS)*[864], qui a été développé à la suite du *Western Australian Jobs Act de 2017*[865]. Le WAIPS doit être en conformité avec les politiques de la State supply commission et de la *Western Australian Buy Local Policy* 2020 (WABLP)[866]. L'application de ces textes ne vise pas tous les marchés et dépend de leurs montants[867]. Pour ces projets, il est prévu, en fonction de la valeur de l'offre, que les fournisseurs puissent remplir un plan de participation[868] où le fournisseur s'engage à employer des Australiens de l'Ouest et à impliquer des entreprises locales. Ces textes ne sont pas les seuls à promouvoir une politique locale dans les marchés publics dans la région Ouest de l'Australie. Pour ne prendre qu'un autre État en exemple, le Gouvernement de l'État de Victoria a également prévu des instruments visant à inclure des critères de localisation pour les marchés. C'est par exemple le cas du *Local Jobs*

---

[861] U.S. CODE, Title 41 – Public contracts – Subtitle IV Misceallaneous – Chapter 83 – Buy American § 830 - section 70922 (c) (1).
[862] *Ibid.,* (6).
[863] *Ibid.,* (A) roads, highways, and bridges; (B) public transportation; (C) dams, ports, harbors, and other maritime facilities; (D) intercity passenger and freight railroads; (E) freight and intermodal facilities; (F) airports; (G) water systems, including drinking water and waste- water systems; (H) electrical transmission facilities and systems;(I) utilities; (J) broadband infrastructure; and (K) buildings and real property
[864] GOVERNMENT OF WESTERN AUSTRALIA - DEPARTMENT OF JOBS, TOURISM, SCIENCE AND INNOVATION, *Western Australian Industry Participation Strategy 2020*, [en ligne], Novembre 2020. Disponible sur : https://www.wa.gov.au/system/files/2022-06/WAIPS%202020.pdf
[865] Western Australian Jobs Act 2017*,* [en ligne], dernière mise à jour le 22 juillet 2022. Disponible sur : https://www.wa.gov.au/organisation/department-of-jobs-tourism-science-and-innovation/western-australian-jobs-act-2017
[866] Western Australian Buy Local Policy 2022*,* [en ligne], dernière mise à jour le 7 avril 2022. Disponible sur : https://www.wa.gov.au/government/publications/western-australian-buy-local-policy-2022
[867] GOVERNMENT OF WESTERN AUSTRALIA - DEPARTMENT OF JOBS, TOURISM, SCIENCE AND INNOVATION, *Western Australian Industry Participation Strategy 2020*, [en ligne], Novembre 2020. Disponible sur : https://www.wa.gov.au/system/files/2022-06/WAIPS%202020.pdf, p.5.
[868] *Ibid.,*

First Policy de l'État de Victoria qui encadre les projets d'achats de biens et/ou de services, les projets de construction ainsi que les projets de subvention[869]. Cette politique concerne différents contrats. Il peut tout d'abord s'agir de « *Standard and Strategic Projects* », qui doivent leur qualification à certaines conditions spécifiques[870] ; de « *MPSG Projects* » qui visent entre autres les projets d'au moins 20 millions de dollars[871] ; ou encore du « *Grand and Loans* »[872].
Les projets auront une influence sur les taux de participation locale. Pour les projets stratégiques, les exigences de participation locale sont de 90% pour un projet de construction, 80% pour un projet de services ou encore 80% pour la phase de maintenance ou d'exploitation d'un projet. Pour les autres projets, les exigences sont fixées au cas par cas. Là encore, la participation d'un fournisseur étranger est fortement contrainte et pourrait empêcher le développement d'avantages sur une base de réciprocité. Cependant, dans l'évaluation de ces contenus, le programme *Local Jobs First* australien prévoit de tenir compte également de la valeur ajoutée des produits néo-zélandais[873]. Face à ces projets stratégiques, le *Local Jobs First* prévoit, en termes d'exigences du MPSG, qu'au moins 10% des heures de travail pour la réalisation des projets doivent être réalisés par des « *apprentices, trainees and cadets (ATC)* »[874] . Enfin, autre discrimination potentielle, le *Local Jobs First*, peut prévoir une pondération dans les critères des marchés à hauteur de 10% pour le développement de l'industrie ainsi que 10 autres pour cent en faveur du respect de la politique d'emploi[875].
Néanmoins, il faut souligner que contrairement à la position des États-Unis, ces exigences sont, en principe, censées céder le pas aux règles contenues dans les accords de libre-échange. Cela est par exemple le cas de l'accord conclu avec la Nouvelle-Zélande. Plus généralement, les nouvelles exigences impliqueraient une suppression des politiques d'offset. En ce sens, les fournisseurs étrangers ne seraient pas tenus aux exigences de contenu local par exemple. De même, si les conditions de participation peuvent être permises, elles ne doivent plus constituer des discriminations en fonction de l'origine. En ce sens, bien que ce constat concerne l'accord avec la Nouvelle-Zélande et l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, nous pouvons admettre que ces dispositions nationales auront l'obligation d'être en conformité avec les accords internationaux, tandis que les États-Unis mènent une politique de non-conformité

[869] VICTORIA STATE GOVERNMENT, *Local jobs first policy – Under the local jobs first act 2003,*[en ligne], mis à jour en octobre 2022, p.4. Disponible sur : https://localjobsfirst.vic.gov.au/__data/assets/pdf_file/0022/190093/Local-Jobs-First-Policy-October-2022.pdf
[870] *Ibid.,* p.4.
[871] *Ibid.,* p.5.
[872] *Ibid.,* p.5.
[873] *Ibid.,* p.6.
[874] *Ibid.,* p.7.
[875] *Ibid.,*

avec ses accords. Ainsi, dans le cas de l'Australie, il faut supposer, dans les conditions de valeur et de définition des marchés publics, que ces restrictions locales pourront être supprimées.
Au vu de ce qui précède, il ne semble pas nécessaire de prolonger ces observations au regard des lois suisses et israéliennes.

Dans ces conditions, il s'agira, sur cette base, d'analyser les obstacles existants. Pour ce faire, et face à la multiplicité de objets des contrats, il conviendra de se limiter aux secteurs d'utilité publique qui sont en majorité concernés par des mesures de réciprocité ou ne sont pas considérés comme couverts par l'AMP. Sur la base du rapport de l'*IFO center for international economics* de 2017[876], les mesures étudiées seront les exigences de localisation dans les marchés publics en ce qu'elles constituent la deuxième barrière non tarifaire la plus souvent appliquée, avec plus de 360 restrictions mises en œuvre. De plus, compte tenu des dispositions nationales et régionales étudiées supra, ces obstacles méritent d'être étudiés en raison de leur influence sur le niveau de réciprocité *a posteriori* des négociations.

B – Le défaut de réciprocité entre les Membres de l'AMP : l'exemple des exigences de localisation.

Les mesures de localisation peuvent être distinguées selon l'exigence locale en matière d'opération, d'approvisionnement et d'incitation[877].

286. L'exemple des États-Unis. Pour mener cette présentation des obstacles, l'exemple des financements accordés par le Département des Transports pour la réalisation de certains projets de grande envergure est éclairant. Il peut s'agir des programmes *Infrastructure for rebuilding America* (INFRA)[878], *Mega Grant* [879] ou *Rural Surface Transportation Grant*[880]. Le ministère des Transports a annoncé que le programme INFRA pourra être accordé à certains fournisseurs américains à condition, selon ledit Département, que tous l'acier, l'aluminium et

[876] YALCIN Erdal, FELBERMAYR Gabriel, KINZIUS Luisa, *Hidden Protectionism : Non – tariff Barriers and Implications for International Trade,* [en ligne], Ifo Center for International Economics, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, 91, 2017, p.3. Disponible sur : https://www.ifo.de/DocDL/ifo_Forschungsberichte_91_2017_Yalcin_etal_Protectionism.pdf
[877] *Ibid.,* p.10.
[878] U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, *The INFRA Grant Program,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.transportation.gov/grants/infra-grants-program
[879] *Ibid.,*
[880] U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, *The Rural Surface Transportation Grant Program,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.transportation.gov/grants/rural-surface-transportation-grant

les produits fabriqués utilisés dans le cadre de l'INFRA soient produits aux États-Unis[881]. Cette condition pour obtenir un financement crée une inégalité des chances dans l'obtention d'un marché. Les exigences de localisation des produits en acier et en aluminium permettent, sous couvert de favoriser le marché américain, de créer une discrimination de localisation pour favoriser les fournisseurs américains. Les dernières barrières aux marchés publics des États-Unis démontrent l'importance des discriminations basées sur la localisation dans le cadre de financements internes. C'est par exemple le cas des aides financières accordées pour le projet du *Port Miami Net Zero Program*. Le but de ce marché est l'augmentation de la capacité ferroviaire intermodale, ainsi que l'optimisation des portes d'embarquement[882]. Une aide de 16 millions de dollars a été accordée pour entre autres développer les capacités financières du projet, dans le cadre du projet *Rebuilding American Infrastructure with Sustainability and Equity* (RAISE) visant à accorder des financements pour supporter ce genre de projets de transports. Or, dans les listes des États-Unis de l'AMP, le Département des Transports fait partie des entités visées dont les marchés sont couverts, ce qui implique que cette discrimination ne devrait pas exister. De plus, l'annexe 1 de la liste des États-Unis prévoit à propos des équipements ferroviaires que « *this Agreement generally covers procurement of the following FSC categories subject to United States Government determinations under paragraph 1 of Article III* ». La disposition en question fait référence aux exceptions liées à la sécurité qui permet à un État de prendre des mesures nécessaires à la « protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale[883]. » Or ces marchés pour des prestations dans le secteur ferroviaire ne remplissent pas ces conditions, sauf à avoir une définition large de la sécurité nationale. Néanmoins, l'annexe 5 prévoit que les services de transport ne sont pas considérés comme des marchés couverts[884]. Parmi les classifications évoquées, la classification 71 du *Provisional Central Product Classification* contient comme services de transports terrestres un groupe 711 « *transport services by*

---

[881] *Ibid.,*

[882] GLOBAL TRADE ALERT, *United States of America : Department of Transportation announces a funding opportunity for Infrastructure for Rebuilging America (INFRA) program that. Is subject to the Buy American provisions,* [en ligne], 25 février 2021. Disponible sur : https://www.globaltradealert.org/intervention/99525/public-procurement-localisation/united-states-of-america-department-of-transportation-announces-a-funding-opportunity-for-infrastructure-for-rebuilding-america-infra-program-that-is-subject-to-the-buy-america-provisions

[883] Accord sur les marches publics 2012, Article 3 paragr. 1.

[884] OMC, *United States of America – Services – Annexe 5,* parag. 2 : « This Agreement does not cover procurement of any of the following services, as identified in accordance with the Provisional Central Product Classification (CPC Prov.), which is found at (…) all transportation, services, including launching Services (CPC Prov. 71,72,73,74, 8859, 8868.) »

railway ». Ainsi, les États-Unis excluent, entre autres, ces services. L'annexe 3 de l'Union européenne prévoit en ce sens que pour fournir les entités visées par ces listes, les opérations « *in the field of urban railway* », et les marchés « *by procuring entities operating in the field of railways covered under this Annex in regard of goods, suppliers, services and service* » venant des États-Unis ne seront couverts qu'à condition de réciprocité. Or, l'Union européenne ne prévoit pas de fermeture d'accès aux fournisseurs américains. Cela est le signe d'un défaut de réciprocité.

Pareillement, dans le secteur des transports, mais cette fois routier, le Département des Transports des États-Unis, a prévu d'accorder un financement de 27,5 millions de dollars pour la réalisation d'un projet en Indiana, financement qui devra être utilisés « *for the installation of double tracking and overhead power system, separation of vehicular traffic, upgrading of stations, elimination of several roadway/track crossings and adding new parking spaces*[885]». Étant donné qu'il s'agit de projets de construction, il faut se référer à l'annexe 6 des États-Unis, qui souligne que « *Unless otherwise specified and subject to paragraph 2, this Agreement covers all construction services listed in Division 51 of the Provisional Central Product Classification (CPC)* ». Le paragraphe 2 ne prévoit que les services de dragages. Dans la division 51 et plus précisément du groupe 513 concernant les travaux de construction d'ingénierie civile, les travaux, la classe 5131 insère les travaux « *for highways (except elevated highways), streets, roads, railways, and airfield runways* »[886]. Ainsi, les projets de travaux en Indiana seraient en principe ouverts aux fournisseurs étrangers. Or le financement en question qui crée un défaut de concurrence entre les fournisseurs américains et étrangers exige que « *all iron, steel, manufactured, and construction materials used in this project must be manufactured in the United States* »[887] .

La conclusion est similaire : la concurrence est faussée, car l'exigence de localisation ainsi que les financements favorisent les fournisseurs américains. Or, vu que les conditions de concurrence sont faussées, la réciprocité l'est aussi, car, selon la définition retenue au début de cet exposé, la réciprocité s'évalue en fonction des chances d'accès au marché étranger et donc en fonction des possibilités de concurrence. Le défaut de concurrence est d'autant plus

[885] GLOBAL TRADE ALERT, *United States of America : Department of Transportation announces a loan for a railroad rehabilitation and improvement projet in Indiana,* [en ligne], 22 décembre 2022. Disponible sur : https://www.globaltradealert.org/intervention/114253/public-procurement-localisation/united-states-of-america-department-of-transportation-announces-a-loan-for-a-railroad-rehabilitation-and-improvement-project-in-indiana
[886] UNITED STATES STATISTICS DIVISION, *Classification Detail – CPC, Provisional – Code 513,* [en ligne]. Disponible sur : https://unstats.un.org/unsd/classifications/Econ/Detail/EN/9/513
[887] GLOBAL TRADE ALERT, *United States of America : Department of Transportation announces a loan for a railroad rehabilitation and improvement projet in Indiana,* [en ligne], 22 décembre 2022.

important que l'annexe 6 de l'Union européenne prévoit également que les marchés en question sont également couverts par l'AMP. Plus globalement, il nous faut ajouter que selon Lucian Cernat et Zornitsa Kutlina-Dimitrova, seuls 37 des 50 États américains ont ouvert leurs marchés publics aux fournisseurs étrangers alors que ces derniers peuvent candidater aux marchés de tous les États membres de l'Union européenne ainsi qu'à ceux passés par les institutions[888].
Ces exemples sont intéressants, car, d'une part, ce ne sont pas des exemples isolés et d'autre part ils traduisent le défaut de réciprocité à l'égard de l'Union européenne. Comme cela a été indiqué supra, ils s'intègrent dans de nouvelles législations et une nouvelle politique économique favorisant les acteurs nationaux aux États-Unis. Il est nécessaire que l'Union européenne prenne la mesure de ces pratiques pour engager une réelle recherche de réciprocité, surtout lorsque les conditions lui permettent d'utiliser cet outil.

287. L'exemple de l'Australie. De même que les États-Unis ne sont pas isolés dans leurs pratiques législatives, on note, à moindre mesure, des comportements de préférences locales pour certains marchés à l'échelon des États fédérés. Vu que les projets australiens ont été présentés comme pouvant susciter un défaut de réciprocité, il est intéressant là encore d'exprimer ce constat. Le Premier ministre australien a approuvé un financement pour un projet d'infrastructure s'élevant à 1,1 milliard de dollars australiens dans l'État de Victoria. Les entreprises bénéficiaires sont des entreprises locales spécialisées dans le transport ferroviaire et routier. Comme cela a été indiqué supra, les projets stratégiques de construction supérieurs à 50 millions de dollars exigent 80 % à 90 % de contenu local. À la lecture des listes australiennes de l'AMP, l'État de Victoria est considéré comme une entité visée. Par ailleurs, sa liste en matière de service est largement couverte excepté en ce qui concerne quelques exceptions particulières relatives au domaine de la santé par exemple. Néanmoins, comme indiqué, l'Australie va considérer que les services sont couverts sous condition de réciprocité. Les services de constructions sont similaires à ceux de l'Union européenne et des États-Unis, car là encore, la liste renvoie à la Division 51 du « *United Nations Provisional Central Product Classification* ». Cependant, l'annexe 7 prévoit comme non-couvert par l'AMP, « *any form of preference to benefit Small and medium enterprises* ». Cela n'est pas une justification aux exigences de localisation requises dans l'exemple utilisé, car il ne s'agit pas de petites et moyennes entreprises. En revanche, cela pourrait constituer une exception pour les entreprises situées tout au long de la chaîne d'approvisionnement du marché.

[888] CERNAT Lucian, KUTLINA- DIMITROVA Zornitsa, *How open is the European Union to US firms and beyond? An assessment of removing "Buy America(n)" restrictions points to substantial benefits in terms of job creation and GDP gains for the US*, Mars 2020, CEPS, p.7.

288. L'hypothèse d'une réaction de l'Union européenne. L'Union européenne pourrait répondre de manière réciproque à ces faits. En effet, l'annexe 2 de l'Union européenne prévoit tout d'abord que seront considérés comme des marchés couverts par certaines autorités régionales et locales « *goods, services, suppliers and service providers from Australia* », si l'Union européenne a accepté que l'Australie a fourni un accès réciproque satisfaisant « *to EU goods, suppliers, services and service providers to their own procurement markets.*»[889] Pareillement, l'annexe 3 de l'Union européenne contient une clause qui souligne que ne sont pas considérés comme des marchés couverts les marchés passés par des entités de transports ferroviaires couverts par cette annexe « *in regard of suppliers, services, suppliers and service providers from Australia* », sauf si les mêmes conditions sont accordées. Or, les actions des États fédérés peuvent conduire à des régimes régionaux différents et affaiblir la clarté des règles applicables pour un fournisseur étranger. C'est le constat qui est partagé sur la plateforme *Access 2 market*. Bien que le régime de transparence se soit amélioré depuis quelques années, les rédacteurs ont constaté que tous les États fédérés n'ont pas adopté la non-discrimination « *as a key principle, and retain measures aimed at boosting domestic suppliers and local content, particularly SMEs* »[890]. Si ces règles sont contraignantes et peuvent aller plus loin que les discriminations prévues par les dispositions des États fédérés, il faut cependant encourager la réalisation d'un accord pour que ces contraintes ne soient plus appliquées aux fournisseurs européens.

289. L'exemple de l'Union européenne. Néanmoins, il nous faut aussi souligner que l'Union européenne contient des critères locaux pour certains services. Comme cela a été indiqué, les secteurs de la production, du transport et de la distribution de l'électricité font l'objet de dispositions spécifiques dans l'AMP. Cela peut également se constater dans la directive 2014/25[891]. L'article 85 concerne « les offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels l'Union n'a pas conclu (…), un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers. » Dans ce cadre, il est prévu que toute offre présentée pour « l'attribution d'un marché de fournitures peut être

[889] OMC, *Union européenne – Entités des gouvernements sous-centraux – Annexe 2,* [en ligne], (h). Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=2&ContentCulture=fr (h).
[890] COMISSION EUROPÉENNE, *Access 2 Markets – Trade barriers,* [en ligne]. Disponible sur : https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/barriers/details?barrier_id=10402&sps=false
[891] Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, [en ligne], OJ L 94//243, 26 février 2014. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32014L0025

rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers (…) excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. » [892]

290. Conclusions. Malgré tout, ces discriminations portées à l'égard de l'Union européenne corroborent les différents rapports menés sur l'ouverture de l'accès à son marché. Toutefois, si l'on parle du marché européen, il nous faut préciser que le taux de pénétration par les fournisseurs étrangers diffère. Un rapport venant mesurer l'entrée des fournisseurs étrangers au contrat de la commande publique européenne a démontré que dans les petits États comme le Luxembourg, et les fournisseurs de pays tiers avaient tendance à avoir un meilleur accès aux marchés (100% dans le cas du Luxembourg), tandis qu'en France ou encore en Espagne, le taux était proche des 30%. Et en Chine ou aux États-Unis, le taux est de 20%[893]. Cela peut également s'expliquer par la structure économique de ces États et la spécialisation des industries. En effet, il apparaît que le recours aux produits ou services des pays tiers dans le cadre d'un marché, vise essentiellement les biens manufacturés ou encore le commerce de gros. Toutefois, en matière d'agriculture, de fourniture d'électricité, de gaz ou encore de services miniers, 100% des marchés sont européens[894]. Sans entrer dans les différentes mesures économiques du taux de pénétration qui peut être réalisé selon une étude input/ output[895] ou encore en fonction de la valeur ajoutée[896], il faut en conclure que la difficulté d'intégrer les marchés régionaux ou locaux est souvent mise en cause. Cela peut être lié à un défaut de transparence comme tout simplement au désintérêt pour ces marchés en raison de leur valeur moyenne plus faible[897]. Enfin, contrairement aux États-Unis ou à l'Australie qui appliquent des barrières liées à la localisation tout au long d'une chaîne d'approvisionnement, le rapport en question a démontré que 20,8% des pouvoirs adjudicateurs européens ignoraient que des biens ou services importés de pays extérieurs à l'UE participaient à l'exécution du marché public. Sur ces derniers, 59% ont indiqué que ces produits ou services n'avaient pas fait l'objet de procédure de passation de marché et avaient donc été intégrés dans les flux commerciaux[898]. Ces faits sont importants à noter, car ils témoignent de la nécessité de définir avec précision l'origine et surtout de la

[892] *Ibid.,* Article 85 paragr. 2.
[893] COMMISSION EUROPÉENNE, PROMETIA SPA, BIP BUSINESS INTEGRATION PARTNERS – SPA - SPA ECONOMICS FOR POLICY A KNOWLEDGE CENTER OF NOVA SCHOOL OF BUSINESS AND ECONOMICS, *Economics for Policy a knowledge Center of Nova School of Business and Economics, Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market – final report,* Mars 2021, p.35.
[894] *Ibid.,* p.138.
[895] *Ibid.,* p. 41.
[896] *Ibid.,* p. 46.
[897] *Ibid.,* p. 62.
[898] *Ibid.,* p.160.

nécessité d'appliquer des politiques de réciprocité, non pas uniquement sur le résultat final, mais sur l'ensemble d'une chaîne de valeur ou d'approvisionnement.

Cette volonté de supprimer les obstacles dans la chaîne des marchés publics a été faiblement portée par les engagements contenus dans l'AMP. Malgré les conditions explicites de réciprocité de l'AMP, il apparaît que les accords de libre-échange sont des moyens de rechercher davantage de réciprocité. Pour mesurer cette recherche de réciprocité ainsi que son existence dans les accords de libre-échange, il conviendra d'étudier l'évolution entre l'AMP et les chapitres relatifs aux marchés publics contenus dans les accords de libre-échange. La méthode sera identique. Il nous faudra rechercher les liens de conditionnalité et le *synallagma* des obligations dans les annexes de l'AMP et des accords de libre-échange. Une fois ce travail effectué et les secteurs concernés dégagés, il nous faudra rechercher s'il existe malgré tout, des barrières ou du moins des différences dans l'application des obligations. Le but de ce travail est donc de vérifier si les accords de libre-échange peuvent être porteurs de réciprocité dans ce domaine, et si cela s'avérait positif, d'étudier sa mise en place. Pour réaliser cet objectif, la base d'analyse reposera sur les accords conclus par l'Union européenne avec le Canada, la Corée du Sud, le Japon et le Royaume-Uni.

Paragraphe 2 : L'approfondissement des relations de réciprocité inter-traités

291. En analysant ces accords, le choix a été fait d'examiner des partenaires commerciaux aux structures économiques différentes, mais aussi dont les relations commerciales sont plus ou moins proches. L'hypothèse est que la réciprocité, au-delà de sa conditionnalité et de ses effets, puisse reposer sur une logique de *like-minded partners*. De celle-ci, plusieurs interrogations se posent, dont celle de savoir si ces accords de libre-échange prévoient de nouvelles conditions de réciprocité ou si ces accords viennent supprimer la condition de réciprocité contenue dans l'AMP pour la rendre contraignante dans ces accords de libre-échange et ainsi ouvrir davantage de marchés (A). Prenant également en considération que la réciprocité se réalise de manière informelle et pas seulement dans les accords, le cas des Offsets dans les marchés publics pose la question de la continuité dans la recherche de réciprocité. Compte tenu de l'impossibilité à se procurer ces contrats, seule leur logique sera

étudiée, ce dans un but, non pas de vérification, mais plutôt en vue de soumettre des hypothèses (B).

A –La tentative d'une recherche de réciprocité inter-traités dans les accords de libre-échange

1. L'exemple de l'AECG.

Dans la lignée de ce qui a été décrit précédemment, il s'agira d'étudier l'évolution de l'existence de réciprocité entre l'AMP et la conclusion d'un accord de libre-échange. Le cas du Canada est intéressant en ce que dans les décisions du Conseil de l'Union européenne, il n'est pas fait mention d'une recherche de réciprocité. Il en est de même dans le préambule de l'AECG. Néanmoins, la réciprocité est certaines fois matérialisée.

292. Définition du cadre de l'étude. Commençons tout d'abord par définir les biens et services qui dans l'AMP, sont conditionnés à la réciprocité. Sur la base du caractère synallagmatique et conditionnel de la réciprocité, la lecture de l'annexe 7[899] du Canada laisse apparaître dans l'AMP que les services contenus dans l'annexe 5[900] ainsi que les services de construction de l'annexe 6,[901] sont soumis à des conditions de réciprocité pour les entités visées. Face à cette situation, l'annexe 1[902] de l'Union européenne garantit que les marchés concernant les biens ou services qui ne sont pas couverts par l'accord du Canada seront accordés uniquement sur une base de réciprocité. Il en va de même pour l'annexe 2[903]. L'annexe 3[904] quant à elle, prévoit que ne doivent pas être considérés comme des marchés couverts « *urban railway, tramway, trolley bus or bus services covered under this Annex in regard of supplies, services, suppliers and service providers from Canada* »[905] ainsi que les marchés « *by*

[899]OMC, *Canada – Notes générales – Annexe 7,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=7&ContentCulture=fr
[900]OMC, *Canada – Services – Annexe 5,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=5&ContentCulture=fr
[901]OMC, *Canada – Services de construction – Annexe 6,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=6&ContentCulture=fr
[902]OMC *Union européenne – Entités du gouvernement central – Annexe 1,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=1&ContentCulture=fr
[903]OMC, *Listes correspond au champ d'application,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_app_agree_f.htm
[904] *Ibid.,*
[905] OMC, *Union européenne – Autres entités* - Annexe 3 – (6) – a – v.

procuring entites operating in the field of railways covered under this Annex in regard of goods, suppliers, services and service providers from (...) Canada (...)[906] ». Ils ne le seront qu'à la condition de réciprocité. Il s'agira donc de se limiter à ces services et à ces marchandises.

Là encore, on ne peut que relever que la réciprocité sert d'encadrement lorsqu'il n'y a pas d'accord défini. Par ailleurs, elle est utilisée comme une forme de protection en vue d'ouvrir de manière unilatérale des marchés stratégiques concernant les secteurs d'utilité publique. Cela renforce encore une fois l'idée selon laquelle la réciprocité n'est pas seulement formelle et ne doit pas s'entendre comme étant le caractère réciproque d'un accord où le caractère matériel serait délaissé.

293. L'élargissement de la liste canadienne. Sur cette base, si l'AECG n'exprime pas des conditions de réciprocité, il tend à une ouverture plus grande de l'accès aux marchés publics. Il est difficile d'évaluer la réciprocité en se fondant sur les entités visées, compte tenu de l'organisation étatique du Canada et celle de l'Union européenne. L'annexe 1[907] de l'AMP du Canada qui concerne les entités au niveau du Gouvernement vise 78 entités soumises aux règles de l'Accord, contre 98 dans l'AECG[908]. Les valeurs des marchés dans l'AMP et l'AECG sont identiques. Dans l'annexe 2[909] de l'AMP concernant les entités des « sous-gouvernements » sont au nombre de 13. Cependant, au sein de chaque État fédéré concerné, on relève davantage d'organes visés par l'AECG que par l'AMP. De plus les valeurs des marchés soumis aux règles de l'AECG[910] sont bien inférieures à celles de l'AMP, ce qui élargit la capacité des fournisseurs européens à candidater. Dans cette veine, l'annexe 3[911] du Canada de l'AMP comporte 10 entités nationales, alors que l'AECG[912] vise les entités concernées par la partie X de la Loi sur la gestion des finances publiques[913] qui donne une définition et une interprétation des sociétés d'État. À ceci s'ajoutent des entités au niveau des provinces et autres

[906] *Ibid.,* Annexe 3 – (6) – h.
[907] OMC, *Canada – Entités du gouvernement central – Annexe 1,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=1&ContentCulture=fr
[908] Accord économique et commercial global – Annexe 19 – Annexe 19-A – Liste d'engagements en matière d'accès aux marchés du Canada – Annexe 19 – 1 – Entités du gouvernement central, [en ligne].
[909] OMC, *Canada – Entités des gouvernements sous-centraux – Annexe 1,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=2&ContentCulture=fr
[910] Accord économique et commercial global – Annexe 19 – Annexe 19-A – Liste d'engagements en matière d'accès aux marchés du Canada – Annexe 19 – 2 – Entités des gouvernements sous-centraux.
[911] OMC, *Canada – Autres entités – Annexe 3,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/en/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=3&ContentCulture=fr
[912] Accord économique et commercial global – Annexe 19 – Annexe 19-A – Liste d'engagements en matière d'accès aux marchés du Canada – Annexe 19 – 3 – Autres entités.
[913] *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11 partie X, [en ligne]. Disponible sur : https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/f-11/

territoires locaux. On note donc un élargissement. En matière de marchandises visées, l'annexe 4[914] du Canada était globale, à part quelques exceptions. On retrouve sensiblement les mêmes biens, excepté pour l'Ontario et le Québec, qui prévoient pour les achats de véhicules de transport en commun une exigence visant à ce que le soumissionnaire retenu « confie jusqu'à 25 pour cent de la valeur du marché en sous-traitance au Canada » [915].

294. Comparaison avec les listes européennes. Sans revenir aux entités européennes, il faut simplement indiquer que l'annexe 19-3 de l'AECG prévoit d'exclure de l'accord des secteurs d'utilité publique liés à l'eau par exemple. Étant donné qu'il ne figure pas de condition de réciprocité, il ne convient pas de s'attarder dessus. Intéressons-nous plutôt aux services et services de constructions pour lesquels l'annexe 7 du Canada prévoyait des conditions de réciprocité. Il est intéressant de noter que l'annexe 5 de l'AMP[916] vise davantage de services que l'annexe 19-5 du Canada de l'AECG. Ces services listés dans l'annexe 19-5 sont cependant similaires à ceux de la même annexe de l'Union européenne. Cette réduction s'explique par l'absence de condition de réciprocité explicite dans l'AECG contrairement à l'AMP. L'annexe 5 de l'AMP ouvrait ces marchés aux fournisseurs de l'Union européenne sous condition de réciprocité. Or, à présent, certains services sont ouverts sans aucune condition puisqu'il existe une symétrie entre les annexes canadienne et européenne. En ce sens, il est possible de comprendre que les services non listés dans les annexes de l'AECG sont quant à eux, toujours soumis à des conditions de réciprocité, contrairement à celles listées. Cela réitère nos propos sur le rôle de la réciprocité comme régulateur des concessions.

Néanmoins, pour ces exemples, il faut nuancer le rôle de l'accord de libre-échange dans la recherche de réciprocité. Plutôt qu'une recherche de réciprocité, ces concessions expriment une volonté de renforcer les engagements des Parties et de rechercher une forme d'*enforcement*. En effet, les listes qui ont été détaillées traduisent une volonté d'ouvrir davantage les marchés plutôt qu'une recherche d'une meilleure réciprocité. D'ailleurs, après un examen du *Global Trade Alert*, ainsi que de la plateforme *Access to Market*, aucune barrière dans le secteur des marchés publics n'a été relevée à l'égard de l'Union européenne. Seules certaines

[914] OMC, *Canada – Marchandises – Annexe 4,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=4&ContentCulture=fr
[915] Accord économique et commercial global – Annexe 19 – Annexe 19-A – Liste d'engagements en matière d'accès aux marchés du Canada – Annexe 19 – 4 – Marchandises.
[916] OMC, *Canada – Services – Annexe 5,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=5&ContentCulture=fr

réglementations en matière de défense nationale ont pu engager des comportements discriminatoires.

Ces précédents constats ne sont pas généraux et dépendent fortement des partenaires. Il existe une logique de *like minded-partners*, comme le cas du Japon. Plutôt qu'une recherche d'une meilleure réciprocité, des efforts modérés sont attendus.

2. L'exemple de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon.

295. L'exemple du Japon. Le Japon ne prévoit pas de réciprocité explicite dans l'AMP. Ses notes visent des exceptions aux marchés couverts, mais ne les ouvre pas à la condition de réciprocité. Le passage de l'AMP à l'accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne[917] et le Japon a permis un élargissement des entités visées comme celles des « gouvernements sous-centraux », et a réduit le montant des marchés visés couverts par les dispositions du chapitre 10 de l'accord de libre-échange. Ainsi, il nous faut plutôt inverser le postulat de base et débuter noter étude à partir de la recherche de réciprocité par l'Union européenne à l'égard du Japon. Plutôt que de prendre comme point de départ un pays contractant de l'Union européenne, il conviendra de partir de la recherche de réciprocité par l'Union européenne.

Ainsi, les services de l'annexe 5 de l'Union européenne ainsi que les services de construction de l'annexe 6 sont soumis à réciprocité pour toutes les entités visées. Plus spécifiquement, les entités de l'annexe 3[918] du Japon concernant les gouvernements centraux prévoient des conditions de réciprocité pour les secteurs de transport, de distribution et de production de l'électricité[919], ainsi que dans les domaines des chemins de fer à grande vitesse et l'infrastructure ferroviaire à grande vitesse[920] et dans le chemin de fer urbain[921]. La note 5 de l'annexe 3 du Japon prévoit que les entités *East Japan Railway Company, Central Japan Railway Company* et *West Japan Railway Company* sont considérées comme des entités visées du groupe A l'annexe 3 jusqu'à ce que l'Union européenne retire son objection à la radiation

[917] Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, [en ligne], JO L 330 du 27.12.2018, p. 3–899.
[918] OMC, *Japon – Autres entités – Annexe 3,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Japan&AnnexNo=3&ContentCulture=fr
[919] *Ibid.,* paragr. (k)
[920] *Ibid.,* paragr. (h)
[921] *Ibid.,* paragr. (g)

de ces sociétés de ces listes. Dans ce groupe A, le Japon a exclu l'application de l'AMP aux marchés de certaines entités[922].

Plus précisément, le 29 août 2001, la notification du Japon en vue de préciser les entités visées de l'AMP avait prévu la radiation de ces compagnies. Le 1er octobre 2001, l'Union européenne avait formulé une objection « afin d'examiner de manière approfondie les raisons de la radiation souhaitée des trois compagnies de chemin de fer, compte tenu des craintes apparues »[923].

Or, « dans le cadre du processus de délimitation du périmètre de négociation de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Japon et des négociations sur les aspects de cet accord relatifs aux marchés publics, l'Union s'est déclarée prête à lever son objection à la radiation des trois compagnies de chemin de fer (…) »[924]. Ces obligations étant levées, cela suppose que des fournisseurs européens peuvent candidater aux marchés de ces entités. De plus, il est possible de considérer que l'Union européenne a obtenu satisfaction ainsi que de la réciprocité. En effet, il est prévu que les « marchés de biens et de services liés à la sécurité opérationnelle des transports » passés par lesdites entités « sont ouverts aux fournisseurs de l'Union européenne ». De plus, alors que la note 5 de l'annexe 2 japonaise considérait que « *Procurement related to the production, transport or distribution of electricity is not covered* », il faut rappeler que l'Union européenne a accepté d'ouvrir ses marchés à condition de réciprocité. Là encore, l'annexe 10 de l'accord de libre-échange prévoit « [n]onobstant la note 5 afférente à l'annexe 2 (…) les marchés ayant trait à la production, au transport ou à la distribution d'électricité par les entités des gouvernements sous-centraux énumérées dans l'annexe 2 relative au Japon de l'appendice I de l'AMP et par Kumamoto-shi sont couverts. » Bien que la condition de réciprocité de l'Union européenne soit contenue dans l'annexe 3 et concerne l'ouverture aux marchés publics européens de ces entités, les liens synallagmatiques et de conditionnalité sont suffisamment forts pour envisager cette concession comme une forme de réponse à la demande de réciprocité. En plus de ce lien de réciprocité, on note que très peu de barrières *de jure*. La plateforme *Access 2 Market* n'a relevé, en matière de marchés publics, qu'une barrière reflétant le manque de transparence, car le Japon n'a pas exécuté ses obligations de création d'un point d'accès unique pour candidater aux marchés[925]. Au-delà de cette

[922] Voir note n°2.

[923] Décision du Conseil du 21 octobre 2014 établissant la position à prendre au nom de l'Union européenne au sein du comité des marchés publics sur la levée des objections de l'Union concernant la radiation des trois entités de l'appendice I, annexe 3 relative à la liste du Japon, de l'accord sur les marchés publics, [en ligne], (2014/741/UE), JO L 308 du 29.10.2014, p. 97–98, paragr.2

[924] *Ibid.,* paragr. 5.

[925]COMMISSION EUROPÉENNE, *Access 2 markets,* [en ligne]. Disponible sur : https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/barriers/details?barrier_id=16822&sps=false

obligation, aucune barrière ne nous permet de relever un défaut d'attente de réciprocité. Ainsi, nous ne pouvons pas affirmer que les dispositions en matière de marchés publics dans cet accord de libre-échange sont marquées par une réciprocité étendue aux marchés publics, mais nous pouvons avancer que, là encore, les Parties ont décidé de supprimer les obstacles en question. En ce sens, la conditionnalité existante a disparu.

3. L'exemple de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée du Sud.

296. L'exemple du secteur ferroviaire. Les annexes de la Corée du Sud dans l'AMP ne mentionnent, elles aussi, que très peu le recours à la réciprocité. Seule l'annexe 7 prévoit que les marchés passés par la *Korea Railroad Corporation* et la *Korea Rail Network Authority*, seront ouverts à la Norvège et à la Suisse à condition de réciprocité. Par ailleurs, l'annexe 5 concernant les services, est ouverte aux autres Parties à condition de réciprocité. L'accord de libre-échange passé entre l'Union européenne et la Corée du Sud ne fait que rappeler les obligations des Parties à l'AMP. On ne peut donc pas juger de réelles réponses aux demandes de réciprocité.

L'avancée concerne uniquement les concessions de travaux publics et les contrats dits *Build, Operate and Transfer (*BOT), mais non les entités visées ou les biens et services visés. Il est difficile, sur ces bases, de dégager des intentions de réciprocité. Seules celles européennes sont éclairantes. Elles concernent les marchés de biens, les fournisseurs, les services et les prestataires de services des installations aéroportuaires[926], les domaines des chemins de fer à grande vitesse et l'infrastructure ferroviaire à grande vitesse[927] ou encore les secteurs de la production, du transport et de la distribution de l'électricité[928].

Sur cette base, il nous faut vérifier s'il peut exister des obstacles. Or, ni le global trade alert, ni la plateforme *Access 2 Market,* ne mentionnent de barrières. Il nous faut donc admettre que soit les législations coréennes ne prévoient pas de mécanismes discriminatoires, soit, ces obstacles sont *de facto* et non *de jure* – c'est cette dernière option que nous retiendrons. La *European rail industry* (UNIFE) s'est cependant plaint de son manque d'accès aux marchés publics ferroviaires sud-coréens. Des préférences nationales étaient accordées aux entreprises sud-

[926] OMC, *Union européenne – Autres entités – Annexe 3,* [en ligne], (e). Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=EuropeanUnion&AnnexNo=3&ContentCulture=fr
[927] *Ibid.,* paragr. (i).
[928] *Ibid.,* paragr. (l).

coréennes et fermaient l'accès à celles européennes. Le rapport d'évaluation de l'exécution de l'accord de libre-échange entre les deux Parties va en ce sens. Selon les rédacteurs, « *[d]espite the efforts undertaken in the GPA and in regional trade agreements such as the EU-Korea FTA, Korea's integration into the global government procurement market is very limited* ». En effet, de nombreuses associations d'entreprises ont fait remarquer que les appels d'offres ne sont souvent publiés qu'en langue coréenne. Pareillement au Japon, la Corée du Sud n'a pas créé de point d'accès unique de publication des marchés. De plus, il est souvent mis en avant que les entreprises étrangères sont tenues d'avoir un représentant localisé en Corée du Sud pour participer aux appels d'offres gouvernementaux. Globalement, le défaut de transparence ainsi que les règles de localisation constituent des barrières empêchant les entreprises européennes de candidater et donc mettent en cause les éventuels efforts de réciprocité[929]. Dans le secteur ferroviaire qui nous a principalement intéressés en majorité, le rapport souligne qu'en plus du monopole du fabricant Hyundai-Rotem, il existe de « *strong requirements related to local partnerships and local content.* » Par ailleurs, *« (...) there are technical specifications geared toward local industry, and that local industry receives state subsidies* »[930]. Ces exemples témoignent donc des contraintes *de facto* qui peuvent également faire barrage à l'application d'une logique de réciprocité.

297. Synthèse. Ainsi, il découle de ce qui précède que la recherche de réciprocité à travers les accords de libre-échange dépend des partenaires commerciaux. L'accord avec le Canada marque une recherche de réciprocité plus poussée en visant, par exemple, la symétrie en matière de services. Néanmoins, cette recherche est plus timide pour les accords avec le Japon, et encore davantage avec la Corée du Sud. On note que, dans ces cas, la recherche de l'*enforcement* est plus grande que celle de la réciprocité. L'Union européenne tend à inclure ces dispositions dans ses accords de libre-échange pour utiliser, en cas d'irrespect des obligations de ces Parties, le mécanisme de règlement des différends de l'accord. Cette vision est cohérente avec sa volonté de guider ses relations commerciales internationales par les règles et non la puissance. L'inconvénient de cette pratique est cependant que l'Union européenne, si elle entend se conformer au droit, perd la capacité de refuser un traitement réciproque de manière unilatérale. Cela pourrait être un outil important lorsque le défaut de réciprocité n'est pas *de jure,* mais plutôt *de facto.*

[929] COMMISSION EUROPÉENNE, CIVIC CONSULTING AND THE IFO INSTITUTE, *Rapport evaluation of the implementation of the free trade agreement between the EU and its Member States and the Republic of Korea*, [en ligne], Mai 2018. p.173. Disponible sur : https://www.civic-consulting.de/reports/EU-Korea.pdf
[930] *Ibid.,* note n° 151, p.173.

En ce sens, une autre difficulté dans l'obtention de la réciprocité réside dans l'existence de conditions additionnelles ou de compensation à l'obtention d'un marché. Cette technique peut venir freiner le résultat de la recherche de réciprocité comme être un moyen, pour l'État l'imposant, de veiller à davantage d'équilibre.

B – La remise en question de la réciprocité initiale contenue dans un accord, par son environnement contractuel : l'exemple des Offset

298. Définitions. Dans la précédente étude, il s'agissait de mettre en avant que les exigences de localisation pussent être des obstacles à l'effectivité de la réciprocité. Or, comme cela a été souligné par la Commission européenne, les « exigences de contenus locaux, souvent formulées en liaison avec des projets d'investissement et des marchés publics semblent constituer l'un des instruments de distorsion des échanges les plus utilisés dans le cadre de l'industrialisation. »[931] Ces contenus locaux peuvent être considérés comme des offsets. La traduction française du terme offset fait référence aux opérations de compensation. Selon l'OMC, ce sont des « mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer le compte de la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, à l'octroi de licences pour des technologies, à l'investissement, aux échanges compensés ou prescriptions similaires »[932]. Il en existe 3 types : les offsets directs, semi-directs et indirects[933]. De manière générale, selon Cristina Buga, l'offset est une des pratiques de *countertrade* (échanges compensés). Le *countertrade* « est une forme de commerce qui implique l'échange de biens ou de services, entre un acheteur et un vendeur qui sont payés en partie dans le processus de négociations commerciales comme un complément à l'échange monétaire *»* [934]. Néanmoins, le premier *«* relève d'une pratique de contrats liés dans laquelle l'une des parties se trouve contrainte d'accepter un contrat secondaire ou un engagement accessoire au contrat principal pour pouvoir remporter le contrat principal »[935] .

---

[931] COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport 2012 sur les obstacles au commerce et à l'investissement,* [en ligne], COM/2012/070 final, 2012. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0070&from=MT

[932]OMC, *Aperçu de l'Accord sur les marchés publics,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_overview_f.htm
https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpa_overview_f.htm

[933] INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, EUROPEAN CLUB FOR COUNTERTRADE AND OFFSET, *Guide to international offset contracts*, 2019.

[934] BUGA Cristina, *Les politiques d'offset (compensation) : enjeux généraux et étude de cas de l'Afrique du Sud,* Economies et finances. Université Grenoble Alpes, 2016. Français. NNT : 2016GREAE003.tel-01425472, p.25.

[935] *Ibid.,* p.27.

299. L'interdiction des offsets à l'OMC. Ces contrats, bien qu'ils concernent beaucoup de marchés liés au secteur de la défense, sont aussi utilisés en matière civile. Le fait de conditionner l'octroi d'un marché public à un contrat annexe peut freiner les ambitions de réciprocité des États. Si des marchés sont ouverts sur une base de réciprocité, le conditionnement à la réalisation de contrats annexes peut s'avérer être un obstacle au marché. Les objectifs de ces contrats annexes sont multiples, et on y voit par exemple, une volonté de compenser « un écart technologique dans l'industrie de l'armement »[936], de « rattrapage économique »[937] ou encore de « stimuler le transfert de technologies *(...)*»[938]. C'est pourquoi la logique de l'Accord sur les marchés publics est d'interdire cette pratique. En effet, l'article IV paragraphe 6 de l'AMP prévoit que pour « ce qui est des marchés couverts, une Partie, y compris ses entités contractantes, ne demandera, ne prendra en considération, n'imposera ni n'appliquera une quelconque opération de compensation ». Ledit accord impose plus strictement cette interdiction en comparaison à l'accord de 1981 qui indiquait que les « entités devraient normalement s'abstenir de toute adjudication qui serait subordonnée à la condition que le fournisseur assure des possibilités d'achats compensatoires, ou à d'autres conditions analogues »[939]. Une exception existe cependant pour les pays en développement, qui « compte tenu de [leurs] besoins en termes de développement et avec l'accord des Parties [pourront] adopter ou maintenir » des opérations de compensation selon une période déterminée à condition que ce genre d'opérations soit clairement énoncé dans l'avis de marché envisagé[940] . Par cette exonération se retrouve l'idée de différenciation propre à l'OMC ainsi que celle selon laquelle les pays développés ne doivent pas attendre des pays en voie développement, une forme de réciprocité totale.

300. La volonté de rétablir un défaut de réciprocité initial. En référence à l'idée de recherche de réciprocité à l'OMC et en gardant à l'esprit la nécessité de fixer un optimum de Pareto, il faut comprendre la volonté des États utilisant les offsets comme un souhait d'obtenir davantage que ce qui a été obtenu lors des négociations commerciales initiales. Là encore, on note à quel point la réciprocité présente un caractère à origine unilatérale. Dans sa thèse, Cristina Buga souligne notamment que les néo-classiques raisonnent en termes de concurrence parfaite et d'optimum de Pareto, à la différence des néo-institutionnalistes qui voient le marché

[936] *Ibid.,* p.42.
[937] *Ibid.,* p.49.
[938] *Ibid.,* p.53.
[939] Accord relatif aux marchés publics, [en ligne], 1981, p.43. Disponible sur : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tokyo_gpr_f.pdf
[940] *Ibid.,* Article V parag. 3 (b).

fondé sur des relations bilatérales de type contractuel comme pouvant, « sous certaines conditions être plus pertinentes, notamment dans les situations où apparaissent conjointement une asymétrie d'information et un problème de contrats incomplets »[941]. Appliqué à la réciprocité, cela revient à dire que ces contrats sont pour certains, un souhait de compléter le défaut de réciprocité résultant des négociations initiales. S'ils sont également utilisés dans les marchés civils, ils concernent surtout les marchés de défense. Leurs références dans les législations nationales démontrent qu'ils possèdent les caractères de la réciprocité. Tout d'abord, l'article III paragraphe 1 de l'AMP prévoit à leur sujet et à certaines conditions que « le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'entreprendre une action ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale. » Cependant, comme cela a déjà été précisé, l'AMP est un accord plurilatéral et ne s'applique qu'aux 21 Parties qui en sont Membres. Ces dispositions sur l'interdiction de l'offset sont donc très limitées, et nombreux sont les États qui disposent d'une législation fixant les règles applicables à ces contrats, faute de consensus international en la matière.

301. L'interdiction de l'offset dans l'Union européenne. Le droit de l'Union européenne ne prévoit pas de dispositions relatives à l'offset en matière de marchés civils. L'article 346 paragraphe 2 du TFUE se rapproche de l'article III de l'AMP en ce qu'il prévoit que « tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; (…) » sans altérer les conditions de concurrence en matière de marchés civils. Cette liberté n'est pas absolue et est limitée matériellement à certains marchés. De plus, l'interdiction d'entraver les conditions de concurrence suppose un contrôle plus important pour les biens à double usage. Dans cette perspective, il faut mentionner la directive 2009/81/CE[942]. Celle-ci, de toute évidence, ne fait pas explicitement référence, aux compensations, mais il existe une note sur l'attribution de marchés relative à l'offset[943]. Dans

[941] BUGA Cristina, *Les politiques d'offset (compensation) : enjeux généraux et étude de cas de l'Afrique du Sud,* Economies et finances. Université Grenoble Alpes, 2016. Français. NNT : 2016GREAE003.tel-01425472, p.122.
[942] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, [en ligne], 13 juillet 2009, JO L 216 du 20.8.2009, p. 76
[943] DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKETS AND SERVICES, *Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the field of defence and security – Guidance Note Offset,* [en ligne].

cette note, la Commission européenne a adopté une approche critique de la pratique d'offset. Tout d'abord, les rédacteurs ont considéré que bien que les États puissent adopter certains comportements pour des motifs de sécurité, « *Such offset requirements are restrictive measures which go against the basic principles of the Treaty, because they discriminate against economic operators, goods and services from other Member States and impede the free movement of goods and services* »[944]. Il est donc fortement limité de conditionner des marchés publics à des compensations pour les fournisseurs de l'Union européenne. En ce sens, l'article 346 TFUE mentionné ne peut être la seule base de justification permettant à un État de l'Union européenne de requérir des compensations aux fournisseurs d'un autre Membre[945].

302. L'interdiction de l'offset prévue aux États-Unis. Dans la même veine, les États-Unis imposent des obligations de *reporting* en matière d'offset dans le secteur de la défense. Selon le *Bureau of Industry and Strategy* « *offsets are the* practice *by which the award of defense contracts by foreign governments or companies is conditioned upon commitments from the defense contractor to provide some form of compensation to the purchaser. In defense trade, offsets can include activities such as mandatory co-production, credit assistance, licensed production, subcontractor production, technology transfer, purchases, training, and foreign investment*. »[946] Les marchandises ou services concernés sont prévus dans la loi sur le contrôle de l'exportation des armes[947] et les réglementations sur le trafic international des armes[948].

303. La multiplication des liens synallagmatiques. Sans multiplier les exemples[949] en la matière, nous pouvons constater le lien entre le contrat initial et les activités de compensation prévues par les dispositions législatives. Les contrats d'offsets peuvent donc modifier la réciprocité initiale, en créant dans les faits un nouveau lien de réciprocité. Compte tenu du caractère secret de ces contrats, il faut seulement supposer, grâce aux critères dégagés que le contrat annexe est tenu par un lien de réciprocité au contrat initial. En effet, rappelons que la

---

[944] *Ibid.,* paragr. 2.
[945] *Ibid.,* paragr. 3.
[946] BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY – U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *Guidance for Reporting on Offset Agreements and Transactions,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.bis.doc.gov/index.php/guidance-for-reporting-on-offset-agreements
[947] U.S CODE, TITLE 22 - Foreign relations and intercourse, chapter 39 - Arms Export Control Act, § 2751 « Need for international defense cooperation and military export controls ; Presidential Waiver ; report to Congress ; arms sales policy ».
[948] CODE OF FEDERAL REGULATION, TITLE 22 Foreign relations, subchapter M : International Traffic in Arms Regulations, paragraphes 120-130.
[949] Voir en ce sens : INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, EUROPEAN CLUB FOR COUNTERTRADE AND OFFSET, *Guide to international offset contracts*, 2019, p.37.

réciprocité découle d'un lien synallagmatique et de conditionnalité. En ce sens, le lien synallagmatique peut être plus ou moins explicite en ce qu'il est soit mentionné dans l'appel d'offres du marché initial, soit implicite en ce que l'État à l'origine de l'offset rattache politiquement le contrat initial à la réalisation d'une prestation additionnelle. La conditionnalité s'analyse de deux manières. Elle exprime la nécessité de réaliser la prestation additionnelle pour obtenir le contrat initial. Cela a pour conséquence que des clauses permettent de conditionner et de bloquer la réalisation du contrat annexe en raison de l'inexécution du contrat initial. En ce sens, Cristina Buga indique que « la réalisation de la transaction initiale est liée à la capacité du vendeur à créer de la valeur ajoutée dans le pays acheteur »[950].

304. La détermination de l'équivalence. Cela appelle à définir la valeur du contrat qui fait l'objet de l'offset. Quelle que soit sa forme, la valeur est avant tout déterminante de l'appréciation de l'État qui requiert une compensation. Compte tenu des difficultés à accéder à des sources précises, il nous faut toutefois indiquer, à la manière de Cristina Buga, que le principe d'additionnalité qui caractérise les contrats d'offset à la manière de la réciprocité « suppose que les projets d'offset génèrent à terme un surcroît d'activité dans le pays en lui permettant de développer des spécialisations nouvelles ou en contribuant à améliorer le solde courant[951] ». Compte tenu des différentes formes que l'offset peut prendre, il ne s'agit pas de rechercher une équivalence au marché initial.

Enfin, il est intéressant de noter que la réciprocité intervient comme un outil structurant les relations entre les Parties. En intégrant une approche néo-institutionnaliste, Critinia Buga soulignait que les *«* offsets ne sont donc légitimes que pour les achats des produits de haute technologie où le risque de sélection adverse et d'aléa moral est élevé »[952]. « Dans le cas où, la qualité des produits achetés n'est pas certifiable, c'est-à-dire lorsqu'il est difficile d'évaluer ex ante la qualité des produits concernés par le contrat primaire, l'offset peut représenter une alternative pertinente. »[953] Plus qu'une recherche d'une compensation du contrat initial, l'offset est un moyen de rechercher une réciprocité qualitative. Or, cet aspect qualitatif de la réciprocité doit être garanti. L'idée est, par le biais de la réciprocité, d'éviter les comportements opportunistes d'une entreprise. Il s'agit finalement de renforcer la conditionnalité de la chaîne de contrats, conditionnalité qui est un critère important de la réciprocité.

---

[950] *Ibid.,* p.28.
[951] BUGA Cristina, *Les politiques d'offset (compensation) : enjeux généraux et étude de cas de l'Afrique du Sud,* Economies et finances. Université Grenoble Alpes, 2016. Français. NNT : 2016GREAE003.tel-01425472, p.178.
[952] *Ibid.,* p. 127
[953] *Ibid.,*

Ainsi, la réciprocité s'apparente ici à un instrument de sécurisation des échanges et de stabilisation. C'est parce qu'il est nécessaire de contraindre et d'inciter au respect de l'ensemble des contrats que la réciprocité fait peser la contrainte de l'inexécution d'une partie des obligations. De plus, cela souligne que la réciprocité est fortement utile dans des zones grises du droit où il est nécessaire d'assurer davantage de sécurité juridique. Enfin, le recours à ces contrats, au-delà des objectifs politiques et économiques, témoigne de la volonté de se défaire des obligations formelles et contraignantes des accords. Il s'agit d'un rapport de force constant et évolutif. Or il est nécessaire que l'Union européenne s'intègre dans ce schéma en recherchant davantage de réciprocité.

CONCLUSION CHAPITRE 1

En reprenant les éléments d'identification de la réciprocité juridique et matérielle, le but était de rechercher s'il existait de la réciprocité dans les accords commerciaux. En raison de la différence d'objets et d'effets de la recherche de réciprocité, différentes méthodologies ont été proposées.

Il ressort de ces observations qu'en matière de réciprocité globale, durant le cycle de négociation de Doha, l'absence de réciprocité résultait du manque de consensus autour des formules tarifaires et de l'objet de négociations. La plus grande rupture était la recherche, par les pays développés, d'un certain équilibre face à l'absence de réciprocité adaptée aux pays en voie de développement. Sans revenir sur l'influence des formules sur le niveau de réciprocité, soulignons qu'il est difficile de rechercher de la réciprocité entre pays dont le niveau de développement ainsi que les intérêts commerciaux diffèrent. La recherche d'un équilibre global - c'est le terme qui est préféré à la réciprocité globale dans les négociations - est difficilement atteignable. Cela impliquerait que l'existence de la réciprocité serait liée à l'utilisation d'un cadre plus spécifique à l'instar d'un secteur d'activité ou de certains maillons d'une chaîne de valeur.

Pour démontrer cette hypothèse, l'exemple de l'AMP a été choisi. S'il y figure une recherche de réciprocité active, il apparaît cependant de nombreux obstacles nationaux à sa mise en œuvre, comme les critères de localisation, par exemple. Beaucoup de ces obstacles concernent des marchés qui sont ouverts aux biens, services et opérateurs des pays tiers, à la condition de réciprocité. Le fait pour l'Union européenne d'émettre une telle condition lui permet de se prémunir d'un déséquilibre d'accès aux marchés. Cependant, avec certains de ses partenaires, comme le Canada, on note une stratégie de suppression de la condition de la réciprocité en intégrant ces marchés en question dans de nouveaux accords. La stratégie de « *like-minded partners* » est ici importante, car elle permet d'ouvrir les marchés aux partenaires de confiance. Cependant, face à des États tiers réticents, il est toujours possible de maintenir une condition de réciprocité. Le fait de passer d'un régime de réciprocité à une stratégie *d'enforcement* au sein des accords témoigne de l'importance stratégique des marchés initialement soumis à réciprocité. Le passage, ou autrement dit, la suppression de la conditionnalité se réalise uniquement si les États ont constaté une équivalence ou sont satisfaits de la contrepartie. Ce constat n'a pu être rendu possible que par l'analyse du lien synallagmatique que nous avons fait sortir de l'AMP pour l'étendre à d'autres accords. Par ce

moyen a été constatée une continuité de ce lien, mais aussi la preuve que la réciprocité n'est pas contenue uniquement dans un accord.

Cependant, le fait de supprimer la conditionnalité de la réciprocité et d'y préférer une stratégie *d'enforcement* interroge quant aux mesures prises à défaut de réciprocité. En effet, en prévoyant de supprimer une telle condition, le caractère auto-exécutoire de la réciprocité perd de son sens et se fait remplacer par le recours au règlement des différends lorsqu'il est prévu. Cela pose donc la nécessité d'étudier la fonction d'exécution de la réciprocité et surtout de lui créer une place entre les mesures d'exécution qui existent déjà, à savoir le règlement des différends, mais aussi les contre-mesures.

CHAPITRE 2 : LA RECIPROCITE-STRUCTURE

305. En démontrant que la présence de réciprocité est contingente, il faut en déduire que son aspect d'exécution le sera également. Compte tenu de son usage récent dans les relations commerciales, il serait risqué d'étudier de prime abord la manière dont la réciprocité d'exécution est mise en œuvre. Plutôt, une approche *a contrario* doit être menée. L'idée est que la réciprocité ne doit pas s'opposer aux systèmes de règlement des différends existants compte tenu des consensus qui ont présidé leur création. Ainsi, il conviendra, dans un premier temps de démontrer que l'usage unilatéral de la réciprocité d'exécution n'est permis que dans une très fine marge de manœuvre, les États devant privilégier les règlements des différends lorsqu'ils existent (section 1). Néanmoins, certains objets de négociations n'y sont pas soumis à ces règlements de différends. Par ailleurs, de manière macroscopique, il faut relever des prémisses de protection des relations commerciales selon une logique de réciprocité. Le constat est la tendance à utiliser la réciprocité comme un élément structurant de ces relations (section 2).

Section 1 : Le principe : l'exclusion de la réciprocité dans le système légaliste

306. En vue créer un cadre d'utilisation de la réciprocité d'exécution, il paraît tout d'abord nécessaire d'analyser l'existence de la hiérarchie des règles applicables en vue de contester l'inexécution d'une obligation. Compte tenu de la nécessité de privilégier le système de règlement des différends à l'OMC ou dans les accords commerciaux, il faut partir du postulat que la réciprocité d'exécution doit être compatible avec les règles prévues dans les accords (paragraphe 1). Cependant, ne retenir que ce postulat revient à penser la réciprocité d'exécution comme une réponse à une violation d'une obligation uniquement, ce qui n'est pas le cas. En considérant qu'elle peut également être une solution à un défaut d'équilibre, la volonté de contester un défaut de réciprocité pourrait être permise par des plaintes pour non-violation. La question de son utilisation se pose donc aussi bien quant à son objet qu'à son effet (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La neutralisation de la réciprocité d'exécution par le règlement des différends.

307. Pour effectuer cette analyse, un raisonnement *a contrario* s'impose. Le choix a été fait de partir du système de règlement des différends à l'OMC compte tenu de la compétence exclusive que possède cet organe pour connaître des différends qui surgiraient de l'application des accords de l'OMC. Cela implique de s'interroger sur la marge de manœuvre dont disposent les États pour appliquer des mesures unilatérales (A). Une même étude des règlements des différends des accords de libre-échange aurait été possible. Néanmoins, il est apparu durant l'analyse de ces derniers une logique semblable. Afin d'éviter toute répétition, il était préférable, pour mieux affiner ce travail, d'étudier la marge de manœuvre de la réciprocité d'exécution en comparaison avec l'application des mesures de suspension prévues à l'OMC, mais également dans certains accords de libre-échange (B).

A – La priorité donnée aux mécanismes de règlement des différends : L'exemple de l'OMC.

308. Contextualisation. Tout au long de cet écrit, la question de la réponse unilatérale d'un État à l'irrespect d'une obligation à laquelle il avait droit ou celle d'un État qui recherche de la réciprocité de manière unilatérale ressortent en filigrane. La légitimité de *l'exceptio* a également été traitée en droit international général. Cependant, le régime de l'OMC vient constituer une *lex specialis* en ce que l'article 23 paragraphe 1 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après Mémorandum d'accord) prévoit que « [l]orsque des 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'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord. » [954] En ce sens, le paragraphe 2 de ce même article souligne que pour ce faire, « si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord ». *A contrario,* il faut comprendre que le principe traditionnel à l'OMC est que les États ne peuvent le faire unilatéralement. En ce sens, l'article 3 paragraphe 7 du Mémorandum d'accord crée une gradation des recours à mettre en œuvre, en fonction de l'utilité d'un recours. Tout d'abord, « une solution mutuellement acceptable pour les parties (…) est nettement préférable ». Ce n'est qu'en l'absence d'une telle solution que le « mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause (…) ». Ensuite, « il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable » et en attendant un tel retrait.

309. Contextualisation historique. Ce choix naît à l'époque de l'Organisation Internationale du Commerce. Lors de la deuxième session du Comité préparatoire de la Conférence des Nations unies sur le commerce et l'emploi en 1947, les discussions sur les délégations ont, entre autres, porté sur l'article 35 de la Charte de l'Organisation. Pour la délégation sud-africaine, cet article venait placer l'Organisation en tant qu'autorité supra-nationale aux pouvoirs supra-nationaux car elle restreignait les États à agir de manière unilatérale en cas de violation, par un autre Membre, de ses obligations. En effet, la délégation des États-Unis a confirmé que de tout temps, la réponse d'un État à une violation des obligations

[954] OMC, *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends,* [en ligne], article 23. Disponible sur : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm#23

par un autre État est l'exécution de mesures de représailles[955]. Néanmoins, l'article 35 vient selon le représentant des États-Unis introduire un nouveau principe dans les relations économiques internationales. Pour reprendre ses mots : « *We have introduced a new principle into international economic relations. We have asked the nations of the world to confer upon an international organization the right to limit their power to retaliate. We have sought to tame retaliation, to discipline it, to keep it within bounds. By subjecting it to the restraints of international control, we have endeavoured to check its spread and growth, to convert it from a weapon of economic warfare into an instrument of international order*. »[956] Ainsi, l'article 35 ne vient pas ôter une part de souveraineté, mais limiter les États dans leurs comportements pour maintenir un ordre commercial stable. Le représentant va plus loin en rappelant l'importance des négociations basées sur un équilibre entre les intérêts des États. Selon lui, cela implique « *a mutuality of obligations and benefits* » que nous pourrions traduire par une recherche de réciprocité. Or, cette « *mutuality of obligations and benefits* » serait rompu, pour reprendre ses mots, si avec le temps, la situation originelle venait à changer. « *It is the purpose of Article 35 to restore this balance by providing for a compensatory adjusmtent in the obligations (…)*. »[957] En nous appuyant sur les débats concernant l'ancienne OIC, il faut donc constater que la volonté première et logique d'inclure un système visant à prévoir un règlement des différends est d'éviter les mesures de représailles aléatoires et unilatérales. Plus encore, le but est de rétablir l'équilibre en prévoyant un ajustement compensatoire des obligations. Par syllogisme, cela signifierait que puisque l'équilibre négocié au départ l'étant sur une base de réciprocité et les comportements unilatéraux étant interdits, il est interdit de justifier un comportement unilatéral qui serait de la réciprocité d'exécution.

310. La nécessaire conformité aux règles du Mémorandum d'accord. C'est ce qu'à confirmé plus tard le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC. Dans l'affaire États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, il était, entre autres, question de savoir si « l'article 304 constitue, en lui-même, plutôt qu'à l'égard d'une application particulière, un manquement aux obligations contractées par les Membres au titre de l'article 23 : 2 a) du Mémorandum d'accord (…). »[958] Cette formule résulte du constat du Groupe

[955] CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Second session of the preparatory committee of the United Nations conference on trade and employment – Verbatim report,* [en ligne], 2 juin 1947, E/PC/T/A/PV/6, p.4. Disponible sur : https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-6.PDF : p.4.
[956] *Ibid.,* p.4.
[957] *Ibid.,* p.5.
[958] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 – 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, (adopté le 27/01/2000) paragr.7.34.

spécial selon lequel l'article 304 prévoit que le représentant des États-Unis établit « une détermination sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits dans un délai de 18 mois après la demande de consultation » [959]. Vu que l'article 23 : 2 interdit toute mesure unilatérale, le Groupe spécial s'interrogeait sur la violation de cette disposition, car la résolution des différends à l'OMC est souvent supérieure à 18 mois. Pour mener cette étude, le Groupe spécial a étudié la nature des obligations de l'article 23 paragraphe 1 et paragraphe 2. Pour ses membres, le premier paragraphe « impose à tous les Membres le « recours » au processus multilatéral défini dans le Mémorandum d'accord (…) » [960]. Cette obligation est qualifiée dans l'affaire de « clause d'exclusivité en matière de règlement des différends. » Ensuite le même paragraphe prescrit « « de se conformer » aux règles et procédures définies dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils ont recours au système de règlements des différends (…) »[961]. Le paragraphe 2 de l'article 23 est explicitement lié au premier « et doit être lu dans le contexte du premier paragraphe, auquel il est subordonné. » [962] Cela amène les membres du Groupe spécial à considérer que l'article 23 « instaure aussi une discipline en ce qui concerne le processus général que les Membres de l'OMC doivent suivre lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC. »[963] Enfin, il importait de savoir ce qui constituait une violation à l'article 23. En ce sens, l'article 304 n'oblige pas le représentant des États-Unis pour les questions commerciales à prendre une mesure, mais plutôt « à mettre en place le dispositif législatif qui lui donne le pouvoir et le droit de le faire », cet article ne violerait pas forcément l'article 23 : 2 du Mémorandum d'accord. Pour ce faire, le Groupe spécial s'interroge sur le caractère impératif et discrétionnaire des lois[964] .

311. L'analyse du pouvoir discrétionnaire. Pour ce faire, le Groupe spécial suit les principes d'interprétation contenus dans la Convention de Vienne. Ainsi, sur la base du sens ordinaire à attribuer aux termes du traité, le Groupe spécial se demande si l'article 23 paragraphe 1 ainsi que le paragraphe 2 alinéa a) doivent signifier une « promesse mutuelle des Membres de l'OMC, qui seraient donné une garantie enchâssée dans une obligation juridique internationale, en s'interdisant d'adopter certains comportements ? » [965] Pour le Groupe spécial, la bonne foi oblige de « s'abstenir d'adopter des lois nationales qui recèlent la menace d'un

[959] *Ibid.,* paragr. 7.31.
[960] *Ibid.,* paragr. 7.43.
[961] *Ibid.,*
[962] *Ibid.,* paragr. 7.44.
[963] *Ibid.,* paragr. 7.46.
[964] *Ibid.,* paragr. 7.53.
[965] *Ibid.,* paragr. 7.60.

comportement interdit »[966]. Néanmoins, cette seule interprétation n'est pas plausible. C'est pourquoi il s'est concentré sur l'étude du sens ordinaire des dispositions à la lumière de l'objet et du but du traité. Un des objets et buts qui a déjà été traité est la garantie de la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. En prenant en compte les raisonnements des affaires relatives aux violations de l'article III, les membres ont rappelé que les précédents rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel ont pris en compte la violation directe causée par une loi, mais également les effets potentiels d'une loi sur le marché[967]. Une loi même hypothétique peut entraîner certains mouvements sur les marchés financiers et créer des déséquilibres. En adaptant ce raisonnement à l'article 23, le Groupe spécial rappelle que des lois qui contiennent des dispositions qui attribuent un pouvoir discrétionnaire, comme dans l'article 304, peuvent davantage affecter le comportement des acteurs privés et le marché, et donc la sécurité et la prévisibilité des échanges. Plus précisément, ils font une distinction selon l'effet que cela peut avoir à l'égard d'un autre Membre[968] et à l'égard du marché proprement dit[969]. Autrement dit, le Groupe spécial parle d'effet de refroidissement et souligne que le « risque d'une détermination unilatérale d'incompatibilité, tel qu'il existe dans le dispositif législatif de l'article 304 en tant que tel, semble également avoir pour "effet de refroidir" à la fois les Membres et le marché, quand bien même il n'est pas tout à fait certain qu'une telle détermination serait établie. »[970] Sans s'attarder sur l'interprétation contextuelle, il faut tout d'abord admettre, au sujet des éléments qui ont un caractère législatif dans l'article 304, le Groupe spécial concède que le pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis fait qu'il existe un risque ou une menace réels pour les Membres « comme pour les agents économiques, de voir imposer des déterminations prohibées au titre de l'article 23:2 a). » Pour déterminer cela, il faut également étudier les éléments d'ordre institutionnel et administratif[971]. Dans son contrôle du pouvoir discrétionnaire, le Groupe spécial étudie la possibilité licite de limiter ce pouvoir par l'administration d'un État[972]. C'est le cas, car « l'Administration des États-Unis a

[966] *Ibid.,* paragr. 7.68.
[967] Voir en ce sens concernant l'article XI du GATT à propos de contingents d'importation qui n'avait pas été utilisé entièrement mais qui avaient potentiellement pour but de compromettre des avantages : GROUPE SPÉCIAL, *Mesures appliquées par le Japon aux importations de Cuir,* L/4789 26S/350, adopté le 6. Novembre 1979, paragr. 55. Voir également
Voir également : GROUPE SPÉCIAL, États-Unis – *Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R – 39S/233, paragr. 5.60.
[968] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 – 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, (adopté le 27/01/2000) paragr. 7.89.
[969] *Ibid.,* paragr. 7.90.
[970] *Ibid.,* paragr. 7.91.
[971] *Ibid.,* paragr. 7.98.
[972] *Ibid.,* paragr. 7.103.

soustrait les situations relevant de l'OMC à l'application générale de la Loi sur le commerce extérieur »[973]. C'est pourquoi, dans cette affaire, le Groupe spécial n'a pas jugé l'article 304 non conforme à l'article 23 paragraphe 2 du Mémorandum d'accord.

312. Le degré de prohibition de recourir aux mesures unilatérales. Ce raisonnement a été repris par la Corée du Sud dans l'affaire « Communautés européennes – mesures affectant le commerce des navires de commerce ». Elle contestait le mécanisme de défense temporaire en faveur de la construction navale créé par le Règlement MDT[974] ainsi que certaines mesures prises par des États membres des Communautés européennes. Dans cette affaire, les membres du Groupe spécial ont suivi l'analyse de l'affaire « États-Unis – Certains produits en provenance des CE ». Le Groupe spécial y avait indiqué que la « structure de l'article 23 est que le premier paragraphe énonce la prohibition générale ou l'obligation générale suivante : lorsque les Membres de l'OMC chercheront à obtenir réparation en cas de violation des règles de l'OMC, ils le feront uniquement dans le cadre du Mémorandum d'accord (…). »[975] Or, les Communautés européennes estimaient que cet article était une simple « clause de compétence exclusive »[976], autrement dit une « clause d'exclusivité en matière de règlement des différends »[977]. Néanmoins, l'article 23 paragraphe 1 ne se limite pas à cette fonction. Cette disposition « protège également le système multilatéral d'un comportement unilatéral »[978]. C'est pourquoi l'expression « clause d'exclusivité en matière de règlement des différends » désigne « l'interdiction d'exécution unilatérale des droits et obligations au regard de l'OMC »[979].

313. Synthèse. En somme, une législation prévoyant un instrument de réciprocité d'exécution pourrait être conçue à la condition de respecter cette étroite marge de manœuvre. À celle-ci, il nous faut ajouter un élément matériel qui est, là encore, logique. La réponse à une violation d'une obligation internationale est forcément une violation relative à un des accords de l'OMC. En effet, le Groupe spécial dans cette dernière affaire, a été explicite en considérant que l'article 23 paragraphe 1 « couvre tout acte d'un Membre en réponse à ce qu'il considère comme une violation par un autre Membre d'une obligation dans le cadre de l'OMC par lequel

[973] *Ibid.,* paragr. 7.109.
[974] GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005 – (adopté le 20 juin 2005), paragr. 2.1
[975] *Ibid.,* paragr. 7.192.
[976] *Ibid.,* paragr. 4.183.
[977] *Ibid.,*
[978] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 – 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, (adopté le 27/01/2000), parag.7.43.
[979] *Ibid.,* paragr. 7.194.

le premier Membre tente unilatéralement de rétablir l'équilibre des droits et obligations en cherchant à obtenir le retrait de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC, en cherchant à obtenir une compensation de cet autre Membre ou en suspendant des concessions ou des obligations résultant de l'Accord sur l'OMC en ce qui concerne ce Membre »[980].

Cela nous amène à nous interroger sur la capacité d'étendre l'article 23 paragraphe 1 aux obligations qui ne résultent pas des accords de l'OMC. Par exemple, une mesure unilatérale qui serait prise dans le cadre d'un accord commercial régional, devrait-elle être conforme à cette disposition ? Existe-t-il des mécanismes similaires dans les accords commerciaux régionaux ? C'est pour également juger de l'éventuelle application d'une mesure de réciprocité d'exécution que ces questions doivent être traitées. Sur la base de ce qui a été décrit et sur les prémisses de ces questions, il faut déjà relever que la réciprocité d'exécution ne peut pas s'appliquer dans tous les régimes. Puisqu'il s'agit d'étudier les champs propres à recevoir une possible application d'une mesure de réciprocité, il convient, outre les questions supra, de nous interroger sur l'encadrement des mesures de suspensions unilatérales à l'OMC et dans les accords de libre-échange.

B – La priorité donnée aux mécanismes de règlement des différends dans les accords de libre-échange.

314. Contextualisation. En l'associant à la précédente étude, il conviendra de dégager la marge dont dispose la réciprocité d'exécution pour intervenir. Pour cela, il nous faut délaisser la recherche d'une répartition des différends entre le système prévu par un accord de libre-échange ou un accord commercial régional avec le système prévu à l'OMC. Pareillement, délaissons l'analyse matérielle traitée dans le cadre des règlements des différends prévus par lesdits accords. À la place, il conviendra de se limiter au degré d'obligation d'utilisation du système de règlement des différends et des suspensions des concessions. Pour rappel, depuis le début de cet écrit, le choix a été fait de distinguer la réciprocité de la contre-mesure. Si l'un des buts d'une contre-mesure peut être de rechercher le rétablissement d'un équilibre, ce n'est pas son objet principal qui vise à inciter un État défaillant à adopter un comportement en conformité avec ses obligations. Bien que dans l'affaire « États-Unis, loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention » il était question de l'Accord SMC et

[980] *Ibid.,* paragr. 7.207.

non de l'Accord sur les marchandises, l'arbitre a souligné que la notion « d'incitation à la mise en conformité » n'est pas l'objet et le but unique. Il ajoute « [e]n nous fondant sur l'« incitation à la mise en conformité » comme constituant le point de repère pour choisir l'approche la plus appropriée, nous courons aussi le risque de perdre de vue la prescription de l'article 22 :4 selon laquelle le niveau de la suspension doit être équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.»[981] Or la réciprocité d'exécution est une mesure dont l'objet et le but visent spécifiquement à rétablir ou rechercher l'équivalence, qu'il y ait un accord ou non.

315. Le maintien d'une suspension des concessions. Pour débuter sur ce point, il faut souligner que l'article 22 paragraphe 1 du Mémorandum d'accord de l'OMC prévoit la possibilité de compenser et de suspendre des concessions que, uniquement, par des « mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable ». Ce n'est donc qu'a posteriori que de tels comportements sont possibles, car « ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés ». Plus encore, le même article 22 paragraphe 1 indique qu'une telle mesure n'est possible qu'après avoir été « accordée »[982]. Si l'Organe de règlement des différends a accordé son autorisation de suspendre des concessions, la simple bonne foi de l'État affecté par ces suspensions ne suffit pas à annuler la suspension des concessions. Dans l'affaire « États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones », le rapport de l'Organe d'appel s'est inscrit en opposition à celui du groupe spécial. Dans cette affaire, les États-Unis et le Canada avaient été autorisés à suspendre des concessions à l'égard des Communautés européennes. À la suite, les Communautés européennes ont modifié leur directive d'interdiction d'importation définitive par une interdiction provisoire. Le Groupe spécial avait considéré que la suspension de concession n'avait pas à subsister, car « l'élimination de la mesure jugée incompatible avec un

[981] DÉCISION DE L'ARBITRE, *États-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – (Plainte initiale du Mexique) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS234/ARB/MEX, 31 août 2004 paragr. 3.74.

[982] Voir également en ce sens l'article 22 paragraphe 2 du Mémorandum d'Accord : Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés.

accord visé se substitue à l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concession »[983]. Or, selon l'Organe d'appel « exiger la cessation de la suspension de concessions avant que la mise en conformité sur le fond soit réalisée affaiblirait considérablement l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. »[984] La suspension de concession intervenant après un long processus, l'Organe d'appel rappelle qu'il est impossible, par défaut de symétrie, de se limiter à la déclaration unilatérale de l'État en sa bonne foi pour justifier la suppression de cette suspension[985]. Cela compromettrait « l'efficacité du mécanisme de règlement des différends pour ce qui est d'assurer la sécurité et la prévisibilité »[986]. Ainsi, s'il y a un désaccord quant à l'exécution des recommandations et décisions par un État, il est nécessaire de vérifier si la mesure incompatible a été éliminée dans le cadre du règlement du différend de l'OMC[987]. Cette affaire démontre l'impossibilité pour un État de suspendre des concessions unilatéralement à l'OMC et, plus encore, de l'impossibilité de considérer unilatéralement si une suspension de concessions doit être supprimée lorsqu'elle a été autorisée préalablement.

316. La compatibilité des accords de libre-échange au Mémorandum d'accord. Or, à présent, la question qui se pose est de savoir si un accord commercial bilatéral ou régional qui doit être conforme aux Accords de l'OMC peut autoriser des mesures unilatérales de suspension de concessions. Pour essayer de répondre à cette question, Gabrielle Marceau et Julian Wyatt, se sont intéressés aux clauses de règlement des différends de ces accords et notamment aux modalités pour porter un différend soit devant le système prévu par l'accord commercial régional soit devant un Panel de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Compte tenu de l'objet de notre étude, il ne convient pas d'entrer dans ces détails qui nécessiteraient d'étudier les modèles prévoyant une compétence exclusive du système prévu par l'accord régional ou inversement de l'OMC ou encore une compétence partagée. Pour les auteurs, la première condition est que l'accord commercial régional soit conforme avec les exigences de l'OMC[988]. Même si nous avons, auparavant, mis en avant la nécessité de se conformer aux articles XXIV du GATT et V de l'AGCS et il conviendra de ne pas s'y arrêter à nouveau. La deuxième

[983] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones,* WT/DS320/R, 31 mars 2008 (adopté le 14 novembre 2008), paragr. 7.343.
[984] ORGANE D'APPEL, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones,* WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008 (adopté le 14 novembre 2008), paragr. 308.
[985] *Ibid.,* paragr. 317.
[986] *Ibid.,*
[987] *Ibid.* paragr. 387.
[988] MARCEAU Gabrielle, WYATT Julian, « Dispute settlement regimes intermingled : regional trade agreements and the WTO », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1 (2010), pp. 67–95, p.83.

condition est que la contre-mesure soit adoptée en conformité avec le texte de l'accord régional. Dans ce cas, soit l'accord ne prévoit aucune règle à ce sujet et les règles à suivre seront celles de l'Article 23 du Mémorandum d'accord de l'OMC[989], soit une procédure existe et ses conditions devront être strictement respectées[990]. Enfin, il est possible qu'un accord régional interdise l'utilisation de contre-mesures[991]. En somme, il est nécessaire de laisser une marge de liberté aux règles de l'accord régional, mais les règles de conformités aux articles XXIV du GATT et V de l'AGCS imposent un certain encadrement de l'OMC. C'est notamment le cas lorsque de telles contre-mesures pourraient causer un effet de distorsion des échanges commerciaux et avoir des conséquences négatives sur les échanges de certains Membres de l'OMC[992].

Sur la base de ce qui précède, il convient d'étudier une série d'accords conclus par l'Union européenne, les États-Unis et la Chine, en d'étudier si le choix de recourir au règlement des différends et – surtout - de suspendre les concessions de ces accords est libre. Il s'agira alors de poursuivre l'analyse portée par Gabrielle Marceau et Julian Wyatt.

317. L'exemple de l'Union européenne : l'accès à la procédure d'arbitrage. Pour mener cette étude, le choix a été fait de se concentrer sur l'AECG et sur l'accord de libre-échange conclus avec le Vietnam, celui avec le Japon, avec le Royaume-Uni, avec le Chili et enfin avec Singapour. Là encore, l'idée est de réussir à mélanger les niveaux de développement et les différentes zones géographiques. Malgré cela, il nous faut vite se rendre à l'évidence que les dispositions concernant ces accords sont identiques dans leurs logiques. Ils sont conformes aux obligations de l'OMC. Si un différend survient, il convient tout d'abord de mener des consultations entre les États. Ce n'est qu'après l'échec de cette étape qu'un État peut recourir au Groupe spécial d'arbitrage[993]. Néanmoins, il nous faut relever que les conditions évoquées en vue de saisir le Groupe spécial d'arbitrage peuvent différer. D'une part, les accords conclus avec le Canada et le Chili permettent, pour le premier, l'accès au Groupe spécial « dans les 45 jours suivant la date de réception de la demande de consultations; (…) » ou 25 jours pour certaines questions[994]. L'accord passé avec le Chili quant à lui prévoit une telle possibilité si

[989] *Ibid.,*
[990] *Ibid.,* p.86.
[991] *Ibid.,* p.88.
[992] MARCEAU Gabrielle, WYATT Julian, « Dispute settlement regimes intermingled : regional trade agreements and the WTO », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1 (2010), pp. 67–95, pp. 90-91.
[993] Article 29.6 de l'AECG ; Article 15.5 de l'Accord UE – Vietnam ; Article 21.5 de l'Accord UE – ; - Article 739 de l'Accord UE – Royaume-Uni ; Article 184 de l'Accord UE – Chili ; Article 14.4 de l'Accord UE – Singapour.
[994] Exemple pris de l'Article 29.6 paragr. 1 de l'AECG.

« la question n'a pas été résolue dans un délai de 15 jours suivant la réunion du comité d'association conformément à l'article 183, paragraphe 3, ou de 45 jours après la remise de la demande de consultation au sein du comité d'association (…) »[995]. D'autre part, nous pouvons classer ensemble les accords passés avec le Vietnam, Singapour et le Royaume-Uni. Hormis certaines conditions tenant aux délais, ces trois accords prévoient la possibilité de recourir à la procédure d'arbitrage en cas d'absence de réponse à une demande de consultation selon un délai déterminé, ou si les consultations ne sont pas organisées dans les délais prévus ou si les consultations ou ont été conclues sans aboutir à une solution mutuellement convenue. Plus encore, l'accord passé avec le Royaume-Uni et celui passé avec le Vietnam ajoutent une possibilité tenant au renoncement à la procédure de consultation par les Parties. Bien que, sur le fond, les effets ne soient pas si différents, il est intéressant de noter une véritable évolution dans le temps quant à l'assouplissement des conditions. Cela se matérialise par un accès facilité et rapide à la procédure d'arbitrage.

318. Les mesures de suspension dans les accords de l'Union européenne. En matière d'édiction de mesures de suspension, il faut relativiser la conformité des choix des Parties avec le rapport de l'Organe d'appel de l'affaire « États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones ». Alors que dans cette affaire, les membres de l'Organe d'appel ont estimé que si « un désaccord survient sur le point de savoir si la mise en conformité sur le fond est réalisée (…) la suspension de concessions continue de s'appliquer en attendant le résultat de la procédure de règlement des différends »[996], les clauses de règlement de différends des accords de libre-échange ne suivent pas cette logique.

Tout d'abord, même s'il existe formellement des différences, ces accords prévoient les mêmes conditions d'application des mesures de suspension. Hormis pour le Canada qui place les mesures de suspension au même niveau que celles de compensation, les autres accords prévoient que ce n'est qu'à défaut de compensation que des mesures de suspensions peuvent être mises en œuvre. Les conditions sont les mêmes : soit la Partie défenderesse omet de notifier son intention de se conformer au rapport du groupe spécial d'arbitrage, soit le groupe spécial d'arbitrage considère que les mesures sont incompatibles. Il est possible que certains accords

[995] *Ibid.,* paragr. 2.
[996] ORGANE D'APPEL, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones,* WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008 (adopté le 14 novembre 2008), paragr. 306.

comme l'accord passé avec le Japon[997], ou encore celui passé avec le Royaume-Uni[998] autorisent une Partie à prendre des mesures de suspension lorsqu'elle se voit notifier de l'impossibilité de se mettre en conformité. Cela voudrait signifier qu'à défaut de précision il serait nécessaire de saisir le groupe spécial d'arbitrage pour constater une telle incompatibilité à se mettre en conformité. Inversement, l'AECG ainsi que les accords conclus avec le Chili et avec Singapour ne contiennent pas de telles précisions. Plus encore, le dernier accord prévoit de telles suspensions uniquement après l'intervention du groupe spécial d'arbitrage. Plus précisément, il est attendu que ce dernier constate qu'« aucune mesure de mise en conformité avec la décision du groupe spécial d'arbitrage n'a été prise ou que la mesure de mise en conformité avec cette décision qui a été prise est incompatible (…) »[999].

Enfin, pour confirmer la position de Gabrielle Marceau et de Julian Wyatt il faut constater que ces accords sont pris en conformité avec les règles du Mémorandum d'accord. Il est interdit à la partie requérante de suspendre ses obligations si le groupe spécial d'arbitrage a été saisi en cas de désaccord sur la mise en conformité ou sur l'équivalence. Cela réitère, une fois de plus, l'idée selon laquelle la suspension des concessions, comme prévu dans ces accords est l'ultime solution et qu'il est interdit d'en prendre de manière unilatérale si cette longue procédure n'est pas poursuivie jusqu'au bout[1000].

319. L'exemple des États-Unis : l'accès au Panel. Cette logique se retrouve dans les accords conclus par les États-Unis. Ainsi, il ne s'agira pas d'être exhaustif, mais plutôt de démontrer qu'il existe deux catégories d'accès au Panel.

La première catégorie concerne les accords conclus par les États-Unis avec l'Australie[1001], la Corée du Sud[1002], et Singapour[1003]. Dans ces exemples, la procédure de consultation est obligatoire, mais à défaut de consensus, à la suite de ces consultations, les Parties peuvent saisir

---

[997] Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, [en ligne] ST/7965/2018/INIT, JO L 330 du 27.12.2018, p. 3–899, article 21.22 parag.1 c). Disponible sur : http://publications.europa.eu/resource/cellar/d40c8f20-09a4-11e9-81b4-01aa75ed71a1.0009.02/DOC_1

[998] Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JO L 149 du 30 avril 2021, p. 10–2539, article 749 § 1 a). Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)

[999] Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république de Singapour, 14 novembre 2019, JO L 294/3, article 14.12 parag. 2 . Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ%3AL%3A2019%3A294%3AFULL&from=FR

[1000] Article 29.14 parag. 8 de l'AECG ; Article 15.15 paragr.4 c) de l'Accord l'UE - Vietnam ; Article 184 paragr. 10 de l'Accord UE – Chili ; Article 749 parag.13 c) de l'Accord UE – Royaume-Uni ; Article 14.13 paragr. 2 de l'Accord UE – Singapour ; Article 21.23 parag.2 de l'Accord UE – Japon.

[1001] Article 21.6 paragr. 1.

[1002] Article 22.8 paragr. 1.

[1003] Article 20.4 paragr. 2 (a).

le Comité mixte. Ce n'est que si le comité mixte n'a pas résolu l'affaire dans les délais indiqués que les Parties peuvent transmettre l'affaire au Panel[1004].
Ensuite, la deuxième catégorie ressemble davantage aux accords de l'Union européenne et consiste à prévoir une période de consultation avant de porter le différend devant le Panel[1005].

Néanmoins, il faut relever une spécificité quant à l'ACEUM. L'article 31.13 paragraphe 1 c) prévoit que le Panel ne peut faire de recommandations que si les Parties ayant un différend le demandent. Cela amoindrit son rôle, car bien que le Panel puisse tout de même constater les faits et déterminer s'il existe une mesure non conforme aux obligations, par exemple, la recommandation a pour effet de guider les comportements à adopter. En ce sens, la position des États-Unis est la suivante : « *Neither federal agencies nor state governments are bound by any finding or recommendation included in such reports*. »[1006] De plus, cela voudrait signifier qu'une Partie pourrait refuser de s'accorder avec une autre Partie sur la base de simples constats des faits, engendrant ainsi des suspensions de concession.

320. Les mesures de suspension dans les accords des États-Unis. En matière de suspension des concessions, on note une évolution dans l'exécution des suspensions. D'une part, les États-Unis prévoyaient que les Parties, selon les délais impartis et après règlement des différends, devaient engager des négociations pour rechercher une méthode de compensation. Ce n'est là encore qu'à défaut de compensation qu'une Partie pouvait engager des suspensions de concessions[1007]. Cependant, à la différence des accords de l'Union européenne, qui prévoyaient qu'une Partie ne pouvait pas prolonger ses suspensions en cas de saisine de l'arbitre, cela n'est pas le cas des accords conclus par les États-Unis[1008]. Une Partie ne peut pas suspendre des concessions si, 30 jours après avoir informé l'autre Partie de son intention ou 20 jours après que le Panel a été saisi d'une contestation d'une mesure de suspension, la Partie défenderesse a proposé une compensation financière annuelle. Cela laisse supposer *a contrario* que, hormis ce cas, la mesure de suspension est préservée, ce qui est conforme au rapport de

[1004] Article 21.7 paragr.1 Pour l'accord conclu avec l'Australie ; Article 22.9 paragr.1 pour l'Accord conclu avec la Corée du Sud.
[1005] Article 31.6 de l'ACEUM ; Article 22.6 de l'Accord conclu avec le Chili ; Article 20.3 paragr. 3 (a) de l'Accord conclu avec Singapour.
[1006] *The implementation act for the agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (ACEUM) – Statement of Administrative Action,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/FINAL%20SAA%20USMCA.pdf
[1007] Article 31.19 de l'ACEUM - Article 21.7 de l'Accord conclu avec l'Australie - Article 22.15 parag.2 de l'Accord conclu avec la Corée du Sud - Article 22.13 parag.2 de l'Accord conclu avec Singapour.
[1008] Dans l'ACEUM, il est nécessaire de faire le lien entre les paragraphes 1 et 4 de l'article 31.19 ; Article 21.11 paragr.5 de l'Accord conclu avec l'Australie ; Article 22.15 paragr.5 de l'Accord conclu avec le Chili ; Article 22.13 paragr.5 de l'Accord conclu avec la Corée du sud.

l'Organe d'appel « CE – Hormones ». À ceci, il faut ajouter que l'ACEUM va encore plus loin en ce qu'il ne prévoit pas de mesures de compensation en amont de suspensions de concession[1009].

321. L'exemple de la Chine : l'accès au Panel. Là encore sans surprise, on peut noter les mêmes choix dans les accords conclus par la Chine. Il n'est pas opportun de répéter les conditions permettant un tel accès. Indiquons tout de même que les accords étudiés[1010] laissent apparaître que l'accès au Panel intervient toujours après l'échec des consultations[1011].

322. Les mesures de suspension dans les accords de la Chine. Quant à l'application des mesures de suspensions, en cas de contestation par la Partie défenderesse de l'incompatibilité de ces suspensions par exemple, les accords présentent là aussi deux cas de figure. D'une part, si la Partie défenderesse conteste l'application des mesures de suspension après la recherche de compensation, certains accords prévoient la suspension desdites mesures jusqu'à ce que le Panel se prononce. C'est par exemple le cas de l'accord passé entre la Chine et la Corée du Sud,[1012] mais aussi entre la Chine et le Cambodge[1013]. La formulation est là même et se présente ainsi : « *The complaining Party may not suspend the application of concessions or other obligations before the issuance of the panel's determination (...)* ». D'autre part, certains accords, comme ceux passés avec l'Australie[1014], la Nouvelle-Zélande[1015] et Singapour[1016] prévoient que les suspensions de concessions ou de bénéfices, « *shall be temporary and shall only be applied until such time as the measure found to be inconsistent with this Agreement has been removed, or the Party that must implement the arbitral tribunal's recommendations has done so, or a mutually satisfactory solution is reached* ». L'utilisation du verbe « shall » connecté à « until » laisse entendre qu'il ne faut certes pas aller au-delà des conditions prévues, mais rien n'indique qu'une mesure de suspension doit être arrêtée jusqu'à ce qu'un Panel se prononce sur le recours.

323. Catégorisation des règlements de différends. Il ressort de ces exemples que les accords de l'Union européenne et des États-Unis appartiennent au modèle quasi-judiciaire. En

[1009] Article 29.14 paragr.1.
[1010] Accord avec la Corée du Sud ; l'Australie ; la Nouvelle Zélande ; Singapour et le Cambodge.
[1011] Article 20.7 paragr.1 de l'Accord conclu avec la Corée du Sud ; Article 14.6 paragr.1 de l'Accord conclu avec le Cambodge - Article 96 paragr.1 de l'Accord conclu avec Singapour.
[1012] Article 20.15 paragr. 7.
[1013] Article 14.15 paragr. 10.
[1014] Article 15.16 paragr. 8.
[1015] Article 198 paragr. 6.
[1016] Article 97 paragr. 6.

effet, Claude Chase, Alan Yanovich, Jo-Ann Crawford et Pamela Ugaz[1017] ont proposé une typologie des mécanismes de règlement des différends dans les accords commerciaux régionaux. Sur la base des études proposées par Smith[1018] et celles par Amy Porges[1019], ils ont divisé ces mécanismes en modèles politique / diplomatique ; en modèle quasi-judiciaire et enfin en modèle judiciaire. Le premier fait référence aux accords qui n'ont pas de clause de règlement de différends ; à ceux qui prévoient des négociations par un organe uniquement politique et à ceuxx qui transmettent le différend à un tiers, mais face auquel les Parties peuvent refuser le renvoi[1020]. Contrairement à ce modèle, celui quasi-judiciaire prévoit un droit d'accès automatique à un tiers pour régler le différend. Les auteurs considèrent qu'il existe un droit automatique « *where there is an absence of an explicit right accorded to RTA members to block the referral of a dispute to a third-party adjudicator*. »[1021] Un défaut d'automaticité peut seulement être implicite et consister par exemple en un blocage du recours au Panel, car les procédés de nomination dépendent de la bonne volonté des Parties à résoudre un différend. Enfin, le modèle judiciaire est proche du précédent, mais diffère quant au fonctionnement de l'organe chargé de régler le différend. Il s'agit souvent d'un organe qui est permanent et qui dispose d'un degré d'indépendance plus abouti[1022].

324. Conclusions. Pour réaliser cette étude, les auteurs ont étudié l'ensemble du processus du règlement des différends. Vu l'objet de notre étude, il n'est pas opportun d'en faire de même. Mais en nous limitant à l'accès au Panel pour régler un différend, il faut constater que la majorité des accords prévoient un modèle quasi-judiciaire. Néanmoins, ils diffèrent par exemple quant à la nomination de l'arbitre. Certains accords passés par les États-Unis bien que quasi-judiciaires, se rapprochent d'un modèle politique. Par exemple, les accords conclus avec l'Australie, la Corée du Sud et Singapour accordent une grande place au règlement politique du différend. Malgré la possibilité d'accès à un panel, c'est le comité mixte politique qui succède

[1017] CHASE Clause, YANOVICH Alan, CRAWFORD Jo-Ann, UGAZ Pamela *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agerements – Innovative or Variations on a Theme ?*, [en ligne], 10 juin 2013, Staff Working Paper ERSD-2013-07.
[1018] SMITH J, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts », (2000) 54(1) *International Organization* 137, at 147-150.
[1019] PORGES Amy, « Dispute Settlement », *in* CHAUFFOUR J, MAUR. A (eds.), *Preferential Trade Agreement Policies for Development,*, *The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank*, 2011.
[1020] SMITH J, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts », (2000) 54(1) *International Organization* 137, at 147-150; *cité par* CHASE Clause, YANOVICH Alan, CRAWFORD Jo-Ann, UGAZ Pamela *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agerements – Innovative or Variations on a Theme ?*, [en ligne], 10 juin 2013, Staff Working Paper ERSD-2013-07, p.11.
[1021] CHASE Clause, YANOVICH Alan, CRAWFORD Jo-Ann, UGAZ Pamela *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agerements – Innovative or Variations on a Theme ?*, [en ligne], 10 juin 2013, Staff Working Paper ERSD-2013-07, p.11.
[1022] *Ibid.*, p.12.

à la phase de consultation. L'accord avec l'Australie, par exemple, prévoit dans sa disposition concernant l'établissement du Panel que « *a Party may not refer a proposed measure to a dispute settlement panel* ». Il est possible qu'une Partie bloque le processus. De plus, il est important d'étudier le mode de création du Panel. Cet accord prévoit que chaque Partie nomme un panéliste et « *if a Party fails to appoint a panellist within such period, a panellist shall be selected by lot from the contingent list established under paragraph 4 to serve as the panellist appointed by that Party* ». Il nous faut remarquer que la sélection de ce panéliste n'est pas réalisée par un tiers ou par le comité mixte. Ce sont les États qui prévoient une liste de 10 candidats. Cela signifie aussi que la Partie qui aura un contrôle sur la procédure ainsi que le choix de bloquer ou non le processus de règlement des différends et d'affaiblir la procédure de sélection du panéliste[1023].

En comparaison avec modèle des États-Unis, les accords passés par la Chine présentent également un modèle quasi-judiciaire. Ces accords requièrent la nomination de trois arbitres. Néanmoins, dans ces accords, si certaines dispositions sont silencieuses[1024] sur l'échec de nomination d'un arbitre, d'autres comme dans l'accord avec la Corée du Sud[1025], soumettent la nomination du Membre à l'autre Partie non responsable de l'échec de la nomination. L'accord avec Singapour quant à lui, lui souligne que, si une Partie échoue à nommer un arbitre, « *then the arbitrator appointed by the other Party shall act as the sole arbitrator of the tribunal* »[1026]. Cette solution, bien que contestable, permet d'éviter un blocage du règlement des différends. Une solution alternative aurait été bienvenue, ce d'autant plus que tous les accords étudiés prévoient qu'en cas de blocage dans la nomination conjointe du troisième arbitre, ce défaut est résolu par une nomination proposée par le Directeur[1027] général de l'OMC[1028]. À cet égard, cela renforce le caractère quasi-judiciaire de ces mécanismes de règlement des différends en ce qu'il affaiblira l'opportunité d'y échapper.

En comparaison, les accords de l'Union européenne anticipent tout blocage lié à un défaut de nomination d'un arbitre. L'AECG, par exemple prévoit que les trois arbitres doivent être nommés sur consultation des Parties. À défaut d'entente c'est le président du Comité mixte de

[1023] *Ibid.*, p..27.
[1024] Article 15.7 paragr. 1 de l'accord conclu avec l'Australie ; Article 189 paragr.1 de l'accord conclu avec la Nouvelle-Zélande ; Article 14.7 paragr. 1 de l'accord conclu avec Cambodge.
[1025] Article 20.7 paragr. 1 b)
[1026] Article 97 paragr. 2.
[1027] Ou Directrice.
[1028] Article 20.7 paragr. 1 d) de l'accord conclu avec la Corée du Sud ; Article 15.16 paragr. 7 de l'accord conclu avec l'Australie ; Article 189 paragr. 4 de l'accord conclu avec la Nouvelle-Zélande ; Article 14.7 paragr. 3 de l'accord conclu avec le Cambodge ; Article 97 paragr. 3 de l'accord conclu avec Singapour.

l'AECG qui choisit les arbitres, par tirage au sort à partir d'une liste établie[1029]. Cette version est différente de celle, plus commune, des Accords avec le Vietnam[1030], avec le Japon[1031] avec le Royaume-Uni[1032], ou encore avec le Chili[1033]. Dans ces derniers cas, à défaut d'accord sur les trois arbitres, chacune des Parties désignera un arbitre. Néanmoins, si une Partie décide de ne pas procéder à sa nomination, c'est le Président qui doit tirer au sort un arbitre selon une liste établie. L'accord avec Singapour est différent en ce que la nomination des arbitres n'est pas réalisée par les Parties, mais d'après une liste dressée par le comité d'association prévu par l'Accord. Sur cette base de 15 arbitres, le président dudit comité désigne trois arbitres. Ce dernier exemple tendant à décentraliser le pouvoir de nomination au président du comité rend impossible le blocage de la saisine du Panel. On ne peut que relever que l'accès au Panel est plus facilité dans le cadre des accords conclus par l'Union européenne. C'est l'Union qui, dans ses accords, encadre encore plus strictement le recours aux suspensions de concession. Ce dernier exemple tend à démontrer que l'Union européenne dispose d'une faible marge de manœuvre pour imposer des mesures unilatérales. En effet, bien que ce ne soient que des exemples, ils témoignent de l'importance du choix des procédures de saisine du Panel. *In fine,* peut se poser la question du blocage de ces Panels, surtout en raison du fait que la suspension d'une concession dépend du rapport rendu par ces Panels. C'est pourquoi les mécanismes nationaux de défense commerciale sont importants et pourront prendre le relais. Cela témoigne aussi de la volonté des Parties de favoriser ces derniers au lieu des mécanismes traditionnels, comme l'exemple du blocage de l'Organe d'appel par les États-Unis l'a démontré.

Si le recours au règlement des différends est fortement encadré, il est nécessaire de s'intéresser aux cas de plaintes pour non-violation. La préservation de la réciprocité pouvant être garantie également par leur utilisation, il s'agira d'étudier si cette voie peut constituer un instrument visant le respect de la réciprocité.

[1029] Article 29.7 paragr. 3.
[1030] Article 15.7 paragr. 3
[1031] Article 21.8 paragr. 3.
[1032] Article 740 paragr. 3.
[1033] Article 14.5 paragr. b).

Paragraphe 2 : La recherche de l'équilibre a posteriori des négociations à l'aide des plaintes en situation de non-violation

325. L'intérêt porté aux plaintes pour non-violation résulte de leur volonté de résoudre un différend interétatique, non au regard d'une violation, mais en fonction de l'annulation d'un avantage qu'un État aurait pu attendre. Il a été mis en avant qu'à l'OMC, la réciprocité était censée structurer politiquement et économiquement les négociations. Sur cette base, la plainte pour non-violation viendrait rétablir cette structure de réciprocité. En se fondant sur ce postulat, il s'agira d'étudier de manière procédurale les conditions nécessaires pour porter une plainte pour non-violation devant l'Organe de règlement des différends en vue seulement de juger l'essence de cette plainte dans le cadre de l'Organe de règlement des différends à l'OMC et dans les accords bilatéraux (A). Le but étant de mesurer l'utilité de cet outil (B).

A – L'étude du caractère légitime dans les plaintes en situation de non-violation

Cette étude se concentrera dans un premier temps sur l'utilisation de ces plaintes à l'OMC (1) puis dans les accords bilatéraux (2).

1. Les plaintes en situation de non-violation à l'OMC

326. Contextualisation. Le principe en matière de non-violation dans le GATT est contenu à l'article 26 du Mémorandum d'accord, qui reprend, d'une part les dispositions de l'article XXIII 1 b) du GATT part et, d'autre part, celles du paragraphe 1 c) d'autre part. Dans le premier cas, un tel recours est prévu quand une « partie au différend considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'un Membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions dudit accord. » Le second vise les cas « où une partie considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'il existe une situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1 a) et b) de l'article XXIII du GATT de

1994 sont applicables. » À la création du GATT, cette institution connaissait des défauts institutionnels pouvant conduire à un contournement des procédures de règlement des différends. Sa création n'ayant pas été marquée par un respect absolu du légalisme, les rédacteurs craignaient que les États ne respectent pas leurs obligations et que cela dilue la réciprocité entre les Membres[1034].

327. La volonté de limiter cette pratique. Néanmoins, il existe une tendance à restreindre l'utilisation de cette technique. En effet, dans l'affaire « Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Japon – Pellicules) », le Panel a considéré, au sujet de l'article XXIII paragraphe 1 b) que le recours « en situation de non-violation devrait être envisagé avec prudence et demeurer exceptionnel ». Toutefois, ses Membres ont indiqué la nécessité à travers cet outil de « préserver le processus de négociation de concessions tarifaires réciproques[1035] ». Le Panel va dans le même sens que l'affaire « CEE-Oléagineux » où le Groupe spécial soulevait que les possibilités de concurrence résultant des concessions pouvaient être compromises par des mesures de violation comme de non-violation. Ainsi « afin d'encourager les parties contractantes à accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général[1036] ». Le Panel retient donc cette plainte comme une manière de rétablir un défaut de réciprocité. Dans l'affaire « Japon-Pellicules », le Groupe spécial a malgré tout rappelé la réticence des États à utiliser cette procédure. Or cette prudence est liée au fait que les Membres « négocient les règles qu'ils conviennent de suivre et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'ils s'attendraient à être attaqués pour des actes qui n'enfreignent pas ces règles[1037] ». De plus, dans la majorité des cas, une mesure d'un État peut être portée devant l'Organe de règlement des différends dans le cadre d'une situation de violation. Cette plainte apparaît donc comme secondaire. Néanmoins, cela ne dit pas quel type de plainte s'applique lorsqu'une même mesure entre en contradiction avec d'autres dispositions

[1034] THE JEAN MONNET CENTER FOR INTERNATIONAL AND REGIONAL ECONOMIC LAW AND JUSTICE, *Evolution of Non-violation Cases,* [en ligne], Disponible sur : https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/98/98-9--I.html

[1035] GROUPE SPÉCIAL, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998), paragr. 10.37.

[1036] GROUPE SPÉCIAL, *Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux* - adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, 135, parag.144

[1037] GROUPE SPÉCIAL, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998), paragr. 10.38.

du GATT. L'Organe d'appel est venu confirmer cette position du Groupe spécial dans l'affaire « CEE – Oléagineux »[1038].

328. Les conditions de vérification d'une plainte en situation de non-violation. Lors de la vérification des conditions requises en vue de saisir l'ORD d'une plainte en situation de non-violation, le type de mesure pris est tout d'abord étudié. Selon le Groupe spécial, une mesure est, de toute évidence, une loi ou un règlement promulgué par un gouvernement, mais également « d'autres interventions gouvernementales qui restent en deçà des actes ayant force exécutoire »[1039]. Il peut s'agir par exemple de directives administratives du Gouvernement, mais qui produisent des incitations ou des désincitations pour les parties privées[1040]. Peu importe le caractère obligatoire, seuls comptent les effets potentiels que peuvent exercer de telles mesures gouvernementales[1041].

329. L'existence d'un avantage légitime. Ensuite, un avantage résultant d'un accord applicable doit exister pour le Membre qui saisit l'ORD. Cet avantage est caractérisé par l'attente légitime d'un avantage. Dans cette affaire, le Panel a tout d'abord étudié s'il existait des avantages issus des séries de négociations successives. Selon le Panel des concessions consenties de manières successives « peuvent séparément susciter l'attente raisonnable d'une amélioration de l'accès au marché »[1042]. Ensuite, le Panel doit déterminer l'attente légitime d'un avantage. Il faut comprendre par cette expression que ce « sont ceux qu'un Membre peut raisonnablement s'attendre à tirer d'une négociation tarifaire. »[1043] Il faut étudier si une mesure a eu pour effet de renverser le rapport de concurrence qui n'a pas pu être raisonnablement prévu par la Partie plaignante. Le caractère du raisonnable repose sur deux éléments : un premier, temporel, et un second, visant à analyser les faits qui se sont déroulés durant les négociations. Pour le premier, il s'agit d'étudier l'intervention de la mesure en cause par rapport à la période des négociations. Concernant le second, il est nécessaire d'étudier si au moment des négociations, les négociateurs auraient dû savoir qu'une telle mesure pouvait être prise. Une fois ce travail réalisé, le lien de causalité entre l'annulation ou la réduction d'un avantage et la mesure doit être établi. Selon le Panel, « [q]uatre questions afférentes à la causalité méritent

[1038] ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant,* WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001 (adopté le 5 avril 2001), paragr. 187.
[1039] GROUPE SPÉCIAL, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998), paragr. 10.43.
[1040] *Ibid.,* paragr. 10.45.
[1041] *Ibid.,* paragr. 10.49.
[1042] *Ibid.,* paragr. 10.66.
[1043] *Ibid.,* paragr. 10.72.

une analyse générale: premièrement, la question du degré de causalité qu' il faut établir (…) ; deuxièmement, la pertinence de la neutralité d' une mesure quant à l'origine (…) ; troisièmement, la pertinence de l'intention pour la causalité ; quatrièmement, enfin, la question de savoir jusqu'à quel point des mesures peuvent être envisagées collectivement dans une analyse de la causalité. »[1044]

330. L'évaluation du caractère discriminatoire. Il faut donc prouver qu'une mesure est causée par une mesure gouvernementale, et non par un simple comportement d'une personne privée. En outre, le critère de discrimination ne doit pas être mesuré selon l'égalité des conditions de concurrence comme c'est le cas de l'article III du GATT, mais en fonction des « conditions de concurrence relatives qui existaient entre les produits d'origine nationale et les produits étrangers en conséquence des concessions tarifaires ont été bouleversées. »[1045] Dans le cadre du traitement national par exemple, il importe de s'arrêter sur la violation de ce traitement. Or le Panel, en s'intéressant aux concessions tarifaires qui ont été bouleversées, recherche seulement le degré de matérialité qui a été bouleversé.

331. Une plainte supplétive. Néanmoins, cette plainte, dans le cas du GATT, s'accompagne souvent d'une plainte pour violation du traitement national, par exemple. Pour Robert Staiger et Alan Sykes, cela s'explique parfois par le fait que les États voient en la non-violation, une option de secours pour contester une mesure protectionniste, lorsqu'une plainte pour violation peut échouer[1046]. Les auteurs expliquent notamment ce recours en faisant référence aux notions de « *on the equilibrium path* » et « *off the equilibrium path* »[1047]. Le premier fait référence au comportement observé en pratique, tandis que le second est un comportement non observé, car les conditions requises pour son déclenchement ne sont pas mises en œuvre. Par exemple le « *off the equilibrium path* » peut être une sanction qui même si elle n'est pas observable en pratique, produit des effets, car elle dispose d'un effet dissuasif. Ainsi, pour les auteurs, l'existence de la plainte pour non-violation produit des effets dissuasifs.

332. L'absence d'application de cette plainte. Par ailleurs, si l'Organe de règlement des différends a retenu que tous les critères étaient remplis que dans l'affaire « États-Unis –

[1044] *Ibid.,* paragr. 10.83.
[1045] *Ibid.,* paragr. 10.86.
[1046] STAIGER Robert, SYKES Alan, *Non-Violation*, [en ligne], IILJ Working Paper 2013/5, p.29. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1983448
[1047] *Ibid.,* P.23.

EPO » de 2014[1048], le Groupe spécial, après avoir étudié les critères d'application de l'article XXIII paragraphe 1 b)a préféré fonder sa décision sur la violation des autres dispositions concernées. Dans l'affaire « Japon – Pellicules », il a été reproché aux États-Unis de ne pas avoir assez démontré l'existence d'une discrimination entre les produits nationaux et importés qui bouleverserait les conditions de concurrence[1049]. Dans l'affaire « Corée du Sud – Mesures affectant les marchés publics »[1050], le Groupe spécial a refusé la plainte pour non-violation, car les attentes étaient fondées sur des faits s'étant déroulés durant les négociations et non sur des concessions négociées, qui sont pourtant la base sur laquelle auraient dû se fonder ces attentes dans le cadre de cette plainte[1051]. En effet, dans le cadre de notre recherche de défaut de réciprocité, il est logique que l'attente doive être fondée sur une donnée formalisée et non sur des discussions mouvantes. Cependant, le Groupe spécial aurait pu accepter un tel argument si la partie plaignante avait été trompée durant les négociations. Cela pourrait s'apparenter à un dol. Autre exemple, dans l'affaire « États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention »[1052], le Groupe spécial a considéré que l'impact de la mesure de versement des droits antidumping et compensateurs ne permettait pas de caractériser une annulation ou une réduction des avantages en non-violation. Un simple impact ne suffisant pas, même s'il existe des effets défavorables sur les positions concurrentielles. La particularité, ici, est qu'il s'agissait d'une mesure qui contrevenait à l'accord sur les subventions et mesures compensatoires. Cette mesure, contrairement à une mesure qui violerait le GATT, fait que le Groupe spécial attendait qu'elle ait pour effet de compenser ou de contrecarrer systématiquement des concessions tarifaires[1053].

333. Conclusions. Bien que les effets soient positifs, la plainte pour non-violation peut contribuer à restaurer de la réciprocité, mais n'a ni pour objet ni pour vocation de réaliser cette mission. Le fait que cette plainte repose sur la non-anticipation de l'existence d'une mesure et

---

[1048] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21 : 5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends,* WT/DS384/RW WT/DS386/RW, 20 octobre 2014 (adopté le 29 mai 2015).
[1049] COOK Graham, « The legalization of the non-violation concept in the GATT/WTO system », *Legal Affairs Division, World Trade Organization*, 24 octobre 2018. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3272165 .
Voir également : GROUPE SPÉCIAL, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998), paragr. 10.380.
[1050] GROUPE SPÉCIAL, *Corée – Mesures affectant les marchés publics,* WT/DS163/R, 1er mai 2000, (adopté le 19 juin 2000).
[1051] *Ibid.,* paragr. 7.120.
[1052] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention,* WT/DS217/R, 16 septembre 2002 (adopté le 27 janvier 2003).
[1053] *Ibid.,* paragr. 7.127.

non sur l'existence d'une obligation réciproque va en ce sens. C'est pourquoi il est impossible de se satisfaire de cet outil qui n'est pas un instrument de réciprocité.

Pour confirmer cette position, il semble nécessaire de vérifier la manière dont cette plainte a été conçue dans les accords de libre-échange. Il faut toutefois rappeler qu'à la différence du GATT, la réciprocité, comme strictement conçue dans cet écrit, n'est pas toujours existante. En maintenant cette idée, il s'agira de vérifier si la plainte pour non-violation est réellement un moyen de restaurer de la réciprocité.

2. L'utilisation de la plainte pour non-violation dans les accords bilatéraux.

334. L'absence d'une telle plainte dans les accords de l'Union européenne. Selon les mêmes accords que ceux étudiés précédemment, une étude du système de règlement des différends laisse apercevoir une utilisation partielle de l'utilisation des plaintes en situation de non-violation. En effet, à la lecture des accords de libre-échange conclus par l'Union européenne, aucune clause ne prévoit l'utilisation de plainte pour non-violation. Plus encore, les dispositions concernant le mandat du Groupe spécial prévoient que les ouvertures de la procédure d'arbitrage visent à demander au Groupe spécial de « se prononcer sur la conformité de la mesure en cause avec les dispositions visées à l'article 15.2 »[1054] qui traite du champ d'application. En visant la conformité des dispositions, il est fait référence aux plaintes pour violation et non à l'évaluation de l'annulation des avantages par exemple.

335. Une présence partielle dans les accords conclus par la Chine. À la différence de ces accords, ceux conclus par la Chine ne sont pas uniformes quant à l'application de la plainte pour non-violation. Il faut distinguer, d'une part certains accords régionaux comme l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) + 1 et l'accord global de partenariat économique en Asie-Pacifique (RCEP), qui excluent explicitement toute plainte pour non-violation. En effet, dans l'Accord passé entre l'ASEAN, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, l'article 2 b) du chapitre 17 relatif au règlement des différends[1055] prévoit qu'une plainte peut être déposée à l'encontre d'une mesure affectant « *the operation, implementation or application of this Agreement* ». L'impact sur les bénéfices est rattaché à la violation d'une obligation et ne

[1054] Voir par exemple article 15.7 de l'accord UE – Vietnam.
[1055] Agreement establishing the ASEAN – Australia – New Zealand free trade agreement, [en ligne], signé le 27 février 2009 et entré en application le 1er janvier 2010, chapitre 17. Disponible sur : https://aanzfta.asean.org/chapter-17-consultations-and-dispute-settlement/

constitue pas un recours unique, comme en matière de plainte en situation de non-violation. Une note vient préciser cette disposition en spécifiant explicitement que « *non-violation complaints are not permitted under this Agreement* »[1056]. Pareillement, le RCEP prévoit dans son article 19.3[1057] concernant le champ d'application, que le chapitre relatif au règlement des différends s'applique aux différends relatifs à l'interprétation et l'application de l'Accord, mais aussi en cas de non-conformité avec les obligations de l'Accord. En ce sens, une note relative au champ d'application souligne que les plaintes de non-violation ne sont pas permises par cet Accord. À la différence de ces Accords, l'Accord signé avec l'Australie précise que le chapitre sur le règlement des différends s'applique lorsqu'une mesure est « *inconsistent with its obligations* »[1058] ou encore lorsque « *the other party has otherwise failed to carry out its obligations under this Agreement* »[1059]. Cette formulation est similaire à l'article 20.2 de l'Accord passé avec la Corée du sud[1060] et à l'article 14.2 de celui signé avec le Cambodge[1061]. Une formule différente est proposée par l'article 184 conclu avec la Nouvelle-Zélande[1062]. Si ces formulations sont semblables au RCEP et à l'ASEAN + 1, elles ne contiennent pas d'interdiction de recourir à une plainte pour non-violation. Ainsi, nous pouvons supposer qu'à défaut de mention expresse, bien que les formulations soient identiques, il demeure possible de considérer qu'une plainte pour non-violation soit possible. Cela d'autant plus que la formulation « *has otherwise failed to carry out its obligations under this Agreement* » ne doit pas être lue conjointement avec la non-conformité d'une mesure. Dans le même sens, les deux dispositions sont séparées par la conjonction de coordination « ou ». Ainsi, ce silence permet d'affirmer que des plaintes en situation de non-violation restent possibles. Il faut en conclure que la Chine entend supprimer cette possibilité dans les accords où l'intégration régionale est plus importante. En effet, cela peut exprimer le souhait d'une plus grande intégration régionale en limitant le règlement des différends non pas à un simple objectif de rééquilibrage, mais à des violations, uniquement. Cependant, les accords de libre-échange accorderaient la possibilité de

[1056] *Ibid.,* note n° 2.
[1057] Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, [en ligne], signé le 15 novembre 2020, chapitre 19. Disponible sur : https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/rcep-chapter-19.pdf
[1058] Article 15.2 a)
[1059] Article 15.2 b)
[1060] Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea, [en ligne], signé le 1er juin 2015 et entré en application le 20 décembre 2015, article 20 parag. 2. Disponible : http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf
[1061] Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Cambodia, [en ligne], signé le 12 octobre 2020 et entré en application le 1er janvier 2022. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/cambodia/xieyi/xieyizw_en.pdf
[1062] Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Cambodia, [en ligne], signé le 7 avril 2008 et entré en application le 1er octobre 2008. Disponible sur : http://images.mofcom.gov.cn/gjs/accessory/200804/1208158780064.pdf

rééquilibrer les obligations matériellement sans violation. La non-violation apparaît alors comme un instrument de stabilité visant à rétablir la réciprocité si elle existait au départ.

336. Présence totale dans les accords conclus par les États-Unis. Les États-Unis, quant à eux, insèrent explicitement le possible recours à une plainte pour non-violation. Chaque accord contient, dans l'article relatif au champ d'application, un droit de recourir au dit règlement « *when a Party* considers *that a benefit it could reasonably have expected (…)* ». Seul va différer le contenu de cette plainte. L'Accord avec l'Australie et celui passé avec le Chili ne visent que 5 chapitres de l'Accord à l'égard desquels une plainte pour non-violation est possible. L'Accord conclu avec la Corée en mentionne 6 et l'UMSCA, 10. On relève donc un accroissement des dispositions pouvant faire l'objet de cette plainte. Cela est le signe, de la part des États-Unis d'une recherche de davantage d'équilibre dans les relations commerciales et d'une volonté de se doter d'instruments en ce sens. Pareillement, cela permet de multiplier les chances de rechercher davantage de réciprocité. Cette tendance tend à le démontrer.

C'est pourquoi compte tenu des divergences de position sur l'utilisation de cette plainte à l'OMC, mais également de son absence dans certains Accords, il s'agira de comprendre son rôle dans le rétablissement de la réciprocité et, surtout, d'analyser si cet outil est pertinent pour veiller au respect de la réciprocité.

B – L'inefficacité des plaintes pour non-violation dans la résolution du défaut de réciprocité.

337. Juger de la pertinence de cet outil amène à rappeler que les logiques commerciales des différents États ne sont pas identiques. En comparaison avec ses partenaires états-uniens et chinois, l'Union européenne marque davantage une volonté d'assurer un commerce international régi par le droit en limitant les barrières commerciales. Dans cette logique, la plainte en situation de non-violation multiplierait les obstacles supplémentaires en ce qu'elle est davantage teintée d'une logique commercialiste.

338. Un regain d'intérêt pour cette plainte. Une récente affaire portée à l'OMC montre l'intérêt qu'ont les États-Unis pour ces plaintes[1063]. Pour rappel, dans cette affaire, il était

[1063] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium,* WT/DS556/R, rapport distribué le 9 décembre 2022.

question de mesures prises par les États-Unis sur le fondement de la section 232 au sujet de produits en matière d'acier. Ces restrictions au commerce ont été justifiées, entre autres, par le recours à l'argument de l'exception de sécurité. Dans cet argumentaire, les États-Unis soulignaient la grande latitude dont disposent les États pour définir ce qui relève de la sécurité. Sans revenir sur cette question, la latitude serait légitime, car les États à l'égard desquels s'oppose une mesure de sécurité auraient uniquement le droit de recourir à des plaintes en situation de non-violation pour demander des compensations. Selon les représentants des États-Unis, une plainte en situation de violation ne pourrait pas être justifiée en raison de cette latitude. Le rapport du Groupe spécial ne s'étend pas sur cette question, mais les argumentaires des Parties méritent notre attention. En revenant sur les négociations à la Charte de l'OIC, les États-Unis ont souligné que les négociateurs du GATT « considéraient que les mesures concernant la sécurité essentielle ne pouvaient pas être contestées comme violant les obligations figurant dans l'accord sous-jacent. »[1064] C'est pourquoi ils souhaitaient aller plus loin en rendant automatique l'octroi d'une compensation justifiée par la non-violation. Il serait reconnu une automatisation et une présomption octroyant une compensation pour non-violation lors de l'invocation de l'exception de la sécurité. Pour le Japon cependant, il est peu probable qu'une plainte pour non-violation soit acceptée si elle est soulevée à l'encontre de l'article XXI, car cette plainte évalue s'il y avait une attente raisonnable à ce qu'un bénéfice soit accordé. Or vu que l'article XXI constitue une exception, les Parties doivent s'attendre à ce qu'elle soit utilisée[1065]. Sur la base des documents historiques mis en avant par les États-Unis, la Suisse contestait l'argument des États-Unis qui formulait que les négociateurs redoutaient une utilisation trop large de l'exception de sécurité[1066]. Le Groupe spécial n'a pas suivi la position des États-Unis et n'a pas limité la contestation de l'article XXI à une seule plainte pour non-violation.

339. L'utilisation de ces plaintes en vue de rééquilibrer les négociations**.** Ce qu'il faut relever de cette situation est la propension des États-Unis à justifier une politique commerciale unilatérale par une contrepartie. Cette tendance va s'accroître dans les prochaines années et la plainte pour non-violation peut apparaître comme un instrument de compensation. Mais surtout, cela tend à démontrer la volonté des États-Unis de ne plus retenir une réciprocité globale. Cela

[1064] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium,* WT/DS556/R/Add.1, rapport distribué le 9 décembre 2022, paragr. 1.23.
[1065] *Ibid.,* paragr. 13.
[1066] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium,* WT/DS556/R/suppl.1, rapport distribué le 9 décembre 2022, paragr. 2.23.

se traduit par un coût d'opportunité d'adopter une mesure qui, même si elle est conforme, peut réduire les avantages d'une autre Partie. Pour un État, la plainte pour non-violation peut apparaître comme un argument efficace lui permettant de ne pas respecter les attentes issues des concessions lorsqu'elles lui paraissent plus coûteuses qu'une proposition de compensation. Cette position n'est pas partagée uniquement dans les enceintes de l'ORD. Elle a été officialisée dans une déclaration des États-Unis à propos de l'ORD de l'OMC[1067]. En raisonnant ainsi, les États-Unis peuvent largement mener une politique commerciale unilatérale en ciblant les produits et services qu'ils souhaitent protéger ou à l'égard desquels il est possible de requérir de la réciprocité. En effet, rappelons que leur stratégie, en utilisant l'argument de la sécurité, est de l'étendre à un raisonnement de sécurité économique. Lors de l'affaire « États-Unis – certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium », on relève que la position de la Turquie dans l'addendum du rapport du Groupe spécial tend à le montrer. La position des États-Unis est qu'un « Membre affecté par les mesures de sécurité nationale d'un autre Membre pourrait simplement prendre des « mesures réciproques … en vertu d'une interprétation similaire de [son] droit inhérent » »[1068]. Comme les États-Unis savent qu'une telle mesure ne pourrait pas aboutir, ils promeuvent une action unilatérale « par des mesures unilatérales, réciproques et « fondées sur une autonomie de jugement » »[1069].

En ce sens, de nombreux abus peuvent exister et l'argument de la compensation par une plainte de non-violation permet aux États-Unis de modifier continuellement les avantages des concessions réciproques en fonction de leurs intérêts. Or, un État ne disposant pas des mêmes capacités d'action ne pourra pas obtenir une compensation suffisante. Cette volonté des États-Unis s'explique par une concentration sur la théorie des termes de l'échange déjà étudiée précédemment. Robert Staiger et Alan Sykes considèrent qu'il existe à l'OMC un défaut de réglementation pouvant entraîner de nombreuses mesures politiques qui sont susceptibles d'entraver l'accès aux marchés[1070]. Ainsi, ces mesures sont à même de créer des externalités des termes de l'échange et donc de fausser les résultats des concessions réciproques. Cette

---

[1067] WORLDTRADELAW.NET, *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body,* [en ligne], 27 janvier 2023, p.12. Disponible sur : https://www.worldtradelaw.net/document.php?id=dsbstatements/Jan27.23.DSB_.Stmt_.as_.deliv_.fin_-1.pdf

[1068] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium,* WT/DS564/R/Add.1, 9 décembre 2022, paragr. 3.56. Disponible sur : https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-Html.aspx?Id=290288&BoxNumber=3&DocumentPartNumber=1&Language=F&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True&Window=L&PreviewContext=DP&FullTextHash=371857150#KV_GENERATED_FILE_0000bf.htm

[1069] *Ibid.,* paragr. 3.57.

[1070] STAIGER Robert, SYKES Alan, *Non-Violation*, [en ligne], IILJ Working Paper 2013/5. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1983448

tendance à recourir à cette plainte exprime la nécessité par les États de rééquilibrer leurs concessions et donc dans le cadre du GATT, la réciprocité. Cela est dû au fait que l'évolution des intérêts économiques et commerciaux a des conséquences sur les concessions octroyées à un instant et ne peut plus satisfaire les intérêts des États à une autre période. Si nous nous arrêtons à l'idée selon laquelle un accord de libre-échange doit venir réguler les termes de l'échange[1071], il est normal de créer des mécanismes à cette fin. Ainsi, la non-violation serait un très bon instrument.

De la même manière, la création d'accords de libre-échange peut avoir pour effet de créer des effets de distorsion des échanges comme cela a déjà été expliqué. La distorsion des échanges peut venir affecter les équilibres concurrentiels qui étaient déterminés à l'OMC. Selon Jagdhish Bhagwati, la réciprocité présente à l'OMC est une « *first-difference reciprocity* ». Il définit cette notion comme le fait que « *tariff cuts are to proceed via bargaining that reflects a balance of perceived advantages at the margin rather than via negotiations that result in a perceived full equality of market access and reverse market access (or what, in modern American parlance, is pithily described as a "level playing fiel")* »[1072]. Dans cette logique, la plainte pour non-violation est également un moyen de ne pas imposer de plainte pour violation trop coûteuse qui résulterait en un retrait d'une mesure.

340. Un outil d'adaptation des relations commerciales. En dehors du souhait d'adopter un comportement unilatéral en vue de faire peser ses avantages commerciaux au détriment des autres États, cette plainte de non-violation répond au besoin de la théorie des accords incomplets. La multiplication des concessions octroyées et les différentes modalités de négociations ayant évolué, il est impossible de retrouver les liens réciproques d'une concession à l'égard d'une autre. Ce commentaire vaut également pour la définition d'une attente raisonnable qui serait étalée dans le temps, mais sa recherche pourrait s'avérer difficile. Il en va de même de l'évaluation des liens globaux de réciprocité. Plutôt, en utilisant la non-violation, les États entendent rééquilibrer les concessions en visant une égalité parfaite sur la base du *level playing field*. Comme le soulignent Robert Staiger et Alan Sykes, l'ORD ne recherche pas les liens historiques des concessions réciproques, mais se concentre sur les potentialités de concurrence ou le volume des échanges[1073]. Cela est d'autant plus le cas que les plaintes pour non-violation exprimées l'ont surtout été pour contester des désavantages causés par des

[1071] *Ibid.,* p..37.
[1072] BHAGWATI, Jagdish. (1988), « Protectionism », Cambridge, *MA: The MIT Press,* p.36
[1073] STAIGER Robert, SYKES Alan, *Non-Violation*, [en ligne], IILJ Working Paper 2013/5, p.26. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1983448

subventions ou des mesures antidumping. Comme le Japon l'a affirmé dans l'addendum du rapport du Groupe spécial de l'affaire « États-Unis - Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium »[1074], les plaintes de non-violation étaient surtout utilisées pour « traiter des questions qui n'étaient visées par aucune règle explicite. » Il nous faut ajouter que, bien que répondant à un besoin de régulation, ces plaintes sont de plus en plus utilisées dans une volonté qui est proche du *level playing field*.

341. Une utilisation croissante de cette plainte. Cette hausse statistique des plaintes traduit le besoin d'utiliser cet outil dans une volonté de rechercher un meilleur équilibre. *A contrario*, cette hausse vient également signaler la recherche d'un *level playing field* de manière unilatérale. Cela corrobore nos propos démontrant les besoins d'une recherche d'une meilleure réciprocité. Il découle tout d'abord de ces données que l'utilisation de la plainte pour non-violation est le résultat d'une instabilité des relations commerciales. On note quatre importants pics d'utilisations : en 2008, 2012 et 2018 et 2019[1075]. Les États à l'encontre desquels étaient utilisées ces plaintes étaient principalement, mais non exclusivement, les États-Unis et l'Union européenne. En nous concentrant sur la période 2018-2019, nous savons qu'elle correspond à l'entrée en fonction du Président Trump. Cette plainte répond donc à une volonté de compenser des équilibres, cela d'autant plus que la majorité de ces plaintes faisaient suite à des mesures de subventions et/ou antidumping. Elles peuvent également être interprétées comme une volonté de la part des États d'obtenir satisfaction en associant une plainte pour non-violation à une plainte pour violation.

À cela, il est intéressant d'ajouter que les défendeurs sont majoritairement - mais non exclusivement - les États-Unis, l'Union européenne, la Chine ou encore certaines puissances émergentes comme l'Inde ou la Russie alors que les mesures contestées sont celles issues des États-Unis ou de l'Union européenne. Les pays les moins développés sont surtout les auteurs des plaintes pour non-violation. Les puissances émergentes déposent des plaintes pour non-violation contre les pays développés, mais non contre les États les moins développés dont les plaintes sont principalement diplomatiques et orientées vers leurs voisins ou leurs concurrents directs. Cela peut être assimilé à une limite, car diplomatiquement, il peut être difficile pour un pays au développement économique moyen, d'introduire une telle plainte pour non-violation.

[1074] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium,* WT/DS556/R, rapport distribué le 9 décembre 2022.
[1075] Étude réalisée en analysant l'objet des recours porté à l'OMC sur la plateforme listant tous les différends à l'OMC.

342. Une hausse statistique à relativiser. De plus, afin de nuancer ces propos, indiquons que lorsque l'affaire a été traitée par l'ORD et qu'elle n'est pas restée au stade des demandes de consultation, l'étude de la plainte pour non-violation est très faible. Sur les 91 affaires relevées, 33 plaintes ont été étudiées. Sur ces 33 plaintes étudiées, il n'y a que 12 différends dans lesquels la plainte pour non-violation a été abordée. Sur ces 12, 3 différends ont été réglés par des solutions mutuellement convenues. Dans les 9 autres différends, des violations aux obligations ayant été constatées, cela signifiait qu'il existait une présomption d'annulation ou de réduction des avantages[1076]. Lorsque la violation était constatée, les Panels se sont interrogés sur la pertinence de l'examen de la plainte pour non-violation[1077]. Or, en cas de violation, il a souvent été allégué que les violations priveraient « de leur fondement les allégations d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation (…) »[1078]. Il sera néanmoins intéressant à l'avenir de juger de ces traitements dans des affaires plus récentes compte tenu de l'évolution des sanctions commerciales et de l'utilisation de l'argument de la sécurité.

343. Conclusions. Ainsi, si l'on relève des intérêts ponctuels pour ces plaintes, leur traitement au sein de l'ORD reste prudent. La plainte pour non-violation n'apparaît pas comme étant le meilleur outil pour restaurer la réciprocité faisant défaut. En effet, il semble que les modèles traditionnels de règlement des différends ne sont pas adaptés à la résolution d'un défaut de réciprocité. Pour faire face à leur rigidité, il serait important d'insérer une logique d'interprétation évolutive, au risque de sembler en inadéquation avec les volontés existantes dans les relations commerciales internationales. Sans jeter la pierre à ces règlements, il nous faut uniquement préciser que ces arguments valent, dans cet écrit, en ce qui concerne la défense de la réciprocité. Cela n'est pas leur objet, même si l'argument de la non-violation peut laisser penser qu'elle peut remplir ce but. Plutôt que d'imaginer une satisfaction de la réciprocité par le règlement des différends, il s'agira de constater que d'autres instruments sont possibles. Par exemple, ils peuvent être contenus dans les accords à la manière des modalités de renégociation. Au vu des précédents constats et compte tenu des trop importantes réserves quant à la stricte appréciation des critères d'application de ces plaintes, il serait intéressant d'utiliser ces critères

[1076] GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle,* WT/DS406/R, 2 septembre 2011 (adopté le 24 avril 2012). Voir également : GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine,* WT/DS543/R, rapport du Groupe spécial distribué le 15 septembre 2020, paragr. 8.3.
[1077] Voir par exemple GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque,* WT/DS401/R, 25 novembre 2013 (adopté le 18 juin 2014), paragr. 7.679 à propos de la violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC.
[1078] *Ibid.,* paragr. 7.683.

seulement pour rechercher l'existence d'attentes de réciprocité. Lors de l'application de la réciprocité, le défaut de réciprocité ne reposerait alors pas forcément sur une violation, mais sur l'incapacité d'un partenaire commercial à accorder matériellement des concessions ou des avantages réciproques. L'attente de réciprocité matérialiserait son existence qu'elle soit formulée explicitement ou implicitement dans un accord.

En abattant tous les obstacles qui se mettraient en travers de l'existence d'une réciprocité d'exécution et en faisant une distinction entre une contestation d'une mesure pour défaut de réciprocité et une contestation qui viserait à veiller au respect de la réciprocité initiale, il apparaît en effet un réel besoin de créer une réciprocité d'exécution. Toujours dans une volonté de l'intégrer dans un schéma existant et de lui donner un rôle propre, cela serait rendu possible par les critiques récurrentes faites aux modes de règlement des différends traditionnels et par des discussions politiques face aux règlements juridiques.

Section 2 : Vers la création d'un espace de réciprocité

344. L'idée de la création d'un espace de réciprocité prend peu à peu forme compte tenu des marges de manœuvre précédemment définies. Au-delà de la capacité d'agir unilatéralement se pose la question de l'objectif des règlements des différends dans les accords. En gardant comme support d'étude les accords de libre-échange, l'idée sous-jacente est celle de savoir s'il importe aux États de rechercher de la réciprocité, ou plutôt de se doter d'outils contraignants afin de rendre le défaut d'exécution d'un État légitime (paragraphe 1). Au-delà de l'objectif qui relève davantage de la volonté subjective des États, il s'agira de constater de manière formelle que certains accords délaissent les règlements des différends traditionnels, ou encore préfèrent les règlements politiques plutôt que le recours à un tiers. L'intérêt découlant de ce constat serait de savoir si le regain du politique dans le règlement des différends pouvait renforcer la place de la réciprocité d'exécution (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le développement des solutions alternatives au système de règlement des différends traditionnels.

345. Les précédents accords ont démontré une volonté de renforcer les engagements ou d'accroître l'engagement à l'encontre d'un État. La logique d'*enforcement* est davantage préférée à celle de réciprocité. Pour poursuivre cette démonstration, il s'agira de se limiter aux accords de libre-échange étudiés (A). En dressant ce tableau, il paraîtra plus évident que ces accords souhaitent renforcer le caractère contraignant des obligations par le caractère réciproque des accords, plutôt que de promouvoir une réciprocité d'exécution. Si des prémisses sont lancées par la Cour de justice de l'Union européenne, il faudra réellement s'interroger sur l'usage de la réciprocité comme un moyen ou comme un objectif (B).

A – La recherche de l'application de l'accord.

346. Contextualisation. Compte tenu de la mesure de l'engagement, limitons tout d'abord l'objet de cette recherche. L'engagement aurait pu être étudié par l'association de la mise en œuvre de l'accord et la mise en application des règles. Il s'agit de faire la différence entre « *the implementation* » et « *the enforcement* ». Dans le cadre de cette étude et compte tenu

de l'objet de ce chapitre, il conviendra de se limiter aux mesures de mise en application de l'accord, principalement dans le cadre des règlements des différends. Plus précisément, l'analyse comparative des dispositions portant sur le commerce et le développement durable indique que la mise en œuvre (*implementation*) « *is defined as a set of processes underpinned by specific clauses and institutional mechanisms that allow to* put *an FTA into practice after its entry into force.* » La mise en application (*enforcement*) « *refers more specifically to the set of provisions and practices designed to prevent or settle disputes when conflicting interpretations over the terms of FTA arise. In practice, there is overlap between these two concepts.* »[1079]
Afin de mener cette analyse, il s'agira de se baser sur la volonté unilatérale de l'Union européenne puis des États-Unis. En l'espèce est recherchée la preuve de faire des accords de libre-échange, un instrument visant à mettre en application (*enforcement*) les objectifs commerciaux. L'idée n'étant pas une mesure de l'efficacité de la mise en application, la première étape de l'étude ne portera pas sur l'accord de libre-échange en lui-même, mais plutôt sur des documents de pré-négociation afin de connaître l'intention d'un État. Il s'agira de définir matériellement l'objet de ce qui est visé par une volonté de mise en application (*enforcement*). Ensuite, pour juger de la mesure de l'*enforcement*, il peut être intéressant de vérifier s'il existe une pré-obligation d'insérer un comportement dans les dispositions nationales du partenaire commercial. Que cela soit le cas ou non, il faudra tout de même étudier la rédaction de la disposition visant à renforcer le caractère contraignant du comportement. Compte tenu de la complexité d'intégrer un tel comportement, nous nous interrogerons sur la présence ou non d'une clause de dérogation. Enfin, il faudra étudier s'il est possible de recourir au système de règlement des différends.

Le but est de montrer que les accords de libre-échange ne recherchent pas la réciprocité, mais plutôt l'*implementation* et l'*enforcement.*

[1079] VELUT, JB., BAEZA-BREINBAUER, D., DE BRUIJNE, M., GARNIZOVA, E., JONES, M., KOLBEN, K., OULES, L., ROUAS, V., TIGERE PITTET, F., ZAMPARUTTI, T. *Comparative analysis of Trade and Sustainable Developments Provisions in Free Trade Agreements,* [en ligne], The London School of Economics and Political Science, février 2022. p.35. Disponible sur : https://www.lse.ac.uk/business/consulting/assets/documents/TSD-Final-Report-Feb-2022.pdf

1. La recherche de la volonté d'« *enforcement* »[1080].

347. Délimitation du cadre d'étude. Tout d'abord, il convient de relever matériellement ce que l'Union européenne a souhaité rendre davantage contraignant dans ces accords. Pour cela, une étude des documents du Conseil de l'Union européenne, de la Commission, mais aussi les propositions du Parlement européen, peuvent fournir d'indice. Il faut se fier, lorsque cela est accessible, aux directives de négociations du Conseil de l'Union européenne. De plus, les rapports annuels de mise en œuvre des accords de libre-échange peuvent mettre l'accent sur le développement de certains échanges ou de certaines obligations. Ces rapports serviront à confirmer le choix de notre objet d'étude. Des accords précédemment étudiés, il ressort d'une part une volonté de l'Union européenne de renforcer les dispositions relatives au développement durable dans les accords de libre-échange. Il s'agira donc d'étudier la volonté d'« *enforcement* » dans ce cadre. Il aurait également pu être intéressant d'analyser les volontés de renforcement de l'accès aux marchés. Cependant, la diversité des objectifs ne permet pas de dégager une tendance aussi claire qu'en matière de développement durable. Il suffit de lire les communications des différentes institutions pour comprendre que l'Union européenne souhaite intégrer sa politique commerciale dans une dynamique compatible avec le développement durable. Outre la nécessité de prise en compte de ces enjeux, ces politiques traduisent une volonté de garantir de meilleures conditions de concurrence[1081]. La protection du développement durable concerne le respect des normes environnementales internationales, mais également les engagements relatifs au travail[1082]. Cependant, plutôt que de multiplier les exemples comme cela a été le cas précédemment, une sélection judicieuse permettra de développer davantage les critères d'analyse évoqués.

En ce sens, seront étudiés l'accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne et la Corée du Sud en raison du récent différend porté par l'Union européenne devant le Panel prévu par l'accord et l'accord de libre-échange avec le Vietnam, car il a déjà fait l'objet de discussions au sein du Comité sur le développement durable prévu par l'accord. Par ailleurs, le

[1080] Le terme anglais *enforcement* est davantage mentionné dans la pratique, de même qu'il est plus évocateur, que la référence à la « mise en application ». C'est pourquoi, il sera utilisé.
[1081] COMMISSION EUROPÉENNE, *Annexes du document de réflexion Vers une Europe durable à l'horizon 2030,* [en ligne], COM(2019) 22 final, 30 janvier 2019. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0022&qid=1687529001498
[1082] COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur la mise en œuvre et l'application des accords commerciaux de l'UE,* [en ligne], COM(2021) 654 final, 27 octobre 2021, p.22. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52021DC0654

niveau de développement est différent de celui de la Corée du Sud ou encore de Singapour. Enfin, l'accord passé avec le Royaume-Uni permet également de constater cette volonté. En raison de la proximité géographique, politique et diplomatique, il est possible de supposer que cela ait des conséquences sur la nécessité d'harmonisation ainsi que sur le niveau d'*enforcement*.

348. Cette étude sera guidée par la stratégie d'*enforcement* de l'Union européenne. Tout d'abord, dans les documents de pré-négociations et plus encore dans les analyses réalisées par les différentes institutions européennes, on note l'importance d'inscrire la nécessité de se conformer à différents accords environnementaux ou en matière de travail. Le renforcement du caractère contraignant passe par le degré des obligations auxquelles sont soumis les États. S'y ajoute le contrôle du respect de ces obligations. Ainsi, il est appelé au renforcement du rôle de la société civile par le biais de groupes consultatifs internes, en les associant notamment au rôle des Comités commerce et développement durable prévus par les accords[1083]. De plus, il est vivement encouragé l'inclusion dans les prochains accords, lors des règlements des litiges, de la participation de la société civile[1084]. Le rôle des règlements des différends, dans cette stratégie, est explicite et tend à se renforcer. Les accords contenant un chapitre sur le commerce et le développement ne les soumettaient pas aux exigences prévues par le chapitre relatif au règlement des différends. Une uniformisation future semble être l'étape suivante[1085], notamment en raison de la possibilité de mettre en place des sanctions commerciales lorsqu'une Partie ne se conformerait pas aux résultats du Panel. En ce sens, il s'agira de juger de la stratégie d'*enforcement* par une étude des modalités de règlement des différends. Outre la lutte pour le respect des obligations en matière de développement durable, l'un des buts est de veiller au respect du *level playing field*. À titre d'exemple, l'addendum fixant les directives de négociations de l'accord entre l'Union européenne, le Royaume-Uni et le nord de l'Irlande, incite l'Union européenne à déterminer ses propres normes de références en matière environnementale et de protection des travailleurs. Dans tous ces domaines, les directives

---

[1083] COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au. Comité des Régions sur la mise en œuvre et l'application des accords commerciaux de l'UE,* [en ligne], COM(2022) 730 final, 11 octobre 2022, p.24. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0730

[1084] COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions - La force des partenariats commerciaux: ensemble pour une croissance économique verte et juste,* COM(2022) 409, 22 juin 2022, p.13. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-lcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0409

[1085] *Ibid.,* p.5.

Voir aussi : COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au. Comité des Régions sur la mise en œuvre et l'application des accords commerciaux de l'UE,* [en ligne], COM(2022) 730 final, 11 octobre 2022, p.24.

incitent à se doter de moyens de mise en œuvre de l'Accord, autant dans son application nationale que par le biais du règlement des différends. De plus, « *[t]he Union should also have the possibility to apply autonomous, including interim, measures to react quickly to disruptions of the equal conditions of competition in relevant areas, with Union standards as a reference point* »[1086]. Il est d'ailleurs intéressant de relever que formellement, les enjeux de développement durable et de lutte contre le changement climatique sont contenus dans le paragraphe 15 relatif au « *level playing field and sustainability* ».

2. L'intégration dans l'accord des objectifs de développement durable

	UE – Corée du Sud	UE - Vietnam	UE – Royaume-Uni
Action 21 sur l'environnement et le développement de 1992	OUI	OUI	OUI
Plan stratégique 2011 – 2020 pour la diversité biologique	NON	OUI	OUI
Objectifs d'Aichi pour la biodiversité, adoptés lors de l0e réunion de la conférence des parties à Nagoya du 18 au 29 octobre 2010.	NON	OUI	OUI
Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, telle que modifiée en dernier lieu à Gabarone de 1973.	NON	OUI	OUI
Accord de partenariat volontaire relatif à l'application des réglementations forestières, à la gouvernance et aux accords commerciaux	NON	OUI	NON
Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982.	NON	OUI	OUI
Accord aux fins de l'application des dispositions de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, fait à New York du 24 juillet au 4 août 1995	NON	OUI	OUI
Accord visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservation et de gestion, approuvé par la Conférence de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture à sa 27e session en novembre 1993	NON	OUI	OUI

[1086] CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *ANNEX to COUNCIL DECISION authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement*, [en ligne], ST 5721/20 ADD 1; ST 5870/20 ADD1 REV2, 25 février 2020, p.12. Disponible sur : https://www.consilium.europa.eu/media/42736/st05870-ad01re03-en20.pdf

Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, approuvé par la Conférence de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture le 22 novembre 2009	NON	OUI	OUI
Principes du Code de conduite pour une pêche responsable, adopté par la conférence de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture à Cancún le 31 octobre 1995.	NON	OUI	OUI
Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée à Rio de Janeiro le 14 juin 1992.	NON	NON	OUI
Déclaration de l'Organisation internationale du travail sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, adoptée à Genève le 10 juin 2008.	NON	NON	OUI
Objectifs de développement durable des Nations unies.	NON	NON	OUI
Charte sociale européenne	NON	NON	OUI
Accords pertinents des Nations unies et de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)	NON	NON	OUI

349. Constats. La lecture de ces données démontre que l'Accord avec la Corée du Sud est le plus faiblement doté en références sur l'environnement ou en matière de protection des droits du travail. D'un point de vue temporel, l'accord avec la Corée du Sud est le premier où l'Union européenne a souhaité inclure un chapitre relatif au traitement du développement durable. Les attentes étaient alors certainement moins hautes que celles actuelles. Par ailleurs, il est logique que certains accords comme celui de Paris ne sont pas mentionnés dans l'Accord UE-Corée du Sud, celui-ci étant entré en vigueur en 2011. De plus, les références à ces accords ne traduisent pas le même caractère contraignant. L'accord conclu avec la Corée du Sud a recours au présent de l'indicatif pour démontrer le caractère contraignant. Par exemple, les États « réaffirment »[1087], ils « reconnaissent » [1088], ils « s'engagent à respecter » [1089]. Sans dresser une liste des formules issues de l'accord avec le Vietnam et celui avec le Royaume-Uni, nous pouvons affirmer qu'elles sont en majorité de même ordre. Dans certains cas, les États n'ont pas de réelles obligations positives en ce qu'une partie « encourage » le respect de ces accords. Néanmoins, la lecture des versions anglaises laisse davantage apparaître le caractère contraignant des dispositions par une forte utilisation de « *shall* ».

À titre de comparaison, aux États-Unis, la tendance à rendre les dispositions relatives au développement durable ressort d'un « *Bipartisan Agreement on Trade Policy* ». Dans ce document, l'USTR a marqué sa volonté d'inclure l'utilisation de « *shall* » dans ces dispositions. On peut y lire en matière d'environnement que « *[w]e have also agreed to alter the non-*

[1087] Article 13.1.
[1088] Article 13.4 paragr. 1.
[1089] Article 13. 4 paragr. 3.

derogation obligation for environmental laws from a « strive to » to a "shall" obligation (...) »[1090]. En ce sens, le fait d'inclure des accords touchant au développement durable permet de contester leurs irrespects par le biais d'accords commerciaux. Cette volonté suit la logique de la politique commerciale de l'Union européenne, notamment la résolution du Parlement européen[1091] incitant à utiliser le règlement des différends à des fins de renforcement de la conformité avec les accords touchant aux questions du développement durable.

350. Enfin, il nous faut ajouter que si les accords conclus avec la Corée du Sud et le Vietnam visent à inclure des objectifs de développement durable en lien avec le commerce, cela est également le cas de l'accord avec le Royaume-Uni, qui va cependant plus loin. Les dispositions relatives au commerce et au développement durable sont contenues au titre XI de l'Accord avec le Royaume-Uni s'intitulant, « conditions équitables pour une concurrence ouverte et loyale et un développement durable ». La recherche d'un *level playing field* s'accroît dans les accords de libre-échange de l'Union européenne comme en témoignent les dispositions relatives aux conditions de concurrence dans ce même accord. Cette recherche est rendue possible par une meilleure stratégie d'*enforcement* et non forcément de réciprocité. C'est en ce sens que l'Avocat général E.Sharpston, dans l'avis 2/15 relatif à l'accord passé entre l'Union européenne et Singapour a déclaré que « [d]'importantes disparités peuvent fausser la concurrence et le commerce ; des normes peu exigeantes sur un marché peuvent créer des avantages concurrentiels pour les entreprises nationales et donc attirer des investissements étrangers au détriment de marchés où les normes sont plus élevées. Inversement, les normes de protection de l'environnement peuvent être manipulées afin d'atteindre des objectifs protectionnistes »[1092].

[1090] OFFICE OF THE UNITED STATES TRAD REPRESENTATIVE, *Bipartisan Trade Deal,* [en ligne], Mai 2007, p.2. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file127_11319.pdf

[1091] PARLEMENT EUROPÉEN, *Résultat de l'examen par la Commission du plan d'action en 15 points sur le commerce et le développement durable - Résolution du Parlement européen du 6 octobre 2022 sur le résultat du réexamen par la Commission du plan d'action en 15 points sur le commerce et le développement durable,* JO C 132/99, P9_TA(2022)0354, 14 avril 2023, paragr. 8. Disponible sur : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0354_FR.html pt.8.

[1092] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON, CJUE *Avis 2/15 Demande d'avis présenté par la Commission européenne en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, « Conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république de Singapour — Répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres* », ECLI: ECLI:EU:C:2016:992, 21 décembre 2016, paragr. 478.

3. L'effectivité de la résolution des différends.

351. Une effectivité à nuancer. Cette stratégie implique de pouvoir établir une procédure de différend à l'encontre d'un État qui aurait méconnu ses obligations. Il faut rappeler que ces procédures sont propres au dit chapitre, le chapitre relatif au règlement des différends ne s'appliquant pas dans ces cas. Comme dans toute phase de règlement des différends, les États doivent tout d'abord engager une procédure de consultation. Cette phase peut s'accompagner d'une sollicitation des Comités commerce et développement durable[1093]. Lorsque la question n'a pas été résolue, il est possible de recourir au groupe d'experts. Néanmoins, les accords ne prévoient pas d'obligation de se mettre en conformité ni de sanctions en cas d'irrespect du rapport du groupe d'experts. L'accord conclu avec la Corée du Sud stipule que les « parties s'efforcent de tenir compte des avis ou recommandations formulées par le groupe d'experts sur la mise en œuvre du présent chapitre. »[1094] Celui avec le Vietnam prévoit que les « parties examinent les actions ou mesures appropriées à mettre en œuvre en tenant compte du rapport final du groupe d'experts et des recommandations qui y sont formulées. »[1095] Enfin, l'article 409 paragraphe 16 de l'Accord conclu avec le Royaume-Uni adopte une formule similaire à celle de l'accord avec le Vietnam. Toutefois, on y note une avancée sémantique. Le paragraphe 19 du même accord prévoit, entre autres, que l'article 754 s'applique *mutantis mutandis*. Si les Parties recourent au tribunal d'arbitrage, cet article indique à son deuxième paragraphe que les « décisions et sentences du tribunal d'arbitrage sont contraignantes pour l'Union et le Royaume-Uni ». Si cela ajoute un caractère contraignant aux décisions prises, il est possible de douter de sa réelle efficacité. En effet, s'il existe une possibilité de contester les rapports des groupes d'experts, il n'existe aucune sanction ou mesure de compensation en vue de compenser l'irrespect de ces rapports.

352. Des obligations insuffisamment contraignantes. Ces exemples démontrent certaines faiblesses quant à l'*enforcement* de ces dispositions, ce même si les Comités commerce et développement sont chargés du contrôle du suivi de la mise en conformité. Cela est mis en évidence par la réunion intérimaire du Comité commerce et développement durable entre la Corée du Sud et l'Union européenne. Sans revenir sur le fond de l'affaire, le rapport a constaté que la *Korea's Trade Union and Labour Relations Adjustment Act (TULRAA)* n'était pas conforme aux dispositions de l'article 13.4 paragraphe 3 de l'accord de libre-échange. Plus

[1093] Voir Corée Article 13.12 paragr. 3 ; Article 408 paragr. 4. ; Vietnam : Article 13.16 paragr. 4.
[1094] Article 13.14 paragr. 2.
[1095] Article 13.17 paragr. 9.

précisément, le défaut de conformité visait la liberté d'association professionnelle en Corée du Sud. S'il existe un suivi des mesures, aucune disposition ne prévoit des sanctions.

En ce sens, l'Avocat général E. Sharpston, dans l'avis 2/15, soulignait au sujet de l'accord de libre-échange passé entre l'Union européenne et Singapour qu'un « nombre significatif » de dispositions relatives à la protection du travail et de l'environnement « ne subordonnent les échanges à aucune condition (en permettant à l'autre partie d'adopter des sanctions commerciales en cas de non-respect de pareilles conditions ou en subordonnant l'octroi d'un avantage commercial spécifique au respect des normes en matière de travail et d'environnement) (…) »[1096]. Compte tenu de l'absence explicite de conditions et vu que ces obligations sont des normes minimales de protection environnementale et de travail, l'Avocat général a considéré que ces « dispositions se situent dès lors manifestement toutes en dehors du champ d'application de la politique commerciale commune. » Ainsi, il est encore moins probable d'imposer des sanctions commerciales. S'il est possible toutefois d'attendre le rapport non contraignant du Groupe spécial pour émettre ensuite des sanctions unilatérales commerciales sur la base du règlement 2021/167 par exemple, il est fortement probable qu'une telle mesure unilatérale soit contestée lors d'une plainte déposée auprès de l'Organe de règlement des différends de l'OMC[1097].

353. Une recherche accrue de l'*enforcement* aux États-Unis. Les États-Unis ont une politique d'*enforcement* plus forte en matière d'irrespect des dispositions relatives au développement durable. Il n'est pas question ici de mesurer l'étendue de la protection, mais plutôt de constater que les États-Unis se dotent de davantage de moyens pour assurer l'*enforcement* de ces obligations. Là encore, c'est le *Bipartsan Agreement on Trade Policy* qui a marqué ce passage. En effet, il a été souhaité que « *all of our FTA environmental obligations will be enforced on the same basis as the commercial provisions of our agreements – same remedies, procedures, and sanctions* »[1098]. Ainsi, l'ACEUM prévoit par exemple à son article 23.17 que le recours au chapitre relatif au règlement des différends est ouvert à condition que

---

[1096] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON, de l'affaire CJUE, assemblée plénière, *Avis 2/15 Demande d'avis présenté par la Commission européenne en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, « Conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république de Singapour — Répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres* », ECLI. : ECLI:EU:C:2016:992, 21 décembre 2016, paragr. 490.

[1097] KIM Jin Woo, « Shedding Light on the Role of the EU's Chief Trade Enforcement Officer : Dispute Over Labor Commitments Under EU – Korea FTA and EU Enforcement Regulation », [en ligne], *European law blog news and comments on Eu Law* 2 mars 2020. Disponible sur : https://europeanlawblog.eu/2020/03/02/shedding-light-on-the-role-of-the-eus-chief-trade-enforcement-officer-dispute-over-labor-commitments-under-eu-korea-fta-and-eu-enforcement-regulation/

[1098] OFFICE OF THE USTR, *Bipartisan Trade Deal,* [en ligne], Mai 2007, p.2. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file127_11319.pdf

les étapes prévues par ledit article soient respectées. En matière environnementale, l'article 24.32 précise également que si les procédures consultatives prévues par cet article sont respectées, il est possible de saisir directement le Panel comme prévu à l'article 31.6. Si un État n'a pas respecté ses obligations, la partie demanderesse peut donc saisir le panel si la première « *fail to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties* (…) »[1099]. Les notes de bas de page relatives à cet article donnent davantage de définitions quant à ce qui est attendu. La note 12 vient renverser la charge de la preuve en créant une présomption d'irrespect d'une obligation affectant le commerce ou l'investissement d'une Partie. À charge à la Partie défenderesse de démontrer l'inverse. Là encore, ce renversement de présomption n'existe pas dans les accords de l'Union européenne.

Il serait intéressant, pour garantir ce réel effet d'*enforcement*, de soumettre les chapitres européens relatifs au développement durable au même système de règlement des différends. Cela permettrait d'engager des sanctions commerciales à l'égard d'une Partie qui déciderait de ne pas remplir ses obligations. Enfin, il pourrait être intéressant d'utiliser le modèle de l'ACEUM pour contraindre davantage les autres Parties à respecter ces obligations.

354. Rechercher *l'enforcement* par l'inclusion de conditions *a priori.* Toujours en matière de développement durable, l'annexe 23 du chapitre relatif à la protection des droits en matière de travail impose au Mexique des obligations non réciproques visant à modifier ses dispositions internes en vue de se mettre en conformité avec les obligations de l'Accord. S'il n'est pas utile de se pencher sur le fond de ces obligations, il nous faut cependant se concentrer sur le paragraphe 1 de l'annexe 23 qui précise que « *Mexico shall adopt and maintain the measures set out in paragraph 2, which are necessary for the effective recognition of the right to collective bargaining, (…)*. » Quand au paragraphe 3, il stipule que « *it is the expectation of the Parties that Mexico shall adopt legislation described above before January 1, 2019. It is further understood that entry into force of this Agreement may be delayed until such legislation becomes effective.* » Il faut comprendre cette formulation comme une forme de conditionnalité antérieure à la ratification de l'Accord, cette ratification étant conditionnée par les États-Unis à des modifications législatives et réglementaires. Cela constitue une forme d'*enforcement a priori.* Ici la conditionnalité n'exprime pas explicitement une forme de réciprocité, mais plutôt une assurance de se voir garantir un *level playing field*. Bien qu'une harmonisation totale ne

[1099] Article 23.5 paragr. 1.

soit pas recherchée, une harmonisation partielle est désirée pour éviter aux biens et services états-uniens et canadiens d'être soumis à un défaut de concurrence. De plus, il s'agit d'un effet de levier permettant d'obtenir davantage de concessions commerciales.

Pour renforcer l'*enforcement*, l'ACEUM accompagne sa procédure classique de règlement des différends de l'annexe 31-A et B. La partie A concerne le « *United States – Mexico facilitating-specific rapid response labor mechanisms* », et la partie B idem, mais entre le Canada et le Mexique. Cette procédure n'est ouverte qu'à certains dénis de droit qui sont définis à l'article 31 – A.2. Sans revenir sur les délais et les modes de consultations qui caractérisent la rapidité de cette procédure, il faut surtout souligner que cette action permet à une Partie plaignante de suspendre le « règlement final des comptes douaniers lié aux entrées de produits en provenance de l'Installation visée »[1100]. En effet, si la Partie plaignante considère qu'il existe une violation des droits de liberté d'association et de négociation collective, elle dispose de la possibilité de mettre en place cette mesure temporaire. Néanmoins, l'imposition de mesures de réparation[1101] dépend d'une autorisation du Groupe spécial dans les cas où la Partie défenderesse n'aurait pas reconnu l'existence d'un déni de droit. Dans le cas inverse, les Parties peuvent négocier entre elles des mesures correctrices, qui, si elles sont refusées par la Partie défenderesse - qui a alors reconnu l'existence d'un déni de droit -, peuvent autoriser la Partie plaignante à prendre unilatéralement des mesures unilatérales. Cependant, une telle possibilité est exclue si la Partie défenderesse saisit le Groupe spécial dans un délai de 10 jours.

355. Le renforcement symétrique de l'« *enforcement* » et du *level playing field*. Même si cette procédure est quelquefois critiquée en ce qu'elle peut, par exemple, permettre des vérifications approfondies sur site[1102], il peut être intéressant de la reproduire dans les accords de l'Union européenne. Elle ne permet pas des actions abusives unilatérales, mais facilite l'adoption de mesures en cas d'irrespect des droits de travailleurs et pour les installations visées[1103]. Au cœur de sa définition, on note que ce sont des installations qui relèvent d'un secteur prioritaire. Le choix de certaines installations associé à l'idée selon laquelle celles-ci

[1100] Annex 31-A-4 paragr. 3.

[1101] Article 31.10 paragr. 2 : 2. Les mesures de réparation peuvent comprendre la suspension du traitement tarifaire préférentiel pour les produits qui sont produits dans l'Installation visée, ou l'imposition de pénalités sur les produits qui sont produits dans l'Installation visée ou sur les services qui sont fournis par cette dernière.

[1102] Labour rights protection and its enforement under the USMCA : Insights from a comparative legal analysis. P.665

[1103] Protocole d'amendement de l'accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains. Article 31 – A – 15 : Installation visée désigne une installation située sur le territoire d'une Partie, qui selon le cas :

i) produit un produit ou fournit un service faisant l'objet d'un échange entre les Parties;

ii) produit un produit ou fournit un service qui entre en concurrence sur le territoire d'une Partie avec un produit ou un service de l'autre Partie, et qui relève d'un Secteur prioritaire;

entrent en concurrence avec les produits ou services nationaux confirmnt la volonté d'assurer un meilleur *level playing field*. Signe par ailleurs de cette volonté de renforcer l'*enforcement*, l'annexe prévoit une sanction punitive. En effet, après l'imposition de mesures de réparation, si la Partie défenderesse n'a pas remédié au déni des droits, la Partie plaignante peut continuer à imposer des mesures de réparation. Dans ce cas, un délai bloqué de 180 jours empêchera la Partie défenderesse de demander qu'une nouvelle décision soit rendue. Elle devra attendre la fin de ce délai ou remédier au déni des droits[1104].

356. L'intégration d'une logique de réciprocité à travers les dispositions environnementales. Ainsi, il serait louable de réfléchir à la conception d'un tel modèle appliqué à la recherche de réciprocité non uniquement dans le champ qui vient d'être étudié. En effet, il a déjà été démontré que la réciprocité, au sens où nous l'entendons – strict –, était davantage sectorielle que générale. En ce sens, certains secteurs stratégiques où s'appliquerait une logique de réciprocité pourraient être définis. Plutôt que de penser la réciprocité à travers des mesures unilatérales, il serait ainsi possible d'encadrer leur régime dans le cadre d'un système de règlement des litiges, qu'il s'agisse d'une violation ou d'une plainte pour non-violation. Cette procédure, plus rapide, répondrait à la fois à la nécessité d'être réactif compte tenu de la rapidité des échanges et de l'évolution des relations commerciales, et de satisfaire les attentes de réciprocité des Parties en renforçant le lien synallagmatique par le rattachement précis des obligations concernées.

Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée. Dans un rapport réalisé par des chercheurs de la London School of Economics and Political Science[1105], les auteurs soulignent qu'il n'existe aucune relation de cause à effet entre l'inclusion des dispositions relatives au développement durable ou, plus largement aux objectifs non commerciaux et l'amélioration des échanges commerciaux. Pareillement, les sanctions commerciales n'ont pas réellement d'effets sur l'application de ces objectifs par un État. Selon ces derniers, « *[t]he main reason is that trade preference margins are relative and depend on the value of affected trade (…) and the ability of countries to find alternative markets*. »[1106] Cela peut expliquer le rôle diplomatique important que les Comités commerce et développement durable des accords jouent dans la recherche d'un

[1104] *Ibid.,* Article 31 B.10 paragr. 7.
[1105] VELUT, JB., BAEZA-BREINBAUER, D., DE BRUIJNE, M., GARNIZOVA, E., JONES, M., KOLBEN, K., OULES, L., ROUAS, V., TIGERE PITTET, F., ZAMPARUTTI, T. *Comparative analysis of Trade and Sustainable Developments Provisions in Free Trade Agreements,* [en ligne], The London School of Economics and Political Science, février 2022. p.35. Disponible sur : https://www.lse.ac.uk/business/consulting/assets/documents/TSD-Final-Report-Feb-2022.pdf
[1106] *Ibid.,* p.33.

consensus[1107]. Cela confirme, par ailleurs l'idée selon laquelle les sanctions commerciales sont davantage guidées par des volontés de rééquilibrage commercial et d'assurer un meilleur *level playing field* plutôt que la perspective de garantir le respect des objectifs de développement durable. De même, il ne s'agit pas ici de garantir une forme de réciprocité, car on ne cherche pas l'équilibre d'une obligation qui n'existerait plus ni l'attente d'un comportement à l'encontre d'un autre. Il est plus fait référence à la volonté de créer un marché où les règles du jeu n'aurait pas d'impact concurrentiel défavorable sur les produits ou services d'une Partie.

357. Synthèse. Comme cela a déjà été souligné, cette étude aurait pu être menée sur la base de l'accès au marché. Or, en choisissant un objet identique de recherche, il apparaît que les accords de libre-échange sont davantage guidés par une volonté d'*enforcement* et de *level playing field* plutôt que de réciprocité. Cela n'exclut évidemment pas sa présence. Dans ce cas, soit elle est souvent mentionnée explicitement, soit la conditionnalité instaurée traduit la recherche d'un équilibre entre des obligations dont le lien synallagmatique est déterminable.

Ce constat ne doit toutefois pas annihiler toute espérance de recours à la réciprocité par le juge. En effet, après avoir prouvé qu'il existait une forte tendance à l'*enforcement* , il faut également relever une prise en compte grandissante de la question de la réciprocité par certaines Cours. C'est par exemple le cas de la Cour de justice de l'Union européenne. Bien que la réciprocité ne fût pas la question principale posée à la Cour, elle représente un poids dans son argumentation.

B – La recherche d'une protection des règlements des différends sur une base de réciprocité

358. Contextualisation. L'étude de la position de la Cour de justice de l'Union européenne peut éclairer sur l'évolution vers une plus grande intégration de la réciprocité dans les relations commerciales des États. Avant de mener cette étude, il faut préciser que la Cour a recouru à la réciprocité dans le cadre de questions préjudicielles relatives à la fiscalité ou aux investissements. Une des interrogations traitées visait la conformité des mesures unilatérales discriminatoires par rapport à l'article 63 TFUE concernant la libre circulation des capitaux.

[1107] Voir par exemple en ce sens, les discussions relatives à la mise en conformité de la Corée du sud à ses obligations en matière de protection des travailleurs à la suite du rapport du groupe d'experts.
EU-KOREA free trade agreement – 7th committee on Trade and Sustainable Development Joint Minutes, 13 et 14 avril 2021.

Cet article prévoit à son premier paragraphe que « [d]ans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. » L'étude de la réciprocité dans le cadre de la libre circulation des capitaux se distingue de la liberté de prestation de services ou celle d'établissement, car seule la première interdit les restrictions de mouvements de capitaux à l'égard des États de l'Union européenne et aussi des tiers.

359. L'inapplication de la réciprocité aux pays tiers en vertu de l'article 63 paragraphe 1. Sur cette base, la Cour a été saisie d'une demande de décision préjudicielle formulée par le tribunal des finances de Cologne au sujet d'un traitement fiscal plus favorable aux biens situés dans un État de l'Union européenne. S'est notamment posée la question de l'atteinte de la loi sur les droits de succession et donation allemands par rapport à la libre circulation des capitaux entre les États membres et les pays tiers[1108]. À ce sujet, l'Avocat général M. A. M. Collins dans ses conclusions, a considéré qu'il pouvait exister des raisons impérieuses d'intérêt général permettant aux États d'imposer des restrictions appropriées. Il ne s'agit pas ici de commenter la position de l'Avocat général sur le fait que certaines réglementations en l'espèce ne s'opposent pas à l'article 63 paragraphe 1 et que d'autres, au contraire s'y opposent. Relevons plutôt que selon lui, l'article 63 paragraphe 1 s'applique « aux flux de capitaux tant entre les États membres qu'entre les États membres et les pays tiers, sans condition de réciprocité »[1109].

L'argument de l'Avocat général repose sur l'arrêt de la Cour « Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH (C-436/08) et Österreichische Salinen AG (C-437/08) contre Finanzamt Linz. »[1110] Dans cet arrêt, l'absence de réciprocité se justifie par la présence, dans le même article, de l'interdiction de restrictions à l'égard des États membres et des États tiers. En raison de cette proximité, les rédacteurs de l'article 63 paragraphe 1 ont voulu consacrer ce principe de non-discrimination dans les mêmes termes. Compte tenu de l'absence de réciprocité entre États membres et de l'application des principes de coopération loyale et de confiance mutuelle, cette extension aux États tiers justifierait l'absence de réciprocité[1111]. L'Avocat général Bot, au sujet de l'affaire C-105/05, précisait dans ses conclusions que la liberté de circulation des capitaux était prévue dans la directive 88/361, qui, à cette époque, séparait le régime applicable

[1108] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTHONY M. COLLINS du 9 février 2023, paragr.9, de l'affaire CJUE, grande chambre, 12 octobre 2023, C-670/21, *BA contre Finanzamt X,* ECLI:EU:C:2023:763.
[1109] *Ibid.,* paragr. 25.
[1110] CJUE, 3e chambre, arrêt du 10 février 2011, affaires jointes C-436/08 et C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH Österreichische Salinen AG contre Finanzamt Linz,* ECLI:EU:C:2011:61
[1111] *Ibid.,* paragraphes 127 et 128.

aux États membres de celui aux États tiers. Selon l'Avocat général, l'article 56 paragraphe 1 TCE[1112] laisse à penser que les États membres ont souhaité conférer à cette liberté de circulation la même portée aux niveaux intracommunautaires et non communautaires[1113]. Ainsi, il existe une volonté de conférer une portée identique de cet article, à tous les États.[1114]. D'ailleurs, c'est parce qu'il existe des dispositions permettant d'imposer des mesures de sauvegardes économiques et politiques à l'égard des pays tiers qu'il peut être déduit de l'article 63 paragraphe 1 la même portée pour les États membres et les pays tiers[1115]. La Cour a expressément fait référence au raisonnement de l'Avocat général pour adopter la même vision[1116]. On peut noter une continuité dans l'inapplication de la réciprocité sur cette question, comme la position de l'Avocat général M. A. M. Collins l'a démontré. Pour autant, cette continuité n'est pas absolue.

360. Vers une application courante de la réciprocité aux pays tiers. En effet, la demande d'avis 2/15 démontre l'inverse. Sans revenir sur les différentes compétences exclusives et partagées, la Cour a indiqué que l'article 63 n'était pas opposable aux États tiers. Pour assurer la libre circulation des capitaux et des paiements entre les États membres et les pays tiers, il était nécessaire de conclure des accords internationaux et ce sur une base réciproque. La Commission considérait qu'en disposant d'une compétence partagée pour les investissements de portefeuille, il était nécessaire de conclure des accords commerciaux *«* pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités »[1117]. Selon l'Avocat général Madame Eleanor Sharpston, l'objectif de libre circulation des capitaux ne peut être effectif « si les pays tiers n'abolissent pas les restrictions qu'ils appliquent eux-mêmes sur les mouvements de capitaux (…) »[1118]. Or, pour réaliser une telle mission, les accords sont fondés sur la réciprocité[1119]. Dans cette affaire, il ne s'agissait pas d'harmoniser

[1112] Qui a été remplacé par l'article 63 § 1 TFUE.
[1113] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. YVES BOT du 11 septembre 2007 de l'affaire CJUE, grande chambre, 18 décembre 2007, affaire C-101/05, *Skatteverket contre A demande de décision préjudicielle formée par le Regeringsrätten (Suède),* paragr. 75.
[1114] *Ibid.,* paragr. 77.
[1115] *Ibid.,* paragr. 79.
[1116] CJUE, grande chambre, 18 décembre 2007, affaire C-101/05, *Skatteverket, contre A,* ECLI:EU:C:2007:804, paragr. 31,
[1117] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON de l'affaire, CJUE, assemblée pléinière, *Avis 2/15 Demande d'avis présenté par la Commission européenne en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, « Conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république de Singapour — Répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres* », ECLI: ECLI:EU:C:2016:992, 21 décembre 2016, paragr. 278.
[1118] *Ibid.,*
[1119] *Ibid.,*

les législations et donc d'utiliser l'article 114 TFUE, mais plutôt d'assurer une libre circulation à l'aide d'accords internationaux, d'où le recours à l'article 216 paragraphe 1.

L'avis 1/17 va encore plus loin en considérant que le système de règlement des différends des accords de libre-échange, au-delà de leur compatibilité, vise à protéger le caractère réciproque des accords internationaux[1120]. En ce sens, les acteurs européens doivent être protégés du fonctionnement des juridictions nationales des États partenaires de l'Union européenne. Ainsi, si précédemment l'accent a été mis sur la recherche d'*enforcement* à travers le règlement des différends, ces outils assurent également le caractère réciproque d'un accord. Ici, il ne s'agit pas de réciprocité matérielle, mais d'une réciprocité juridique formelle. La prise en compte de la défense de la réciprocité juridique traduit le passage du discours politique vers l'argumentation juridique. L'Avocat général, Yves Bot, est davantage explicite à ce sujet. Dans le cadre de l'affaire C-105/05, il constate les risques potentiels d'un défaut de protection des investisseurs : « C'est pourquoi l'Union doit, pour mener sa politique commerciale, négocier avec ces États tiers, sur une base réciproque, des normes matérielles et procédurales de protection des investissements qui sont effectués entre les deux Parties contractantes »[1121]. Selon l'Avocat général, comme l'Accord a été négocié sur une base de réciprocité, il est normal que les États aient une protection matérielle et procédurale équivalente. En ce sens, le système de règlement des différends prévu par l'Accord doit remplir cette mission, et il semble être l'instrument le plus approprié pour le faire. C'est parce que « la réciprocité doit être analysée comme l'un des principes directeurs des rapports externes de l'Union européenne »[1122] que l'Avocat général s'appuie sur l'avis 2/15 pour justifier sa position et réitère l'exigence de « protection réciproque des investisseurs (…) »[1123]. Pour assurer que les investisseurs européens disposent des mêmes protections que les investisseurs étrangers, « une réciprocité est recherchée sur la base d'un standard de protection librement négocié entre les Parties contractantes (…) »[1124]. En ce sens, c'est en raison de l'asymétrie des niveaux de protection matérielle et procédurale entre les investisseurs européens et étrangers que l'Avocat général soutient que seule « la négociation d'un standard commun » peut garantir la réciprocité dans l'application de l'Accord.

[1120] CJUE, *Avis 1/17 du 30 avril 2019, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, ECLI:EU:C:2019:341, paragr. 117.
[1121] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. YVES BOT du 11 septembre 2007 de l'affaire CJUE, grande chambre, 18 décembre 2007, affaire C-101/05, *Skatteverket contre A demande de décision préjudicielle formée par le Regeringsrätten (Suède),* paragr. 73.
[1122] *Ibid.,* paragr. 77.
[1123] *Ibid.,* paragr. 78.
[1124] *Ibid.,* paragr. 82.

361. Le renforcement d'un principe directeur de réciprocité. La position de l'Avocat général est intéressante sous plusieurs angles. Tout d'abord, le risque de défaut de réciprocité est constaté en matière de protection matérielle et procédurale. Le règlement des différends apparaît comme étant un instrument visant à porter grande attention à la supposée réciprocité. À la lecture de sa position ainsi que de l'AECG, la réciprocité n'est ni évoquée explicitement dans le préambule de l'Accord ni dans le chapitre relatif aux investissements. Seules des conditions de réciprocité sont mentionnées dans les listes en annexe de l'Accord. L'Avocat général se fonde sur le fait que la réciprocité est un principe directeur des relations avec les pays tiers. De plus, il fait de nombreuses fois fait référence à « la recherche de réciprocité ». Cette expression est souvent utilisée dans le cadre de cette thèse pour souligner que la réciprocité est utilisée pour guider les États dans leurs négociations et dans leurs souhaits de modifier les conditions de l'accord. La réciprocité apparaît en effet comme un standard, comme un instrument de mesure évolutif. Pour confirmer son argument, l'Avocat général (et cela constitue un deuxième angle de sa présentation), s'appuie sur les objectifs des institutions européennes dans les négociations. De la même manière que cette thèse s'appuyait sur les intentions unilatérales contenues dans les documents non contraignants des institutions européennes, l'Avocat général s'appuie sur les objectifs de politique commerciale en tant qu'élément d'interprétation. À titre d'exemple, il souligne que la note de synthèse du 5 mai 2015 marque l'intention de l'Union européenne d'obtenir « des garanties comparables, fiables et effectives, en ce qui concerne les investissements et les investisseurs européens à l'étranger »[1125]. Cela laisse à penser que les éléments de langage adoptés par les institutions européennes peuvent engager la Cour à utiliser le raisonnement de la recherche de réciprocité dans ses décisions. Même si l'argument n'a été évoqué explicitement que par l'Avocat général BOT, il serait possible qu'une telle tendance émerge.

D'ailleurs, c'est peut-être cet objectif de politique commerciale qui marque une différence entre cette position et celle évoquée par les conclusions de l'Avocat général M. A. M. Collins, le 9 février 2023. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'une interrogation sur la compatibilité du règlement des différends d'un accord avec les traités et les droits fondamentaux, mais plutôt, d'un renvoi préjudiciel visant à juger de la compatibilité d'une loi à l'égard de l'article 63 paragraphe 1. Les conclusions de l'avis 1/17 de l'Avocat général Yves Bot ne mentionnent l'article 63 qu'en référence à la recherche de réciprocité dans l'avis 2/15. Si la question n'est

[1125] COMMISSION EUROPÉENNE, *L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme. Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage ad hoc et la mise en place d'une juridiction sur les investissements*, [en ligne], 5 mai 2015, paragr. 79.

pas la même, les investissements visés par les conclusions de l'avis 1/17 concernent l'article 63 par le rapprochement effectué par l'Avocat général. Ainsi, même si les sujets étaient différents, cette proximité peut nous permettre de comparer les conclusions. De plus, rappelons-nous la position de l'Avocat général Yves bot au sujet de l'arrêt C-101/05 du 18 décembre 2007 qui étendait l'interdiction des restrictions aux États tiers. La différence principale qui en émerge, concerne, outre leurs objets, les objectifs des politiques commerciales. Les avis 2/15 et 1/17 ont été marqués par la nécessité de veiller aux objectifs des institutions de l'Union européenne d'assurer la libre circulation des capitaux et de protéger les investisseurs européens. Il ne s'agissait pas ici de créer des discriminations ou des restrictions, mais plutôt d'utiliser la recherche de réciprocité en l'intégrant dans les accords de l'Union européenne. En ce sens, par cette intégration, la Cour a pu se fonder sur l'article 216 paragraphe 1 TFUE qui autorise l'Union à conclure des accords « dans le cadre des politiques de l'Union »[1126]. De même, il a été considéré, compte tenu d'une asymétrie de protection, que cette libre circulation ne pouvait être effective que par l'existence d'obligations réciproques. Nous pouvons ainsi affirmer que l'intégration d'une pensée de réciprocité a permis ce changement de position.

Néanmoins, l'utilisation de la réciprocité est intervenue comme un argument pour réaliser les objectifs de politique commerciale et conclure des accords commerciaux à cet effet. Elle ne constitue pas un argument en vue de restaurer un équilibre. En effet, aucun Panel constitué dans le cadre d'un accord de libre-échange ou aucune décision de la Cour de justice de l'Union européenne n'ont utilisé l'argument de la réciprocité au centre de leur argumentation. Plutôt que de se tourner vers le règlement des différends, les discussions diplomatiques pourraient constituer un meilleur outil. Outre les rencontres des comités politiques prévus dans les accords, il convient de s'interroger sur la présence de mécanisme pouvant restaurer une forme de réciprocité.

Paragraphe 2 : La réciprocité correctrice

362. En ayant recours à l'idée de réciprocité correctrice, l'hypothèse est de rechercher si la réciprocité a un rôle palliatif. Bien que cette étude démarre par une analyse formelle des objets qui sont exclus des règlements des différends, ceux-ci doivent susciter notre intérêt s'ils visent des secteurs stratégiques. Dans ce cas, d'une part, ces objets ne seraient pas marqués par

[1126] Article 216 paragr. 1 TFUE.

une réelle volonté d'*enforcement* (A) et d'autre part, cela laisse supposer qu'il existe une volonté de contrôler politiquement la résolution d'éventuels différends. Ainsi, cela est le signe d'une volonté de mieux peser sur les débats éventuels. Cela peut également être un indice d'appréciation d'une recherche de réciprocité plutôt qu'uniquement d'*enforcement*. De façon plus théorique, c'est la question de la légitimité de ces règlements de différends qui se pose. (B).

A – La recherche par secteur de l'exonération du règlement des différends par les réserves des accords

363. Cadre de recherche. Pour mener cette étude, une première étape a été d'analyser les résumés des négociations des différents comités. Lorsque les documents étaient disponibles, une étude des comités investissements, commerce et service, marchés publics, et douanes a été menée. L'objet était de rechercher, dans les discussions, une trace de la réciprocité ou de l'équilibre des futures concessions. Néanmoins, rien dans ces documents n'a permis de déterminer une réelle recherche de réciprocité. Aussi, une autre démarche a été mise en œuvre. Il s'est agi d'identifier les chapitres qui ne bénéficiaient pas du système de règlement des différends. Les chapitres relatifs aux thématiques du développement durable ont été exclus, car déjà traités. Le but de cette démarche a été de mettre en parallèle la recherche de réciprocité et la possible réalisation de cette recherche dans le cadre du système de règlement des différends. Cependant, à la suite de cette étude, on a pu noter qu'il n'existait pas de volonté explicite de rétablir de la réciprocité à travers le règlement des différends. Ainsi, en considérant l'exclusion du règlement des différends de certains chapitres, nous avons pu constater qu'il existait un lien entre celle-ci et volonté d'adopter une démarche unilatérale.

Une fois les chapitres en question mis en avant, nous nous sommes appuyés sur les directives de négociation des États afin de vérifier si les discussions portaient principalement sur ces chapitres, et dans quels buts. En l'absence de ces documents, il a fallu s'appuyer sur d'autres intentions de réciprocité qui ont été publiées et qui sont prévues par les procédures nationales de négociation d'un accord. Ainsi, certaines intentions publiées par des autorités rattachées à l'État peuvent être un indice de recherche de réciprocité, mais ne sont pas à traiter de manière égale aux objectifs de négociations des organes de l'État. Sur cette base, compte tenu de l'exclusion de l'application du système de règlement des différends pour certaines dispositions et certains chapitres de l'accord, il s'agira d'analyser le rôle desdits comités

politiques prévus par les accords, notamment dans l'application d'une intention de réciprocité. Ces rôles seront étudiés sous deux prismes : l'objet des thèmes traités par ces comités et le caractère contraignant de la position des comités.

Concernant les chapitres visés qui sont exclus du système général de règlement des différends, voici un tableau récapitulatif. À noter que sont exclus les chapitres relatifs à la protection de l'environnement et du travail. Plus précisément, lorsqu'il y a exclusion, il est inscrit « oui » et non dans le cas contraire.

	AECG	UE-RU	UE-VIETNAM	UE-CHILI	UE-JAPON	UE-SINGAPOUR	USMCA	KOREUS	US-CHILI	US-AUSTRALIE	CHINE-CORÉE DU SUD	CHINE - AUSRALIE	CHINE-CAMBODGE
Antidumping et mesures compensatoires	OUI	OUI	OUI	NON	OUI	OUI	OUI	OUI sauf certaines dispositions	NON	NON	NON	NON	NON
Sauvegarde	Uniquement sauvegardes globales	NON	Uniquement sauvegardes globales	NON	Uniquement sauvegardes globales	Uniquement sauvegardes globales	NON	OUI	NON	NON	NON	NON	NON
Subvention	Uniquement pour la pêche	PARTIEL	NON	NON	PARTIEL (consultations)	Toutes les subventions sauf celles prohibées	NON	OUI	NON	NON	NON	NON	NON
Investissement	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	Régime différent	OUI
Services	PARTIEL	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON
Politique de concurrence	OUI	OUI	PARTIEL	OUI	OUI	À part les mesures anti-dumping	OUI	OUI mais que certaines dispositions	OUI	OUI	OUI	NON	NON
Compétitivité	NON	NON	NON	NON	NON	NON	OUI	NON	NON	NON	NON	NON	NON
Bonnes pratiques réglementaires et coopération.	NON	OUI	NON	NON	OUI	NON	OUI	NON	NON	NON	NON	NON	NON
Obstacles tarifaires	NON	NON	NON	NON	NON	NON	PARTIEL	NON	NON	OUI	OUI	NON	NON
SPS	NON	NON	NON	NON	PARTIEL	NON	NON	OUI	OUI	OUI	OUI	NON	NON
Petite et moyenne entreprise	NON	OUI	NON	NON	OUI	NON	OUI	NON	OUI	PARTIEL	OUI	NON	NON
Gouvernance d'entreprise	NON	NON	NON	NON	OUI	NON	NON	NON	NON	PARTIEL	NON	NON	NON
Coopération dans le domaine agricole	NON	NON	NON	NON	OUI	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON
Services financiers	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	Règlement des différends appliqué mais modifié	NON	Règlement des différends appliqué mais modifié
Anticorruption	NON	NON	NON	NON	NON	NON	Règlement des différends appliqué mais modifié	NON	NON	NON	NON	NON	NON
Commerce électronique	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	NON	OUI	OUI	OUI	OUI

Il faut également ajouter que sont répertoriés les chapitres les plus mentionnés. À ceci, il aurait pu être ajouté le cas du chapitre sur le secteur aérien dans le cadre de l'Accord passé entre l'Union européenne et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ou encore la coopération dans le cadre de l'initiative des routes de la soie entre la Chine et le Cambodge.

364. L'expression des tendances. Les accords passés par l'Union européenne tendent à exclure en majorité du règlement des différends les dispositions concernant l'antidumping, les mesures compensatoires et les sauvegardes globales. À ceci, s'ajoutent certaines obligations partielles en matière de subvention. À titre d'exemple, l'AECG exclut uniquement les subventions dans le secteur de la pêche et l'Accord entre l'Union européenne et Singapour exclut toutes les obligations qui traitent des subventions, à l'exception des subventions prohibées. L'Union partage un point commun avec les États-Unis en ce qu'ils excluent certaines obligations en matière de politique de la concurrence. Dans ces exemples, ne sont pas concernées les obligations strictement commerciales, mais plutôt celles en matière de concurrence. Elles visent essentiellement à inciter à la prise d'engagements futurs ou, du moins, à négocier sur certaines thématiques. La formulation de ces chapitres indique qu'il s'agit d'obligations, mais ces obligations ne sont pas associées à des sanctions. C'est pourquoi il est plus judicieux que de tels enjeux soient traités par des comités politiques au lieu règlement des différends. Le constat est similaire dans l'exemple chinois. Les chapitres concernés sont totalement différents et se concentrent essentiellement autour de l'exclusion du commerce électronique. On note les différents enjeux entre ces États. S'il faut relever que les États ont, malgré tout, la possibilité de saisir l'Organe de règlement des différends de l'OMC, ces différences traduisent la volonté de l'Union européenne de maîtriser politiquement les discussions sur les mesures antidumping et compensatoires. Les États-Unis souhaitent, comme cela a été démontré supra, davantage maîtriser les politiques de concurrence dans ses accords commerciaux. En excluant ces chapitres du règlement des différends, les États expriment une volonté de négocier politiquement.

Il est donc possible que des discussions politiques aboutissent à une recherche de réciprocité. Afin de prouver cette hypothèse, il s'agit à présent d'étudier, comme indiqué, l'intention de réciprocité dans les documents de négociation et leur application dans les comités politiques. La même démarche a été appliquée à tous ces accords. Afin éviter toute redondance, seul un exemple par pays a été retenu.

365. L'exemple des États-Unis. Le cas de l'ACEUM. Le sommaire des objectifs de la renégociation du ALENA[1127] marque l'intention des États-Unis d'agir de manière unilatérale dans la majorité des chapitres concernés par l'exclusion du règlement des différends. À titre d'exemple, les chapitres relatifs aux pratiques concurrentielles ou encore aux mesures correctrices commerciales (*trade remedies*) ne peuvent être portés devant des arbitres dans le cadre de ces procédures. Pour les États-Unis, l'ACEUM doit préserver sa capacité d'appliquer avec rigueur ses propres lois commerciales, - y compris celles visant à lutter contre le dumping, ou encore à faire barrage à des mesures de sauvegardes[1128]. Le reste des chapitres, s'ils n'impliquent pas une action unilatérale des États-Unis, ont pour rôle de veiller au cadre concurrentiel des relations commerciales à la manière des dispositions concernant la compétitivité, ou encore la lutte contre la corruption. On peut noter que, durant les négociations, l'accent est mis sur les chapitres pour lesquels il est impossible de saisir le Panel. Lors de la conclusion du troisième cycle des négociations de l'ACEUM, on note, par exemple, que des avancées ont été réalisées « *in the areas of telecommunications, competition policy, digital trade, good regulatory practices, and customs and trade facilitation*. » [1129] Cela est répété dans les cycles suivants[1130]. Si cet exemple n'est pas marqué par une recherche explicite de réciprocité, il traduit cependant une volonté de rééquilibrer les relations commerciales par un meilleur encadrement des relations concurrentielles. Cet indice de contrôle unilatéral ne nous permet pas, pour l'instant de juger que les comités politiques veillent à la recherche d'une meilleure réciprocité dans le cadre de ces chapitres, mais il laisse apparaître que ces comités peuvent constituer des enceintes de négociations visant à un tel but, lorsque les négociations politiques sont préférées aux contestations par la voie du règlement des différends. Cette hypothèse est démontrée dans la déclaration commune de la seconde réunion des Parties à l'accord. L'attention est portée sur des discussions réalisées dans les comités et groupes de travail portant sur la mise en application des obligations relatives à « *Agriculture Trade, Agricultural Biotechnology, Trade Facilitation, Temporary Entry, Private Commercial Disputes, Sanitary and Phytosanitary Measures, Technical Barriers to Trade, Transportation*

[1127] OFFICE OF THE USTR, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Summary of objectives for the NAFTA Renegotiation,* [en ligne], 17 juillet 2017. Disponible sur : http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/Modernization/USTR_NAFTA_Objectives_e.pdf
[1128] *Ibid.,* p.4.
[1129] OFFICE OF THE USTR – EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Trilateral Statement on the Conclusion of the Third Round of NAFTA Negotiations,* [en ligne]. Disponible sur : http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/Modernization/Round_3_e.pdf
[1130] OFFICE OF THE USTR – EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Trilateral Statement on the Conclusion of the Fourth Round of NAFTA Negotiations,* [en ligne]. Disponible sur http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/Modernization/NAFTA_MOD_Round_4_e.pdf

Services, State Owned Enterprises, and Good Regulatory Practices. »[1131] Là encore, cela n'est pas une démonstration d'une recherche de réciprocité dans tous ces chapitres, mais d'éventuelles discussions futures.

366. L'exemple de la république populaire de Chine : le cas de l'Accord conclu avec le Cambodge. Il est difficile de transposer cette étude à l'exemple des accords passés par la Chine compte tenu de la difficulté de s'appuyer sur d'éventuelles directives de négociations, mais aussi du peu de références explicites à la réciprocité. Il s'est donc agi de prendre comme point de départ les résumés des négociations et d'analyser les secteurs qui étaient le plus mentionnés. Ainsi, l'attention devrait essentiellement se porter sur la coopération « *on Belt and Road Initiative, investment cooperation, economic and technological cooperation, e-commerce and some legal issues*. »[1132] L'initiative des routes de la soie est à nouveau mentionnée lors de l'annonce de la conclusion de l'Accord[1133] et lors de son entrée en vigueur[1134]. Ces secteurs traduisent l'importance des négociateurs de poursuivre les discussions et de régler les différends selon un cadre politique et diplomatique. Dans le cas de cet Accord, nous pouvons remarquer qu'aucun recours au règlement des différends n'est réalisé, car les obligations sont des objectifs généraux futurs et ces dispositions renvoient à d'autres accords ou engagements internationaux. Il s'agit, par exemple, dans le cadre du commerce électronique, de rendre davantage contraignant des mémorandums d'accord précédemment signé[1135]. Ainsi, la réciprocité a un double rôle à jouer. Tout d'abord, il est possible que les futures négociations se fassent sur une telle base. Ensuite, à défaut de règlement des différends, on peut imaginer qu'un État suspende ses obligations si un autre État ne les remplit pas. De plus, si cela est possible, un État peut saisir l'ORD de l'OMC.

[1131] OFFICE OF THE USTR, *Joint Statement of the Second Meeting of the USMCA/CUSMCA/T-MEC Free Trade Commission,* [en ligne], 08 juillet 2022. Disponible sur : http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/Implementation/USMCA_CUSMA_T-MEC_e.pdf

[1132] MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *China and Cambodia Hold the 2nd Round of Negotiations on the Bilateral Free Trade Agreement,* [en ligne], 13 avril 2020. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/enarticle/chinacambodiaen/chinacambodiaennews/202004/42358_1.html

[1133]MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *Minister Zhong Shan and Cambodian Commerce Minister Pan Sorasak held video conference and announced the conclusion of China-Cambodia FTA negotiations,* [en ligne], 27 juillet 2020. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/enarticle/chinacambodiaen/chinacambodiaennews/202007/42738_1.html

[1134] MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *China-Cambodia FTA will come into effect on January 1, 2022,* [en ligne] 24 novembre 2021. Disponible sur :http://fta.mofcom.gov.cn/enarticle/chinacambodiaen/chinacambodiaennews/202112/46486_1.html

[1135] Voir par exemple : MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *China and Cambodia sign the Memorandum or Understanding on E-commerce – Cooperation,* [en ligne], 13 novembre 2017. Disponible sur : http://wangbingnan2.mofcom.gov.cn/article/activity/201712/20171202681977.shtml

Il nous faut, par ailleurs, se référer aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en rappelant simplement la différence précédemment évoquée entre suspension de l'application et suspension de l'exécution du traité. Dans l'exemple, de l'Accord conclu avec le Cambodge, il s'agirait d'utiliser la réciprocité sous l'idée de l'*exceptio* déjà traitée. Cela serait d'autant plus probable en cas d'impossibilité de se saisir du règlement des différends prévu par l'Accord et aussi de recourir à l'ORD de l'OMC. Ainsi, la réciprocité aurait un rôle palliatif en ce qu'elle interviendrait pour combler l'absence d'action. Toutefois, une telle possibilité devrait être encadrée. Il serait alors possible, par exemple, qu'à défaut de règlements des différends, un tel désaccord soit traité dans un premier temps au sein des comités prévus par l'Accord.

367. L'exemple de l'Union européenne. Dans le cas de l'Union européenne cependant, un tel lien entre l'exclusion de certains chapitres du règlement des différends et les éventuelles négociations dans les comités a été difficile à établir[1136].

En dépit de ce constat pour ce dernier exemple, le rôle de ces comités ne doit pas être négligé et mérite de s'y intéresser face aux larges objets de négociations qui seront soumis à leur étude. Puisque ces comités permettent de poursuivre les négociations, nous pouvons suggérer d'y voir des outils en vue de rechercher une meilleure réciprocité. Ce rôle est d'autant plus plausible que leurs décisions sont contraignantes.

B – Le recours aux comités politiques : signe d'une préférence des négociations politique au recours aux tiers

368. Compte tenu de ce qui a été démontré précédemment, il semble nécessaire d'étudier la faisabilité d'une recherche de réciprocité au sein des différents comités. Cette démarche procédera en deux temps. Tout d'abord une démonstration du pouvoir de ces comités (1). Ensuite, la manière dont ces comités pourraient se saisir de la question de la recherche de réciprocité (2).

[1136] Recherches réalisées grâce à la base de données CIRCABC. Disponible sur : https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/be5be10c-b63e-4144-a0c1-a3f8de5be2a0

1. Le pouvoir des comités

369. Délimitation du cadre de l'étude. La première étape a consisté à nous référer aux chapitres consacrés aux dispositions institutionnelles de l'accord concernant le fonctionnement des comités et/ou sous-comités. Ensuite, il a fallu analyser les fonctions qu'associe chaque chapitre à ces comités et/ou sous-comités[1137]. En adoptant cette approche, il a été mis en avant que les accords européens semblaient conférer plus de pouvoirs aux comités que ceux états-uniens ou chinois.

Si les dispositions contenues dans les chapitres institutionnels ne révèlent pas de grandes modifications entre ces accords, il en est autrement des fonctions associées par chaque chapitre.

370. S'il ne s'agit pas là encore de détailler le fonctionnement de ces comités, il convient tout d'abord d'exposer leur importance dans le fonctionnement des relations commerciales intergouvernementales. Il existe une distinction entre les comités mixtes et les comités spécialisés. Comme les appellations diffèrent, nous retiendrons cette différence hiérarchique. Tous ces comités sont composés par des représentants des États. Dans le cadre de l'Union européenne, ce sont des représentants de la Commission européenne. Ce ne sont donc pas des tiers. Il existe un lien organique qui donne davantage de légitimité à la prise de décision. Cela d'autant plus que les comités mixtes, qui disposent de compétences de principe, possèdent le pouvoir de prendre des décisions et d'émettre des recommandations. Les premières sont contraignantes « sous réserve de l'accomplissement de toute exigence et procédure interne nécessaires » [1138] tandis que les secondes ne le sont pas. Si l'AECG ne le précise pas, l'Accord avec le Royaume-Uni exprime cette différence[1139]. Les accords de l'Union rendent explicite ce caractère contraignant à défaut des accords états-uniens et chinois. Cependant, dans ces derniers, il n'y a pas de différence entre les décisions et les recommandations, et le comité mixte ainsi que les autres comités prennent les décisions sur la base du consensus. Les accords passés

[1137] Ont été étudiés : l'AECG ; l'Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part ; l'ACEUM ; l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et la Corée du Sud ; L'Accord entre la république populaire de Chine et la république de Corée ; L'Accord entre la république populaire de Chine et le Commonwealth d'Australie.

[1138] Voir en ce sens la règle 10 des règles de procédure du Comité mixte de l'AECG.

[1139] Article 10 Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part.

par la Chine prévoient, par ailleurs, que le pouvoir de décision des comités « *shall be subject to the endorsement of the Joint Commission* »[1140].

371. Le caractère contraignant des décisions de certains comités. Par ailleurs, on peut noter une autre différence dans la définition du caractère contraignant. Dans les accords conclus par l'Union européenne, les décisions sont contraignantes sous réserve de l'accomplissement de toute exigence et procédure interne. Or, rien n'est mentionné dans les autres accords.
Ainsi, dans le cadre de l'Union européenne, il faut essentiellement se référer à la procédure simplifiée prévue par l'article 218 paragraphes 9 et 7. Cet article exclut du champ de la procédure le Parlement de l'Union européenne, ce qui n'est pas sans poser de question quant à la légitimité de cette mesure et du défaut de représentation démocratique dans le fonctionnement des accords commerciaux de l'Union[1141]. Néanmoins, l'implication du Parlement européen peut également ralentir le processus et réduire l'efficacité de ces mécanismes. En effet, comme l'Avocat général Mme Sharpston le soulignait, avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, de telles procédures simplifiées permettant d'arrêter la position de la Communauté européenne n'exigeaient pas « que des accords ad hoc ne soient adoptés entre les institutions, la procédure visée à l'article 228 CE était traditionnellement utilisée. »[1142]
Or cette difficulté a été surmontée par une proposition de la Commission de créer une procédure simplifiée, ce à quoi a partiellement répondu le traité d'Amsterdam, puis plus tard celui de Nice[1143]. Selon son paragraphe 9, il revient au Conseil sur proposition de la Commission d'établir « les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques (…). » Ainsi, l'article 218 paragraphe 7 TFUE aujourd'hui permet de se passer de cette démarche en ce que le Conseil peut, dès la conclusion d'un accord habiliter le négociateur européen à négocier les modifications nécessaires lorsque l'accord prévoit une telle possibilité. Cette habilitation peut être conditionnée.

[1140] Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea, [en ligne], signé le 1er juin 2015 et entré en application le 20 décembre 2015, article 19.4 paragraphe 3. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf
[1141] Voir en ce sens : WEISS WOLFGANG, « Delegation to Treaty Bodies in EU Agreements : Constitutional Constraints and Proposals for Strengthening the European Parliament », *European Constitutional Law Review,* Juin 2018 p.13.
[1142] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON de l'affaire, CJUE *Conseil de l'Union européenne contre Commission européenne*, grande chambre, 16 juillet 2015, affaire C-73/14, paragr. 71.
[1143] *Ibid.,* paragr. 72.

372. L'étude du recours à l'article 218 paragraphe 7 du TFUE. Dans certains accords passés par l'Union européenne, la procédure privilégiée par l'article 218 paragraphe 7 semble privilégiée. Concernant l'AECG, la Décision 2017/38 du Conseil prévoit par exemple que le Conseil, en vertu de l'article 218 paragraphe 7 « autorise la Commission à approuver les modifications de l'annexe 20-A de l'accord qui seront adoptées par le comité mixte de l'AECG, conformément à l'article 26.1 de l'accord, sur recommandation du comité de l'AECG sur les indications géographiques en application de l'article 20.22 de l'accord. »[1144] Tout d'abord, on note que l'habilitation est limitée matériellement, mais non temporellement, l'annexe 20-A concernant les indications géographiques. Cela est le signe que la disposition conditionnant le caractère contraignant des décisions du comité mixte à l'exécution des procédures internes ne constitue pas un obstacle ni une condition postérieure aux négociations du comité mixte, puisque l'habilitation accordée est en amont ou durant lesdites négociations. Ensuite, dans ce cadre, il faut remarquer que le point de départ est celui d'une recommandation d'un comité, donc sans le caractère contraignant d'une proposition qui serait transmise au comité mixte pour adopter une décision en la matière. De manière générale, le Conseil habilite les négociateurs à adopter les positions des comités en matière d'indication géographique, à l'exception de la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république socialiste du Viêt Nam[1145]. Cette dernière, contrairement à celle relative au Canada, ne concerne que l'approbation des modifications ou rectifications adoptées par le comité « commerce » en matière de marchés publics. Toutes les autres propositions de décisions étudiées traitent des deux secteurs. En effet, pour prendre l'exemple du Japon et ne retenir que le secteur des marchés publics, la proposition de décision du Conseil[1146] prévoit que la « Commission devrait également être habilitée à approuver la position de l'Union sur les modifications ou rectifications des engagements au titre de l'annexe 10, partie 2, de l'accord, telles que prévues à l'article 10.14 (Modifications et rectifications de la couverture), (…). »[1147] À la lecture de ces dispositions, on comprend que ce sont les Parties qui

---

[1144] Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, JO L 11/1080, 14 janvier 2017, p. 1080–1081.

[1145] COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république Socialiste du Viêt Nam,* [en ligne], COM (2018) 691 final, 17 octobre 2018. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cecd32a2-d2e8-11e8-9424-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF

[1146] COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon,* [en ligne], COM (2018) 192 final, 18 avril 2018. Disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cf1c4c42-4321-11e8-a9f4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF

[1147] *Ibid.,* p.3.

sont chargées de négocier dans un premier temps entre elles. Ensuite, le comité des marchés publics adresse, selon l'article 10.16 de l'accord, des recommandations au comité mixte chargé d'adopter les modifications des Parties.

373. La légitimité démocratique d'une telle pratique. Compte tenu de ce pouvoir décisionnel et contraignant, la question de l'acceptabilité de cette pratique se pose. Tout d'abord, il faut relever que ce sont les États qui disposent du pouvoir de négociation initial et que ce sont les représentants de ces parties qui siègent dans ces comités. De plus, dans l'affaire C-277/94[1148], les juges ont souligné que les États ont souhaité se lier par de telles décisions et que « se soustraire à cet engagement constituerait une violation de l'accord lui-même »[1149]. Cette affaire va également plus loin que notre affirmation selon laquelle il ne fallait pas attendre la validation postérieure[1150] des États selon leurs procédures internes puisque les juges soulignaient que « l'effet contraignant des décisions du conseil d'association ne saurait dès lors dépendre de l'adoption effective de mesures d'exécution par les parties contractantes. »[1151] Dans le même sens, le Professeur Wolfgang Weiß rappelait que selon l'article 216 paragraphe 2, les institutions européennes étaient liées par les accords internationaux qu'elles avaient rejoints ainsi que par les décisions prises par les organes prévus dans les accords[1152].

374. Le champ d'intervention des comités. Une fois ce rappel effectué, c'est la capacité d'action de ces comités qui interroge. Inutile de revenir sur chacune des différentes compétences. Celles-ci visent par exemple des activités de conseil dans l'exécution de l'Accord, ou encore de facilitation d'échanges d'informations. Compte tenu du rôle que peuvent avoir ces comités dans la recherche de réciprocité, nous devons considérer les dispositions qui permettent de modifier matériellement l'Accord, sans pour autant étudier ses différentes clauses d'amendement. Nous pouvons souligner que l'article 2.4 de l'AECG permet aux États de se

[1148] CJCE, Demande de décision préjudicielle, 10 septembre 1996, affaire C-277/94, *Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci contre Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank et O. Akol contre Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging,* ECLI: ECLI:EU:C:1996:315.
[1149] *Ibid.,* paragr. 19.
[1150] Il existe cependant des limites comme l'a souligné le Professeur Emanuel Castellarin. Chaque procédure interne doit être respectée et la violation d'une telle procédure peut avoir des conséquences en droit international. À ceci il ajoute par exemple qu'il est toujours possible de recourir à l'article 46 de la convention de Vienne sur le droit des traités en cas de violation manifeste de dispositions de droit interne d'importance fondamentale. Voir CASTELLARIN Emanuel, « The joint committees established by free trade agreements and their impact on EU law », *in* BOSSPLATIÈRE, RAPOPORT CÉCILE, *The conclusion and implementation EU Free Trade Agerements. Constitutional Challenges,* Université De Rennes 1, France, 2019, pp 328, page 206.
[1151] CJCE, Demande de décision préjudicielle, 10 septembre 1996, affaire C-277/94, *Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci contre Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank et O. Akol contre Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging,* ECLI: ECLI:EU:C:1996:315, paragr.20.
[1152] WEISS WOLFGANG, « Delegation to Treaty Bodies in EU Agreements : Constitutional Constraints and Proposals for Strengthening the European Parliament », *European Constitutional Law Review,* Juin 2018, p.9.

consulter « en vue d'accélérer et d'élargir l'élimination des droits de douane applicables aux importations (…) ». De plus, l'Accord en question prévoit que le comité des services et de l'investissement peut recommander au comité mixte d'adopter une interprétation du présent Accord[1153] ou encore d'adopter « d'autres éléments de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable (…) »[1154]. Cela signifie dans le second cas qu'il est possible de modifier ce que les Parties considéraient initialement comme étant un traitement juste et équitable, et donc qu'il est possible de modifier matériellement l'Accord. Par ailleurs, celui passé avec le Royaume-Uni prévoit que le conseil de partenariat est habilité à « adopter, par décision, des modifications du présent accord ou de tout accord complémentaire dans les cas prévus par le présent accord ou tout accord complémentaire ». Bien que cela soit limité à certains objets, le comité dispose de ce pouvoir. Cela peut concerner une volonté d'assurer un meilleur *level playing field* par une modification des conditions d'application des subventions interdites, ou encore une modification des obligations internationales dans le secteur de la pêche, où la clause de réciprocité est parfois inscrite[1155]. En ce sens, la clause de réexamen prévue à l'article 510 permettrait aux Parties de renégocier les taux de capture en matière de pêche. Les négociations dans ce secteur ont été houleuses lors des négociations de cet accord. Ainsi, de telles clauses et modifications existent dans des secteurs paraissant importants pour les négociateurs. Par ailleurs il existe une volonté de préciser l'objet de possibles modifications. L'ACEUM et l'Accord entre les États-Unis et la Corée du Sud, par exemple, ne comportent pas autant de détails. La Commission dans l'ACEUM qui fait office de comité mixte par exemple « *shall (…) consider proposals to amend or modify this Agreement* »[1156]. Dans l'accord passé avec la Corée du Sud on relève que le comité mixte « *may (…) issue interpretations of the provisions of this Agreement, including as provided in Articles 11.22 (Governing Law) and 11.23 (Interpretation of Annexes) (…)* »[1157]. Quant aux accords entre la Chine la Corée du Sud par exemple, on ne relève pas de liens entre lesdits comités et la possibilité de modifier l'accord.

375. Synthèse. Ainsi, il découle de ce qui précède que les comités ont un rôle influent dans la production du droit par leurs décisions contraignantes. Elles créent du droit entre les Parties, mais il faut rappeler qu'elles viennent en ce sens, modifier le droit interne de l'Union

[1153] Article 8.44 paragr. 3, 1).
[1154] Article 8.44 paragr. 3, 5).
[1155] Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JO L 149 du 30 avril 2021, p. 10–2539, article 508.
[1156] *Ibid.,* article 30.2 paragr. 1 b).
[1157] *Ibid., a*rticle 22.2 paragr. 3

européenne. Il ne s'agit pas de critiquer ces larges pouvoirs. Au contraire, puisque les Parties ont consenti à ce que de telles compétences soient accordées, il faudrait les utiliser pour rechercher de la réciprocité.

2. La recherche de réciprocité dans les comités.

376. La diffusion de l'intention de réciprocité au sein des comités. Avant tout, il faut rappeler que le Comité n'adopte des actes qu'après négociations entre les Parties[1158]. Pour ne prendre que l'exemple de l'Union européenne en la matière, les procédures de l'article 218 paragraphes 7 et 9 peuvent avoir une incidence sur la recherche de réciprocité. Dans les deux cas, le Conseil de l'Union européenne n'a que le pouvoir de définir des politiques[1159] dont se saisira la Commission. Il a été précédemment démontré que les directives de négociation du Conseil de l'Union européenne faisaient davantage état de la recherche de réciprocité que la Commission européenne, mais moins que le Parlement européen. Si son absence dans ces procédures peut exercer une influence négative sur la recherche de réciprocité, on peut estimer qu'une telle volonté puisse être exprimée par le Conseil. Dans les décisions du Conseil étudiées, il n'était pas fait état de la recherche de réciprocité. L'habilitation du Conseil est brève et décrit le champ matériel uniquement. Cependant, il faut se souvenir que les décisions visaient principalement les indications géographiques et les modifications du champ d'application des annexes dans le secteur des marchés publics. Concernant ce secteur, inutile de rappeler l'intention de réciprocité des institutions de l'Union européenne, car cela a déjà été démontré dans les démonstrations précédentes. En ce sens, il existerait une cohérence dans les choix politiques des institutions européennes. Comme l'a déclaré l'avocat général Madame Sharpston, « [l]a clarification ultérieure et l'application des engagements existants pris par l'UE en vertu du droit international par le biais de procédures judiciaires internationales, y compris des procédures consultatives du TIDM, sont, dans la plupart des cas, simplement les conséquences des choix «politiques» antérieurs du Conseil et ne requièrent donc pas la définition d'une nouvelle politique. »[1160] En ce sens, l'intention de réciprocité - qui a été

[1158] CASTELLARIN Emanuel, « The joint committees established by free trade agreements and their impact on EU law », *in* BOSSPLATIÈRE, RAPOPORT CÉCILE, *The conclusion and implementation EU Free Trade Agerements. Constitutional Challenges,* Université De Rennes 1, France, 2019, pp 328, p. 202 : « More precisely, the joint committees' acts are not adopted by the joint committees but by the Parties within joint committees ».
[1159] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON du 16 juillet 2015, paragr. 86, de l'affaire CJUE, grande chambre, 6 octobre 2015, C-73/14, *Conseil de l'Union européenne contre Commission européenne*, ECLI:EU:C:2015:663
[1160] *Ibid.,* paragr. 90.

relevée plusieurs fois dans les documents de négociation, mais également dans les préambules des accords – pourrait conduire à créer une pratique de réciprocité de la part du Conseil de l'Union européenne, sur laquelle les négociateurs au sein des différents comités pourraient s'appuyer. Une telle recherche de réciprocité pourrait être explicitée dans le cadre de nouvelles habilitations. Dans ce dernier cas, la procédure de vote importe. Dans les précédents développements, le manque de consensus à l'égard de la réciprocité au sein du Conseil de l'Union européenne a été présenté comme un risque d'effectivité de cette recherche. Cela est un risque à prendre en compte bien que dans le cadre de ces procédures, le vote au sein du Conseil soit acquis ou non pas à l'unanimité, mais lorsqu'une majorité qualifiée est obtenue[1161]. Enfin, toujours dans le secteur des marchés publics, si la réciprocité est au centre des négociations, les accords de libre-échange européens, comme dans l'article 290 de l'Accord conclu avec le Royaume-Uni, prévoient des clauses « d'ajustements compensatoires appropriés afin (…) de maintenir un niveau de couverture comparable à celui qui existait avant la modification. » Le niveau de couverture comparable serait la matérialisation du niveau de réciprocité.

Il serait intéressant de renforcer les compétences de ces comités afin de veiller à une meilleure recherche de réciprocité. Dans les secteurs stratégiques où il existe une intention de réciprocité, des examens matériels de l'équivalence devraient avoir lieu suivant des périodes déterminées. Les comités devraient constituer un espace de discussion de la mise en application de l'équivalence initiale, selon qu'il s'agisse d'une formule fixant un degré de réciprocité ou d'une renégociation de l'objet de ce qui est de réciprocité. En privilégiant les comités, on répond à l'idée selon laquelle des aléas peuvent déstabiliser l'équivalence décidée, mais aussi que l'accord est, en lui-même, un contrat incomplet. Si les mesures de sauvegardes contribuent à la restauration de l'équilibre, elles ne s'appliquent que selon l'importance du déséquilibre. Convenir des règles de renégociations et mettre en place des formules visant à restaurer l'équilibre contribuerait à maintenir les intérêts des Parties et à limiter les violations des obligations de l'accord, lorsqu'elles sont moins coûteuses que leurs respects.

[1161] CJUE, grande chambre, 2 septembre 2021, affaire C-180/20, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne,* ECLI:EU:C:2021:658. paragr. 30 à 36.
Voir également : CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN RICHARD DE LA TOUR du 28 octobre 2021, de l'affaire CJUE, grande chambre, 1er mars 2022, C-275/20, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne,* ECLI:EU:C:2022:142 paragr. 74 et 75.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

En adoptant tout d'abord une approche macroscopique, l'intérêt était de créer un espace d'application de la fonction d'exécution de la réciprocité en l'insérant aux côtés des mesures de résolution des différends. Bien qu'en droit international général, la fonction d'exécution de la réciprocité soit par exemple interprétable sous la forme de l'*exceptio* et que les juges se fondent sur cet indice pour directement en contester le défaut, le système commercial agit en tant que *lex specialis*. Puisque la réciprocité, dans ces organes, n'est pas un but en soi et qu'il est impossible de l'invoquer, il serait erroné d'imposer sa fonction d'exécution unilatérale compte tenu de l'obligation de se référer à ces organes de règlement. Cependant, ces travaux nous ont permis de constater qu'il n'existait pas d'interdiction absolue, mais plutôt de fortes contraintes à respecter qui rendent ces instruments unilatéraux difficiles à mettre en œuvre. C'est pourquoi il a fallu également étudier si le recours pour non-violation était une solution viable en vue de contester un défaut de réciprocité. En dépit de son utilisation visant à accorder un droit à réparation en cas de non-respect des concessions réciproques, la prudence dans son utilisation réduit fortement l'intérêt pour cette piste, ce malgré le recours à l'intention de certains États de défendre cette plainte. De plus, le fait que l'objet de cette plainte n'ait pas comme impact la restauration directe de la réciprocité doit nous alerter. Compte tenu de ces résultats et du fait que les précédentes observations indiquaient que la réciprocité ne pouvait viser que certains secteurs, l'étude de l'exclusion de certains objets du règlement des différends donne une porte d'ouverture en vue d'utiliser potentiellement la fonction d'exécution de la réciprocité. Si la fonction d'*enforcement* a été reconnue, il est cependant difficile d'en conclure l'existence de réciprocité. Ainsi, recourir aux comités politiques et négocier politiquement sur d'éventuels différends paraît mieux adapté. Dans l'idée de l'importance de mettre en avant la volonté, il faudrait élargir les fonctions de ces derniers afin d'octroyer aux membres la capacité de rééquilibrer les accords et, le cas échant, de restaurer de la réciprocité lorsqu'elle était prévue. Ainsi, il s'agirait de concevoir une fonction d'exécution de la réciprocité non pas uniquement de manière unilatérale, mais sur la base du consensus. Cela permettrait également de sortir de l'utilisation d'une réciprocité comme un moyen de réalisation des traités et des politiques de l'Union européenne. À une réciprocité de moyen s'ajouterait une réelle réciprocité d'exécution qui viserait à contester son défaut. En effet, retenir uniquement une fonction de la réciprocité comme un moyen met l'accent sur l'opportunité d'accorder un traitement plutôt que d'en sanctionner un défaut. Enfin, le renforcement de sa fonction d'exécution s'intégrerait

parfaitement avec sa mission palliative. En menant ce raisonnement, un espace de réciprocité d'exécution compatible avec le cadre déjà établi a été trouvé.

Guidé par ce raisonnement que la réciprocité, en raison de son rôle structurant, ne peut s'appliquer que dans un cadre non déjà défini, il nous faut à présent définir celui qui permettraient à la réciprocité d'exister. En plus de la définition de ce cadre sera proposée une analyse de la manière dont la réciprocité juridique et son pendant matériel fonctionneraient au sein de ce cadre.

CONCLUSION TITRE I

En étudiant la réciprocité dans un cadre d'Accords traditionnels, un double objectif s'est présenté à nous : tout d'abord, affiner davantage la définition de la réciprocité et ainsi mieux constater ses effets étalés dans le temps, et ensuite, définir un cadre adapté à la réciprocité. En recourant au préambule du GATT et au secteur des marchés publics, la volonté était d'utiliser un secteur où la réciprocité était explicitement recherchée. Cependant, les résultats ont été différents. Tout d'abord, le recours à la réciprocité telle qu'issue du préambule du GATT est principalement la tentative de formulation d'un consensus politique sur une recherche purement économique d'un équilibre global. Il en est ressorti que, compte tenu de l'incapacité des Parties à aboutir à un consensus sur la définition de l'équilibre en question, la recherche de réciprocité était entravée. De plus, cette étude fait écho à la typologie selon l'objet et aussi aux doutes quant à l'existence d'une réciprocité globale. Par opposition, une recherche par secteur, notamment celui des marchés publics, a montré la volonté d'assurer davantage de réciprocité. Cela s'est notamment matérialisé par l'inclusion, dans les accords de libre-échange, de certains marchés qui étaient soumis à une condition de réciprocité. L'objectif était de soumettre ces marchés à davantage de contraintes juridiques dans une volonté d'*enforcement*. Néanmoins, cette étude a également permis de démontrer la facilité d'adopter une recherche de réciprocité dans un secteur particulier ou par similitude, cela favorisant le développement d'une réciprocité spécifique. Par ailleurs, la recherche de réciprocité initiale dans ce secteur était contenue dans l'AMP et ses bénéfices n'étaient que très limités. Les États ont dû rechercher une technique alternative en vue de bénéficier de davantage de réciprocité.

Cela a conduit à nous poser cette question. La réciprocité, qu'elle soit posée sous sa forme juridique ou matérielle, est-elle davantage recherchée lorsqu'il existe un cadre contraignant de sanction du défaut de respect des obligations ? La réponse a été négative. De plus, à la lecture des différents rapports des règlements des différends, il en est ressorti que la sanction du défaut de réciprocité n'était pas un objectif premier. Néanmoins, en nous basant sur les raisonnements de la Cour de justice, la réciprocité nous est apparue non pas comme un argument principal, mais plutôt comme un outil interprétatif. De ces derniers constats, il est possible de tirer des premiers résultats positifs de la consécration du raisonnement de la réciprocité. Cependant, il ne faut pas y voir un droit de regard du juge sur ce qui est considéré comme de la réciprocité.

Ces éléments permettent de comprendre que la recherche de réciprocité ainsi que sa fonction d'exécution ne peuvent porter sur la totalité de leurs effets juridiques que dans un cadre incomplet. Pour vérifier cette hypothèse, il est nécessaire de sortir du cadre des accords « traditionnels » - à savoir ceux de l'OMC et ceux de libre-échange - pour retenir des accords non contraignants ou dont l'aspect politique prime sur l'aspect juridique en la présence même d'un règlement des différends. Ainsi, compte tenu du développement accru des instruments unilatéraux de recherche de réciprocité, ceux-ci seront à la base de notre argumentation. Pour mener cette nouvelle étude, il conviendra d'utiliser là encore les différents critères d'identification en vue de rechercher si la réciprocité peut être appréhendée de manière différente et surtout si le contenant de la réciprocité a une influence sur ses effets.

TITRE II : LE SYSTEME DE RECIPROCITE

377. Il découle du titre précédent que la recherche de réciprocité et sa présence ne concernent pas tous les objets de négociation et tous les engagements des États. Plus qu'un espace régulateur, il est possible d'évoquer l'idée d'un système de réciprocité. Jay S. Goodman considérait qu'il existait trois catégories de système. « *Usage One is System-as-Description. In Usage One, "system" refers to an arrangement of the actors of international politics in which interactions are patterned and identifiable. Usage Two is System-as-Explanation. In Usage Two, "system" refers to a particular arrangement in which the nature of the arrangement makes it the major variable to be considered in explaining the behavior of the actors in the international arena. Usage Three is System-as-Method. In Usage Three, "system" refers to the application of special types of approaches, methodologies, or analytical concepts to the data of international politics. Usage One is a descriptive employment of the term "system;" Usages Two and Three, in contrast, possess important theoretical implications for the discipline.* »[1162]. Sans entrer dans les courants méthodologiques de la définition d'un système, le deuxième usage du système se rapproche de l'analyse qui est menée dans cette thèse. Selon l'auteur cet « *Usage Two possesses theoretical implications precisely because it stresses the causal importance of the arrangement itself. System- as-Explanation utilizes the concept of "system" to refer to an arrangement among the actors in which the nature of that arrangement makes it the most critical variable affecting international relations* ». Selon nous, le recours accru à la réciprocité permet de retenir cet usage, car les États agissent d'une manière précise en fonction de l'arrangement qui est ici la réciprocité, en ce que cet arrangement réorganise les relations commerciales des États.

Dans cette pensée, l'objectif sera de démontrer que la recherche de réciprocité et sa présence sont contingentes et dépendent de la forme de l'accord. Il émerge une tendance accrue à recourir à de nouvelles formes d'engagements moins contraignants et à privilégier les discussions politiques aux recours au tiers. De nombreux engagements visent à rechercher un meilleur équilibre. La première hypothèse est que les États, sur la base de la théorie des accords incomplets, s'engageraient plus aisément à travers ces manières de contractualiser afin de rechercher un meilleur équilibre. En étudiant la recherche de cet équilibre à travers les critères

[1162] GOODMAN Jay. S., « The concept of "system" in international relations theory », *Background*, Vol. 8, No. 4 (Feb., 1965), pp. 257-268, p.258.

d'identification de la réciprocité, il conviendra d'analyser s'il s'agit d'une recherche de réciprocité. Ces éléments font référence à la réciprocité de manière *ex ante.* Or, compte tenu des précédents constats relatifs à la préférence des négociations politiques pour certains objets de négociation, la seconde hypothèse est que les États recourraient plus fréquemment à la fonction d'exécution de la réciprocité de manière *ex post.* Cela se présenterait également en l'absence d'engagements comme les instruments unilatéraux de recherche de réciprocité le démontreront. Selon ces éléments, la réciprocité agirait comme un régulateur des relations commerciales (chapitre 1). Ces analyses appelleront à délimiter les conditions permettant une telle pratique ainsi que la nécessité de qualifier la réciprocité afin de lui donner une force juridique et en vue d'encadrer son intervention (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA RECIPROCITE – REGULATRICE

378. Compte tenu des résultats de la précédente étude, il s'agira de démontrer que les nouvelles recherches d'engagements visent à obtenir davantage de réciprocité matérielle et que ces instruments, par leur souplesse, nécessitent de recourir à de la réciprocité juridique. La réciprocité n'est pas seulement un simple outil, elle a pour perspective de réguler les relations commerciales. Elle fait donc suite à un besoin, lequel découle d'un constat : celui de la fragmentation des relations internationales et le besoin de multiplier les engagements pour satisfaire les intérêts des États. Compte tenu de cette fragmentation, il s'agira tout d'abord de mener une double étude. D'une part, vérifier s'il existe un lien synallagmatique entre différents engagements visant à garantir de la réciprocité ou assurer l'équilibre des engagements. D'autre part identifier la manière dont la réciprocité est matérialisée au sein de ces nouvelles formes d'engagements (Section 1). La réussite de cette démonstration permettra ensuite de juger de la présence d'une réciprocité juridique selon ses critères d'identification. Une fois ce travail réalisé, il s'agira d'appliquer ces résultats afin d'évaluer s'il existe également une recherche de réciprocité matérielle (section 2). L'objectif final est de démontrer que la réciprocité existe, qu'elle tend davantage à s'intégrer à ces modèles d'engagements et que, compte tenu de leur développement, le recours à l'instrument de réciprocité sera plus fréquent à l'avenir.

Section 1 : La réciprocité comme outil de stabilisation formelle

379. Le postulat de départ est que la réciprocité s'intègre dans un modèle où les engagements ne contiennent pas formellement des moyens de contrainte. Leur existence conduit à nous interroger sur l'utilité que procure ces engagements aux États et surtout à quels besoins ils répondent. En nous posant finalement la question du « pourquoi », nous émettons l'hypothèse que la réciprocité pourrait être un outil visant à stabiliser ces relations (paragraphe 1). Bien que ces engagements ne soient pas des traités au sens de la convention de Vienne, les critères d'identification de la réciprocité sont bien présents. Ainsi, la question du « comment » visera à démontrer que la présence d'une équivalence, d'un lien synallagmatique ainsi que d'un critère de conditionnalité, s'expriment de différentes manières (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La recherche de réciprocité comme réponse partielle à la multiplication des engagements

380. Si nous avons démontré que la réciprocité n'était pas explicitement contenue dans tous les accords en fonction de son objet et de son effet, nous ne nous sommes cependant pas encore interrogés sur le modèle d'accord qui serait apte à contenir de la réciprocité. Le choix de la procédure de conclusion d'un accord par un État a des influences sur les conséquences juridiques de cet accord dans son droit national et sur la scène internationale. La volonté de créer un cadre d'engagement plus ou moins contraignant pourrait laisser supposer qu'en la présence d'un faible cadre, la réciprocité juridique et/ou sa recherche matérielle puissent être présentes. C'est pourquoi une comparaison des techniques de transposition en Chine, aux États-Unis et au sein de l'Union européenne s'impose pour tenter de comprendre les différences de recours à la réciprocité (A). Cependant, la recherche de réciprocité s'inscrit dans un contexte grandissant de fragmentation du droit international. Sa recherche risque de créer des zones de confrontation entre les différents engagements. Le recours à la théorie de la fragmentation ne consiste plus à constater que les relations sont divisées entre le multilatéralisme et le bilatéralisme ou encore entre les accords de l'OMC et les accords de libre-échange. Plutôt, il consiste à constater qu'il existe de nouvelles formes d'engagements au sein même du bilatéralisme, où se développent des mini traités ou, plus globalement, des engagements commerciaux non contraignants. Pour le comprendre et obtenir une première réponse à cette idée de fragmentation, il faudra recourir à la théorie des conflits d'interface (B).

A – Le climat d'incertitude causé par l'autonomie des États dans leurs rapports au droit international

381. L'exemple de la Chine : l'égalité entre la loi et le traité. Précédemment, nous avons mis en avant l'influence de la tradition législatique chinoise sur le rapport de la Chine avec son droit. L'importance de la gouvernementalité conduit à voir le droit comme un simple outil de l'application d'une politique. Cette idée est évidemment présente lors de l'étude de la réception et de la conformité de la Chine au droit international. Les universitaires chinois rejettent la vision moniste ou dualiste qui caractérise notre étude de l'intégration du droit international au droit national. Plutôt, les constitutionnalistes chinois s'entendent sur un modèle dialectique qui est inspiré du modèle soviétique. Il existe un respect du droit national envers le droit international et lorsque les décideurs chinois ratifient un accord, ils le font en ayant conscience du droit national[1163]. Malgré tout, il existe en Chine un modèle d'intégration des dispositions internationales au droit national. La logique d'adoption du droit international par incorporation présidait dans les années antérieures à 1990. Par la suite, il y a eu un frein de l'adoption automatique par incorporation pour privilégier une adoption sélective. Certains traités peuvent être d'adoption automatique, d'autres ne sont adoptés que partiellement, et, enfin, certains traités doivent être directement incorporés dans une loi. La Constitution chinoise ne prévoit pas de disposition sur l'intégration des traités dans le droit national. Cependant, il faut étudier la *law of the People's Republic of China*[1164] et notamment les compétences qui relèvent du domaine de la loi. En matière de commerce, il faut se référer à l'article 8 de ce texte qui dispose que « *The following affairs shall only be governed by law: (…) (8) basic economic system and basic systems of finance, taxation, customs, banking and foreign trade;* ». On comprend que les conventions qui touchent ces matières devront être amendées par une loi chinoise devant nécessiter une décision du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale chinoise. Ainsi, le droit touchant au commerce international sera davantage soumis aux ambitions et projets politiques du pouvoir en place. Le poids politique aura une influence sur le respect des dispositions d'un traité et permettra ainsi de mieux utiliser un régime de réciprocité d'exécution. Cela est d'autant plus le cas que la Constitution chinoise ne fixe pas de hiérarchie entre les dispositions nationales et les traités. Il faut se référer à chaque loi pour comprendre que, certes la Constitution prédomine, mais surtout que le traité peut ou non

[1163] LEAH Für, « The application of International Treaties in China », in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, *Springer*, 2009, p. 356.
[1164] Legislation Law of the People's Republic of China adopted at the third Session of the Ninth National People's Congress, 15 mars 2000, Order N°. 31

l'emporter sur une loi. De plus, le degré d'obligation du traité dans le droit interne va varier selon son incorporation. La Chine dispose de trois moyens pour intégrer les obligations d'un traité. Cela peut être réalisé par des mesures administratives, par l'intégration des obligations d'un traité dans une loi ou par l'application directe du traité dans une loi[1165]. Le premier moyen peut contenir des accords de *soft law* ou encore des accords bilatéraux de coopération[1166]. Cela sera réalisé par le biais de décrets ou d'autres mesures réglementaires chinoises. L'intégration des obligations dans une loi est plus intéressante. Elle peut se faire de deux manières : soit en créant une nouvelle loi lorsqu'il n'en existe pas, soit, par le biais de lois déjà existantes sous la forme d'un amendement. L'amendement a été la forme choisie pour incorporer les accords de l'OMC lors de l'intégration de la Chine. Ainsi, la manière dont la Chine souhaite intégrer les dispositions d'un traité aura une influence sur le degré de contrainte des obligations issues de traité. Plus le degré de contrainte de l'outil de transposition choisi est faible, plus les chances de non-respect des obligations pourront être grandes et les relations, guidées par la règle de la réciprocité.

Si l'exemple chinois se distingue par cette égalité entre la loi et le traité, le traitement d'un accord aux États-Unis varie en fonction du type de l'accord. Alors que la Chine fixe une hiérarchie en fonction de chaque loi, les textes américains prévoient une procédure d'intégration au droit national en fonction de chaque accord.

382. L'exemple des États-Unis d'Amérique. Il nous faut tout d'abord faire la différence entre les « *treaties* » qui sont les seuls à être mentionnés dans la Constitution états-unienne, des « *executive agreeements* ». Selon John. H. Jackson, il existe 5 formes d'accords aux États-Unis: Le « *treaty* »[1167], le « *congressional previously authorized executive agreement* »[1168] ; le « *Congressional subsequently approved executive agreement* »[1169] ; le « *Presidential executive agreement* »[1170] et le « *Treaty-authorized executive agreement* » [1171]. Nous ne nous arrêterons

[1165] XUE Hanqin et JIN Qian, « International Treaties in the Chinese Domestic Legal System », *Chinese Journal of International Law*, 8, 2009, p. 305.
[1166] *Ibid*., p. 306.
[1167] Il s'agit de l'accord transmis au Sénat qui, s'il donne son consentement à la majorité des 2/3 peut être ensuite ratifié par le Président des États-Unis et devenir un treaty.
[1168] Il s'agit de l'accord faisant suite à une délégation du Congrès au Président des États-Unis pour ratifier un futur accord international.
[1169] Accord où le Président négocie un accord international, puis le soumet certes au Sénat mais également au congrès.
[1170] Procédure particulière où dans certaines hypothèses le Président peut disposer de l'autorité selon la manière prévue par la Constitution, pour ratifier un accord international.
[1171] Cet accord intervient lorsque dans un précédent accord, les Parties conviennent que postérieurement audit accord de nouveaux engagements pourront venir compléter certaines absences ou lacunes. Le nouvel accord sera alors un « subordinate agreement ».

pas sur les différences de procédures de négociation et de ratification de ces accords. Ces différentes procédures permettent d'affirmer que si le Président des États-Unis ne peut pas échapper aux engagements internationaux, « *[r]ather, it is the power to choose between different types of constraints* » [1172]. Cependant, cette classification, de plus en plus, ne s'adapte pas totalement aux relations commerciales internationales. Comme le Professeur Koh l'a indiqué « *[w]e need a better way to describe the texture of the tapestry of modern international lawmaking and related activities that stays truer to reality than this procrustean construct* »[1173].

383. Les « trade executive agreements ». Parallèlement à ces traités, certains sont des « *trade executive agreements* » (TEA). Kathleen Claussen les considère en effet comme étant différents des accords de libre-échange ou encore des « *sole-executive agreements* »[1174]. Leurs multiplications méritent de s'y intéresser plus particulièrement, car leurs conclusions ne sont pas prévues par la Constitution et ne sont pas soumises à l'approbation du Congrès. Leurs formes revêtent un degré d'application moins contraignant et ne disposent que partiellement de mécanisme de règlement de différends. Leurs buts ainsi que leur augmentation laissent penser à un recours à la réciprocité davantage accru. Pour madame Kathleen Claussen, ces TEA « *refers to a written commitment between the United States and another country that relates to cross-border movement of goods and services and that has not been subject to congressional approval between its negotiation and its entry into force*. »[1175] Ces accords peuvent servir à pallier le défaut de réciprocité entre des partenaires commerciaux ou encore à s'engager plus rapidement et de manière moins contraignante sur l'accès aux marchés de certains produits. La majorité de ces TEA visent un bien ou un service et n'ouvrent pas à une libéralisation multisectorielle. D'ailleurs, ces TEA peuvent être le fait de l'exécutif américain, notamment le Secrétariat américain au commerce. Mais certains organes administratifs ont également la possibilité d'engager des négociations avec un autre État et de conclure un TEA. Se développent donc à côté des traités commerciaux plus « classiques », comme les accords de libre-échange, des accords pouvant être considérés comme administratifs. Ces accords sont variablement

---

[1172] GALBRAITH Jean, « From treaties to international commitments : The changing Landscape of Foreign Relations Law », *Faculty Scholarship at Penn Law,* pp. 1741*,* p.1681.

[1173] Voir en ce sens : HONGJU KOH Harold, « Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking », 101 *Georgetown*, L J 725, 726 (2013).

[1174] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Mini-Deals », [en ligne], 62 Va. *J. Int'l L* 315, 2022, p.10. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836909

[1175] Voir également la taxonomie proposée : Ces derniers peuvent être des « regulations creating binding rules for private actors » ; des accords qui imposent des obligations contraignantes au Gouvernement États-Unien et qui a un impact direct sur des personnes privées ; des accords qui engagent les États-Unis à négocier un nouvel accord qui aura un impact direct sur des personnes privées et enfin ceux qui prennent la forme coopérative ou non-contraignante ou encore qui crée des obligations contraignante uniquement pour un Gouvernement étranger. P.10 ?

contraignants en droit international. En effet Kathleen Claussen les divise en quatre catégories : « *(1) those that operate like regulations creating binding rules for private actors; (2) those that impose binding U.S. government commitments with direct impact on private persons; (3) those that create U.S. government commitments to engage in a future lawmaking process with an indirect impact on private persons; and, (4) those that form cooperative or non-binding obligations or that create only binding obligations for a foreign government*. »[1176] Sur ces quatre catégories, seule, la quatrième ne lie pas les États-Unis dans ses relations internationales. Néanmoins, la question se pose également d'une application automatique de ces accords dans le droit national. Il n'existe aucune difficulté si l'accord a été présenté au Congrès. Néanmoins, l'inverse est plus difficile à évaluer. Plusieurs indices existent et il faut distinguer si certaines obligations sont « *self-executing* » ou non. Dans l'affaire « Medellin contre Texas » de 2008[1177], la Cour suprême définit le caractère *self-executing* comme le fait qu'un traité « *has automatic domestic effect as federal law upon ratification* »[1178]. Dans l'affaire Cook contre États-Unis[1179] de 1933, la Cour considère que *« for in a strict sense the treaty was self-executing, in that no legislation was necessary to authorize executive action pursuant to its provisions*. »[1180] Ainsi, si les TEA étaient d'application automatique, cela pourrait donner aux Cours la possibilité de s'en prévaloir. Pour identifier si un traité est d'application directe plusieurs indices existent[1181]. À titre indicatif, il ressort de la décision de la Cour « People of Saipan V. United States Department of Interorior », quatre facteurs : « *The purpose of the treaty and the objectives of its creator; The existence of domestic procedures and institutions appropriate for direct implementation ; The availability and feasibility of alternative enforcement methods; and The immediate and long-range social consequences of self-or non-self-execution*. »[1182] Compte tenu de l'objet de ces accords dont le but est d'engager des négociations rapidement ou de faire face à un problème d'application d'un autre accord commercial, le caractère *self-executing* importe. La non-application directe de l'accord ainsi que son statut juridique national en font un instrument instable et non permanent. Ainsi, les États-Unis, s'ils le souhaitaient, pourraient se retirer plus rapidement de ces accords en raison de leur manque de stabilité juridique ainsi que

[1176] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Mini-Deals », [en ligne], 62 Va. *J. Int'l L* 315, 2022, p13-14. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836909
[1177] États-Unis, Cour suprême, *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491, 2008.
[1178] *Ibid*., p.9.
[1179] États-Unis, Cour suprême, *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 1933.
[1180] *Ibid*., paragraphe 2.
[1181] Voir en ce sens les différentes typologies proposées dans l'ouvrage de : *JACKSON John Howard, The jurisprudence of GATT and the WTO*, Cambridge University Press, 2000, p. 308 et suivantes.
[1182] États-Unis, Cour suprême, *People of Saipan v. United States,* Department of Interior, 502 F. 2d 90, 1974, cert. denied, 420 U.S. 1003 1975.

de leur faible effet contraignant. Ces accords sont le signe d'un retour de la puissance par rapport au droit. La réciprocité est présente au début de ces négociations, car ces accords sont surtout des accords en réaction à un précédent. De plus, l'irrespect des obligations non contraignantes pourrait, au mieux, entraîner un autre État à ne pas remplir ce à quoi il s'était engagé. Or, leur multiplication entraînera une augmentation des pratiques de réciprocité.

Le recours aux accords qu'on pourrait qualifier d'administratifs est également présent dans la pratique de l'Union européenne. Néanmoins, si nos développements concernant la présence de la réciprocité dans le droit interne laissent supposer que les États-Unis disposent de moyens permettant d'y recourir plus facilement, cette tendance encouragerait l'Union européenne à en faire de même.

384. L'exemple de l'Union européenne : **les droits et obligations réciproques prévus par l'article 217 TFUE**. L'Union européenne détient une compétence pour conclure des accords commerciaux avec des États tiers, ce de différentes manières, mais dans le respect des règles de répartition des compétences. Sans revenir sur ces règles[1183], soulignons plutôt que cette capacité figure aux articles 216 TFUE et suivants[1184]. Bien que la procédure de l'article 218 TFUE soit la plus utilisée, c'est l'article 217 TFUE qui suscite notre intérêt. Les négociations et la conclusion de ces accords relèvent de la compétence de l'Union[1185], bien que certains d'entre eux, compte tenu des obligations qu'ils contiennent, aient été ratifiés par les États et l'Union européenne après l'entrée en vigueur desdits accords. L'article 217 TFUE attire notre attention en ce qu'il prévoit que « l'Union peut conclure avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et des obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières ». Cette disposition permet à l'Union européenne et aux États tiers de créer un accord d'association. La réalisation d'un accord permet d'associer plus étroitement ces États, mais sans procédure d'adhésion à l'Union et de manière externe. Ces accords vont beaucoup plus loin qu'un simple accord de libre-échange. En plus de mener une libéralisation des relations commerciales, cet

[1183] Voir par exemple External relations of the European Union Legal and constitutional foundations.
[1184] Voir notamment le paragraphe 1 : « L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »
[1185] CJCE, 30 septembre 1987, affaire 12/86, *Meryem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd*, ECLI: ECLI:EU:C:1987:400, paragr. 9 ;
CJUE, 18 décembre 2014, C-81/13, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2014:2449.

accord vise à encourager une coopération politique plus accrue entre les Parties ainsi qu'à prévoir des instances de dialogues et cela, hors de la sphère commerciale. En effet, une étude de la commission des affaires constitutionnelles considérait que l'aspect d'un « *association agreement is the reference to common action and special procedure which in practice means that the agreement will establish joint institutions with a competence do adopt binding decision*. »[1186] Cet accord promeut donc davantage une meilleure intégration politique des États qu'une recherche d'une égalité dans les relations commerciales. D'ailleurs, le même document souligne que « *the reference to «reciprocal rights and obligations » does not require that there should be « equality in the obligations between the parties.* » Il est donc possible qu'un tel accord crée des obligations inéquitables, car ce n'est pas le premier objectif recherché. Cette précision nous ramène à notre choix de distinguer l'accord réciproque qui concerne l'obligation d'exécuter - donc l'accord en lui-même - de la réciprocité qui fait référence à l'obligation à exécuter et, ainsi, au fond de l'obligation. Si la réciprocité n'est pas une obligation, certains auteurs considèrent que même un accord d'association entre l'Union européenne et un pays en voie de développement peut être de réciprocité. Sans revenir sur la non-réciprocité entre pays développés et en voie de développement, certains[1187], qui considère que les États développés profitent de nombreux avantages et un engagement à une ouverture progressive des marchés. En cela, l'auteur rapproche la notion de réciprocité et celle d'intérêts mutuels. Ce n'est pas l'approche qui est choisie ici, car, comme nous avons déjà commencé à le prouver, la réciprocité dépend de l'équivalence, mais aussi de l'objet échangé. Si la forme de l'accord n'a pas une réelle incidence sur la réciprocité, il faut également préciser que l'UE comme la Chine et les États-Unis ne prévoient pas une application directe de ces accords dans leur droit.

385. La non-application directe des accords commerciaux dans le droit de l'Union européenne. Compte tenu des précédents résultats, il s'agit maintenant d'étendre notre raisonnement sans retenir l'exemple de l'article 217 TFUE. Si les États membres de l'Union européenne de même que l'Union elle-même, sont tenus, en fonction de la répartition des compétences en matière commerciale, à l'exécution d'un accord avec un État tiers, sur la base de la bonne foi[1188], il en est autrement de l'intégration de cet accord au sein des régimes nationaux. Chaque État est libre dans les moyens de droit à atteindre cet objectif d'intégration,

[1186] POLICY DEPARTMENT FOR CITIZEN'S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRES, *The meaning of" "association" under EU law : A study on the laxw and practice of EU association agreements*, 2019, p. 11.
[1187] Voir en ce sens : DERO Delphine, *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européenne*, Bruylant, 2006.
[1188] CJCE, 26 octobre 1982, affaire 104/81, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, , ECLI :EU:C:1982:362, paragr. 4.

sauf si l'accord lui-même est « interprété à la lumière de son objet et de son but, ne détermine, lui-même, ces moyens »[1189]. Ainsi, les juges de la CJCE ont considéré qu'il fallait également distinguer l'effet direct de l'application directe. Si la disposition concernée est inconditionnelle et suffisamment précise, une disposition d'un accord de libre-échange peut être directement appliquée par une Cour[1190]. Or, si l'objet de l'accord est différent, une disposition d'un autre accord de libre-échange peut ne pas être considérée comme ayant un effet direct. Ensuite, la Cour rappelle que la répartition des pouvoirs dans les relations extérieures de la Communauté implique, comme nous l'avons déjà évoqué, que chaque Partie doit exécuter de bonne foi ses obligations, sans, pour autant, si aucune obligation ne figure dans l'accord, obliger strictement chaque État à une application définie. En ce sens, si la juridiction d'une Partie à l'accord considère qu'une disposition dudit texte est d'applicabilité directe et que la juridiction de l'autre partie ne la conçoit pas de la même manière, cette situation n'est pas « de nature à constituer une absence de réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord »[1191]. Une des conséquences de cette décision serait que les États soient tous réticents à définir un accord commercial d'application directe. En effet, si un État A considérait une disposition d'applicabilité comme directe, contrairement à un État B, cela offrirait aux acteurs privés de l'État B la capacité de contester une mesure contraire à l'accord dans l'État A, alors que les acteurs de l'État A se verraient refuser une telle capacité dans l'État B. En poussant cette idée plus loin, si une Partie considérait un accord ou une disposition d'application directe contrairement à son cocontractant, le premier réduirait sa marge de manœuvre politique en se contraignant davantage à respecter les obligations d'un accord alors que le second pourrait ne pas les respecter. Le recours à la réciprocité visant à ne pas respecter des obligations au regard du comportement de l'autre État serait alors réduit, car un tel comportement pourrait donner lieu à une appréciation, par une Cour, du comportement dudit État. Cet argument explique le comportement de la Cour dans l'affaire CJCE « Portugal c/ Conseil de 1999 »[1192]. La Cour constate que nombre de partenaires importants des Communautés européennes « ont tiré à la lumière de l'objet et du but des accords OMC la conséquence que ceux-ci ne figurent pas parmi les normes au regard desquelles leurs organes juridictionnels contrôlent la légalité de leurs règles de droit internes »[1193]. La Cour reprend le raisonnement étudié supra de l'arrêt

[1189] *Ibid*.
[1190] *Ibid*., point 7.
[1191] *Ibid*., point 4.
[1192] CJCE, 26 octobre 1982, affaire C-149/96, *république portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:1999:574,
[1193] *Ibid*., paragr. 43

Kupferberg. Ainsi, le défaut d'applicabilité directe par une juridiction d'un État partie à un accord, contrairement à une autre juridiction n'entraîne pas de défaut de réciprocité[1194]. Cependant, il nous faut ajouter que les accords de l'OMC sont fondés sur « le principe de réciprocité des avantages mutuels »[1195]. Comme ces accords sont fondés sur une base de réciprocité et que la détermination de la réciprocité appartient aux autorités exécutives et législatives, « admettre que la tâche d'assurer la conformité du droit communautaire avec ces règles incombe directement au juge communautaire reviendrait à priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires des partenaires commerciaux de la Communauté »[1196]. Par cet argument, la Cour entend se détacher de l'étude de la réciprocité dans les relations commerciales de l'UE, et considère que c'est un outil politique qu'il faut laisser à la libre appréciation des organes de l'UE. Cette prise de position conforte l'idée que la réciprocité représente les intérêts des négociateurs et leurs intentions. Cet arrêt a ensuite été confirmé par le Tribunal de l'UE en 2005[1197]. Cette affaire fait suite au recours de deux requérantes qui souhaitaient obtenir réparation du préjudice découlant d'une surtaxe douanière de la part des États, à la suite d'une décision de l'ORD qui vient constater « l'incompatibilité du régime communautaire d'importation des bananes avec les accords et les mémorandums annexés à l'accord instituant l'OMC » [1198]. Le recours est donc celui en indemnité. Alors que les requérantes évoquent le principe *pacta sunt servanda*, les membres du Tribunal ont considéré que les accords OMC ne figurent pas, « au nombre des normes au regard desquelles le juge communautaire contrôle la légalité de l'action des institutions communautaires »[1199]. Pour justifier cela, l'argument principal est le même : le tribunal constate que le déséquilibre causé pourrait priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté d'une marge de manœuvre dans l'application des règles de l'OMC[1200]. Cette solution priverait également « les organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes de la possibilité (…), de trouver, fût-ce à titre temporaire, des solutions négociées en vue de parvenir à une compensation mutuellement acceptable » [1201] . La Cour vient toutefois préciser son propos en considérant que « ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner

[1194] *Ibid*., paragr. 44.
[1195] *Ibid*., paragr. 45.
[1196] *Ibid*., paragr. 46.
[1197] TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, grande chambre, 14 décembre 2005, T-135/01, *Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon Srl et Fedon America, Inc. contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, ECLI: EU:T:2005:454,
[1198] *Ibid*., paragr. 46.
[1199] *Ibid*., paragr. 93.
[1200] *Ibid*., paragr. 111.
[1201] *Ibid*., paragr. 112.

exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC qu'il appartiendrait au Tribunal de contrôler la légalité du comportement des institutions défenderesses au regard des règles de l'OMC »[1202]. À la suite de cette décision, la CJCE est appelée à se prononcer sur la même affaire. La Cour reprend les mêmes arguments que les décisions précédentes, et rappelle qu'elle fait, pour un motif d'intérêt général, primer l'exercice du pouvoir législatif, sur les intérêts particuliers qui souhaiteraient s'exprimer par le biais d'une action en dommages-intérêts[1203]. Par ailleurs, c'est la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur le caractère direct de l'effet d'une décision de l'ORD. En ce sens, elle souligne qu'il n'y a pas lieu de réaliser un distinguo entre l'effet direct des règles de l'OMC et une décision de l'ORD « qui n'a d'autre objet que de se prononcer sur la conformité du comportement d'un membre de l'OMC »[1204].

Ainsi, la forme de l'accord peut avoir lui-même une conséquence sur le recours à la réciprocité d'exécution. Mais c'est également le cas de l'application des accords dans les droits nationaux. Moins un accord est d'application directe, plus les organes de l'État disposent d'une marge de manœuvre. En l'espèce, nous constatons que le faible degré d'application directe est justifié par une volonté d'accorder aux organes de l'État un large pouvoir de détermination de ce qui relève de la réciprocité ou non. En ce sens, la réciprocité est non pas uniquement, le marqueur d'une équivalence conditionnée dans les relations commerciales, mais un instrument des politiques commerciales.

B – Le recours à la réciprocité pour pallier une désaffection des engagements traditionnels.

386. Constats. Les observations précédentes démontrent que la réciprocité s'inscrit dans de nombreux accords multilatéraux et bilatéraux dont les objets sont parfois identiques. La multiplicité des sources appelle en effet à interroger la marge de liberté de l'utilisation de la réciprocité. Cette question renvoie, quant à elle, à la notion de fragmentation dans le droit international. C'est parce que « la fragmentation de la société internationale a pris de l'importance au plan juridique d'autant qu'elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou

[1202] *Ibid*., paragr. 114.
[1203] *Ibid*., paragr. 121.
[1204] *Ibid*., paragr. 128.

d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. »[1205] Compte tenu de la multiplication « de nouveaux types de règles, « régimes autonomes » et systèmes conventionnels au champ d'application géographique ou fonctionnel délimité »[1206], il faut se demander si l'utilisation de la réciprocité dans certains accords n'entrerait pas en violation avec certaines obligations internationales. Le risque d'une telle fragmentation est de conduire à des situations de conflit qu'il faut identifier grâce au critère de « l'identité de matière ». Ce critère renvoie à « deux règles ou ensembles de règles différents [qui] sont invoqués par rapport à la même matière ou que, en d'autres termes, tels qu'ils ont été interprétés, les traités pertinents semblent pointer dans des directions différentes une fois appliqués par une partie. »[1207] Ainsi, selon les rédacteurs dudit rapport, cette formule signifierait que le respect d'une règle par une Partie puisse conduire à l'irrespect d'une autre, mais aussi que les buts d'un traité pouvaient être frustrés lorsqu'une Partie exécuterait une obligation, sans pour avoir une incompatibilité[1208].

387. L'ajout d'un critère temporel à l'étude de la fragmentation. À ces remarques, il nous faut néanmoins ajouter une difficulté à laquelle la recherche de la réciprocité peut être confrontée : la fragmentation dans le temps. En effet, si la fragmentation s'appuie sur des supports matériellement différents, l'évaluation de la réciprocité ne doit pas être uniquement réalisée de manière instantanée. Ainsi, sa recherche peut être le fruit de plusieurs années ou de plusieurs accords successifs. Le rapport du Groupe d'étude a proposé quatre types de relations qui pourraient créer des conflits : « les relations entre le droit spécial et le droit général ; les relations entre le droit antérieur et le droit postérieur ; les relations entre des droits à différents niveaux hiérarchiques ; et de façon plus générale, les relations du droit avec son "environnement normatif " »[1209].

Compte tenu de l'objet de notre recherche, il ne s'agira pas d'étudier tous ces éléments, car l'obligation de compatibilité entre les accords commerciaux ne s'y prête pas. Sans revenir sur ce qui a été traité, les relations entre le droit spécial et le droit général ne sont pas à développer, car cette distinction n'est pas opérante pour notre étude. Par ailleurs, les relations entre le droit antérieur et le droit postérieur ne posent pas de problème, car il est nécessaire de respecter les

[1205] CDI, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international - rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international - Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 58e session, Genève, 1er mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, paragr. 7.
[1206] *Ibid.,* paragr. 15
[1207] *Ibid.,* paragr. 23.
[1208] *Ibid.,* paragr. 24.
[1209] *Ibid.,* paragr. 18.

obligations issues des accords de l'OMC selon les articles XXIV du GATT et V de l'AGCS, bien que ces accords soient antérieurs aux accords de libre-échange, par exemple. Cependant, la logique des accords postérieurs pourra servir d'éléments d'interprétation pour l'Organe de règlement des différends, par exemple[1210]. Il reviendra de débuter avec l'hypothèse selon laquelle les négociations commerciales, dans le cadre du GATT, fixent un cadre général de réciprocité, tel qu'expliqué précédemment. Les accords bilatéraux viennent ensuite accorder des concessions supplémentaires, et non en retirer, conformément à la logique d'ouverture des marchés, qui est promue par les articles XXIV du GATT et V de l'AGCS. La recherche de réciprocité ne doit pas s'y opposer, de même qu'elle doit, comme cela a été démontré, se conjuguer avec les clauses de la nation la plus favorisée et celle du traitement national. Cela limite déjà le cadre d'application de la réciprocité. Une fois ces obstacles passés, la réciprocité pourra concerner certaines obligations matérielles. À défaut, la recherche de réciprocité sera soumise aux conséquences de la fragmentation des accords commerciaux et à des situations de conflits de règles.

Ce simple constat nous ramène à nos propos introductifs dans lesquels nous constations l'émergence d'un monde polycentrique. Ce polycentrisme renvoie à la situation « *where many elements mutually adjust and order relationships with one another in the absence of a central authority*. »[1211] Ce polycentrisme répond à un besoin de créer une nouvelle synergie et la réciprocité peut être un moyen de l'encourager. La fragmentation peut être liée à une forme de « *institutional overloap* » qui peut avoir pour conséquences des conflits d'interfaces. Nous allons utiliser cette théorie issue des sciences politiques pour expliquer le besoin de réciprocité.

388. Le recours à de nouvelles formes d'engagement ... Les conflits d'interfaces peuvent être définis comme des « *incompatible positional* differences *between actors about the prevalence of different international norms or rules*. »[1212] Cette situation d'« *institutional overloap* » résulte d'une volonté de changement des relations intergouvernementales. Benjamin Faude et Julia Fauss ont constaté trois catégories de désaffection pouvant créer un tel phénomène : « *institutional overlap can be caused by dissatisfaction with the substantive norms and/or rules of existing institutions, dissatisfaction with their decision-making rules or*

[1210] ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles,* WT/DS69/AB/R, 13 juillet 1998, paragr. 83.
[1211] KIM Rakhyun E. « Is global governance fragmented, Polycentric, or Complex ? The State of the Art of the Network Approach », *International Studies Review,* 22, 2020, pp 903-931.
[1212] KREUDER-SONNEN Christian, ZÜRN Michael, « After fragmentation : norm collisions, interface conflicts, and conflict management », *Global constitutionalism,* Cambridge University Press*,* 1 juillet 2020, pp. 241 – 267, p. 241.

dissatisfaction with the institutional fit of an existing governance arrangement (…) »[1213]. L'étude de ces auteurs repose sur les institutions internationales. Leurs raisonnements peuvent toutefois être transposés à la réalisation d'accords commerciaux. Les États ont multiplié les accords de libre-échange pour, d'une part, approfondir les négociations commerciales, et, d'autre part, pallier les difficultés systémiques de l'OMC. Nous pourrions ajouter que les mini traités évoqués et le recours à des instruments unilatéraux servent également à exprimer la désaffection des États à l'égard des accords traditionnels. Il existe une subsdiarisation des relations commerciales[1214] où chaque instrument répondrait à un besoin. Or, selon les mêmes auteurs[1215], la volonté d'instaurer des changements politiques crée des conflits d'interfaces entre les défenseurs d'un ancien système et les promoteurs de nouvelles relations. En ce sens, pour reprendre l'exemple de Madame Sabine Weyand, il n'existerait pas de déglobalisation, mais plutôt une fragmentation des relations commerciales qui est en partie une question « *of different regulatory spaces, for example in digital commerce. In that context, we have different models*. »[1216] C'est cette différence de modèle qui peut pousser à considérer la réciprocité comme un moyen de créer une synergie entre ces modèles et à pallier leurs effets.

389. Encourageant l'utilisation de la réciprocité. La réciprocité est parfois, il est vrai, au cœur de l'interface de conflit, car sa recherche peut être la cause de l'irrespect des règles existantes ou d'une volonté de prévoir un nouvel accord ou de nouvelles obligations. En effet, la recherche de réciprocité a pris deux formes principales : la conclusion de nouveaux accords ou l'imposition de mesures unilatérales. Il faut par ailleurs préciser que l'instauration de mesures unilatérales peut être un moyen d'engager de nouvelles négociations de manière ponctuelle dans des mini traités ou de manière plus pérenne dans des accords de libre-échange. Ces évènements s'analysent principalement en étudiant les comportements des États et leurs intentions, comme cela a déjà été présenté. Ainsi, la recherche de réciprocité peut prendre la forme de conflit d'interface coopératif où, malgré la présence desdits conflits, les États agiront de façon coordonnée pour satisfaire leurs intérêts. À défaut, il s'agira de conflits d'interface

[1213] FAUDE Benjamin, FAUSS Julia, « Coordination or conflict? The causes and consequences of institutional overlap in a disaggregated world order », *Global constitutionalism,* Cambridge University Press*,* 1er juillet 2020, pp. 268-289, p.270.
[1214] CHARI Iliasse, « La subsidiarisation des relations intergouvernementales selon l'objet : une répartition des intérêts entre bilatéral et multilatéral »*, in* RIOS RODRIGUEZ Jacobo, RUNAVOT Marie-Clotilde, *Le droit international multilatéral, colloque de Perpignan,* Pedone, 17 avril 2023.
[1215] FAUDE Benjamin, FAUSS Julia, « Coordination or conflict? The causes and consequences of institutional overlap in a disaggregated world order », *Global constitutionalism,* Cambridge University Press*,* 1er juillet 2020, pp. 268-289, p.268.
[1216] INTERNATIONALE POLITIK QUATERLY, *«* Reports of Globalization's Death Are Greatly Exaggerated »*,* [en ligne], 04 janvier 2023, [consulté le 26 juillet 2023]. Disponible sur : https://ip-quarterly.com/en/reports-globalizations-death-are-greatly-exaggerated

non coopératifs causant la violation de certaines obligations. Dans ce dernier cas, lorsque la recherche de réciprocité est à l'origine de ces conflits, il est possible de faire référence à la réciprocité de *statu quo*. En effet, cette forme de réciprocité se distingue de la réciprocité classique en ce qu'elle permet à un État, sur la base de sa puissance, de fixer un certain sta*tu quo* de l'échange des droits d'accès au marché par exemple. À la différence de la réciprocité classique, où chaque État fixe unilatéralement ce qu'il considère être de réciprocité, la réciprocité de *statu quo* permet à un État de considérer ce qui est de réciprocité à un moment donné. Autrement dit, un État applique aux autres pays, de manière *ex ante*, un équilibre qu'il considère être de réciprocité et charge les autres États de s'ajuster à ce *statu quo*. Cela est différent de la réciprocité classique qui permet à chaque État de définir un équilibre lors des négociations. L'État qui subit cette forme de réciprocité de *statu quo* peut soit se soumettre à ce choix, soit refuser de négocier[1217]. Dans la deuxième hypothèse, elle risque de faire l'objet de mesures unilatérales qui sont considérées, par le premier État, comme de réciprocité en ce qu'il estimera ne pas bénéficier de mesures de réciprocité. Lorsque les mesures unilatérales de réciprocité résultent d'un accord, il sera possible de considérer qu'il s'agit d'une forme de réciprocité classique. Néanmoins, il est possible que même en présence d'engagements, un État décide de fixer un niveau de réciprocité qui constitue la base de futures négociations. Cela est d'autant plus le cas en l'absence d'engagements.

390. Envisager une réciprocité structurelle comme une réponse aux conflits. Compte tenu de ce qui précède, la recherche de réciprocité peut se heurter à certaines obligations existantes. Dans une volonté de rechercher de la réciprocité en conformité avec les obligations existantes, il est possible de retenir la notion d'interface, mais dans une logique de situation de conflit. La réciprocité interviendra alors comme un moyen de structurer les relations commerciales, en promouvant une équivalence et une interdépendance entre des obligations qui ne sont pas réglementées, ou peu.

Ces situations conflictuelles peuvent être rattachées aux propos précédents démontrant une utilisation accrue de la recherche de réciprocité sectorielle. Nous pouvons également en conclure que les États souhaitent rechercher davantage de réciprocité dans les secteurs qui ont fait l'objet de peu de négociations et/ou les secteurs où les obstacles nationaux créent de nombreuses discriminations. Ces remarques sont vérifiées par les études menées par l'OCDE.

[1217] HERRMANN-PILLATH Carsten, « Reciprocity and the hidden constitution of world trade », *Constit Polit Econ*, 17, 2006, p. 154.

En effet, d'une part, cette organisation a, par exemple, dans le secteur des services, créé le *Services Trade Restrictive Index* (STRI). Cet index « *helps to identify which policy measures restrict trade. It provides policy makers and negotiators with information and measurement tools to improve domestic policy environment, negotiate international agreements and open up international trade in services. (...)*. »[1218] D'autre part, un rapport de cette même organisation a publié une étude intitulée *Water in the GATS*. Dans cette étude, les auteurs, Sébastien Miroudot et Kätlin Pertel, considèrent que « l'eau » est la différence entre le niveau des restrictions que les Membres de l'OMC dans le cadre de l'ACGS, se sont engagés à respecter et le régime commercial actuel imposé par les États. Lorsque le niveau d'eau est élevé, cela signifie que les États imposent des restrictions inférieures à celles qu'ils se sont engagés à respecter ou encore qu'ils n'imposent que peu d'obstacles, voire aucun, alors qu'il n'existe aucune obligation dans le cadre de l'OMC. Inversement, lorsque le niveau d'eau est faible, voire inexistant, cela signifie que les États ne vont pas plus loin que les obligations auxquelles ils se sont engagés à l'OMC. Cet indice de l'eau est plutôt corrélé au STRI, même si les critères d'identification des deux indices ne sont pas totalement identiques. Cette étude montre, par exemple, que le niveau d'eau est beaucoup plus important dans les services de transports maritimes, terrestres et ferroviaires.

Bien que cette étude concerne les services, il est possible d'imaginer un même indice de différence dans le cadre d'autres secteurs. Cet indice serait un outil servant à la recherche de la réciprocité de deux manières. D'une part, les secteurs où le niveau de l'eau est élevé laisseraient supposer qu'il existe une volonté de la part de certains États d'approfondir les négociations lorsque leur propre niveau est bas. La recherche de réciprocité aurait alors une place à jouer, car elle conditionnerait les avantages garantis unilatéralement par un État à une ouverture du marché d'une autre Partie. Ainsi, la réciprocité serait une monnaie visant à approfondir les relations existantes. La réciprocité serait incitative. En ce sens, la réciprocité est un instrument d'équilibre, mais également un outil d'ouverture des marchés par l'existence d'obligations conditionnées.

La réciprocité, telle qu'elle a été étudiée dans les chapitres précédents, s'inscrivait dans un cadre strict. Celle qui va nous intéresser davantage, si elle doit répondre aux critères d'identification dégagés, elle dispose d'une certaine liberté en ce qu'elle est elle-même un cadre permettant d'organiser un système de relations commerciales. Sa place tient au fait qu'elle peut être le caractère d'exécution de certaines obligations dans des accords ou alors qu'elle fait naître

[1218] OCDE, *Services Trade Restrictiveness Index Simulator,* [en ligne]. Disponible sur : https://sim.oecd.org

une attente dans le cadre de mécanismes unilatéraux ouvrant droit à une équivalence. Néanmoins, dans ces deux situations, elle intervient à défaut d'obligations existantes. Autrement dit, elle vient occuper un vide. Ce constat s'inscrit également dans la suite des observations concernant la réciprocité sectorielle. L'exemple des marchés publics témoigne par exemple, de la faiblesse des obligations dans ce même secteur et de la nécessité de maîtriser l'accès aux marchés des fournisseurs étrangers.

Paragraphe 2 : Proposition d'une étude de la réciprocité selon sa profondeur

391. Cette étude sera principalement menée à travers la recherche de réciprocité dans le cadre des accords des États-Unis et de la Chine. La pratique européenne doit être laissée de côté, car elle est naissante. L'exemple états-unien démontrera que les engagements commerciaux sont également guidés par des engagements à objet unique contrairement aux accords de libre-échange. L'exemple chinois témoignera d'une autre manière d'exprimer la réciprocité. Celle-ci, comme cela a déjà été indiqué, ne figure pas explicitement dans les intentions commerciales de la Chine. Cependant, à travers la chaîne de contrats signés dans le cadre du projet des nouvelles routes de la soie, il sera démontré que l'utilisation accrue de la *soft law* ouvre un champ d'intervention à la réciprocité. En s'appuyant sur ces deux exemples, il s'agira tout d'abord de s'interroger sur la qualification des instruments utilisés et sur la recherche d'un équilibre. Ainsi, cette recherche analysera les différentes expressions du lien synallagmatique (A). Ensuite, il s'agira de démontrer que la réciprocité crée un lien de contrainte entre les engagements dans les exemples étudiés. Pour ce faire, il faudra sortir de la distinction classique hard law/ soft law, afin de mener une étude macroscopique du degré de contrainte. (B).

A – Un lien synallagmatique à engagements multiples

392. Propos liminaires. Les propos précédents relatifs à la fragmentation et à la marge d'intervention de la réciprocité rappellent que sa recherche vise essentiellement les disciplines où les engagements sont encore faibles ou lorsqu'il existe une volonté d'approfondir les négociations existantes. Avant de débuter ces propos relatifs à la recherche de l'équilibre, la

question de la qualification du contenant qui encadre cet équilibre se pose, car les accords étudiés prennent diverses formes. Comme cela a été précisé précédemment dans l'explication des *trade executive agreements* précédemment, Kathleen Claussen les divise en quatre catégories. Or, dans ces quatre catégories, ces accords peuvent être des lettres d'échanges, des Mémorandums d'accord, des échanges associés aux accords de libre-échange ou encore des déclarations conjointes de la part des États. Ainsi, ces engagements peuvent avoir un caractère plus ou moins contraignant, ce qui interroge quant à leur qualification comme traité. Comme l'a rappelé le Professeur Forteau, le traité a été défini par la Commission du droit international, comme « s'appliquant à toutes les formes d'accords internationaux conclus par écrit entre États et régis par le droit international », « sous la réserve qu'il doit s'agir d'un accord "régi par le droit international" »[1219]. Le rapport de la Commission ajoute que « [l]'expression "régi par le droit international est utilisée pour distinguer les accords internationaux régis par le droit international public de ceux qui, bien que conclus entre États, sont régis par les dispositions du droit interne de l'une des parties (ou quelque autre système de droit interne choisi par les parties) (…) »[1220]. Sans revenir sur le déroulement jurisprudentiel relatif à cette question, soulignons que dans l'affaire de « l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie contre Chili) », la Cour a jugé qu'« [i]ndépendamment de la forme que les accords peuvent revêtir, il doit en ressortir une intention des parties d'être liées par des obligations juridiques. Cela s'applique également aux accords tacites. À cet égard, la Cour rappelle que les « éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants (…) »[1221]. Ainsi, de tels accords qui souligneraient leur intention de ne pas s'engager, ne seraient pas contraignants. Cette question importe en ce qu'elle permettra de juger de la nécessaire conformité à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

Par ailleurs, il est utile de revenir sur la distinction proposée par Kathleen Claussen. Dans la panoplie des *trade executive agreements*, l'auteur considère que certains créent des obligations concernant les individus et les producteurs par exemple, qu'une deuxième catégorie crée des obligations pour les États à l'égard d'autres États, qu'une troisième catégorie consiste à engager un État à modifier son droit pour accorder une protection à un produit d'un autre État, et, enfin,

[1219] Voir CDI, *Projet de la Commission dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités*. 1966, vol. II, p. 205 et 206, *in,* FORTEAU MATHIAS, *Annexe 1 : Les accords internationaux juridiquement non-contraignants*. A/77/10, paragr. 6.
[1220] *Ibid.,*
[1221] CIJ, arrêt du 1er octobre 2018, *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, CIJ., Recueil 2018, p. 507, paragr. 97.

une quatrième catégorie où les engagements ne seraient que des obligations souples tenant principalement au dialogue[1222].

À ces propos, il faut ajouter que l'évaluation de l'équilibre est davantage économique que juridique. C'est pourquoi, plutôt que de mesurer l'équilibre, il s'agira de naviguer entre les formes de ces accords et de comprendre leur utilité dans la recherche d'équilibre et de réciprocité. Le cas des États-Unis sera tout d'abord traité (1) et ensuite celui de la Chine (2).

1. L'exemple des États-Unis.

393. L'exemple des États-Unis. Comme cela a été rappelé, les États-Unis s'engagent parfois dans des accords d'échanges de lettres. Celui passé avec le Chili en est un exemple. Ces lettres d'échanges font suite à leur Accord de libre-échange et notamment à son article 3.17. Dans ces lettres d'échanges, les États-Unis s'engagent par exemple à ne pas appliquer une partie de sa réglementation sur l'importation « *[a]s long as the beginning date of the regulatory period for Table Grape Import Regulation 4 is not earlier than April 10 of each year during the five-year three-month period identified above, Chile agrees not to pursue dispute settlement procedures in the World Trade Organization during that five-year, three-month period with respect to matters related to the United States' minimum quality import requirements for table grapes.* » La réciprocité dans cet exemple est explicite. On comprend l'intérêt similaire des États à conditionner leurs engagements à une obligation précise qui possède un caractère synallagmatique. Pareillement, les États-Unis et le Japon ont procédé à un accord par échanges de lettres à propos de certaines boissons. Dans cet échange de lettres, les deux États ont accepté, en conformité avec leur droit interne « *the process to consider prohibiting the sale of any product in Japan as Bourbon, Whisket (…) if it has not been manufactured in the United States in accordance with the laws and regulations of the United States governing the manufacture of Bourbon Whisley or Tennessee Whiskey.* » Inversement, la même obligation s'impose aux États-Unis à propos de certains produits chinois. Bien qu'aucun élément de conditionnalité ne soit exprimé, nous comprenons par le caractère réciproque de ces dispositions que celle-ci est indirecte. De plus, là encore, l'équilibre vise davantage des produits qu'une équivalence économique. Cela rend plus explicite le caractère synallagmatique.

[1222] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Mini-Deals », [en ligne], 62 Va. *J. Int'l L* 315, 2022, p.14 et 15. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836909

394. L'exemple du *Phase one deal*. Par ailleurs, la relation synallagmatique de réciprocité est, là encore, différente du caractère réciproque de l'accord. C'est ce que nous enseigne le *Phase one deal* passé entre les États-Unis et la Chine. Cet accord prend, de manière procédurale, la forme d'un *executive agreement*. Son caractère contraignant en droit international dépend, comme cela a déjà été précisé, d'une incorporation par le Congrès. Rappelons que cet accord fait suite à de nombreuses mesures unilatérales prises par les États-Unis et la Chine et est à l'initiative des États-Unis. L'utilisation de la section 301 résulte de la constatation par l'USTR, de pratiques, lois ou politiques déraisonnables « *as one that while not necessarily in violation of, or inconsistent with, the international legal rights of the United States is otherwise unfair and inequitable*. » [1223] Pour rappel, afin d'évaluer le caractère déraisonnable, « *reciprocal opportunities in the United States for foreign nationals and firms shall be taken into account, to the extent appropriate*. »[1224] Ce faisant, les États-Unis ont déterminé que les entreprises américaines n'avaient pas les mêmes opportunités réciproques et donc que les pratiques chinoises étaient déraisonnables. La conclusion du *Phase one deal* résulte donc d'une recherche de réciprocité des opportunités. C'est pourquoi, à sa lecture, nous pouvons constater que de nombreux engagements visent la Chine uniquement, non les deux Parties.

Ces obligations sont nombreuses et il ne s'agit pas de toutes les énumérer. Nous pouvons nous concentrer sur celles qui ont cristallisé les différends en matière de propriété intellectuelle. Les entreprises états-uniennes constataient entre autres que les informations qui leur étaient demandées touchaient au secret des entreprises. Par exemple, « *China shall require administrative agencies and other authorities at all levels to: (…) (a) limit requests for information to no more than necessary for the legitimate exercise of investigative or regulatory authority; (…)* »[1225]. Lorsque les obligations sont unilatérales, les dispositions de l'Accord finissent, en majorité, par indiquer que « *The United States affirms that existing U.S. measures afford treatment equivalent to that provided for in this Article*. » C'est aussi le cas en matière d'indications géographiques où les États-Unis utilisent la même formulation alors que la Chine « *shall ensure that any measures taken in connection with pending or future requests from any other trading partner for recognition or protection of a geographical indication pursuant to an international agreement do not undermine market access for U.S. exports to China of goods*

[1223] U.S. CODE, TITLE 19 U.S.C. § 2411(d)(3)(A).
[1224] U.S. CODE, TITLE 19 U.S.C. § 2411(d)(3)(D).
[1225] Article 1.9 paragraphe 2 (a).

and services using trademarks and generic terms. »[1226] Parfois, ladite formule n'est pas utilisée, mais des obligations sont toutefois portées à l'égard de la Chine. Il en est ainsi quand la Chine s'engage à ouvrir ses frontières à certains produits[1227], à s'aligner sur la réglementation des États-Unis en reconnaissant l'équivalence[1228], ou encore à se conformer à ses obligations issues du droit de l'OMC[1229].

Cet exemple exprime un lien direct avec la recherche de réciprocité. Bien que l'élément conditionnel de ces obligations ne soit pas présent et que les Parties aient mis en place un système de règlement des différends, il faut retenir que cet accord accorde davantage d'importance à la recherche d'une réciprocité matérielle plutôt qu'à conférer un caractère conditionnel aux obligations. Cette volonté de rétablir un équilibre s'exprime par les obligations unilatérales, mais également par le fait que les États-Unis soulignent l'existence d'une équivalence. Cela est, parfois, encore plus visible lorsque les États-Unis expriment que « *The united States will continue to (...)* »[1230]. Bien que cet accord ne soit pas à objet unique, le lien synallagmatique est accentué non pas de manière globale, mais sur certains objets. De plus, même si cet accord n'est pas conforme aux règles prescrites par le droit de l'OMC, son existence nous conduit à penser que le futur sera marqué par de tels modèles d'engagements.

De manière plus globale, les engagements pris en exemple répondent à un besoin. Dans l'exemple précis des États-Unis, les éléments de procédures ne sont pas aussi lourds qu'un traité. En dépit de son caractère contraignant, si l'accord n'est pas transmis au Congrès, l'exécutif s'épargne une possible opposition politique. Ainsi, il gagne en rapidité et modularité[1231]. En ce sens, ces accords répondent à l'idée que les accords commerciaux sont incomplets par nature. Alors, en multipliant ces accords à objet unique, les États compensent

[1226] Article 1.15

[1227] Economic and Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China, Chapitre 3, Annexe 2, paragraphe 2 « Aiming to better meet Chinese consumers' ever-growing needs for dairy products. China shall: 1. (a) upon entry into force of this Agreement, allow imports of U.S. dairy products ».

[1228] *Ibid.,* Chapitre 3, annexe 4 paragraphe 3 « China recognizes the U.S. beef and beef products traceability system. The U.S. Government, in accordance with U.S. regulations, continuously maintains measures, including for traceability, that meet or exceed OIE guidelines for maintaining negligible risk status for the bovine disease addressed in Chapter 11.4 of the 2018 OIE Terrestrial Animal Health Code. (…) »

[1229] *Ibid.,* chapitre 3, annexe 14 1. « China shall ensure that, from December 31, 2019, its TRQ measures for wheat, rice, and corn are in conformity with the Panel Report in China-Tariff Rate Quotas for Certain Agricultural Products and the WTO agreements, including China's commitments under the Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the WTO and China's Schedule CLII, Part I, Section 1(B). »

[1230] Par exemple dans le cas du chapitre relatif aux services financiers : Article 4.5.

[1231] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Mini-Deal »", [en ligne], 62 Va. *J. Int'l L* 315, 2022, p.36. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836909

matériellement l'équilibre des précédents accords, ce qui peut être un outil de recherche de réciprocité, comme le *Phase one Deal* l'a démontré.

395. Le développement progressif de ces pratiques. L'avenir des relations commerciales internationales verra ces accords augmenter ainsi que la recherche de réciprocité, car comme l'a indiqué Kathleen Claussen[1232] en citant le témoignage de Robert Lighthizer[1233], aux États-Unis, ces accords font partie de l'arsenal législatif commercial de l'exécutif. Ils constituent des réponses aux différentes guerres commerciales. De plus, dans sa recherche sur les formes et substances des accords, Kal Raustiala indiquait en adoptant une logique fonctionnaliste que la réalisation d'accord au sens de contrat était préférée « *when the potential for costly opportunism is high; when noncompliance is costly to detect; as a sorting device when states seek to form clubs of like-minded parties; and by executive branches as a means of committing other branches of government*. »[1234] Au contraire, la souplesse est privilégiée en raison de coûts de négociations plus faibles et lorsque les préférences des États sont trop diverses. Elle ajoute par ailleurs que le droit souple[1235] est préféré lorsque les États coopèrent dans un domaine « *in which uncertainty is very high and hence governments are especially prone to be cautious* » [1236]. En effet, les États-Unis et – surtout - la Chine recourent de plus en plus au droit souple dans les nouveaux domaines de coopération commerciaux. Signe de prudence et de retrait des obligations, la réciprocité ouvre, pour ces États, un moyen d'octroyer des avantages de manière sécurisée en évitant le formalisme rigide des traités. En cela, la réciprocité n'est pas seulement existante dans le cadre d'obligation contraignante, mais elle intervient également pour combler un vide entre des engagements non contraignants. C'est également pour cette raison que la réciprocité aura un grand rôle à jouer si elle est associée à ces accords.

S'il n'est pas encore question de traiter, de manière approfondie, les avantages que procurent la réciprocité en tant que liant des obligations, il nous faut, à travers l'exemple de la Chine, démontrer que même si la réciprocité n'est pas explicitement évoquée, nous pouvons

[1232] CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Mini-Deals », [en ligne], 62 Va. *J. Int'l L* 315, 2022, p.5. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836909
[1233] « Testimony of U.S. Trade Representative Robert Lighthizer, United States Trade Representative – Senate Committee on Finance heating on the President's 2020 Trade Policy Agenda », [en ligne], 17 juin 2020. Disponible sur : https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/17JUN2020LIGHTHIZERSTMNT1.pdf
[1234] RAUSTIALA Kal, « Form and substance in international agreements », [en ligne], 2004, p.27. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=505842
[1235] Elle utilise plus précisément la notion de « pledge » qu'elle oppose au « contract ».
[1236] *Ibid.,* p.64.

constater la réunion des critères de la réciprocité de façon moins traditionnelle que ce qui a déjà été abordé. En effet, l'équilibre ne cible pas uniquement des avantages concédés qu'ils soient des marchandises, des services ou encore des droits d'accès aux marchés. Plutôt, il s'agira de constater que l'équilibre peut être étalé sur un temps plus long et que la réciprocité qui s'en dégagera vise davantage des éléments techniques que purement commerciaux.

2. L'exemple de la Chine

396. L'exemple des engagements dans les nouvelles routes de la soie. Cependant, à la lecture des engagements qui structurent les nouvelles routes de la soie, il est difficile de supposer de manière explicite que les avantages concédés le soient sur une base de réciprocité. Aucun élément ne va en ce sens d'un point de vue matériel. Rien n'indique que l'équilibre est recherché. Il s'agit simplement d'une rencontre d'intérêts mutuels. Néanmoins, la réciprocité aura un fort rôle à jouer comme les futurs développements le démontreront. Pour l'instant, il s'agit de comprendre le caractère synallagmatique des avantages échangés.

397. L'interopérabilité et la connectivité comme lien synallagmatique. Dans un premier temps, il faut se concentrer sur les *Memorandum of Understanding*. Compte tenu de la difficulté à tous les obtenir, seuls ceux signés avec l'Italie[1237], la Nouvelle-Zélande[1238] et les Philippines seront étudiés[1239]. Ces accords sont globaux et leurs dispositions visent essentiellement à créer des engagements futurs dans certains domaines. Il s'agit principalement de coopérer dans le futur, ou encore de renforcer des relations commerciales. Néanmoins, en dépit de ce cadre très général, en considérant le contexte de ce projet, il faut comprendre que la Chine financera ou s'engagera à la construction de projets futurs sur le territoire des pays signataires. Implicitement, la contrepartie sera la diffusion de certaines normes techniques. Une large partie de ces MoU vise l'interopérabilité, la logistique ou encore la connectivité. Par

[1237] Memorandum of understanding between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of China on Cooperation within the framework of the Silk Road Economic Belt and the 21st Century maritime Silk Road initiative, [en ligne], 23 mars 2019. Disponible sur : https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Memorandum_Italia-Cina_EN.pdf

[1238] Memorandum of Arrangement On Strengthening Cooperation on the Belt and Road Initiative Between The Government of the People's Republic of China And The Government of New Zealand, [en ligne] signé le 23 mars 2017. Disponible sur : https://eng.yidaiyilu.gov.cn/p/10479.html

[1239] Memorandum of understanding between the Government of the Republic of the Philippines and the Government of the People's Republic of China on Cooperation on the Belt and Road Initiative, [en ligne], signé le 20 novembre 2017. Disponible sur : https://drive.google.com/file/d/12Fe-zjQsl7xfekrybsjM_pULHkLKgZAd/view

exemple, dans le *Memorandum* sino-italien, on relève que « *The Parties welcome the discussions in the framework of the EU-China Connectivity Platform to improve the efficiency of the connectivity between Europe and China.* »[1240] Par ailleurs, les Parties s'engagent à travailler en collaboration avec l'Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) en vue de promouvoir la connectivité. L'article premier de ses statuts indique notamment que son objet est notamment « de favoriser le développement économique durable, de créer de la richesse et d'améliorer la connectivité des infrastructures en Asie en investissant dans les infrastructures et dans d'autres secteurs productifs (…) » [1241]. Ainsi, la contrepartie de la réalisation de certains projets menés par la Chine réside dans la diffusion de ses normes techniques afin de garantir une meilleure connectivité et interopérabilité. Cette idée se retrouve également dans les Mémorandums sino-philippins et sino-néo-zélandais. L'inclusion de l'AIIB dans les MoU a pour objectif d'intégrer cette institution dans la définition des normes chinoises qui seront utilisées dans le cadre des différents projets. La Chine entend promouvoir ses propres institutions multilatérales afin de concurrencer celles déjà établies. En utilisant le MoU et ainsi le droit souple, elle n'entend pas contraindre juridiquement les autres États à participer à une telle définition, mais plutôt politiquement et de manière implicite. En effet, il est souvent fait référence à la notion de complémentarité au sein des objectifs et des principes directeurs des MoU. Néanmoins, cette complémentarité n'est pas à interpréter au sens propre ici. En règle générale, la complémentarité peut être définie comme concernant « *the relationship between local and non-local standards and rules. In selective adaptation, complementarity describes how apparently contradictory phenomena or priorities, usually local and foreign norms, can be combined in various ways that preserve the essential characteristics of each component,* and yet enable them to work together in a mutually reinforcing way to bring new effects.»[1242] Néanmoins, Heng Wang ajoute, dans le cas de la Chine que « *complementarity in selective reshaping, while still concerned with the relationship between local and non-local rules, is more related to the balancing of China's preferences with external rules*. »[1243] Il existe donc un réel effet de diffusion des normes, notamment via l'AIIB.

[1240] Memorandum of understanding between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of China on Cooperation within the framework of the Silk Road Economic Belt and the 21st Century maritime Silk Road initiative", [en ligne], 23 mars 2019, parag. 2, p.3.

[1241]« Statuts de la Banque Asiatique d'Investissement dans les Infrastructures », [en ligne]. Disponible sur : https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/_download/articles-of-agreement/basic_document_french_bank_articles_of_agreement.pdf

[1242] WANG Heng, *Selective reshaping : China's paradigm shift in international economic governance*, [en ligne], Working paper, p.12. Disponible sur : https://www.zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/430117/1/EBP076379078_0.pdf

[1243] *Ibid.,*

398. Un lien synallagmatique inter-engagements. De plus, la recherche de l'équilibre ne doit pas uniquement s'effectuer sur la base d'un seul engagement ou d'un seul accord. À ces MoU s'ajoutent de nombreux autres ainsi que des contrats qui, s'ils n'en dépendent pas explicitement, font suite à la signature de ces engagements. En leur sein, la Chine les utilise pour diffuser ses normes tout au long de la chaîne de valeur et d'approvisionnement. Outre les avantages attendus en termes de connectivité, ce même constat est étendu à d'autres avantages. Compte tenu du secret qui entoure les contrats de concessions, il a été difficile de les analyser avec précision. Néanmoins, une partie des contrats de concessions signés avec le Sri Lanka est par exemple disponible[1244]. C'est le cas de la concession effectuée concernant le cadre du Port de Hamantota. Dans ce contrat de concession, les Parties sont, d'une part, la *China Merchants Port Holdings Company Limited* (appellée *The company* dans le reste du contrat) et, d'autre part, le *Sri Lanka Ports Authority* (SLPA), la *Hambantota International Port Group* (HIPG), la *Hambantota International Port Services Company* (HIPS) et enfin le Gouvernement de la république socialiste démocratique du Sri Lanka (GOSL). La Compagnie « *is one of China's centrally administrated state-owned enterprises* »[1245]. Le contrôle du Gouvernement chinois est donc clair. Dans le contrat de concession, il est indiqué que la Compagnie compte investir 1.120 millions de dollars auprès de la SLPA. L'idée est, par ce montage d'obtenir 85% de la HIPG et 58% de la HIPS qui sont respectivement chargés du droit unique et exclusif de « *to plan, finance, develop, operate, maintain and manage the Hambantota Port;"* et *« to develop, operate and manage the Common User Facilities for the operation of the Hambantota Port.* » Ainsi, si les MoU sont généraux, ils encadrent tout de même les futures activités commerciales de la Chine avec ses partenaires. En l'occurrence, le Sri Lanka a bénéficié d'un gros projet de financement ainsi que de certaines aides annexes. En contrepartie, la Chine a bénéficié d'un contrat de concession avec un droit d'exclusivité de 15 ans, tout en ayant obtenu la majorité du capital des sociétés sri lankaises. D'ailleurs, la réalisation du contrat était soumise à des clauses conditionnelles auxquelles il était nécessaire de satisfaire. Entre autres, le « transfer of 58% of the issued share capital of HIPS from SLPA to HIPG having been completed »[1246].

[1244] China Merchants Port Holdings Company Limited - Potential discloseable transaction concession agreement in relation to Hambantota Port Sri Lanka, [en ligne], Stock Code : 00144. Disponible sur : https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2017/0725/ltn20170725444.pdf

[1245]CHINA MERCHANTS GROUP, *introduction,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.cmhk.com/main/a/2022/e11/a43949_46675.shtml

[1246] China Merchants Port Holdings Company Limited - Potential discloseable transaction concession agreement in relation to Hambantota Port Sri Lanka, [en ligne], Stock Code, p.5 : Voir « conditions precedent ».

Sans multiplier les exemples[1247], il faut donc indiquer que les avantages concédés dans le cadre d'un engagement global ne sont pas concentrés au sein d'un seul engagement. Les MoU peuvent être de simples initiateurs de contrats futurs. Par exemple, ledit contrat de concession précise, même si cela est évident vu qu'il s'agit d'un contrat de concession, que le Groupe, à savoir la Compagnie «*and its subsidiaries* »[1248] s'est vu accorder un droit unique et exclusif de gérer et de percevoir des revenus pour toute une liste d'opérations indiquées. Par ailleurs, la Compagnie a décidé d'associer la *China Harbour* afin d'exploiter le Port et le parc industriel adjacent. Il est, par ailleurs, prévu que cette société prenne une participation minoritaire dans *Gainpro Resources Limited*[1249]. Bien que rien ne nous permette de le prouver, cela suppose que les avantages obtenus soient étalés sur divers accords et contrats. Le contrat de concession ne nous permet pas de le rattacher juridiquement aux MoU ou à d'autres accords. Cependant, il est intéressant de noter que ledit contrat mentionne directement que la localisation du Port est une stratégique « *along « Silk Road Economic Belt and the 21st Century Maritime Silk Road* ». Dans le cadre des routes de la soie par exemple, plutôt que de voir un étalement de contrats et d'accords, nous pourrions émettre l'idée de remplacer la référence explicite à ces éléments par un projet commun s'y rattachant. C'est ce que semble dessiner la Chine dans ce projet.

Ainsi, il s'agit, à présent, de démontrer que si les accords qui lient les États dans le cadre de ce projet sont des MoU, ils peuvent influencer juridiquement et politiquement à défaut de disposer d'un caractère contraignant. De plus, l'exemple des accords des États-Unis visera à prouver la fragilité du respect des obligations inscrites dans ces accords. À travers ces exemples, l'objectif sera de prouver que la réciprocité a pour but de sécuriser ces obligations en évitant tout comportement de passager clandestin. Dans l'exemple des routes de la soie, on s'apercevra que les différents contrats et accords sont liés par une idée commune et qu'en dépit du défaut de caractère contraignant de certains accords, s'observe une réciprocité généralisée à l'ensemble de ces conventions.

[1247] Voir par exemple le cas des aides donnés au Kazakhstan en contrepartie de ressources en pétrole et en Gaz : LARUELLE Marlene, *China's Belt and Road initiative and Its Impact in Central Asia,* The George Washington University, Central Asia Program, 2018.
[1248] Qui renvoie aux listing rules et donc aux règles « Governing the Listing of Securities on The Stock Exchange of Hong Kong Limited » : « China Merchants Port Holdings Company Limited - Potential discloseable transaction concession agreement in relation to Hambantota Port Sri Lanka », [en ligne], Stock Code, p.11.
[1249] *Ibid.,* p.8.

B – La contrainte matérielle comme outil de conditionnalité

399. Propos liminaires. Les exemples précédents ont fait état, de façon alternative, des manières de régir les relations commerciales internationales et posent la question de leur degré de contrainte. Plus précisément, ce présent développement est motivé par l'idée que la réciprocité peut servir de liant entre les Parties au sein d'un accord, qu'il soit contraignant ou non, de même qu'entre de multiples accords et conventions. Pour reprendre l'exemple des nouvelles routes de la soie, plutôt que d'isoler ces accords, il faut partir de l'idée que l'ensemble des accords et contrats puissent se rassembler autour d'un même système : le projet en lui-même. C'est pourquoi Heng Wang estime que le BRI a une nature « *result-oriented and progress-oriented* »[1250]. L'auteur distingue toutefois les accords principaux[1251] (*primary agreements*) des accords secondaires[1252] (*secondary agreements*)[1253]. En poursuivant cette logique, nous constatons que les MoU étudiés indiquent, d'une part, que ce mémorandum « *does not constitue an international agreement which may lead to rights and obligations under international law* ». En ce sens, l'intention de ne pas se lier est explicite. Par ailleurs, chaque mémorandum « *will be interpreted in accordance with the legislation of the Parties* (…). »[1254] Cela fragilise davantage le respect du mémorandum, car on peut facilement imaginer que les Parties puissent s'en retirer aisément. Nous savons cependant qu'en dépit du caractère contraignant, ces mémorandums ont des conséquences politiques. De plus, ceux-ci ainsi que d'autres accords de *soft law*, peuvent être utilisés en tant que moyens interprétatifs pour évaluer des pratiques ultérieures de certains États[1255].

[1250] WANG Heng, *Selective reshaping : China's paradigm shift in international economic governance*, [en ligne], Working paper, p.14.
[1251] *Ibid.,* p.2 : L'auteur cite par exemple les « MOUs, the Memorandum of Arrangement (MOA), (framework) agreements, joint communiques and statements, guiding principles, and consensuses, among others. »
[1252] À titre d'exemple, « Secondary agreements consist of at least two categories of agreements, and may involve multiple contracts between the various bodies involved in a project. One category is performance agreements, including performance guarantees, economic stabilization contracts, land usage contracts, and concessions agreements that may involve exclusive concession rights (e.g., a build-own-operate-transfer concession). The other category is finance agreements, including loan agreements and grant agreements.They could involve China's banks and MDBs. »
[1253] *Ibid.,* p.7.
[1254] Memorandum of understanding between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of China on Cooperation within the framework of the Silk Road Economic Belt and the 21st Century maritime Silk Road initiative, [en ligne], 23 mars 2019, paragraphe IV.
[1255] C'est ce qu'à considérer la Commission du droit international dans son projet de conclusion : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs.* [en ligne], A/73/10, 2018, p.52. Disponible sur : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/1_11_2018.pdf

400. Cadre d'interprétation. C'est parce que des engagements de *soft law* emportent de nombreux effets ainsi que de nombreuses conséquences juridiques qu'il conviendra de sortir de cette distinction *hard law / soft law*. Plutôt, suivons la proposition de Kaul Raustiala, qui rejette cette distinction et lui préfère le triptyque : « *Legality, structure and substance* ». Parmi ces critères, seul le premier est binaire en ce qu'il renvoie à la capacité d'être « *legally-binding and not legally-binding* »[1256] ou ce qu'elle nomme « *contrats and pledge* »[1257]. La variabilité s'installera lorsque l'auteure parle de substance, d'une part, et de structure, d'autre part. L'évaluation de la substance se fonde en grande partie sur la profondeur[1258] des obligations. L'auteure base sa définition de la profondeur sur celle de George Downs, David Rocke et Peter Barsoom, qui est que « *the extent to which [an agreement] requires states to depart from what they have done in its absence.* » En somme, selon l'auteure, un accord est davantage profond quand il amène les Parties à modifier de manière importante leurs obligations. Mais un accord qui viendrait consolider l'existant ne serait pas profond. Le critère de la structure servira principalement à se référer aux « *rules, bodies, or procedures created to monitor and sanction the performance of parties to an agreement* »[1259]. Finalement le critère de la structure renvoie au degré de conformité des Parties quant à leurs obligations. En retenant ce triptyque, on comprend pourquoi l'auteure nous pousse à quitter cette distinction *hard law /soft law* mais aussi celle entre droit et normes sociales. Si le caractère de légalité est binaire, il existe un spectre de variation pour chacun des deux autres critères d'interprétation. Si nous nous limitons à la forme, il est vrai que le régime des règles applicables variera selon qu'il s'agisse d'un traité ou non, et qu'il est contraignant ou non. Néanmoins, les effets, en substance, nous poussent à reconsidérer ces différences et à « *unlock the connection between law and norm, and understand how they relate* »[1260]. Ainsi, il s'agira de s'appuyer sur ces éléments pour identifier l'effet de ces accords et la manière dont la réciprocité a un rôle à jouer.

401. Application du triptyque. Inutile de revenir sur le caractère de légalité. Concernant la substance, les mémorandums consistent majoritairement en des objectifs de négociations futures. De prime abord, la substance des négociations n'est donc pas profonde. Néanmoins, nous proposons de ne pas séparer chaque accord et de concevoir un rattachement d'accord. L'idée est d'imaginer une galaxie d'accords rattachée au projet des routes de la soie. Le point

[1256] RAUSTIALA Kal, « Form and substance in international agreements », [en ligne], 2004, p.3. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=505842
[1257] *Ibid.,* p.4.
[1258] *Ibid.,* p.9.
[1259] *Ibid.,* p.11.
[1260] *Ibid.,* p.13.

de départ serait le MoU qui indique de nombreux modes de coopération en vue de réaliser ledit projet. Ensuite, de nombreux Mémorandums ou autres engagements et contrats renvoient directement au projet des routes de la soie tel un moyen de mise en œuvre du projet, comme cela a été démontré avec l'exemple des concessions avec le Sri Lanka. Autre exemple, le MoU avec les Philippines est semblable à celui italien. Dans une déclaration commune de 2023, il est fait référence à une synergie de l'initiative des routes de la soie pour laquelle les Parties ont signé un « *Mémorandum of Understanding on the Belt and Road Initiative, and the Framework Agreement on Priority Bridges Crossing Pasig-Marikina River and Manggahan Floodway Bridges Construction Project* ». De plus, « *two (…) handover certificates on Chinese-funded Philippine infrastructure projects that have been successfully completed*. »[1261] Alors que la substance d'un seul MoU est faible, la chaîne des accords démontre une profondeur plus accrue des engagements.

Ce postulat a un impact sur la structure qui est là encore variable. Si l'on s'attache uniquement à une étude individuelle d'un MoU, ce dernier n'est pas contraignant. Il. n'y figure aucun mécanisme visant à contraindre les parties, à exécuter le MoU. C'est en ce sens que la réciprocité a un rôle. En effet, à travers ces routes, la Chine a proposé une nouvelle gouvernance des relations commerciales internationales. De cette nouvelle gouvernance il faut retenir que tous les MoU avec un autre État sont reliés entre eux intellectuellement. Vu que les États ont considéré que ces MoU n'engageaient pas les Parties, mais qu'il existe un rattachement, nous pouvons penser que les États puissent se libérer de leurs engagements face au comportement non coopératif d'un partenaire. En pensant ces MoU comme rattachés, nous pouvons imaginer également une forme de réciprocité étendue à la totalité de ces MoU puisqu'ils naissent des mécanismes de coopérations pensés dans les premiers MoU. Ainsi, si une Partie refuse de coopérer, nous pouvons concevoir que le moyen de pression puisse être un refus de coopération tiré d'un autre MoU. Indépendamment du projet des routes de la soie, il faut souligner que la réciprocité a un rôle stabilisateur et de liant.

402. Le caractère auto-exécutoire de la réciprocité. De plus, dans le cadre d'obligations ou d'accords contraignants de même que non contraignants, la réciprocité peut agir comme un outil auto-exécutoire. Beth V. Yarbrough et Robert M. Yarbrough considèrent que le caractère auto exécutoire possède trois caractéristiques : chaque partie décide unilatéralement s'il est préférable de poursuivre ou d'interrompre la relation issue de l'accord ;

[1261] Joint statement between the People's Republic of China and the Republic of the Philippines, [en ligne], 5 janvier 2023. Disponible sur : https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/zcfg_1/202301/t20230105_11001064.htm

chaque partie respecte l'accord si les avantages de la poursuite de l'exécution dépassent le coût de l'interruption ; et aucune tierce partie n'intervient pour faire respecter l'accord (…)[1262]. Dans le cas des MoU, nous pouvons imaginer que la réciprocité possède un caractère auto-exécutoire. Le lien synallagmatique est de toute évidence, élargi, mais tous les critères sont respectés. En effet, comme les auteurs l'expliquent « *By linking the two products together in a single agreement, it may be that cooperation on the two may satisfy the required condition for self-enforcement. The possibility of linkage weakens the necessary and sufficient condition for a self-enforcing agreement. It is no longer necessary that the condition in [1] hold for each and every product, but only that it holds for the package of linked goods in order for an agreement to prevail in all products*. »[1263]

403. L'exemple des accords des États-Unis. Ce constat s'applique également aux accords des États-Unis étudiés précédemment. Bien que certains soient des accords contraignants et doivent respecter la convention de Vienne sur le droit des traités, la réciprocité peut trouver à s'appliquer. Certains accords, comme le *phase one deal*, possèdent un système de consultation en cas d'irrespect des obligations par l'une des parties. Cependant, il n'est aucunement fait recours aux tiers, ce qui renforce le caractère auto-exécutoire de l'accord. Parallèlement à ce qui a été constaté supra dans l'étude relative aux règlements des différends, on note que la multiplication de ces formes d'accords, associée à un faible règlement des différends, témoignent d'une certaine préférence à privilégier le caractère auto-exécutoire. Cela va dans le sens du recours à davantage de réciprocité. Ces exemples peuvent être étendus à des accords simplement tarifaires. Par une déclaration 9704 du 8 mars 2018[1264], Donald Trump avait souhaité augmenter les droits de douane sur les produits en aluminium et en acier venant des Émirats arabes unis, conformément à la section 232 du Trade Expansion act de 1962. Après un accord fixant un quota d'importation de ces produits des Émirats vers les États-Unis, Donald Trump a fait retirer ce supplément tarifaire sur lesdits produits[1265] à la suite. Selon la presse, ce retrait ferait également suite à la vente aux Émirats de « *50 Lockheed Martin Corp F-35 fighter*

[1262] YARBROUGH Beth V. and YARBROUGH Robert M, « Reciprocity, Bilateralism, and Economic Hostages: Self-Enforcing Agreements in International Trade », *International Studies Quarterly*, Vol. 30, No. 1 (Mar., 1986), pp. 7-21, p.12.
[1263] *Ibid.,* p.16.
[1264] FEDERAL REGISTER, *Adjusting Imports of Aluminium Into the United States,* [en ligne], Proclamation 9704, Vol. 83, n°51, 8 mars 2018. Disponible sur : https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-03-15/pdf/2018-05477.pdf
[1265] THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, *Proclamation 10139 – Adjusting Imports of the Aluminium into the United States,* [en ligne], 19 janvier 2021. Disponible sur : https://www.presidency.ucsb.edu/documents/proclamation-10139-adjusting-imports-aluminum-into-the-united-states

jets. » [1266] Tout d'abord, cet exemple traduit d'une part, le recours à une forme de réciprocité de *statu quo*, où un État fixe unilatéralement les conditions d'octroi d'un avantage. Ensuite, cet avantage n'est pas uniquement lié à un objet unique qui est la fixation d'un quota, mais également à un contrat annexe. Cela fait écho à l'exemple des contrats de concession de la route de la soie et l'existence d'une réciprocité satellitaire. Cependant, le Président Biden est revenu sur le contrat de fixation des quotas et a imposé de nouveaux droits supplémentaires sur les produits en aluminium et en acier pour des raisons de sécurité[1267]. Cela démontre que la réciprocité est au cœur de ces enjeux en raison non pas du faible caractère contraignant des accords (et donc du critère de légalité évoqué plus haut), mais plutôt en raison du faible caractère d'exécution (ce qui renvoie à la structure). Le défaut de ces accords est donc que son exécution est soumise à la volonté et au coût d'opportunité de son exécution par les participants. L'accent est mis sur l'effectivité et la coopération plutôt que la conformité. En somme, la réciprocité est ici bien présente et utilisée, car les indices de *synallagma*, de conditionnalité et d'équivalence sont recherchés.

404. Néanmoins, malgré cette grande liberté liée au caractère auto-exécutoire, il faut revenir sur le critère de la substance pour démontrer que le critère de la structure est plus fort lorsque la substance est plus profonde. Reprenons l'exemple des contrats dans le cadre des routes de la soie. Sans revenir sur le lien de *synallagma*, il faut retenir l'idée de la réciprocité satellitaire. Bien que les MoU soient non contraignants et auto-exécutoires, l'application des lignes directrices de ces MoU donnent lieu à des contrats qui certes possèdent leur propre règlement d'arbitrage[1268], ou plus généralement, des différends, mais qui sont un levier d'exécution des MoU. Ainsi, le renforcement de la substance permet de renforcer le caractère exécutoire du MoU car la réciprocité est étendue tout au long des accords et des contrats.

[1266] SHALAL Andrea, BEECH Eric, « Biden to keep tariffs on aluminium imports from UAE, reversing Trump », *Reuters,* [en ligne], 2 février 2021. Disponible sur : https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-aluminum-emirates-idUSKBN2A204N

[1267] THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, *Proclamation 10144 – Adjusting Imports of Aluminium into the Unite States,* [en ligne], 1 février 2021. Disponible sur : https://www.presidency.ucsb.edu/documents/proclamation-10144-adjusting-imports-aluminum-into-the-united-states

[1268] Voir en ce sens : NORTON, Patrick M., « China's Belt and Road Initiative: Challenges for Arbitration », *Asia*, 13 U. *Pa. Asian L. Rev*, 2018.
Voir également en ce sens : CLIFFORD CHANCE, *Belt and road dispute resolution from a chinese perspective,* [en ligne], juin 2020. Disponible sur : https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2018/06/belt-and-road-dispute-resolution-from-a-chinese-perspective.pdf
DAHLAN Malik R., « Dimensions of the New Belt and Road International Order : An analysis of the Emerging Legal Norms and a Conceptionalisation of the Regulation of Disputes », [en ligne], *Beijing Law Review,* Vol. 9, n°1, mars 2018. Disponible sur : https://www.scirp.org/journal/paperinformation.aspx?paperid=83500

405. L'élément de la substance des relations comme levier de réciprocité : le cas des nouvelles routes de la soie. Illustrons la constellation de contrats qui fait suite à un MoU principal[1269], par l'exemple des relations entre la Chine et les Philippines. Comme cela a déjà été évoqué, le projet des routes de la soie prévoit des investissements et des aides chinoises dans certains pays. Dans le cadre de ce projet, les financements sont en majorité accordés par des banques chinoises rattachées au Gouvernement ainsi que des institutions financières[1270] comme l'*Asian Infrastructure Investment Bank* (qui est mentionnée dans certains MoU), mais encore le *Silk Road Fund* et la *New* Development *Bank*. De manière plus globale, dans leur rapport, Anna Gelpern, Sebastian Horn, Scott Morris, Brad Parks et Christoph Trebesch ont noté que 76 % des contrats accordés par la Chine étaient réalisés par la China Eximbank et 9% par China Development Bank[1271]. Sans prétention d'exhaustivité, les prêts financiers de la Chine à l'égard des Philippines, dans le cadre du Projet des routes de la soie, ont été effectués par la China Eximbank. C'est, par exemple, le cas des *Priority Bridges Crossing Pasig-Markina River and Manggahan Floodway*[1272]. On a pu rattacher ces infrastructures à la signature de MoU signés pour la réalisation dudit projet. Il existe donc un lien entre les MoU et ces contrats qui vient approfondir l'idée de substance. Or, ces contrats de financements sont en eux-mêmes très contraignants. Il n'a pas été possible d'en étudier faute de publication. Cependant, sur la base des écrits de certains rapports, il est possible d'en tirer des suppositions. L'idée est de mettre en avant la diffusion indirecte des effets contraignants des contrats de financements vers les MoU. Autrement dit, les MoU gagnent en effet contraignant par le jeu des obligations des contrats de financements. Le levier de la dette est un exemple[1273]. Sans entrer dans les

[1269] Pour reprendre la distinction binaire de Heng Wang.
[1270] HAMZAH Hanim; « Legal issues and implication of the BRI », *China's Belt and Road Initiative (BRI) and Southeast Asia Publication*, 30 octobre 2018. https://cariasean.org/publications/chinas-belt-and-road-initiative-bri-and-southeast-asia-publication/legal-issues-and-implications-of-the-bri/
[1271] GELPERN Anna, HORN Sebastian, MORRIS Scott, PARKS Brad, TREBESCH Christoph, *How China Lends – A rare look into 100 Debt Contracts with Foreign Governments,* [en ligne], p.13. Disponible sur : https://www.cgdev.org/sites/default/files/how-china-lends-rare-look-100-debt-contracts-foreign-governments.pdf
[1272] DEPARTMENT OF FINANCE, *PHL, China ink bilateral financing agreements and documents during Marcos Jr. state visit,* [en ligne], 05 janvier 2023. Disponible sur : https://www.dof.gov.ph/phl-china-ink-bilateral-financing-agreements-and-documents-during-marcos-jr-state-visit/
[1273] GELPERN Anna, HORN Sebastian, MORRIS Scott, PARKS Brad, TREBESCH Christoph, *How China Lends – A rare look into 100 Debt Contracts with Foreign Governments,* [en ligne], p. 9 où les auteurs souhaitent montrer " how China has adapted sovereign debt contracts to manage repayment risk under conditions of weak contract enforcement".

détails[1274], mentionnons par exemple l'absence de recours à la clause dite *Club de Paris*[1275] ou encore à la présence accrue de clauses de *cross-defaut*[1276].

Étant donné qu'il a été impossible de se munir des contrats de financements de certains projets sino-philippins, l'exemple de contrats signés entre la Chine et le Kirghizstan dans le cadre des routes de la soie servira de support. Il mentionne que « *the borrower hereby represents, warrants and undertakes that its obligations and liabilities under this Agreement are independent and separate from those stated in agreements with other creditors (whether official creditors, Paris Club creditors or other creditors).* »[1277] Cet exemple exprime un fort lien synallagmatique dans l'octroi d'un financement, en venant créer une forme de droit de préemption en faveur de la Chine. En ce sens, le défaut de sécurité juridique qui peut exister dans un MoU est compensé par de tels traitements contenus dans les contrats de financements et qui existent grâce aux MoU principaux.

Nous pouvons supposer par ailleurs que ces clauses figurent dans de nombreux autres contrats avec d'autres États et très certainement avec les Philippines, car selon ceux étudiés par Anna Gelpern, Sebastian Horn, Scott Morris, Brad Parks et Christoph Trebesch, 81 % des contrats de financements accordés par la China Eximbank incluent cette clause contre 43 % pour la China Development Bank[1278].

406. Les clauses de financement comme exemple de conditionnalité. En matière de conditionnalité, la clause de « *cross-default* »[1279] est importante, car pour l'évaluer, une Partie peut se fonder sur des conditions politiques. C'est, par exemple le cas de l'accord signé avec le

---

[1274] Il aurait également été possible d'aborder le cas des banques d'État chinoises qui utilisent, les dépôts fiduciaires et les comptes spéciaux en tant qu'outil de conditionnalité.

[1275] Le Club de Paris est « un groupe informel de créanciers publics dont le rôle est de trouver des solutions coordonnées et durables aux difficultés de paiement de pays endettés. (…) » : Définition tirée du site internet du Club de Paris : https://clubdeparis.org/fr
Un arrangement dans ce cadre « is a situation where, in cases of default, multiple creditors negotiate together with the debtor to reach an agreement on debt settlement. The incentive on the side of the creditors is that by negotiating in unison, they can increase their negotiating power. Being part of a Paris Club arrangement moreover includes comparable debt arrangements for all participants. That means that if A and B were parties to the negotiation, A would not get a significantly superior deal than B » : Voir SCHROEDER Michael, "Is the Devil in the Details A Rare Look into a BRI Contract in Kyrgyzstan Journal of Public and International Affairs", *Journal of Public & international affairs,* 26 mai 2023. Disponible sur : https://jpia.princeton.edu/news/devil-details-rare-look-bri-contract-kyrgyzstan

[1276] *Ibid* : « A cross-default clause is a specific kind of default clause, which specifies situations in which the lender can demand a full repayment of a loan based on a default of the borrower on other, unrelated obligations. »

[1277] *Ibid.,*

[1278] GELPERN Anna, HORN Sebastian, MORRIS Scott, PARKS Brad, TREBESCH Christoph, *How China Lends – A rare look into 100 Debt Contracts with Foreign Governments,* [en ligne], p. 35.

[1279] Elle peut être rédigée à la manière du contrat passé avec le Kirghizstan. On y lit que « any other event which constitutes a default of the Borrower occurs in respect of any other agreement involving the borrowing of money or any guarantee between the Borrower and any other banks or financial institutions. »

Kirghizstan qui stipule que « *where there occurs any change of the laws or government policies in the country of either the Lender or the Borrower, which makes it impossible for either the Lender or the Borrower to perform its obligations under this Agreement, the Lender may (...), terminate the disbursement of the Facility, (...) without further demand, notice or other legal formality of any kind." In comparison with other Chinese debt contracts, it is notable that the contract at hand employs softer, but also vague language.* » Un changement de politique quant à la réalisation des objectifs des MoU signés entre la Chine et un autre État, pourrait être considéré par la Chine comme empêchant l'emprunteur d'exécuter les obligations du contrat. Cela est une interprétation large d'une telle clause et les enjeux seraient bien trop grands pour l'invoquer en faisant référence à des MoU, mais cela reste possible. En ce sens, les clauses d'un contrat de financement, surtout lorsqu'elles sont le fait de banques ayant un fort lien de rattachement avec le Gouvernement, peuvent constituer des outils de conditionnalité venant renforcer la structure des MoU. Alors qu'un MoU était considéré comme non contraignant, on peut noter que les effets des contrats peuvent le rendre davantage contraignant. Ainsi, en dépit d'obligations contraignantes, un comportement étatique allant contre des normes simplement sociales ou politiques peut être sanctionné selon une logique de réciprocité, car le lien synallagmatique et les contreparties sont diffusés à l'ensemble des relations tenant à l'initiative des routes de la soie. La réciprocité est étendue, car il existe une dépendance entre chaque accord et contrat.

407. La création d'une réciprocité technique. En délaissant l'aspect financier et la dette, il a précédemment été indiqué qu'en contrepartie de la réalisation de certains projets, l'avantage attendu par la Chine était la diffusion de certaines normes techniques. On peut les voir comme un outil de conditionnalité des projets futurs. En effet, si les MoU ne sont pas contraignants, mais visent à la promotion et à la coopération en matière de connectivité, ces normes viendront contraindre les projets d'infrastructures. En ce sens, seules les entreprises répondant auxdites normes pourront participer à la réalisation des futurs marchés. Pareillement, les fournisseurs de marchandises et de services acceptés seront également favorisés selon ces normes. Cela ouvre donc la porte, dans le futur, à la sélection de fournisseurs chinois pour la réalisation de certains contrats. Cela est une forme non pas de réciprocité juridique, mais plutôt de réciprocité technique. L'idée est d'assurer une forme de conditionnalité commerciale par les normes, en créant un moyen de dépendance à ces normes. Le lien synallagmatique est évident puisque le MoU vise à la promotion des normes et les contrats liés aux projets d'infrastructures dépendront de ces normes. Comme l'a relevé Michael Schroeder à propos du contrat passé entre

la banque chinoise Eximbank et le ministère du Transport et de la Communication du Kirghizstan, une clause stipule que « *the goods, technologies and services purchased by using the proceeds of Facility shall be purchased from China preferentially, and the technical standards to be used shall follow relevant Chinese and international standards*. »[1280] Ainsi, bien que ces MoU ne soient pas contraignants, ils ont des effets *via* les autres accords et contrats qui s'intègrent dans ce projet. La réciprocité technique est un outil permettant à un gouvernement d'imposer plus facilement ses conditions par des effets de dépendance. Il est imaginable que face à un comportement politique d'un État qui serait défavorable au projet des routes de la soie, le réseau de dépendance instauré permette à la Chine de ne pas exécuter certaines de ses obligations dont l'exécution dépend techniquement des entreprises chinoises.

408. Synthèse. Il faut retenir de ce qui précède que la multiplicité de ces engagements, qu'ils soient contraignants ou non, est marquée par une volonté de souplesse et de rapidité. Ces qualifications sont souvent associées à un défaut de stabilité. Néanmoins, la réciprocité a un rôle de stabilisation des relations, en raison, d'une part, de la recherche d'équivalence matérielle ponctuelle et d'autre part de son caractère exécutoire. Bien que cette tendance marque le signe d'une préférence de la puissance contre celle de la règle de droit et ramène à la notion de *lawfare*, elle traduit également le rejet d'un système de règlement des différends trop lourd et pas assez flexible. Ces constats sont à la fois le signe d'un regain du contrôle étatique sur ses relations quand l'objet des négociations est stratégique, mais aussi de la volonté de ne pas imposer des lourdeurs à de simples réajustements commerciaux. Cette tendance explique que les États accroissent ces contrôles en adoptant un comportement plus défensif avant d'éventuelles négociations. Les instruments unilatéraux visant à ouvrir les marchés ont certes pour but de fermer l'octroi des avantages lorsqu'il n'existe pas d'accords, mais aussi celui de fixer un cadre d'attentes fondé sur de la réciprocité. Ils ont ainsi un rôle incitateur d'ouverture des marchés. En ce sens, après avoir constaté le rôle de stabilisation formelle de la réciprocité dans les précédents accords, il s'agira d'étudier la manière dont la réciprocité à un rôle de stabilisation informelle lors de l'usage des mécanismes unilatéraux de recherche de réciprocité.

[1280] SCHROEDER Michael, « Is the Devil in the Details A Rare Look into a BRI Contract in Kyrgyzstan Journal of Public and International Affairs », *Journal of Public & international affairs,* 26 mai 2023.

Section 2 : La réciprocité comme outil de stabilisation informelle.

409. L'idée de stabilisation informelle part de l'imposition d'une réciprocité de *statu quo* par les États. De plus, le recours à la notion d'informelle souligne que les bases de détermination de la réciprocité sont obscures ou, du moins, définies sans consensus. Il faut cependant distinguer ces instruments des simples instruments de défense commerciale qui ne seront pas traités ici. La réciprocité se concentre dans son évaluation matérielle sur l'idée de concessions, alors que de nombreux instruments de défense commerciale européens mettent l'accent sur le *level playing field.* Bien que, en ce qui concerne les États-Unis il existe un fort lien entre les deux, ce n'est pas le cas de l'Union européenne. Ainsi, il s'agira d'étudier de quelle manière les États les utilisent grâce à leurs mécanismes unilatéraux, en vue de bénéficier d'une meilleure réciprocité. Au-delà de l'équivalence à évaluer, c'est la base juridique permettant de sanctionner un défaut de réciprocité qui interroge (paragraphe 1). Ce n'est qu'une fois ce lien déterminé, qu'une équivalence sera définie (Paragraphe 2). Pour cela, il s'agira principalement d'analyser l'instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI) ainsi que de poursuivre l'étude de la Section 301.

Paragraphe 1 : La formulation d'une attente de réciprocité comme origine d'un lien synallagmatique

410. La notion d'attente est au cœur du mécanisme de réciprocité. Dans le cadre des traités, elle fait suite à la définition des obligations communes. Or, lorsqu'il n'existe aucun accord, comment interpréter cette attente ? Compte tenu des nombreuses différences entre les deux instruments et bien qu'il existe des critères généraux communs, leurs analyses seront séparées. De cette manière, il sera mis en avant que les éléments déclencheurs d'une mesure dans le cadre de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI) (A) sont différents de la technique américaine de la Section 301 (B).

A – La réciprocité comme indice des restrictions graves : Le cas de l'IMPI

411. Contextualisation. L'instrument relatif aux marchés publics internationaux est un règlement pris dans le cadre de l'article 207 paragraphe 2 TFUE. Il a fait l'objet de négociations pendant près d'une dizaine d'années. Il témoigne de la perception qu'ont les institutions européennes de la réciprocité. Notion autrefois synonyme de protectionnisme et rejetée, elle est de plus en plus acceptée au sein des institutions. Sans revenir sur les intentions politiques de recourir à la réciprocité dans le secteur des marchés publics, indiquons plutôt que la référence explicite à la réciprocité n'apparaît qu'à deux reprises dans le règlement et uniquement dans les considérants. La première traduit l'intention de l'Union européenne de défendre une ouverture des marchés publics « *dans un esprit de réciprocité* »[1281] tandis que la seconde considère la réciprocité comme un facteur à prendre en compte dans l'application d'une mesure relevant dudit règlement[1282].

412. La recherche de l'intention de réciprocité dans les propositions initiales du règlement. Si la réciprocité n'est utilisée qu'en tant que moyen d'interprétation, qu'est ce qui permet de relever cette intention dans l'usage du règlement ? Tout d'abord, il faut se plonger dans la proposition initiale du règlement portée par la Commission européenne ainsi que dans les amendements proposés par le Parlement européen. La proposition initiale visait au paragraphe 14 la notion de réciprocité substantielle. Une mesure pouvait être prise « si le pays tiers applique des mesures restrictives en matière de passation de marchés, qui entraînent un manque de réciprocité substantielle en termes d'ouverture du marché (…) »[1283]. La même notion est évoquée au considérant 16 dudit document où la réciprocité substantielle est le cœur de l'évaluation. Or dans le règlement final, ce considérant 16 qui est situé au considérant 14 reprend la même idée, sauf qu'au lieu de mentionner la « réciprocité substantielle », la Commission doit évaluer « s'il existe dans un pays tiers des mesures ou des pratiques

[1281] Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI), PE/15/2022/REV/1, JO L 173 du 30.6.2022, p. 1–16, considérant 5.
[1282] *Ibid.,* considérant 20.
[1283] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2012) 124 final, 21 mars 2012.

spécifiques susceptibles de restreindre l'accès des opérateurs économiques, des biens ou des services de l'Union aux marchés publics ou aux concessions de ce pays tiers (…) ». Cette notion de réciprocité substantielle n'apparaît pas dans le règlement final. La Commission considérait dans son article 6 qu'il y avait une absence de réciprocité substantielle lorsque la Commission évalue « a) dans quelle mesure les lois en matière de marchés publics du pays concerné garantissent la transparence, conformément aux normes internationales relatives aux marchés publics, et préviennent toute discrimination à l'égard des opérateurs économiques, des produits et des services de l'Union; (b) dans quelle mesure les pouvoirs publics et les entités adjudicatrices à titre individuel appliquent ou adoptent des pratiques discriminatoires à l'égard des opérateurs économiques, des produits et des services de l'Union. » Les amendements du Parlement européen allaient quant à eux plus loin. Ils retenaient la notion de réciprocité substantielle et sa détermination. Mais ils considéraient qu'une réciprocité substantielle devait être présumée en cas de « non-respect des dispositions internationales en matière de droit du travail (…) ». Néanmoins, le Conseil de l'UE semblait bien moins favorable à ce recours à la réciprocité substantielle, les intentions politiques de chaque État faisant barrage à un consensus[1284]. En effet, plutôt que de retenir un article 6 où la réciprocité substantielle était exprimée, l'amendement du Conseil a été retenu durant les négociations. Celui-ci prévoyait que des mesures pouvaient être prises dans le cadre de ce règlement lorsqu'un pays tiers « applique des mesures restrictives en matière de passation de marché »[1285]. Compte tenu de cette évolution, la première question vise la réelle volonté de ce règlement d'adopter des mesures pour des motifs de réciprocité. Nous pouvons répondre par l'affirmative. Il s'agit ici certainement d'une modification sémantique afin d'obtenir un consensus de la part du Conseil de l'Union européenne.

413. La marque de la réciprocité dans le règlement IMPI. Tout d'abord, rappelons que l'intervention de la réciprocité, si elle n'est pas explicitée dans un accord, doit s'intégrer dans le champ disponible des accords et engagements existants. En ce sens, le règlement peut s'appliquer à l'encontre d'un État tiers qui n'aurait pas d'engagement avec l'Union européenne, ou qui en aurait, mais qui prévoit des dispositions sur « l'accès aux marchés publics et aux concessions, ou aux opérateurs économiques, aux biens ou aux services provenant de pays qui

[1284] CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Résultats de la session du Conseil, 3348e session du Conseil – Affaires étrangères – commerce,* 15792/14, 21 novembre 2014, p.7.
[1285] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, COM(2012) 124 final, 26 mars 2012, p.22.

sont parties à de tels accords, mais uniquement en ce qui concerne les procédures de passation de marchés pour des biens, des services ou des concessions qui ne sont pas couverts par ces accords. » [12861287]. Ensuite, malgré la substitution de la notion de réciprocité substantielle à celle de « mesures ou des pratiques spécifiques susceptibles de restreindre l'accès des opérateurs économiques », le considérant 14 du règlement 2022/1031 retient le même examen que l'évaluation de la réciprocité substantielle de l'article 6 paragraphe 5 du règlement initial. Ainsi, il est bien question d'évaluer une réciprocité substantielle. Cependant, dans le règlement final, la réciprocité sera un outil d'interprétation innervant tout le règlement, plutôt que l'objet d'une mesure prise dans le cadre dudit règlement.

414. La création d'une attente. Pour ce faire, la Commission européenne peut débuter une enquête « concernant de prétendues mesures ou pratiques de pays tiers ». Le champ matériel d'intervention est large, car de simples prétentions servent à l'ouverture d'une enquête[1288]. L'évaluation des lois, règles ou autres mesures est celle « garantissant la transparence, conformément aux normes internationales »[1289]. À défaut de consensus fixé dans l'accord, l'Union européenne génère une attente de conformité aux normes internationales relatives aux marchés publics. Compte tenu de la nouveauté de ce règlement et du peu d'informations en la matière, nous ne pouvons, à l'heure actuelle, que supposer que les normes internationales visées sont sûrement celles de l'AMP. Seraient également concernées toutes les règles de soft law de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international comme la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics[1290], les recommandations

[1286] Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI), PE/15/2022/REV/1, JO L 173 du 30.6.2022, p. 1–16, considérant 10.

[1287] Par précision uniquement, l'article 6 paragraphe 4 prévoit du règlement prévoit qu'il s'applique aux marchés d'une valeur égale ou supérieure à 15 000 000 euros hors TVA pour les travaux et les concessions, et égale ou supérieure à 5 000 000 euros hors TVA pour les biens et services

[1288] Cela l'est d'autant plus que l'article 2 i) définit une mesure ou pratique d'un pays tiers comme « toute mesure, procédure ou pratique législative, réglementaire ou administrative, ou toute combinaison de celles-ci, qui est adoptée ou appliquée par les autorités publiques ou, à titre individuel, par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices d'un pays tiers, à tout niveau, et qui donne lieu à une restriction grave et récurrente de l'accès, pour les opérateurs économiques, biens ou services de l'Union, aux marchés publics ou aux concessions dudit pays tiers;

[1289] *Ibid.,* considérant 14.

[1290] CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics,* [en ligne], 1er juillet 2011. Disponible sur : https://uncitral.un.org/fr/texts/procurement/modellaw/public_procurement

du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics[1291]. Il est possible que les accords déjà conclus par un pays tiers avec un autre État tiers puissent être des sources d'interprétation, de même que les conventions régionales, à l'instar de l'APEC qui possède ses propres standards en matière de transparence[1292]. L'article XVI de l'AMP, relatif à la transparence des renseignements relatifs aux marchés ne traite que de la transparence en matière d'informations relatives aux décisions prises lors de l'adjudication et après. Or, la transparence dans les faits ne concerne pas uniquement le moment de l'adjudication, mais toute la procédure à partir de la publication jusqu'à l'attribution du marché. C'est la totalité du système de passation[1293] qui est soumis à la transparence. La Commission européenne dispose d'une capacité étendue à déterminer ce qui peut être soumis à enquête et ce qui ferait l'objet d'une mesure relevant du règlement. Bien que les normes internationales soient visées, le déclenchement peut naître de sa propre interprétation du défaut de transparence par des mesures ou pratiques d'un pays tiers. Là encore, la cause pouvant donner lieu à des mesures relevant du règlement doit être des restrictions graves et récurrentes. Or, cela est déterminé librement au cours de l'enquête. De plus, l'article premier prévoit que son pouvoir d'enquête se déclenche en cas de « *prétendues mesures ou pratiques* ». Il ne s'agit pas d'avoir une certitude, puisqu'il s'agit de prétendues mesures.

415. La large détermination des faits générateurs. En conclusion, le lien synallagmatique est, là aussi, largement considéré. D'une part, l'idée de réciprocité substantielle qui dominait, reflète, compte tenu de sa définition, que l'obstruction faite aux opérateurs économiques, aux biens ou services européens importe davantage qu'un défaut de réciprocité fondé sur le traitement qu'accorde l'Union européenne. Le champ d'intervention est d'une part plus accrue. D'autre part, cela permet de mener une interprétation unilatérale de ce que devrait être la réciprocité, sans pour autant concéder des avantages dans un premier temps. Il s'agit bien en ce sens d'une réciprocité de *statu quo.* Le corollaire de ce constat serait que l'imposition d'une mesure relevant de l'IMPI ait un faible lien synallagmatique. En effet, après enquête, l'article 6 qui traite des mesures relevant de l'IMPI ne laisse pas apparaître un lien

---

[1291] DIRECTION DE LA GOUVERNANCE PUBLIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL – OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics,* [en ligne], 2015, disponible sur : https://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf

[1292] Asia-Pacific Economic Cooperation, *APEC Transparency Standards,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.apec.org/groups/committee-on-trade-and-investment/apec-transparency-standards

[1293] OMC, *Rapport (2015) du comité des marchés publics,* [en ligne], GPA/134, 16 novembre 2015, parag. 1.6. Disponible sur : https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/PLURI/GPA/134.pdf&Open=True

synallagmatique strict. Plutôt, une mesure peut être prise si la Commission « estime qu'une telle action va dans le sens des intérêts de l'Union ». Ainsi, l'idée de la réciprocité substantielle est explicite. La mesure peut concerner des opérateurs, des biens ou services de pays tiers qui sont d'un secteur comportant des obstacles imposés aux États européens. Par ailleurs, le critère de l'intérêt de l'Union européenne permet de suivre les préférences commerciales de l'Union et de s'adapter aux logiques du fonctionnement du commerce international et notamment des chaînes de valeur et d'approvisionnement, mais aussi du respect du principe de la bonne utilisation des deniers publics. Le fait que seules sont visées les restrictions graves et récurrentes garantit l'absence de mesures aux obstacles ponctuels. Ainsi, en élargissant le champ d'intervention par un large lien synallagmatique et de larges conditions de déclenchement de la procédure et de l'imposition de ladite mesure, la Commission entend se doter d'une réelle capacité de réciprocité.

416. Exclusion de la qualification de contre-mesures. Compte tenu des descriptions qui précèdent, nous pouvons tirer comme constat qu'il ne s'agit pas de contre-mesures. Les contre-mesures sont des actes illicites qui répondent à un fait internationalement illicite de la part d'un autre État dont le but est d'inciter le deuxième de se mettre en conformité avec ses obligations. En ce sens, la contre-mesure perd son caractère illicite lorsqu'elle a un tel objet et un tel but et qu'elle répond aux conditions procédurales à sa mise en œuvre. Ne serait-ce qu'en la définissant ainsi, il est impossible de ranger les mesures du règlement IMPI dans le groupe des contre-mesures, car l'objet n'est pas de lutter contre le comportement illicite d'un État tiers. De plus, le but n'est pas le même, car il s'agit de fermer l'octroi des avantages aux opérateurs, biens ou services d'un État tiers en attente de l'ouverture de certains avantages.

417. Des mesures de rétorsion ayant pour finalité la réciprocité. Néanmoins, il pourrait s'agir d'une mesure de rétorsion qui peut être définie comme les « réactions d'un État à un acte illicite ou inamical qui sont elles-mêmes inamicales, mais non illicites »[1294]. Certains auteurs font référence aux rétorsions lorsqu'ils veulent parler du « domaine d'action discrétionnaire appartenant à chaque État. D'autres préfèrent parler d'un domaine où la conduite des États n'est pas réglementée (…) »[1295]. Cela pourrait correspondre à l'objet de cette étude, car ces mesures ne concernent que ce qui n'est pas contenu dans un accord. Cela l'est d'autant plus que les mesures de rétorsion sont largement définies. Néanmoins, ces mesures

[1294] CDI, *Annuaire de la Commission du droit international,* A/CN.4/SER.A/1991/Add.l (Part 1), 1991, Vol. II, Partie 1, paragr. 16
[1295] *Ibid.,* paragr. 17.

relevant du règlement sont prises en l'absence de lien synallagmatique, mais visent plutôt à créer une relation synallagmatique future en incitant à l'ouverture d'un marché. Ce sont donc des mesures de rétorsion ayant pour but de rechercher de la réciprocité, car selon M. Riphagen, la réciprocité trouve un fondement théorique dans « l'existence de relation synallagmatique ou d' "échanges de prestations" qui est l'objet et la raison d'être de la nome transgressée. » Or, dans le cas du règlement en question, la relation synallagmatique n'existe pas. Plutôt, la Commission européenne entend rechercher davantage de réciprocité en créant cette relation synallagmatique dans le futur. En ce sens, lorsque la Commission européenne échange avec un État tiers avant l'imposition d'une mesure relevant de l'IMPI, l'acceptation ou le rejet de ces propositions peuvent nouer un lien synallagmatique.

Ainsi, l'idée que le lien synallagmatique soit fondé sur l'attente de l'Union européenne amène à penser que ces mesures sont des mesures non pas de réciprocité, mais de rétorsion à finalité de réciprocité. En effet, vu que la « réciprocité exprime une idée de retour »[1296], ce retour n'étant pas existant, il faut tout de même indiquer qu'« on trouve la réciprocité à la base de la rétorsion et des représailles » [1297]. Il s'agit à présent d'étudier les conditions de recherche de la réciprocité dans le cadre de la section 301.

B – L'absence d'opportunités réciproques comme indice d'une pratique déraisonnable : le cas de la Section 301

418. Contextualisation. L'application de ce qui est nommée la Section 301 s'étale de ladite section à celle 310. Autrement dit, il est fait référence aux paragraphes 2411 à 2420 du *Trade Act* de 1974. Le paragraphe 2411 comme déjà précisé, prévoit l'application de ce régime si les droits « *of the United States under any trade agreement are* being *denied*; »[1298] ou si « *an act, policy, or practice of a foreign country*[1299] - ***(i)*** *violates, or is inconsistent with, the provisions of, or otherwise denies benefits to the United States under, any trade agreement, or* ***(ii)*** *is unjustifiable and burdens or restricts United States commerce*. » Il existe une différence entre les droits garantis par un accord et des comportements qui seraient injustifiables ou considérés comme des entraves ou ayant pour but de restreindre le commerce des États-Unis

[1296] *Ibid.,* paragr 29.
[1297] *Ibid.,*
[1298] § 2411 -1 (A).
[1299] § 2411 - 1 (B)

sans violation d'un accord. Or, comme cela a également été déjà rappelé, il est possible de prendre des mesures discrétionnaires en raison du caractère *unreasonable* de certains actes ou de certaines politiques. Ce caractère déraisonnable peut là encore être déterminé en l'existence d'un accord commercial comme en l'absence d'accord. Or l'idée explicite de réciprocité est exprimée à travers l'interprétation du caractère déraisonnable. Cela signifie qu'il ne s'analysera pas de la même manière en la présence ou en l'absence d'un accord. Parmi toutes les déclarations de l'USTR et du Président états-unien visant à imposer des mesures dans le cadre de la Section 301, l'absence d'opportunités réciproques a surtout était utilisée pour prouver qu'une pratique déraisonnable venait restreindre le commerce des États-Unis, mais sans justifier une violation d'un accord commercial. Nous pouvons supposer qu'en la présence d'une telle violation, il n'est pas utile de recourir à l'étude de la réciprocité pour utiliser la section 301.

419. La détermination de la correspondance des obligations dans le cadre de la Section 301. C'est pourquoi l'analyse de l'utilisation de la réciprocité dans le cadre de la Section 301 s'effectuera uniquement dans les hypothèses où aucune violation d'une obligation n'est mise en cause. Par ailleurs, bien que lors de l'étude des fondements de la réciprocité, cette notion puisse être recherchée par le biais de la section 232 et donc des intérêts de sécurité, il convient de laisser cette hypothèse, car cela fausserait la recherche du caractère synallagmatique en utilisant l'argument de la sécurité nationale. À la lecture des investigations[1300] menées en vue d'appliquer la section 301 dans le cadre des pratiques déraisonnables de la Chine, il n'est pas fait référence aux obligations corrélatives. Il s'agit uniquement du constat d'un avantage accordé par le Gouvernement des États-Unis, face à un défaut de comportement réciproque de la part de la Chine. Rien ne prouve qu'il existe là un lien synallagmatique. C'est parce qu'il s'agit ici de rechercher une réciprocité matérielle, et non une réciprocité juridique fondée sur un lien juridique composé d'obligations corrélatives que l'analyse doit être différente. Néanmoins, si les rapports états-uniens sur les pratiques chinoises avaient été plus précis, il aurait été sans doute possible de constater que certains obstacles pouvaient être contestés à travers les obligations des accords de l'OMC ou encore sur la base des engagements en matière de droits tarifaires ou de services. Ainsi, le *synallagma* aurait pu se retrouver dans le cadre des obligations multilatérales, mais pas dans celles bilatérales, en raison de l'absence de tels engagements.

[1300] OFFICE OF THE USTR, *Notice of Action and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, Docket Number USTR-2018-0018, [Billing Code 3290-F8].

À défaut, la réciprocité variera selon les intérêts des gouvernements et ne sera pas aussi stabilisée que dans le cadre d'obligations synallagmatiques. La réciprocité matérielle, en ce qu'elle se fonde sur le résultat des avantages, dépendra des intérêts politiques. Dans le présent exemple, il était possible qu'en matière de transfert technologique, le défaut de réciprocité accordé aux acteurs privés américains soit compensé par un autre avantage. Or, l'administration Trump a décidé de veiller à une réciprocité sectorielle en ciblant les transferts technologiques et les restrictions d'accès au commerce, ou plus généralement, les droits de propriété intellectuelle.

420. La création d'un lien juridique par la recherche d'une réciprocité matérielle. Comment expliquer un tel comportement ? Il est probable que, sur certains sujets commerciaux, il n'existe pas de réciprocité juridique, car aucun engagement ne figure dans des obligations corréatives. Néanmoins, en recherchant de la réciprocité matérielle sur la base de pratiques déraisonnables, les États-Unis créent un lien juridique de mesures unilatérales dont l'objet est de rattacher juridiquement des obligations qui ne l'étaient que matériellement, et ceci sur un sujet précis. En effet, en l'espèce, il est difficile de revenir sur l'élément synallagmatique des échanges entre les États-Unis et la Chine. De prime abord, il est impossible de retrouver le caractère synallagmatique et donc la réciprocité. Autrement dit, en visant la réciprocité matérielle par le biais de mesures unilatérales, les États-Unis créent un nouvel élément synallagmatique. Par exemple, dans le cas des transferts de technologies, il est impossible de déterminer s'il y a un *synallagma*. Alors, par une recherche de réciprocité matérielle, les États-Unis entendent provoquer de nouveaux engagements de la part de la Chine basés sur une réciprocité matérielle qui, par le biais de la formalisation d'un engagement, va permettre de créer un lien synallagmatique et d'insérer une forme de réciprocité juridique. L'objet est de pousser la Chine à s'engager en vue de garantir davantage de réciprocité. Ainsi, cette pratique favorisera une réciprocité des identités[1301]. C'est ce qu'on a pu constater dans le *Phase one deal* qui a été étudié précédemment.

421. Un caractère synallagmatique implicite en l'absence d'accord. Compte tenu d'une recherche de réciprocité matérielle, plus que d'une réciprocité juridique, l'absence de *synallagma* apparent qui lierait des obligations, est compensée par une relation synallagmatique supposée. Ce qui découle des exemples précédents est que la réciprocité juridique va faire naître

[1301] OFFICE OF THE USTR – *Executive office of the President, « Findings of the investigation into China's Acts, policies and practices related to technology transfer intellectual property and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974* ? », 22 mars 2018.

des obligations corrélatives à l'égard des États, tandis que la réciprocité matérielle va concerner les échanges entre les acteurs privés suivant leurs nationalités. D'ailleurs, l'évaluation de la pratique déraisonnable, qui selon la section 301 peut se mesurer en fonction de la réciprocité, se fonde sur l'accès des acteurs américains aux marchés étrangers. Ainsi, lorsqu'aucun engagement créant des obligations corrélatives n'a été prévu et qu'il n'existe pas donc de réciprocité juridique, la réciprocité matérielle visant les acteurs privés peut pousser les gouvernements à créer de telles obligations, en créant un lien juridique. Néanmoins, la relation synallagmatique d'une telle réciprocité se fonderait, comme cela a déjà été expliqué dans l'étude historique de la réciprocité, sur l'équité. La présence d'équité supposerait qu'il existe une réciprocité matérielle entre les commerçants, comme une forme de *lex mercatoria*. Cependant, compte tenu du défaut d'*imperium* des acteurs privés, ce serait aux gouvernements de constater l'existence et le niveau d'une réciprocité matérielle. Dans les rapports d'investigations[1302,] les pratiques chinoises étaient considérées injustes et inéquitables. Le *synallagma* résiderait finalement bien dans l'équité. Il existerait dans les relations internationales un principe d'équité où résiderait non pas un *synallagma*, mais une interdépendance. En ce sens, il est difficile de parler d'interdépendance des obligations ou de *synallagma*, car cela ressemble davantage à une forme de morale qui emporte des conséquences juridiques a posteriori, plutôt que du droit. L'idée est que s'il est impossible de rétablir une réciprocité selon des obligations synallagmatiques. L'intention de rechercher une réciprocité matérielle doit reposer sur une volonté d'équité, car en raison de l'absence d'obligations corrélatives, il faut démontrer un lien entre les avantages à l'égard de laquelle un État souhaite davantage de réciprocité. Ainsi l'argument de l'administration Trump, par le biais de l'équité, est de supposer qu'il devrait exister une réciprocité par rapport à des secteurs identiques sur la base de l'équité. L'équité vient ici démontrer l'existence d'une interdépendance sur la base uniquement de l'administration Trump, car le Gouvernement chinois pourrait estimer qu'il n'existe pas d'obligation de réciprocité en la matière. Là encore, le débat revient sur le terrain de l'opportunité à décider ce qui est de réciprocité ou non.

Cet exemple appelle à distinguer la réciprocité purement juridique de la réciprocité formelle, qui peuvent être reliées, mais ne le sont pas automatiquement. Surtout, cela démontre qu'une mesure peut avoir comme intention de rétablir une réciprocité matérielle d'un point de vue unilatéral, trouver un fondement juridique pour rattacher ce qui devrait être une réciprocité des avantages, tout en émettant des mesures qui ne visent pas obligatoirement les avantages

[1302] *Ibid*.,

symétriques. Ainsi la réciprocité matérielle va tâcher de rétablir une réciprocité par équivalence, lorsqu'il n'existe pas de réciprocité juridique. C'est pourquoi ces instruments nationaux sont importants. Ils constituent des leviers à la fois politiques et juridiques pour rétablir une forme d'égalité. C'est en ce sens que Christian Sylvain[1303], considère qu'il ne s'agit pas d'une réciprocité uniforme, mais suppose plutôt « *un élément de rattrapage* »[1304].

422. Synthèse. Finalement, en raison de la spécificité de la réciprocité matérielle, il est difficile de reconnaître l'existence d'un lien synallagmatique explicite. Il existe deux possibilités : soit il est impossible de retenir un lien synallagmatique, soit le lien synallagmatique est tiré d'un acte unilatéral répondant à un comportement d'un État souhaitant davantage de réciprocité dans ses échanges. Cela constituerait une formalisation des intentions des États. La dernière hypothèse est la plus appropriée en l'absence de obligations. Il faudrait supposer qu'en l'absence de toutes règles et au-delà de l'équité et de l'égalité, il existerait une situation de fait à un moment donné. En matière de marchandises par exemple, l'entrée de produits sur le territoire d'un État repose sur un taux de droits de douane applicables et sur certains droits à respecter. Ce taux est déterminé unilatéralement dans les classifications harmonisées des États. Ainsi, un taux existant semblerait être supposément accepté par un autre État du moment qu'il ne s'y opposerait pas. Or, en observant le comportement des États-Unis et de la Chine, la recherche de réciprocité matérielle reviendrait à contester un taux ou un droit applicable, faute de réciprocité à un moment ultérieur à la fixation desdits taux ou droits. Le caractère synallagmatique, dans cette hypothèse serait supposé et résiderait dans l'acceptation implicite d'une situation concrète convenant aux deux Parties, car les droits seraient déterminés unilatéralement. Cette solution revient à poser le caractère synallagmatique sur l'équilibre et l'équivalence du bien ou du service échangé. En effet, si le lien juridique est implicite, l'équivalence est explicite. En somme, lorsqu'il n'existe pas d'obligations corrélatives, le caractère synallagmatique est déterminable grâce à l'acceptation supposée des États. Néanmoins, à ce sujet, la même question ressurgit. Comment prouver qu'il existait et qu'il existe bien un lien lors de la contestation de la réciprocité matérielle ?

[1303] SYLVAIN Christian. « De la réciprocité dans les relations commerciales internationales », *Revue Mondes,* n°9, hiver 2012.
[1304] *Ibid.,* p.39.

Dès lors, de même que ce qui a été exposé précédemment, il s'agira principalement d'une mesure de rétorsion à des fins de réciprocité. Ces mesures serviront à rattacher les positions des parties et à créer un futur lien synallagmatique dans le futur. Cela est notamment permis par l'utilisation de la conditionnalité des avantages et la détermination de l'équivalence.

Paragraphe 2 : Une évaluation unilatérale du défaut d'équivalence fondée sur le critère de l'attente.

423. La détermination de l'équivalence d'une mesure de réciprocité repose sur l'évaluation du lien synallagmatique. Ce lien permet de mesurer le défaut de ce qui devait être accordé ou attendu. Tout au long des précédents développements, il a été fait référence aux notions d'équivalence ou d'équilibre, mais moins à la proportionnalité. Or, c'est souvent ce qui est abordé dans les textes. Le premier objectif est de réussir à déterminer ce qui est considéré comme de proportionnalité. Seront formellement distingués les deux instruments en raison de la capacité individuelle des États à définir le niveau de proportionnalité. Néanmoins, aussi bien dans le cas du règlement IMPI (A) que celui de la Section 301 (B), la définition de la proportionnalité dépend de critères quantitatifs et qualitatifs, de même que le contenu de la proportionnalité repose sur une analyse intrinsèque des obstacles et selon des considérations extérieures à ceux-ci.

A – Le critère de la proportionnalité dans l'imposition d'une mesure de réciprocité : le cas de l'IMPI

424. Il est connu que la réponse d'un État à un comportement illicite ou injustifié d'un autre État appelle à respecter une proportionnalité. C'est le cas dans le règlement IMPI, où les rédacteurs ont inscrit la proportionnalité, comme un critère de ladite mesure « *eu égard à la mesure ou la pratique du pays tiers* »[1305]. Bien qu'il ne s'agisse pas ici de contre-mesures, tâchons de proposer plusieurs interprétations de la proportionnalité afin de saisir quelle est

[1305] Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI), PE/15/2022/REV/1, JO L 173 du 30.6.2022, p. 1–16, Article 6 paragraphe 3 a).

l'attente. Le critère de la proportionnalité en matière de contre-mesures a fait l'objet de plusieurs interprétations qui peuvent être utiles, en tant que point de départ de nos réflexions.

425. L'évaluation de la proportion dans le cas des contre-mesures. L'affaire relative à l'accord de 1946 sur les services aériens opposant la France aux États-Unis d'Amérique rappelle que « les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre à une certaine équivalence à la violation alléguée ; il s'agit là d'une règle bien connue. Au cours des débats relatifs à cette affaire, les deux Parties ont reconnu qu'elle était applicable à l'espèce et en ont invoqué chacune le bénéfice. (…) Selon le Tribunal, l'un des problèmes essentiels est de tenir compte— dans un litige entre Etats— non seulement des dommages subis par les compagnies intéressées, mais de l'importance des questions de principe incluses dans la violation alléguée »[1306]. L'équivalence de la mesure doit être proportionnée quant aux moyens utilisés, mais également quant aux objectifs recherchés. Dans le cadre des contre-mesures, la proportionnalité a pour objet de « reconstituer l'égalité entre les Parties et de les inciter à poursuivre la négociation avec un désir mutuel d'aboutir à un résultat acceptable .»[1307] Les mots choisis par les arbitres sont ici intéressants. Tout d'abord, la première citation fait référence à l'équivalence, la seconde à la proportionnalité. La Professeure Zoller, distingue les deux notions en ce que la proportionnalité à la différence de l'équivalence, implique une comparaison entre différents éléments. Elle définit la proportionnalité comme désignant « *the existence of a relationship between parts and things especially with the idea that this relationship is harmonious, proper or desirable. In latin the word proportio meant relationship, analogy*. »[1308] L'équivalence implique également un rapport entre des parties, mais elle se réfère à l'idée d'un rapport d'égale valeur. Il existerait une base d'égalité, une référence dans l'évaluation qui permettrait de déterminer cette égalité. En matière de réciprocité, comme cela a été déjà indiqué, cette base est la relation synallagmatique. Ainsi, il est assez étonnant de faire référence à la fois à l'équivalence dans le cadre de ces mesures, mais également à la proportionnalité. Par ailleurs, il est intéressant que les arbitres retiennent une interprétation large de la proportionnalité. Elle ne serait pas uniquement mesurée en fonction des violations commises, mais aussi en tenant compte « de l'importance de principe prise à l'occasion du refus des autorités françaises, à savoir l'interdiction de principe des ruptures de charge »[1309]. La proportionnalité devrait prendre en

[1306] Sentence arbitrale, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Volume XVIII, pp. 417-493, p. 456, 9 décembre 1978, paragr. 83.
[1307] *Ibid*., paragr. 90.
[1308] ZOLLER Elisabeth, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures,* New-York, Transnational Publishers, Inc, 1984, p. 127.
[1309] *Ibid.,* paragr. 83.

compte l'effet de la violence, mais aussi les raisons de chaque partie et donc leurs intentions. Paul Reuter, dans son opinion dissidente, proposait d'aller plus loin certes « en prenant en compte non seulement les faits réalisés, mais les questions de principe soulevées à cette occasion », mais aussi « leurs effets probables »[1310]. Une telle appréciation reviendrait à se fonder « sur l'étendue du litige réel et non sur les seuls faits dont le Tribunal est saisi ». Sur cette base définitionnelle, la solution à rendre aurait été différente, car, si le tribunal arbitral a considéré que les États-Unis avaient le droit de prendre les mesures qu'ils ont prises, le Professeur Reuter estimait le contraire. Les auteurs de l'annuaire de la Commission du droit international de 2001 ont repris cette logique. Son article 51 prévoit que : les « contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause. »[1311] Ces derniers appuient leurs argumentations en faisant également référence à la jurisprudence de la Cour internationale de justice et spécialement l'affaire du Projet Gabcikovo-Nagymaros pour appuyer l'aspect qualitatif de la proportionnalité. En effet, les Membres de la Cour dans cette affaire rappellent que les « effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause »[1312]. Néanmoins, l'évaluation de la proportionnalité passe par une étude qualitative, car les juges ont considéré qu'en « prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube – (…) – n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international »[1313]. C'est pourquoi les rédacteurs du rapport de 2001 ont estimé que l'un des buts de l'article 51 est de garantir que « l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, la proportionnalité doit être évaluée compte tenu non seulement de l'élément purement « quantitatif » du préjudice subi, mais aussi compte tenu de facteurs « qualitatifs » comme l'importance de l'intérêt protégé par la règle violée et la gravité de la violation. »[1314] Cette citation fait écho à la distinction opérée par la Professeure Zoller entre la proportionnalité et l'équivalence. Selon elle, « l'équivalence trouve ses limites dans le domaine des choses quantifiables, la proportionnalité n'est pas contrainte par de telles limites. (…) C'est

[1310] Opinion dissidente de M. REUTER Paul dans l'affaire : *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Volume XVIII, 9 décembre 1978, pp. 417-493, p. 488.
[1311] CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, 2001, Volume II, 2e partie, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., United Nations, 2001, p.30, article 51.
[1312] CIJ, 25 septembre 1997, *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, C.I.J. Recueil 1997, paragr. 85.
[1313] *Ibid.,*
[1314] CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, 2001, Volume II, 2e partie, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., United Nations, 2001, p.145.

pourquoi, contrairement à l'équivalence, la proportionnalité peut se référer à des comportements c'est-à-dire à des valeurs morales ». En l'occurrence dans l'affaire du Projet Gabcikovo-Nagymaros, il est difficile de matérialiser exactement « le droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube »[1315]. Parallèlement, l'affaire de l'accord sur les services aériens opposant la France et les États-Unis pourrait s'apparenter davantage à de l'équivalence qui peut être matérialisée.

426. La proportion est corrélée à l'objectif des contre-mesures. De plus, l'annuaire de la Commission du droit international de 2001 rappelle également que le but d'une contre-mesure n'est pas punitif ou, du moins, qu'un État ne peut pas décider de prendre une mesure dans une intention punitive, mais elle doit être proportionnée et avoir pour but apparent de conduire l'État responsable à exécuter ses obligations. C'est pourquoi « dans chaque cas, une contre-mesure doit être proportionnelle au préjudice subi, y compris à l'importance de la question de principe en jeu, et cet impératif a une fonction partiellement indépendante de la question de savoir si la contre-mesure était nécessaire pour amener l'exécution des obligations »[1316]. La recherche de proportionnalité suit donc un aspect quantitatif et qualitatif, mais visant à limiter l'État dans son action unilatérale. Sa marge d'action peut aller jusqu'à ce qui est possible pour inciter l'autre État à exécuter ses obligations, mais pas au-delà. La réciprocité, comme elle a été dépeinte dans tous les précédents exposés, est une recherche en elle-même. Elle constitue la raison d'un engagement qui se matérialise par une équivalence précise ou globale, des relations synallagmatiques et des avantages conditionnés. La valeur d'une mesure de réciprocité va reposer sur le *synallagma* et non sur l'idée de proportion. En effet, il existe une autre différence visant à la non-utilisation de la proportionnalité pour les mesures de réciprocité, à la différence des contre-mesures et des suspensions des obligations en cas de violation substantielle. Concernant les contre-mesures et les mesures prises dans le cadre de l'article 60, il est nécessaire d'évaluer la proportionnalité par rapport à l'objet et/ou au but de l'accord ou de l'obligation. Selon l'objet et/ou le but, la violation d'une obligation peut être considérée comme grave, et justifier une réponse proportionnée. Cependant, une contre-mesure pourra paraître disproportionnée, car la violation de l'obligation en question n'est pas suffisamment grave par rapport à l'objet et au but du traité, mais l'est pour un État. Ainsi, une telle contre-mesure sera estimée disproportionnée ou non, uniquement compte tenu de l'objet

[1315] CIJ, 25 septembre 1997, *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),* arrêt, C.I.J. Recueil 1997, paragr. 85.
[1316] CDI, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, 2001, Volume II, 2e partie, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., United Nations, 2001, p.145.

et du but, ce qui créera une échelle dans l'évaluation de la disproportion, tandis qu'une mesure de réciprocité s'évaluera en fonction du caractère synallagmatique.

427. Des mesures de réciprocité équivalentes et non proportionnelles. C'est pourquoi, plutôt que de retenir le critère de la proportionnalité, les mesures de réciprocité doivent être des mesures équivalentes, qu'elles soient strictes ou globales. C'est ce lien synallagmatique qui va définir la force d'une telle mesure. C'est pour cela que l'équivalence peut engager des réponses plus fortes que la proportionnalité. Néanmoins, il faut préciser que ce postulat concerne un lien synallagmatique déterminable. Alors, l'équivalence s'évalue d'abord matériellement avant qu'elle ne puisse se concrétiser juridiquement.

Sur la base de ce qui a été défini, il convient de dégager des éléments d'interprétation de la proportionnalité et les adapter au règlement 2022/1031 qui nous intéresse. Des précédentes observations, il faudra retenir l'aspect quantitatif de la proportionnalité qui intervient en tant que balance des intérêts matériels, mais aussi l'aspect qualitatif. Vu que le règlement IMPI fait référence à la proportionnalité, il faudra définir davantage ce qui est attendu selon ce terme. Dans un arrêt du tribunal de l'Union européenne, il a été considéré qu'en vertu d'une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité « exige que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas demeurer par rapport aux buts visés »[1317]. De cette position, il en ressort un élément quantitatif et qualitatif qui se détermine par rapport à l'objet et au but de la réglementation. Par ailleurs, la proportionnalité concerne le choix de la mesure.

428. L'application de ces définitions au règlement IMPI. Concernant tout d'abord le but, le considérant 11 du règlement nous indique que le but d'une mesure prise en application du règlement est « d'améliorer l'accès des opérateurs économiques de l'Union aux marchés

[1317] TRIBUNAL DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE, (3e chambre), arrêt du12 février 2014, Affaire T-240/14, F-73/12, *Jean-Pierre Bodson e.a. contre Banque européenne d'investissement (BEI),* P, ECLI: ECLI:EU:T:2016:104, paragr. 87.

publics ou aux concessions de certains pays tiers »[1318]. Ainsi la proportionnalité d'une mesure implique de ne pas excéder ce qui est nécessaire pour parvenir à ce but, de même qu'elle implique que les mesures prises doivent être suffisamment ambitieuses pour remplir ce même but. Pareillement, une mesure trop ambitieuse et non nécessaire qui ne parviendrait pas à remplir une telle mission ne serait pas proportionnelle. C'est ce que prévoit également l'article 6 paragraphe 9 qui, en plus de la détermination matérielle de la proportionnalité, indique que la proportionnalité concerne le « *type de mesure* » en vue de remédier « le plus efficacement au niveau de l'entrave à l'accès des opérateurs économiques ». En ce sens, une note produite par le Cabinet GIDE considérait que le choix serait celui conduisant « à évaluer la mesure la plus susceptible de convaincre le pays tiers à adopter des actions correctives satisfaisantes »[1319]. Cette approche est selon les rédacteurs la plus convaincante. Une autre approche viserait à « compenser les pertes de chances des opérateurs européens sur le marché du pays tiers visé en raison des mesures restrictives »[1320]. On note bien que l'idée principale n'est pas la compensation exacte, mais plutôt la volonté d'accéder à de nouveaux marchés.

429. Les « restrictions graves et récurrentes » comme support d'évaluation. Pour déterminer la proportionnalité, il est nécessaire de se référer aux restrictions graves et récurrentes qui existeraient à l'encontre des opérateurs économiques. Aucune définition n'est proposée à ce sujet. Cependant, il est évident que le caractère grave et récurrent vienne limiter le recours du règlement aux obstacles mineurs. Son évaluation est quantitative et qualitative. Il est également possible de supposer que la notion d'intérêt de l'Union sera prise en compte. Le considérant 20 invite en ce sens, la Commission à « apprécier tous les intérêts en jeu » et à « accorder une attention particulière à l'objectif général visant à réaliser la réciprocité en ouvrant les marchés des pays tiers et en améliorant les possibilités d'accès au marché pour les opérateurs économiques ». Le règlement prévoit tout d'abord un cadre tenant aux mesures à imposer. En effet, le paragraphe 8 de l'article 6[1321] prévoit le champ d'application d'une mesure.

[1318] Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI), PE/15/2022/REV/1, JO L 173 du 30.6.2022, p. 1–16, considérant 35.

[1319] GIDE LOYRETTE NOUEL, *Règlement (UE) 2022/1031 : Réciprocité des marchés publics : mode d'emploi*, 30 septembre 2022, p.25.

[1320] *Ibid.,*

[1321] La proportionnalité concernera « a) les secteurs ou les catégories de biens, de services et de concessions sur la base du vocabulaire commun pour les marchés publics établi dans le règlement (CE) nº 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil (18), ainsi que toutes les exceptions applicables ; b) les catégories spécifiques de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices; c) le scatégories spécifiques d'opérateurs économiques; d) les seuils

Ce sont ces éléments qui permettront de déterminer la proportionnalité. De plus, la Commission peut demander aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, selon le paragraphe 6 de l'article 6, d'imposer un « ajustement du résultat aux offres présentées par des opérateurs économiques originaires de ce pays tiers ; ou [d'exclure] des offres émanant d'opérateurs économiques originaires du pays tiers concerné »[1322]. Les mesures sont donc déterminées. La proportionnalité concernera leur intensité.

430. Le critère de l'intérêt de l'Union comme base définitionnelle de la proportionnalité. Pour déterminer si la proportionnalité a bien été respectée, il est certes possible de s'attarder sur la valeur de l'obstacle, mais il peut être également intéressant d'étudier la notion d'intérêt de l'Union. L'idée d'intérêts en jeu renvoie à l'intérêt de l'Union qui est évoquée à l'article 6 paragraphe 2 du règlement. S'il est difficile d'en proposer une définition uniforme, des critères d'interprétation peuvent être établis, car cette notion s'intégrera dans l'évaluation de la proportionnalité. Le seul indice que fournit l'article 6 paragraphe 2 est que dans l'évaluation de « tous les intérêts en jeu pris dans leur ensemble », figurent « ceux des opérateurs économiques de l'Union ». Pour préciser cette notion, il est possible de faire référence aux règlements d'exécution des instruments de défense de l'Union européenne en matière de subvention, de sauvegarde ou encore de mesures anti-dumping. Une comparaison exacte est impossible, car les objets, les buts et les méthodes de quantification diffèrent. C'est pourquoi il s'agit de retenir uniquement les éléments généraux d'interprétation.

431. Dès lors, les opinions de certains pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices en fonction de leurs besoins pourraient être prises en compte ainsi que l'impact que ces restrictions pourraient avoir sur les deniers publics. En effet, comme le rapport du cabinet Gide l'a souligné, « la Commission évaluera si la mesure risque d'affecter de façon disproportionnée les acheteurs si les sources d'approvisionnement alternatives sont jugées insuffisantes ou trop onéreuses. »[1323] Pareillement, les opérateurs économiques de l'Union européenne pourraient donner leurs avis quant au besoin des opérateurs des pays tiers à certains marchés concernés, mais également

spécifiques égaux ou supérieurs à ceux énoncés au paragraphe 4; e) s'il y a lieu, les valeurs, en pourcentage, d'un ajustement du résultat visé au paragraphe 6, point a). »

[1322] Selon l'article 2 paragraphe 1 d), l'ajustement du résultat se définit comme « la diminution relative, d'un pourcentage donné, du résultat d'une offre découlant de son évaluation par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice en fonction des critères d'attribution du marché définis dans les documents de passation de marché public pertinents. En cas de critère d'attribution unique limité au prix ou au coût, on entend par « ajustement du résultat », l'augmentation relative, aux fins de l'évaluation des offres, d'un pourcentage donné, du prix proposé par un soumissionnaire;

[1323] GIDE LOYRETTE NOUEL, *Règlement (UE) 2022/1031 : Réciprocité des marchés publics : mode d'emploi*, 30 septembre 2022.

concernant l'évaluation des restrictions proposées par la Commission. En matière de mesures antidumping, par exemple, la Commission prête attention aux intérêts des industries domestiques. Il est possible que les Parties intéressées soient celles faisant face à des obstacles sur le marché des pays tiers, mais aussi celles à l'égard de qui des mesures de l'Union européenne peuvent avoir un impact. En effet, il faut rappeler que l'idée qui présidait aux premières versions du règlement est celle de réciprocité substantielle. Vu qu'il n'existe pas de lien synallagmatique à proprement parler, le caractère substantiel signifie que les mesures relevant de l'IMPI ne concerneront pas forcément le même marché ou le même secteur que ceux des pays tiers visés. Par ailleurs, le fait de faire référence à l'intérêt de l'Union renvoie aux intérêts commerciaux de l'Union européenne d'ouvrir certains marchés en priorité. Retenir une évaluation uniquement matérielle de la proportionnalité n'aurait pas de sens et il est possible que l'Union européenne utilise ledit règlement, non pas pour restreindre l'accès aux marchés européens identiques, mais à l'encontre de secteurs ou de biens qui ont un intérêt pour les États tiers. Cela explique le recours à la notion de réciprocité substantielle. L'un des buts étant, comme cela a été précisé, d'ouvrir « les marchés des pays tiers et [d'améliorer] les possibilités d'accès au marché, » l'accent sera mis, d'une part, sur la nécessité de pousser les pays tiers à prendre de nouveaux engagements. D'autre part, par « possibilités d'accès », il faut comprendre qu'il sera attendu des pays tiers, que d'un point de vue du droit international, comme du droit national, leurs réglementations permettent la transparence afin de prendre connaissance de ces marchés, mais aussi de supprimer les conditions aux candidatures des opérateurs économiques européens.

432. La stricte détermination d'une mesure IMPI. Enfin, si tous ces éléments visaient à penser la proportionnalité d'une telle mesure, il faut également souligner que le caractère proportionnel est ce qui tracera une frontière entre un comportement acceptable de la Commission européenne et l'abus de droit. Selon la définition du dictionnaire Cornu, l'abus de droit peut être « l'exercice régulier d'une compétence étatique en vue d'atteindre un but illicite, qu'il s'agisse d'un but autre que celui que le Droit international assigne à la compétence en question, ou d'un moyen d'éluder une obligation internationale ou d'obtenir un avantage indu (…) »[1324]. À cette définition, nous pouvons ajouter celle de Alexandre Kiss qui a été utilisée par Alexandra Hoferselon où l'abus est « *the arbitrary exercise of its rights by a State, causing injury to other States but without clearly violating their rights, can also amount to an abuse of*

[1324] « Abus de droit » *in* CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique,* Presses Universitaires de France P.U.F, 13e édition, 2020, p.7.

right. »[1325] Selon cette dernière définition, le défaut de proportionnalité pourrait être compris comme un abus de droit, car il pourrait s'agir d'un exercice arbitraire causant des préjudices à un État tiers.

En raison de son vaste caractère, il est n'est pas possible de définir strictement la teneur de la proportionnalité en matière de recherche de réciprocité. Néanmoins, les précédents éléments d'interprétation seront au cœur de sa définition. Compte tenu du caractère récent de ce règlement, aucun acte d'exécution n'a été pris pour nous permettre d'avoir une définition plus précise de la valeur de la réciprocité recherchée. À cet égard, l'utilisation de la section 301 durant ces dernières années peut nous apporter un éclairage sur l'évaluation de la valeur de la réciprocité attendue ainsi que sur la définition de cet instrument.

B – Le critère de l'équivalence dans l'imposition d'une mesure de réciprocité : Le cas de la Section 301

433. L'évaluation des mesures de réciprocité prises dans le cadre de la Section 301 du Trade Act de 1974. Concernant les mesures unilatérales prises en raison d'une absence de réciprocité, il conviendra de revenir à la section 301. Comme cela a déjà été expliqué, cette section autorise l'institution d'actions unilatérales en raison d'une conduite *unreasonable*. Pour apprécier un tel comportement, l'USTR doit vérifier si les entreprises étrangères aux États-Unis ont un accès réciproque similaire à ceux dont les entreprises américaines ne bénéficient pas sur un marché étranger. Dans le rapport d'investigation des pratiques de la Chine relatif au transfert de technologies, l'équipe de l'USTR a considéré que « *China's technology transfer regime—including foreign ownership restrictions and administrative approval and licensing process that are used to require or pressure the transfer of technology from U.S. companies to Chinese entities— is unfair, inequitable, and results in nonreciprocal opportunities relative to Chinese companies operating in the United States. These acts, practices, or policies are unreasonable as defined in Section 301*. »[1326] Le comportement des autorités chinoises peut être qualifié comme *unreasonable*, car « *unfair, inequitable and resultats in nonreciprocal opportunities* »

[1325] HOFER Alexandra, « The proportionality of unilateral "targeted" sanctions : Whose interests should count ? », *Nordic Journal of International Law,* 89, 2020, pp. 399 – 421, p.415.
[1326] OFFICE OF THE USTR, *Findings of the investigation into China's Acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974*, 22 mars 2018, p.45.

[1327]. Cette question du *fairness* est rattachée à celle d'opportunités réciproques. Ainsi, si la volonté est d'engager des mesures unilatérales afin d'inciter les autorités chinoises à supprimer lesdits obstacles, le but est de permettre d'assurer une meilleure forme de réciprocité des opportunités. Pour ce faire, la première étape a été d'élever les droits de douane de 25 points de pourcentage pour de nombreux produits. Plusieurs autres mesures unilatérales ont complété cette action. Néanmoins, pour ne se concentrer que de celle-ci, cette hausse s'estime à 50 milliards de dollars. Il faut également indiquer que cette somme est la somme totale. Ces précisions faites, cette liste répond à une volonté de limiter les disruptions à l'économie états-unienne qui dépendrait de certains produits[1328]. Ensuite, cette valeur est appropriée « *both in light of the estimated harm to the U.S. economy, and to obtain elimination of China's harmful acts, policies, and practices*. »[1329] Ici, comme cela a déjà été précisé lors de l'étude du lien synallagmatique, il n'existe pas d'accord de réciprocité susceptible de créer un lien conditionnel pour déterminer ce qui est de réciprocité. Plutôt, le lien synallagmatique est fondé sur l'équité et sur la détermination de ce que devraient être les gains, si la réciprocité existait. D'un point de vue matériel, le rapport cible les secteurs et les mesures qui peuvent être définis comme déraisonnables. Sur cette base, et sur celles ayant trait à certaines politiques chinoises encourageant la poursuite de comportements déloyaux, les États-Unis ont déterminé une liste d'objets faisant l'objet d'un rehaussement des droits de douane. En ce sens, le caractère synallagmatique est sectoriel et précis. L'absence de concessions préalables conduit à imposer une réciprocité de *statu quo*. En effet, la somme reflète ce que les États-Unis ont considéré être la conséquence d'un défaut de réciprocité en valeur commerciale des échanges. Face à ce constat, l'élévation des droits de douane sur l'importation de certains produits chinois vient conditionner l'octroi des droits tarifaires à la réciprocité de la part des autorités chinoises. En outre, cette forme de réciprocité permet d'assurer un équilibre sur un temps long en assurant aux États des négociations ponctuelles pour rétablir un équilibre soit conventionnel en cas d'engagements, soit présumé et existant, à une période déterminée. Ainsi, comme l'a écrit le Professeur Emmanuel Decaux, la « réciprocité n'assure pas seulement l'équilibre

[1327] *Ibid*.,
[1328] OFFICE OF THE USTR, *Notice of Determination and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, [en ligne], Docket No. USTR–2018–0005, Federal Register, Vol. 83, N° 67, 06 avril 2018, p.14906. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/FRN301.pdf
[1329] *Ibid*., p.14907.

conventionnel, elle impose une cohérence dans le temps et l'espace au comportement des États, même dans ses actes individuels. »[1330]

434. L'existence d'une chaîne de préjudice matériel dans l'évaluation du défaut de réciprocité. Cette idée d'imposer une cohérence dans le temps et l'espace peut, entre autres, se traduire par la création d'une chaîne de réciprocité. Par exemple, la United States Court of International Trade a, sans faire référence à ces termes, mis en évidence des liens synallagmatiques matériels successifs, dans une affaire portée par certaines entreprises à l'encontre du Gouvernement des États-Unis[1331]. Les mesures contestées n'étaient pas les premières, mais les réponses aux mesures de représailles chinoises. À la suite des mesures initiales des États-Unis, qui sanctionnaient certains produits chinois, la Chine a répondu par des représailles à hauteur de 50 milliards de dollars. En réaction, les États-Unis avaient pris des mesures de rétorsion dans le cadre de la Section 301. Selon la Cour, ces mesures sont autorisées, car il existait bien un lien entre l'objet de l'action initiale au titre de la section 301 et les mesures prises par la Chine. En effet, « *[b]y directly offsetting the duties on the $50 billion in trade with its own duties on $50 billion in trade from the United States, China directly connected its retaliation to the U.S. action and to its own acts, policies, and practices that the U.S. action was designed to eliminate*. »[1332] Cela confirme qu'en dépit de l'existence d'une interdépendance juridique des obligations ou d'un lien synallagmatique juridique, la recherche de réciprocité matérielle peut se fonder sur un lien synallagmatique matériel.

435. L'usage de la Section 301 contre l'utilisation de taxes sur les services digitaux. Ce constat se retrouve dans d'autres secteurs et à l'encontre de différents États comme la Turquie et la France. Les États-Unis avaient pris des mesures unilatérales contre des taxes sur les services digitaux. Ces mesures unilatérales des États-Unis ont également été exécutées par le biais de la section 301 du *Trade Act* de 1974. Pareillement aux raisonnements précédents, le rapport jugeant de l'opportunité des mesures unilatérales à l'encontre de la Turquie indique le caractère discriminatoire et *unreasonable* des pratiques turques. Le terme *unreasonable* est là encore, rattaché aux opportunités réciproques[1333]. Selon l'USTR, « *tax measures that fail to comport with established principles of international taxation may be considered "unfair and*

[1330] DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, thèse de doctorat, Paris II, 1980, 374p, p. 344.
[1331] UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, « In Re section 301 cases », Court No. 21-00052-3JP, April 1, 2022
[1332] *Ibid.,* p.36.
[1333] OFFICE OF THE USTR, *Notice of Action in the Section 301 Investigation of Turkey's Digital Services Tax*, [en ligne], [Docket Number USTR–2021–0006]", Federal Register, Vol. 86, N°107, 07 juin 2021. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/Turkey_DST_Action.pdf

inequitable," and thus, unreasonable under Section 301. (…) »[1334] Ces pratiques, qui sont contraires aux principes du droit international en matière de taxation, ne seraient pas équitables et alors *unreasonable*. Là encore, il faut souligner qu'en l'espèce, il ne s'agit pas d'une violation d'une obligation internationale. Il est plutôt fait référence à la notion *inconsistent*. Il n'existe pas d'obligation directe à l'encontre de la Turquie, mais plutôt une pratique et des principes en matière de taxation internationale. Dans le rapport en question, cette référence à ce qui est *inconsistent* avec les droits des États-Unis tirés du droit international, sont les « *acts, policies or pratices that are unjustifiable* »[1335].

Or, en l'absence d'obligation, il n'y a pas de violation directe. Cela signifierait la présence d'un lien synallagmatique et donc, d'un lien de réciprocité. Il faut retenir qu'ici, il ne s'agit pas de mesures unilatérales répondant au besoin de rétablir une réciprocité juridique. Cet exemple rappelle une des définitions de la réciprocité qui fait référence aux chances d'accéder aux marchés. Les pratiques turques sont déraisonnables, car, en vertu des principes de taxations internationales, elles empêchent les opérateurs américains d'obtenir les mêmes chances d'accès que celles qu'ils pourraient accorder aux opérateurs turcs. Il n'existe pas de mesure de réciprocité a priori, mais d'une perte d'une chance que les actions de la section 301 du Trade Act de 1974, visent à détruire. Pour déterminer la valeur de mesures unilatérales, l'USTR s'est basée sur « *the level of trade covered by the additional duties, the U.S. Trade Representative considered the value of digital transactions covered by Turkey's DST and the amount of taxes assessed by Turkey on U.S. companies. Estimates indicate that the value of the DST payable by U.S.-based company groups to Turkey will be up to approximately $160 million per year (...).* »[1336] Là encore, ce n'est pas la proportionnalité qui est évoquée, mais plutôt l'équivalence qui résulte d'un défaut de réciprocité causée par une restriction des opérateurs états-uniens.

436. La forme d'une mesure de réciprocité. Ces exemples pourraient être multipliés. Ils appellent plutôt à présent une autre interrogation relative à la forme de cette mesure unilatérale. Comme nous l'avons constaté dans cet écrit, il n'existerait pas de forme bien définie de la mesure de la réciprocité, l'essentiel étant l'équivalence. La mesure de réciprocité ou celle visant à rechercher de la réciprocité se fondent sur le résultat. Ainsi, les différents cas de

[1334] *Ibid*., p.18.
[1335] *Ibid*., p.7.
[1336] OFFICE OF THE USTR, *Notice of Action in the Section 301 Investigation of Turkey's Digital Services Tax*, [en ligne], [Docket Number USTR–2021–0006]", Federal Register, Vol. 86, N°107, 07 juin 2021. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/Turkey_DST_Action.pdf

barrières chinoises n'ont pas appelé un comportement similaire de la part des États-Unis. Nous aurions pu attendre le contraire en matière de réciprocité[1337]. Plus encore, si une mesure semble formellement similaire, il peut en être différemment en entrant dans le détail. Un État qui rehausserait ses droits de douane pourrait se voir imposer un comportement similaire de la part d'un autre État. Néanmoins, des barrières douanières peuvent, par exemple, consister en des droits de douane spécifiques, ou encore en des droits de douane *ad valorem*. Le premier consiste à prélever un montant en monnaie en fonction de l'unité importée, tandis que le deuxième est un pourcentage sur une marchandise. Ainsi, pour les prochains développements, le postulat sera que le choix de la mesure de la réciprocité n'a pas être formellement réciproque, mais doit se concentrer sur la matérialité de la réciprocité. Néanmoins, si une obligation de réciprocité est spécifique et, de ce fait, précise, il sera admis que la marge d'un État, dans le choix de la forme de la mesure de la réciprocité, sera limitée.

[1337] Le rapport indique que l'USTR peut prendre les mesures suivantes p.4 : « Actions specifically authorized under Section 301(c) include: (i) suspending, withdrawing or preventing the application of benefits of trade agreement concessions; (ii) imposing duties, fees, or other import restrictions on the goods or services of the foreign country for such time as deemed appropriate; (iii) withdrawing or suspending preferential duty treatment under a preference program; (iv) entering into binding agreements that commit the foreign country to eliminate or phase out the offending conduct or to provide compensatory trade benefits; or (v) restricting or denying the issuance of service sector authorizations, which are federal permits or other authorizations needed to supply services in some sectors in the United States. In addition to these specifically enumerated actions, the USTR may take any actions that are "within the President's power with respect to trade in goods or services, or with respect to any other area of pertinent relations with the foreign country. »

CONCLUSION CHAPITRE 1

Il ressort de cette présentation que la réciprocité a une fonction régulatrice dans le sens où elle vise à combler un vide juridique. C'est pourquoi - et cela réitère encore une fois la différence entre le caractère réciproque d'un accord et la réciprocité - que la réciprocité n'existe pas dans toutes les relations, mais uniquement dans celles où il existe une intention des États de la faire figurer de manière explicite ou implicite. Cette démonstration, en prouvant son utilité, paraît être une des solutions visant à réguler les relations commerciales internationales. Nous considérons également que sa présence est contingente, car elle est une réponse aux nombreux conflits d'interface étudiés.

C'est parce qu'il existe un réel besoin de souplesse que la réciprocité, compte tenu de sa malléabilité, peut s'appliquer avec justesse. Ce besoin de souplesse n'étant pas synonyme d'anarchie, la réciprocité intervient en vue de rattacher des obligations, mais aussi de les conditionner, non pas par l'établissement d'un règlement des différends, mais plutôt en créant une attente de comportement. Il a été démontré que la réciprocité, par la recherche d'un lien synallagmatique et d'une conditionnalité, pouvait s'adapter aux réalités commerciales. En effet, la proposition a été d'étendre les liens synallagmatiques entre accords ou entre instruments unilatéraux. Cela a permis d'étendre également l'outil de la conditionnalité autant dans sa forme que dans son fond. En effet, bien que le caractère contraignant de ces nouvelles formes d'engagements soit variable, l'étude reposant sur la profondeur des obligations et non sur une distinction *hard law* / *soft law*, a permis de juger du pouvoir de contrainte en fonction de la substance et non plus de l'aspect formel des engagements. Ainsi, la recherche de réciprocité ne doit pas être réalisée au sein d'un engagement précis, mais étalée à toutes les relations qui dépendent d'un engagement principal, contraignant ou non, ainsi que des contrats de droit privé ou public.

Si la réciprocité peut avoir du succès auprès de ces instruments, cela est davantage le cas en matière d'instruments unilatéraux. Là encore, le lien synallagmatique et l'outil de la conditionnalité laissent apparaître que ces instruments sont des mesures de rétorsion en vue de rechercher de la réciprocité. Sur la base d'une recherche de réciprocité matérielle, ils visent à adopter des mesures en fonction de ce qui est considéré unilatéralement comme un défaut d'opportunités réciproques. La création d'une attente et la réponse d'un État tiers visent à formaliser un lien synallagmatique. En fonction de sa réponse et sur la base de ce lien synallagmatique pourra être adoptée une mesure visant à conditionner l'octroi d'un avantage.

Si le droit administratif renvoie à la nécessité de « lier le contentieux », en l'espèce il s'agit de créer une attente en vue de lier des avantages qui *a priori,* ne le sont pas. Compte tenu de ses effets, la réciprocité présente un caractère auto-exécutoire.

C'est en raison de l'adaptation du lien synallagmatique et de la conditionnalité que l'étude de l'équivalence dans la recherche de la réciprocité se définit au cas par cas et sur la base de cette attente. Ces constats appellent à nous interroger, au-delà de l'équilibre, à leurs caractéristiques. En effet, si l'équivalence est un indice de l'évaluation de la réciprocité, elle caractérise également sa réponse.

Cependant, en dépit de ces précédentes démonstrations, il subsiste tout de même un aléa à maîtriser et pas des moindres : celui des acteurs qui disposent de la compétence d'émettre une telle mesure d'exécution. L'analyse du pouvoir de négociation de l'acteur a déjà été étudiée. La marge de manœuvre dont il dispose est proportionnelle à la présence ou l'absence d'une recherche de la réciprocité. En raison du caractère contingent de la réciprocité, il en va de même de ceux qui détiennent l'opportunité d'adopter une mesure de réciprocité d'exécution. S'interroger sur l'acteur est utile pour quantifier la probabilité de réelles mesures de réciprocité et ainsi de reconnaître l'existence d'une réelle pratique.

CHAPITRE 2 : LA CREATION D'UNE PRATIQUE DE RECIPROCITE

437. Compte tenu de la difficulté de considérer la réciprocité commerciale comme étant une coutume en raison des récentes pratiquées étudiées et de l'absence d'une *opinio juris,* le recours à l'idée d'une pratique permet d'imaginer la réciprocité comme une notion structurante durable. Répondant par ailleurs à des nécessités de souplesses, elle peut être un standard ou un principe permettant de faire face à des situations imprévues. En cela, considérer qu'il existe des pratiques de réciprocité conduit à utiliser la panoplie des effets de la réciprocité et fait de cette notion un outil générateur de stratégies.

Pour qualifier juridiquement la réciprocité, partons du postulat qu'il existe des pratiques de réciprocité qui peuvent être qualifiées soit de standard, soit de principe, soit des deux manières. L'étude de l'existence d'une pratique de réciprocité doit être d'abord menée de façon organique. Les États considèrent que la recherche de réciprocité et l'usage de la réciprocité d'exécution sont opportuns. Ainsi, cette recherche doit être réalisée à travers l'étude de l'opportunité, mais surtout à travers la capacité des États à émettre de telles mesures (section 1). Néanmoins, un rappel s'impose. Compte tenu des nombreux objets et effets ainsi que des nombreuses finalités, il peut sembler erroné de ne retenir qu'un choix de qualification (section 2). Pour mener cette étude, il a été fait le choix de ne retenir que les formes d'engagements non contraignants ou les mini accords, ainsi que les instruments unilatéraux étudiés dans le chapitre précédent. Pour rappel, cette étude a été élargie lorsqu'il existait des références explicites à la réciprocité comme dans l'AMP ou dans certains préambules d'accords. Maintenant, le but de cette démarche est de qualifier précisément les instruments où la présence de réciprocité est certaine et déterminable, plutôt que supposée.

Section 1 : L'évaluation de la capacité d'utilisation de la réciprocité d'exécution

438. Comment comprendre le choix des États de recourir à des mesures de réciprocité et surtout seront-elles uniquement à visées dissuasives ou réellement applicables ? Au-delà des intentions des États, répondre à ces interrogations revient à poser celle de l'auteur de ces mesures et la manière dont ces mesures doivent être définies. La pratique de ces mesures de réciprocité dans certains nouveaux engagements comme les TEA ou les MoU, de même que sur la base des instruments unilatéraux, interrogent également quant à leur caractère unilatéral. Autrement dit, qu'est-ce qui justifierait qu'un État impose une telle recherche de réciprocité ? Cela ramène à l'idée que si les États définissent librement leurs intérêts, comment expliquer que cet intérêt soit légitime (paragraphe 1) ? Enfin, s'il importe d'étudier la place et l'opportunité de ces acteurs, la question de la légitimité impose de cibler strictement le destinataire de ces mesures. Compte tenu de la réalité économique, il peut s'avérer délicat de déterminer l'origine des obstacles et les destinataires des mesures de réciprocité avec justesse (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le facteur organique interne aux États.

439. En posant la question de la légitimité, c'est la probabilité de voir l'existence de ces mesures dans le futur qui intéresse et donc le fait de savoir si elles ont un rôle seulement dissuasif ou réellement effectif (A). Après avoir étudié ces acteurs, se posera la question de l'opportunité de prendre des mesures de réciprocité ou plutôt d'interroger le caractère opportuniste des États. En effet, comment justifier qu'un État considère que les avantages qui lui sont octroyés ne sont plus suffisants, si bien qu'il « coûte moins cher » de rechercher de la réciprocité unilatéralement, plutôt que de se contenter du résultat des négociations ou de recourir au règlement des différends ? (B).

A – Le pouvoir d'intervention des acteurs étatiques détenteurs du droit de réciprocité d'exécution

Pour examiner cela, il s'agira d'étudier les titulaires de ces pratiques en Chine, aux États-Unis et au sein de l'Union européenne.

440. Contextualisation. Ces dernières années, la Chine a développé de nombreuses réglementations pour faire face aux sanctions et aux mesures de représailles[1338]. L'existence de mesures de réciprocité d'exécution en cas de défaut dans l'*export control law* et de la *foreign investment law* ayant déjà été démontrée, il s'agira de poursuivre avec ces exemples. Il aurait été possible de traiter de la *foreign trade law*, car l'article 6 de cette loi requiert une réciprocité dans les échanges. Elle est cependant uniquement matérielle et le régime prévu, en cas de défaut des obligations internationales[1339], fait référence à des contre-mesures insérées.

441. Un recours explicite à la réciprocité dans l'export control law. L'*export control law* ne concerne pas toutes les formes d'exportation. Son champ d'application concerne les « *dual-use items, military items, nuclear items and other goods, technologies, services and items relating to the maintenance of national security and national interests, and performance of anti-proliferation and other international obligations* »[1340]. Certains « *non-duals items* » peuvent donc être concernés. Il va s'agir essentiellement de biens et services relatifs aux produits technologiques. Cette loi est venue codifier et simplifier toutes les précédentes lois sur le contrôle des exportations et importations qui étaient divisées selon leurs objets. Elle a été publiée par le *Standing Committee of the National People's Congress* et obtient le statut de loi nationale contrairement aux précédentes réglementations. Surtout elle désigne un interlocuteur principal qui est le *State Export Control Administrative Department* (SECAD) qui réunit le *State Council* et la *Central Military Commission*. Son rôle est important, car, si les exportations concernent les domaines militaire et nucléaire ainsi que les biens et services qui peuvent avoir une utilisation civile et militaire, il peut également s'agir de tout de biens et services qui vont à

[1338] Voir en ce sens : MOFCOM, Order n°4 of 2020 on Provisions on the Unreliable Entity list , 19 septembre 2020 ;
PRC, Export Control Law, 12 décembre 2020;
MOFCOM Order n°1 of 2021 on Rules on Counteracting Unjustified Extra-territorial Application of Foreign Legislation and Other Measures, 09 janvier 2021;
PRC Anti-foreign sanction law, 10 juin 2021.
[1339] MOFCOM, Foreign Trade law, 05 juillet 2004, Article 7.
[1340] The Export Control Law of the People's Republic of China, Order of the President of the People's Republic of China, n° 58, adopted at the 22nd Meeting of the Standing Committee of the Thirteenth National People's Congress on October 17, 2020, entered in force on December 1, 2020, article 2.

l'encontre des intérêts de la sécurité de la Chine. Or, lors de l'étude de l'argument de la sécurité nationale, il a été démontré que cette notion pouvait être largement définie par les États, qui incorporent leurs intérêts commerciaux à ceux sécuritaires. Il est tout à fait imaginable que le Gouvernement chinois continue dans cette voie. De plus, l'article 48[1341] de cette loi autorise la république populaire de Chine à prendre des mesures réciproques si un autre État abuse de mesures de contrôle à l'exportation à son égard et met en péril sa sécurité nationale ou ses intérêts nationaux[1342]. Il dispose d'un champ d'application général, en ce qu'il vise les mesures mettant en péril la sécurité nationale ou les intérêts nationaux. Alors que l'article 7 de la *Foreign trade law* de la Chine fait référence aux contre-mesures, la référence aux mesures réciproques suppose qu'elles seront des réponses équivalentes à un comportement d'un autre État, car ici sont visés les comportements. Dans le cadre de ce dernier article, la Chine s'inscrit dans une position de conformité avec le droit international. Bien que, dans ce cadre, les contre-mesures soient prises quand « *any country or region applies prohibitive, restrictive or other like measures on a discriminatory basis against the People's Republic of China* », ce n'est ici que l'élément matériel. La contre-mesure fait suite également à une violation d'une obligation internationale. Or, l'article 48 de l'*Export Control law* prévoit une forme de réciprocité d'exécution uniquement d'un point de vue matériel. Il n'y a pas d'attente de violation d'une obligation internationale. Si une atteinte est portée à la sécurité nationale ou aux intérêts nationaux de la Chine, alors une mesure de réciprocité pourra être prise. L'*Export control law*, ne fait aucune référence à une violation d'une obligation internationale. Ainsi, il s'agit d'une détermination unilatérale de la Chine. À cela, nous constatons également que si le SECAD était l'autorité chargée de mettre en œuvre les dispositions de l'*Export control law*, l'article 48 dispose que c'est la république populaire de Chine qui pourra prendre des mesures réciproques. Cette idée exprime le caractère politique de l'exécution d'une mesure de réciprocité. On peut tirer de ces précédentes observations un premier constat : la réciprocité et a fortiori la réciprocité d'exécution, s'épanouissent davantage en l'absence de règles ou lorsqu'il existe une incertitude sur l'existence d'une obligation internationale. Elle vient compenser une absence. Les contre-mesures de l'article 7 de la *Foreign trade law* répondent à une simple violation d'une obligation internationale, alors que les mesures réciproques de l'article 48 répondraient à un comportement non désiré et qui appelle à une équivalence dans sa réponse. En raison de la nouveauté de cette

[1341] « If any country or region abuse export control measures to endanger the national security or national interest of the People's Republic of China, the People's Republic of China may, based on the actual situation, take reciprocal measures against that country or region ».
[1342] Cette disposition est insérée dans le dernier chapitre sur les dispositions supplémentaires.

loi, il n'existe pas de mesure de réciprocité prise dans le cadre de l'article 48. Cependant, la section 301 est l'exemple parfait pour étudier la latitude des autorités dans l'édiction de mesures de réciprocité.

442. Les acteurs de la réciprocité de la section 301[1343]. En principe, l'article 1 section 8 de la Constitution des États-Unis confère au Congrès, « *[the] Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises* ». La section 301 ne constitue qu'une délégation d'une compétence du Congrès à l'exécutif. Cette section se divise en deux actions : les *mandatories actions* et les *discretionaries actions*. Les premières peuvent être contestées, tandis que les secondes revêtent un caractère discrétionnaire. La distinction est tout d'abord matérielle[1344].

443. Le cas des *discretionaries actions*. Étant donné que les discretionaries actions font référence à ce caractère déraisonnable, le champ d'études devrait plutôt se limiter à celles-ci. Malgré leur différence, la procédure d'édiction est la même. Tout d'abord, un comité de la section 301 qui réunit l'USTR et le *Trade Policy Staff Committee* doit mener une investigation sur les faits en question. Le début de ces investigations est prévu par le paragraphe 2412 qui permet de les lancer à la suite d'une demande formulée par toute personne. Le paragraphe 2412 b) permet à l'USTR de mener des enquêtes pour déterminer si les conditions du paragraphe 2411 sont remplies et, ainsi, lui permettre de prendre des mesures. Quelle que soit la voie empruntée, l'ouverture d'une enquête va nécessiter, selon le paragraphe 2413, l'ouverture de consultations avec l'État dont les comportements sont mis en cause. Après ces consultations, si lesdits comportements sont concernés par un accord commercial, l'USTR peut, selon le droit états-unien, et doit, selon le droit international, choisir la procédure prévue par l'accord. Après avoir rempli les conditions du paragraphe 2413, l'USTR peut prendre des mesures commerciales selon les termes du paragraphe 2414, mais en prévoyant en amont des consultations selon le paragraphe 2414 b). Ainsi, l'USTR dispose d'un large pouvoir, malgré le fait qu'il soit orienté par les volontés du Président des États-Unis, et selon les procédures à mettre en œuvre. Comme la recherche de réciprocité a été mentionnée dans le cadre de pratiques

---

[1343] U.S. CODE, TITLE 19, § 2411 - Actions by United States Trade Representative

[1344] Les mandotories actions concernent le §2411 a) du Trade Act de 1974 tandis que les discretionaries actions sont au §2411b) du même texte. Les premières seront prises lorsque « (A) the rights of the United States under any trade agreement are being denied; or
(B) an act, policy, or practice of a foreign country—
(i) violates, or is inconsistent with, the provisions of, or otherwise denies benefits to the United States under, any trade agreement, or
(ii) is unjustifiable and burdens or restricts United States commerce; »
Les secondes feront suites à « (1) an act, policy, or practice of a foreign country is unreasonable or discriminatory and burdens or restricts United States commerce, and (2) action by the United States is appropriate, (…) ».

déraisonnables d'un autre État et que ces pratiques sont contenues dans les *discretionaries actions*, se pose la question du pouvoir discrétionnaire de l'USTR lorsqu'il considère une pratique déraisonnable ou lorsqu'il conteste un défaut de réciprocité.

444. La définition des *discretionaries actions*. La Cour Internationale du commerce des États-Unis a rendu une décision[1345] concernant les hausses successives des droits de douane de la part des États-Unis à l'égard de la Chine, dans laquelle elle a pu présenter une définition des *discretionaries actions*. Pour rappel, dans cette affaire, le Président Trump avait adressé un mémorandum[1346] à l'USTR où il rappelait que la politique commerciale des États-Unis reposait sur la promotion réciproque du traitement des biens américains. À la suite, l'USTR a publié une annonce[1347] d'investigation pour indiquer une annonce publique et offrir la possibilité de réaliser des commentaires. Cette investigation est basée sur le paragraphe 2411 b) 1) qui traite des mesures discrétionnaires pour les « *act, policy, or practice of a foreign country is unreasonable or discriminatory and burdens or restricts United States commerce* ». Il est reproché à l'USTR de ne pas avoir respecté la procédure et, notamment, de ne pas avoir pris en compte les résultats des consultations. En cela, le Gouvernement aurait agi en violation de l'*Administratice Procedure Act* (APA). Face à cette situation, le Gouvernement états-unien a choisi d'invoquer le caractère discrétionnaire de certains choix politiques du Président en ce qu'il est l'auteur des demandes d'investigations portées à l'USTR. Le Gouvernement a donc refusé le contrôle du juge sur le choix du Président. Néanmoins, la Cour s'est appuyée sur la jurisprudence « Franklin »[1348] qui précisait que, si les compétences accordant un pouvoir discrétionnaire au Président peuvent être non révisables en vertu de l'APA, ces cas sont distincts des mêmes compétences accordées par le législateur, mais à une agence[1349]. Néanmoins, l'APA prévoyait des exonérations procédurales permettant d'accorder un caractère discrétionnaire aux actions que souhaite mener le Président. C'est pourquoi le Gouvernement des États-Unis a soutenu qu'en vertu de la doctrine des questions politiques, les questions de modifications des mesures prises par la section 301 impliquaient des *discretionary determinations*. Ainsi, aucune

[1345] UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, *In Re section 301 case*s, Court No. 21-00052-3JP, avril 2022.
[1346] Addressing China's Laws, Policies, Practices, and Actions Related to Intellectual Property, Innovation, and Technology, 82 Fed. Reg. 39,007, 39,007, 17 août 2017.
[1347] OFFICE OF THE USTR, Initiation of section 301 investigation; hearing ; and request for public comments : China's Acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation, [en ligne], 24 août 2017. Disponible sur : https://www.federalregister.gov/documents/2017/08/24/2017-17931/initiation-of-section-301-investigation-hearing-and-request-for-public-comments-chinas-acts-policies
[1348] États-Unis Cour suprême, *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S 788, 112 S.Ct. 2767, 120 L.Ed. 2d 636, 60 U.S.L.W. 4781, June 26, 1992.
[1349] UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, *In Re section 301 cases*, Court No. 21-00052-3JP, April 1, 2022, p. 21.

Cour ne peut venir étudier le caractère approprié ou non d'une telle mesure discrétionnaire. Néanmoins, les Parties plaignantes n'ont pas contesté l'opportunité d'une telle mesure, mais la compatibilité procédurale des modifications tarifaires avec les règles de l'APA. La Cour a repris la position de l'affaire « Baker v. Carr »[1350] qui considère que : « *A controversy may involve a political question when there is: a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*. »[1351] Sur cette base, la Cour a estimé qu'elle avait compétence pour juger de la demande des plaignants, considérant que l'USTR avait outrepassé ses compétences, telles qu'elles résultaient de la section 307. Mais elle a confirmé également que sa mission n'était pas de se concentrer sur les questions politiques et que « *the policy-laden questions to which the USTR directed its discretionary authority are not before the Court* » [1352]. Ensuite, il aurait pu être recouru aux exemptions[1353] prévues par l'APA concernant les affaires étrangères. Néanmoins, il aurait fallu invoquer ces exceptions, ce que n'a pas effectué l'USTR, ne serait-ce qu'implicitement. Pour ces raisons, les exemptions ne pouvaient être autorisées *post hoc*. Sur ces éléments, la Cour a considéré que les demandes du Président et les mesures qui ont été prises par la suite ne pouvaient pas être considérées comme discrétionnaires. Ainsi, des réponses devaient être apportées aux critiques visant les mesures faisant suite aux demandes du Président[1354]. L'idée n'était pas de répondre précisément à tous les commentaires, mais plutôt d'expliquer en réponse, la manière dont l'agence a répondu aux sujets évoqués par les commentaires[1355]. De tout ce qui précède, il semble que si l'USTR souhaite prendre des mesures sur la base de la Section 301 pour des raisons de réciprocité, le constat d'une pratique déraisonnable permettra de le faire sur une base discrétionnaire. Le contrôle de ces pratiques se fera de manière procédurale, mais non sur des questions d'opportunités politiques. Ainsi,

[1350] États-Unis, Cour suprême, *Baker v. Carr*, 7 L.Ed. 2d 663, 82 S.Ct 691, 369 U.S 186, March 26, 1962, p. 217.
[1351] UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, *In Re section 301 cases*, Court No. 21-00052-3JP, April 1, 2022, p. 24.
[1352] *Ibid*., p.27.
[1353] The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (a)(1).
[1354] UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, *In Re section 301 cases*, Court No. 21-00052-3JP, April 1, 2022, p. 48 – 50.
[1355] *Ibid*., p.53.

l'USTR et l'exécutif états-unien disposent d'un large pouvoir pour rechercher davantage de réciprocité. Cela laisse donc entendre que des mesures de réciprocité - et non des contre-mesures ou des représailles -, peuvent être prises, mais que le caractère politique et discrétionnaire peut influencer sur leur nombre. Si tel est le constat aux États-Unis, il doit être à présent comparé aux règles de l'Union européenne.

445. L'exemple du règlement IMPI. À la différence de la Section 301, le règlement 2021/167 n'est pas marqué explicitement par la recherche d'opportunités réciproques. C'est pour cette raison qu'il convient de se référer à nouveau au règlement 2022/1031 instituant un instrument relatif aux marchés publics internationaux. Les mesures relevant de ce règlement qui ont été traitées doivent être prises par la Commission sous la forme d'un acte d'exécution. En effet, l'article 6 paragraphe 1 traitant des mesures relevant de l'IMPI, renvoie à l'article 11 paragraphe 2 du règlement. Ce dernier indique que l'article 5 du règlement 182/2011 s'applique. Ce dernier article prévoit que le Comité, à savoir les représentants des États membres, doit voter à la majorité qualifiée telle que définie à l'article 16 paragraphes 4 et 5 du traité sur l'Union européenne et à l'article 238 paragraphe 3 TFUE. Ces articles précisent que la « majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 55% des membres du Conseil, comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union. » Ainsi, à la difficile exécution matérielle de la réciprocité, s'ajoute une difficulté politique. La procédure de l'acte d'exécution est un compromis entre le transfert d'une compétence à la Commission européenne pour assurer davantage d'efficacité, et celle de garantir des intérêts de chaque État. En effet, la Commission européenne est l'institution européenne la plus appropriée pour émettre des actes d'exécution, car elle est entre autres chargée des intérêts de l'Union européenne. Cet outil est la traduction du principe de subsidiarité, car il a pour objectif de « conférer des pouvoirs d'adoption d'actes d'exécution en raison de la nécessité d'établir des "conditions uniformes d'exécution" dans l'ensemble de l'Union. »[1356] En principe, « les compétences d'exécution appartiennent naturellement et principalement aux États membres. L'Union et, en son sein, la Commission en tant qu'institution assurant les "fonctions de coordination, d'exécution et de gestion conformément aux conditions prévues par les traités" (article 17, paragraphe 1, TUE) ne peut exercer lesdites compétences qu'à titre subsidiaire (article 5, paragraphe 1, TUE) »[1357].

[1356] CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PEDRO CRUZ VILLALÓN du 19 décembre 2013, de l'affaire CJUE grande chambre, arrêt du 18 mars 2014, C-427/12, *Commission européenne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2013:871, paragr. 48
[1357] *Ibid.,*

446. Un recours incertain à la réciprocité. Or, compte tenu de la difficulté des États à trouver un consensus sur la référence à la réciprocité dans le règlement IMPI, il est probable que certains membres du Comité puissent contester l'acte d'exécution en raison de la valeur matérielle d'une mesure relevant de l'IMPI. En effet, la définition de la proportionnalité étant soumise à l'appréciation de la Commission, il est possible que des blocages en résultent. Ces blocages peuvent se répercuter sur la possibilité d'émettre un tel acte d'exécution en raison d'un possible avis défavorable. Il est également prévu que, au sujet uniquement des mesures qui « excluent les offres émanant d'opérateurs économiques originaires du pays tiers concerné », l'article 5 paragraphe 4[1358] s'applique également. Ce dernier prévoit qu'un acte n'est pas adopté si le Comité ne prononce pas d'avis, sauf exceptions mentionnées à l'alinéa 2. La seule exception pouvant être retenue serait le refus d'une majorité simple du comité, car l'objet du règlement ne toucherait que difficilement au cas prévu par l'alinéa a) et le règlement IMPI ne prévoit pas d'opposition conformément à l'alinéa b). Ainsi, la mesure d'exclusion qui est la mesure la plus ambitieuse du règlement IMPI est celle soumise à davantage de contraintes. Il nous faut nuancer ces propos. Le risque principal lié à cette procédure est le temps s'écoulant pour émettre un acte d'exécution. En effet, dans le cas d'un avis défavorable ou en l'absence d'un avis, il est possible de saisir le Comité d'appel en conformité avec l'article 6 du règlement 182/2011. La procédure de vote est la même que celle de l'article 5 paragraphe 1. La seule modification est que rien n'indique, dans le cas d'un appel après un vote conformément à l'article 5 paragraphe 4, qu'il est nécessaire d'obtenir un avis favorable. Ainsi, le potentiel obstacle existant à cet article est neutralisé par le Comité d'appel, que l'avis soit favorable explicitement ou en l'absence d'avis. Excepté qu'au délai de saisine du Comité doivent s'ajouter ceux de saisine du Comité d'appel puis d'émission de son avis. Bien que les flux d'échanges représentés en matière de commande publique ne soient pas aussi élevés que de simples échanges de biens et services où il serait nécessaire de prendre rapidement des mesures compte tenu de la rapidité des échanges, le facteur temps constitue un argument considérable à

[1358] Article 5 paragraphe 4 : « Lorsque aucun avis n'est émis, la Commission peut adopter le projet d'acte d'exécution, sauf dans les cas énoncés au deuxième alinéa. Lorsque la Commission n'adopte pas le projet d'acte d'exécution, le président peut présenter au comité une version modifiée dudit projet.
Sans préjudice de l'article 7, la Commission n'adopte pas le projet d'acte d'exécution lorsque :
a)cet acte porte sur la fiscalité, les services financiers, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, des animaux ou des plantes, ou des mesures de sauvegarde multilatérales définitives;
b)l'acte de base dispose que le projet d'acte d'exécution ne peut pas être adopté lorsque aucun avis n'est émis; ou
c) une majorité simple des membres qui composent le comité s'y oppose.
Dans chacun des cas visés au deuxième alinéa, lorsqu'un acte d'exécution est jugé nécessaire, le président peut soit soumettre une version modifiée de cet acte au même comité, dans un délai de deux mois à compter du vote, soit soumettre le projet d'acte d'exécution, dans un délai d'un mois à compter du vote, au comité d'appel pour une nouvelle délibération. »

ne pas délaisser. L'impact est d'autant plus grand que dans le projet initial, il était prévu que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices puissent de manière autonome « interdire la participation de soumissionnaires étrangers à leurs appels d'offres »[1359]. En effet, dans l'exposé des motifs de la proposition initiale de la Commission, le résumé des mesures proposé indique que la « Commission pourra approuver l'exclusion, par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, des offres dans lesquelles la valeur des produits et services non couverts par des engagements internationaux représente plus de 50 % de la valeur totale des produits et services inclus dans l'offre (…). »[1360] En effet, la référence à l'approbation de la Commission laisse supposer une procédure décentralisée pour ces acteurs. Or, cela ne figure plus dans le règlement actuel, d'une part pour des motifs tenant à la charge administrative incombant à ces acteurs, et, d'autre part, car une telle possibilité relève des compétences exclusives de l'Union européenne et non des États et encore moins des pouvoirs adjudicateurs. Enfin, concernant un éventuel allongement des délais, le rétablissement d'un acte d'exécution qui,par exemple, aurait été suspendu, devrait, selon l'article 6 paragraphe 9 faire de nouveau l'objet de la même procédure. On peut imaginer que les conditions politiques restent les mêmes et que celui-ci soit rapidement adopté ou l'inverse. En effet, le renouvellement de la procédure résulte certes de la compréhension de l'article 6 paragraphe 9 qui fait référence à l'article 11 paragraphe 2 du règlement, mais aussi de la lecture de l'article 5 paragraphe 1 du règlement 182/2011 lu conjointement avec les considérants 11 et 12 du même règlement. En effet, l'article 5 débute en indiquant que « [l]orsque la procédure d'examen s'applique », les procédures de cet article doivent être respectées. En ce sens, le considérant 11 prévoit que cette procédure « devrait garantir que les actes d'exécution ne peuvent pas être adoptés par la Commission s'ils ne sont pas conformes à l'avis du comité (…) ». Surtout, le considérant 12 prévoit que la procédure d'examen s'applique lorsque « l'acte de base confère des compétences d'exécution à la Commission concernant des programmes (…) destinés à des pays tiers (…) ». Puisque le règlement IMPI s'applique aux pays tiers, une nouvelle procédure devra être réalisée pour chaque retrait, suspension, ou renouvellement d'acte d'exécution même si l'objet est le même.

[1359] CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, « Proposition modifiée de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2016) 34 final, Dossier interinstitutionnel: 2012/0060 (COD), 1er février 2016, p.4.

[1360] COMMISSION EUROPÉENNE, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2012) 124 final, 21 mars 2012, p.6.

447. Synthèse. Le premier objectif de cette comparaison tenait à identifier les acteurs détenant la capacité d'émettre des mesures unilatérales de réciprocité. Ce critère est un de ceux d'habilitation permettant d'accorder des effets juridiques à une déclaration unilatérale. Les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et des commentaires qui y sont relatifs indiquent qu'une « déclaration unilatérale n'engage internationalement l'État que si elle émane d'une autorité ayant compétence à cette fin (…) »[1361]. Le second objectif visait à prouver que l'acteur détenteur d'un pouvoir de réciprocité d'exécution exerce une influence sur l'existence de la réciprocité. En Chine ce pouvoir est discrétionnaire, aux États-Unis, il l'est sous réserve que la procédure soit correctement appliquée. Ainsi, nous pouvons penser que les années futures seront marquées par l'expression de davantage de réciprocité, notamment en raison du comportement de la Chine, qui rend cette possibilité explicite dans ses réglementations. L'Union européenne quant à elle, va devoir dépasser les intérêts nationaux. Or, un État dépendant des importations et exportations chinoises sera toujours plus réticent à suivre la voie de la Commission européenne.

Le défaut de caractère automatique des mesures de réciprocité ainsi que les précédentes observations relatives aux capacités d'action des titulaires disposant du pouvoir d'émettre des mesures nous amènent à nous interroger sur leur opportunité. En effet, au-delà du constat de leur existence et leur caractère, nous retenons l'hypothèse que les États tendraient à favoriser une pratique susceptible de créer des comportements conduisant de façon légitime, à l'émission de ces mesures. C'est ce qu'il est possible de comprendre derrière la référence à l'opportunité et c'est aussi pourquoi cette théorie de l'opportunité doit être élaborée.

B – L'opportunité d'une mesure unilatérale de réciprocité

448. Définition de l'opportunisme. La question de l'opportunité amène à s'interroger sur le bien-fondé de l'estimation de réciprocité par un État. Plus précisément, il nous faut nous livrer à une explication des motifs poussant un État à constater un défaut de réciprocité postérieur à la conclusion d'un accord. L'opportunisme a été défini par M. George M. Cohen comme étant « *broadly understood as deliberate contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties agreement, contractual norms,*

[1361] Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, paragr. 4.

or conventional morality. »[1362] Monsieur José Guilherme Moreno Caiado conclut qu'il s'agit donc d'un « "*attempted redistribution*" *of contractual gains that have already been determined by negotiation and agreement*. »[1363] C'est parce qu'un État n'est plus satisfait de ce qu'il a obtenu ; qu'il décide de modifier le comportement qui était attendu de lui. Pour étudier l'opportunisme, il faut avant tout rappeler deux postulats : soit un État constate un défaut de réciprocité en raison de la violation d'une obligation internationale, soit il s'agit d'un comportement unilatéral sans violation qui repose sur un constat unilatéral d'un déséquilibre matériel des avantages échangés. Dans les deux hypothèses, l'État est celui qui dispose de l'opportunité d'estimer ce défaut de réciprocité. Cette opportunité s'explique par une étude théorique du comportement de l'État.

449. L'État comme acteur rationnel. José Guilherme Moreno Caiado, s'est fondé sur les théories en droit et économie pour considérer les États comme agissant selon des comportements rationnels, c'est-à-dire « *as that which is conditioned by "preferences (rankings of objects of choice)" that are "complete and transitive", that is to say "the agent does not prefer any feasible alternative to what he or she chooses". Simply put, the concept of rationality assumes that parties have preferences, and that they act to maximize them*. »[1364] Selon cette théorie rationaliste, l'État va chercher, dans ses relations commerciales, à maximiser essentiellement ses préférences. L'adhésion à un accord ou plus généralement, la réalisation d'un comportement seront guidées par ses propres intérêts. Ainsi, la conclusion d'un accord signifie qu'un État a accepté de s'engager parce que, dans l'engagement les avantages sont plus grands que la contrainte de l'engagement. Le courant qui a approfondi cette idée est le courant réaliste mené, entre autres, par le Professeur Robert Keohane. Ce courant considère que les États mènent des stratégies coopératives visant à poursuivre leurs propres intérêts à long terme où la conformité aux normes juridiques négociées est une stratégie gagnante fonctionnant sur la base du dilemme du prisonnier[1365]. Cette recherche des intérêts exprime donc une conduite des relations internationales, en l'occurrence commerciales, selon une logique managériale. Une autre théorie, qui ressemble à la précédente, a été développée et reprise par le Professeur Martti Koskenniemi qui envisage « le droit par-delà l'État comme un instrument au service de

[1362] COHEN George M, « The negligence-opportunism tradeoff in contract law 1992 », 20, *Hofstra Law Review*, p. 941-1016, 957.
[1363] CAIADO José Guilherme Moreno, « Commitments and flexibilities in the WTO agreement on subsidies and countervailing measures: an economically informed analysis », *Cambridge University Press*, 2019, p. 31.
[1364] *Ibid*., p. 19.
[1365] KOH Harold Hongju, « Why Do Nations Obey International Law? », [en ligne], *The Yale Law Journal*, 106, The Yale Law Journal Company, Inc., 1997, p. 12. Disponible sur : https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1394/Why_Do_the_Nations.pdf?sequence=2

préférences, d'intérêts et de valeurs particulières. Ceci (…) revient à abandonner l'universalisme qui se doit d'animer le droit international et à poser les conditions d'une recherche par les acteurs internationaux de leurs objectifs sans qu'ils y souscrivent eux-mêmes. » La recherche d'intérêts est donc au cœur des relations internationales. Seulement, elle s'exprime différemment selon la théorie à laquelle elle est rattachée.

La théorie *The new sovereignty* approfondie, entre autres par Abram et Antonia Chayeses[1366], tente d'expliquer les raisons d'adhésion aux obligations d'un traité ainsi que l'absence d'adhésion. Là encore, la recherche d'intérêts est au centre de la réflexion, mais cette théorie repose sur l'ambiguïté et l'indétermination des langages des traités qui causent des difficultés dans leurs applications et donc une incitation supplémentaire à s'y conformer. Face à cette théorie, Thomas M. Franck[1367], considère que la conformité à des obligations internationales découle certes des intérêts et d'une recherche coût – bénéfice, mais surtout de la pression causée par les autres États et de l'équité des normes. Plus une norme paraîtra équitable, plus les États auront tendance à s'y conformer.

450. L'internalisation d'une mesure de réciprocité. Néanmoins, ces théories sont considérées comme limitées par le Professeur Harold Hongju Koh, qui ajoute l'élément transnational, dans son approche. Leurs limites résident dans l'absence d'explication de l'internalisation de la norme, autrement dit, la manière dont le comportement unilatéral d'un État est appréhendé et intériorisé par l'État qui est récepteur de ladite mesure ou dudit comportement[1368]. Par exemple, comment faire en sorte qu'une mesure destinée à rechercher ou rétablir de la réciprocité soit internalisée durablement par l'État récepteur, et non occasionnellement ? Pour cela, le caractère transnational peut signifier que, malgré la contradiction de l'État récepteur face à cette action unilatérale, les agents transnationaux comme les sociétés ou autres acteurs publics et privés peuvent s'adapter au comportement de l'État transmetteur, car cette action provoque également une interaction dans leurs habitudes. Ensuite, ces agents peuvent avoir un impact sur le gouvernement récepteur, et alors l'obliger à internaliser la norme unilatérale dans le système normatif de l'État récepteur[1369]. La succession de tels comportements et internalisations contribuera à rééquilibrer les intérêts de chaque Partie, et aussi à la réciprocité si elle est recherchée.

[1366] *Ibid*., p.13.
[1367] *Ibid*., p.15.
[1368] *Ibid*., pp.16 – 17.
[1369] *Ibid*., p.17.

451. L'édiction de mesures unilatérales expliquée par la théorie réaliste. Ainsi, selon une approche réaliste, expliquer le fait qu'un État puisse considérer à tout moment qu'il existe un défaut de réciprocité revient à prendre en compte que les États sont rationnels et qu'ils cherchent à maximiser leurs intérêts. Soit l'État récepteur aura lui-même intérêt à lesnégocier pour faire cesser le comportement unilatéral, soit il lui sera possible de les intégrer selon la théorie transnationale. Néanmoins, là encore, rien n'oblige l'État récepteur à s'y conformer. Peu importe la théorie, l'idée est que les États souhaitent pousser à de nouvelles négociations en ne respectant pas les obligations auxquelles ils sont soumis, ou en restreignant davantage les avantages des autres Parties. Sur ce modèle, la recherche de l'intérêt et cette théorie réaliste permettent de comprendre le choix d'imposer des mesures unilatérales de réciprocité. La théorie réaliste est principalement retenue ici, car, comme cela a déjà été mentionné, une interview de M. Stephen Vaughn - conseiller général de l'USTR durant l'administration Trump - faisait référence à la théorie du réalisme juridique comme guide des relations commerciales internationales. L'acteur est primordial pour adapter une pratique commerciale. Dans cette perspective, Robert Lightizer avouait également que « *The only arbitrator I trust is myself* »[1370]. Ce propos illustre cette tendance à l'unilatéralité qui n'est pas récente. Par exemple, dans l'Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946, un échange de notes du 5 avril 1960 portant sur ledit accord relatif aux services aériens autorisait « les transporteurs aériens désignés par les États-Unis à desservir Paris via Londres (…) »[1371]. Le 14 mars 1978, la Direction générale de l'Aviation civile (DGAC) a refusé d'approuver le projet de la Pan American World Airways qui était le transporteur qui exploitait cette liaison, car le projet comportait une « rupture de charge sur le territoire d'un État tiers (…) »[1372]. Malgré cela, les vols de la Pan American World Airways, ont persisté jusqu'à ce que la police française refuse de laisser débarquer l'avion de cette compagnie. Ainsi, la France a interrogé le tribunal sur la conformité de ladite mesure et notamment savoir si « le Gouvernement des États-Unis a violé ses obligations internationales par l'action qu'il a entreprise (…) »[1373]. Les arbitres se sont tout d'abord interrogés sur l'appréciation d'une telle mesure par les États-Unis : « S'agissait-il du respect d'un simple principe de réciprocité mesuré en termes économiques ? S'agissait-il d'une

[1370] DAVIS Bob, « U.S.-China Deal Could Upend the Way Nations Settle Disputes », *Wall Street Journal*, [en ligne], 16 juin 2020 [consulté le 02/07/2022]. : https://www.wsj.com/articles/u-s-china-deal-could-upend-the-way-nations-settle-disputes-11579211598
[1371] Sentence arbitrale, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, 09/12/1978, Volume XVIII, p. 456, pp. 417-493.
[1372] *Ibid*., paragr. 3.
[1373] *Ibid*., paragr. 74.

pression pour obtenir une procédure de solution plus rapide ? (…) »[1374]. Ils ont néanmoins conclu qu'« il n'est pas certain que les responsables des mesures prises aient procédé sur ce point à des analyses très fines »[1375]. Néanmoins, la conclusion commune d'une telle mesure est que « dans l'état actuel du droit international général, (…) chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États (…) »[1376]. Elle réitère son choix en insistant sur l'importance des distinctions doctrinales suivant que « l'objet des contre-mesures porte sur l'obligation prétendument violée ou sur une obligation différente (…). »[1377] Mais là encore, elle ne s'arrête pas à cette distinction en l'espèce. Ce choix se comprend à la lecture de l'annuaire de la commission du droit international de 1985[1378]. Le président de ce tribunal est M. Willem Riphagen qui a été nommé pour rédiger l'annuaire de la CDI 1985. À l'article 8 de cet annuaire, il est fait une distinction entre les contre-mesures qui sont des mesures de réciprocité en ce qu'elles ont « pour objet de rétablir l'équilibre entre les positions respectives de l'État auteur et de l'État lésé », des représailles qui sont des contre-mesures qui ont « pour objet de faire pression sur l'État auteur pour qu'il s'acquitte de ses (nouvelles obligations) ». Comme cela a déjà été rappelé, les rédacteurs de l'annuaire de la Commission du droit international de 2001 ont fait le choix de ne pas retenir cette distinction et de considérer les contre-mesures réciproques comme des contre-mesures classiques. Néanmoins, ce n'est pas la perspective qui a été retenue dans cette thèse, comme cela a été rappelé de nombreuses fois.

452. Le coût d'opportunité d'une mesure de réciprocité. Mais alors, comment expliquer le choix d'un État de ne plus respecter ses obligations envers un autre État ou de lui imposer une réciprocité d'exécution ? Lors de l'étude des fondements de la réciprocité, il a été démontré que les Gouvernements avaient l'autorité de déterminer ce qui pouvait être considéré comme de réciprocité. L'équité et le droit des gens ont été utilisés à de nombreuses reprises. Cependant, il nous revient à présent de nous appuyer sur des théories des relations internationales afin de mieux saisir ce comportement. Selon le professeur Charles Leben, c'est parce que l'État est un sujet de droit, mais aussi l'organe d'application de ce droit, qu'il doit « appliquer les règles existantes en respectant le principe d'égalité devant le droit, c'est-à-dire en traitant tous les cas semblables selon le droit de façon semblable (…) »[1379]. Il poursuit

[1374] *Ibid*., paragr. 78.
[1375] *Ibid.,*
[1376] *Ibid*.,
[1377] *Ibid*., paragr. 82.
[1378] CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, volume II première partie, Documents de la trente-septième session, 1987.
[1379] LEBEN Charles, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 28, pp. 9 – 77, 1982, p.36.

néanmoins par une nuance, car vu que tous les États sont tous des organes d'application et qu'il « n'existe pas d'organe d'application qui leur soit supérieur (…) », par conséquent « chaque interprétation étatique est aussi licite qu'une autre (…) »[1380] et « chacun peut construire, ses propres catégories, formuler la règle, qualifier la situation de violation, décider si les conditions d'édiction de la sanction sont réunies et éventuellement choisir d'appliquer ou non la sanction. »[1381] Ainsi, les États doivent faire face à un coût d'engagement, mais également à un coup pour se conformer aux engagements. Le degré de conformité d'un État à un engagement dépendra du comportement de l'autre État, et donc de sa législation interne, de l'intégration des engagements internationaux dans son droit interne, ainsi que du contrôle par les juridictions nationales, de la conformité des réglementations nationales au droit international. La place des règles internationales dans le droit national ayant déjà été étudiée, il ne nous faudra pas y revenir. Néanmoins, ces éléments sont des indices d'appréciation incitant les États à plus ou moins se conformer aux engagements. Ainsi, selon Oohna Hataway, les États s'engagent fréquemment dans des traités qu'ils ne peuvent pas facilement respecter. Toujours selon la même auteure, les pays dont le coût de mise en conformité est très faible, c'est-à-dire ceux qui ne respectent que trop peu leurs engagements, auront tendance à davantage s'engager, car ils y dérogeront lorsqu'il sera plus coûteux de remplir les obligations d'un engagement que de s'y soustraire[1382]. Dans ce cas, le coût d'opportunité prendra également en compte les sanctions éventuelles, mais aussi le recours à un règlement des différends. Néanmoins, la seconde option peut parfois s'avérer longue comme dans le cadre des règlements des différends de l'OMC. Cette conséquence ainsi que les désaccords portant sur les positions des groupes spéciaux de l'OMC, ont encouragé les États à recourir à leurs réglementations nationales, à la manière de la section 301[1383].

453. La création d'une pratique de réciprocité légitime. Enfin, bien que la recherche de réciprocité et l'imposition de mesures unilatérales puissent être le signe d'un rapport de force entre des États, il ne faut pas négliger l'apport de ces pratiques dans la durée. Le fait d'insérer des références implicites ou explicites à la réciprocité dans les accords, tend certes à faire naître des effets immédiats, mais plus théoriquement à créer une apparence de légitimité de l'imposition des mesures unilatérales. Le raisonnement est le même face à l'utilisation des

[1380] *Ibid*.,
[1381] *Ibid*.,
[1382] HATAWAY Oohna, « Between Power and Principle : An integrated theory of international law », *The University of Chicago Law Review*, 2005, Vol.72, N°2, pp 469-536
[1383] VANGRASSTEK Craig, « Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce », *Organisation mondiale du commerce*, 2013, p.52.

instruments unilatéraux. Lorsque le droit international est faible dans un secteur, ces instruments unilatéraux visent à créer un cadre légitime d'imposition des mesures fondé sur le droit interne ayant des effets internationaux. Compte tenu de la définition d'un acte juridique, il est possible, comme cela a déjà été indiqué[1384], que ces mesures de réciprocité puissent apparaître comme des prétentions politiques ou encore des sollicitations qui n'ont pas les effets de droit d'un acte juridique. En ce sens, malgré ce défaut, les États, compte tenu des rapports de force, peuvent estimer opportun de réclamer une forme de réciprocité. À force de répétition et même à propos des comportements illicites, Denys-Sacha Robin écrivait que « si le seuil de passage du fait (en l'occurrence illicite) au droit est indéterminé, on peut à tout le moins constater qu'à un certain moment la sécurité juridique l'emporte sur le fondement initial en admettant sa transformation. L'apparence de licéité se rétablit alors en faveur du fondement nouveau et réinstaure par la même occasion une présomption de régularité et d'opposabilité des comportements (qui deviennent des actes) pris sur cette base. À ce « moment », les États tiers peuvent être réputés avoir pris conscience de la valeur de prétention normative d'une telle pratique et leur inaction face à celle-ci pourra, après un délai raisonnable, être interprétée comme un acquiescement »[1385]. Finalement, il s'agit ici de confronter le droit existant à la réalité des faits et permettre que le premier évolue en tenant compte du second.

S'il est essentiel de déterminer avec justesse les auteurs d'une mesure de réciprocité et de considérer que ces mesures relèvent de l'opportunité des États, il doit en aller de même de celui des opérateurs économiques dans le dessin des relations. Nous ne devons pas délaisser l'apport essentiel des parties privées. Comme cela a été indiqué, la réciprocité est utilisée de manière régulatrice pour ouvrir certains marchés parfois stratégiques. Or, cette protection peut également être liée aux intérêts des industriels qui peuvent faire pression pour définir strictement ou souplement les conditions de réciprocité. Compte tenu de leur rôle dans les définitions, il nous faut supposer qu'ils agissent également en vue d'évaluer l'apport et la définition d'une mesure de réciprocité. C'est parce que les méthodes d'interventions peuvent renseigner la définition matérielle de la réciprocité qu'il nous faut les étudier.

[1384] Voir le A du paragraphe 1, de la section 1, du chapitre 2, du titre 1, de la partie 1.
[1385] ROBIN Denys-Sacha, « Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international », [en ligne], Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D077.tel-02046466, p.452. Disponible sur : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02046466/document

Paragraphe 2 : Le facteur matériel.

454. Cette place des acteurs privés sera étudiée dans le cadre d'une plainte déposée par les parties intéressées, auprès de ces autorités. Le but n'est pas de détailler toute la procédure, mais plutôt de s'interroger sur l'apport matériel de ces plaintes. En effet, les autorités d'exécution ne pouvant être informées de toutes ces mesures, celles-ci dépendent des informations ascendantes (A). Cependant, pour qu'une telle mesure soit adéquate et fonctionnelle, elle doit viser strictement les biens, services et/ou opérateurs d'un État tiers concerné, sans avoir un effet trop néfaste sur l'ensemble de la chaîne de valeur et/ou d'approvisionnement. Les États sont donc confrontés soit à garantir une mesure efficace, mais potentiellement néfaste ou souple, soit à agir en conformité avec le fonctionnement de ces chaînes. C'est pourquoi la définition de l'origine de ces destinataires doit être étudiée (B).

A – La décentralisation de l'évaluation du défaut de réciprocité

Dans la continuité de ce qui a été étudié et des informations dont nous disposons, il convient de poursuivre cette étude sur la base du règlement IMPI et de la Section 301. Les mini traités, à la manière des *treaties executive agreements* seront délaissés compte tenu du peu d'informations obtenues.

455. L'exemple de l'IMPI. L'article 5 paragraphe 1 du règlement IMPI prévoit que l'ouverture d'une enquête soit dépend de la propre initiative de la Commission soit fait suite à « une plainte dûment étayée d'une partie intéressée de l'Union ou d'un État membre (…) ». En se référant au formulaire de dépôt de plainte, la partie intéressée est définie de même manière que dans le règlement IMPI comme « toute personne ou entité dont les intérêts pourraient être affectés par une mesure ou pratique d'un pays tiers, telle qu'une entreprise, une association d'entreprises ou une grande organisation interprofessionnelle représentant les partenaires sociaux au niveau de l'Union »[1386].

456. Le critère d'une « plainte dûment étayée ». Si cette définition n'appelle pas à davantage de précisions, la « plainte dûment étayée » le requiert. Là encore, cette définition n'appelle pas de critères spécifiques et est à la libre interprétation de la Commission

[1386] Article 2 h).

européenne. Cependant, il est possible de dégager certains critères d'interprétation sur la base des modèles existants. À titre d'exemple, en matière de dumping, la Commission européenne a déjà jugé du caractère dûment étayé de certaines preuves. Il serait vain d'en dresser une liste d'exemples. Il est plus intéressant de souligner que la Commission européenne opère, en matière d'antidumping, une évaluation relative au champ géographique d'une mesure. En effet, lors de l'imposition de droits compensateurs à l'égard de certains produits chinois, la Commission européenne a considéré que n'était pas un argument dûment étayé le fait d'évaluer les effets d'une mesure de dumping sur la base d'États d'Europe centrale. En effet, l'argument était que des producteurs-exportateurs « ont fait valoir que de nombreux producteurs de l'Union installés en Europe centrale importaient des pièces détachées de la RPC, les assemblaient, puis vendaient des bicyclettes électriques dans l'Union. Ils ont ajouté que le prix des bicyclettes électriques produites par ces sociétés semblait être relativement bas, ce qui pourrait être une autre cause du préjudice subi par les producteurs de l'Union (…)[1387] ». Or, la Commission européenne a rejeté cet argument en précisant que son évaluation du marché était celui de l'Union et « non des parties de celui-ci »[1388].

457. L'évaluation du critère géographique. La question du champ géographique est importante. Précisons tout d'abord qu'en matière du règlement IMPI, l'intérêt porté à ce critère est relatif. En effet, en matière de dumping, il est approprié d'appliquer ce critère géographique, car l'impact d'une telle mesure se répercute le long des chaînes de valeur. Or, le règlement IMPI se fonde sur un critère extérieur qui est l'obstacle à l'accès aux marchés des pays tiers, et une mesure se justifie en raison des atteintes graves et récurrentes aux opérateurs économiques, biens et services de l'Union. De plus, l'un des critères d'interprétation important est le défaut potentiel de réciprocité. Suivant cette logique, il semblerait plus approprié d'accentuer notre regard sur le caractère matériel de ces obstacles, plutôt que sur leur impact géographique sur le marché de l'Union. En ce sens, les parties intéressées et les États, lors de leurs réclamations, devraient insister sur des éléments matériels. Néanmoins, dans son évaluation de la proportionnalité, il est possible que le champ géographique soit pris en compte et que l'évaluation de « plaintes dûment étayées » soit un outil d'interprétation. En effet, sur le

[1387] Règlement d'exécution (UE) 2019/72 de la Commission du 17 janvier 2019 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de bicyclettes électriques originaires de la république populaire de Chine, C/2019/43, *JO L 16 du 18.1.2019, p. 5–107*, 18 janvier 2019, paragr. 710.
[1388] *Ibid.,* paragr. 711.

formulaire visant à recueillir les plaintes[1389], la partie 2 permet d'inscrire les États membres affectés par une mesure ou une pratique.

458. L'évaluation du champ matériel. Concernant le champ matériel, le règlement requiert l'indication des catégories de mesures. S'y ajoute un rapport de l'OCDE[1390] qui propose une taxonomie[1391] de mesures indicatives qui là aussi, donne des indications sur les attentes en matière d'interprétation d'une plainte. Sans détailler la totalité des informations demandées, il nous faut tout de même en retenir certaines. Par exemple, il est demandé de décrire la nature de la mesure ou pratique d'un État tiers. La nature peut concerner une loi ou une réglementation, comme des directives administratives, ou encore simplement des pratiques qui ne sont contenues dans aucun texte. Certains États tiers, comme la république populaire de Chine ne prévoient pas de restrictions dans leurs textes. Ce sont, par exemple, de pratiques contenues dans les documents de passation. Or, il s'agit des premiers obstacles auxquels sont confrontés les opérateurs européens, et sans leurs plaintes, la Commission européenne ne pourra pas mesurer l'étendue des mesures et pratiques restrictives, comme elle ne pourra, ni imposer certaines mesures, ni les affiner. En ce sens, par exemple il est par exemple demandé d'indiquer si les opérateurs économiques ainsi que les biens et les services nationaux, doivent respecter le même traitement que celui imposé aux européens. Cela est déjà un premier critère d'évaluation de l'extranéité présent dans la réciprocité. Enfin, il est possible d'indiquer si de telles mesures ou pratiques restrictives ne sont pas conformes avec certains accords internationaux ou d'autres règles ou principes.

Deux observations doivent être effectuées. Tout d'abord, le règlement IMPI s'applique dans les cas où il n'y a pas d'accord ou lorsqu'il y a un accord, mais que lesdits marchés n'y sont pas contenus. En faisant référence à la non-conformité avec certains accords internationaux, il est probable que cette information soit un outil visant à déclencher une mesure IMPI. Rappelons en effet que la « Commission devrait examiner dans quelle mesure les lois, les règles ou d'autres mesures du pays tiers concerné en matière de marchés publics ou de concessions garantissent la transparence, conformément aux normes internationales (…) ». Pour voir leur plainte

[1389] Voir en ce sens : COMMISSION EUROPÉENNE, Access 2 Markets, [en ligne]. Disponible sur : https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/contact-form?type=COMPL_IPI

[1390] OCDE, *taxonomy of measures affecting trade in government procurement processes,* [en ligne], 02 mars 2017. Disponible sur : https://www.oecd-ilibrary.org/trade/oecd-taxonomy-of-measures-affecting-trade-in-government-procurement-processes_5bfb44c3-en

[1391] Le rapport liste par exemple les « Market access restrictions » ; « Domestic price preferences » ; « Local content requirements » ; « Collateral restriction / restrictive effect » ; « conduct of procurement » ; « qualification criteria » ; « evaluation criteria » ; « review / complaint system » ; « transparency and information »; « effectiveness of ethics and anti-corruption system ».

retenue, il faut supposer que les États décrivent toutes les catégories d'informations demandées. Sur cette base, le caractère dûment étayé des preuves fournies sera étudié en fonction de la démonstration réalisée. La valeur commerciale des obstacles sera certainement un élément important d'appréciation des preuves fournies. En matière d'antidumping par exemple, le règlement 2016/1036 prévoit qu'une plainte peut être rejetée si les éléments de preuve « sont insuffisants pour justifier la poursuite du dossier. »[1392] Le terme « insuffisant » peut s'entendre également d'un point de vue de la valeur, car une « procédure n'est pas ouverte à l'encontre de pays dont les importations représentent une part de marché inférieure à 1 %, à moins que collectivement ces pays représentent 3 %, ou davantage, de la consommation de l'Union. »[1393] Même si par comparaison ces taux ne sont pas applicables, on peut imaginer que la Commission détermine un taux d'affectation des obstacles.

459. L'exemple de la Section 301. Ces éléments se retrouvent en matière d'application de la section 301. En effet, ce mécanisme peut être mis en place soit du propre chef de l'USTR[1394] avec consultation de certains comités[1395] , soit par le dépôt d'une plainte[1396] par une partie intéressée. Là encore, il s'agira de se concentrer uniquement sur le dépôt de plaintes. Le paragraphe 2006 du titre 15 du *Code of federal regulations* prévoit la procédure pour le dépôt de plaintes dans le cadre de la section 301. Là aussi, seules les parties intéressées sont concernées et non toutes les industries. Ledit paragraphe considère que « *[a]n interested person is deemed to be any party who has a significant interest affected by the act, policy, or practice complained of (...)* »[1397]. Les définitions dans cette disposition et le règlement IMPI sont similaires. Par ailleurs, les informations à transmettre sont quasi similaires à celles du formulaire du règlement IMPI[1398]. Pareillement, des précisions sont demandées quant au volume des échanges affectés[1399]. Cependant, il est intéressant de relever que les précisions

[1392] Règlement (UE) 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non-membres de l'Union européenne, JO L 176/21, 30 juin 2016, paragr. 7.
[1393] *Ibid.,*
[1394] U.S. CODE, TITLE 19 § 2412 (b) – Initiation of investigations
[1395] U.S. CODE, TITLE 22 § 2455 - Appropriations
[1396] U.S. CODE, TITLE 19 § 2412 (a) – Initiation of investigations
[1397] CFR, TITLE 15 § 2006.0 (b) - Submission of petitions requesting action under section 301.
La disposition prévoit des exemples indicatifs comme : « A producer, a commercial importer, or an exporter of an affected product or service; a United States person seeking to invest directly abroad, with implications for trade in goods or services; a person who relies on protection of intellectual property rights; a trade association, a certified union or recognized union or group of workers which is representative of an industry engaged in the manufacture, production or wholesale distribution in the United States of a product or service so affected; or any other private party representing a significant economic interest affected directly by the act, policy or practice complained of in the petition. »
[1398] *Ibid.,* paragr. 2006.1.
[1399] *Ibid.,* paragr. 2006. 1 (7).

demandées peuvent aller plus loin. En effet, le paragraphe 2006.1 (b) requiert des informations spécifiques pour les subventions ou encore les pratiques déraisonnables qui nous ont intéressés. Dans ce dernier cas, les informations demandées diffèrent selon qu'elles traitent d'une entreprise souhaitant s'installer dans un pays tiers[1400] ; de droits de propriété intellectuelle[1401], d'un défaut de traitement juste et équitable en raison de pratiques anti compétitives[1402] ; d'obstacles à l'exportation[1403] ou encore en matière des droits des travailleurs[1404]. Dans ces cas, seuls les deux premiers exemples demandent de prouver une violation des droits dans le cadre d'un accord international auquel les États-Unis et les pays tiers sont parties. Cela signifie que, pour les autres, il est explicitement possible qu'aucune violation d'une obligation internationale ne soit attendue. De plus, cela ne témoigne pas pour autant que, pour les deux premiers, l'application de la section 301 ne dépende que d'une violation d'une obligation internationale comme cela a été démontré. Dans ces exemples, on note précisément l'intention d'identifier les manquements, les attentes espérées en matière d'investissements, le champ des obstacles et l'impact que cela a sur les opérateurs états-uniens. Tous ces éléments, à la manière du règlement IMPI, servent à constater le défaut de réciprocité dans le cadre de pratiques qui auraient été ratées par les différentes agences des États-Unis. Par ailleurs, ces éléments servent également à définir l'opportunité de poursuivre des mesures. En ce sens, prenons comme exemple des plaintes qui n'ont pas fait l'objet d'ouverture d'une investigation de la part de l'USTR.

460. L'application d'un critère de nationalité. Concernant tout d'abord les personnes intéressées, l'USTR applique un critère de nationalité strict au moment de l'application d'une mesure. En effet, dans une plainte déposée contre le Gouvernement de république dominicaine, celle-ci a été refusée, car « *the petition does not allege the expropriation of any property of a U.S. investor because, according to the petition, Mr. Gadala Maria was not a U.S. national*. »[1405] De plus, la plainte doit identifier spécifiquement l'entreprise ou l'association dont les intérêts économiques ont été affectés. Il ne s'agit pas de lister des entreprises américaines en général[1406]. La précision de l'identification peut également poser problème dans le cadre du règlement IMPI. La connaissance par l'État tiers des personnes intéressées ayant

[1400] *Ibid.,* paragr. 2006.1 (b) (3) (i)
[1401] *Ibid.,* paragr. 2006.1 (b) (3) (ii)
[1402] *Ibid.,* paragr. 2006.1 (b) (3) (iii)
[1403] *Ibid.,* paragr. 2006.1 (b) (3) (iv).
[1404] *Ibid.,* paragr. 2006.1 (b) (3) (v).
[1405] OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on Alleged Expropriations by the Dominican Republic ; Decision not to initiate investigation,* 76 FR 41857, 41857-41858 (2 pages), 2011-17807*,* 15 juillet 2011.
[1406] OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on the U.S.-Israel Free Trade Agreement ; Decision not to initiative investigation,* 76 FR 41858, 41858-41859 (2 pages), 2011-17808*,* 15 juillet 2011.

déposé plainte peut conduire à des réticences à déposer de nouvelels plaintes. En effet, nombreuses sont celles qui, par peur d'être refusées dans de futurs marchés, préfèrent ne pas déposer de plainte. Dès lors, ces réticences ont un impact sur l'évaluation des obstacles et la recherche de réciprocité.

461. Le critère du volume des échanges affectés. Par ailleurs, l'USTR conditionne l'opportunité d'une plainte au volume des échanges affecté. En effet, il a été considéré à propos d'une mesure imposée par l'Allemagne que « *the petition fails to include sufficient information on burdens or restrictions on U.S. commerce arising from the alleged restrictions under German law on access to the German bar aptitude examination*. »[1407] Par ailleurs « *[t]he petition does not establish the volume of trade in legal services involved or how that volume is impacted by the restrictions in question*. »[1408] Enfin, de façon logique, le refus d'initier une investigation peut résulter de l'inefficacité de l'instrument en question, à résoudre le problème, comme l'a considéré l'USTR en matière de droits des travailleurs[1409].

De plus, le rapport de 2018[1410] concernant les investigations à l'encontre des mesures et pratiques chinoises permet de saisir les éléments auxquels sont confrontés les entreprises américaines, et, donc, ce sur quoi l'accent est mis. Par exemple, en matière de sécurité des informations, l'accès à certaines informations des entreprises américaines est souvent imposé comme conditions en vue d'obtenir un marché ou de s'installer sur le territoire. Or « *these intrusions have resulted in significant harm to its business, including the loss of a competitive advantage and a loss of a return on its significant investment in a new solar technology.* »[1411] Pareillement, Alcoa, une entreprise états-unienne a dû créer un partenariat avec une entreprise d'État chinoise qui souhaitait s'internationaliser dans le domaine des activités minières. Or, ce partenariat a conduit à la diffusion à de nombreuses données privées de l'entreprise états-unienne qui a conduit l'USTR à considérer que *« these incidents provides a chilling warning to U.S. companies that engage or seek to engage in business in China or seek to challenge China's trade practices through legal means*. » [1412]

[1407] OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on Access to the German Bar Aptitude Examination : Decision not to initiative investigation,* 76 FR 25401, 25401 – 25402 (2 pages), 2011 – 10874, 4 mai 2011.
[1408] *Ibid.,*
[1409] OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on Workers' Rights in China ; Decision not to initiative investigation,* 69 FR 26204, 26204 – 26205 (2 pages), 04 – 10685, 11 mai 2004.
[1410] OFFICE OF THE USTR, OFFICE OF THE PRESIDENT, *Findings of the investigation into China's Acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974*, [en ligne], 22 mars 2018. Disponible sur : https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF
[1411] *Ibid.,* p.160.
[1412] *Ibid.,* p.163.

462. Synthèse. Il ressort de tout ce qui précède que la décentralisation du contrôle des obstacles par le dépôt de plaintes est un outil visant à apprécier de manière plus détaillée l'existence d'un défaut de réciprocité. Ces observations ont permis de comprendre que d'un point de vue matériel, les conséquences du défaut de réciprocité s'identifiaient assurément par un critère de nationalité, mais également et potentiellement selon un critère géographique. Plutôt que d'imposer des mesures de réciprocité individuelles, les autorités vérifient que les conséquences soient potentiellement généralisées. Cela participe à la détermination de la proportionnalité ou de l'équivalence d'une mesure de réciprocité. Ainsi dans le cadre de l'Union européenne, un défaut de réciprocité s'appliquant uniquement à un secteur d'un État, pourrait ne pas être considéré comme une pratique grave et récurrente. Néanmoins, à ce facteur géographique et organique, s'ajoute l'importance du critère matériel et donc de la valeur du défaut de réciprocité. Bien entendu, ces précédents exemples dans le cadre de la Section 301 ne traitent pas uniquement de réciprocité, mais sont des éléments qui pourront être appliqués dans ce cas. Ainsi, selon les secteurs concernés, le volume des échanges ou encore la perte de certains bénéfices sont des critères appréciables. Par exemple, l'USTR a refusé l'utilisation de la Section 301 dans le cadre de certains produits alimentaires venant du Mexique[1413] en raison, entre autres, de l'incapacité des plaignants à prouver le degré des obstacles auxquels ils sont confrontés ou encore de l'absence de description d'une méthodologie visant à évaluer l'atteinte au commerce des États-Unis. Le critère de la méthodologie de calcul démontre la précision de l'évaluation des plaintes et il est possible, également de devoir justifier la méthode d'évaluation du défaut de réciprocité. Bien qu'en l'espèce, il s'agisse en l'espèce de subventions et que leur évaluation dépende des méthodes de calcul et de la prise en compte des données macroéconomiques, rappelons que, dans le cadre de l'OMC, la réciprocité s'évalue notamment grâce à des formules. Le constat juridique d'un défaut de réciprocité s'accompagnera forcément d'une évaluation macroéconomique.

Ces riches informations démontrent toutefois que l'imposition d'une mesure de réciprocité n'est pas automatique. Il ne s'agit pas, ici à l'instar du droit international général, de constater la rupture d'un lien synallagmatique et d'une condition. L'imposition de mesures visant à rechercher de la réciprocité s'inscrit dans un fonctionnement propre au commerce international. Cela réduit certes la spontanéité d'une telle mesure, mais cela permet d'imposer des mesures plus proportionnelles et conformes aux politiques commerciales. C'est pourquoi la notion de

[1413] Lettre des Sénateurs GRASSLEY Chuck, MURRAY Patty, MARSHALL M.D. Roger, ERNST Joni K, à destination de l'Ambassadrice Katherine Tai, 20 octobre 2020. Disponible sur : https://www.grassley.senate.gov/imo/media/doc/grassley_et_altoustrrejectsection301petition.pdf

réciprocité substantielle est pertinente. Bien que dans un cadre précis et sectoriel, les logiques économiques et commerciales ne permettent pas une réciprocité par objet, mais plutôt par intérêt. En cela, la réciprocité substantielle s'intègre à ce fonctionnement.

En somme, les dispositions nationales déterminant l'auteur d'une mesure d'exécution de réciprocité et notamment le caractère discrétionnaire de cette compétence auront une influence sur le nombre de ces mesures. Cependant, pour déterminer les critères externes d'identification de la réciprocité, il faut s'intéresser aux bénéficiaires de la réciprocité, qu'elle soit matérielle ou d'exécution. En effet, la réciprocité, contrairement au critère de la nation la plus favorisée par exemple, vise à limiter et orienter un bénéfice et une mesure d'exécution à l'encontre de destinataires précis. En matière de commerce international, il peut être difficile de viser uniquement une Partie. Certains indices, comme les règles d'origine, peuvent nous orienter vers la recherche des bénéficiaires de la réciprocité.

B – L'influence de la définition nationale des règles d'origine sur la détermination du destinataire.

Là encore, cette étude sera menée de manière comparée, en analysant les législations chinoises, états-uniennes et européennes. Si précédemment, les règles d'origine étudiées étaient celles des accords, à présent, il conviendra de se limiter à celles existantes à défaut d'accord.

463. Les règles d'origine dans la législation chinoise. L'Ordonnance du Conseil d'État chinois n° 416[1414] fixe le régime des règles d'origine des biens importés et exportés. L'article 2 de cette ordonnance organise le cadre matériel en disposant que « *these Regulations are applicable to the origin determination of import and export goods in applying such non-preferential trade measures as most-favoured-nation treatment, anti-dumping, countervailing and safeguard measures, administration of origin markings, national quantitative restrictions or tariff quotas* ». Les règles d'origine non préférentielles s'analysent sous deux catégories. Selon l'article 3, l'origine se détermine, pour certains biens, selon qu'ils sont entièrement obtenus dans un État ou selon la technique de la dernière transformation substantielle. L'article 5 précise les conditions en vue déterminer les biens entièrement obtenus, tandis que l'article 6

[1414] GENERAL ADMINISTRATION OF CUSTOMS PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, « Decree of the State Council of the People's Republic of China », N°416, 3 septembre 2004.

traite des transformations substantielles. Ce dernier article indique que le critère pour déterminer la transformation substantielle « *shall be the change in tariff classification; if the change in tariff classification is not applicable to the determination of the origin of the goods, such criteria as ad valorem percentages and/or manufacturing or processing operations shall be the supplementary criteria (...)* ». Il existe une préférence pour le changement de classification tarifaire, ce qui fait écho aux précédentes observations quant à la présence de cette technique dans les accords commerciaux chinois. Enfin, l'article 10 vient préciser que : « *Where any operations or processes are conducted to the goods for the purpose of circumventing the relevant regulations of the People's Republic of China on anti-dumping, countervailing and safeguard measures, the Customs may neglect such operations or processes in determining the origin of such goods.* » Cet article prouve une fois de plus la nécessité de rechercher l'origine au plus juste avant d'imposer de telles mesures. Néanmoins, si un détournement d'origine visait à éviter qu'un produit soit touché par des mesures unilatérales, les douanes chinoises pourraient ne pas en tenir compte dans leurs évaluations.

464. L'exemple de l'Union européenne. L'article 10 de la législation chinoise révèle la nécessité de rechercher une origine exacte, pour ne pas atteindre négativement directement ou indirectement certains biens chinois, lors de la mise en place de telles mesures. Ce souci de clarté s'exprime également dans la législation européenne qui fait aussi la différence entre l'origine préférentielle et non préférentielle, d'un opérateur, bien ou service. En guise d'illustration il conviendra de faire reposer cette analyse sur l'exemple du règlement IMPI. L'étude de l'origine non préférentielle est préférée, car les mesures relevant dudit règlement sont prises en l'absence d'engagements. À titre de comparaison, dans le document vert traitant des instruments de défense commerciale, les rédacteurs soulignaient que « [d]e plus en plus, les entreprises européennes utilisent des bases de production en dehors de l'Union européenne tout en conservant d'importantes activités et des emplois en Europe. Du point de vue des instruments de défense commerciale, la difficulté consiste à savoir si les règles de l'UE tiennent suffisamment compte du fait que des entreprises européennes sous-traitent leur production, laquelle entre ainsi en concurrence avec la production basée en Europe et risque d'être affectée de façon négative par des mesures de défense commerciale. »[1415] Il est contradictoire de pénaliser les entreprises européennes en imposant des mesures unilatérales sur des produits qui seraient fortement intégrées dans leurs chaînes de valeur. Ainsi, la détermination de l'origine

[1415] COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission l'Europe dans le monde - Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation Livre vert à soumettre à la consultation publique*, COM(2006) 763 final, 06 décembre 2006.

d'une mesure unilatérale est un travail préalable important. L'article 3 paragraphe 4 du règlement IMPI prévoit que l'origine d'une marchandise est déterminée sur la base du règlement n° 952/2013[1416]. L'origine d'un service quant à elle se concentre sur la définition d'une personne physique ou morale et l'origine d'un opérateur économique est détaillée par les lignes directrices de la Commission visant à faciliter l'application du règlement IMPI[1417]. En ce sens, seule l'origine de la marchandise sera retenue. Il faudra alors distinguer, selon le règlement de 2013, l'acquisition de l'origine en fonction de l'origine non préférentielle ou préférentielle. D'une part, l'article 60 du règlement en question fait la différence entre les « marchandises entièrement obtenues dans un même pays ou territoire » qui sont donc « considérées comme originaires de ce pays ou territoire ». D'autre part, ce même article fait référence aux marchandises « dans la production de laquelle interviennent plusieurs pays ou territoires [qui] sont considérées comme originaires de celui où elles ont subi leur dernière transformation ou ouvraison substantielle ». En cela, la distinction est similaire à celle chinoise. Néanmoins, cet article indique ensuite que cette transformation ou ouvraison substantielle est « économiquement justifiée, effectuée dans une entreprise équipée à cet effet et ayant abouti à la fabrication d'un produit nouveau (…) ». Cet élément pourrait ressembler à l'article 10 du décret chinois permettant aux autorités de ne pas retenir le caractère originaire d'un produit qui aurait été déterminé à tort comme originaire pour ne pas se voir imposer une mesure de défense.

Le critère de la justification économique a été défini à l'article 33 du règlement délégué 2015/2446[1418] qui précise que « toute ouvraison ou toute justification effectuée dans un autre pays ou un autre territoire est réputée ne pas être économiquement justifiée s'il est établi, sur la base des éléments de fait disponibles, que l'objectif de cette opération était d'éviter l'application des mesures visées à l'article 59 du code [des douanes de l'Union]. » Autrement dit, toute mesure superflue qui viendrait fausser l'origine en vue de ne pas se voir imposer la réglementation européenne n'est pas économiquement justifiée. Cette définition se rapproche plus encore de celle chinoise. Malgré le fait que les mesures de défense commerciale et/ou économique ne sont pas visées, le guide sur les origines non préférentielles indique que « *The question of compliance with the criterion "economically justified" arises especially where anti-*

[1416] Règlement (UE) n ° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, JO L 269/1, 10 octobre 2013.
[1417] COMMISSION EUROPÉENNE, *COMMUNICATION DE LA COMMISSION - Lignes directrices visant à faciliter l'application du règlement IMPI par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et par les opérateurs économiques* , JO C 64/7, 21 février 2023.
[1418] Règlement (UE) n°2015/2446 de la Commission, du 28 juillet 2015 complétant le règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil au sujet des modalités de certaines dispositions du code des douanes de l'Union, JO L 343, p. 1-557.

dumping measures are in force. »[1419] Le fait de ne pas viser spécifiquement les mesures antidumping permet de retenir un champ d'application plus large. Le but est d'éviter que toute modification d'une marchandise injustifiée, ne puisse conférer un avantage injustifié. Il faut imaginer que cet outil puisse être utilisé lorsqu'une mesure de réciprocité d'exécution est imposée. Cette logique est décentralisée également aux opérateurs économiques qui se sont vus attribuer un marché et qui ne peuvent pas sous-traiter plus de 50% « de la valeur du marché à des opérateurs économiques origines d'un pays tiers faisant l'objet de mesures relevant de l'IMPI »[1420]. Il en va de même pour les marchés dont l'objet est la fourniture de biens[1421]. Sans devoir entrer dans les détails, nous pouvons émettre que cette mesure permet d'éviter les contournements des opérateurs ou des biens des pays tiers à participer à un marché public de l'Union européenne. On aurait toutefois souhaité que davantage de précisions soient recherchées dans la détermination du bien. En effet, l'association des règlements 952/2013 et 2015/2446 permet de conférer une origine finale à un bien dont la fabrication intervient dans plusieurs pays. Dans le cadre du règlement IMPI, les biens concernés sont ceux qui sont directement visés « dans l'objet d'une procédure de passation et dans les spécifications du marché concerné, à l'exclusion de tout intrant, matériau ou ingrédient intégré dans les biens fournis »[1422].

En théorie, il aurait été intéressant, pour affiner davantage le règlement IMPI, de mesurer de manière substantielle les composants des biens qui sont visés par les marchés. D'un point de vue pratique, cela ajouterait de nombreuses lourdeurs à la procédure de passation, aussi bien pour les pouvoirs adjudicateurs, que pour les opérateurs économiques, car cela nécessiterait de nombreux documents de preuves. Or, la réduction des charges des pouvoirs adjudicateurs est un des objectifs d'application du règlement IMPI. C'est en effet la raison pour laquelle il n'incombe pas au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de prouver le refus d'une sous-traitance en raison de l'irrespect de ces règles, mais à l'opérateur économique de fournir auxdites entités les preuves adéquates[1423]. Dès lors, la définition de l'origine est similaire à celle utilisée dans le cas des instruments de défense et répond à un objectif de proportionnalité dans

[1419] COMMISSION EUROPÉENNE, *Guidance on Non-Preferential Rules of Origin*, [en ligne], Mars 2022, p.9. Disponible sur : https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2022-03/Guidance%20on%20non-preferential%20rules%20of%20origin.pdf
[1420] Article 8 paragr. 1 a).
[1421] Article 8 paragr. 1 b).
[1422] Article 2 paragr. 1 b).
[1423] Article 8 paragr. 1 c).

l'émission d'une mesure, aussi bien dans une volonté de ne pas réaliser un abus de droit que de ne pas affecter les intérêts de l'Union.

465. L'exemple de la réglementation des États-Unis. La pratique états-unienne ne contredit pas tout ce qui a été évoqué précédemment, elle le confirme. Aux États-Unis, les règles d'origine sont divisées entre celles préférentielles et celles non préférentielles. Les premières concernent les accords commerciaux déjà évoqués, et les secondes permettent d'identifier l'origine d'une marchandise en vue d'appliquer certaines mesures de défense commerciale comme la section 301 qui a déjà été abordée également. Les règles d'origine non préférentielles, qui nous intéressent ici se divisent en deux catégories :

- Tout d'abord, elles sont définies au cas par cas en vue de déterminer où a eu lieu la transformation substantielle sur une marchandise. Bien que cette définition soit importante, le but de cette étude n'est pas tant d'analyser ce qu'est une transformation substantielle, mais plutôt de se limiter aux enjeux des règles d'origine non préférentielles.

- Outre ce régime, il en existe un unique pour le Canada et le Mexique. Celui-ci reposait sur la partie 102 du traité de l'ALENA[1424]. Malgré le passage de l'ALENA à l'ACEUM, la partie 102 continue d'exister. Cette réglementation applique la règle du *tariff shift* et contribue la définition de l'origine par le biais d'une transformation.

Ce régime a été modifié en 2021 dans une volonté de simplifier les règles administratives pour les produits importés depuis le Canada et le Mexique vers les États-Unis. Avant ces amendements, il existait une double technique pour déterminer l'origine des biens importés par lesdits États dans le cadre de l'ALENA. La partie 102 soumettait la détermination de l'origine à la règle de la transformation substantielle. Toutefois, en plus, les services douaniers et de la protection des frontières des États-Unis (*U.S Customs and Border Protection*), exigeaient, sur la base de la partie 134[1425] (section 304 du Tariff Act de 1930), une procédure au cas par cas pour les produits qui devaient subir un marquage avant d'être importés sur le sol américain. Cela constituait la majorité des produits de l'ALENA, mais seulement ceux agricoles dans l'ACEUM. La partie 134 paragraphe 1 alinéa b vient définir le pays d'origine comme « *the*

[1424] Part 102 – Rules of Origin, 19 U.S.C. 66, 1202 (General Note 3 (i), Harmonized Tariff Schedule of the United States), 1624, 3492, 4513.
[1425] U.S. CODE, TITLE 19 - Customs Duties, Chapiter 1 - U.S. Customs and Border Protection, Department of Homeland Security; Department of the Treasury", Part 134 Country of Origin Marking, 01 avril 2019.

country of manufacture, production, or growth of any article of foreign origin entering the United States. Further work or material added to an article in another country must effect a substantial transformation in order to render such other country the "country of origin" within the meaning of this part; however, for a good of a NAFTA or country, the marking rules set forth in part 102 of this chapter (hereinafter referred to as the part 102 Rules) will determine the country of origin. » La disposition fait référence à « *the part 102 rules* », car, ce qui était destiné à l'origine uniquement à l'ALENA, malgré les différences, été étendu aux dispositions de l'ACEUM. L'autre importante modification est relative à l'interprétation de la transformation substantielle. Avant cette réforme, le service douanier évoqué évaluait le marquage sur la base d'une transformation substantielle fondée au cas par cas. Cette technique était fortement subjective et doublée de l'étude de l'origine d'une même marchandise, puisque les importations du Canada et du Mexique étaient également soumises aux dispositions de la Partie 102 qui évaluait la transformation substantielle en fonction du changement tarifaire (*tariff shift*). Cette réforme a permis d'étendre la détermination du marquage uniquement sur la définition de la Partie 102, et non celle qui se fonde sur une détermination au cas par cas. En quoi est-ce important ? Il est arrivé que lors de l'évaluation d'un produit importé du Canada ou du Mexique, le marquage délivrait une autre origine que celle de la Partie 102. Cela avait des conséquences sur l'octroi du tarif préférentiel, mais également sur la détermination du taux applicable dans le cas où les produits d'un État seraient soumis à une mesure de défense commerciale. Ce cas s'est présenté lors de l'importation de certains produits électroniques par *Johnson electric*. Dans une lettre leur étant adressée par la *Commercial and Trade Facilitation Division,* la question qui se posait était la suivante : « *What is the country of origin of the electric motors imported from Mexico for purposes of marking and for purposes of application of the 2018 Section 301 trade remedy for goods under subheading 9903.88.01, HTSUS* ? »[1426]. En effet, certains desdits produits chinois étaient, à ce moment, soumis à la section 301, qui avait rehaussé leurs taux de droits de douane à hauteur de 25%. Néanmoins, ceux-ci avaient transité et été modifiés au Mexique. La question était donc de savoir si l'on devait considérer le maruage comme chinois – des droits de douane de 25% seraient alors imposés – ou bien si l'on devait appliquer le tarif préférentiel accordé aux produits importés du Mexique. Pour déterminer l'origine préférentielle de ces produits, il fallait tout d'abord utiliser la partie 102 qui énonce une hiérarchie dans l'utilisation des critères de détermination. Comme ces produits n'étaient

[1426] COMMERCIAL AND TRADE FACILITATION DIVISION, RE: Modification of NY299096; country of origin of electric motors from Mexico; 2018 Section 301 trade remedy; 9903.88.01, HTSUS, CLA-2 OT:RR:CTF:FTM H301619 GaK, 06 novembre 2018.

pas entièrement obtenus au Mexique[1427], il a fallu appliquer la règle de la matière étrangère qui étudie l'origine selon la technique du changement tarifaire[1428]. Les composants mexicains du moteur étant classés dans une autre position et ont pu entraîner un changement tarifaire, le bien a été considéré comme étant originaire du Mexique. Néanmoins, il est indiqué que lorsqu'un produit est susceptible d'être soumis à des mesures antidumping ou toutes autres mesures de sauvegarde ou de mesures prises sur la base de la section 301, il faut analyser l'étude de la transformation substantielle. Or, avant les amendements qui ont été expliqués, les juges ou une autorité gouvernementale pouvaient, dans ce cas, se fonder sur des critères au cas par cas. Dans cette affaire, les membres du *Commercial and Trade Facilitation Division* se sont fondés sur une l'affaire Energizer Battery, Inc contre États-Unis[1429]. Dans cette dernière, les juges avaient étudié la transformation substantielle par rapport à la finalité de la marchandise. Ainsi « *when the end-use was pre-determined at the time of importation, courts have generally not found a change in use*. »[1430] En l'espèce, comme les éléments chinois importés au Mexique sont seulement assemblés au moteur électrique ensuite importé du Mexique vers les États-Unis, « *The foreign subassemblies had a pre-determined end-use and did not undergo a change in use due to the assembly process in Mexico. Based on the information provided, the production process performed in Mexico is mere simple assembly and the foreign subassemblies are not substantially transformed*. [1431] Ainsi, « *as the assembly of the Chinese parts into a motor in Mexico does not result in a substantial transformation of the Chinese parts, the motor remains a product of China[1432]* ».

Que cela signifie-t-il ? La définition du marquage a été retenue sur la base d'une définition substantielle fondée sur le changement tarifaire. Néanmoins, pour évaluer l'origine de la même marchandise en matière de mesures de défense commerciale, une autre interprétation de la définition substantielle a été utilisée. Alors, le marquage a été considéré comme mexicain, ce qui confère auxdits produits une origine mexicaine. Néanmoins, il a été considéré comme chinois lors de la recherche de l'origine selon la section 301. En conséquence, alors même qu'il est d'une part originaire du Mexique, il faudra appliquer à ces produits des droits de douane à

[1427] Part 102 – Rules of Origin, 19 U.S.C. 66, 1202 (General Note 3 (i), Harmonized Tariff Schedule of the United States), 1624, 3492, 4513, part. 102 § 11 a et b.
[1428] *Ibid*., part 102 paragr. 11 c).
[1429] COMMERCIAL AND TRADE FACILITATION DIVISION, RE: Modification of NY299096; country of origin of electric motors from Mexico; 2018 Section 301 trade remedy; 9903.88.01, HTSUS, CLA-2 OT:RR:CTF:FTM H301619 GaK, 06 novembre 2018.
[1430] *Ibid*.,
[1431] *Ibid*.,
[1432] *Ibid*.,

hauteur de 25%, car ceux-ci sont considérés comme originaires de Chine. C'est pour cela que la réforme décrite a souhaité étendre l'interprétation de la Partie 102 aux produits importés du Canada et du Mexique, même lorsqu'il s'agit d'étudier si ces produits, en raison de l'application d'une mesure de défense commerciale, doivent être exemptés de droits de douane supplémentaires. Néanmoins, cette règle ne concerne que le Mexique et le Canada.

466. Synthèse. En somme, cette démonstration met en avant que la définition de l'origine puisse restreindre ou étendre la liste des produits étant touchés par une mesure de défense commerciale. Les règles d'origine, qui constituent l'épicentre du fonctionnement du commerce international et ont une influence importante sur la détermination d'un destinataire lors de l'octroi d'un avantage, ainsi que lors de l'application d'une mesure de défense commerciale. Alors, selon que ces règles d'origines sont strictes ou libérales, la réciprocité pourra être plus précise ou plus diffuse.

Ainsi, l'opportunité et les intérêts amènent à comprendre les raisons poussant un État à s'affranchir de certains engagements, mais aussi le choix de certains États d'intégrer les mesures unilatérales qui leur sont imposées. Néanmoins, si ces faits sont perceptibles d'un point de vue politique, le Professeur Niboyet lui-même considérait, selon les mots de Berthold Goldman, que la réciprocité relevait de l'opportunité, si bien qu'il n'était « possible à son avis ni de l'approuver, ni de la désapprouver en droit » [1433]. Cependant, il ne faut pas s'arrêter à cette conception. À présent, il conviendra de créer un cadre juridique qui permette de consacrer l'utilisation de la fonction d'exécution et de la réciprocité. Pour ce faire, il nous revient de nous interroger sur l'application de la qualification de standard et/ou de principe à la réciprocité.

[1433] GOLDMAN Berthold, « Réflexions sur la réciprocité en droit international », *in*: *Travaux du Comité français de droit international privé*, 23-25e année, 1962-1964. 1965. pp. 61-101, p.73.

Section 2 : La légitimation du comportement de réciprocité

467. En fonction du cadre qui a été dressé, il est fait face à une réelle pratique de réciprocité qui tendra à être davantage utilisée dans le futur. Néanmoins, sa réception par un État pose la question de l'effectivité d'une mesure de réciprocité. Au-delà des critères de qualification d'une coutume ou d'un principe, c'est tout d'abord la question de l'effet de la réception qui va guider notre processus de qualification (paragraphe 1). Une fois ce travail réalisé, le fait de la qualifier pourra servir de base afin de lui donner une réelle existence juridique dans le futur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'effectivité relative du résultat d'une mesure de réciprocité

468. Si la question de l'opportunité se pose, que penser de celle de l'opposabilité ? Juger de l'opportunité est un fait, mais qu'est-ce qui pousserait des États à se conformer à cette recherche de réciprocité ? Si la réciprocité juridique est conditionnée comme dans certaines formes d'engagements, l'absence de caractère contraignant de certains, pourrait conduire un État à refuser cette nouvelle demande de réciprocité matérielle, plutôt que l'accepter, et ainsi revenir sur son propre comportement en raison de l'existence d'une réciprocité juridique. La question se pose d'autant plus lorsque ces mesures sont prises dans le cadre d'un instrument unilatéral. Ce caractère contingent pose donc la question de l'opposabilité d'une telle mesure et surtout de son effectivité (A). Compte tenu de ces effets relatifs, il est difficile de considérer la réciprocité comme un réel principe et ceci d'autant plus qu'elle n'est pas présente dans toutes les formes d'engagements. Néanmoins, son utilisation accrue en vue de réguler les relations commerciales internationales nous pousse à douter. Enfin, sa fonction interprétative ou encore celle d'instrument de mesure, amènent à la considérer comme un standard. C'est parce que ces doutes existent qu'un travail définitionnel doit être mené à ce sujet (B).

A - L'opposabilité relative de la réciprocité à son destinataire

469. Démonstration. Considérer seulement qu'un État est un acteur rationnel pour justifier l'utilisation de la réciprocité est insuffisant. En effet, cela aurait pour conséquence de

fragiliser les relations internationales, d'affaiblir la sécurité juridique et d'accepter de possibles abus de droit. Les observations précédentes démontraient l'existence juridique de la réciprocité et sa définition. À présent, il faut comprendre le phénomène juridique qui expliquerait l'opposabilité d'une mesure de réciprocité. Par ce biais, il ne s'agit plus de se demander si les États peuvent ou non mettre en œuvre des mesures de réciprocité, mais plutôt ce qui obligerait d'autres États à respecter cette mesure de réciprocité. L'idée est d'analyser le phénomène juridique qui crée des obligations en étudiant l'impact à l'encontre du destinataire d'une mesure de réciprocité. C'est pourquoi il s'agira de ne pas prendre en compte les questions d'influence et de pouvoir dans cette étude. Plutôt, il conviendra de se limiter à l'étude de l'opposabilité des mesures de réciprocité et au sentiment d'y être lié. L'État, en tant qu'acteur rationnel, peut préférer ne pas respecter le droit international, car les bénéfices seront supérieurs à son respect. Ainsi, malgré l'illicéité d'une telle mesure, celle-ci produira des effets dont il faut saisir les causes juridiques.

470. Définitions. Avant toute chose, il conviendra de définir de l'opposabilité. Tout d'abord, dans son dictionnaire de droit international public, Jean Salmon considérait l'opposabilité comme une « situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État »[1434]. Pour le Cornu, l'opposabilité est l'« [a]ptitude d'un droit, d'un acte (...), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) »[1435]. Face à ces définitions, d'autres conceptions ont été évoquées. L'opposabilité a également été traitée par Denys-Sacha Robin dans sa thèse consacrée à l'acte unilatéral. Dans celle-ci, est remise en cause l'idée que les actes unilatéraux sont opposables « que dans la mesure du consentement exprimé par [les tiers], à l'exception des actes leur étant favorables (…) »[1436]. À la place, l'auteur s'appuie sur le concept de prétention normative unilatérale pour distinguer « d'une part, la logique objective sur laquelle repose l'opposabilité d'une prétention en tant qu'acte juridique et, d'autre part, la logique relative dont dépend l'opposabilité de son contenu, c'est-à-dire la norme susceptible d'en découler »[1437]. La prétention normative unilatérale est définie comme « le fait que son auteur prétend à tout le moins se situer de bonne foi dans le respect des règles

[1434] « Opposabilité » *in* SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 01 novembre 2001, p.865.
[1435] « Opposabilité » *in* CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique,* Presses Universitaires de France P.U.F, 13e édition, 2020, p.707.
[1436] ROBIN Denys-Sacha, « Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international », [en ligne], Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D077.tel-02046466, p.441. Disponible sur : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02046466/document
[1437] *Ibid*., p.441.

d'habilitation, règles qui font l'objet d'une (in) détermination plus ou moins élevée »[1438]. Dans l'étude de la logique objective de l'opposabilité, Denys-Sacha Robin considère que c'est « l'apparence de régularité qui permet à un acte d'exister comme tel et d'être couvert d'une présomption de validité quand bien même il serait potentiellement contestable »[1439]. Autrement dit, c'est la validité de l'acte ou du moins son apparence qui conditionne son opposabilité. Néanmoins, l'auteur nuance ses propos en ajoutant à cette étude objective, celle subjective. Pour cela, il rappelle que les prétentions normatives sont soumises « au relativisme du droit international ». En cela, il fait dépendre l'étude subjective de l'opposabilité au comportement des tiers, comme les États récepteurs des effets d'un acte unilatéral. En ce sens, soit les tiers « peuvent contester la présomption de validité-existence de l'acte en vue de se le rendre inopposable pour eux-mêmes. Soit, ils ne contestent pas l'opposabilité de l'acte quand bien même il n'est pas nécessairement conforme ou compatible avec son fondement (…)»[1440]. Par-là, c'est le caractère décentralisé du système international qui est mis en avant. Loin d'être constitué selon un modèle constitutionnel à la manière du droit interne des États, l'idée est de s'intéresser aux effets normatifs recherchés par les auteurs d'un acte unilatéral. Selon l'auteur, « l'opposabilité du contenu normatif des prétentions étatiques dépend d'une condition hétéronome : l'effet de sommation qu'elles génèrent à l'égard des tiers intéressés appelle une interaction dont la fonction est de préciser le statut de leurs différents objets normatifs »[1441]. C'est selon une nécessité de sécurité juridique et de respect de l'égalité souveraine que la subjectivité de l'opposabilité dépend de l'approbation de l'État récepteur. Néanmoins, cette égalité souveraine est une égalité « en droit et non en fait »[1442] et sera à nuancer en fonction de la puissance de l'État en question.

471. Choix de la définition. De la position de Denys-Sacha Robin, il faudra retenir que l'opposabilité s'apprécie en fonction des effets et donc du comportement de l'État récepteur. Néanmoins, on ne retiendra que partiellement l'idée qu'il faille qu'un acte soit régulier pour qu'il soit opposable. Plus précisément, il est logique de soumettre l'opposabilité en droit, au caractère régulier d'un acte. Cependant, il faut également retenir l'opposabilité selon ses effets. Le présent développement se fonde sur la théorie de l'État rationnel qui a été évoqué précédemment ainsi que sur une vision réaliste du droit international. Tout repose sur l'intention

[1438] *Ibid*., p.445.
[1439] *Ibid*., p.451.
[1440] *Ibid*., p.458.
[1441] *Ibid*., p.561.
[1442] *Ibid*.,

et la volonté de l'État et, surtout, sur les auteurs représentants de l'État. Ainsi, il s'agira de considérer comme l'a suggéré madame Zoller que l'inopposabilité « et la nullité partagent la même nature d'être l'une comme l'autre la sanction d'un acte frauduleux. Mais c'est dans leurs effets qu'elles se différencient radicalement. L'inopposabilité prive l'acte juridique d'effet seulement à l'égard de certaines personnes (notamment les créanciers) alors que la nullité consiste en l'anéantissement de l'acte et a des effets erga omnes »[1443]. Ainsi, le caractère de la validité importe en théorie en matière d'opposabilité. Néanmoins, les effets d'un acte dépendront surtout du comportement de l'État récepteur qui acceptera ou non un tel acte unilatéral. Cette logique est celle de l'affaire sur l'accord des services aériens entre la France et les États-Unis[1444], qui porte l'idée que les États sont les mieux à même d'apprécier leurs propres intérêts et une situation de droit dans les relations avec d'autres États.

472. L'opposabilité dépendante de l'effectivité d'un acte. Ces éléments suivent la pensée du Professeur Jean Combacau. Pour ce dernier, l'opposabilité détermine la capacité à produire des effets de droit[1445]. Dans leurs écrits relatifs à l'opposabilité et la nationalité, Jean Combacau et Serge Sur proposaient de s'écarter de l'idée que l'opposabilité dépendait de la validité. Bien qu'ils s'expriment dans le contexte de la détermination de la nationalité d'un ressortissant, ils expliquaient qu'il n'est pas certain qu'une telle vision de l'opposabilité ou plutôt de l'inopposabilité, « comme modalité ou comme substitut de la validité, dans laquelle chaque État apprécierait la validité internationale d'une qualité déjà établie dans l'ordre étatique, rende compte de la réalité »[1446]. Les auteurs poursuivaient en affirmant que « ce que les États évaluent, chacun pour son compte, c'est la réalisation d'une condition propre au droit international et à laquelle leur propre droit a pu être, ou n'être pas, indifférent, réalisation qui n'affecte pas la validité internationale d'une qualité nouvelle, mais l'efficacité internationale d'une qualité considérée (…) »[1447]. Ainsi, les États ne vont pas uniquement juger de la validité. Plutôt, leur acquiescement ou non à l'opposabilité dépendra « des conséquences tirées après coup de ce que les États ont ou non tenu compte des limites au respect desquelles, dans leur ordre à elles, d'autres règles subordonnent la production d'effets dans les relations entre États

[1443] CIJ, arrêt, 20 octobre 1997, CR1997/23, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, Compte-rendu de l'audience publique du lundi 20 octobre 1997, p. 24, paragr. 3-4.
[1444] Sentence arbitrale, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, 9 décembre 1978, Volume XVIII, pp. 417-493, p. 456
[1445] COMBACAU Jean, SUR Serge, Droit international public, 13e édition, LGDJ, Précis Domat, 2019, p.129.
[1446] *Ibid*., p.107.
[1447] *Ibid*.,

»[1448]. Il ne s'agit pas de considérer qu'un acte est inopposable, car un État B aurait considéré qu'un acte unilatéral d'un État A n'est pas valide puisque la validité de cet acte repose sur le droit interne de l'État A. C'est pourquoi Jean Combacau considère que chaque État évalue l'efficacité internationale et non la validité. Ce courant est poursuivi entre autres par Eirik Bjorge[1449], qui s'écarte de la distinction valide/non valide pour déterminer l'opposabilité d'un acte unilatéral. Pour ce dernier, c'est lorsqu'un État, de façon subjective, a donné à un acte ou un fait d'un autre État une reconnaissance ou une non-reconnaissance prise sur la base de son droit interne que l'acte ou fait en question lui est opposable. Ainsi, l'effet d'un acte dépend de sa reconnaissance. En effet, pour reprendre ses mots, « *Whatever the objective validity of the legal act in question, opposability describes the subjective legal situation that arises as between pairs of states.* »[1450]

473. La légitimité d'un comportement de réciprocité. Autrement dit, le caractère volitif est au centre de l'opposabilité. Il prendra différentes formes selon sa source. Les actes unilatéraux peuvent naître du droit interne, mais peuvent puiser leurs justifications dans le droit international. Il peut exister un accord international qui ne serait pas respecté pour justifier un acte unilatéral. Suivant la source, l'opposabilité ne sera pas traitée de la même manière. Dans le cadre d'un acte unilatéral pris selon le droit interne, il ne s'agit pas d'actes directement internationaux. Néanmoins, comme le souligne Jean Combacau, « ils n'en traduisent pas moins une conduite internationale de l'État. »[1451] En ce sens, ils « peuvent être assimilés à des faits juridiques, susceptibles de produire des effets internationaux de droit »[1452], effets de droits qui dépendraient du consentement des autres États à les recevoir. Pour en revenir à la réciprocité, une mesure de réciprocité est parfois fondée sur une procédure de droit interne pour ensuite produire des effets internationaux. En ce sens, il peut être intéressant de revenir sur la distinction opérée par Denys-Sacha Robin. S'il différenciait les prétentions *lato sensu* et celles *stricto sensu,* il a également subdivisé les premières. Selon lui, il est nécessaire de différencier les sollicitations simples, des demandes fondées sur une règle juridique[1453]. Contrairement aux premières, les secondes sont juridiquement fondées sur des accords par exemple, et sont à ce titre « susceptibles de véhiculer différents types de prétentions normatives » [1454]. Si son exemple

[1448] *Ibid*.,
[1449] BJORGE Eirik, « Opposability and Non-Opposability in international law », *The British Yearbook of International Law*, 2021, Vol. 00 No. 0, 1–38, p.11.
[1450] *Ibid*., p.11.
[1451] COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 13e édition, LGDJ, Précis Domat, 2019, p.12.
[1452] *Ibid*.,
[1453] *Ibid.,* p.171.
[1454] *Ibid.,* p.172.

n'appelle aucune interrogation, qu'en est-il, cependant, des dispositions juridiques fondées sur des instruments juridiques nationaux ? Les États disposent-ils en ce sens d'un droit à réclamation ? Le postulat de cette thèse est que la réciprocité, même en l'absence de traité ou de coutumes et uniquement selon le droit d'un État, est un outil permettant une telle réclamation. Il faut revenir en ce sens à la volonté de l'État. L'objet d'une telle réclamation par l'utilisation d'un instrument unilatéral est une simple sollicitation politique et n'a pas pour but de réclamer un droit existant. L'idée est de solliciter une concession à laquelle un État, en utilisant un instrument national, estime avoir droit. À défaut de l'obtention de la réciprocité, l'État solliciteur ne va pas estimer qu'il a perdu un droit, mais plutôt qu'il n'a pas eu l'obtention d'un droit en contrepartie duquel l'État sollicité dispose d'une liberté commerciale. Il est fait référence à une liberté commerciale et non un droit, car l'État solliciteur, en ouvrant son marché unilatéralement n'a pas créé de droit explicite à l'égard de l'État sollicité même si ce dernier bénéficiait d'un accès. Par cette sollicitation d'un droit à davantage de réciprocité, l'État solliciteur vient conditionner et fermer une liberté commerciale existante plutôt que contraindre l'État sollicité à exécuter une obligation. C'est l'une des différences entre la recherche de réciprocité par un instrument unilatéral et la demande d'exécution d'une obligation soumise à réciprocité dans un traité, comme les accords précédents étudiés. Le dernier cas pourrait s'apparenter toutefois à un acte unilatéral pris sur la base des engagements des États à formuler des échanges sur une base de réciprocité. Pour juger de sa régularité, il est nécessaire de revenir à son habilitation. Si tous les critères sont remplis, nous pouvons estimer qu'il existe une opposabilité en droit, l'opposabilité en fait dépendant là encore du coût d'opportunité d'un État à respecter ses engagements. En ce sens, *quid* des obligations qui expriment explicitement que des obligations doivent être exécutées « sous réserve de réciprocité » ou « sur une base de réciprocité » ? Ici figure, en sus, l'idée d'exigibilité. Cela reviendrait à distinguer l'effet d'une mesure de réciprocité issue d'un accord. Lorsqu'un accord est négocié dans une intention de réciprocité et que les volontés des États parties à un accord témoignent de cette réciprocité, il faut admettre que la vie du traité permettra d'accorder automatiquement la réciprocité à chaque État. La réciprocité est opposable à chaque État. Néanmoins, lorsqu'il est fait mention de ces conditions, on ajoute une condition d'exigibilité. Rappelons que l'exigibilité fait référence à l'obligation à exécuter tandis que l'applicabilité fait référence à l'obligation d'exécuter[1455]. La première concerne le contenu de l'obligation tandis que le second, le contenant. Dès lors, les

[1455] CLARENC Nathalie, *La suspension des engagements internationaux*, Droit, Nouvelle bibliothèque de thèses, 550 p, 2017, p.56.

mentions « sous réserve de réciprocité » créeront une barrière supplémentaire que l'État pourra actionner plus facilement. Rappelons également que ces références sont souvent utilisées pour des obligations précises qu'un État pourra davantage contrôler. Il semblerait donc que l'exigibilité d'une obligation qui ferait figurer lesdites mentions explicitement soit plus contraignante qu'une réciprocité lissée sur tout l'accord.

474. Le sentiment d'être lié. Passé l'argument de la puissance qui mettrait à exécution une mesure de réciprocité, il faut expliquer pourquoi certains États peuvent se sentir liés. Il est possible que la multiplication des mesures de réciprocité puisse favoriser la réapparition d'une pratique. Les pratiques états-uniennes associées aux comportements chinois et aux nouvelles réglementations européennes laissent penser qu'une pratique tend à durer. En ce sens, il peut être intéressant de nous référer aux actes de langage. Selon les mots de Denys-Sacha Robin, qui reprenait les propos d'Austin et de Searle, « les actes de langage doivent être envisagés du point de vue de leur auteur comme de véritables actes d'actions »[1456], qui influencent l'environnement social des acteurs. Par ces fonctions, il pourrait exister dans les prochaines années un sentiment d'être lié par une pratique tirée d'une mesure de réciprocité. Oran Young[1457], soulignait que les États concevaient une norme comme obligatoire lorsqu'ils considéraient qu'elle devenait une obligation juridique, et, donc lorsque cette norme a été interprétée et internalisée dans le système juridique de l'État. Ainsi, la multiplication des références à la réciprocité internalisera le comportement de réciprocité. Ce n'est qu'une fois que ce comportement de réciprocité sera internalisé et considéré comme une pratique, que les futures mesures de réciprocité seront internalisées dans le droit interne des États et donc leur seront plus aisément opposables. Naturellement, cette internalisation dépendra également des intérêts à internaliser une mesure de réciprocité. Il faudra tout d'abord faire la différence entre les types de mesure auxquels ils sont confrontés. Ensuite, il sera question de la légitimité de ces mesures face à la qualification d'extraterritorialité.

475. La caractérisation de la réception d'une mesure de réciprocité. Suivant les instruments unilatéraux et les accords étudiés, la réception d'une telle mesure et les effets

[1456] Voir en ce sens : V. J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Paris, Seuil, 1991, 202 p. (publié en 1962 sous le titre *How to Do Things with Words*) et J.R. Searle, *Les actes de langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, Paris, 2008, 261 p. (publié en 1968 sous le titre *Speech Acts: An Essay in the Philosophy ofLanguage*) in ROBIN Denys-Sacha, « Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international », [en ligne], Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D077.tel-02046466, p.59. Disponible sur : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02046466/document

[1457] Tirée de : KOH Harold Hongju, « Why Do Nations Obey International Law? », [en ligne], *The Yale Law Journal*, 106, The Yale Law Journal Company, Inc., 1997, p. 21. Disponible sur : https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1394/Why_Do_the_Nations.pdf?sequence=2

emportés vont différer. Lorsqu'un État accepte de négocier et de s'engager sur une base de réciprocité, cela peut conduire à la concrétisation d'un accord. Sans vouloir traiter de la construction de cet accord, nous émettons que la manifestation de l'État peut être considérée comme un acte d'acceptation et prendre la forme d'un acte unilatéral si toutes les conditions sont remplies. Plus largement, lorsqu'un État recherchant de la réciprocité produit un acte unilatéral valide, son opposabilité devrait être automatique et, à défaut, sanctionnée. En ce sens, le recours à l'estoppel pourrait être un instrument utilisable en ce sens. À défaut d'un acte unilatéral régulier et en présence d'une sollicitation simple, l'acceptation de l'autre partie est obligatoire. Dans cette situation, le silence gardé par un État ne peut pas se voir accorder la valeur d'acceptation, car il s'agit ici de rechercher de nouvelles concessions. Selon Robert Kolb, il est possible que l'acquiescement résulte du silence « prolongé qu'un sujet de droit oppose aux prétentions d'un autre sujet d'une manière telle que son comportement ne peut être bona fide appréhendé autrement que comme acceptation concluant »[1458]. C'est aussi la position de la jurisprudence comme l'exprime l'Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine[1459], où la Cour a considéré que l'acquiescement équivaut « à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »[1460]. Sans adhérer totalement à la définition stricte de l'acte unilatéral promue par Victor Rodríguez Cedeño, qui considérait que « le silence ne peut être une manifestation de volonté indépendante, car il s'agit d'un comportement adopté en réaction à un acte ou à une incitation préexistante »[1461], il convient de considérer que le principe selon lequel le silence vaut acquiescement dépend de l'objet et des effets d'un acte unilatéral.

476. La légitimité d'une mesure de réciprocité extraterritoriale. Pour aborder cette question de l'extraterritorialité, il est nécessaire d'invoquer l'affaire Lotus de 1927[1462]. Dans cette affaire, la Cour juge que « le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci (…). Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas. »[1463] Cette liberté n'est pas totale et « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle

[1458] KOLB Robert, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. 340 *in* ROBIN Denys-Sacha, « Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international », [en ligne], Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D077.tel-02046466, p.621. Disponible sur : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02046466/document
[1459] CIJ, arrêt, 12 octobre 1984, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, CIJ, Recueil 1984, p.246, paragr. 130.
[1460] *Ibid.,* paragr. 130.
[1461] *Ibid.,* paragr. 131.
[1462] CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, *Série A*, n° 10.
[1463] *Ibid*., paragr. 18.

d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. (…) »[1464] Les juges affirment ensuite que « loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. »[1465] Il faut donc retenir de cet arrêt que « tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté. »[1466] Ainsi, l'extraterritorialité n'est pas elle-même interdite du moment qu'elles n'excèdent pas les limites posées par le droit international. Les Professeurs Mathias Audit et Etienne Pataut, rappelaient que « ce n'est pas en soi l'extraterritorialité d'une loi qui pourrait être considérée comme illicite ou à tout le moins contestable, mais – éventuellement – le titre sur le fondement duquel elle entend ainsi s'appliquer à des personnes ou à des situations au moins partiellement reliées au territoire d'un État étranger. » [1467] Dans la même perspective, les Professeures Alina Miron et Bérangère Taxil, précisaient également que « la première condition de [la licéité internationale de l'extraterritorialité réside] dans l'existence d'un titre pour l'État à régir une situation localisée en territoire étranger ou dans les espaces internationaux. »[1468] En ce sens, il est aisé de qualifier d'illicites les mesures extraterritoriales de réciprocité prises sur la base de la section 301 du Trade Act de 1974. C'est là tout le paradoxe de ces mesures. Ainsi, elles seraient illicites à cause du fondement sur lequel elles s'appliquent, néanmoins, elles peuvent être opposables du point de vue de leurs effets. En effet, il est admis sans débat qu'un État ne peut pas émettre valablement un acte juridique s'il a pour effet d'autoriser un État « à imposer, unilatéralement des obligations à d'autres États sans leur consentement (…).»[1469] Néanmoins, les mesures de réciprocité ne sont pas toutes prises sur le fondement d'instruments identiques. Il a par exemple été étudié précédemment dans le cadre des accords commerciaux passés entre les États-Unis et Israël que les États-Unis intégraient, lors de l'incorporation d'un accord dans leur droit national, des dispositions

[1464] *Ibid*.,
[1465] *Ibid*., paragr.19.
[1466] *Ibid*.,
[1467] AUDIT Mathias, PATAUT Etienne, « L'extraterritorialité – ouverture », *in* AUDIT Mathias, PATAUT Etienne (dir.), *L'extraterritorialité*, *Actes du colloque à Paris*, Perspectives Internationales, Vol. 38 , 214 pages, 8.
[1468] MIRON Alina, TAXIL Bérangère, « Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'imperium sans le dominum ? », *in* MIRON Alina, TAXIL Bérangère (dir), *Extraterritorialité et droit international, Actes du colloque à Angers*, Éditions A. Pedone, 2020, p.17.
[1469] RODRÍGUEZ CEDEÑO Victor, *Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États,* Document A/CN.4/505, paragr. 59.

permettant au Président des États-Unis d'imposer des mesures en vue de rééquilibrer les avantages de l'accord et de rétablir la réciprocité définie.[1470]

Compte tenu de ces différences, tant en matière d'objet de la réciprocité que de ses effets, il peut paraître difficile de catégoriser cette notion. Au vu de ce qui précède, la réciprocité a souvent été qualifiée comme un standard ou comme un principe. Il est nécessaire de définir ces postulats avant de déterminer la réciprocité comme un standard ou un principe.

B – Le cadre d'élaboration d'une source de réciprocité.

477. Contextualisation. Compte tenu de tout ce qui précède, il importe à présent de catégoriser l'idée de réciprocité. Tout au long de ces développements, les qualifications de mesures de réciprocité, de pratiques de réciprocité ou encore de recherches de réciprocité ont été proposées. En recourant à la doctrine ou à la jurisprudence, les qualificatifs de principe de réciprocité ou de standards de réciprocité ont été utilisés. Ces nombreuses qualifications résultent du caractère multiple de la réciprocité autant dans sa forme, dans sa fonction, que dans son caractère matériel. Pour ces raisons, il peut paraître difficile d'enfermer la réciprocité dans une catégorie, bien que cela soit nécessaire pour lui conférer de réels effets juridiques. Si précédemment, nous nous sommes limités à l'étudier dans son intention unilatérale et que les instruments unilatéraux démontrent que ses effets juridiques peuvent découler d'outils nationaux, sa généralisation croissante amène à penser qu'elle est et sera au cœur des prochaines relations commerciales. Ainsi, pour lui donner une réelle existence en droit international, parce qu'elle ne peut pas se limiter à des effets incertains d'opposabilité et, qu'elle devient un outil

[1470] Sans entrer dans les débats, il faut tout de même rappeler que le caractère autonome des actes unilatéraux a suscité de nombreuses discussions. Certains, à la manière du rapporteur spécial Victor Rodríguez Cedeño a considéré que l'autonomie des actes unilatéraux « les actes unilatéraux ne dépendent pas d'un acte antérieur, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté antérieure (…) » et ceci même s'il considère qu'un acte doit puiser son fondement dans le droit international : Voir paragr. 60. Plus précisément, ils ne peuvent pas être des actes s'ils sont « liés à d'autres régimes, par exemple tous les actes liés au droit des traités. » Voir paragr. 61.
Le Professeur Carlo Santulli s'est vigoureusement opposé à ce point de vue. Selon lui, une telle affirmation reviendrait à considérer que les actes unilatéraux ne sont pas soumis au respect des règles coutumières et conventionnelles. Il affirme ainsi « coupé de tout, l'« auto-engagement » de l'État n'est plus subordonné aux règles coutumières et conventionnelles auxquelles il a consenti : comme si, par exemple, un État pouvait valablement s'« auto-engager » unilatéralement à ne pas réprimer le trafic de stupéfiants sur son territoire alors qu'il se serait conventionnellement engagé à le faire. » Voir en ce sens : SANTULLI Carlo, « Travaux de la Commission du droit international (cinquante-deuxième session) », [en ligne], *Annuaire français de droit international*, volume 46, 2000. pp. 403-431, p. 424. Disponible sur :
Ainsi, dans notre écrit, nous rejoignons la position majoritaire visant à considérer que peuvent être qualifiés d'actes unilatéraux, les actes qui prennent leurs fondements dans les conventions et les coutumes.

de régulation des relations commerciales, il est nécessaire de l'enfermer dans un contenant ou plutôt, dans deux contenants. En effet, le premier postulat est de voir la réciprocité comme un standard juridique. Le second vise, quant à lui, à la considérer davantage plus comme un principe. La seconde option n'est pas récente comme les précédents développements ont pu le démontrer. Cependant, les accords de l'OMC et les accords de libre-échange ont eu pour effet de délaisser cette fonction de principe, peu utile pour régir ces relations commerciales. Pareillement, l'existence des régimes de contre-mesures et de représailles ne nécessitait pas le recours à sa fonction d'exécution. Cependant, compte tenu des nouvelles négociations commerciales, des conflits commerciaux et de la nouvelle manière de s'engager dans de telles relations, les besoins d'assouplir les formes d'engagements et d'adapter ponctuellement les besoins économiques aux réalités économiques sont apparus. De plus, la volonté d'un État d'accroître son contrôle sur l'objet des négociations ainsi que d'asseoir davantage son intention lors des différends en privilégiant les consultations politiques aux recours aux tiers, tendent à démontrer que l'État est un État régulateur des relations commerciales internationales. C'est pourquoi il nous faut considérer la réciprocité parfois comme un standard et parfois comme un principe, car la souplesse des nouvelles formes d'engagements nécessite un outil de contrainte et d'auto-exécution que la réciprocité peut fournir.

478. Le choix de définition du standard. Avant d'engager cette démonstration, il est nécessaire de fournir le cadre dans lequel on s'insère et de présenter ce qui est entendu par standard et principe. Il s'agit davantage d'énoncer les différences entre ces deux notions plutôt que d'en proposer une étude détaillée, car elles ont fait l'objet de nombreux écrits. Il nous faut, par ailleurs, rappeler que le standard n'a pas d'existence autonome. Elle tire sa force juridique de sources existantes comme, les principes, la coutume ou encore les conventions[1471]. Un standard peut donc être fortement lié à un principe et un principe peut aussi être un standard. C'est le postulat qui sera démontré par la suite. Dans les relations commerciales internationales, la réciprocité apparaît comme un standard et sa généralisation tend à en faire un principe. Pour revenir sur ce qu'est le standard, rappelons qu'il opère aux côtés des règles de droit, des principes juridiques et des conceptions juridiques[1472]. Pour en donner une définition large, le Professeur Dominique Carreaux considère que le standard est « plutôt une directive de comportement, ou, mieux, d'un étalon qui permet d'apprécier la conformité du droit interne au

[1471] CARREAUX Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andréa, *Droit international économique*, Juillet 2017, Dalloz, p.607.
[1472] STATI Marcel O, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, 398 p, p.28.

droit international. » [1473] Le Professeur Al Sanhoury qui a mené une longue étude sur les standards, le définit comme « une directive générale, qui ne lie pas le juge et qui est destinée à le guider dans l'Administration du Droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité »[1474]. Dans le même sens, le Professeur Stati, considère que le « standard juridique est le procédé qui prescrit au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger. »[1475] À ces considérations, il paraît important d'ajouter celle du Doyen Pound qui associe le standard à une mesure moyenne de conduite sociale correcte[1476] et qui fait donc référence à des éléments extra juridiques plus proches de la moralité que du droit. Dans sa thèse relative au standard juridique, Elsa Bernard souligne que cette mesure moyenne de conduite sociale est fortement liée au jugement « moral moyen, sur les conduites humaines, qui doit être en fonction des circonstances, local, consciencieux, raisonnable, prudent ou diligent. »[1477] Cette référence à la mesure moyenne ne signifie pas que le standard, contrairement à son usage dans le langage courant, définit une norme générale. Au contraire, le standard juridique est utilisé dans une recherche d'individualisation. La généralisation d'un standard est liée à sa capacité d'adaptation et d'individualisation. Comme Anaïs Lagelle, l'explique, « c'est en fonction des faits auxquels le standard juridique doit s'appliquer et de leur appréciation que sera déterminé son contenu. Le standard juridique n'est donc pas un modèle préétabli, mais un modèle supposé qui reste à construire par l'entité chargée de mettre en œuvre le standard. »[1478] C'est pourquoi, selon le Dictionnaire de la terminologie du droit international cité par Michel Viraly, le standard est le « comportement moyen des États civilisés par référence auquel on apprécie la correction du comportement d'un État en la matière considérée ». «[L]e standard ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu, comme font les règles ou les principes ; il constitue une formule d'appréciation de la conduite des particuliers sur la base d'un type-modèle »[1479]. On note de ces définitions la difficulté à saisir la notion de standard. C'est parce que cette notion se veut

[1473] CARREAUX Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andréa, *Droit international économique*, Juillet 2017, Dalloz, p.608.
[1474] Al. Sanhoury « Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail, dans la jurisprudence anglaise » Paris, 1925 Giard, Vol. 1 in-8 p.56, *in* STATI Marcel O, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, 398 p.
[1475] *Ibid.,* p.45.
[1476] STATI Marcel O, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, 398 p, p37.
[1477] BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique*, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 31 août 2010, 644 p, p.10.
[1478] LAGELLE Anaïs, *Le standard en droit international économique*. *Contribution à l'étude de la normativité internationale,* L'Harmattan, Logiques juridiques, 21 mai 2014, 514 p, p.45.
[1479] KOLB Robert, *La bonne foi en droit international public*. *Contribution à l'étude des principes généraux,* [en ligne], Geneva Graduate Institute Publications, paragr. 115. Disponible sur : https://books.openedition.org/iheid/2253?lang=fr

adaptable qu'elle se décrit difficilement. Malgré tout, de nombreux critères communs ressortent de ces éléments. Tout d'abord, le standard doit être indéterminé pour laisser une grande marge d'interprétation. Cette marge d'interprétation doit être intentionnelle et conférer à l'interprète la liberté d'appliquer cette notion en fonction des cas précis. Concernant le caractère de l'indétermination, celle-ci doit être a priori. En effet, selon le Professeur S. Rials, « le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une indétermination a priori de celle-ci »[1480]. Cela signifie que la valeur du standard ne peut être déterminée lors de sa création. Ce n'est que son application et son interprétation dans le cadre d'un contexte qui peuvent la déterminer. Plus précisément, le Professeur Stati écrivait que l'indétermination était relative « à l'époque, aux lieux et aux circonstances et doivent être appliqués en considération des faits, des cas concrets. »[1481] Comme Elsa Bernard l'a souligné, cette « indétermination favorise la variabilité du contenu du standard »[1482]. Néanmoins, le terme « indéterminé » ne veut pas dire « indéterminable » comme Anaïs Lagelle le précise. En effet, selon elle « pour être une norme juridique insérée dans le système juridique, le standard dit indéterminé doit rester déterminable. Le caractère déterminable ne découlera pas du texte, mais du contexte. » [1483] En ce sens, le caractère déterminable du standard permettra à l'interprète d'en fixer un grâce au contexte.

479. La marge de manœuvre conférée à l'interprète. Ce rôle de l'interprète nous amène au second critère du standard qui est l'intention de rendre une notion indéterminée et de laisser une marge de manœuvre d'interprétation. Le rôle d'interprète qui est revenu souvent dans les précédentes définitions est celui du juge. Or, dans notre cas, il est difficile de suivre cet exemple en raison de la spécificité du droit international public où la création du droit et l'application de ce droit concernent les mêmes acteurs. Il est préférable de tenir compte de cette spécificité. Ainsi, il s'agit maintenant de retenir, certes, le critère de l'intention de conférer un pouvoir d'interprétation, mais pas uniquement à des juges. C'est pourquoi, à la manière de Michel Virally, nous parlerons d'opérateur juridique[1484] pour l'organe chargé des interprétations, puisqu'ici le destinataire d'un standard applicable est aussi et surtout l'État. Cette intention est liée à la fonction du standard qui « permet une mesure des comportements

[1480] RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard: (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 564 p, p.29.
[1481] STATI Marcel O, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, 398 p.42.
[1482] BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique*, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 31 août 2010, 644 p.
[1483] LAGELLE Anaïs, *Le standard en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale,* L'Harmattan, Logiques juridiques, 21 mai 2014, 514 p, p.48.
[1484] *Ibid.* paragr. 124.

et des situations en termes de normalité et implique, pour son application, des références exogènes au droit »[1485]. Ces derniers propos nous amènent donc à devoir traiter des critères de « normalité » et « d'exogénéité ».

480. Le critère de normalité du standard. Celui de normalité est également lié à la fonction du standard. C'est l'interprète dans son rôle d'analyse du standard, qui doit déterminer son contenu selon une idée de la normalité. Elsa Bernard, dans sa présentation des standards, fait référence à la normalité descriptive et à celle dogmatique. Bien qu'elle considère que cette différence n'a pas lieu d'être, elle voit en la première celle « qui reflète le consensus social, qui correspond à ce qui est considéré comme normal par la société, ou du moins par la partie de la société qui est à même de constituer une référence ». La normalité dogmatique, elle n'est plus celle qui « est observable dans la réalité »[1486], mais plutôt qui fait référence « à des principes, à des valeurs, à des dogmes, qui permettent d'établir ce qui devrait être considéré comme un comportement ou une situation normale. A priori, ces principes et valeurs ne sont pas ceux auxquels un individu adhère subjectivement, mais plutôt ceux que la société reconnaît, en tant que principes et valeurs de référence. »[1487] Il s'agit de refléter une idée de valeur dominante. Cependant, comme l'auteure l'indique, le destinataire du standard a interpréter « peut également avoir recours à des éléments subjectifs qui l'autorisent à établir, non plus ce qui est, mais ce qui, selon lui, doit être (…) »[1488]. Or, l'interprétation de ce critère de normalité ne doit pas se référer à des critères qui sont fixés par la règle de droit contenant le standard. En effet, le « standard favorise une référence exogène, non seulement à la règle qui le contient, mais aussi au système juridique au sein duquel il apparaît. »[1489]

481. La différence entre la règle de droit et le standard. Compte tenu de ces éléments de définition, le standard se différencie de la règle de droit. La règle de droit est une formule rigide en ce qu'elle ne fixe pas une idée générale à déterminer selon le contexte. Elle est déterminée *a priori,* contrairement au standard, et donc n'est pas jugée « par rapport à un type moyen de conduite sociale correcte, dans des circonstances semblables. »[1490] La règle de droit s'applique et est évaluable sans la survenance des faits[1491]. La différence entre la règle de droit

[1485] BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique*, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 31 août 2010, 644 p, p.53.
[1486] *Ibid*., *p.37.*
[1487] *Ibid.,*
[1488] *Ibid.,* p.134.
[1489] *Ibid.,* p.34.
[1490] *Ibid.,* p.54.
[1491] *Ibid.,* p.33.

et le standard ne mérite pas davantage que nous nous y intéressions en raison de cette évidente distinction et aussi du fait que les futurs développements ne traiteront pas de la réciprocité en tant que règle de droit.

482. La différence entre standard et principe. La distinction avec les principes mérite davantage notre attention. Selon Michel Virally, le principe désigne « certaines règles, de portée très générale, qui sont considérées comme partie intégrante du droit positif, bien qu'elles n'aient pas été « posées » en observant l'un des procédés rentrant dans la nomenclature officielle des « sources » de l'ordre juridique considéré »[1492]. Les principes comme les standards sont donc marqués par leur généralité. Comme le Professeur Stati l'a écrit, le principe « tout comme le standard ne présente pas une solution précise et de détail pour un cas ou une hypothèse isolée et préalablement déterminée. »[1493] Cependant, alors que le principe juridique désigne une « idée générale commune à certaine catégorie de règles juridiques »[1494], le standard permet d'individualiser plutôt que de généraliser. Enfin, leur fonction diffère en ce qu'une des fonctions principales d'un principe est de venir compléter un régime juridique qui est incomplet « aux situations qu'il doit régir »[1495], contrairement au standard. De plus, Anaïs Lagelle, citait la Professeure Delmas – Marty, qui rappelait que contrairement aux standards, les principes constituent « une voie qui n'est pas la normalité indiquée par les standards, mais une normativité extra-juridique, c'est-à-dire une normativité définie à partir de valeur prises à l'extérieur de la sphère juridique. À la différence des standards, mêlés de fait et de droit, les principes directeurs [sont] mêlés de droit et de valeur métajuridiques »[1496].

Compte tenu de toutes les définitions qui précèdent, nous voyons à présent que la réciprocité peut à la fois être un standard et un principe. La recherche de la définition de la réciprocité, sa catégorisation, ses critères d'identification et de sa fonction aussi bien dans les accords que dans les instruments unilatéraux, en font à la fois un instrument de mesure et un principe permettant de stabiliser et d'orienter les comportements des États. Sur la base de ces constats, il s'agira, à présent, de prouver grâce aux résultats de précédents développements sa fonction de standard, puis celle de principe.

[1492] VIRALLY Michel, *Le droit international en devenir*, [en ligne], Geneve Graduate Institute Publications, 1990, 508 p, p.180. Disponible sur : https://books.openedition.org/iheid/4377?lang=fr
[1493] STATI Marcel O, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, 398 p, p.55.
[1494] *Ibid.*, p.59.
[1495] VIRALLY Michel, *Le droit international en devenir*, [en ligne], Geneve Graduate Institute Publications, 1990, 508 p, p.181.
[1496] LAGELLE Anaïs, *Le standard en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale,* L'Harmattan, Logiques juridiques, 21 mai 2014, 514 p, p.27.

Paragraphe 2 : La double qualification de standard et de principe selon une approche fonctionnelle de la réciprocité

483. Il aurait été réducteur et faux de traiter de la réciprocité comme d'un simple standard ou d'un simple principe. Se limiter à une des deux visions n'aurait pas permis de juger de la totalité de ses fonctions. Adopter une approche conceptuelle et fonctionnelle permettra tout d'abord de démontrer que la réciprocité est a priori une norme indéterminée, mais déterminable. Cependant, de nombreux traités à la manière des mini traités n'inscrivent pas explicitement la réciprocité dans leurs textes. Alors, il est difficile de les considérer comme des standards. Néanmoins, cela ne signifie pas l'absence de réciprocité (A). Malgré ce constat, sur la base de l'identification du principe juridique, il apparaît également que la réciprocité peut conceptuellement et fonctionnellement également être considérée aussi comme un principe. En effet, la tendance à généraliser cette pratique conduit à en faire un principe (B).

A – Le standard de réciprocité substantielle

484. Contextualisation. Tout d'abord, il nous faut rappeler que l'existence d'un standard peut tirer son origine soit d'un principe ou d'une coutume – il s'agit alors d'un standard autonome - soit d'une convention ou plus largement d'une règle de droit. La démarche adoptée dans ces présents développements est de démontrer l'existence d'un standard qui tend à devenir un principe. En ce sens, il s'agira d'éluder la première approche.

Ainsi, le standard tire son existence d'une règle de droit, sans être une règle de droit en lui-même. Selon S. Rials, le standard est « une technique particulière d'expression de la règle ». Cependant, contrairement aux auteurs précédemment cités, S. Rials considérait que cette distinction perdait de son sens, car « le standard est alors un élément de la règle (…) ». De manière plus nuancée, J.S Navarro écrivait que les « standards constituent des notions juridiques incluses dans les règles de droit. Ils apparaissent dans l'énoncé normatif même et constituent un des éléments formels de la structure d'une proposition juridique, mais leur inclusion, au sien de la règle de droit est aussi substantielle »[1497]. Sans retomber dans ces discussions théoriques, nous poursuivrons avec l'idée que ces deux notions sont différentes et

[1497] BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique*, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 31 août 2010, 644 p, p.7-8.

nous retiendrons qu'un standard doit son existence juridique à son inscription dans une règle de droit. Sans avoir à reprendre toutes les études qui ont précédés, il faut tout de même se remémorer la présence de la notion de réciprocité dans le préambule du GATT, dans les réserves de l'AMP, dans l'énoncé des accords de libre-échange relatifs à certaines marchandises ou encore dans les instruments unilatéraux tels que le règlement IMPI et la section 301. Tous ces outils, si différents par leurs formes, se rejoignent pour contenir la réciprocité comme un standard dans une règle de droit, exception faite des préambules qui ont une vertu plus interprétative. Sans revenir sur le détail matériel de l'évaluation de la réciprocité, analysons tout de même les précédentes observations au sein des critères des standards.

485. Le critère de l'indétermination. L'étude de la réciprocité dans le GATT a démontré que cette notion se concevait non seulement comme un principe politique, mais aussi comme un instrument de mesure indéterminé. En insérant la réciprocité dans leurs démarches, les organes de l'OMC se sont abstenus de toute définition. Cette réciprocité, comme nous l'avons démontré, s'évalue entre autres, par le recours à des formules tarifaires. En ce sens, il est impossible de déterminer *a priori,* la valeur de la réciprocité ou d'émettre des éléments matériels déterminables. l'OMC, celle-ci étant considérée comme le résultat d'un consensus, l'indétermination est telle qu'il s'agit plutôt présomption de réciprocité en ce que la réciprocité est aussi le résultat d'un consensus. L'exemple du GATT diffère des autres exemples. En effet, dans l'AMP, dans le règlement IMPI ou encore dans la Section 301, la réciprocité est, assurément, indéterminée, mais déterminable. Dans l'AMP par exemple, nous nous doutons que les avantages accordés sur une base de réciprocité dépendront de ce qui est concédé en échange. Il en va de même dans les instruments unilatéraux. Cependant, la réciprocité vise non pas à définir une concession déterminée en vue de l'accorder sur une base de réciprocité, mais à définir un cadre potentiel à accorder qui sera adapté en fonction de la coopération de l'autre État. Ainsi, si la réciprocité est indéterminée, elle peut être déterminable en ce qu'elle s'insère dans un cadre établi des négociations, mais dont la valeur fluctue. En somme, le caractère déterminable est la capacité à concéder dont les États disposent.

486. Le critère de l'intention. La réciprocité étant indéterminée dans ces exemples, il s'agit à présent d'analyser s'il existe une intention de laisser à l'interprète une marge de manœuvre pour déterminer ce qui relève de la réciprocité. Comme cela a été souligné, la place du juge, ici, est secondaire en ce que ce sont principalement, les États, pour l'instant, qui sont chargés des interprétations. Dans le GATT, tout d'abord, c'est au stade des négociations que cette intention est conférée. Celle-ci découle de la nécessité d'adapter les négociations en raison

de la fluctuation des intérêts commerciaux, mais aussi de l'évolution macroéconomique qui peut affecter l'objet des négociations. Ainsi, il existe un réel transfert, certes pas aussi décentralisé que lorsque l'interprétation était réalisée par le juge, mais tout de même un transfert dans l'idée de pallier les effets du temps. En ce sens, l'article XXVIII du GATT permet aux États d'engager une renégociation sur une base de réciprocité et ce plusieurs années après la finalisation des négociations. De plus, une autre idée mettant en avant le transfert est liée au contexte de l'interprétation et est dépendante de l'indétermination. Si l'indétermination est *a priori,* et le caractère déterminable est la capacité à concéder, il faut aussi rappeler que la réciprocité est la rencontre des intentions unilatérales de réciprocité. Ainsi, bien que la recherche de réciprocité soit unilatérale de même que l'est la définition de la réciprocité, l'obtention de la réciprocité est le résultat d'une interprétation finale, d'une interprétation qui n'est plus unilatérale. Ainsi, le transfert ne doit pas uniquement être vu d'un point de vue organique, mais plutôt matériel en ce qu'il existe une intention de conférer postérieurement un contenu indéterminé. De plus, nous avons démontré que la définition unilatérale de la réciprocité était certes le fruit des États, mais qu'il existait une décentralisation à de nombreux comités administratifs et agences, ainsi qu'une participation des opérateurs économiques privés. Par ailleurs, bien que nous ayons fait le choix d'accorder un caractère large à l'intention et de ne pas retenir le juge comme seul interprète, l'acceptation grandissante du recours à la réciprocité pourra permettre au juge d'évaluer la présence de la réciprocité. Nous avons déjà démontré que la CJUE employait déjà la réciprocité dans l'étude de la compatibilité des accords de libre-échange avec le droit de l'Union européenne. Bien que pour l'instant, la détermination de la réciprocité soit de l'exclusive compétence des États et que les juges européens s'estiment incompétents pour juger du niveau de réciprocité, nous pouvons penser que dans le futur, ces derniers puissent être à même de juger du degré de proportionnalité d'une mesure de réciprocité faisant suite à l'application d'instruments unilatéraux, comme le règlement IMPI. Bien que cette position soit fortement incertaine, elle n'est cependant pas encouragée dans notre étude, car la réciprocité est certes un outil de mesure, mais un instrument de politiques commerciales que le contrôle du juge affaiblirait. À titre d'exemple, les juges de la Cour Internationale du commerce des États-Unis, dans l'affaire concernant les hausses successives des droits de douane de la part des États-Unis à l'égard de la Chine[1498], se sont limités à juger le caractère discrétionnaire de ces mesures et non son opportunité.

[1498] UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, *In Re section 301 cases*, Court No. 21-00052-3JP, April 1, 2022

487. Les critères exogènes et de normalité. Ces propos nous conduisent à la valeur matérielle du standard. Les éléments de définitions évoquent l'idée de normalité ou encore de mesure moyenne. Comme précisé, le standard s'évalue en fait et en droit selon le contexte, et *a posteriori.* Logiquement, il est nécessaire de séparer le standard issu d'une convention de celui issu des instruments unilatéraux. En effet, l'idée de normalité des premiers n'est pas une valeur moyenne qui dépendrait des faits sociaux ou encore d'une idée générale de ce qui devrait être, mais plutôt de ce que les États considèrent comme ce qui est. Son évaluation est économique, mais la mesure moyenne relative au critère de normalité est celle qui correspond à la capacité de s'engager. Le corollaire serait que les États considèrent qu'il n'y ait plus de réciprocité, quand une fois déterminée, elle perdrait son caractère de normalité, sa mesure moyenne et inciterait les États à agir unilatéralement pour retrouver le critère de normalité. Dans le cas des instruments unilatéraux, il s'agit d'une recherche de réciprocité unilatérale et dont la valeur de la normalité est définie unilatéralement dans un premier temps. Elle correspond à ce qui devrait être, selon un État. Cette définition de ce qui devrait être ne se fait pas uniquement selon un contexte donné, mais en comparaison de ce que détient un État tiers. En ce sens, le standard n'est pas autonome en ce que sa définition de la normalité est comparée à une autre situation de fait. Ce n'est que lors d'un engagement faisant suite à des négociations que la normalité est définie selon la capacité d'engagement des États. Au contraire, lorsque les négociations ne conduisent pas à un engagement et qu'un État impose des mesures de réciprocité en vue de rééquilibrer ce qui devrait l'être, la normalité prend la mesure de la proportionnalité définie précédemment. L'idée d'attente est au cœur de la normalité, de même que l'idée d'opportunité qui a été précédemment étudiée. Sans revenir sur la définition économique de la réciprocité, le critère exogène a un grand rôle à jouer en ce qu'il permet de saisir les éléments de faits économiques et les critères d'identification juridique visant à définir le standard. Enfin, il s'agit bien ici d'exogénéité même en présence d'une convention. Le principe du caractère exogène est de se saisir des éléments extérieurs à l'ordre juridique dans lequel est contenu le standard. Cela ne pose pas de difficultés lorsque la réciprocité est contenue au stade des négociations. Lorsqu'il s'agit de renégociation, il nous faut poser la question du support d'évaluation. Faut-il se référer à l'existant qui, en étant consolidé, prend davantage l'idée d'une règle de droit ? En ce sens, il sera difficile de retenir le caractère exogène. Cependant, dans l'hypothèse où la renégociation sur une base de réciprocité délaisserait les négociations initiales pour se concentrer sur de nouvelles valeurs extérieures, il serait possible de maintenir la qualification de standard. Dans les instruments unilatéraux, le critère exogène est bien présent. Le recours à des critères d'évaluation comme la proportionnalité ne concerne pas l'évaluation d'opportunités

réciproques. La proportionnalité concerne la valeur d'une mesure d'exécution de la réciprocité. Lorsque la réciprocité est évoquée dans le règlement IMPI, elle l'est en tant qu'instrument de mesure des restrictions graves et récurrentes des États et/ou des pouvoirs adjudicateurs des pratiques restrictives. Il en va de même dans la section 301, lorsque pour évaluer une pratique déraisonnable, les opportunités réciproques sont des outils de mesure qui se réfèrent à des faits extérieurs au texte qui les contient.

488. La canalisation juridique des données politiques et économiques. Ce constat rejoint la théorie d'Anaïs Lagelle qui écrivait que l'utilisation du standard permettait de « laisser aux corollaires naturels de la souveraineté, c'est-à-dire la politique et la diplomatie, le soin de résoudre, le cas échéant, les problèmes survenant lors de la coopération internationale »[1499]. Cette idée fait également écho à toutes nos précédentes observations. La réciprocité est utilisée comme un outil de régulation du commerce international et la tendance des États à limiter le recours aux tiers dans certains accords ou de privilégier les instruments unilatéraux démontre le retour du politique sur le règlement des différends juridiques. Par l'utilisation du standard et dans notre cas, celui de la réciprocité, se constate une volonté d'assouplir les modalités d'engagement des relations commerciales internationales qui sont parfois marquées par un excès de rigidité et un manque d'adaptation. En effet, en retenant la réciprocité comme standard, nous adaptons une notion politique et économique, en lui conférant un rôle juridique. En ce sens, le standard juridique permet d'encadrer une notion technique évolutive à laquelle il se prête parfaitement parfaitement. Dans son étude, Anaïs Lagelle ajoute à cette fontion technique une fonction idéologique qui se divise en fonction rhétorique et d'unification. La première voit le standard comme une valeur censée être commune à la société internationale[1500.] Elle ajoute que le choix des standards « facilite le rapprochement des États qui ont souvent des idées politiques et le rapprochement des États qui ont souvent des idées politiques et économiques différentes en vue de la conclusion d'un accord. »[1501] La deuxième vise à « arrondir la norme qui les contient, coordonner l'ensemble des règles de droit qui s'y réfèrent et opérer un rapprochement des différents droits nationaux. »[1502] De ces éléments de définition, on ne peut que constater en effet que le standard de réciprocité est certes un outil permettant aux autorités politiques d'appréhender juridiquement des données économiques, mais en effet, nous

[1499] LAGELLE Anaïs, *Le standard en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale,* L'Harmattan, Logiques juridiques, 21 mai 2014, 514 p, p.306.
[1500] *Ibid.,* p.78.
[1501] *Ibid.,*
[1502] *Ibid.,*

rejoignons les dernières observations d'Anaïs Lagelle en ce que le standard de réciprocité est un moyen de transcender les différences entre les législations comme cela a été démontré tout au long de cet écrit. Elle est en effet évoquée dans de nombreux textes nationaux de différents régimes juridiques. En ce sens, en faire un standard permet de retenir les particularités nationales et la volonté des États, tout en évitant les lourdeurs et les confrontations théoriques des différents régimes. De plus, la structure des relations juridiques commerciales internationales transcende la logique binaire droit public / droit privé ainsi que celle traités / contrats de droit privé.

489. L'évolution d'une pratique. Ce recours accru à la réciprocité est donc présent dans les principaux ordres juridiques. Cet accroissement signe une réelle pratique du recours au standard de réciprocité dans les relations commerciales internationales. Par l'existence de cette pratique, il serait possible de contester son irrespect. Dans le cadre d'un accord prévoyant un règlement des différends, cela pourrait intervenir judiciairement, même si cette idée est à relativiser puisque ces règlements font davantage référence à la violation d'obligations internationales. De plus, il faut que cela soit conciliable avec le système de règlement des différends comme cela a déjà été détaillé. Cependant, dans le cadre des instruments unilatéraux et dans les limites définies tout au long de cet écrit, il est possible que la création d'un standard permette aussi de lier juridiquement les refus individuels et parallèles des États à s'accorder des concessions. Autrement dit, les attentes individuelles des États sont légitimées. Ces attentes peuvent être interprétées au sein du critère de normalité. Par cette légitimation, des effets juridiques sont octroyés à cette attente en créant non pas une obligation d'exécution juridique, mais un comportement attendu. En ce sens, on en revient à l'idée que les mesures de réciprocité comme celles de rétorsions font suite à un comportement inamical. Comme Anaïs Lagelle l'indique, ce non-respect des standards n'étant pas sanctionnable, « le *principe non adimplendi non est adimplendum* est ici tout à fait applicable. »[1503] Comme cela a déjà été souligné, ce principe est une formulation de l'idée de réciprocité d'exécution. Elle rend possible l'inexécution d'une obligation en raison de l'inexécution de l'obligation correspondante de l'autre partie, cette obligation correspondante étant rattachée par un lien synallagmatique. Finalement, le développement d'une pratique de réciprocité et surtout l'instauration d'un standard permettent de lier de manière synallagmatique des comportements unilatéraux qui consistent d'une part en la recherche de réciprocité pour un État et d'autre part en une situation d'absence de réciprocité par un autre État.

[1503] *Ibid.,* p.313.

Néanmoins, c'est en raison de la généralisation de cette pratique que le standard peut aussi être un principe. Comme l'affirmait Chassagnard Pinet S, la « fréquence d'une conduite révèle en fait la présence d'une norme préexistante. La normalité va alors exprimer une conformité à réaliser et le normal va agir comme un principe coercitif. Les conduites individuelles vont être jugées au regard du modèle d'action prescrit par la collectivité. »[1504] L'utilisation fréquente de la réciprocité ou au moins, l'insistance des États à l'inscrire en préambule ou dans différents instruments unilatéraux tendent à démontrer cette normalité naissante. Cette normalité s'inscrit assurément dans son inscription explicite, mais aussi implicite comme dans les mini traités qui ont été étudiés. La réciprocité intervient à la suite de l'expression politique des États à orienter leurs relations commerciales dans des accords selon un modèle de réciprocité. Cette expression politique se traduit juridiquement et implicitement par la réunion des critères d'identification, à savoir pour rappel, un lien synallagmatique entre des concessions estimées équivalentes ou satisfaisantes et ceci de manière conditionnée. Dans ces hypothèses, la réciprocité ne peut être un standard explicitement en ce qu'elle n'est pas contenue dans une règle de droit. Néanmoins, on notera qu'elle peut être considérée comme un principe qui régit les relations dans le cadre de ces accords. De plus, en la considérant comme un principe, il est possible qu'un standard autonome en résulte et tire son existence de ce principe. La réciprocité deviendrait alors un principe-standard. C'est cette hypothèse qui à présent va mériter notre attention.

B – Le rôle stabilisateur d'un principe de réciprocité

490. Contextualisation. Dans son étude sur les standards juridiques, Elsa Bernard met en évidence la possibilité que certains principes soient également des standards. Selon la définition qui a été précédemment donnée, les principes révèlent également une idée d'abstraction qui se rapproche du standard sans toutefois l'épouser en raison de la volonté du principe de généraliser une pratique et non pas de l'individualiser à la manière du standard. C'est pourquoi Elsa Bernard écrit que pour qu'un principe soit considéré comme un standard, il doit présenter les critères du standard et surtout ceux de la normalité, de l'exogénéité et de l'intention. Ainsi, s'il existe un principe de réciprocité, un standard peut tirer sa source de celui-ci sans forcément être contenu dans une règle de droit. Encore faut-il que la réciprocité soit

[1504] CHASSAGNARD-PINET Sandrine, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », *in* THIBIERGE Catherine, *La force normative. Naissance d'un concept,* Paris, LGDJ, oct. 2009, 912 p.

considérée comme un principe. Les mentions de la réciprocité dans le GATT, l'AMP ou encore les instruments unilatéraux étudiés ne peuvent pas être considérés comme des principes, mais sont plutôt des standards. La fonction principale du principe est de compléter un ordre juridique et de pallier sa déficience.

491. La réciprocité comme outil de sécurisation des relations. La première difficulté à laquelle peut faire face la réciprocité est d'être considérée comme un principe politique ou moral des relations internationales. Or, nous estimons à la manière de Michel Virally que le « fait que des principes soient proclamés avec une intention politique ou pour des motifs politiques, ou qu'ils présentent une incidence politique même considérable est absolument irrelevant au point de vue de leur qualification juridique. »[1505] Plutôt que de se limiter à cette division principe politique / principe juridique, le Professeur écrit qu'il « s'agit de déterminer s'ils ont pour effet de créer, supprimer, modifier ou confirmer des droits et des obligations prenant place dans l'ordre juridique international, au profit ou à la charge de sujets de cet ordre juridique. »[1506] Dans nos précédentes études relatives aux mini traités, qu'il s'agisse du *Phase one deal*, ou des engagements à objet unique, nous avons noté une réelle recherche de réciprocité matérielle ainsi que la présence de tous les critères d'identification de la réciprocité. Par ailleurs, il importe peu que ces engagements soient contraignants ou non contraignants à la manière des MoU, les États ont souhaité se lier soit par des obligations juridiques, soit par des attentes de comportements. Or, en l'absence de règlements des différends recourant à des tiers et bien que des consultations soient prévues, il a été observé que la réciprocité avait un rôle d'outil d'auto-exécution. En effet, par l'utilisation de la conditionnalité, les États sécurisent leurs relations par l'exécution d'une obligation ou d'un comportement. Nous avons donc pu observer que la réciprocité avait pour fonction de stabiliser ces relations et d'agir comme un outil de régulation des échanges. C'est pourquoi, au-delà de ces constats, nous pensons que la réciprocité doit être vivement encouragée dans ces relations pour être davantage utilisée. Symétriquement, la sécurisation de ces engagements visera à multiplier le recours aux mesures de réciprocité. Ainsi, la réciprocité répond à un réel besoin des États pour orienter leurs relations commerciales et offre un cadre de stabilité juridique aux États et à leurs opérateurs économiques.

[1505] VIRALLY Michel, *Le droit international en devenir*, [en ligne], Geneve Graduate Institute Publications, 1990, 508 p, p.182.
[1506] *Ibid.,*

492. Une réponse à un besoin social. Ensuite, la proclamation juridique et politique de cette recherche de réciprocité matérielle, qu'elle constitue un standard ou non, de même que la possibilité que s'octroient les États de revenir sur l'objet des négociations, amènent à considérer que la réciprocité peut être également un principe. Le Professeur Virally s'interrogeait sur la proclamation de certains principes juridiques par des gouvernements. Selon lui, vu que les États sont les organes de création du droit, « ils participent à cette création en posant de précédents coutumiers ou en passant par des traités »[1507]. Tous les précédents développements ont démontré l'intention politique et juridique des États de créer une pratique de réciprocité, par le biais de nouveaux accords bilatéraux ainsi que la création d'instruments unilatéraux. Il existe une réelle pratique de réciprocité qui pourrait permettre de la qualifier comme le début de certains précédents coutumiers. Ce constat importe, car lorsqu'un « auteur formule un principe de droit dont il estime le respect nécessaire pour répondre à un besoin social ou à une exigence de justice, il reste de lege ferenda tant qu'il n'a pas démontré que ce principe a pénétré dans l'ordre juridique considéré par le jeu de l'une de ses sources. Aussi désirable qu'il soit, le principe en cause est dépourvu de toute valeur de lege lata, car celui qui l'a posé n'avait pas autorité pour lui conférer une telle force. »[1508] Ainsi, la pratique de réciprocité est avant tout une source matérielle en ce qu'elle est formulée pour répondre à un besoin, qui rappelons-le, est à la fois symétrique à certaines nouvelles formes d'engagements et à la création d'instruments unilatéraux.

493. L'incorporation à une source formelle. Le choix d'adopter un raisonnement inductif a permis de cibler ces cas particuliers, de les comparer pour d'en extraire une pratique non pas générale, mais applicable à ces cas communs. Michel Virally lui-même soulignait qu'adopter un tel raisonnement par induction est le « pas qui lui permet [au principe] d'avancer et d'affronter la nouveauté »[1509]. Néanmoins, ces sources matérielles doivent « pour pénétrer l'ordre juridique international »[1510], « passer par l'une des *"sources formelles"* ce droit, dont les principales sont, (…) la coutume et la convention »[1511] . D'une part, comme nous l'avons déjà souligné, la réciprocité en étant mentionnée explicitement et/ou implicitement dans les conventions nous amène à penser que le principe de réciprocité peut tirer son existence juridique des conventions. D'autre part se pose la question d'un principe qui résulterait de la coutume.

[1507] *Ibid.,*
[1508] *Ibid.,*
[1509] *Ibid.,*
[1510] *Ibid.,*
[1511] *Ibid.,*

Dans notre cas, les textes sur lesquels nous nous sommes appuyés sont « relativement » récents. De même, la tendance politique à affirmer le souhait d'une meilleure réciprocité l'est également. Nous sommes donc confrontés à un premier obstacle qui est celui de connaître la naissance d'une coutume. Par ailleurs, ce caractère récent peut empêcher l'identification d'un réel sentiment d'obligation à l'égard de cette pratique.

494. Une inapplication des critères de la coutume. Pour définir la coutume, le Professeur Virally rejette la distinction faite entre la constance d'une pratique et le recours à un élément psychologique. Selon lui, les « précédents coutumiers, en réalité, consistent en des comportements d'autorités étatiques présentant une signification juridique objective, c'est-à-dire qui peuvent être interprétés comme des actes de reconnaissance d'une règle de droit déterminée. (…) Lorsque ces actes de reconnaissance sont suffisamment nombreux et concordants et émanent d'auteurs suffisamment diversifiés, ils provoquent la formation d'un « consensus » général, avec l'apparition duquel la règle coutumière se trouve enfin formée et dont elle dérive son autorité. (…) » [1512]. Cette idée du consensus émane de la jurisprudence de la Cour internationale de justice, notamment des affaires du plateau continental de la mer du Nord[1513]. Dans cette affaire, la Cour étudie l'*opinio juris* et considère qu'elle doit présenter un caractère collectif. Or, en raison des balbutiements de l'affirmation d'une volonté de réciprocité matérielle et juridique, il est difficile de constater ce caractère collectif. Nous l'avons fait en prenant l'exemple des États-Unis, de l'Union européenne et de la république populaire de Chine, mais non de l'ensemble des systèmes juridiques. Il n'a pas été convenu, sur le plan international, de recueillir une pratique commune à l'ensemble des pays, et donc, notre étude ne nous permet pas d'affirmer qu'il existe à ce jour une coutume. Pourtant, nous pouvons imaginer dans le futur que nous puissions formuler une réelle coutume en raison de la présence d'une pratique de réciprocité. En ce sens, Michel Virally précisait que le mécanisme de la coutume repose toujours « sur la même nécessité fonctionne, nécessité de rapports internationaux ordonnés (…) »[1514]. Il poursuit en affirmant qu'en « généralisant dans un sens déterminé, sous l'effet de la prise de conscience – ou reconnaissance – de cette nécessité, la pratique offre la seule solution normative à laquelle on puisse se rallier pour éviter l'anarchie de comportements individuels désordonnés. La nécessité qui a provoqué la généralisation de la pratique étatique, confère finalement l'autorité de la coutume à la norme qui la sous- tend. La

[1512] *Ibid.,* p.191.
[1513] CIJ, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (république fédérale d'Allemagne/Danemark),* C.I.J, recueil 1969,
[1514] *Ibid.,* p.81.

nécessité rend la règle coutumière respectable pour ceux-là mêmes qui la critiquent et cherchent à la changer, dans la mesure du moins où ils admettent que l'absence de règle est inacceptable, et aussi longtemps qu'ils ne sont pas parvenus à lui substituer une nouvelle norme, plus conforme à leurs aspirations. »[1515] Or, la réciprocité est apparue dans de nombreuses conventions, comme un moyen de stabiliser les engagements contraignants ou non contraignants des États. C'est d'ailleurs également le cas en dehors des conventions. En effet, les instruments unilatéraux visant à assurer une meilleure réciprocité matérielle conduisent à créer, d'une part, des liens synallagmatiques entre des obligations qui *a priori* n'en possédait pas et, d'autre part, *a posteriori,* des négociations visent à réguler les échanges. Ainsi, la pratique de réciprocité peut être qualifiée de nécessité qui provoquera certainement sa généralisation. Compte tenu de ces nouvelles formes de réciprocité, il est difficile aujourd'hui de prétendre que les États agissent de cette manière en vue de se conformer à un droit existant. Cependant, cette pratique peut à présent être qualifiée comme « une reconnaissance de la valeur d'une norme (…) »[1516]. Selon Michel Virally, à propos des États qui ont « fait œuvre novatrice » en posant les premiers précédents, si « on admet que toute norme juridique se définit comme un modèle de conduite s'adressant, au premier chef, à l'intelligence, il n'y a pas de difficulté à l'accepter : leur attitude s'interprète alors comme la reconnaissance de la valeur intrinsèque d'une norme, appréciée soit en raison de ses qualités techniques (elle correspond exactement aux besoins de la pratique), soit en raison de la conformité de son contenu avec une certaine représentation de la justice, dans une situation donnée. »[1517] Or en l'espèce, le recours à la réciprocité peut être interprété comme la reconnaissance de ses qualités techniques. Ainsi, bien que constatant l'absence d'une obligation d'agir sur une base de réciprocité, ces prémices peuvent être la source d'une reconnaissance de la valeur intrinsèque de la réciprocité. Cette valeur intrinsèque conduira à une future nécessité de respecter le principe de réciprocité.

495. Conclusions. C'est parce que notre étude se fonde sur des instruments récents qu'il est difficile d'établir que la réciprocité ait intégré l'ordre juridique en tant que principe. Néanmoins, il est aisé d'affirmer que les premiers indicateurs sont présents. Il existe une réelle pratique de réciprocité qui amène à considérer qu'il s'agit d'une source matérielle. La multiplication de ces pratiques pourrait à terme nous permettre de constater un réel sentiment d'obligation de la part des États. Néanmoins, nous restons convaincus que la recherche de réciprocité, qu'elle soit matérielle, juridique ou dans sa fonction d'auto-exécution, n'est pas

[1515] *Ibid.,*
[1516] *Ibid.,* p.82.
[1517] *Ibid.,*

générale. Tous les accords ne sont pas conclus sur une base de réciprocité. Cette notion doit suivre les intérêts des États. C'est pourquoi nous ne pensons pas qu'il faille lui associer un principe général applicable à tous les accords. Plutôt nous encourageons le développement de la recherche de réciprocité et des mesures de réciprocité d'exécution lorsqu'elle est invoquée en tant que standard. Enfin, à défaut d'être un principe général, son rôle d'outil de régulation des relations commerciales internationales en fera un principe directeur des relations commerciales internationales.

CONCLUSION CHAPITRE 2

À la recherche d'une réelle pratique de réciprocité qui a pu être constatée dans le chapitre précédent, nous pouvons y joindre son corollaire, à savoir la volonté de plus en plus organisée d'y ajouter une fonction unilatérale d'exécution. Il a été démontré que, plus l'autorité détentrice d'un tel pouvoir disposait d'une compétence discrétionnaire, plus on pouvait attendre, en théorie, une pratique accrue des mesures de réciprocité d'exécution. C'est par exemple le cas de la Chine et des États-Unis. Néanmoins, la nécessité de respecter le cadre juridique existant a été mis en avant. La proportionnalité est un critère important à respecter. Si ce critère est subjectif en ce que le spectre de sa définition est large, il est également objectif en la capacité de démontrer des abus dans son utilisation. De plus, un État utilise soit une définition large de l'origine pour émettre une mesure de réciprocité et ainsi élargir son impact et l'effet de la mesure, mais perturber le fonctionnement des chaînes existantes ; soit une définition plus stricte, mais davantage en adéquation avec les intérêts nationaux des opérateurs qui peuvent être négativement touchés par le dérèglement des différentes chaînes de valeur.

Ces règles sont importantes pour éviter que ces mesures de réciprocité passent en raison de leurs effets dissuasifs, d'une fonction de stabilisation à une situation anarchique. En adoptant une approche réaliste des relations internationales, nous pensons que les États, dans les différents cadres exposés tout au long de ces travaux, disposent d'opportunités de rechercher de la réciprocité et d'émettre à défaut, des mesures correspondant à l'existence de ces opportunités. Chaque État souhaite maximiser ses intérêts et, en ce sens, rechercher de la réciprocité. Néanmoins, il paraissait nécessaire afin de renforcer le rôle stabilisateur de la réciprocité et ne pas créer une situation anarchique, d'encadrer la réciprocité dans une qualification.

Alors, la réciprocité est apparue comme un standard. L'idée d'en faire un standard est surtout présente en matière de recherche de réciprocité. Dans un premier temps, il a été démontré que dans certains accords et instruments unilatéraux, la réciprocité respecte les critères définitionnels du standard. Dans un second temps, la multiplication de ces comportements tend à créer une situation de durabilité, qui est là encore un critère de l'*habitus*. L'objectif est que les États intériorisent de tels comportements de sorte à créer une réelle pratique de réciprocité qui, à long terme se manifesterait par une attente de réciprocité.

Par ailleurs, la réciprocité apparaît également comme un principe. Loin de l'idée d'une qualification exclusive, ces deux qualifications ont des usages qui sont compatibles. Cependant, l'idée d'un principe de réciprocité correspond davantage à une situation, où certes, le caractère matériel de la recherche est présent, mais, plutôt que d'être issue d'une réelle recherche, la réciprocité peut parfois être déterminée matériellement par l'objet de l'accord. L'utilité de considérer la réciprocité comme un principe, découle du besoin de stabiliser les relations par l'existence d'un principe qui autoriserait un État à contester l'existence de la réciprocité par l'inexécution d'un de ses partenaires. Même si le standard peut également avoir ce rôle, le principe n'a pas, ici, pour objectif d'être un instrument de mesure, mais de pallier l'absence de cadre existant. Néanmoins, si nous avons pu constater la présence d'une source matérielle, en l'absence d'*opinio juris,* ou d'autres sources formelles, il a été préférable de supposer et de souhaiter l'existence future d'un tel principe plutôt que sa reconnaissance actuelle.

CONCLUSION TITRE II

La pratique, comme indiqué en introduction, a été définie, en droit international comme étant « généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure ; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération. »[1518] Cette définition renvoie l'existence d'une pratique à une attitude résultant de l'accord des États. Dans notre cas, une pratique peut aisément être déterminée non pas à partir de la suite d'actes d'un seul accord, mais des différents comportements des États qui font suite aux nouvelles formes d'engagements où l'on a pu constater de la réciprocité. Les instruments unilatéraux doivent nous servir de support en tant qu'instruments s'inscrivant dans la définition d'une politique commerciale des États et essentiellement en l'absence d'accords. Toutefois, il a été démontré que ces instruments avaient une visée incitative par la recherche de nouvelles formes d'engagements.

Cependant, une précision s'impose. Ces constats font suite à l'étude de certains accords qui sont moins traditionnels que ceux de l'OMC ou de ceux de libre-échange. Dans ces derniers cas, la recherche de réciprocité s'est davantage matérialisée par des comportements unilatéraux qui sont des violations d'obligations résultant de ces accords. Ainsi, cette pratique de réciprocité s'intègre dans un cadre d'engagements contraignants ou non contraignants dont le caractère n'a pas été étudié en référence à la distinction *hard law*/ *soft law*, mais selon la profondeur des accords. Le constat est que la réciprocité existe et produit davantage d'effets en l'absence d'un tel caractère contraignant. Pour approfondir l'existence de cette pratique, il était nécessaire d'évaluer si la fonction d'exécution de la réciprocité était un comportement isolé ou une réelle tendance. Après avoir constaté que la deuxième hypothèse était la plus plausible et sur la base de l'objet de la réciprocité, de ses effets et de son exécution, il a pu être considéré que la réciprocité constituait, dans certains cas un standard, alors que des sources matérielles venant renforcer son rôle de principe étaient également en formation.

[1518] ORGANE D'APPEL DE L'OMC, *Japon − Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, sect 3. P.17, 4 octobre 1996.

CONCLUSION DEUXIEME PARTIE

La première approche de cette étude consistait à constater la présence de la réciprocité dans des engagements traditionnels formels. Bien que la réciprocité soit recherchée, ses effets sont contenus selon des cadres existants. Sur la base de ces constats, nous avons vérifié l'hypothèse que la réciprocité s'inscrit davantage dans un environnement où la contrainte juridique est moins forte en raison de ses objectifs et des effets de cette notion.

Elle s'identifie tout d'abord juridiquement par la présence d'un lien synallagmatique rattachant des obligations, que ce lien soit précis ou étendu. Ces obligations sont conditionnées par une contre-prestation supposée équivalente et sont rattachées par un lien synallagmatique. La réciprocité naissant de la rencontre des volontés, son étude doit donc démarrer au stade de l'intention afin d'évaluer, plus précisément et selon une méthodologie appropriée, son caractère juridique et, surtout, matériel.

Cette définition est une réponse à l'étude de la réciprocité dans les relations commerciales des États. Si les critères d'identification de la réciprocité juridique sont communs, son évaluation matérielle doit être adaptée. C'est pourquoi nous avons défini notre propre méthodologie à cette fin. Il aurait été possible, dans notre étude d'élargir notre domaine de recherche, mais restreindre son étendue nous a permis de mieux identifier et analyser les effets de la réciprocité. Compte tenu de la place grandissante de la société civile dans les négociations commerciales, il faudrait appeler à ce que la réciprocité soit un outil, non plus fondée uniquement selon une perspective centrée sur les États (*states-centered perspective*), mais plutôt reposant sur les intérêts de la société (*society-centered perspective*). Alors, la réciprocité pourrait s'imposer en matière environnementale dans les relations commerciales. Les relations commerciales dans le secteur agricole sont le témoignage d'une convergence des intérêts environnementaux, des droits humains relatifs à l'alimentation et des intérêts économiques. Ainsi, l'outil de la réciprocité devrait être employé à conjuguer les intérêts non commerciaux avec ceux commerciaux.

CONCLUSION GENERALE

Le retour en force du commercialisme et du mercantilisme a accentué la fragmentation des relations commerciales internationales. Dans des contextes d'incertitude, le repli sur soi est identifié comme une constante des comportements étatiques où les pratiques unilatéralistes sont exacerbées. Ces comportements obligent les États à changer de rôle. Sans revenir sur le modèle du libre-échange, nous constatons que ces derniers ne se laissent plus uniquement guider par les lois du marché, mais tentent davantage de les maîtriser. Nous assistons à un retour du contrôle des États sur les relations commerciales internationales. Plus encore, alors que les théories libérales limitaient l'État à un rôle régulateur d'arrière-plan, le constat est aujourd'hui l'inverse, si bien que nous avons fait le choix de recourir à l'idée de l'État commerçant. Différent de l'État régulateur[1519] et de l'État stratège[1520], l'État commerçant est celui qui fixe les orientations de sa politique commerciale non pas uniquement selon ses avantages comparatifs ou sa place dans le commerce international, mais selon ses intérêts stratégiques. Ce grand retour des États est le résultat d'une trop grande suppression des obstacles sur les marchandises et services primaires. Les négociations s'orientent vers un meilleur accès aux marchés des biens et services des secteurs considérés comme stratégiques. Compte tenu de la stagnation des pays occidentaux et de la prise de vitesse des pays en voie de développement, la logique des avantages comparatifs, qui dominait autrefois, n'est plus. Il nous fait constater que davantage d'États se livrent des batailles concurrentielles concernant des secteurs stratégiques limités. Compte tenu du faible nombre de leurs concurrents, les États ne cherchent plus à se positionner de manière adéquate le long d'une chaîne de valeurs, mais souhaitent disposer du contrôle de ces chaînes. Ces tensions restreignent les échanges et encouragent le protectionnisme. En accordant plus d'accès aux marchés, les États prennent le risque de perdre des avantages concurrentiels. Par la multiplication de ces obstacles aux marchés, les États en sont venus à conditionner davantage les avantages accordés. Ainsi, l'État commerçant agit sur l'orientation des politiques commerciales, mais aussi sur les conditions d'échanges. Sa volonté de détenir le maximum de capacités productives et concurrentielles le pousse à multiplier les restrictions aux échanges. Associées aux différentes politiques monétaires et

[1519] CHEVALLIER Jacques, « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique,* 2004/3, n°111, pp. 473 – 482.
[1520] CHEVALLIER Jacques, « L'État stratège », *in* BADIE Bertrand, DÉLOYE Yves, *Le temps de l'État. Mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum,* Fayard, 2007, pp. 372-385.

macroéconomiques actuelles, ces causes ont pour conséquence un ralentissement général des relations commerciales des biens et services les plus ordinaires[1521]. Face à cet enchaînement inextricable, nous avons fait le choix de présenter la réciprocité comme un outil de régulation des relations commerciales internationales.

Néanmoins, si la réciprocité met tout d'abord l'accent sur la conditionnalité des avantages accordés, elle ne doit pas être vue comme un outil uniquement protectionniste. Cette notion est un instrument d'ouverture qui peut avoir pour conséquence de restreindre l'accès aux marchés. De plus, son utilisation ne doit pas être uniquement perçue comme un outil de gestion des conflits. Le recours à la réciprocité octroie davantage de légitimité dans la quête d'un équilibre. En assurant cet équilibre, la réciprocité assoit l'existence d'une attente et crée un droit à adopter des mesures unilatérales en vue de rétablir cet équilibre.

C'est parce qu'elle permet de réguler les relations commerciales en adéquation avec les intentions des États qu'elle est de plus en plus évoquée. Si elle n'a été que partiellement mentionnée depuis une décennie, elle a retrouvé son importance depuis l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, en 2017. Guidés par l'unilatéralisme, les États-Unis ont entraîné un effet domino. Les autres États ont développé des instruments unilatéraux et ciblent la recherche de réciprocité durant les négociations commerciales bilatérales. Ainsi, cette notion est au cœur des discours politiques en vue de rechercher un meilleur équilibre économique, sans en donner toutefois un contenu réellement juridique.

C'est donc la tâche du juriste et l'objet de cette thèse que de livrer une étude de la réciprocité telle que conçue juridiquement en recherchant son existence. Pour cela, une approche inductive a été préférée. Il était nécessaire d'appréhender la manière dont la réciprocité était conçue politiquement et économiquement pour vérifier si une traduction juridique de ces intérêts existait. C'est parce que la réciprocité traduit l'intention d'un État, se concrétise par l'expression de sa volonté et tire sa force des rencontres de volontés que les intentions de réciprocité constituaient le début de cette recherche. Lors de l'analyse de son existence, il s'est avéré que la réciprocité disposait de critères communs. En effet, elle vise à conditionner l'octroi d'un avantage, en contrepartie d'autres avantages équilibrés. Ainsi, les critères de la conditionnalité, de l'équilibre et du lien synallagmatique sont des constantes. Leur détermination pourra cependant varier. La conditionnalité peut être juridique et prendre une forme simple de condition. Elle peut être financière et/ou technique comme l'exemple des routes de la soie l'a démontré. Pareillement, le lien synallagmatique peut s'exprimer par le

[1521] Voir en ce sens les analyses de l'OMC, *Perspectives du commerce mondial et statistiques,* octobre 2023.

rattachement juridique ou matériel des engagements. Enfin, l'équilibre peut s'interpréter en étudiant l'équivalence ou la proportionnalité. Malgré cette constance, la réciprocité est multiforme, autant selon ses effets que selon ses objets. La réciprocité peut être spécifique, diffuse, globale ou encore négociée par secteur. Cette traduction juridique des intentions politiques a dû être adaptée aux réalités économiques et commerciales. C'est pourquoi une confrontation et une adaptation au fonctionnement des chaînes de valeurs et d'approvisionnement étaient nécessaires.

Ce n'est que parce que cette typologie a été dressée que l'existence ou l'inexistence de la réciprocité ont pu être recherchées et que, concernant son existence, son évaluation a pu être déterminée. Compte tenu de ces différences, nous avons fait le choix de proposer différentes méthodologies d'évaluation de la réciprocité. L'idée n'était pas tant d'en faire une évaluation exacte en raison des nombreuses données macroéconomiques à prendre en compte, mais plutôt, d'évaluer sa présence grâce à divers critères dépendant de l'intention des États. Nous avons pu conclure qu'il existait une tendance de recherche de réciprocité sectorielle et/ou par identité, plutôt que globale. La présence contingente de cette notion nous a conduits à interroger la présence de sa fonction d'exécution. En effet, après avoir défini la marge matérielle d'application du traitement de la réciprocité, nous avons dû procéder de la même façon avec la fonction d'exécution. En analysant le champ d'intervention unilatéral des États selon les différents systèmes de règlement des différends, nous avons pu constater que se crée un réel système de réciprocité d'exécution.

La réciprocité peut certes s'épanouir au stade des négociations des accords traditionnels, mais elle a surtout un rôle à jouer lorsque les États recherchent de la souplesse aussi bien dans la formulation des engagements que dans l'objet des négociations. La réciprocité est ainsi une boussole des relations commerciales, et elle est le repère des États. Le besoin de souplesse n'étant pas synonyme d'anarchie, la réciprocité est un outil juridiquement structurant et matériellement adaptable. Inversement, nous avons constaté que la multiplication de ces formes d'engagements non contraignants et des mini traités sont le résultat d'une volonté de rééquilibrer de précédentes relations commerciales. Ces moyens sont également des réponses à des appels de réciprocité. En ce sens, la réciprocité vise à stabiliser les relations commerciales internationales en agissant comme un instrument de mesure et comme un élément structurant de ces relations. Cette structure dépend non seulement de la création d'obligations, mais aussi d'engagements non contraignants. Ainsi, le caractère auto-exécutoire de la réciprocité peut également être appliqué lorsque de simples attentes existent.

Finalement, par la multiplication des intentions de réciprocité, nous avons pu démontrer l'existence d'une réelle pratique de réciprocité. S'il est difficile à ce jour, de considérer qu'il existe, une *opinio juris,* en raison de ces récentes intentions et en raison du fait que notre étude s'est seulement appuyée sur les exemples de la Chine, des États-Unis et de l'Union européenne, il est certain qu'une telle pratique va se généraliser. C'est pourquoi nous considérons qu'il existe un réel standard de réciprocité. Face aux appels des États, le standard de réciprocité permet à ces derniers d'instaurer une logique d'équilibre dans les négociations. En rendant déterminable un tel standard, les États se dotent de la capacité de revenir sur les différentes négociations en cas de défaut d'équilibre. Sans promouvoir une réciprocité d'exécution automatique, son caractère auto-exécutoire octroie la capacité à un État, après négociations, de rétablir unilatéralement le défaut de réciprocité.

Dans le futur, la réciprocité devra devenir un principe cardinal des relations commerciales internationales. La généralisation d'une telle pratique favorisera de larges attentes de réciprocité. Si l'interdépendance des États dans leurs relations a souvent été matérialisée par la conclusion d'accords, nous pouvons penser que c'est la multiplication des attentes de réciprocité qui aura pour effet de solidifier cette interdépendance. Avec sa malléabilité et de son rôle structurant, la réciprocité présentera des avantages supérieurs à la tentation d'un État de ne pas respecter ses obligations. En cela, cette notion renforcera la sécurité juridique des relations commerciales internationales.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaire :

- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique,* Presses Universitaires de France P.U.F, 13e édition, 2020.
- SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 01 novembre 2001.

Ouvrages

- AL SANHOURY A., « Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail, dans la jurisprudence anglaise », Paris, 1925 Giard, Vol. 1 in-8 p.56.
- ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international*, Panthéon-Assas (éditions), droit international et relations internationales, 06 juillet 1999, pp. 534
- BHAGWATI, Jagdish, « Introduction : The Unilateral Freeing of Trade versus Reciprocity », *in* BHAGWATI, Jagdish, *Going alone the case for relaxed reciprocity in freeing trade, The MIT Press*, Cambridge, Massachusetts London, England, 2002.
- CAIADO José Guilherme Moreno, Commitments and flexibilities in the WTO agreement on subsidies and countervailing measures : an economically informed analysis subsidies and countervailing measures: an economically informed analysis, Cambridge University Press, 2019.
- CARREAUX Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andréa, *Droit international économique*, Juillet 2017, Dalloz, p.607.
- CASTELLARIN Emanuel, « The joint committees established by free trade agreements and their impact on EU law », in BOSSPLATIÈRE, RAPOPORT CÉCILE, The conclusion and implementation EU Free Trade Agerements. Constitutional Challenges, Université De Rennes 1, France, 2019, pp 328.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », *in* THIBIERGE Catherine, *La force normative. Naissance d'un concept,* Paris, LGDJ, octobre 2009.

- COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 13e édition, LGDJ, Précis Domat, 2019.
- CONCEICAO-HELDT Eugénia, *Negotiating Trade Liberalziation at the WTO : domestic politics and bargaining dynamics,* Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York, Palgrave Macmillan : International political economy series*,* 2011.
- FORTEAU Mathias, MIRON Alina PELLET Alain, *Droit international public*, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 9e édition 2022, p.179, paragr. 89.
- DE LACHARRIÈRE Guy, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983.
- FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France*, 1978-1979, Gallimard, Seuil, 2004.
- GOLDMAN Berthold, « Réflexions sur la réciprocité en droit international », *in*: *Travaux du Comité français de droit international privé*, 23-25e année, 1962-1964. 1965. pp. 61-101.
- HAGGENMACHER Peter, « IX. Le problème du "ius gentium" », in *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Graduate Institute Publications, 2014. https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-39-02-0154
- ISENMANN Moritz, « Égalité, réciprocité, souveraineté », *in* ALIMENTO Antonella STAPELBROEK Koen, *The Politics of Commercial Treaties in the Eighteenth Century: Balance of Power, Balance of Trade*, Springer International Publishing, 2017.
- JACKSON John Howard*, The jurisprudence of GATT and the WTO*, Cambridge University Press, 2000.
- JACQUÉ Jean-Paul, « Acte et norme en droit international public » (volume 227), *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1991.
- JONES Joseph M., *Tariff Retaliation : Repercussions of the Hawley-Smoot Bill*, [en ligne], University of Pennsylvania Press, 1934.
- KAMTO Maurice, *La volonté de l'État en droit international,* Recueil des cours, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 428 p,
- KELSEN Hans, *La théorie juridique de la convention*, *Arch. Phil*. Droit.
- KOLB Robert, *La bonne foi en droit international public*. *Contribution à l'étude des principes généraux,* [en ligne], Geneva Graduate Institute Publications, 2015.
- KOLB Robert, *Théorie du droit international*, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- KRUGMAN Paul, *International economics : theory and policy,* Global Edition, 11e édition, Harlow, England : Pearson, 2018, pp. 802.

- LUFF David, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique,* Bruylant, 16 mars 2004.
- PORGES Amy, « Dispute Settlement », *in* CHAUFFOUR J, MAUR. A (eds.), "-*Preferential Trade Agreement Policies for Development*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2011.
- RICARDO David, *On the principles of political economy and taxation,* [en ligne], 1817, 3e édition 1821, Batoche Books, Kitchener, 2001 ;
- SCHWARZENBERGER Georg, « Part II : The principles of international economic law. Chapter 4 : Economic independence and interdependence. », *in Recueil des cours, Collected Courses*, Volume 117 (1966), Brill Nijhoff, 1968.
- SMITH Adam, *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations,* R.H. Campbell et A.S Skinner ;
- TITI Catharine, *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, 2021, p. 86.
- VAN WAEYENBERGE Arnaud, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne : évolution de la méthode communautaire*, Larcier, 2015.
- VANGRASSTEK Craig, *Histoire et avenir de l'organisation mondiale du commerce*, Organisation Mondiale du Commerce, BERNAN Press, 2016.
- VIRALLY, Michel « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain (volume 122), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* 1967.
- VIRALLY Michel, *Le droit international en devenir*, [en ligne], Graduate Institute Publications, année d'édition 1990, Publication sur OpenEditions Books, 25 juin 2015, 508 p.
- YALCIN Erdal, FELBERMAYR Gabriel, KINZIUS Luisa, *Hidden Protectionism : Non – tariff Barriers and Implications for International Trade,* [en ligne], Ifo Center for International Economics, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, 91, 2017.

Thèses

- BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique*, Thèse, Droit de l'Union européenne, Bruylant, 31 août 2010, 644 p.
- BUGA Cristina, *Les politiques d'offset (compensation) : enjeux généraux et étude de cas de l'Afrique du Sud,* Economies et finances. Université Grenoble Alpes, 2016. Français. NNT : 2016GREAE003.tel-01425472.
- CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* [en ligne] 1ère édition, Paris, Dalloz, 1923.
- CASSIN René*, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Thèse, Droit, Université de Paris. Faculté de droit et des sciences économiques, vol I, 800 p.
- CLARENC Nathalie, *La suspension des engagements internationaux*, Thèse, Droit, Nouvelle bibliothèque de thèses, 550 p, 2017.
- DECAUX Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, Thèse, Droit, Paris II, 1980, 374 p.
- DÉRO Delphine, *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européenne*, Thèse, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2006, 571 p.
- FRAPPIER Mathilde, *L'exigence du traitement national en droit international économique,* [en ligne], thèse de doctorat : droit, sous la direction de M. le Professeur Yves NOUVEL, Université Paris II Panthéon – Assas, 2019, 1048 p, p. 292.
- LAGELLE Anaïs, *Les standards en droit international économique : contribution à l'étude de la normativité internationale*, Thèse, Droit. Université Côte d'Azur, 2014.
- POIRAT Florence, « Le traité, acte juridique international : recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit », Thèse, droit, M. *Nijhoff Publishers*, 2004, pp.506, p.327.
- RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard: (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Thèse, Droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- ROBIN Denys-Sacha, « Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international », [en ligne], Thèse, Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D077.tel-02046466.

- STATI Marcel O, *Le standard juridique*, L. Chauny et L. Quinsac, Thèse, Droit, 1927, 398 p, p.28.

Articles

- ANDO Mistuyo, URATA Shujiro, « Determinants of FTA Utilization for Japan's Imports : Preferential margins and restrictiveness of rules of origin » *The Research Institute of Economy*, *Trade and Industry*, RIETI Discussion Paper Series 18-E-078, 2018.
- ANSAH Tawia, « Lawfare : A rhetorical Analysis », Case W. Res. *J. Int'l. L.*, 43, 2010.
- BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W, « The design of Trade Agreements », [en ligne], *Handbook of Commercial Policy,* 2016.
- BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., « An economic theory of GATT », *The American Economic Review,* Vol. 89, No., Mars 1999, pp. 215-248
- BHAGWATI, Jagdish, « Protectionism », CAMBRIDGE, MA: *THE MIT PRESS*, 1988.
- BHAGWATI, Jagdish, « The world trading system at risk », *Princeton University Press*, 1991
- BISMUTH RÉGIS, « Screening the Commission's Regulation Proposal Establishing a Framework for Screening FDI into the EU », *European Investment Law and Arbitration Review,* 2018.
- BJORGE Eirik, « Opposability and Non-Opposability in international law », *The British Yearbook of International Law*, 2021, Vol. 00 No. 0, 1–38.
- BOWN CHAD P, KARA M. Reynolds, « Trade Agreements and Enforcement : Evidence from WTO Dispute Settlement », *American Economic Journal : Economic Policy*, 9 (4) : pp. 64-100.
- CERNAT Lucian, KUTLINA-DIMITROVA Zornitsa « International public procurement : from scant facts to hard data », *EUI RSCAS* PP, 2015/08 Global Governance Programme, Global Economics.
- CHOW Daniel C.K, SHELDON Ian, « Is Strict Reciprocity for Fair Trade ? », *Vandervilt Journal of transnational law*, 2019, vol.52, n°1, p.38.
- CLAUSING Kimberly A. « Trade creation and trade diversion in the Canada – United States Free Trade Agreement », *Canadian Journal of Economics*, 2001, vol.34, n°3, p.679.
- CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Mini-Deals », [en ligne], 62 Va. *J. Int'l L* 315, 2022.

- CLAUSSEN Kathleen, « Trade's Security Exceptionalism », *Stan. L. REV*., 72, 2020.
- COHEN George M, « The negligence-opportunism tradeoff in contract law 1992 », *Hofstra Law Review*, 20, p. 941-1016.
- CONCEICAO HELDT Eugenia., « A new delegation design for EU governance: how preference cohesiveness of multiple principals shapes the European Commission's discretion in trade negotiations », *Comparative European Politics*, 2021.
- COOK Graham, « The legalization of the non-violation concept in the GATT/WTO system », *Legal Affairs Division, World Trade Organization*, 24 octobre 2018.
- CORCORAN Patrick, « China's Rule of Law Development: The Increasing Emphasis on Internationalization of Legal Standards and the Horizontal Rule of Law »– *NYU JILP,* 16 février 2021.
- CRAWFORD James et OLLESON Simon, « The Exception of Non-performance », *Australian Year Book of International Law*, 21, 2000.
- CREEMERS Rogier, DORWART Hunter, NEVILLE Kevin et al., « Translation: 14th Five-Year Plan for National Informatization », *DigiChina* [en ligne], publié le décembre 2021.
- DA CONCEIÇÃO-HELDT Eugénia, « Do Agents "Run Amok"? A Comparison of Agency Slack in the EU and US Trade Policy in the Doha Round », *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, pp. 21-36.
- DAHLAN Malik R., « Dimensions of the New Belt and Road International Order : An analysis of the Emerging Legal Norms and a Conceptionalisation of the Regulation of Disputes », [en ligne], *Beijing Law Review,* Vol. 9, n°1, mars 2018. Disponible sur : https://www.scirp.org/journal/paperinformation.aspx?paperid=83500
- DAM Kenneth W., « Significance of the Reciprocal Trade Agreements Act », *Trade Policy Analyses, Cordell Hull Institute*, vol 6, n°4, juin 2004, p. 5, *in* DEBLOCK Christian, « Le bilatéralisme commercial des États-Unis », Cahier de recherche – CEIM [en ligne], 2008.
- DAVIS Ralph, « The Rise of Protection in England, 1689-1786 », *The Economic History Review*, 19, [Economic History Society, Wiley], 1966.
- DEBLOCK Christian, « Le bilatéralisme commercial des États-Unis », *Cahier de recherche – CEIM* [en ligne], 2008.
- DEBLOCK Christian, « OMC : le déclin irréversible de la réciprocité et du multilatéralisme », L'Économie politique, n° 45, *Alternatives économiques*, 2010.

- DUFOUR Geneviève, DUCASSE Delphine « La Négociation Des Accords de Libre-Échange Sous L'Administration Trump », *revue québécoise de droit international*, 2017, vol.30, n°2, pp.51-73.
- FAUDE Benjamin, FAUSS Julia, « Coordination or conflict? The causes and consequences of institutional overlap in a disaggregated world order », *Global constitutionalism,* Cambridge University Press*,* 1er juillet 2020, pp. 268-289, p.268.
- FÉREY Amélie, « Vers une guerre des normes ? Du lawfare aux opérations juridiques », *Focus stratégique*, n°108, IFRI, avril 2022, p.5.
- FITZMAURICE Malgosia, « Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law », *in* BARTELS Lorand, PADDEU Federica, *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2020, p. 285.
- GALBRAITH Jean, « From treaties to international commitments : The changing Landscape of Foreign Relations Law », *Faculty Scholarship at Penn Law,* pp. 1741*,* p.1681.
- GAO Henry S., SHAFFER Gregory, « The Role of Law in Chinese Value Chains », *Social Science Research Network*, 2021, p. 3.
- GASIOREK Michael, MAGNTORN GARRETT Julia, « We're going to make them an offer they can refuse : Rules of rigin and the UK-EU Free Trade Agreement », *UK Trade Policy Observatory,* Briefing Paper 45 – juillet 2020, p.3.
- GREIG.D. W, « Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties », *Virginia Journal of International law*, volume 34.
- HABERLER Gottfried, HECKSHER Henri, OHLIN Bertil, « The Theory of International Trade with its Applications to Commercial Policy », *The Economic Journal,* Volume 48, Issue 191, Septembre 1938, Pages 498-507.
- HAGGARD Stephan, « The institutional foundations of hegemony », *International Organization*, 42, Cambridge University Press, 1988, p. 91.
- HAMZAH Hanim; « Legal issues and implication of the BRI », *China's Belt and Road Initiative (BRI) and Southeast Asia Publication*, 30 octobre 2018.
- HASSETT Kevin A., HUBBARD R. Glenn, « Tax policy and business investment », [en ligne], *Handbook of public economics*, 2002, disponible sur : https://www.sciencedirect.com/topics/social-sciences/terms-of-trade

- HATAWAY Oohna, « Between Power and Principle : An integrated theory of international law », The University of Chicago Law Review, 2005, Vol.72, N°2, pp 469-536.
- HE Xin, « (Non)legality as Governmentality in China », *Social Science Research Network*, 2020, p. 1.
- HERRMANN-PILLATH Carsten, « Reciprocity and the hidden constitution of world trade », *Constit Polit Econ,* 17, 2006.
- HOFER Alexandra, « The proportionality of unilateral "targeted" sanctions : Whose interests should count ? », *Nordic Journal of International Law,* 89, 2020, pp. 399 – 421.
- HOLZER Kateryna, LIM Aik Hoe, « Trading in the era of carbon standards: how can trade, standard setting, and climate regimes cooperate ? », *Oxford Review of Economic Policy*, 2023, 39, 110–122, p. 120, voir note n°34.
- HONGJU KOH Harold, « Remarks: Twenty-First-Century International Lawmaking », 101 *Georgetown*, L J 725, 726 (2013).
- HUALING Fu, « The Varieties of Law in China », *Human Rights in China 中国人权 HRIC* [en ligne], 2011
- JACKSON John H., « The world trading system: law and policy of international economic relations », *Law and Policy of International Economic Relations,* MIT Press, 20 octobre 1997.
- KEOHANE Robert O., « Reciprocity in International Relations », *International Organization*, 40, MIT Press, University of Wisconsin Press, Cambridge University Press, International Organization Foundation, 1986.
- KIM Jin Woo, « Shedding Light on the Role of the EU's Chief Trade Enforcement Officer : Dispute Over Labor Commitments Under EU – Korea FTA and EU Enforcement Regulation », [en ligne], *European law blog news and comments on Eu Law* 2 mars 2020.
- KIM Rakhyun E. « Is global governance fragmented, Polycentric, or Complex ? The State of the Art of the Network Approach », *International Studies Review,* 22, 2020, pp 903-931.
- KINDLEBERGER C. P., « The Rise of Free Trade in Western Europe, 1820-1875 », *The Journal of Economic History*, 35, Cambridge University Press, 1975.

- KNIAHIN Dzmitry, DE MELO Jaime, « A primer on Rules of Origin as Non-Tariff Barriers », *Journal of Risk and Financial Management*, 15 : 286, 28 juin 2022.
- KOH Harold Hongju, « Why Do Nations Obey International Law ? », *The Yale Law Journal*, 106, The Yale Law Journal Company, Inc., 1997.
- KREUDER-SONNEN Christian, ZÜRN Michael, « After fragmentation : norm collisions, interface conflicts, and conflict management », *Global constitutionalism,* Cambridge University Press*,* 1 juillet 2020, pp. 241 – 267.
- LALIVE Pierre, « The first "World Bank" Arbitration (Holidays inns v. Morocco) – Some legal problems », *British Yearbook of International Law*, volume 51, Issue 1, 1980, pp. 123-163.
- LEAH Für, « The application of International Treaties in China », in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, *Springer*, 2009, p. 356.
- LEBEN Charles, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 28, pp. 9 – 77, 1982.
- LOWE Vaughan, « The Role of Equity in International Law », *The Australian YearBook of International Law Online*, 12, Brill Nijhoff, 1992.
- MAJOROS. F, « Le régime de la réciprocité de la Convention de Vienne et réserves dans les conventions de la Haye », *Journal du droit international*, 1974.
- MARCEAU Gabrielle, WYATT Julian, « Dispute settlement regimes intermingled : regional trade agreements and the WTO », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1 (2010), pp. 67–95.
- MCDONALD Kevin M., « The Unilateral Undermining of Conventional International Trade Law Via Section 301 », *J. Int'l L. & Prac*., 7, 1998.
- NORTON, Patrick M., « China's Belt and Road Initiative: Challenges for Arbitration », *Asia*, 13 U. *Pa. Asian L. Rev*, 2018.
- NOUVEL Yves, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *Annuaire Français de Droit International*, 48, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2002, p. 662.
- O'NEILL Philip; SALAM Nawaf, « Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria », *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, [en ligne], ICC Publ Nr. 480,4, Gaillard (ed.), Paris 1993, p. 156. Disponible sur : https://www.trans-lex.org/116000/_/oneill-philip-salam-nawaf-is-the-

exceptio-non-adimpleti-contractus-part-of-the-new-lex-mercatoria-in:-gaillard-transnational-rules-in-international-commercial-arbitration-paris-1993-at-147-et-seq/#:~:text=If%20one%20accepts%20the%20premise,upon%20in%20civil%20law%20systems%2C

- PAUWELYN Joost « A typology of multilateral treaty obligations : Are WTO obligations bilateral or collective in nature ? », *EJIL*, vol. 14, n°5, pp. 907 – 951.
- PEI Minxin, « China's Fateful Inward Turn : Beijing's New Economic Strategy as spelled out by the Resolution of the CCP Central Committee's 5th Plenum. », [en ligne], *China Leadership Monitor*, 16 décembre 2020, [consulté le 2 mai 2022].
- PINCHIS-PAULSEN Mona, « Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions », *Michigan Journal of International Law*, 41, 2020.
- RAUSTIALA Kal, « Form & substance in international agreements », [en ligne], 2004, p.27. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=505842
- RÜHLIG Tim, « How China Approaches International Law : Implications for Europe », [en ligne], *EIAS*, publié le 9 mai 2018.
- SCHNIETZ Karen E., « The Institutional Foundation of U.S. Trade Policy: Revisiting Explanations for the 1934 Reciprocal Trade Agreements Act », *Journal of Policy History*, 12, Cambridge University Press, 2000.
- SCHROEDER Michael, « Is the Devil in the Details A Rare Look into a BRI Contract in Kyrgyzstan Journal of Public and International Affairs », *Journal of Public & international affairs,* 26 mai 2023.
- SHAFFER Gregory, « The New Legal Realist Approach to International Law », *Social Science Research Network,* 2015.
- SMITH J, « The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts », (2000) 54(1) *International Organization* 137, pp. 147-150.
- SYLVAIN Christian. « De la réciprocité dans les relations commerciales internationales », *Revue Mondes,* n°9, hiver 2012.
- TESTA Guido, « Le Kennedy Round, quelques aspects juridiques », *Annuaire français de droit international*, volume 14, 1968. pp. 605-642.
- VANDERVORST Alain, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de

l'environnement ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 4, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2000.

- VANGRASSTEK Craig, « Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce », *Organisation mondiale du commerce*, 2013.
- WEISS WOLFGANG, « Delegation to Treaty Bodies in EU Agreements : Constitutional Constraints and Proposals for Strengthening the European Parliament », *European Constitutional Law Review,* Juin 2018.
- WOLFE Robert, « Arguing and Bargaining in the WTO : Does the single undertaking make a difference ? », *Economics,* 2 p.5
- WOOLCOCK Stephen, « Differentiation within reciprocity: the European Union approach to preferential trade agreements », *Contemporary Politics*, 20, Routledge, 2014.
- XUE Hanqin et JIN Qian, « International Treaties in the Chinese Domestic Legal System », *Chinese Journal of International Law*, 8, 2009.
- YARBROUGH Beth V. and YARBROUGH Robert M, « Reciprocity, Bilateralism, and Economic 'Hostages': Self-Enforcing Agreements in International Trade », *International Studies Quarterly*, Vol. 30, No. 1 (Mars, 1986), pp. 7-21.
- YI Jisoo « Rules of origin and the use of free trade agreements : a literature review », *World Customs Journal*, vol.9, n°1, 2015.

Contributions aux mélanges et actes de colloques

- AUDIT Mathias, PATAUT Etienne, « L'extraterritorialité – ouverture », *in* AUDIT Mathias, PATAUT Etienne (dir.), *L'extraterritorialité*, *Actes du colloque à Paris*, Perspectives Internationales, Vol. 38 , 214 pages, 8.
- CHARI Iliasse, « La subsidiarisation des relations intergouvernementales selon l'objet : une répartition des intérêts entre bilatéral et multilatéral », *in* RIOS RODRIGUEZ Jacobo, RUNAVOT Marie-Clotilde, *Le droit international multilatéral, colloque de Perpignan,* Pedone, 17 avril 2023.
- KOSKENNIEMI Martti, « The political theology of trade law : the scholastic contribution », *in From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011.

- LIM Byeong-ho, « Re-evaluation of Free Trade Agreement : Based on Regional Value Contents in Agricultural, Fisheries and Livestock products » *in* Presented during the 25th Annual Conference on Global Economic Analysis (Virtual Conference), n°1, 2022.
- MIRON Alina, TAXIL Bérangère, « Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'imperium sans le dominum ? », *in* MIRON Alina, TAXIL Bérangère (dir), *Extraterritorialité et droit international, Actes du colloque à Angers*, Éditions A. Pedone, 2020, p.17.

JURISPRUDENCE ET CONCLUSION DE JURISPRUDENCE

Jurisprudence française

- Arrest du Conseil d'Estat, pour le restablissement du commerce tant au dedans qu'au dehors du Royaume, [en ligne], 10 avril 1661.
- Cass. Soc. bulletin. civ, n° 44.324, 21 oct 1954. Ou encore, Cass. 1ere Civ, bulletin civ I n° 264, 26 mai 1961.
- Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, n°2019-1590, 2019.

Jurisprudence internationale

- CIJ, arrêt du 04/06/2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, CIJ Recueil 2008.
- CIJ, arrêt du 12 otobre 1984, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique),* arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246.
- CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Liberia c. Afrique du Sud), Deuxième phase,* CIJ. Recueil. 1966*,* p.6.
- CIJ, arrêt du 1er octobre 2018, *Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, CIJ., Recueil 2018, p. 507

- CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France),* arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p.457.
- CIJ, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord (république fédérale d'Allemagne/Danemark),* C.I.J, recueil 1969, p.3.
- CIJ, arrêt du 22 décembre 1986, *Affaire du différend frontalier* (Burkina Faso/ république du Mali), C.I.J. Recueil 1986, p.557.
- CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p.55.
- CIJ, arrêt du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité*, CIJ Recueil 1984, p. 392.
- CIJ, arrêt du 27 août 1952, *Droit des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, CIJ. Recueil 1952*,* p.184.
- CIJ, arrêt du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour*, C.I.J. Recueil, p. 432,
- CIJ, arrêt du 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France), C.I.J, Recueil, p. 177.
- CIJ, arrêt du 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, p.644.
- CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, Compte-rendu de l'audience publique du lundi 20 octobre 1997, CR1997/23, p. 24.
- Conclusions adoptées le 30 novembre 1961, 10S/25, 26 in ARTICLE XXXVI PRINCIPLES AND OBJECTIVES, [en ligne], note n°7.
- CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, (Gouverment d'Allemagne c. Gouvernement de la république Polonaise)*, 1926, arrêt, C.P.J.I, (Ser. A), n° 7.
- CPJI, arrêt du 28 juin 1937, *Affaire des Prises de la Meuse (Royaume des Pays-Bas c. Royaume de Belgique)*, 1937, arrêt, C.P.J.I, (Ser. A/B), N° 70.
- CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, *Série A*, n° 10.
- DÉCISION DE L'ARBITRE, États-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – (Plainte initiale du Mexique) –

Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/ARB/MEX, 31 août 2004.

- Déclaration de M. le Juge Koroma dans l'affaire : CIJ, arrêt du 04 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, C.I.J, Recueil 2008, p.254.
- Déclaration de M. le Juge Yusuf dans l'affaire : CIJ, arrêt du 04 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, CIJ, Recueil 2008, p.296.
- GROUPE SPÉCIAL - *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* - WT/DS246/R, 1 décembre 2003, paragr. 7.151.
- Groupe spécial arbitral institué conformément au Chapitre 20, *Des services transfrontières de camionnage*, Dossier du Secrétariat USA-MEX-98-2008-01, 6 février 2001.
- GROUPE SPÉCIAL, *Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, IBDD, S37/91, 135, adopté le 25 janvier 1990.
- GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* - WT/DS246/R, 1 décembre 200, adopté le 20 avril 2004.
- GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005 – (adopté le 20 juin 2005).
- GROUPE SPÉCIAL, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R, 22 mai 1997, adopté le 25 septembre 1997.
- GROUPE SPÉCIAL, États-Unis – *Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R – 39S/233, adopté le 19 juin 1992.
- GROUPE SPÉCIAL, *Corée – Mesures affectant les marchés publics,* WT/DS163/R, 1er mai 2000, (adopté le 19 juin 2000).
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis - Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, 29 septembre 2010.
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004, (adopté le 20 avril 2005).

- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Article 301 – 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, OMC, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, (adopté le 27/01/2000).
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium,* WT/DS556/R, rapport distribué le 9 décembre 2022.
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21 : 5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends,* WT/DS384/RW WT/DS386/RW, 20 octobre 2014 (adopté le 29 mai 2015).
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention,* WT/DS217/R, 16 septembre 2002 (adopté le 27 janvier 2003).
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones,* WT/DS320/R, 31 mars 2008 (adopté le 14 novembre 2008).
- GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle,* WT/DS406/R, 2 septembre 2011 (adopté le 24 avril 2012). Voir également : GROUPE SPÉCIAL, *États-Unis – Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine,* WT/DS543/R, rapport du Groupe spécial distribué le 15 septembre 2020.
- GROUPE SPÉCIAL, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998).
- GROUPE SPÉCIAL, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 31 mars 1998 (adopté le 22 avril 1998).
- GROUPE SPÉCIAL, *Mesures appliquées par le Japon aux importations de Cuir,* L/4789 26S/350, adopté le 6 novembre 1979.
- GROUPE SPÉCIAL, *Russie – Mesures concernant le trafic en transit,* WT/DS512/R, 5 avril 2019, (adopté le 26 avril 2019).
- Groupe spécial, *Turquie – restrictions à l'importation de produits textiles et vêtements*, WT/DS34/R, 31 mai 1999 (adopté le 19 novembre 1999).
- Opinion dissidente de M. REUTER Paul dans l'affaire : *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Volume XVIII, 9 décembre 1978, pp. 417-493.

- Opinion individuelle du Juge Bennouna de l'affaire : CIJ, arrêt du 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, C.I.J. recueil 2011, p.644.
- ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement,* WT/DS246/AB/R AB-2004-1, 7 avril 2004, adopté le 20 avril 2004.
- ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques,* WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 5 juin 1998.
- ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant,* WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001 (adopté le 5 avril 2001).
- ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles,* WT/DS69/AB/R, 13 juillet 1998.
- ORGANE D'APPEL, *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque,* WT/DS400/AB/R, 22 mai 2014, adopté le 18 juin 2014.
- ORGANE D'APPEL, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones,* WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008 (adopté le 14 novembre 2008).
- ORGANE D'APPEL, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones,* WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008 (adopté le 14 novembre 2008).
- ORGANE D'APPEL, *US thon II article 21. 5*, *rapport de l'Organe d'appel suite au deuxième recours à l'article 21 : 5 du Mémorandum d'accord distribué (Mexique)*, WT/DS381/AB/RWZ, 14 décembre 2018.
- Sentence arbitrale, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Volume XVIII, pp. 417-493, p. 456, 9 décembre 1978.

Jurisprudence de l'Union européenne

- CJCE, 2e chambre, arrêt du 12 mai 2005, affaire C-444/03, *Meta Fackler KG contre Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:288.

- CJCE, 2e chambre, arrêt du 13 décembre 1989, Affaire C-322/88, Salvatore Grimaldi contre Fonds des maladies professionnelles, point 1.
- CJCE, arrêt du 10 septembre 1996, *Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci contre Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank et O. Akol contre Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging. - Demande de décision préjudicielle,* affaire C-277/94, ECLI: ECLI:EU:C:1996:315.
- CJCE, arrêt du 19 novembre 1998, affaire C-162/97, *Procédure pénale contre Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren et Solweig Arrborn*., ECLI:EU:C:1998:554.
- CJCE, arrêt du 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A*, C-affaire 104/81, ECLI :EU:C:1982:362.
- CJCE, arrêt du 26 octobre 1982, *république portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-149/96, ECLI:EU:C:1999:574,.
- CJCE, arrêt du 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd***,** affaire 12/86, ECLI: ECLI:EU:C:1987:400.
- CJCE, arrêt du 9 août 1994, affaire C-327/91, *république française contre Commission européenne - Accord Commission/ États-Unis concernant l'application de leur droit de concurrence*, ECLI : EU : C:1994:305.
- CJCE, grande chambre, arrêt du 10 janvier 2006, affaire C-344/04, *The Queen, à la demande de International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport.*, ECLI:EU:C:2006:10.
- CJCE, grande chambre, arrêt du 18 décembre 2007, affaire C-101/05, *Skatteverket, contre A,* ECLI:EU:C:2007:804.
- CJUE, 3e chambre, arrêt du 10 février 2011, affaires jointes C-436/08 et C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH Österreichische Salinen AG contre Finanzamt Linz.*
- CJUE, 4e ch., arrêt du 10 mai 2012, affaire C-39/10, *Commission contre république d'Estonie*, ECLI:EU:C:2012:282.
- CJUE, arrêt du 16 juillet 2015, affaire C-425/13, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2015:174.
- CJUE, *Avis 1/17 du 30 avril 2019, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, ECLI:EU:C:2019:341.

- CJUE, grande chambre, arrêt de la Cour du 2 septembre 2021, affaire C-180/20, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2021:658.
- CJUE, grande chambre, arrêt du 18 décembre 2014, affaire C-81/13, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne, ECLI:EU:C:2014:2449, 18 décembre 2014.
- CJUE, grande chambre, arrêt du 19 décembre 2019, affaire C-418/18 P., *Patrick Grégor Puppinck e.a. contre Commission européenne,* ECLI:EU:C:2019:1113.
- CJUE, grande chambre, arrêt du 6 mai 2008, affaire C-133/06, *Parlement européen contre conseil de l'Union européenne*, ECLI :EU : C:2008:57.
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL LÉGER du 27 janvier 2005, de l'affaire CJCE, 2e chambre, *Meta Fackler KG contre Bundesrepublik Deutschland*, arrêt du 12 mai 2005, C-444/03, ECLI:EU:C:2005:64.
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL WHATELET Melchior, du 17 mars 2015, de l'affaire : CJUE, grande chambre, arrêt du 16 juillet 2015, grande chambre, affaire C-425/13, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne.*
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTHONY M. COLLINS du 9 février 2023, paragr.9, de l'affaire CJUE, grande chambre, 12 octobre 2023, C-670/21, *BA contre Finanzamt X,* ECLI:EU:C:2023:763.
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN RICHARD DE LA TOUR du 28 octobre 2021, de l'affaire CJUE, grande chambre, 1er mars 2022, C-275/20, *Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne,* ECLI:EU:C:2022:142.
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PEDRO CRUZ VILLALÓN du 19 décembre 2013, de l'affaire CJUE grande chambre, arrêt du 18 mars 2014, C-427/12, *Commission européenne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2013:871
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. YVES BOT du 11 septembre 2007 de l'affaire CJUE, grande chambre, 18 décembre 2007, affaire C-101/05, *Skatteverket contre A demande de décision préjudicielle formée par le Regeringsrätten (Suède).*
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M.RANTOS ATHANASIOS, présentées le 11 mai 2023, *CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA contre, Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviaria SpA,* C-266/22

- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON du 16 juillet 2015 de l'affaire, CJUE, (grande chambre), arrêt, *Conseil de l'Union européenne contre Commission européenne*, affaire C-73/14, 06 octobre 2015.
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MME ELEANOR SHARPSTON, de l'affaire CJUE, assemblée pleinière, *Avis 2/15 Demande d'avis présenté par la Commission européenne en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, « Conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république de Singapour — Répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres* », ECLI: ECLI:EU:C:2016:992, 21 décembre 2016.
- CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL NIILO JÄÄSKINEN du 24 novembre 2011, de l'affaire CJUE, 4e ch., arrêt du 10 mai 2012, affaire C-39/10, *Commission contre république d'Estonie*, affaire C-39/10, ECLI :EU:C:2011:770.
- TRIBUNAL DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE, 3e chambre, arrêt du12 février 2014, Affaire T-240/14, F-73/12, Jean-Pierre Bodson e.a. contre Banque européenne d'investissement (BEI), P, ECLI: ECLI:EU:T:2016:104.
- TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, grande chambre, 14 décembre 2005, T-135/01, *Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon Srl et Fedon America, Inc. contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, ECLI: EU:T:2005:454.

Jurisprudence des États-Unis d'Amérique

- États-Unis, Cour suprême Cook contre États-Unis, 288 U.S. 102, 1933.
- États-Unis, Cour suprême, Baker v. Carr, 7 L.Ed. 2d 663, 82 S.Ct 691, 369 U.S 186, March 26, 1962.
- États-Unis, Cour suprême, Boone v. Eyre, [K.B. 1777], 126 Eng. Rep. 160(a), B. R. East. 17 Geo. 3.
- États-Unis, Cour suprême, Franklin v. Massachusetts, 505 U.S 788, 112 S.Ct. 2767, 120 L.Ed. 2d 636, 60 U.S.L.W. 4781, June 26, 1992.
- États-Unis, Cour suprême, Medellin v. Texas, 552 U.S. 491, 2008.
- États-Unis, Cour suprême, People of Saipan v. United States Department of Interior, 502 F. 2d 90, 1974, cert. denied, 420 U.S. 1003 1975.

- États-Unis, Cour suprême, Pittsburg and Southern Coal Company. v. Bates, 156 U.S. 577, 4 mars 1985.
- UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE, "In Re section 301 cases", Court No. 21-00052-3JP, April 1, 2022.

TEXTES LEGISLATIFS, REGLEMENTAIRES, TEXTES INTERNATIONAUX ET ACTIONS UNILATERALES.

Textes législatifs et réglementaires

ÉTATS-UNIS

- CFR 15 § 2006.0 (b) - Submission of petitions requesting action under section 301.
- CFR, TITLE 22 Foreign relations, subchapter M : International Traffic in Arms Regulations.
- Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1935, The American Republics, Volume IV - Office of the Historian.
- Foreign Relations of the United States, National Security Affairs; Foreign Economic Policy, Volume I - Office of the Historian, *Memorandum by the Deputy Assistant Secretary of State for Economic Affairs (O'Gara) to the Secretary of State*, publié le 13 novembre 1950.
- Joint statement between the People's Republic of China and the Republic of the Philippines, [en ligne], 5 janvier 2023.
- Part 102 – Rules of Origin, 19 U.S.C. 66, 1202 (General Note 3 (i), Harmonized Tariff Schedule of the United States), 1624, 3492, 4513.
- Public Law 117-58, NOV 15, 2021 135 stat. 429. 23 USC 101 note.
- Reciprocal Market Access Act of 2007, H.R 3684, 10th Congress (2007-2008).
- Reciprocal Market Access Act of 2009, H.R 3786, 11th Congress (2009-2010).
- Reciprocal Market Access Act of 2013, H.R 3467, 113th Congress, (2013-2014).
- Reciprocal Market Access Act of 2015, H.R. 764, 114th Congress (2015-2016).
- Reciprocal Market Access Act of 2018, H.R. 5909, 115th Congress (2017-2018).
- Reciprocal Market Access Act of 2019, H.R. 764, 116th Congress (2019-2020).

- Reciprocity of duties Act. The House having, on the motion of Mr. Huskisson, resolved itself into a committee on the Reciprocity of Duties, [en ligne] Vol 9 cc 795-802, 6 juin 1823.
- Tariff Act of 1922 With Index. H. R. 7456 to Provide Revenue, to Regulate Commerce With Foreign Countries, to Encourage the Industries of the United States and for Other Purposes, 1.
- THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, *Proclamation 10139 – Adjusting Imports of the Aluminium into the United States,* [en ligne], 19 janvier 2021.
- THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT, *Proclamation 10144 – Adjusting Imports of Aluminium into the Unite States,* [en ligne], 1 février 2021.
- The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (a)(1).
- The implementation act for the agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA) – Statement of Administrative Action, [en ligne]. Disponible sur : https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/FINAL%20SAA%20USMCA.pdf
- U.S. CODE TITLE 41 – Public contracts – Subtitle IV Misceallaneous – Chapter 83 – Buy American.
- U.S. CODE TITLE 49, Subtitle VII – Aviation Programs.
- U.S. CODE, TITLE 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 7 - Trade Expansion Act of 1962
- U.S. CODE, TITLE 19 - Customs Duties : (Sections 1 - 4210) : Chapter 12 - Trade Act of 1974.
- U.S. CODE, Title 19 - Customs Duties, Chapiter 1 - U.S. Customs and Border Protection, Department of Homeland Security; Department of the Treasury, Part 134 Country of Origin Marking, 01 avril 2019.
- U.S. CODE, TITLE 19 CUSTOM DUTIES.
- U.S. CODE, TITLE 22 FOREIGN RELATIONS AND INTERCOURSE.
- U.S. CODE, TITLE 30 – Mineral lands and mining, Chapter 3A – Leases and prospecting permits, 2011.
- U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, The INFRA Grant Program, [en ligne]. Disponible sur : https://www.transportation.gov/grants/infra-grants-program

- U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, The Rural Surface Transportation Grant Program, [en ligne]. Disponible sur : https://www.transportation.gov/grants/rural-surface-transportation-grant
- UNITED STATES CONGRESS SENATE COMMITTEE ON FINANCE, Extension of Reciprocal Trade Agreements Act : Hearings Before the Committee on Finance, United States Senate, Eighty-first Congress, First Session, on H.R. 1211, an Act to Extend the Authority of the President Under Section 350 of the Tariff Act of 1930, amendé en 1949.
- UNITED STATES CONGRESS, Reciprocal Tariff Act of 1934, [s. n.], Sect. 350 (a) (2), 1934.
- UNITED STATES STATISTICS DIVISION, *Classification Detail – CPC, Provisional – Code 513.*

UNION EUROPEENNE

- Amendements du Parlement européen, adoptés le 23 octobre 2020, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) nº 1308/2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles, (UE) nº 1151/2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, (UE) nº 251/2014 concernant la définition, la description, la présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographiques des produits vinicoles aromatisés, (UE) nº 228/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union et (UE) nº 229/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des îles mineures de la mer Égée, [en ligne], (COM(2018)0394– C8-0246/2018 – 2019//0218 (COD)), 23 octobre 2020.
- Annexe à la recommandation de Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande du 13 septembre 2017, COM/2017/469 final.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2012) 124 final, 21 mars 2012.

- Proposition modifiée de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, COM(2016) 34 final, Dossier interinstitutionnel: 2012/0060 (COD), 1er février 2016.

- Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part », JO L 11/1080, 14 janvier 2017, p. 1080–1081.
- Décision (UE) 2021/1345 du Conseil du 28 juin 2021 autorisant l'ouverture de négociations avec l'Argentine, l'Australie, le Canada, le Costa Rica, l'Inde, Israël, le Japon, la Nouvelle-Zélande, la Corée du Sud, la Tunisie et les États-Unis en vue de la conclusion d'accords sur le commerce des produits biologiques, OJ L 306, p. 2–3, 31 août 2021.
- Décision du Conseil du 21 octobre 2014 établissant la position à prendre au nom de l'Union européenne au sein du comité des marchés publics sur la levée des objections de l'Union concernant la radiation des trois entités de l'appendice I, annexe 3 relative à la liste du Japon, de l'accord sur les marchés publics, [en ligne], (2014/741/UE), JO L 308 du 29.10.2014, p. 97–98*,* paragr.2
- Décision du Conseil, du 29 mai 1995, relative à la conclusion de l'accord sous forme d'échange de lettres entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique concernant les marchés publics, [en ligne], (95/215/CE), OJ L 134/25.
- Décision du Parlement européen du 7 octobre 2020 sur l'attribution de nouvelles responsabilités au Vice-présidence exécutif de la Commission Valdis Dombrovski, 2020/2203(INS).
- Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE , [en ligne], 13 juillet 2009, JO L 216 du 20.8.2009.

- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE/, OJ, L 94/65, 26 février 2014 article 25.
- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, OJ L 94/243, 26 février 2014, article. 25.
- Proposition conjointe de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de partenariat sur les relations et la coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Nouvelle-Zélande, d'autre part, JOIN/2016/054 final - 2016/0366 (NLE), 28 novembre 2016.
- Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion d'un Accord sous la forme d'un échange de lettres entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique concernant les marchés publics », [en ligne], (94/C 291/04) COM(94) 251 final – 94/0150(ACC), OJ L n° C 291, 19 octobre 1994.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2012) 124 final, 21 mars 2012.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, COM(2012) 124 final, 26 mars 2012.
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) nº 654/2014 du Parlement européen et du Conseil concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international, 2019.
- Recommandation de Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande, COM/2017/0469 final, 13 septembre 2017.

- Recommandation de la décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'accords sur le commerce des produits biologiques entre l'Union européenne et l'Argentine, l'Australie, le Canada, le Costa Rica, l'Inde, Israël, le Japon, la Nouvelle-Zélande, la république de Corée, la Tunisie et les États-Unis d'Amérique, COM(2021) 259 final, 26 mai 2021.
- Recommandation du Parlement européen pour les négociations en vue d'un nouveau partenariat avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », 2020/2023 (INI), 18 juin 2020.
- Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a new partnership with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, COM(2020) 35 final, 03 février 2020.
- Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, JO L, 2019.
- Règlement (UE) 2020/2227 du Parlement européen et du Conseil du 23 décembre 2020 modifiant le règlement (UE) 2017/2403 en ce qui concerne les autorisations de pêche pour les navires de pêche de l'Union dans les eaux du Royaume-Uni et les opérations de pêche des navires de pêche du Royaume-Uni dans les eaux de l'Union, JO L 437, 28 décembre 2020, p. 102–107.
- Règlement (UE) 2021/167 du Parlement européen et du Conseil du 10 février 2021 modifiant le règlement (UE) no 654/2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international, JO L, 2021.
- Règlement (UE) 2021/2115 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 établissant des règles régissant l'aide aux plans stratégiques devant être établis par les États membres dans le cadre de la politique agricole commune (plans stratégiques relevant de la PAC) et financés par le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), et abrogeant les règlements (UE) no 1305/2013 et (UE) no 1307/2013, PE/64/2021/REV/1, JO L 435/1, 6 décembre 2021.
- Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et

des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI) », PE/15/2022/REV/1, JO L 173 du 30.6.2022, p. 1–16.

- Règlement (UE) n ° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, JO L 269/1, 10 octobre 2013.
- Règlement (UE) n ° 978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n° 732/2008 du Conseil, JO L, 2012.
- Règlement (UE) n°2015/2446 de la Commission, du 28 juillet 2015 complétant le règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil au sujet des modalités de certaines dispositions du code des douanes de l'Union », JO L 343, p. 1-557.
- Règlement (UE) n°654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international et modifiant le règlement (CE) n ° 3286/94 du Conseil arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, JO L, 2014.
- Règlement d'exécution (UE) 2019/72 de la Commission du 17 janvier 2019 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de bicyclettes électriques originaires de la république populaire de Chine », C/2019/43, *JO L 16 du 18.1.2019, p. 5–107*, 18 janvier 2019.
- Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur la mise en oeuvre du règlement (UE) n° 978/2012 relatif au SPG (2018/2107(INI)), 2019.
- Résolution du Parlement européen du 26 octobre 2017 contenant la recommandation du Parlement européen au Conseil sur la proposition de mandat de négociation en matière commerciale avec la Nouvelle-Zélande (2017/2193(INI)), *OJ C 346/219,* P8_TA(2017)0420, 27 septembre 2018*,* p. 219–225.
- Résolution du Parlement européen du 29 novembre 2018 sur l'OMC, 2018/2084 (INI), parag 8.
- Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2016 sur une nouvelle stratégie d'avenir novatrice en matière de commerce et d'investissement, 2015/2105(INI) », 2016.

- RÉUNION DES MINISTRES, *Dispositions à prendre en vue d'abaisser ou de supprimer les droits de douane et les autres obstacles aux échanges ; questions connexes et Mesures concernant l'accès aux marchés pour les produits agricoles et les autres produits primaires* Résolution adoptée lé 21 mai 1963, Min (63)9, 22 mai 1963, para. 8.

REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE

- Foreign Trade Law of the People's Republic of China, 5 juillet 2004.
- GENERAL ADMINISTRATION OF CUSTOMS PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, Decree of the State Council of the People's Republic of China, N°416, 3 septembre 2004.
- Legislation Law of the People's Republic of China adopted at the third Session of the Ninth National People's Congress, Order No. 31, 15 mars 2000.
- MOFCOM Order n°1 of 2021 on Rules on Counteracting Unjustified Extra-territorial Application of Foreign Legislation and Other Measures, 09 janvier 2021;
- MOFCOM, Foreign Trade law, 05 juillet 2004.
- MOFCOM, Order n°4 of 2020 on Provisions on the Unreliable Entity list, 19 septembre 2020.
- PRC Anti-foreign sanction law, 10 juin 2021.
- PRC, Export Control Law, as passed by Standing Committee of the National People's Congress, 2020, 2 décembre 2020;
- The Export Control Law of the People's Republic of China", Order of the President of the People's Republic of China, n° 58, adopted at the 22nd Meeting of the Standing Committee of the Thirteenth National People's Congress on October 17, 2020, entered in force on December 1, 2020.

AUTRES

- GOVERNMENT OF WESTERN AUSTRALIA - DEPARTMENT OF JOBS, TOURISM, SCIENCE AND INNOVATION, *Western Australian Industry Participation Strategy 2020*, [en ligne], Novembre 2020. Disponible sur : https://www.wa.gov.au/system/files/2022-06/WAIPS%202020.pdf
- *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11 partie X, [en ligne]. Disponible sur : https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/f-11/

- SÉNAT, *Négociations en vue d'un accord de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande,* [en ligne], Textes E 12362 et E 12407. Disponible sur : https://www.senat.fr/ue/pac/EUR000003497.html#88-4

- VICTORIA STATE GOVERNMENT, Local jobs first policy – Under the local jobs first act 2003.

- Western Australian Jobs Act 2017*,* [en ligne], dernière mise à jour le 22 juillet 2022. Disponible sur : https://www.wa.gov.au/organisation/department-of-jobs-tourism-science-and-innovation/western-australian-jobs-act-2017

Accords internationaux

- Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, JO L 149 du 30 avril 2021.

- Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république Socialiste du Viêt nam, JO L 186/3, p. 3-1400, 12 juin 2020.
- Accord entre l'Union européenne et la république du Chili sur le commerce des produits biologiques, OJ L 331, p. 4–18, 14 décembre 2017 (pas encore en vigueur au 6 octobre 2023).
- Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, JO L 330/3, pp.3-899, 27 décembre 2018.
- Accord entre la Communauté européenne et l'État d'Israël sur les marchés publics*,* [en ligne], JO L 202, 30 juillet 1997, p. 85–88.
- Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles - Acte final - Déclarations communes - Information relative à l'entrée en vigueur des sept accords conclus avec la Confédération suisse dans les secteurs de la libre circulation des personnes, du transport aérien et terrestre, des marchés publics, de la coopération scientifique et technologique, de la reconnaissance mutuelle de l'évaluation de la conformité et des échanges de produits agricoles, JO L 114 , p. 132–368, 30 avril 2002.
- Accord relatif aux marchés publics », [en ligne], 1981.

- Accord sur les marches publics, 2012.
- Agreement establishing the ASEAN – Australia – New Zealand free trade agreement, [en ligne], signé le 27 février 2009 et entré en application le 1er Janvier 2010, chapitre 17.
- Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, (entrée en vigueur le 27 janvier 1980). Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1155.
- EU-KOREA free trade agreement, 7th committee on Trade and Sustainable Development Joint Minutes", 13 et 14 avril 2021.
- EU-Mexico agreement : The agreement in principle, annoncé le 21 avril 2018.
- Free Trade Agreement between the European Union and New-Zealand, signé le 9 juillet 2023.
- Free Trade Agreement between the Government of Australia and. The Government of the People's Republic of China, entré en vigueur le 20 décembre 2015. Disponible sur : https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/chafta/official-documents/Pages/official-documents
- Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea, [en ligne], signé le 1er juin 2015 et entré en application le 20 décembre 2015.
- Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Cambodia », [en ligne], signé le 12 octobre 2020 et entré en application le 1er Janvier 2022.
    - Free trade agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea, [en ligne], signé le 1er juin 2015 et entré en application le 20 décembre 2015. Disponible : http://fta.mofcom.gov.cn/korea/annex/xdzw_en.pdf
- Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Cambodia, signé le 12 octobre 2020, entré en vigueur le 1er Janvier 2022. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/topic/encambodia.shtml
- Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Peru, signé le 28 avril 2009, entré en vigueur le 1er mars 2010. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/topic/enchileupgrade.shtml

- Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the New-Zealand, signé le 7 avril 2008 et entré en vigueur le 1er octobre 2008. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/topic/ennewzealand.shtml
- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) - Punta Del Este Declaration, [en ligne], Déclaration ministérielle, 20 septembre 1986. Disponible sur : http://www.sice.oas.org/trade/punta_e.asp
- General Agreement on Tariffs and Trade [GATT] - The Tokyo Round of Multilateral Trade Negotiations - Geneva, Avril 1979, p. 4.
- Memorandum of Arrangement On Strengthening Cooperation on the Belt and Road Initiative Between The Government of the People's Republic of China And The Government of New Zealand, [en ligne] signé le 23 mars 2017.
- Memorandum of understanding between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of China on Cooperation within the framework of the Silk Road Economic Belt and the 21st Century maritime Silk Road initiative, [en ligne], 23 mars 2019.
- Memorandum of understanding between the Government of the Italian Republic and the Government of the People's Republic of China on Cooperation within the framework of the Silk Road Economic Belt and the 21st Century maritime Silk Road initiative, [en ligne], 23 mars 2019.
- Memorandum of understanding between the Government of the Republic of the Philippines and the Government of the People's Republic of China on Cooperation on the Belt and Road Initiative, [en ligne], signé le 20 novembre 2017.
- MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *China and Cambodia sign the Memorandum or Understanding on E-commerce – Cooperation,* [en ligne], 13 novembre 2017
- OMC, L'Accord général sur le commerce des services (AGCS): objectifs, champ d'application et disciplines, [en ligne].
- OMC, *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends,* [en ligne].
- Portuguese Counterproposal for a Treaty of Amity and Commerce, [c. 7 June 1783], Founders Online, National Archives, *in The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 40, edition Ellen R. Cohn. New Haven and London,Yale University Press, 2011, pp. 123–132. Disponible sur: https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-40-02-0073

- Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement [en ligne], signé le 15 novembre 2020, chapitre 19.
- The Swedish-American Treaty of Amity and Commerce, with Translation, 3 April [i.e., 5 March] 1783, [en ligne], *National Archives*, *in The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 39, edition. Ellen R. Cohn. New Haven and London, Yale University Press, 2008, pp. 250–285.].
- The United States-Mexico-Canada Agreement, entré en vigueur le 1er juillet 2020.
- Traitement Différencié et Plus Favorable, Réciprocité et Participation Plus Complète des pays en Voie de Développement - Décision du 28 novembre 1979, 20S/19, 21,1979.
- United States – Panama Trade Promotion Agreement, [en ligne], entré en vigueur le 31 octobre 2012.
- United States – South Korea Free Trade Agreement, [en ligne], entré en vigueur le 1er Janvier 2019.

Actions unilatérales

- COMMERCIAL AND TRADE FACILITATION DIVISION, RE: Modification of NY299096; country of origin of electric motors from Mexico; 2018 Section 301 trade remedy; 9903.88.01, HTSUS", CLA-2 OT:RR:CTF:FTM H301619 GaK, 06 novembre 2018.
- Executive Office of the President, Proclamation 9705 - Adjusting Imports of Steel Into the United States, Federal Register [en ligne], publié le 15 mars 2018.
- Executive Office of the President, Proclamation 9710 - Adjusting Imports of Steel Into the United States, Federal Register [en ligne], publié le 22/03/2018 ou encore, Executive Office of the President, Proclamation 9894 - Adjusting Imports of Steel Into the United States, Federal Register [en ligne], publié le 19/05/2019.
- FEDERAL REGISTER, Adjusting Imports of Aluminium Into the United States, [en ligne], Proclamation 9704, Vol. 83, n°51, 8 mars 2018.
- Joint Statement by the United States and Canada on Section 232 Duties on Steel and Aluminum, [en ligne]. 2019.
- Joint Statement by the United States and Mexico on Section 232 Duties on Steel and Aluminum, [en ligne]. 2019.

- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, Notice of Action in the Section 301 Investigation of Turkey's Digital Services Tax, [en ligne], [Docket Number USTR–2021–0006]", Federal Register, Vol. 86, N°107, 07 juin 2021.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE RERPESENTATIVE, Notice of Determination and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation, [en ligne], Docket No. USTR–2018–0005, Federal Register, Vol. 83, N° 67, 06 avril 2018.
- OFFICE OF THE USTR – Executive office of the President, Findings of the investigation into China's Acts, policies and practices related to technology transfer intellectual property and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, 22 mars 2018.
- Règlement (UE) 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non-membres de l'Union européenne, JO L 176/21, 30 juin 2016.

Comptes rendus des négociations

ÉTATS-UNIS

- OFFICE OF THE USTR – EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Trilateral Statement on the Conclusion of the Third Round of NAFTA Negotiations,* [en ligne].
- OFFICE OF THE USTR – EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Trilateral Statement on the Conclusion of the Fourth Round of NAFTA Negotiations,* [en ligne].
- OFFICE OF THE USTR, *Executive office of the President, Summary of Objectives of the NAFTA Renegotiations*, [en ligne], 11 juillet 2017.
- OFFICE OF THE USTR, *Joint Statement of the Second Meeting of the USMCA/CUSMCA/T-MEC Free Trade Commission,* [en ligne], 08 juillet 2022.

UNION EUROPEENNE

- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Rapport de la Commission relatif au négociations concernant l'accès des entreprises de la Communauté aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la directive 2004/17/CE,* [en ligne], COM(2009)592 final.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon,* [en ligne], COM(2018) 192 final, 18 avril 2018.
- CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *ANNEX to COUNCIL DECISION authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement*, [en ligne], ST 5721/20 ADD 1; ST 5870/20 ADD1 REV2, 25 février 2020
- CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Résultats de la session du Conseil, 3348e session du Conseil – Affaires étrangères – commerce,* 15792/14, 21 novembre 2014, p.7.

INTERNATIONAL

- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC – Compte rendu de la réunion – Tenue au Centre William Rappard les 14 et 15 juillet 2003, TN/C/M/11, 02 février 2004.

- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 18 et 19 juillet 2002*, TN/C/M/3, 10 septembre 2002.
- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 14 février 2005,* TN/C/M/16, 21 avril 2005.
- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 21 et 28 juillet 2005,* TN/C/M/19, 15 septembre 2005.
- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion – Tenue au Centre William Rappard le 1er mai 2006,* TN/C/M/25, 20 juillet 2006.
- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Compte rendu,* TN/C/M/11, 02 février 2004.
- COMITÉ DES NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE L'OMC, *Principales préoccupations du Groupe ACP dans le domaine de l'agriculture,* TN/C/W/32, 31 août 2005.
- COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 4 mars 2003*, TN/C/M/7, 29 avril 2003
- COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le* 4 avril 2003, TN/C/M/8, 6 juin 2003.
- COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 4 au 6 décembre 2002*, TN/M/C/5*,* 4 février 2003.
- COMITÉS DE NÉGOCIATIONS COMMERCIALES DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rapprd le 7 avril 2014*, TN/C/M/34*,* 16 avril 2014.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC l'OMC, *Projet d'éléments sur des modalités pour les négociations sur les produits non agricoles – Révision,* TN/MA/W/35/REV.1, 19 août 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Communication du Japon sur les approches « zéro pour zéro » et d'«harmonisation » - Addendum,* TN/MA/W/15/Add.2, 4 mars 2003.

- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Négociations sectorielles dans le domaine de l'accès aux marchés pour les produits non agricoles (AMNA) - Révision,* TN/MA/W/97/REV.1, 20 décembre 2007.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Comment créer une initiative sectorielle réunissant une masse critique – Communication du Canada et des États-Unis,* TN/MA/W/55, 20 avril 2005.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AU MARCHÉ DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Modalités possibles de négociation sur les obstacles non tarifaires – Communication du Chili – Addendum,* TN/MA/W/17, 18 mars 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Communication de l'Égypte, de l'Inde, de l'Indonésie, du Kenya, de la Malaisie, de Maurice, du Nigéria, de l'Ouganda, de la Tanzanie et du Zimbabwe,* TN/MA/W/31, 25 mars 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du secrétariat,* TN/MA/S/3, 9 septembre 2002, p. 3
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du Secrétariat* - Révision, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003.

- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du Secrétariat* - Révision, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003.
- Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Révision – Note du Secrétariat (TN/MA/S/3/Rev.2)
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Simulations du Secrétariat sur la base des concessions tarifaires des Membres – Notes du Secrétariat,* (JOB(03)/67, 11 Avril 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE l'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 2 août 2002,* TN/MA/M/2, *,* 9 septembre 2002.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Compte rendu de la réuunion – Tenue au Centre William Rappard les 2 et 3 décembre 2002,* TN/MA/M/5, 11 juillet 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Groupe de négociation sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles, Communication de la Bolivie,* TN/MA/W/28, 28 février 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule – Note du Secrétariat* - Révision, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS, COMITÉ DE L'AGRICULTURE DE l'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Communication de l'Argentine du 9 mars 2006,* TN/MA/W/67 – TN/AG/GEN/14, 13 mars 2006.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Communication from Australia*, MTN.GNS/W/46, 1987.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Communication from Mexico – Preliminary Comments on Non-discrimination, National Treatment and Transparency Corrigendum*, MTN.GNS/W/25/Corr.1, 1987.

- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Communication from Switzerland,* MTN.GNS/W/45, 1988.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Modalities for the special treatment for least-developed country*, TN/S/13. (03-4637), 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Note on the meeting* of 3-5 november 1987, MTN.GNS/11, 1987.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles – Accès aux marchés pour les produits non agricoles : Modalités,* TN/MA/W/44, 1er septembre 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles - Communication de l'Argentine, du Brésil et de l'Inde adressée au Groupe de négociation sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles*, TN/MA/W/54, 15 avril 2005.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Accès aux marchés pour les produits non agricoles dans le cadre de l'OMC – Communication du Canada,* TN/MA/W/9, 15 octobre 2002.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 26 mai au 28 mai 2003*
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 26 mai au 28 mai 2003,* TN/MA/M/8, 19 décembre 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Projets d'éléments sur les modalités pour les négociations sur les produits non agricoles – Révisions,* TN/MA/W/35/Rev.1, 19 août 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Rapport du Président, M. L'Ambassadeur Girard, au Comité des négociations commerciales,* TN/MA/12, 1er septembre 2003.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Rapport de situation du Président, M. L'Ambassadeur S.H Jóhannesson, au Comité des négociations commerciales,* TN/MA/16, 24 novembre 2005.
- GROUPE DE NÉGOCIATIONS SUR L'ACCÈS AUX MARCHÉS DE L'OMC, *Vers les modalités de l'AMNA,* TN/MA/W/80, 19 juillet 2006.

- GROUPE DE NÉGOCIATION SUR LES SERVICES, *Note on the meeting of 26 – 30 march 1990*, MTN.GNS /32, 1990.
- TROISIÈME COMITÉ – EXPANSION DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Rapport sur la réunion du 21 au 28 mars 1961,* L/1435, 10S/167, Annex A, 10S/172, 5 avril 1961.

Rapports

ÉTATS-UNIS

- BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY – U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *Guidance for Reporting on Offset Agreements and Transactions*.
- EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Omnibus Report on Significant Trade Deficits*, Executive order 13786, 31 mars 2017.
- U.S., OFFICE OF THE USTR, *Report on United States Negotiations*, Vol. I, 1967.

UNION EUROPEENNE

- *Avis de la Commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission sur le commerce international sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers pour l'Union européenne*, (COM(2017)0487 – C8-0309/2017 – 2017/0224(COD)), Rapporteur : Robert Zile, 04 mai 2018.
- COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne*, [COM(2017) 487 final 2017/0224 (COD)], 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE*, Guidance on Non-Preferential Rules of Origin*, Mars 2022.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Annexes du document de réflexion Vers une Europe durable à l'horizon 2030,* [en ligne], COM(2019) 22 final, 30 janvier 2019
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Mise à jour de la nouvelle stratégie industrielle de 2020: construire un marché unique plus solide pour soutenir la reprise en Europe*", COM(2021) 350 final, mai 2021.

- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Une stratégie "De la ferme à la table" pour un système alimentaire équitable, sain et respectueux de l'environnement,* [en ligne], COM/2020/381 final, 20 avril 2020.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions - La force des partenariats commerciaux : ensemble pour une croissance économique verte et juste,* COM(2022) 409, 22 juin 2022.
- COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Une politique commerciale équilibrée et novatrice pour maîtriser la mondialisation, 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission l'Europe dans le monde - Les instruments de défense commerciale de l'Europe dans une économie mondiale en mutation Livre vert à soumettre à la consultation publique* COM(2006) 763 final, 06 décembre 2006.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission. Lignes directrices visant à faciliter l'application du règlement IMPI par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et par les opérateurs économiques,* JO C 64/7, 21 février 2023.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme. Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage ad hoc et la mise en place d'une juridiction sur les investissements*, [en ligne], 5 mai 2015.
- COMMISSION EUROPÉENNE, PROMETIA SPA, BIP BUSINESS INTEGRATION PARTNERS – SPA - SPA ECONOMICS FOR POLICY A KNOWLEDGE CENTER OF NOVA SCHOOL OF BUSINESS AND ECONOMICS, *Economics for Policy a knowledge Center of Nova School of Business and Economics, Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market – final report,* Mars 2021.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la république Socialiste du Viêt Nam,* [en ligne], COM(2018) 691 final, 17 octobre 2018.

- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport 2012 sur les obstacles au commerce et à l'investissement,* [en ligne], COM/2012/070 final, 2012.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Application des normes sanitaires et environnementales de l'Union aux produits agricoles et agroalimentaires importés,* COM (2022) 226 final, 03 juin 2022.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur la mise en œuvre et l'application des accords commerciaux de l'UE,* [en ligne], COM(2021) 654 final, 27 octobre 2021.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur la mise en œuvre et l'application des accords commerciaux de l'UE,* [en ligne], COM(2022) 730 final, 11 octobre 2022.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au. Comité des Régions sur la mise en œuvre et l'application des accords commerciaux de l'UE,* [en ligne], COM(2022) 730 final, 11 octobre 2022.
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission relatif aux négociations concernant l'accès de entreprises de l'Union aux marchés des pays tiers dans les domaines couverts par la directive 2014/25/UE,* COM(2021) 100 final, 02 mars 2021.
- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, *Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries*, [En ligne], SWD/2021/371 final, 8 décembre 2021.
- Déclaration commune de la Commission, du Conseil et du Parlement concernant un instrument visant à décourager et à contrer les mesures coercitives de pays tiers, 2021/C 49/01, JO C, 2021.
- PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013 portant organisation commune des marchés dans le secteur des produits agricoles, (UE) n° 1151/2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, (UE) n° 251/2014 concernant la définition, la description, la*

présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographiques des produits vinicoles aromatisés, (UE) nº 228/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union et (UE) nº 229/2013 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des îles mineures de la mer Égée, COM(2018)0394 – C8-0246/2018 – 2018/0218(COD), 7 mai 2019

- *Rapport sur la mise en œuvre de la politique commerciale commune – Rapport annuel 2018*, 18 septembre 2020, (2019/2197(INI)).
- *Relance, puissance, appartenance – Le programme de la présidence française du Conseil de l'Union européenne* [en ligne], 2022.

FRANCE

- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité américaine*, rapp n° 4082, 2016.
- DELISLE Jean-Michel, *Réciprocité et commerce international. Comment restaurer des conditions de concurrence loyale ?*, [en ligne] 8 mars 2012

INTERNATIONAL

- Asia-Pacific Economic Cooperation, *APEC Transparency Standards,* [en ligne].
- COMITÉ DES ACCORDS RÉGIONAUX DE L'OMC, *Régime des règles d'origines dans les accords commerciaux régionaux – Étude thématique du secrétariat,* WT/REG/W/45, 5 avril 2002.
- COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics,* [en ligne], 1er juillet 2011.
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la Commission du droit international 7 mai 1973 – 13 juillet 1973 - 1216e séance,* Vol.1, 1973.
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la commission du droit international, 2001, Volume II, 2e partie, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1., United Nations, 2001.
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la Commission du droit international*, volume II première partie, Documents de la trente-septième session, 1987.

- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de la Commission du droit international,* A/CN.4/SER.A/1991/Add.l (Part 1), 1991, Vol. II, Partie 1.
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international - rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international - Établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 58e session, Genève, 1er mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs.* [en ligne], A/73/10, 2018.
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet de la Commission dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités*. 1966, vol. II, p. 205 et 206, *in,* FORTEAU MATHIAS, *Annexe 1 : Les accords internationaux juridiquement non-contraignants*. A/77/10
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session,* ACDI, 1978, vol. II, 2e partie.
- CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Report of the first session of the preparatory committee of the United Nations conference on trade and employment*, [en ligne], E/PC/T/34/, 5 mars 1947, p. 49.
- CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Preparatory committee of the international conference on trade and employment - Committee II - Sub-Committee on tariffs and tariff preferences*, [en ligne], E/PC/T/C.II/W.10, 1946.
- CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Second session of the preparatory committee of the United Nations conference on trade and employment – Verbatim report,* [en ligne], E/PC/T/A/PV/6, 2 juin 1947.

- DIRECTION DE LA GOUVERNANCE PUBLIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL – OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics,* [en ligne], 2015.
- DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKETS AND SERVICES, *Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the field of defence and security – Guidance Note Offset.*
- DIVISION DE L'INFORMATION ET DES RELATIONS AVEC LES MÉDIAS DU GATT, *Cycle des négociations commerciales multilatérales - Uruguay Round*, Dossier de presse, [en ligne], juillet 1990.
- DIVISION DE L'INFORMATION ET DES RELATIONS AVEC LES MÉDIAS DU GATT*, Examen à mi-parcours : accord final à Genève*, Numéro spécial Uruguay Round, mai 1989.
- ESTEVADEORDAL Antoni, SUOMINEN Kati, HARRIS Jeremy T., SHEARER Matthew, *Bridging Regional Trade Agreements in the Americas*, [en ligne], inter-American Development Bank, 2009.
- GELPERN Anna, HORN Sebastian, MORRIS Scott, PARKS Brad, TREBESCH Christoph, *How China Lends – A rare look into 100 Debt Contracts with Foreign Governments*.
- GIDE LOYRETTE NOUEL, *Règlement (UE) 2022/1031 : Réciprocité des marchés publics : mode d'emploi*, 30 septembre 2022.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, EUROPEAN CLUB FOR COUNTERTRADE AND OFFSET, *Guide to international offset contracts*, 2019
- INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION, *Hearings Before the Committee on Finance, United States Senate, Eightieth Congress, First Session, on Trade Agreements System and Proposed International Trade Organization Charter, U.S. Government Printing Office*, 1947, p. 60.
- INTERNATIONALE POLITIK QUATERLY, *« Reports of Globalization's Death Are Greatly Exaggerated",* [en ligne], 04 janvier 2023
- JONES Vivian C., WONG Liana, *International Trade : Rules of Origin*, Congressional Research Service, RL34524, 3 mars 2020.
- LARUELLE Marlene, *China's Belt and Road initiative and Its Impact in Central Asia,* The George Washington University, Central Asia Program, 2018.

- OCDE, NEGOTIATING GROUP ON THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT (MAI), [en ligne], *The treatment of prudential measures in the MAI,* DAFFE/MAI/EG5(96)1.
- OCDE, *OECD taxonomy of measures affecting trade in government procurement processes,* [en ligne], 02 mars 2017.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRAD REPRESENTATIVE, *Bipartisan Trade Deal,* [en ligne], Mai 2007.
- OFFICE OF THE USTR, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Findings of the investigation into China's Acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974*, [en ligne], 22 mars 2018.
- OFFICE OF THE USTR, *Initiation of section 301 investigation; hearing ; and request for public comments : China's Acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property and innovation*, [en ligne], 24 août 2017.
- OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on Access to the German Bar Aptitude Examination : Decision not to initiative investigation,* 76 FR 25401, 25401 – 25402 (2 pages), 2011 – 10874, 4 mai 2011.
- OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on Alleged Expropriations by the Dominican Republic ; Decision not to initiate investigation,* 76 FR 41857, 41857-41858 (2 pages), 2011-17807*,* 15 juillet 2011.
- OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on the U.S.-Israel Free Trade Agreement ; Decision not to initiative investigation,* 76 FR 41858, 41858-41859 (2 pages), 2011-17808*,* 15 juillet 2011.
- OFFICE OF THE USTR, *Petition Under Section 302 on Workers' Rights in China ; Decision not to initiative investigation,* 69 FR 26204, 26204 – 26205 (2 pages), 04 – 10685, 11 mai 2004.
- OMC *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire,* Genève, 1985, p.21. Dit le « Rapport Sutherland ».
- OMC, *Déclaration ministérielle adoptée le 18 décembre 2005 – Programme de travail de Doha,* WT/MIN(05)/DEC, 22 décembre 2005.
- OMC, *Rapport (2015) du comité des marchés publics,* [en ligne], GPA/134, 16 novembre 2015, paragr. 1.6. Disponible sur :

- OMC, *WTO analytical index GATS – Annex On Financial Services (DS reports).*
- POLICY DEPARTMENT FOR CITIZEN'S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRES, *The meaning of" "association" under EU law : A study on the laxw and practice of EU association agreements*, 2019.
- *Rapport du groupe de travail sur l'accession de la Hongrie, IBDD, S20/37, in GROUPE SPÉCIAL, Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile,* WT/DS139/R, 11 février 2000, adopté le 19 juin 2000
- RODRÍGUEZ CEDEÑO Victor, *Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États,* Document A/CN.4/505, paragr. 34. Voir aussi : COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs*, 1/61/10.
- SCHWARZENBERG, Andres B., *U.S. Government Procurement and International Trade,* Congressional Research Service, [en ligne], 10 janvier 2023.
- USTR, *The President's 2017 Trade policy agenda*, 2017.
- VELUT, JB., BAEZA-BREINBAUER, D., DE BRUIJNE, M., GARNIZOVA, E., JONES, M., KOLBEN, K., OULES, L., ROUAS, V., TIGERE PITTET, F., ZAMPARUTTI, T. *Comparative analysis of Trade and Sustainable Developments Provisions in Free Trade Agreements,* [en ligne], The London School of Economics and Political Science, février 2022.

Working papers

- ADLUNG Rudolf et ROY Martin, *Turning hills into mountains? Current Commitments Under the GATS and prospects for chance,* Mars 2005, Staff Working Papers n° ERSD-2005-01, World Trade Organization (WTO), Economic Research and Statistics Division.
- BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., *Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System*, février 1997, Discussion Paper Series No. 9697-14.
- CARBONI Chiara, LOSSA Elisabetta, MATTERA Gianpiero, *Barriers to public procurement : a review and recent pattenrs in the EU*, [en ligne], IEFE – The Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy at Bocconi University, mai 2017, Working paper n.92.

- CERNAT Lucien, KUTLINE- DIMITROVA Zornitsa, *How open is the European Union to US firms and beyond? An assessment of removing "Buy America(n)" restrictions points to substantial benefits in terms of job creation and GDP gains for the US*, Mars 2020, CEPS.
- CHASE Clause, YANOVICH Alan, CRAWFORD Jo-Ann, UGAZ Pamela *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agerements – Innovative or Variations on a Theme ?*, [en ligne], 10 juin 2013, Staff Working Paper ERSD-2013-07.
- CRAWFORD Jo-Ann, *Market access provisions on trade in goods in regional trade agreements*, World Trade Organization – Economic research and Statistic Division, 31 octobre 2012, Staff Working Paper ERSD-2012-20.
- DEREMER David R., *The principle of reciprocity in 21st century*, [en ligne], juin 2016, IEHAS Discussion Papers, No. MT-DP - 2016/13, ISBN 978-615-5594-47-2, Hungarian Academy of Sciences, Institute of Economics, Budapest.
- DONNER ABREU Maria, *Preferential rules of origin in regional trade agreements*, [en ligne], World Trade Organization – Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2013-05, 22 mars 2013.
- IRWIN Douglas *A., From Smoot-Hawley to Reciprocal Trade Agreements: Changing the Course of U.S. Trade Policy in the 1930s*, National Bureau of economic research, [en ligne], janvier 1998 Working paper n°5895.
- MARCHETTI Juan, ROY Martin et ZORATTO Laura, *Is There Reciprocity in Preferential Trade Agreements on Services ?,* 12 octobre 2012, Staff Working Paper ERSD 2012 - 16, [en ligne], Division de la recherche économique et des statistiques de l'Organisation Mondiale du Commerce.

Sites internet

- CHINA MERCHANTS GROUP, *introduction,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.cmhk.com/main/a/2022/e11/a43949_46675.shtml
- China Merchants Port Holdings Company Limited – « Potential discloseable transaction concession agreement in relation to Hambantota Port Sri Lanka », [en ligne], Stock Code.
- China Merchants Port Holdings Company Limited – « Potential discloseable transaction concession agreement in relation to Hambantota Port Sri Lanka », [en ligne], Stock Code : 00144. Disponible sur : https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2017/0725/ltn20170725444.pdf
- CLIFFORD CHANCE, *Belt and road dispute resolution from a chinese perspective,* [en ligne], juin 2020. Disponible sur : https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2018/06/belt-and-road-dispute-resolution-from-a-chinese-perspective.pdf
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Access 2 markets,* [en ligne]. Disponible sur : https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/barriers/details?barrier_id=16822&sps=false
- DAVIS Bob, « U.S.-China Deal Could Upend the Way Nations Settle Disputes, » *Wall Street Journal*, [en ligne], 16 juin 2020 [consulté le 02/07/2022]. : https://www.wsj.com/articles/u-s-china-deal-could-upend-the-way-nations-settle-disputes-11579211598
- DEPARTMENT OF FINANCE, *PHL, China ink bilateral financing agreements and documents during Marcos Jr. state visit,* [en ligne], 05 janvier 2023. Disponible sur : https://www.dof.gov.ph/phl-china-ink-bilateral-financing-agreements-and-documents-during-marcos-jr-state-visit/
- GLOBAL TRADE ALERT, *United States of America : Departmeng of Transportation announces a funding opportunity for Infrastructure for Rebuilging America (INFRA) program that. Is subject to the Buy American provisions,* [en ligne], 25 février 2021. Disponible sur : https://www.globaltradealert.org/intervention/99525/public-procurement-localisation/united-states-of-america-department-of-transportation-announces-a-funding-opportunity-for-infrastructure-for-rebuilding-america-infra-program-that-is-subject-to-the-buy-america-provisions

- GLOBAL TRADE ALERT, *United States of America : Department of Transportation announces a loan for a railroad rehabilitation and improvement projet in Indiana,* [en ligne], 22 décembre 2022. Disponible sur : https://www.globaltradealert.org/intervention/114253/public-procurement-localisation/united-states-of-america-department-of-transportation-announces-a-loan-for-a-railroad-rehabilitation-and-improvement-project-in-indiana
- GLOBAL TRADE ALERT, *United States of America : Department of Transportation announces a loan for a railroad rehabilitation and improvement projet in Indiana,* [en ligne], 22 décembre 2022.
https://legrandcontinent.eu/fr/2022/01/31/doctrine-de-la-double-integration-sabine-weyand/
https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm
https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/tariff_peaks_f.htm,
- KRUGMAN Paul, « America as a lousy exporter », *The New-York Times*, 20 juin 2014. Disponible sur : https ://krugman.blogs.nytimes.com/2014/06/20/america-as-a-lousy-exporter/?module=BlogPost-Title&version=Blog%20Main&contentCollection=Opinion&action=Click&pgtype=Blogs&region=Body
- LES ÉCHOS, *L'équilibre de Nash,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.lesechos.fr/2004/04/l-equilibre-de-nash-1061579
- LUMET Sébastien, *Doctrine de la double intégration, une conversation avec Sabine Weyand*, [en ligne], Le Grand Continent, 31 janvier 2022. Disponible sur : https://legrandcontinent.eu/fr/2022/01/31/doctrine-de-la-double-integration-sabine-weyand/
- MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *China and Cambodia Hold the 2nd Round of Negotiations on the Bilateral Free Trade Agreement,* [en ligne], 13 avril 2020. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/enarticle/chinacambodiaen/chinacambodiaennews/202004/42358_1.html
- MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *China-Cambodia FTA will come into effect on January 1, 2022,* [en ligne] 24 novembre 2021. Disponible sur :

http://fta.mofcom.gov.cn/enarticle/chinacambodiaen/chinacambodiaennews/202112/46486_1.html

- MINISTRY OF COMMERCE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *Minister Zhong Shan and Cambodian Commerce Minister Pan Sorasak held video conference and announced the conclusion of China-Cambodia FTA negotiations,* [en ligne], 27 juillet 2020. Disponible sur : http://fta.mofcom.gov.cn/enarticle/chinacambodiaen/chinacambodiaennews/202007/42738_1.html
- *National Security Strategy of the United States*, [en ligne] décembre 2017. Disponible sur : https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf
- OCDE, *Services Trade Restrictiveness Index Simulator,* [en ligne]. Disponible sur : https://sim.oecd.org/
- OMC, *Droits de douane : plus nombreux à être consolidés et plus proche de zéro,* [en ligne]. Disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm2_f.htm
- OMC, *États-Unis d'Amérique – Notes générales – Annexe 7,* [en ligne]. Disponible sur : https://e-gpa.wto.org/fr/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=UnitedStates&AnnexNo=7&ContentCulture=fr
- RONALD REAGAN PRESIDENTIAL LIBRARY & MUSEUM, *Proclamation 5140 - Proclamation of Trade Agreements With Japan and Spain Providing Compensatory Concessions*, [en ligne], 1983. Disponible sur : https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/proclamation-5140-proclamation-trade-agreements-japan-and-spain-providing
- SHALAL Andrea, BEECH Eric, « Biden to keep tariffs on aluminium imports from UAE, reversing Trump», *Reuters,* [en ligne], 2 février 2021. Disponible sur : https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-aluminum-emirates-idUSKBN2A204N
- *Statuts de la Banque Asiatique d'Investissement dans les Infrastructures*, [en ligne]. Disponible sur : https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/_download/articles-of-agreement/basic_document_french_bank_articles_of_agreement.pdf

- THE INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION, *Resolve a Foreign Trade Barrier*, [en ligne]. Disponible sur : https://www.trade.gov/resolve-foreign-trade-barrier
- THE JEAN MONNET CENTER FOR INTERNATIONAL AND REGIONAL ECONOMIC LAW AND JUSTICE, *Evolution of Non-violation Cases,* [en ligne], Disponible sur : https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/98/98-9--I.html
- WORLDTRADELAW.NET, *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body,* [en ligne], 27 janvier 2023, p.12. Disponible sur : https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/january/statements-united-states-meeting-wto-dispute-settlement-body.
- XI Jinping, « Certain Major Issues for Our National Medium- to Long-Term Economic and Social Development Strategy », sur *Center for Security and Emerging Technology*.

Émission radio

- BOWN Chad, KEYNES Soumaya, « 111 : Trade Policy under Trump », in Trade Talks [en ligne], 25 novembre 2019, 1 enregistrement sonore (52:07min) : https://tradetalkspodcast.com/podcast/111-trade-policy-under-trump/

Autres

- COLBERT Jean-Baptiste, « Lettre de Jean-Baptiste Colbert (ministre d'État) aux échevins de Rouen datée du 25 octobre 1662 », Collections numériques de la Sorbonne, 2, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1863, p. 417.
- COLBERT Jean-Baptiste, « Lettre de Jean-Baptiste Colbert (secrétaire d'Etat de la Marine et de la Maison du roi) à Louis XIV (roi de France) datée du 21 septembre 1669, à Paris », Collections numériques de la Sorbonne, 2, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1863, p. 492.
- COLBERT Jean-Baptiste, « Lettre de Jean-Baptiste Colbert (secrétaire d'Etat de la Marine et de la Maison du roi) à Simon Arnauld de Pomponne (ambassadeur en Suède) datée du 30 octobre 1671 », *Collections numériques de la Sorbonne*, 2, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1863, p. 496.

TABLE DES MATIERES

Remerciements ..... **III**

Sommaire ..... **V**

Liste des abréviations ..... **VII**

Introduction **1**

I. Le regain d'importance de la réciprocité dans un environnement commercial fragmenté. 2

II. La délimitation de la réciprocité dans l'environnement commercial. 25

III. La démarche 28

IV. Le plan d'étude 32

Première partie : La définition d'une taxinomie de la réciprocité **35**

Titre I : La conduite unilatéraliste de la réciprocité 37

Chapitre 1 : La recherche de la réciprocité selon une approche historique 39

Section 1 : L'existence d'une réciprocité spécifique antérieure aux accords du GATT 40

Paragraphe 1 : La réciprocité dans les traités de commerce et de navigation du XVII^e^ au XIX^e^ siècle 40

A – Le développement de la réciprocité à partir du XVIIe siècle 41

1. Les mesures unilatérales de réciprocité du XVII^e^ siècle au XVIII^e^ siècle. 41

2. La hausse des recours à la réciprocité au XVIII^e^ siècle 45

B – Le dépassement progressif de la réciprocité au XIX^e^ siècle 47

Paragraphe 2 : La promotion de l'approche états-unienne de la réciprocité au XX^e^ siècle 50

A – L'adoption du Reciprocal Trade Agreement Act de 1934. 51

B – L'influence du Reciprocal Trade Agreement Act dans l'élaboration d'une réciprocité multilatérale. 55

Section 2 : La promotion d'une « réciprocité diffuse » par les accords du GATT 59

Paragraphe 1 : L'adaptation de la réciprocité aux objets de négociations 60

A – L'absence de définition de la réciprocité lors des cycles de négociation 61

B – L'inadaptation de la réciprocité au commerce des services 66
1. L'absence de référence à la réciprocité dans l'AGCS. 66
2. D'une « réciprocité relative » à une « flexibilité appropriée » pour les pays en voie de développement. 69
Paragraphe 2 : L'effet de diffusion des avantages. 71
A – L'élargissement des bénéfices commerciaux par le biais de la nation la plus favorisée 71
1. La définition de produits similaires. 74
2. La condamnation de tous les avantages. 75
3. Les Membres, selon le traitement de la nation la plus favorisée, doivent étendre le bénéfice des avantages de manière inconditionnelle et immédiatement. 76
B – L'instrumentalisation de la réciprocité en matière de développement 79
Conclusion chapitre 1 86
Chapitre 2 : les fondements de la réciprocité selon une perspective unilatéraliste 89
Section 1 : Le droit interne des États comme faits générateurs de la réciprocité. 90
Paragraphe 1 : La volonté de l'État comme fondement de la réciprocité 90
A – La liberté d'octroyer la réciprocité 90
B – La reconnaissance partielle de la réciprocité d'exécution 97
Paragraphe 2 : Les pratiques de réciprocité dans le droit des contrats 103
A – La présence de l'exceptio adimpleti contractus dans le droit des contrats des États 103
B – Les effets internationaux du droit interne de la réciprocité 106
1. Le principe : l'interdiction du recours aux lois nationales en vue d'inexécuter des obligations internationales. 107
2. L'orientation des relations commerciales vers davantage de réciprocité. 109
Section 2 : La réciprocité comme objectif d'un « lawfare commercial » 124
Paragraphe 1 : Les objectifs de réciprocité : résultats d'une instrumentalisation du droit 124
A – L'intégration des préoccupations commerciales au concept de lawfare ... 124
B – La rhétorique de la défense commerciale comme justification de l'unilatéralisme. 130
Paragraphe 2 : L'argument de la sécurité comme cheval de Troie de la recherche de réciprocité 139
A – Une interprétation unilatérale de la sécurité à relativiser 140

B – La réciprocité : un outil de renforcement de la sécurité économique..... 145
Conclusion chapitre 2 155
Conclusion Titre I 157

Titre II : Typologie de la réciprocité dans les accords commerciaux..... 159
Chapitre 1 : Une classification selon l'objet de la réciprocité 161
Section 1 : L'expression de la volonté de réciprocité 162
Paragraphe 1 : Les détenteurs du pouvoir d'action..... 162
A – La pensée de réciprocité au sein des délégations de négociation. 163
B – Le pouvoir créateur de réciprocité : une étude selon le pouvoir. 172
Paragraphe 2 : La dissymétrie des obligations de réciprocité et des obligations réciproques..... 178
A – L'indice du synallagma 178
B – L'utilisation des réserves comme instrument de rééquilibrage 184
Section 2 : Le champ d'utilisation de la réciprocité..... 191
Paragraphe 1 : La réciprocité globale selon l'objet 191
A – La recherche d'un équilibre global : l'exemple de l'OMC. 192
B – Le support des négociations sectorielles à l'équilibre global..... 198
Paragraphe 2 : La réciprocité spécifique selon l'objet..... 203
A – La réciprocité sectorielle par la recherche de l'accès au marché : l'exemple des marchés publics..... 204
B – La réciprocité sectorielle par la recherche de l'harmonisation des droits : le cas du secteur de l'agriculture..... 211
Conclusion Chapitre 1..... 218
Chapitre 2 : Une classification selon l'effet de la réciprocité. 219
Section 1 : Les caractères de la conditionnalité 220
Paragraphe 1 : La transposition de la conditionnalité aux réalités commerciales 220
A – L'expression de la conditionnalité juridique et matérielle 220
B – L'adaptation de la conditionnalité aux buts de la réciprocité..... 225
Paragraphe 2 : La conditionnalité selon les effets : l'exemple des règles d'origine 231
A – Présentation des règles d'origine : une divergence explicite des effets selon leur expression..... 232
B – Étude comparée de la rigidité des règles d'origine..... 236
1. Le choix de la technique de la détermination d'une règle d'origine 236

2. La règle du cumul. 239
Section 2 : La recherche d'un effet restrictif de la réciprocité 244
Paragraphe 1 : Une détermination sectorielle des restrictions 244
A – Le principe : l'application d'un effet de diffusion des avantages. 245
B – Les réserves d'utilisation en tant qu'indice de la maîtrise de l'octroi des préférences. 249
1. L'exemple des États-Unis. 251
1. L'exemple de la Chine. 256
2. L'exemple de l'Union européenne. 260
Paragraphe 2 : Les effets de la réciprocité spécifique 264
A – L'effet directeur de la réciprocité dans les relations commerciales. 265
B – La réciprocité comme obligation de résultat 270
Conclusion Chapitre 2 275
Conclusion Titre II 277
Conclusion Première partie : 279
Deuxième partie : La portée de la réciprocité dans les accords commerciaux internationaux 281
Titre I : La réciprocité curseur des attentes 283
Chapitre 1 : L'intention de réciprocité comme instrument de mesure 285
Section 1 : Une présence limitée de la réciprocité globale 286
Paragraphe 1 : Construction d'une méthodologie d'évaluation de la réciprocité. 286
A – L'évaluation des obstacles de l'accès au marché. 286
B - Le volume d'échanges comme indice de réciprocité globale. 291
Paragraphe 2 : L'hypothèse d'une réciprocité dans les négociations : le cas de l'OMC. 297
A – La mesure de l'attente de réciprocité par l'utilisation des formules tarifaires 298
1. Présentation générale du système des formules 298
2. Présentation des formules du cycle de Doha 302
B - La mesure d'une absence de la réciprocité. 307
1. Opinions des États concernant le choix des formules 309
2. Taux consolidés et conversion 313
Section 2 : Une présence accrue de la réciprocité spécifique 317

Paragraphe 1 : L'évaluation d'une obligation de réciprocité explicite : le cas de l'AMP. 317
A – La mesure de l'attente de la condition de réciprocité 318
1. L'existence d'une recherche de réciprocité explicite 318
2. L'étude des obstacles à la réalisation de la réciprocité. 323
B – Le défaut de réciprocité entre les Membres de l'AMP : l'exemple des exigences de localisation. 327
Paragraphe 2 : L'approfondissement des relations de réciprocité inter-traités 333
A –La tentative d'une recherche de réciprocité inter-traités dans les accords de libre-échange 334
1. L'exemple de l'AECG. 334
2. L'exemple de l'Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon. 337
3. L'exemple de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée du Sud. 339
B – La remise en question de la réciprocité initiale contenue dans un accord, par son environnement contractuel : l'exemple des Offset 341
Conclusion chapitre 1 347
Chapitre 2 : La réciprocité-structure 349
Section 1 : Le principe : l'exclusion de la réciprocité dans le système légaliste 350
Paragraphe 1 : La neutralisation de la réciprocité d'exécution par le règlement des différends. 350
A – La priorité donnée aux mécanismes de règlement des différends : L'exemple de l'OMC. 351
B – La priorité donnée aux mécanismes de règlement des différends dans les accords de libre-échange. 356
Paragraphe 2 : La recherche de l'équilibre a posteriori des négociations à l'aide des plaintes en situation de non-violation 367
A – L'étude du caractère légitime dans les plaintes en situation de non-violation 367
1. Les plaintes en situation de non-violation à l'OMC 367
2. L'utilisation de la plainte pour non-violation dans les accords bilatéraux. 372
B – L'inefficacité des plaintes pour non-violation dans la résolution du défaut de réciprocité. 374
Section 2 : Vers la création d'un espace de réciprocité 381

Paragraphe 1 : Le développement des solutions alternatives au système de règlement des différends traditionnels. 381
A – La recherche de l'application de l'accord. 381
1. La recherche de la volonté d'« *enforcement* ». 383
2. L'intégration dans l'accord des objectifs de développement durable ... 385
3. L'effectivité de la résolution des différends. 388
B – La recherche d'une protection des règlements des différends sur une base de réciprocité 393
Paragraphe 2 : La réciprocité correctrice 398
A – La recherche par secteur de l'exonération du règlement des différends par les réserves des accords 399
B – Le recours aux comités politiques : signe d'une préférence des négociations politique au recours aux tiers 404
1. Le pouvoir des comités 405
2. La recherche de réciprocité dans les comités. 410
Conclusion du chapitre 2 412
Conclusion Titre I 415
Titre II : Le système de réciprocité 417
Chapitre 1 : La réciprocité – régulatrice 419
Section 1 : La réciprocité comme outil de stabilisation formelle 420
Paragraphe 1 : La recherche de réciprocité comme réponse partielle à la multiplication des engagements 420
A – Le climat d'incertitude causé par l'autonomie des États dans leurs rapports au droit international 421
B – Le recours à la réciprocité pour pallier une désaffection des engagements traditionnels. 429
Paragraphe 2 : Proposition d'une étude de la réciprocité selon sa profondeur 435
A – Un lien synallagmatique à engagements multiples 435
1. L'exemple des États-Unis. 437
2. L'exemple de la Chine 441
B – La contrainte matérielle comme outil de conditionnalité 445
Section 2 : La réciprocité comme outil de stabilisation informelle. 454
Paragraphe 1 : La formulation d'une attente de réciprocité comme origine d'un lien synallagmatique 454
A – La réciprocité comme indice des restrictions graves : Le cas de l'IMPI .. 455

B – L'absence d'opportunités réciproques comme indice d'une pratique déraisonnable : le cas de la Section 301 460
Paragraphe 2 : Une évaluation unilatérale du défaut d'équivalence fondée sur le critère de l'attente. 465
A – Le critère de la proportionnalité dans l'imposition d'une mesure de réciprocité : le cas de l'IMPI 465
B – Le critère de l'équivalence dans l'imposition d'une mesure de réciprocité : Le cas de la Section 301 473
Conclusion chapitre 1 478
Chapitre 2 : La création d'une pratique de réciprocité 481
Section 1 : L'évaluation de la capacité d'utilisation de la réciprocité d'exécution 482
Paragraphe 1 : Le facteur organique interne aux États. 482
A – Le pouvoir d'intervention des acteurs étatiques détenteurs du droit de réciprocité d'exécution 483
B – L'opportunité d'une mesure unilatérale de réciprocité 491
Paragraphe 2 : Le facteur matériel. 498
A – La décentralisation de l'évaluation du défaut de réciprocité 498
B – L'influence de la définition nationale des règles d'origine sur la détermination du destinataire. 505
Section 2 : La légitimation du comportement de réciprocité 513
Paragraphe 1 : L'effectivité relative du résultat d'une mesure de réciprocité 513
A - L'opposabilité relative de la réciprocité à son destinataire 513
B – Le cadre d'élaboration d'une source de réciprocité 522
Paragraphe 2 : La double qualification de standard et de principe selon une approche fonctionnelle de la réciprocité 528
A – Le standard de réciprocité substantielle 528
B – Le rôle stabilisateur d'un principe de réciprocité 534
Conclusion chapitre 2 540
Conclusion Titre II 543
Conclusion Deuxième Partie 545
Conclusion générale 547
Bibliographie 551
Dictionnaire : 551
Ouvrages 551

Thèses 554
Articles 555
Contributions aux mélanges et actes de colloques 561

Jurisprudence et conclusion de jurisprudence 562
Jurisprudence française 562
Jurisprudence internationale 562
Jurisprudence de l'Union européenne 566
Jurisprudence des États-Unis d'Amérique 569

Textes législatifs, réglementaires, textes internationaux et actions unilatérales. 570
Textes législatifs et réglementaires 570
États-Unis 570
Union européenne 572
République populaire de chine 577
Autres 577
Accords internationaux 578
Actions unilatérales 581
Comptes rendus des négociations 583
États-Unis 583
Union européenne 583
International 583
Rapports 588
États-Unis 588
Union européenne 588
France 591
International 591
Working papers 595
Sites internet 597
Émission radio 600

Autres 600

Table des matières 601

Résumé

Dans un contexte de désorganisation de la mondialisation, de références récurrentes au « Sud global », et du retour des États comme acteur du commerce international, la réciprocité est invoquée par ces derniers comme un instrument de régulation des relations commerciales dans un double sens : rééquilibrer matériellement l'objet des avantages négociés et accordés, et comme un moyen d'action supplémentaire en vue d'exécuter les engagements des États. Néanmoins, face aux références politiques et économiques de la réciprocité, il est nécessaire de proposer une conception juridique de la réciprocité. En adoptant une démarche inductive, l'objet de cette étude est d'identifier l'existence d'une réciprocité juridique et de renforcer son utilisation en l'adaptant aux réalités des échanges commerciaux. Cette analyse se doit d'être intrinsèque à la notion de réciprocité afin d'en dresser les différents objets et effets - c'est pourquoi une typologie a été proposée - mais également extrinsèque, autrement dit en faisant référence à l'environnement le plus propice à son utilisation. Il ne faut pas oublier que les recours à la réciprocité s'inscrivent dans un contexte de fragmentation du droit international et des relations internationales, ainsi que dans la recherche de nouvelles formes d'engagements. Ainsi, cette étude a pu démontrer que la fonction auto-exécutoire de la réciprocité était essentiellement utilisée dans le cadre d'engagements moins contraignants. Par ailleurs, dans sa fonction de recherche de l'équilibre, la réciprocité a pris la forme d'un instrument de mesure défini au stade des négociations et dont la présence se mesure tout au long des échanges commerciaux. De ces divers comportements étudiés, une réelle pratique de réciprocité a pu être esquissée. Si elle a été qualifiée de standard, tant la réciprocité agit comme une boussole des relations commerciales, le développement de cette pratique permet d'assurer que la réciprocité tendra à devenir un réel principe cardinal des relations commerciales internationales.

Abstract

In a context of disorganised globalisation, recurrent references to the "global South", and the return of states as players in international trade, reciprocity is invoked by the latter as an instrument for regulating trade relations in a twofold sense: as a means of restoring the material balance of the advantages negotiated and granted, but also as an additional means of enforcing states' commitments. Nevertheless, faced with the political and economic references of reciprocity, it is necessary to propose a legal conception of reciprocity. By adopting an inductive approach, the aim of this study is to identify the existence of legal reciprocity and to reinforce its use by adjusting it to the realities of commercial exchanges. This analysis must be intrinsic to the notion of reciprocity in order to identify its different purposes and effects - which is why a typology has been proposed - but also extrinsic, which means referring to the environment most conducive to its use. It should not be forgotten that appeals to reciprocity take place in a context of fragmentation of international law and international relations, along with the search for new forms of commitment. This study has thus shown that the self-executing function of reciprocity was essentially used in the context of less binding commitments. Furthermore, in its function of seeking a balance, reciprocity took the form of a measuring instrument defined at the negotiation stage and measured throughout the course of commercial exchanges. From the various behaviours studied, it has been possible to sketch out a real practice of reciprocity. While it has been described as a standard, given that reciprocity acts as a compass for trade relations, the development of this practice suggests that reciprocity will tend to become a real guiding principle of international trade relations.