

CONCOURS MATTHIEU-BERNARD 2019

L'EXCEPTION DE SÉCURITÉ DU *GATT* SOUS LE PRISME DES SURTAXES AMÉRICAINES SUR L'ACIER ET L'ALUMINIUM : UNE ANALYSE À L'AUNE DU RAPPORT DU GROUPE SPÉCIAL DANS L'AFFAIRE *RUSSIE – TRAFIC EN TRANSIT*

*Maël Foucault, André-Philippe Ouellet et Stella Warnier**

L'invocation par les États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de l'exception de sécurité prévue par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)* de 1994 constitue l'un des enjeux les plus pressants au sein de l'Organe de règlement des différends (ORD). La conclusion du Groupe spécial dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* constitue une première interprétation de cette mesure d'exception prévue à l'article XXI du *GATT*, dont la portée met en relief le délicat équilibre entre la libéralisation du commerce international et celui de la protection des intérêts essentiels de sécurité. Compte tenu notamment de l'invocation répétée de cette exception dans des contentieux en lien avec l'acier et l'aluminium, opposant les États-Unis à sept autres membres, ce premier jalon interprétatif doit être étudié dans sa dimension politique. Il s'agit en effet d'un moyen pour le Groupe spécial de favoriser la stabilité et l'effectivité du système, et ce en refusant aux membres invoquant l'article XXI une pleine autonomie de jugement. L'importance du rapport du Groupe spécial réside dans sa construction visant à limiter un recours abusif à l'exception de sécurité de la part des membres dans un contexte d'instabilité internationale. Afin de bien apprécier la portée de ce rapport, le présent article propose trois analyses. Dans un premier temps, un retour sur les arguments des parties et des tierces parties dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* permettra de contextualiser les conclusions du Groupe spécial pour traiter, dans un second temps, de la politique interprétative propre à l'ORD. Finalement, les notions d'activisme judiciaire et de la charge persuasive du rapport sont examinées à l'aune des différends en cours dans lesquels l'exception de sécurité a été invoquée. Cet exposé doit permettre d'appréhender la question des exceptions de sécurité dans le contexte plus global des défis auquel est confrontée aujourd'hui l'OMC, notamment en lien avec la paralysie de l'Organe d'appel à compter du 11 décembre 2019.

One of the most pressing issues affecting the Dispute Settlement Body (DSB) of the World Trade Organization (WTO) is the growing number of invocations by Members of the security exceptions enshrined in Article XXI of the 1994 *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*. The conclusions brought forward by the Panel in the dispute *Russia—Traffic in Transit* constitute the first WTO interpretation of the *GATT* security exceptions. The Panel managed to draw a fine line between the imperative of trade liberalization and the protection of Members' essential security interests. In turn, considering amongst others the invocations of the exception to justify tariffs on steel and aluminium by the United States, this first interpretative milestone needs to be examined in its political dimension. Indeed, in reaction to the current instability of the multilateral trading system, the Panel endorsed a stabilizing function, aiming to guarantee the efficiency of the system. As such, the Panel in *Russia—Traffic in Transit* denied Members full discretion as regards security exceptions, explicitly rejecting a "non-justiciability" scenario. The importance of the Panel's report lies in the argumentative and textual construction thereof, which aims to limit potential abuse as regards Member's invocation of the exceptions at times of instability. To fully appreciate the significance of the report, the article will proceed in three

* Maël Foucault est étudiant à la Maîtrise en science politique à l'Université d'Ottawa ; André-Philippe Ouellet est étudiant en Master de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève et Stella Warnier est étudiante au Baccalauréat en droit à l'UQAM. Ce texte s'est mérité le premier prix dans le cadre du Concours Matthieu-Bernard 2019 organisé par la Société québécoise de droit international.

steps. First, an analysis of the arguments brought forward by disputing and third parties in *Russia—Traffic in Transit* will help to contextualize the conclusions reached by the Panel, which will accordingly highlight the political mechanisms of interpretation underlying the interpretative practice of the DSB's organs. Finally, the notions of judicial activism and the legal weight to be given to the Panel's conclusions in *Russia—Traffic in Transit* will be examined in relation to ongoing disputes. The growing invocation by Members of security exceptions takes place against the backdrop of numerous challenges affecting the WTO, one of the direst being the paralysis of the Appellate Body as of December 2019.

La invocación por los Estados Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) acerca de las excepciones relativas a la seguridad halladas en el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)* de 1994, constituye uno de los desafíos más importantes al que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) debe enfrentarse. La conclusión del Grupo especial en el caso *Rusia – Tráfico en tránsito* constituye la primera interpretación de las excepciones de seguridad consagradas en el artículo XXI del *GATT*. La interpretación por el Grupo especial de tales excepciones es muestra del sutil equilibrio entre la liberalización del comercio y los imperativos de protección de los intereses esenciales de seguridad de los Miembros de la OMC. Para apreciar plenamente el alcance de las excepciones de seguridad del *GATT* y la dimensión política del informe del Grupo especial en el caso *Rusia – Tráfico en tránsito*, este artículo se focalizará en las nuevas diferencias que surgieron entre Estados Unidos y otros siete Miembros de la OMC relativas a tarifas estadounidenses sobre productos de acero y de aluminio. El reciente informe constituyó una oportunidad para el Grupo especial de apostar por la eficiencia y la estabilidad del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, tras negar a los Miembros de invocar el artículo XXI con una plena discreción. La importancia del informe del Grupo especial reside en su constitución, que expresa claramente el objetivo de limitar recursos abusivos por los Miembros de la excepción de seguridad. Para entender el alcance de dicha decisión, el presente análisis se dividirá en tres partes. Primero, se examinarán los argumentos de las partes y de las terceras partes frente a las excepciones a fin de contextualizar las conclusiones del Grupo especial. Posteriormente, se explicará la política interpretativa del OSD, para finalmente examinar las nociones de activismo jurídico y el futuro peso interpretativo del informe en el caso *Rusia – Tráfico en tránsito* en las diferencias vigentes en las que las excepciones de seguridad han sido invocadas. De esta forma, este artículo tiene como objetivo demostrar la pasmosa evolución de la “vida” de las excepciones de seguridad, sobre todo frente al difícil contexto afectando a la OMC, especialmente en relación con la inoperatividad de su Órgano de Apelación desde el 11 diciembre 2019.

« Les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas »¹. Cette affirmation de la Cour permanente de justice internationale (ci-après, CPJI) remonte à 1927, soit une époque où la délégation de certains pans de la compétence des États s'accélérait via la conclusion de traités. La CPJI soulignait d'ailleurs, quelques années plus tôt, que la souveraineté n'était pas incompatible avec le multilatéralisme, et que la décision d'un État de s'engager par le biais d'un traité constituait justement une illustration de l'exercice de sa souveraineté².

Toutefois, les engagements conventionnels ne sont pas absolus, puisque dans certaines circonstances, il est permis à l'État de déroger aux obligations auxquelles il s'est engagé : en droit international public, le *Projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la Commission du droit international prévoit notamment des clauses permettant de telles dérogations³. Les dispositions contenues dans le *Projet d'articles de 2001* ne s'appliquent toutefois pas si « la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État [est régie] par des règles spéciales de droit international »⁴, en raison de la maxime *lex specialis derogat legi generali*. Bien que l'Organisation mondiale du commerce (ci-après, OMC) ne soit pas imperméable au droit international public⁵, le corpus de normes régissant son fonctionnement demeure propre à l'OMC, y compris celles permettant d'exclure l'illicéité⁶.

L'ensemble de ce corpus de normes vise *in fine* à atteindre l'objectif prévu par l'*Accord instituant l'OMC (Accord sur l'OMC)*, c'est-à-dire d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral⁷. Outre les principes généraux régissant l'OMC, tel que le traitement national ou la prohibition des restrictions quantitatives, il existe également des dispositions d'exception prévues par les accords visés qui permettent d'exclure l'illicéité de mesures qui, sinon, seraient contraires à certaines obligations.

L'article XXI de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (ci-après, *GATT*) est une exception de sécurité permettant de déroger à toutes les dispositions dudit accord⁸. Jusqu'à tout récemment, cette disposition n'avait jamais fait l'objet d'un rapport adopté par l'Organe de règlements des différends (ci-

¹ *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)* (1927), CPJI (sér A) n° 10 à la p 17.

² *Affaire du Vapeur « Wimbledon » (Royaume de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, France, Italie et Japon c Allemagne)* (1923), CPJI (sér A) n° 1 à la p 25.

³ « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session » (Doc NU A/56/10) dans *Annuaire de la Commission du Droit international 2001*, vol 2, partie 2, New York, Publications des Nations Unies, 2007 (Doc NU A/CN.4/SER.A/ 2001/Add.1 (Part 2)) [« Rapport de la CDI de 2001 »].

⁴ *Ibid* à la p 150.

⁵ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Brésil et Venezuela)* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R à la p 19 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Essence*].

⁶ « Rapport de la CDI de 2001 », *supra* note 3 à la p 150.

⁷ *Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 187 au préambule (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord sur l'OMC*].

⁸ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce 1994*, 15 avril 1994, Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, annexe 1A, 1867 RTNU 187 à l'art XXI (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*GATT*]; voir également Hubert Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007 aux n°s 169 - 191.

après, ORD) (hormis quelques références *passim* et parfois *a contrario* en lien avec d'autres articles)⁹. En avril 2019, un Groupe spécial (ci-après, GS) a rendu son rapport dans l'affaire *Russie – Mesures concernant le Trafic en transit*, en effectuant une interprétation de l'article XXI:b iii) du *GATT*. L'article XXI se lit comme suit :

Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée

a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;

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

i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ;

ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ;

iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ;

c) ou comme empêchant une partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Cette disposition a engendré la crainte d'une déstabilisation du système multilatéral commercial, en plus de révéler des divergences entre les points de vue des membres vis-à-vis de la portée de cette exception. Le rapport du GS constitue un premier jalon interprétatif et risque de revêtir une importance considérable étant donné l'invocation de l'article XXI dans de récentes affaires, notamment en lien avec l'embargo de certains États arabes visant le Qatar et les surtaxes américaines sur l'acier et l'aluminium.

Le présent article vise à expliciter les conclusions tirées par le GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* afin de pouvoir mieux appréhender l'impact de celles-ci sur les différends ultérieurs dans lesquels l'exception de sécurité du *GATT* aura été invoquée. Étant donné le risque de déstabilisation du système que pose l'article XXI

⁹ Voir par ex *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (Plainte de l'Inde)* (2003) OMC Doc WT/DS346/R au n° 7.36 (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – recours à l'article 21.5 du Mémoire d'avis par le Mexique (Plainte du Mexique)* (2015), OMC Doc WT/DS381/R au n° 7.45 (Rapport du Groupe spécial); *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène (Plaintes des États-Unis, de l'Union européenne et du Japon)* (2014) OMC Doc WT/DS431,432,433/R au n° 7.137 (Rapport du Groupe spécial); *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières (Plainte des États-Unis)* (2011), OMC Doc WT/DS394,395,398/R au n° 7.276 (Rapport du Groupe spécial); *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures (Plainte du Panama)* (2015) OMC Doc WT/DS461/R n° 7.102 (Rapport du Groupe spécial).

et la politisation de l'affaire, il semblait nécessaire de confronter le processus interprétatif du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* afin de vérifier si son analyse était en phase avec la politique interprétative développée au fil des ans par l'Organe d'appel (ci-après, OA). L'article se divisera en deux parties distinctes devant refléter ces considérations. Premièrement, un portrait de l'affaire *Russie – Trafic en transit* présentera les conclusions et le test auquel est parvenu le GS dans son rapport, et ce, en y opposant un aperçu de la politique judiciaire du mécanisme de règlement des différends de l'OMC afin de souligner la politisation de ce rapport. De plus, cette interprétation de l'article XXI se verra appliquée à certaines affaires en cours, en se focalisant sur les différends liés aux tarifs américains sur l'acier et l'aluminium, rendant ainsi compte de scénarios afférents à l'interprétation de l'article XXI du *GATT*.

I. Présentation et analyse de l'affaire *Russie – Trafic en transit* à l'aune de la pratique interprétative de l'OA

L'invocation d'un moyen de défense tel que l'article XXI, qui serait une exception à l'ensemble des obligations contenues dans le *GATT*¹⁰, a généré une certaine appréhension au sein des membres de l'OMC. Certains États ont avancé que l'exception de sécurité était potestative, c'est-à-dire laissée à l'entière discrétion du membre l'invoquant¹¹. Ces derniers ont insisté sur le fait que les questions de sécurité étaient de nature subjective, se trouvant liées à la souveraineté étatique¹². Le contrôle de l'invocation de cette exception serait ainsi perçu comme une ingérence dans les affaires internes de l'État.

A contrario, certains membres ont affirmé que si l'ORD n'avait pas la compétence pour juger de la conformité de certaines mesures avec le *GATT*, cela minerait l'équilibre même du système multilatéral commercial¹³. C'est là le nœud de l'affaire *Russie – Trafic en transit*, qui a constitué la première occasion pour un GS de l'OMC de trancher sur la question potestative de l'article XXI. Il convient tout d'abord de survoler les faits ayant mené à ce différend entre la Fédération de Russie (ci-après, Russie) et l'Ukraine, pour ensuite énoncer les arguments des parties pour ensuite exposer les constatations du GS en lien avec la potestative alléguée de l'article XXI du *GATT* menant à une présentation générale de la décision rendue en lien avec les mesures prises par la Russie. Finalement, une dernière section fera ressortir la nature politique du rapport ainsi que les choix qui le sous-tendent.

¹⁰ Petros C Mavroidis, *The Regulation of International Trade*, vol 1, Cambridge, The MIT Press, 2016 à la p 479.

¹¹ Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2016, *sub verbo* « potestatif ».

¹² Dapo Akande et Sope Williams, « International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO » (2002) 43 *Va J Int'l L* 365 à la p 372.

¹³ Hannes L Schloemann et Stefan Ohlhoff, « "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence » (1999) 93 *Am J Int'l L* 424 à la p 438.

A. Les faits de l'affaire *Russie - Trafic en transit*

La demande d'établissement d'un GS, déposée par l'Ukraine, concernait des mesures imposées par la Russie sous la forme d'interdictions et de restrictions visant le trafic en transit routier et ferroviaire en provenance d'Ukraine¹⁴. Ces interdictions ont été mises en œuvre entre 2014 et 2016. Des postes de contrôle ont d'abord été mis en place de concert avec la création de permis spécifiques pour des marchandises à destination du Kazakhstan. De plus, les marchandises à destination de la Mongolie, du Tadjikistan, du Turkménistan et de l'Ouzbékistan ont *de facto* été touchées. En effet, à compter de novembre 2014, ces marchandises devaient passer par le Bélarus afin d'entrer sur le territoire russe. À partir de janvier 2016, ces conditions se sont vues soudainement appliquées à l'ensemble des marchandises à destination du Kazakhstan. Les interdictions ont atteint leur point culminant en juillet de la même année. La Russie a alors déterminé que les marchandises à destination du Kazakhstan sujettes à des droits de douane supérieurs à zéro, entre autres¹⁵, étaient définitivement interdites de transit par la Russie.

Dans sa demande d'établissement d'un GS, l'Ukraine a allégué que les mesures susmentionnées étaient incompatibles avec les obligations de la Russie au titre de l'article V du *GATT* (relatif à la liberté de transit), de l'article X du *GATT* (en ce qui a trait à la publication et application des règlements relatifs au commerce) ainsi qu'avec les engagements relatifs figurant dans le Protocole d'accession de la Russie. Toutefois, la Russie n'a pas démenti l'existence de telles mesures et n'a pas cherché à démontrer qu'elle respectait les obligations dont l'Ukraine alléguait la violation. Dans sa défense, elle a plutôt invoqué l'exception de sécurité prévue par l'article XXI du *GATT*, affirmant que les mesures sur le transit étaient nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. La Russie a précisé que les mesures avaient été prises dans le contexte d'une grave tension internationale, reprenant les termes employés par l'article XXI b) iii).

Dans ses différentes communications, la Russie a invoqué l'exception de sécurité et n'a pas fourni d'éléments de preuve en ce qui avait trait au lien entre le cas de tension évoqué et la nécessité des mesures mises en place pour protéger les intérêts essentiels de sa sécurité. En effet, la Russie considérait que le GS n'était pas compétent pour examiner la question, l'article XXI étant, à son avis, potestatif. Ainsi, il suffirait pour un État de se prévaloir de l'exception de sécurité afin de justifier la mise en place de mesures restrictives au commerce, et l'ORD ne pourrait se prononcer sur cette question relevant exclusivement de l'appréciation subjective de l'État l'invoquant. Dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*, le GS a débuté son raisonnement en examinant la question de sa compétence¹⁶.

¹⁴ *Russie – Mesures concernant le trafic en transit (Plainte de l'Ukraine)* (2019), OMC Doc WT/DS512/R au n° 7.1 (Rapport du Groupe spécial) [*Russie – Trafic en transit*].

¹⁵ Les marchandises listées dans l'annexe de la Résolution n° 778 du gouvernement de la Fédération de Russie sont aussi interdites. Les marchandises provenant de certains pays ayant imposé des sanctions économiques à la Russie sont aussi visées depuis juillet 2016. Voir *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.1.

¹⁶ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 aux n° 7.53 - 7.104.

B. Arguments des parties concernant la compétence du GS et affirmation du principe *Kompetenz-Kompetenz*

Compte tenu de la particularité de la position russe, et afin de mieux situer celle-ci, il convient de différencier les arguments des États parties aux différends quant à la compétence du GS. L'Ukraine a d'abord allégué que l'exception de sécurité n'était pas autorégulatrice, et que le GS devait exercer un contrôle de l'invocation de cette disposition. Il découlait de cet argument que la Russie ne se serait pas acquittée de la charge de la preuve, n'ayant pas fait de démonstration juridique concernant l'exception de sécurité¹⁷. Les seules informations fournies par l'État défendeur indiquaient qu'un cas de grave tension serait survenu pendant l'année 2014, sans développer davantage. L'Ukraine a fait valoir que les mesures ne pouvaient être justifiées sans l'apport d'éléments de preuve démontrant le lien entre la nécessité de celles-ci et la protection des intérêts essentiels de sécurité. Ainsi, l'affaire consistait, selon l'Ukraine, en un différend commercial ordinaire qui nécessitait un examen par le GS¹⁸. En effet, l'article XXI énoncerait un « moyen de défense affirmatif pour des mesures qui seraient sinon incompatibles avec les obligations dans le cadre du GATT »¹⁹. L'Ukraine a souligné que si le GS n'était pas compétent en raison de l'invocation de l'article XXI, cela impliquerait un pouvoir unilatéral de décision du membre invocateur quant à l'issue du différend, ce qui serait contraire à l'article 23.1 du Mémorandum²⁰.

La Russie n'a pas nié que l'article 7.1 du Mémorandum établit normalement la compétence du GS pour examiner les questions qui lui sont présentées et pour émettre des constatations. Cependant, elle a considéré que les questions relatives à l'exception de sécurité « [allaient] au-delà du cadre des relations commerciales et économiques entre les Membres et se situent en dehors du cadre de l'OMC »²¹. Lors de la procédure écrite, la Russie a affirmé que l'article XXI permettait aux membres de réagir souverainement en cas de grave tension internationale. Toute autre interprétation n'allant pas dans le sens d'une autonomie de jugement entraînerait une ingérence dans les affaires d'un État²².

Dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*, le GS a déterminé qu'en raison de l'argumentaire de la Russie en lien avec l'invocation de l'article XXI du *GATT*, l'ordre d'analyse devait débiter par les questions liées à sa compétence, avant l'examen des questions sur le fond²³. En déterminant s'il pouvait exercer sa compétence, le GS a appliqué le principe *Kompetenz-Kompetenz*, qu'il avait déjà reconnu dans des affaires antérieures²⁴. Selon ce principe, les tribunaux

¹⁷ *Ibid* au n° 7.32.

¹⁸ *Ibid* au n° 7.21.

¹⁹ *Ibid* au n° 7.31.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid* au n° 7.28.

²² *Ibid* au n° 7.29.

²³ *Ibid* au n° 7.24.

²⁴ Voir par ex *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte des communautés européennes)* (2000), OMC Doc WT/DS136/AB/R à la note de bas de page 30 (Rapport de l'Organe d'appel); *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (2001), OMC Doc WT/DS132/AB/R au n° 36 (Rapport de l'Organe d'appel).

juridictionnels internationaux possèdent une compétence inhérente découlant de l'exercice de leur fonction judiciaire, leur permettant de se prononcer sur leur propre compétence²⁵.

C. Les constatations du GS sur le caractère potestatif de l'exception de sécurité

Le GS, tout en tenant compte des arguments des parties et des tierces parties dans son interprétation de l'article XXI, a entrepris une analyse à la lumière des règles coutumières d'interprétation des traités²⁶. Ainsi, en examinant la disposition et en accordant une attention particulière à la structure de celle-ci, le GS a procédé à une interprétation textuelle pour ensuite se baser sur le but et l'objet de l'*Accord sur l'OMC* et du *GATT*, afin de retenir l'interprétation laissant le moins de pouvoir discrétionnaire au membre invocateur.

1. L'ANALYSE TEXTUELLE DU GROUPE SPÉCIAL

Les rapports de GS et de l'OA sont construits dans un souci de légitimité, la forme prenant celle d'un discours objectif et rationnel²⁷. Dans le présent différend, le GS détermine l'ordre d'analyse d'abord en fonction des questions liées à sa compétence, puis à celles sur le fond, en affirmant que les arguments russes « obligent » à une telle procédure²⁸. Les GS sont effectivement libres de structurer leur raisonnement comme ils l'entendent, à moins qu'il n'existe « un ordre d'analyse obligatoire qui, s'il n'était pas suivi, équivaldrait à une erreur de droit »²⁹. Le GS prend d'ailleurs ses précautions, dans la section 7.6.2 du rapport, en procédant à l'analyse des allégations de l'Ukraine au cas où l'OA aurait eu à infirmer son raisonnement.

Le GS, sans le mentionner explicitement, semble avoir incorporé à sa pratique le principe dégagé dans l'affaire *CE – Hormones* à l'effet duquel les exceptions ne justifient pas une interprétation plus stricte³⁰, procédant ainsi en « appliquant les règles normales d'interprétation »³¹. D'un point de vue textuel, comme en témoigne la

²⁵ *Russie – Trafic en transit*, supra note 14 au n° 7.53. Il est intéressant de noter au n° 7.39 que le Canada a semblé remettre en question le principe de *Kompetenz-Kompetenz* dans ses communications telles que rapportées par le Groupe spécial.

²⁶ *Russie – Trafic en transit*, supra note 14 au n° 7.59 faisant référence aux art 31 – 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 à l'art 31 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980 [CVDI]).

²⁷ Valérie Boré Eveno, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales. Étude comparative*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I – Panthéon – Sorbonne, 2004 [non publiée] à la p 219 [Eveno].

²⁸ *Russie – Trafic en transit*, supra note 14 au n° 7.24.

²⁹ *Canada – Exportations de blés et importations de grains (Plainte des États-Unis)* (2004), OMC Doc WT/DS276/AB/R au n° 109 (Rapport de l'Organe d'appel).

³⁰ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plaintes du Canada et des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS26,48/AB/R au n° 104 (Rapport de l'Organe d'appel).

³¹ *Ibid.*

présence du membre de phrase « qu'elle estimera nécessaire », le membre invoquant l'article XXI pourrait déroger à quelque obligation au titre du *GATT* pour des raisons de nature essentiellement politique et subjective par définition³². Le libellé de l'alinéa b) de l'article XXI, aux dires du GS, « peut permettre plus d'une interprétation de l'expression adjectivale³³ qu'elle estimera nécessaire »³⁴. La première hypothèse postule que ce membre de phrase qualifie uniquement la nécessité des mesures qui sont prises pour la protection d'intérêts sécuritaires. La deuxième hypothèse considère une interprétation plus large, étant donné que l'expression engloberait également la détermination de ce que sont les intérêts essentiels de sécurité du membre. La dernière hypothèse, la plus étendue, établit que l'autonomie de jugement du membre s'étend aussi aux trois sous-alinéas de l'article XXI b). Le GS entreprend donc l'analyse interprétative dans une formule « presque incantatoire »³⁵, en rappelant que les questions doivent être réglées par l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public.

En effet, le GS commence par examiner l'hypothèse la plus étendue concernant la signification de la particule « qu'elle estimera » en posant la question : « Est-il logique, compte tenu de leur fonction limitative, de laisser leur détermination exclusivement à la discrétion du Membre qui invoque la disposition ? » puis se penche sur la structure grammaticale des sous-alinéas et leur sens, leur attribuant une détermination objective. Le recours au principe de l'effet utile est employé *a priori* pour assurer la cohérence de l'argument et contribuer à la rationalité du raisonnement juridique. Or, l'argument de la Russie présenté dans ses communications écrites fait abstraction du sens des sous-alinéas en interprétant la particule « qu'elle estimera nécessaire à » comme impliquant une autonomie de jugement. Le GS, en omettant de se prononcer sur le sens des termes du sous-paragraphe introductif, reconnaît sa compétence à partir de ceux des sous-alinéas. Si le GS avait débuté son analyse par le sous-paragraphe introductif comprenant la particule « qu'elle estimera », en prenant en considération son effet utile, cela aurait pu modifier l'étendue de ses constatations. Pour Stephan Schill et Robyn Brieze, un groupe adjectival tel « qu'elle estimera nécessaire à » est une expression du caractère *self-judging* d'une disposition³⁶.

À la suite de l'interprétation textuelle, le GS retient la première hypothèse interprétative à l'effet de laquelle le membre de phrase « qu'elle estimera » qualifie uniquement la nécessité des mesures qui sont prises. Parmi les trois hypothèses soulevées par le GS quant à l'interprétation de l'article XXI, celui-ci semble s'être approché de la logique dégagée dans l'affaire *États-Unis – Essence* en ce qui a trait aux exceptions, c'est-à-dire un raisonnement séquentiel reflétant la structure de la

³² *GATT*, *supra* note 8, art XXI b).

³³ Le terme grammatical exact est plutôt « groupe adjectival ». Dans le rapport en anglais, il est employé « adjectival clause ». Voir *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.63.

³⁴ *Ibid* au n° 7.63.

³⁵ Thomas Skouteris, « Customary Rules of Interpretation of Public International Law and Interpretative Practices in the Dispute Settlement System » dans Paolo Mengozzi, dir, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan, Giuffrè, 1999 à la p 139.

³⁶ Stephan Schill et Robyn Brieze, « “If the State Considers” : Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement » (2009) 13 Max Planck UNYB 61 à la p 92.

disposition³⁷. Dans un premier temps, il faudrait observer si l'un des sous-alinéas est rempli pour ensuite l'assujettir au « chapeau » et effectuer l'examen de bonne foi. Si une telle pratique est effectivement souhaitable *in fine*, ce détournement par le fond entrecoupe la tâche du GS dans la partie du rapport en question, soit celle de la détermination de sa compétence.

Ainsi, en opposant le sous-alinéa iii) « appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale » à l'expression adjectivale « qu'elle estimera », le GS détermine que l'expression « appliquées en temps de » se rapporte à « durant », et instaure une concordance chronologique dont la détermination est objective.

En outre, le GS affirme qu'un état de guerre peut être déterminé objectivement, tout comme un cas de grave tension internationale³⁸. Toutefois, la définition du terme « guerre » ne repose pas sur un usage du dictionnaire, et est défini comme un conflit armé pouvant survenir entre des États, entre des forces gouvernementales et des groupes armés privés, ou entre ces groupes à l'intérieur d'un seul État³⁹. Or, un cas de grave tension peut également être caractérisé par une situation de conflit armé, latent ou non⁴⁰. Ces deux définitions, dont le sens s'entrecoupe, pourraient ne pas donner son plein effet à des expressions séparées par la conjonction de coordination « ou ». En effet, dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, le terme « ou » est défini comme étant inclusif ou exclusif⁴¹. Or, le GS fait fi de son approche grammaticale et n'aborde pas la question. Il conclut donc qu'un cas de grave tension internationale est une situation objective, dont l'examen temporel concerne un fait objectif, chacun étant soumis à une détermination objective. L'argument russe selon lequel « seuls des États souverains peuvent déclarer l'état de leurs relations avec d'autres États souverains », dont les ramifications échapperaient à la compétence d'un GS, est rejeté par l'étude des termes du traité⁴².

Le GS considère que la « structure logique de la disposition »⁴³ devait être prise en considération, les trois sous-alinéas ayant une fonction limitative. Toutefois, ceux-ci ne sont pas cumulatifs, « étant donné que ces objets – c'est-à-dire les " matières fissiles ", le " trafic d'armes " et les situations de " guerre ou [les] cas de grave tension internationale " décrits dans les sous-alinéas énumérés – sont substantiellement différents »⁴⁴.

³⁷ *États-Unis – Essence*, *supra* note 5 aux pp 3-20.

³⁸ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.71.

³⁹ *Ibid* au n° 7.72.; *Contra* Charles Rousseau, « Portée de l'expression *cas de guerre ou de complications internationales* », *Consultations 1948-1953*, 1951. L'état de guerre y est défini comme une catégorie spécifique du droit international, dont les conséquences juridiques ne peuvent intervenir qu'entre des États.

⁴⁰ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.76.

⁴¹ *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des communautés européennes)* (1999), OMC Doc WT/DS98/AB/R au n° 163 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Corée – Produits laitiers*].

⁴² *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 à la p 31 note 67 faisant référence à la déclaration finale de la Russie lors de la première réunion du Groupe spécial.

⁴³ *Ibid* au n° 7.65.

⁴⁴ *Ibid* au n° 7.68.

2. L'OBJET ET LE BUT COMME PROCÉDÉ DE CONFIRMATION

À l'étape suivante, ayant laconiquement relevé que les autres sous-alinéas constituaient des éléments de contexte - le GS se base sur le but et l'objet de l'*Accord sur l'OMC* et du *GATT*⁴⁵. En reprenant les termes de l'affaire *CE – Matériels informatiques*, le GS affirme que ces traités « 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 »⁴⁶.

Naturellement, donc, le GS affirme qu'« il serait entièrement contraire à la sécurité et à la prévisibilité du système commercial multilatéral [...] y compris les concessions qui permettent de déroger à des obligations dans des circonstances spécifiques, d'interpréter l'article XXI comme une condition purement potestative »⁴⁷.

Dans son raisonnement, le GS se penche rapidement sur le but et l'objet de l'article XX du *GATT* (relatif aux exceptions générales), affirmant que cette disposition constitue un mécanisme permettant de déroger à des obligations en raison d'intérêts non commerciaux. Cela dit, il n'étend pas ce raisonnement à l'article XXI⁴⁸. Le GS souligne d'ailleurs que l'interprétation proposée par la Russie minerait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, « subordonnant ainsi l'existence des obligations d'un Membre dans le cadre du GATT et de l'OMC à une simple expression de la volonté unilatérale de ce Membre »⁴⁹. Toutefois, il peut y avoir une variété de buts et d'objets au sein d'un traité, ceux-ci pouvant être contradictoires par moment⁵⁰; le GS semble ne pas vouloir traiter de l'objet de la disposition en tant que telle, dont l'essence pourrait contredire l'affirmation du but et de l'objet de l'*Accord sur l'OMC*. Outre l'objet et le but, le GS a par la suite procédé à un examen des travaux préparatoires du *GATT* et de l'Organisation Internationale du Commerce afin de confirmer son interprétation.

D. Les mesures mise en cause face au test établi par le Groupe spécial dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*

Une fois la démarche interprétative complétée, le GS conclut que pour s'inscrire sous l'article XXI b), une mesure devait premièrement satisfaire aux prescriptions énoncées dans l'un des sous-alinéas de cette disposition, en fonction d'un

⁴⁵ *Ibid* au n° 7.78.

⁴⁶ *Ibid* au n° 79.

⁴⁷ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 79.

⁴⁸ *Ibid* aux n° 7.132-7.138.

⁴⁹ *Ibid* au n° 7.79.

⁵⁰ Isabelle Van Damme, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body » (2010) 21:3 EJIL à la p 631 [Van Damme]. Voir *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.)* (1998) OMC Doc WT/DS/58/AB/R au n°s 17 et 114 (Rapport de l'Organe d'appel); voir également *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène (Plaintes de l'Union européenne et al.)* (2014) OMC Doc WT/DS431,432,433/AB/R au n° 5.55 (Rapport de l'Organe d'appel).

examen objectif⁵¹. Cette interprétation ne laisse donc pas une « discrétion absolue »⁵² au membre invoquant l'exception de sécurité, écartant l'argument russe selon lequel le sous-alinéa iii) de l'article XXI b) serait fondé sur une autonomie de jugement. Deuxièmement, il est nécessaire que l'État démontre l'existence d'un intérêt essentiel de sécurité afin d'exciper de sa bonne foi, le GS soulignant que ce ne sont pas tous les intérêts qui s'élèvent au rang d'un intérêt essentiel. Finalement, afin de compléter ce test de bonne foi, il est nécessaire que l'État démontre que ses mesures sont plausiblement aptes à protéger les intérêts essentiels de sa sécurité. Le GS a donc examiné les éléments de preuves avancés par la Russie afin de déterminer si l'invocation de l'exception de sécurité se qualifiait sous le sous-alinéa iii) et que son invocation était faite de bonne foi. En raison du manque d'informations fournies par la Russie, le GS a procédé à l'examen de l'actualité géopolitique entourant la mise en place des mesures, afin de pouvoir conclure que le contexte international avait un lien plausible avec les mesures prises sous l'article XXI b) iii).

1. L'EXAMEN DE L'ACTUALITÉ GÉOPOLITIQUE PAR LE GROUPE SPÉCIAL

La Russie a justifié l'application de ses mesures en raison d'un cas de grave tension internationale survenu en 2014. Le différend en question soulevait « des questions de politique, de sécurité nationale et de paix et sécurité internationales », sans pour autant les expliciter⁵³. Le moyen de défense invoqué, soit l'article XXI b) iii), ne faisait donc pas l'objet d'une démonstration juridique, et pratiquement aucun élément de preuve n'a été fourni en appui aux arguments. L'alinéa a) de l'article XXI permet effectivement au Membre invoquant la disposition de ne pas « fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité »⁵⁴; la Russie a donc indiqué qu'elle ne pouvait divulguer des informations pouvant miner sa sécurité nationale. Elle n'a fait que référer hypothétiquement au Rapport sur l'examen des politiques commerciales de l'Ukraine, lequel fait mention de l'annexion de la Crimée et du conflit militaire à l'Est⁵⁵.

Le GS a donc dû procéder à un examen de l'applicabilité de l'article XXI b) iii) du *GATT* par la Russie sans qu'elle communique plus d'information. Toutefois, il a pu conclure que les mesures étaient appliquées en cas de grave tension internationale. Le GS a défini cette expression, laquelle fait référence à « une situation de conflit armé, ou de conflit armé latent, ou de tension ou crise aggravée, ou d'instabilité générale embrasant ou entourant un État »⁵⁶. Sachant que les mesures prises par la Russie étaient en lien avec une situation survenue en 2014, le GS a affirmé que les relations entre l'Ukraine et la Russie durant cette période se qualifiaient sous le sous-alinéa iii).

⁵¹ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.82.

⁵² *Ibid* au n° 7.102.

⁵³ *Ibid* au n° 7.112.

⁵⁴ *GATT*, *supra* note 8, art XXI a).

⁵⁵ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.115.

⁵⁶ *Ibid* au n° 7.76.

2. L'EXISTENCE D'UN LIEN PLAUSIBLE ENTRE LES MESURES RUSSES ET LES INTÉRÊTS ESSENTIELS DE SÉCURITÉ DE CE PAYS

Le fait que le GS ait examiné l'actualité politique et recherché des éléments de preuve, en l'absence d'informations fournies par la Russie, visait à vérifier la bonne foi de l'État invocateur. Ainsi, le GS a rappelé que « l'obligation de bonne foi est un principe juridique général et un principe général du droit international qui sous-tend tous les traités »⁵⁷, et que le membre qui invoquait la protection de ses intérêts essentiels de sécurité devait énoncer ceux-ci de façon suffisamment claire⁵⁸. Il apparaît, dans le rapport, qu'afin que le lien entre la mesure en cause et le sous-alinéa iii) ait un caractère plausible, la tension évoquée devait être caractéristique. Le GS a déterminé que « moins le "cas de grave tension internationale" invoqué par le membre est caractéristique, c'est-à-dire plus il est éloigné d'un conflit armé ou d'une situation de désordre public [...], moins les intérêts de défense ou militaires, ou intérêts en matière de maintien de la loi et de l'ordre public qui peuvent être généralement attendus, sont manifestes »⁵⁹. Parmi les éléments de preuves qui ont été soulevés dans le rapport, il y a notamment la reconnaissance par l'Assemblée générale des Nations Unies de l'existence d'un conflit armé entre les deux pays⁶⁰.

Ainsi, le GS a déterminé que l'état des relations internationales entre la Russie et l'Ukraine en 2014 étant « très proche du "cœur même" de ce qui constitue une guerre ou un conflit armé »⁶¹, le sous-alinéa iii) était applicable en l'espèce. Le GS a ensuite conclu que l'Ukraine étant un pays frontalier, la Russie pouvait considérer de bonne foi que ses intérêts essentiels de sécurité étaient menacés. Enfin, pour cette même raison, il était plausible que les restrictions au transit soient liées à la protection de ces mêmes intérêts. Le GS a constaté que chacune des mesures en cause avait été appliquée en situation de « grave tension internationale au sens du sous-alinéa iii) de l'article XXI b) du GATT de 1994 »⁶².

E. Observations

Dans sa réflexion sur l'année 2017, le président sortant de l'ORD déclarait, concernant le nombre croissant d'invocations de l'article XXI du *GATT* par les États membres, que : « *if this trend continues it will undoubtedly place an additional strain on the system* »⁶³. Les constatations du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* s'ouvrent sur une formulation faisant écho à cette nouvelle conjoncture, alors que ses membres précisent que le différend en question : « est le premier dans lequel il est

⁵⁷ *Ibid* au n° 7.132.

⁵⁸ *Ibid* au n° 7.134.

⁵⁹ *Ibid* au n° 7.135.

⁶⁰ *Ibid* au n° 7.122.

⁶¹ *Ibid* au n° 7.136.

⁶² *Ibid* au n° 7.126.

⁶³ L'ambassadeur Junichi Ihara, Réflexions du président sortant sur l'évolution de l'ORD, présentée à l'OMC, 3 mai 2018 [non publié], en ligne : <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ihara_17_f.htm>.

demandé à un GS de l'OMC chargé du règlement des différends d'interpréter l'article XXI du GATT de 1994 »⁶⁴.

Cette affaire pose la délicate question de la conciliation entre la libéralisation du commerce et la protection des intérêts essentiels de sécurité. Au cœur de cette tension résident deux interprétations juridiques contradictoires concernant la potestativité alléguée de la disposition. Le GS se trouve face à un différend dont « les caractéristiques nouvelles et exceptionnelles » l'obligent à suivre un raisonnement particulier⁶⁵. La présente section se divisera donc en deux sous-sections, devant permettre d'apprécier les constatations du rapport *Russie – Trafic en transit* d'un point de vue critique. Ainsi, un bref portrait de la politique interprétative de l'ORD éclairera la méthodologie en matière d'interprétation des traités, et ce, au regard de la jurisprudence du mécanisme⁶⁶. Finalement, un regard croisé entre la politique judiciaire et l'interprétation choisie par le GS permettra d'en faire ressortir le choix politique.

1. LA POLITIQUE INTERPRÉTATIVE DE L'ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Si l'on entend d'une juridiction qu'elle est « un organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire rendue en application du droit⁶⁷ », Hélène Ruiz-Fabri affirmait que l'évolution de l'ORD permet de lui reconnaître ce statut⁶⁸. Quoi qu'il en soit, l'article 3.2 du Mémoire reconnaît que le système de règlement des différends « a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public »⁶⁹.

⁶⁴ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.20.; Il est intéressant de noter qu'un GS établi sous le GATT de 1947 a indirectement traité de l'exception de sécurité dans un rapport non adopté concernant un différend entre les États-Unis et le Nicaragua, *États-Unis – Mesures commerciales affectant le Nicaragua (Plainte du Nicaragua)* (1986), GATT Doc L/6053 au n° 5.17. Un examen de l'article XXI du GATT de 1947 était toutefois expressément exclu du mandat du GS. Ne pouvant se prononcer, celui-ci a tout de même laissé deviner sa position en posant la question suivante à l'occasion d'un *obiter* : « s'il était accepté que l'interprétation de l'article XXI était réservée exclusivement à la partie contractante qui s'en prévalait, comment les PARTIES CONTRACTANTES pourraient-elles assurer que cette exception générale à toutes les obligations imposées par l'Accord général ne fasse pas l'objet de recours excessifs ou à des fins autres que celles qui sont énoncées dans cette disposition ? ».

⁶⁵ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.24.

⁶⁶ Le terme jurisprudence est employé en raison de la continuité et de la cohérence des décisions, sans affirmer que les décisions constituent une « pratique ultérieure ». Voir Hélène Ruiz Fabri, « Le juge de l'OMC : Ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière » (2006) 110:1 RGDIP à la p 43 [Ruiz Fabri].

⁶⁷ Carlo Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. » (2000) 46 AFDI à la p 61.

⁶⁸ Ruiz Fabri, *supra* note 67 à la p 43.

⁶⁹ *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, 15 avril 1994, Accord de Marrakech établissant l'Organisation Mondiale du Commerce, annexe 2, 1869 RTNU 401 à l'art 3.2 (entrée en vigueur : 1995) [*Mémoire*].

Dans le premier rapport de l'Organe d'appel (OA) adopté par l'ORD, celui-ci établissait que l'article 31 de la *CVDT* constituait une règle du droit international coutumier⁷⁰. Une telle reconnaissance, faisant abstraction des débats savants⁷¹, avait le mérite d'édicter une méthodologie claire.

Un principe général d'interprétation aide à déterminer la raison pour laquelle une norme reçoit une signification plutôt qu'une autre, le principe ayant une fonction créatrice⁷². Or, le chapeau de l'article 31 est rédigé au singulier : « règle générale d'interprétation », et permet une procédure séquentielle⁷³. Il prévoit qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁷⁴. Trois grandes écoles méthodologiques fondent et découlent de cette règle, soit celles orientées vers la « textualité », l'« intentionnalité » ou la « finalité »⁷⁵.

Au sein de l'ORD, l'interprétation de l'*Accord sur l'OMC* s'effectue en fonction d'une séquence rigide d'étapes autonomes, où chacune doit être épuisée avant d'entreprendre la suivante⁷⁶. Le processus demeure une seule et même opération d'interprétation, dont les étapes sont connectées et se renforcent mutuellement. La première de ces étapes vise à attribuer un sens aux termes du traité via une interprétation textuelle, comme en témoigne l'usage fréquent du dictionnaire, afin de confirmer le sens d'un mot, en le contextualisant dans le langage du traité⁷⁷. L'OA, du fait de cette pratique, s'est d'ailleurs vu octroyer le titre « d'obsédé », dans une description qu'en a fait le professeur René-Jean Dupuy⁷⁸. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'OA précise que l'« interprétation correcte est avant tout une interprétation textuelle »⁷⁹.

En ce qui concerne le contexte, c'est-à-dire la structure de l'article et sa relation avec les dispositions pertinentes, l'article 31:2 de la *CVDT* précise que :

Le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à

⁷⁰ *États-Unis — Essence*, *supra* note 5 à la p 19.

⁷¹ Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of legitimate expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Londres, Hart Publishing, 2006 à la p 213.

⁷² Van Damme, *supra* note 51 à la p 616.

⁷³ Giovanni Distefano et Petros C Mavroidis, « L'interprétation systémique : le liant de l'ordre international » dans O. Guilloid et Ch. Müller, dir, *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle, 2011, 743 à la p 744 [Distefano et Mavroidis].

⁷⁴ *CVDT*, *supra* note 26, art 31.

⁷⁵ Eveno, *supra* note 27 à la p 141.

⁷⁶ George Abi-Saab, « The Appellate Body and Treaty Interpretation », dans Giorgio Sacerdoti et al., dir, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, CUP, 2006 à la p 104 [Abi-Saab].

⁷⁷ Van Damme, *supra* note 51 à la p 621.

⁷⁸ Abi-Saab, *supra* note 77 à la p 106.

⁷⁹ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des communautés européennes, des États-Unis et du Canada)* (1996) OMC Doc WT/DS8, 10, 11/AB/R à la p 20 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Japon - Boissons alcooliques II*]; Pour une première distanciation du « textualisme », voir *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua et Barbuda)* (2005), OMC Doc WT/DS285/AB/R au n° 166 (Rapport de l'Organe d'appel).

l'occasion de la conclusion du traité; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité⁸⁰.

L'OA fait souvent appel au reste de la disposition, voire à une disposition autre de l'*Accord sur l'OMC*⁸¹. À une seule reprise, un rapport a tenu compte d'un traité hors des accords visés, comme contexte, soit dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*⁸².

Le recours au but et à l'objet, dont la mission est d'extraire l'essence d'un traité – sa finalité – est employé soit pour une disposition particulière, par exemple dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*⁸³, soit pour dégager la raison d'être d'un traité. Au regard de l'OA, cette méthode ne constitue d'ailleurs pas une « base indépendante d'interprétation »⁸⁴.

Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'OA confirme que les moyens complémentaires d'interprétation prévus à l'article 32 de la *CVDT* font partie du corpus de droit international coutumier⁸⁵. Le recours aux travaux préparatoires, soit l'« ensemble des documents relatifs aux origines et au déroulement des négociations ayant abouti à l'adoption d'un instrument international⁸⁶ [...] » est donc utilisé pour confirmer l'interprétation. À l'OMC, jamais le recours à l'article 32 de la *CVDT* n'a infirmé le sens dégagé par la méthode textuelle, tout comme le contexte et le but et l'objet n'ont jamais infirmé une conclusion de l'examen du sens ordinaire des termes⁸⁷.

La politique interprétative, donc, doit être entendue comme le processus sous-jacent à la technique décrite précédemment, soit celui qui intervient en tant que processus de décision lorsque l'interprète est confronté à la polysémie d'un contentieux interprétatif. Il s'agit de l'acte normatif par lequel « le choix entre [les] différents sens appelle une décision qui relève du vouloir de l'interprète ; décision dont la signification et les effets juridiques dépendent du pouvoir de cet interprète au sein du système juridique »⁸⁸.

Inévitablement, les idées directrices qui traduisent la logique opérant au sein de l'ORD sont de l'ordre de l'équilibre, de la stabilité et de l'effectivité du système⁸⁹. Une solution qui fait prévaloir l'unité du système à sa fragmentation est à préférer⁹⁰. C'est donc en gardant à l'esprit la technique interprétative, et la politique qui la sous-tend, qu'il est possible d'appréhender les constatations du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*.

⁸⁰ *CVDT*, *supra* note 26, art 31:2.

⁸¹ *Abi-Saab*, *supra* note 77 à la p 104.

⁸² *Distefano et Mavroidis*, *supra* note 74 à la p 755.

⁸³ *Corée – Produits laitiers*, *supra* note 42 au n° 87.

⁸⁴ *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 80 à la p 14.

⁸⁵ *Ibid* à la p 12.

⁸⁶ Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 1106.

⁸⁷ *Distefano et Mavroidis*, *supra* note 74 à la p 755.

⁸⁸ *Eveno*, *supra* note 27 à la p 216.

⁸⁹ *Ruiz Fabri*, *supra* note 66 à la p 57.

⁹⁰ Voir le texte de Gabrielle Marceau, Arnau Izaguerri et Vladyslav Lanovoy, « The WTO's Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation », 47:3 *J World Trade* 481.

2. MULTILATÉRALISME ET CHOIX POLITIQUE : LIMITER L'USAGE DE LA CLAUSE

Dans un *obiter dictum*, le GS affirme que :

Les divergences politiques ou économiques entre des Membres ne sont pas suffisantes, en elles-mêmes, pour constituer un cas de grave tension internationale [...]. En effet, il est normal de s'attendre à ce que les Membres soient confrontés, de temps à autre, à des conflits politiques ou économiques avec d'autres Membres ou États. [...] ils ne sont pas des "cas de grave tension internationale"⁹¹.

Afin de favoriser la cohérence et l'effectivité du mécanisme de règlement des différends, le GS se permet de sortir du cadre du différend, et donc de son rôle de « préservation » des droits et des obligations des membres, afin de limiter le recours *ad vitam æternam* à la disposition dans un contexte d'instabilité. Dès lors, le rapport s'avère un habile maniement entre, d'une part, les arguments juridiques ukrainiens, et de l'autre, le spectre d'un éventuel retrait de membres insatisfaits des recommandations du rapport.

Au vu de la politique interprétative de l'OA, l'exceptionnalité de l'affaire *Russie – Trafic en transit* ne relève donc pas d'un « tournant jurisprudentiel ». Plutôt, la manière de procéder, semblable au portrait dégagé dans la section 1.3, témoigne d'une politique judiciaire bien établie, étant donné la nature profondément politique du différend. L'intention des membres du GS d'observer une neutralité à l'égard des parties est garantie par les règles d'interprétation utilisées de manière rigide. La règle d'interprétation littérale semble la plus apte à garantir une objectivité compte tenu de la structure des GS : la composition *ad hoc* favorise un recours à l'interprétation littérale pour des membres présents à temps partiel et soumis à des fonctions particulières⁹².

Le mécanisme de règlement des différends comprend deux dimensions : le règlement du différend et l'application droit⁹³. Si le rapport parvient à un tel résultat, comme peut en témoigner l'absence d'appel, celui-ci est tout de même construit pour prévenir le recours ultérieur à l'article XXI.

II. Les implications de l'affaire *Russie – Trafic en transit* pour les affaires pendantes dans lesquelles l'exception de sécurité a été invoquée

Bien que les constatations du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* n'ont pas été portées en appel, il serait fort surprenant que celles-ci ne soient pas remises en question dans des affaires ultérieures⁹⁴. Le point central de cette section gravitera autour des surtaxes américaines sur l'acier et l'aluminium, les États-Unis maintenant que

⁹¹ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.75.

⁹² Distefano et Mavroidis, *supra* note 73 à la p 758.

⁹³ Ruiz Fabri, *supra* note 67 à la p 45.

⁹⁴ Rostam J Neuwirth et Alexandr Svetlicinii, « The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: "Catch-XXI" and the Revival of the Debate on Security Exceptions » (2015) *J of World Trade* 49:5 891 à la p 913.

celles-ci sont prises en raison d'impératifs sécuritaires prévus par l'article XXI du *GATT*. Outre ce contentieux, d'autres différends où l'article XXI et ses contreparties sous l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)* et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)* ont cours. D'abord, les autres différends dans lesquels l'exception de sécurité est invoquée feront l'objet d'une brève revue (2.1). Les répercussions potentielles de la décision du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* sur les différends en lien avec l'acier et l'aluminium seront examinées en tenant compte de la force persuasive du rapport (2.2) puis, en examinant quelles constatations pourraient être tirées si le raisonnement de celui-ci était applicable en l'espèce (2.3). Enfin, compte tenu des allégations à cet effet, un bref retour sera effectué sur la possibilité de qualifier les mesures américaines de sauvegardes (2.4).

A. Les affaires pendantes dans lesquelles l'article XXI du *GATT* a été invoqué

La revue de ces différentes affaires débutera par les différends commerciaux en cours au Moyen-Orient en lien avec l'exception de sécurité et se focalisera ensuite sur l'ensemble des différends découlant de l'imposition des tarifs américains sur l'acier et l'aluminium.

1. LES DIFFÉRENDS PRENANT PLACE AU MOYEN-ORIENT

Parmi les différends dans lesquels l'article XXI et ses contreparties sont invoqués, un différend oppose le Qatar aux Émirats arabes unis suite à l'embargo économique⁹⁵ imposé par ce dernier. Le Qatar allègue notamment des violations du *GATT*, de l'*AGCS* ainsi que des accords *ADPIC*⁹⁶. Les Émirats arabes unis tentent d'exciper, par des motifs de sécurité nationale, de leurs mesures restrictives en invoquant l'article XXI du *GATT*, l'article XVIbis de l'*AGCS* ainsi que l'article 73 de l'accord *ADPIC*⁹⁷. Le Qatar a également saisi l'ORD en lien avec les pratiques de l'Arabie Saoudite et allègue, de façon plus circonscrite⁹⁸, une violation de l'accord

⁹⁵ Pour plus de détails en lien avec les différends découlant de cet embargo, voir Alexandr Svetlicinii, « Trade Wars are Good and Easy to Win: From Security Exceptions to the Post-WTO World » (2019) KLRI JL and Legislation, 9:1, 29 aux pp 50-51 [Svetlicinii, « Trade Wars »].

⁹⁶ *Émirats arabes unis – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services et les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (Plainte du Qatar)* (2017) OMC Doc WT/DS526/2 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par le Qatar).

⁹⁷ OMC, nouvelle, « Le Qatar demande qu'un Groupe spécial de l'OMC examine les mesures des ÉAU concernant les marchandises, les services et les droits de propriété intellectuelle » (23 octobre 2017), en ligne : <www.wto.org/french/news_f/news17_f/dsb_23oct17_f.htm>.

⁹⁸ À l'origine, le Qatar avait demandé la tenue de consultations plus larges, voir : *Arabie saoudite – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services et les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (Plainte du Qatar)* (2017) OMC Doc WT/DS528/1 (Demande de consultations).

ADPIC⁹⁹. À cela, l'Arabie saoudite a opposé l'invocation de l'article 73 de l'accord ADPIC en indiquant, à l'instar des Émirats arabes unis, qu'il n'était dès lors pas possible qu'un GS examine la question puisque « *a panel has no power to make findings in this matter* »¹⁰⁰. Enfin, certains universitaires comme R.J. Zedalis estiment que les États-Unis, sous l'impulsion du président Donald Trump, pourraient être prompts à imposer des restrictions à l'importation de pétrole brut en invoquant des motifs de sécurité nationale, voire de procéder à des restrictions à l'importation d'automobiles¹⁰¹.

2. LES DIFFÉRENDS EN LIEN AVEC LES TARIFS AMÉRICAINS SUR L'ACIER ET L'ALUMINIUM

Les conclusions du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en Transit* poignent à un moment de rare tension entre l'ORD, particulièrement son OA, et les États-Unis¹⁰². Les États-Unis sont mis en cause dans sept affaires en lien avec les surtaxes sur l'acier et l'aluminium ayant été mises en place¹⁰³ par l'administration Trump en vertu de la section 232 de la *Loi sur le commerce et l'expansion du commerce extérieur de 1962*¹⁰⁴. À l'origine, neuf pays plaignants avaient saisi l'ORD, mais le Canada et le Mexique ont respectivement notifié l'ORD d'une solution convenue d'un commun accord avec les États-Unis les 27 mai¹⁰⁵ et 3 juin¹⁰⁶ 2019. Les deux pays avaient fait du retrait préalable des surtaxes américaines une condition à la ratification du nouvel Accord Canada – États-Unis-Mexique¹⁰⁷. Le président Trump a toutefois réactivé les

⁹⁹ *Arabie saoudite – Mesures concernant la protection des droits de propriété intellectuelle (Plainte du Qatar)* (2018) OMC Doc WT/DS567/3 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par le Qatar).

¹⁰⁰ OMC, nouvelle, « Saudi Arabia—Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights—Meeting of December 4 2018 » (4 décembre 2018), en ligne : <https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/dsb_04dec18_e.htm>.

¹⁰¹ Rex J Zedalis « 'A Commentary on US 'National Security' Import Restraints: The Situation with Crude Oil' » 53:1 (2019) J World Trade 83; Voir également Simon Lester et Huan Zhu, « A Proposal for "Rebalancing" to Deal with "National Security" Trade Restrictions » (2019) 42:5 Fordham Intl LR 1451 à la p 1453 [Lester et Zhu].

¹⁰² Voir généralement le texte de Bradley J Condon, « Captain America and the Tarnishing of the Crown: The Feud Between the WTO Appellate Body and the USA » (2018) J World Trade 52:4 535.

¹⁰³ *Adjusting Imports of Aluminum into the United States*, Proclamation 9704, 83 FR 11619 (8 mars 2018) [Proclamation 9704]; *Adjusting Imports of Steel into the United States*, Proclamation 9705, 83 FR 11625 [Proclamation 9705].

¹⁰⁴ *Trade expansion Act*, 19 USC § 1862 (1962).

¹⁰⁵ *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte du Canada)* (2019) OMC Doc WT/DS550/13 (Notification d'une solution convenue d'un commun accord).

¹⁰⁶ *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte du Mexique)* (2019) OMC Doc WT/DS551/13 (Notification d'une solution convenue d'un commun accord).

¹⁰⁷ La Presse canadienne, « Pas de ratification de l'ACEUM sans la levée des tarifs douaniers, dit Freeland » Radio-Canada (3 avril 2019), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1162321/freeland-ratification-aceum-levée-tarifs-douaniers-etat-unis-mexique>>; Affaire mondiale Canada, Déclaration, « Déclaration conjointe du Canada et des États-Unis concernant l'application de droits sur l'acier et l'aluminium au titre de l'article 232 » (17 mai 2019), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2019/05/declaration-conjointe-du-canada-et-des-etats-unis-concernant-lapplication-de-droits-sur-lacier-et-laluminium-au-titre-de-larticle232.html>>.

dispositions de la proclamation 9704 concernant le Canada en date du 6 août 2020, imposant ainsi à nouveau un tarif de 10 % sur l'aluminium sous forme brute non allié en provenance du Canada à partir du 16 août 2020¹⁰⁸. Le Canada avait alors annoncé la mise en place de contre-mesures « pour un montant proportionnel au montant de produits d'aluminium canadiens qui sont maintenant affectés par les tarifs américains »¹⁰⁹. L'administration Trump a toutefois de nouveau fait volte-face le 15 septembre 2020 en annulant ces nouveaux tarifs¹¹⁰. Les pressions canadiennes ne sont probablement pas étrangères à ce changement de cap, mais la déclaration indique plus sommairement que l'augmentation des importations d'aluminium en provenance du Canada devrait se stabiliser au cours des derniers mois de 2020. Les tarifs n'apparaissent donc plus nécessaires aux États-Unis, bien que le pays se réserve le droit de réimposer un tarif de 10% en cas d'augmentation des exportations canadiennes dépassant 105% des volumes prévus¹¹¹.

Les tarifs demeurent toutefois en vigueur pour les sept de neuf Membres initialement visés. Des GS ont été établis le 4 décembre 2018 lors de la seconde rencontre de l'ORD, à la suite des demandes d'établissement le 19 octobre de la Chine¹¹², de la Norvège¹¹³, de la Russie¹¹⁴ de la Turquie¹¹⁵ et de l'UE¹¹⁶ ainsi qu'à celles de l'Inde¹¹⁷ et de la Suisse¹¹⁸ le 9 novembre 2018. Les allégations des sept États se recoupent ; toutes font état d'allégations de violations des articles I, II, X, XIX du *GATT* et de dispositions de l'Accord sur les sauvegardes (AS) en lien avec les mesures telles qu'appliquées par les États-Unis. Les plaintes de la Chine, de la Suisse et de l'UE

¹⁰⁸ *Proclamation on Adjusting Imports of Aluminum Into the United States Imports*, (6 août 2020) amendement à la proclamation 9704, *supra* note 103.

¹⁰⁹ Gouvernement du Canada, « Avis d'intention d'imposer des contre-mesures envers les États-Unis en réponse à l'imposition de tarifs sur les produits d'aluminium canadiens » (7 août 2020), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/ministere-finances/programmes/consultations/2020/avis-intention-imposer-contre-mesures-envers-etats-unis-reponse-imposition-tarifs-produits-aluminium-canadiens.html>>.

¹¹⁰ Office of the United States Trade Representative, « Statement on Canadian Aluminum », *USTR*, 15 septembre 2020, en ligne : <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/september/ustr-statement-canadian-aluminum>>.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de la Chine)* (2018) OMC Doc WT/DS544/8 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial par la Chine).

¹¹³ *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de la Norvège)* (2018) OMC Doc WT/DS552/10 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par la Norvège).

¹¹⁴ *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de la Russie)* (2018) OMC Doc WT/DS554/17 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par la Russie).

¹¹⁵ *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de la Turquie)* (2018) OMC Doc WT/DS564/15 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par la Turquie).

¹¹⁶ *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de l'Union européenne)* (2018) OMC Doc WT/DS548/14 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par l'Union européenne).

¹¹⁷ *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de l'Inde)* (2018) OMC Doc WT/DS547/8 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par l'Inde).

¹¹⁸ *États-Unis — Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de la Suisse)* (2018) OMC Doc WT/DS556/15 (Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par la Suisse).

se distinguent légèrement, la Chine n'alléguant pas de violation de l'article XI contrairement à tous les autres plaignants. La Suisse et l'UE, quant à elles, allèguent en sus une violation en tant que telle de l'article XVI alinéa 4 de l'*Accord sur l'OMC* par « l'article 232 de la loi 1962 telle [sic] qu'il a été interprété à plusieurs reprises par les autorités des États-Unis et du maintien de l'utilisation de l'article 232 »¹¹⁹.

B. La force persuasive de l'affaire *Russie – Trafic en transit* sur les différends soulevés par les surtaxes américaines sur l'acier et l'aluminium

Compte tenu des arguments américains, le pays tentera d'écarter les conclusions du rapport du GS en faisant valoir une interprétation potestative de l'article XXI du *GATT*. En lien avec la force persuasive potentielle de l'affaire, deux voies apparaissent possibles, soit écarter simplement le rapport étant donné l'absence de *stare decisis* (SD) en droit international¹²⁰, soit distinguer en indiquant que les circonstances sont différentes et qu'elles commandent une nouvelle interprétation de l'article XXI.

1. L'IMPORTANCE DE L'AFFAIRE *RUSSIE – TRAFIC EN TRANSIT* POUR LES DIFFÉRENDS DE L'ACIER ET DE L'ALUMINIUM

Dans ses communications en lien avec ces affaires, les États-Unis usent de la même ligne argumentative que dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* alors qu'ils étaient tierce partie, estimant que « chaque Membre de l'OMC conserve le pouvoir de trancher lui-même les questions qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité »¹²¹ [...]. Les États-Unis dans leur première communication écrite¹²² et lors de leur première intervention orale¹²³ vis-à-vis l'UE s'inscrivent effectivement dans cette lignée, les États-Unis reprenant point par point – de façon plus élaborée – l'analyse potestative de l'article XXI prôné lorsque ce pays était une tierce partie lors du différend *Russie – Trafic en transit*. En sus de son interprétation de l'article, les États-Unis consacrent une section entière¹²⁴ de leur communication écrite au rapport du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*, estimant que l'interprétation du GS est largement erronée.

¹¹⁹ *Ibid* à la p 5.

¹²⁰ Joost Pauwelyn, « Minority rules: precedent and participation before the WTO Appellate Body » dans Joanna Jemielniak, Laura Nielsen et Henrik Palmer Olsen, dir, *Establishing Judicial Authority dans International Economic Law*, Cambridge, coll Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge University Press, 2016, 141 à la p 141 [Pauwelyn, « Minority Rules »].

¹²¹ *États-Unis – Certaines Mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de la Norvège)* (2018) OMC Doc WT/DS552/9 (Communication présentée par les États-Unis).

¹²² *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de l'Union européenne)* (2018) WT/DS548 – Première communication écrite des États-Unis d'Amérique du 12 juin 2019 [DS548 – Communication écrite des États-Unis].

¹²³ *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de l'Union européenne)* (2018) WT/DS548 – Première communication orale des États-Unis d'Amérique du 4 novembre 2019.

¹²⁴ DS548 – Communication écrite des États-Unis *supra* note 119, aux pp 42-56.

Les conclusions auxquelles est arrivé le GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* se retrouvent alors au cœur du différend opposant les États-Unis aux sept autres États. Ces différends s'inscrivent à un moment charnière de l'histoire de l'OMC alors que les États-Unis contestent nombre de méthodes de l'OA. Celles-ci pourraient être regroupées génériquement sous l'expression-parapluie d'activisme judiciaire¹²⁵. L'une des facettes de cet activisme concerne notamment la valeur devant être accordée à des rapports précédemment adoptés.

Les arguments américains, tirés de leurs interventions en tant que tierce partie dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* et dans les présents différends apparaissent fortement opposés aux conclusions ayant été tirées par le GS dans cette affaire¹²⁶.

2. L'ABSENCE DE *STARE DECISIS* EN DROIT INTERNATIONAL PAR RAPPORT À LA POSITION AMÉRICAINE

La notion de SD, tirée des systèmes de Common Law, consiste en l'existence de précédents judiciaires faisant autorité en s'imposant aux juridictions inférieures et dont la somme constitue le droit qui occupe ainsi une fonction législative. Celle-ci n'a pas d'équivalent en droit international public¹²⁷. En effet, en vertu de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, la jurisprudence ne constitue pas en soi une source du droit, mais bien un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit, et ce, sous réserve de l'article 59 du même *Statut*, indiquant que les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige. Bien que la doctrine admette qu'au sein du corpus du droit de l'OMC, il n'existe pas non plus de notion formelle de SD, certains publicistes insistent sur le développement d'un SD de facto¹²⁸. En effet, les décisions de l'OA, voire de GS, verraient leur charge persuasive croître, jusqu'à constituer de véritables précédents dont il ne faudrait pas s'écarter sous peine de déstabiliser le système de règlement des différends et sa prédictibilité¹²⁹.

¹²⁵ Voir Amrita Bhari, « 'Appellate Body Held Hostage' : Is Judicial Activism at Fair Trial? » (2019) 53:2 J World Trade 293; Michel Cartland, Gérard Depayre et Jan Woznowski, « 'Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement?' » (2012) 46:5 J World Trade 46 979.

¹²⁶ *Russie — Mesures concernant le trafic en transit (Plaine de l'Ukraine)* (2016) WT/DS512 – Contribution en tant que tierce partie des États-Unis d'Amérique concernant l'article XXI du GATT du 7 novembre 2017; *Russie — Mesures concernant le trafic en transit (Plaine de l'Ukraine)* (2016) WT/DS512 – Exposé oral en tant que tierce partie des États-Unis d'Amérique concernant l'article XXI du GATT du 25 janvier 2018.

¹²⁷ Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8e éd, Paris, LGDJ, 2009 au n° 260.

¹²⁸ Joost Pauwelyn, « Sources of International Trade Law: Mantras and Controversies at the World Trade Organization » dans Samantha Besson et Jean d'Aspremont, dir, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 1027 à la p 1041 ; Jia Ying Lim, « Dispute Settlement in the World Trade Organisation: Moving towards an Acknowledgement of Stare Decisis » (2018) 3 Cambridge L Rev 193 à la p 197; Raj Bhala « The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy) » (1999) 14 AM. U. INT'L L. REV. 845 à la p 849.

¹²⁹ Pauwelyn, « Minority Rules », *supra* note 117 à la p 142; voir généralement Raj Bhala, « Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) », (2001) 33 Geo Wash Int'l L Rev 873.

Les États-Unis dénoncent depuis une quinzaine d'années, à l'ORD¹³⁰, l'activisme judiciaire, que Robert Kolb définit comme une attitude « hardie et novatrice » chez le juge ne « [craignant] pas de s'engager dans une forme plus ou moins modeste de " législation " »¹³¹. L'un des points saillants des récriminations américaines concerne la qualification des rapports de l'OA par celui-ci en tant que précédents. Les États-Unis ont récemment intensifié leurs interventions en lien avec cette problématique¹³², la mentionnant notamment dans l'Agenda de la politique commerciale du président des États-Unis de 2018¹³³ ainsi que de mars 2019¹³⁴, et y dédiant également vingt-six pages de sa déclaration lors de la rencontre de l'ORD du 18 décembre 2018¹³⁵.

Cette question entourant la valeur des rapports de l'OA, et en l'espèce d'un GS, se trouve donc indirectement au cœur de l'argumentation américaine dans le dossier des tarifs sur l'acier et l'aluminium. Les États demandeurs tentent d'appliquer les conclusions du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* quant à la justiciabilité de l'article XXI¹³⁶ alors que les États-Unis allèguent le contraire.

Le cœur de l'activisme décrié par les États-Unis prend sa source dans l'affaire *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, où l'OA a affirmé que les GS ne devaient pas s'écarter de ses conclusions dans des affaires semblables sauf s'ils avaient des raisons impérieuses de le faire¹³⁷. Ce passage, que les États-Unis considèrent d'ailleurs comme un *obiter dictum*, a constitué le vif de l'argumentation américaine lors de la rencontre du 18 décembre 2018 qui portait sur la valeur des décisions de l'ORD. Cette déclaration s'affairait à indiquer le mal fondé des prétentions de l'OA dans l'espèce. Dans le sillage du rapport de l'OA dans l'affaire *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, le GS a d'ailleurs proposé, dans l'affaire

¹³⁰ United States Trade Representative, « Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body of December 18, 2018 », *USTR*, 18 décembre 2018, à la p 9, en ligne (pdf) : <https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Dec18.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.pdf> [Rapport USTR].

¹³¹ Robert Kolb est professeur de droit international public à la Faculté de droit de l'Université de Genève depuis 2007; Robert Kolb, *La Cour internationale de justice*, Paris, Pedone, 2014 aux pp 1221 et 1226 [Kolb, CIJ].

¹³² Rapport USTR, *supra* note 127 à la p 10.

¹³³ Office of the United States Trade Representative, « 2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program », *USTR*, mars 2018, à la p 28, en ligne: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2018/2018-trade-policy-agenda-and-2017>>.

¹³⁴ Office of the United States Trade Representative, « 2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program », *USTR*, mars 2019, à la p 148, en ligne: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2019/2019-trade-policy-agenda-and-2018>> [USTR, Presidential Agenda 2019].

¹³⁵ Rapport USTR, *supra* note 127 aux pp 9-35.

¹³⁶ Voir par exemple *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de l'Union européenne)* (2018) WT/DS548 – Première communication écrite de l'Union européenne du 1^{er} mai 2019.

¹³⁷ *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (2008), OMC Doc WT/DS344/AB/R au n° 160 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États - Unis – Acier inoxydable*].

États-Unis — Mesures compensatoires et mesures antidumping, une série de critères permettant de déterminer la qualité de motifs impérieux¹³⁸.

Pour les États-Unis, les GS doivent, en vertu de l'article 11 du Mémorandum, procéder à une évaluation objective de la question à laquelle ils sont soumis en recourant toujours aux outils prévus par l'article 3.2 du Mémorandum, dont les règles coutumières d'interprétation des traités. Ils ne doivent donc pas appliquer telle quelle la solution dégagée dans un quelconque rapport précédent, mais produire une analyse de novo tout en pouvant bien entendu s'inspirer de rapports antérieurs pour assister leur raisonnement¹³⁹; car, si les rapports adoptés suscitent des attentes légitimes, ils ne possèdent en revanche aucune force obligatoire autrement que pour les parties au litige¹⁴⁰.

Le Professeur Joost Pauwelyn souligne d'ailleurs que les GS et l'OA procèdent toujours de cette manière d'abord avant d'examiner la jurisprudence pertinente¹⁴¹. En pratique, cela n'est toutefois pas toujours le cas. Vincent Tomkiewicz remarque que l'OA, par exemple dans l'affaire *Communauté européenne – Viande de volaille*, n'a pas toujours été « exemplaire » avec l'application des règles coutumières d'interprétation. L'OA y avait examiné un rapport du *GATT* pour ensuite examiner l'affaire *Communauté européenne – Bananes III*, et utiliser finalement les règles coutumières d'interprétation¹⁴².

Les États-Unis pourraient donc, par cette voie, tenter de se dégager de la solution du GS dans le différend *Russie – Trafic en transit* en faisant valoir leur interprétation potestative. Ce que les États-Unis dénoncent, c'est en fait ce qu'ils qualifient d'usurpation¹⁴³ de la part des composantes de l'ORD des prérogatives dévolues aux membres via les organes législatifs de l'OMC, que sont le Conseil et la Conférence ministérielle. Ceux-ci sont les seuls pouvant adopter des interprétations

¹³⁸ *États-Unis — Mesures compensatoires et mesures antidumping visant certains produits en provenance de Chine (Plainte de la Chine)* (2014) OMC Doc WT/DS449/R au n° 7.317 (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis — Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*]. Les critères proposés sont : « i) une interprétation multilatérale d'une disposition des accords visés au titre de l'article IX alinéa 2 de l'*Accord sur l'OMC* qui s'écarte d'une interprétation antérieure de l'Organe d'appel ; ii) la démonstration qu'une interprétation antérieure de l'Organe d'appel s'est avérée irréalisable dans une série particulière de circonstances entrant dans le champ de l'obligation pertinente en question ; iii) la démonstration que l'interprétation antérieure de l'Organe d'appel aboutit à un conflit avec une autre disposition d'un accord visé qui n'a pas été invoquée devant l'Organe d'appel ; ou iv) la démonstration que l'interprétation de l'Organe d'appel reposait sur une hypothèse inexacte d'un point de vue factuel ».

¹³⁹ *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (article 21.5 – plainte de la Malaisie)* (2001) OMC Doc WT/DS58/AB/RW au n°109 (Rapport de l'Organe d'appel) ; USTR, rapport USTR, *supra* note 127 à la p 26.

¹⁴⁰ *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 80 à la p 14.

¹⁴¹ Pauwelyn, « Minority Rules », *supra* note 117 à la p 146.

¹⁴² Vincent Tomkiewicz est maître de conférences en Droit international public; Vincent Tomkiewicz, « Communauté européenne – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles » dans Brigitte Stern et Hélène Ruiz Fabri, dir, *La jurisprudence de l'OMC 1998 II*, Leiden, M Nijhoff Publishers, 2008, 35 à la p 57.

¹⁴³ Rapport USTR, *supra* note 127 à la p 35.

formelles¹⁴⁴. Un SD de jure à l'OMC signifierait en effet un transfert de cette capacité législative vers l'OA¹⁴⁵.

Dans le différend entre la Russie et l'Ukraine, les États-Unis et l'UE avaient des visions divergentes, qui s'opposaient toutes deux à la solution adoptée par le GS. Ces membres, s'ils en avaient eu la faculté, auraient donc potentiellement porté la décision en appel. Or, si la solution du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* devenait l'état du droit, cela signifierait que les États-Unis et l'UE auraient été tenus à l'écart de son élaboration, car étant tierces parties, elles ne disposaient pas de la qualité nécessaire pour porter le rapport en appel¹⁴⁶. C'est là que l'absence de SD en droit international prend tout son sens, car si les décisions avaient valeur de précédent, elles se transformeraient en de nouvelles règles de droit auxquelles les États n'auraient pas consenti en se joignant à un traité comme celui sur l'OMC. Or, l'interprétation de l'article XXI est une question très sensible touchant aux intérêts essentiels de sécurité des États, et en définitive à leur existence même¹⁴⁷. Si cette décision devenait l'état du droit, il importerait donc que les clarifications du GS reflètent réellement la volonté de toutes les parties et non pas seulement de celles en litige.

Il est donc vraisemblable que les GS nouvellement établis dans les affaires de l'acier et de l'aluminium doivent examiner à nouveau l'article XXI en prenant en compte les nouveaux arguments des parties en litige, c'est-à-dire en menant l'évaluation objective prévue par le mémorandum¹⁴⁸. Malgré cela, le GS demeure libre de s'inspirer des conclusions tirées dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*. Pour P.C. Mavroidis, l'absence de la règle du précédent dans le droit de l'OMC est souhaitable, en ce qu'elle permet de ne pas reproduire deux fois les mêmes erreurs¹⁴⁹ sans pour autant ébranler l'unité de la jurisprudence, qui constitue un élément essentiel à la bonne administration de la justice¹⁵⁰. Enfin, il importe de signaler que les GS et l'OA parviennent parfois à des réponses tout à fait différentes à une même question de droit tout en recourant pareillement aux règles coutumières d'interprétation¹⁵¹.

¹⁴⁴ *Accord sur l'OMC*, *supra* note 7, art IX alinéa 2.

¹⁴⁵ Woraboon Luanratana et Alessandro Romano « Stare Decisis in the WTO: Myth, Dream, or a Siren's Song? » (2014) 48:4 J World Trade 48 773 à la p 794.

¹⁴⁶ *Mémorandum*, *supra* note 70, art 17 alinéa 4.

¹⁴⁷ Andrew Emmerson, « Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse? » (2008) 11:1 J Intl Economic L 135 à la p 138.

¹⁴⁸ *Mémorandum*, *supra* note 70, art 11.

¹⁴⁹ Petros C Mavroidis, « Crisis? What Crisis? Is the WTO Appellate Body Coming of Age? » dans Terence P Stewart, dir, *Opportunities and Obligations: New Perspectives on Global and U.S. Trade Policy*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 173 à la p 177 [Mavroidis, « Crisis »].

¹⁵⁰ Werner Hoeffner, « Organe de règlement des différends et jurisprudence internationale » dans Vincent Tomkiewicz, Thierry Garcia et David Pavot, dir, *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Paris, Pedone, 2012 à la p 140; à ce propos, voir généralement Robert Kolb « General principles of procedural law » dans Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat & Karin Oellers-Frahm, dir, *The statute of the International Court of Justice : a commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 871.

¹⁵¹ Mavroidis, « Crisis », *supra* note 147 à la p 176 faisant référence aux affaires *États-Unis — Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte des CE)* (2000), OMC Doc WT/DS138/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) et *États-Unis — Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance*

3. LA POSSIBILITÉ D'UN *DISTINGUISING* EN LIEN AVEC L'EXISTENCE DE CIRCONSTANCES DIFFÉRENTES

La technique du *distinguishing* vise, quant à elle, à ménager l'autorité d'un précédent tout en l'écarter, affirmant ainsi qu'une affaire donnée n'est pas pertinente dans un cas où les faits diffèreraient sur un point tenu pour essentiel¹⁵². Kolb souligne d'ailleurs que cette pratique a cours à la CIJ malgré l'inapplicabilité de précédents obligatoires, afin de maintenir la confiance des membres en lien avec la prédictibilité du règlement des différends¹⁵³. Dans cette optique, il faudrait donc démontrer l'altérité des faits, voire, si cela s'avérait impossible, suivre l'*obiter* de l'affaire *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, c'est-à-dire de démontrer l'existence de raisons impérieuses¹⁵⁴ de trancher différemment le fond de l'affaire¹⁵⁵.

La plus grande distinction de fait entre les affaires en lien avec l'acier et l'aluminium est le contexte dans lequel des mesures sont prises sous l'empire de l'article XXI du *GATT*. Dans le cadre du différend *Russie – Trafic en transit*, la tension était circonscrite entre les deux acteurs. En lien avec les différends touchant aux surtaxes américaines, il n'existe pas de tension bilatérale notable ayant été invoquée par les États-Unis. La menace – s'il en est une – semble donc être globale, les surtaxes ayant été imposées de façon générale, envers presque l'entièreté des membres de l'OMC¹⁵⁶.

Dans le cas d'espèce, il devrait être d'autant plus aisé de distinguer vis-à-vis l'affaire *Russie – Trafic en transit* étant donné qu'il ne s'agit pas d'un rapport de l'OA. Il s'agit d'un rapport de GS, organe qualifié par l'OA de hiérarchiquement inférieur¹⁵⁷, et n'ayant qu'une valeur persuasive même pour les tenants d'un SD de jure à l'OMC¹⁵⁸. Il est toutefois intéressant de noter que pour les États-Unis, la valeur persuasive des rapports de GS et de l'OA est égale¹⁵⁹. S'il n'était donc pas possible d'écarter promptement la solution du GS, il est possible que les États-Unis misent sur la technique du *distinguishing* compte tenu de l'existence de cette pratique à l'OMC¹⁶⁰.

des Communautés européennes (Plainte des CE) (2002) OMC Doc WT/DS212/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁵² Kolb, CIJ, *supra* note 128 à la p 1207; voir également Anne Scully-Hill et Hans Mahncke, « The Emergence of the Doctrine of Stare Decisis in the World Trade Organization Dispute Settlement System » (2009) 36:2 *Legal Issues of Economic Integration* aux pp 133-156 [Scully-Hill et Mahncke].

¹⁵³ Kolb, CIJ, *supra* note 128 aux pp 1207-1208.

¹⁵⁴ Il pourrait par exemple être fait appel aux critères de l'affaire ou les critères de l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, voir *supra* note 135.

¹⁵⁵ *États-Unis – Acier inoxydable*, *supra* note 134 à la p 160.

¹⁵⁶ Voir les proclamations suivantes : *Adjusting imports of Steel Into the United States*, Proclamation 9740, 83 FR 20683 (30 avril 2018); *Adjusting imports of Aluminum Into the United States*, Proclamation 9758, 83 FR 25849 (31 mai 2018); *Adjusting imports of Steel Into the United States*, Proclamation 9759, 83 FR 25857 (31 mai 2018) pour les régimes spécifiques relatifs à l'Argentine (quota acier-aluminium), à l'Australie (absence de tarifs), au Brésil (quota acier) et à la République de Corée (quota acier) ainsi que les proclamations 9704 et 9705, *supra* note 104. Le Canada et le Mexique ont également été exemptés de tarifs dans la foulée de la signature de ACEUM, voir *supra* note 174.

¹⁵⁷ *États-Unis – Acier inoxydable*, *supra* note 134 à la p 161.

¹⁵⁸ Scully-Hill et Mahncke, *supra* note 150 à la page 155.

¹⁵⁹ Rapport USTR, *supra* note 127 à la p 31.

¹⁶⁰ Scully-Hill et Mahncke, *supra* note 150 à la p 155.

C. Les mesures américaines et le test posé par le Groupe spécial dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*

Dans l'optique où le GS appliquerait la *ratio decidendi*, il convient de déterminer si l'une des conditions objectives énoncées à l'article XXI b) est remplie et de vérifier s'il existe un intérêt essentiel de sécurité et que les mesures sont plausiblement capables de protéger les intérêts en question, conformément au test de bonne foi posé par le GS.

1. LA QUALIFICATION OBJECTIVE DES MESURES SOUS L'UN DES SOUS-ALINÉAS

Les deux options s'offrant de manière réaliste à l'administration américaine seraient de tenter de démontrer que les surtaxes sur l'acier et l'aluminium se justifient à l'aune des sous-alinéas ii) et iii) de l'article XXI b)¹⁶¹.

Les deux sous-alinéas se lisent comme suit :

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 ;¹⁶²

Il est possible que les surtaxes américaines sur l'acier et l'aluminium entrent dans le champ matériel du sous-alinéa ii)¹⁶³, alors que l'acier et l'aluminium constituent des matériaux destinés indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées, en entrant dans la fabrication d'armes et d'équipements militaires. Advenant l'impossibilité d'écarter l'affaire *Russie – Trafic en transit*, cet argument aurait l'avantage de ne pas avoir fait l'objet d'une analyse approfondie. D'un côté, les besoins d'acier et d'aluminium imputables au complexe militaro-industriel américain ne s'élèvent qu'à environ 3% de la production intérieure des États-Unis¹⁶⁴. De l'autre, bien que ce pourcentage puisse sembler faible, les besoins en acier et en aluminium revêtent des formes tellement diverses qu'il serait impossible qu'un seul opérateur économique puisse assurer la production de l'ensemble des éléments nécessaires à l'industrie de la

¹⁶¹ Gustavo Adolfo Guarin Duque, « Interpreting WTO Rules in Times of Contestation (Part 3): Could the United States Justify Its Tariffs on Aluminum and Steel Invoking Article XXI b) of the GATT? » (2019) 14:2 Global Trade and Customs J 80 à la p 85 [Duque, « Part 3 »].

¹⁶² GATT, *supra* note 8, art XXI.

¹⁶³ Duque, « Part 3 », *supra* note 159 à la p 88.

¹⁶⁴ Lester et Zhu, *supra* note 102 à la p 1458 faisant référence à des déclarations de l'ancien secrétaire américain à la défense James Mattis attis; Department of Commerce, « The Effect of Imports of Steel on the National Security an Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended », 11 janvier 2018, à la p 23 [Steel Report, Department of Commerce]. U.S. Department of Commerce, « The Effect of Imports of Aluminum on the National Security an Investigation Conducted Under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as amended », 17 janvier 2018, à la p 24 [Aluminum Report, Department of Commerce]. Le pourcentage est maintenu confidentiel dans le cas de l'aluminium, mais est qualifié de « small ».

défense¹⁶⁵, les rapports faisant état d'usages diversifiés¹⁶⁶. Il apparaît indéniable que le maintien d'une certaine capacité de production en acier et en aluminium soit raisonnablement lié à la protection des intérêts essentiels de sécurité¹⁶⁷. Toutefois, l'expression « se rapportant à » semble requérir que les mesures soient principalement conçues par rapport aux éléments visés par le sous-alinéa¹⁶⁸.

Le deuxième argument est potentiellement plus difficile à tenir, le sous-alinéa iii) étant largement considéré comme étant l'élément le plus controversé de la disposition¹⁶⁹. Comme indiqué précédemment, il faudrait que cette situation soit objectivement constatée par le GS, ce qui paraît a priori possible étant donné l'état des relations internationales lors de l'entrée en vigueur des mesures américaines¹⁷⁰. La plupart des auteurs semblent estimer qu'il faille qu'une guerre ou un état de grave tension existe entre le demandeur et l'intimé¹⁷¹; cependant, rien dans les termes du sous-alinéa n'indique que cela doive nécessairement être le cas. De tous les cas potentiels de tension, celle prenant place entre les États-Unis et l'Iran vaut probablement la peine d'être soulignée étant donné les cas d'attaques ayant visé des pétroliers dans le détroit d'Ormuz¹⁷² et la destruction d'un drone américain par les forces iraniennes¹⁷³. Cette tension pourrait potentiellement déboucher sur un état de guerre¹⁷⁴ ou être qualifiée de « conflit armé latent »¹⁷⁵.

2. L'APPLICATION DU TEST DE BONNE FOI AU CAS D'ESPÈCE

Quelle que soit la justification retenue sous l'article XXI b) ii) ou iii) l'existence d'un critère de bonne foi demeure. Il faudrait donc que les États-Unis démontrent qu'il s'agit de la défense d'un véritable intérêt essentiel de sécurité et non d'un « moyen de

¹⁶⁵ Yong-Shik Lee, « Three Wrongs Do Not Make a Right: The Conundrum of the US Steel and Aluminum Tariffs » (2019) *World Trade Review* 1, en ligne : <<https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/three-wrongs-do-not-make-a-right-the-conundrum-of-the-us-steel-and-aluminum-tariffs/504B2A5D979408D738A25126D8479E16>> à la p 9 [Lee].

¹⁶⁶ Steel Report, Department of Commerce, *supra* note 162 à la p 23; Aluminum Report, Department of Commerce, *supra* note 162 à la p 39.

¹⁶⁷ Csongor Istvan Nagy, « World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too » (2019) 26 *Ind. J. Global Legal Stud* 87 à la p 116 [Nagy].

¹⁶⁸ Duque, « Part 3 », *supra* note 159 à la p 89; *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.133.

¹⁶⁹ Raj Bhala, *Modern GATT law: a treatise on the law and political economy of the General Agreement on Tariffs and Trade and other World Trade Organisation agreements*, 2e éd, vol 2 Londres, Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2013 à la p 188.

¹⁷⁰ Voir par ex *La situation au Moyen-Orient*, Rés CS 2477, Doc off CS NU, 8562^e séance, Doc NU S/RES/2477, 2019; *La non-prolifération/La République populaire de Corée*, Rés CS 2473, Doc off CS NU, 8540^e séance, Doc NU S/RES/2473, 2019.

¹⁷¹ Voir par ex Duque, « Part 3 », *supra* note 159 à la p 89 et Lee, *supra* note 163 à la p 6.

¹⁷² Le Monde, « Attques de pétroliers en mer d'Oman : une dangereuse escalade », *Le Monde* (15 juin 2019), en ligne : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/06/15/attaques-de-petroliers-en-mer-d-oman-une-dangereuse-escalade_5476709_3232.html>.

¹⁷³ Keith Johnson, « Did Iran Just Invite a U.S. Attack? », *Foreign Policy*, (20 juin 2019), en ligne : <<https://foreignpolicy.com/2019/06/20/did-iran-just-invite-a-us-attack-drone-trump/>>.

¹⁷⁴ AFP, « L'Iran menace d'un embrasement régional en cas d'attaque américaine » *Le Point*, (22 juin 2019), en ligne : <https://www.lepoint.fr/monde/l-iran-menace-les-etats-unis-de-graves-consequences-pour-leurs-interets-en-cas-d-attaque-22-06-2019-2320408_24.php>.

¹⁷⁵ *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.76.

contourner [ses] obligations au titre du GATT », en énonçant ce qui fait naître ledit intérêt de sécurité « de façon suffisamment claire »¹⁷⁶. L'évaluation du niveau d'énonciation nécessaire est détaillée par le GS en lien avec l'alinéa iii) seulement¹⁷⁷. Il faudrait donc que les États-Unis démontrent en quoi une situation donnée de tension, par exemple avec l'Iran, pourrait menacer ses intérêts essentiels de sécurité. Quant au sous-alinéa ii), il semble possible de tracer le même parallèle qu'avec iii) : moins les liens entre une ressource ou un bien et les intérêts de sécurité sont manifestes, plus la justification doit être précise. En lien avec ledit sous-alinéa, les États-Unis ont effectivement indiqué que l'industrie de l'acier et de l'aluminium était nécessaire à l'approvisionnement de ses forces armées¹⁷⁸. Les rapports pertinents énoncent cependant plusieurs autres usages¹⁷⁹, et l'administration américaine a fourni d'autres explications quant à ces mesures¹⁸⁰. Il semble donc permis de douter que le lien entre les mesures et la protection d'intérêts sécuritaires soit suffisant¹⁸¹.

Ensuite, il faudrait démontrer que la mesure puisse plausiblement protéger les intérêts de sécurités énoncés¹⁸². Dans les deux cas, cela semble envisageable étant donné l'importance de l'acier et de l'aluminium pour le maintien des forces armées per se (sous-alinéa ii) et en lien avec leur utilité dans le cadre d'une situation de grave tension internationale (sous-alinéa iii)¹⁸³. En l'espèce, l'acier et l'aluminium étant des intrants dans la fabrication de « dual military-civilian articles »¹⁸⁴ il est possible que le protectionnisme et les impératifs sécuritaires liés à l'article XXI du *GATT* se chevauchent¹⁸⁵. Toutefois, le large champ d'application des mesures permet de douter qu'elles soient spécifiquement conçues à cet effet¹⁸⁶.

D. Les implications en lien avec les disciplines des sauvegardes

La licéité des mesures de rétorsion prises par les États demandeurs dans les différends sur l'acier et l'aluminium n'ont pas fait l'objet d'une analyse dans le cadre de cet article. Ces États justifient la prise de contre-mesures en alléguant que les mesures américaines constituent des mesures de sauvegardes déguisées, et donc, que leurs propres actions seraient justifiées à l'aune de la discipline des sauvegardes. Il est dès lors intéressant d'examiner la possibilité de requalifier celles-ci alors que les États-Unis ont

¹⁷⁶ *Ibid* au no 7.133 et n° 7.134.

¹⁷⁷ *Ibid* au n° 7.135.

¹⁷⁸ Steel Report, Department of Commerce, *supra* note 161 aux pp 23-53; Aluminium Report, Department of Commerce, *supra* note 162 aux pp 23-99.

¹⁷⁹ *Ibid*.

¹⁸⁰ Voir le texte de Richard O Cunningham, « Leverage Is Everything: Understanding the Trump Administration's Linkage between Trade Agreements and Unilateral Import Restrictions » (2019) 51 Case Western Reserve J Intl L 49.

¹⁸¹ Lester et Zhu, *supra* note 102 à la p 1458.

¹⁸² *Russie – Trafic en transit*, *supra* note 14 au n° 7.138.

¹⁸³ Raj Bhala et Nathan Deuckjoo Kim, « The WTO's under-Capacity to Deal with Global Over-Capacity » (2019) Asian J WTO Intl Health L 14:1 1 [Bhala et Kim].

¹⁸⁴ *Ibid* à la p 8.

¹⁸⁵ Nagy, *supra* note 168 à la p 116.

¹⁸⁶ Lee, *supra* note 163 à la p 9.

constamment maintenu qu'il s'agissait de mesures prises sous l'article XXI du *GATT*, et non de sauvegardes. Si les mesures étaient effectivement requalifiées en tant que sauvegardes, cela mettrait en péril une justification des mesures américaines par l'article XXI, les exceptions contenues dans le *GATT* n'étant pas automatiquement transposables aux autres accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*.

En lien avec ces allégations en vertu de l'article XIX du *GATT* et l'AS, il a été postulé que les critères énoncés dans l'affaire *Indonésie – Produits en fer ou en acier* pourraient être pertinents en l'espèce¹⁸⁷, alors que l'OA a énoncé un test visant à déterminer si une mesure se qualifie en tant que mesure de sauvegarde¹⁸⁸. Cependant, les faits dans cette affaire sont très différents de ceux de l'espèce en ce que l'Indonésie, intimée, avait précisément demandé au GS de déclarer que ses mesures se qualifiaient comme étant des sauvegardes, et dans la négative, de déclarer que les allégations des demandeurs au titre de l'AS et de l'article XIX du *GATT* étaient sans fondements¹⁸⁹. Toutefois, même si les critères énoncés par l'OA dans l'affaire *Indonésie – Produits en fer ou en acier* étaient pertinents, il est très improbable que les mesures américaines soient qualifiées en tant que sauvegardes, étant donné qu'elles ne remplissent apparemment pas les critères énoncés par l'OA¹⁹⁰. Il n'est pas indiqué dans les rapports américains sur l'acier et l'aluminium que les mesures soient conçues pour prévenir ou réparer un dommage grave à ces branches de productions, l'accent étant plutôt mis sur des aspects sécuritaires étrangers aux obligations de l'article XIX du *GATT* et de l'AS¹⁹¹. En sus, l'OA a indiqué dans l'affaire *Indonésie – Produits en fer ou en acier* qu'« un [GS] devrait évaluer et prendre dûment en considération, lorsque cela est pertinent, la façon dont la mesure est qualifiée dans le droit interne du Membre concerné »¹⁹². Or, en l'espèce, les États-Unis ont précisément qualifié leurs mesures à l'aune de dispositions relevant de la sécurité nationale – la section 232 – et non de considérations liées aux disciplines des sauvegardes¹⁹³. Il n'est en définitive pas probable que les mesures américaines soient qualifiables en tant que sauvegardes. Les contre-mesures mises en place par certains États risquent donc de se voir marquer du sceau de l'illicéité par les groupes spéciaux devant les examiner.

Malgré l'étude de différents scénarios, il n'est pas possible de tirer des conclusions sans équivoque à partir des hypothèses ayant été détaillées. Les GS formés dans les affaires en lien avec l'acier et l'aluminium pourraient décider d'appliquer la série de tests élaborée dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*, qu'ils la modifient ou

¹⁸⁷ *Ibid* à la p 12.

¹⁸⁸ Voir *Indonésie – Mesure de sauvegarde concernant certains produits en fer ou en acier (Plaintes du Viet Nam et du Tapei chinois)* (2018) OMC Doc WT/DS490,496/AB/R aux n° 5.60 et 6.6 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Indonésie – Mesure de sauvegarde*]. L'OA indique que pour qu'une mesure constitue une mesure de sauvegarde, elle doit présenter certaines caractéristiques constitutives, sans lesquelles elle ne pourrait pas être considérée comme une mesure de sauvegarde. D'abord il doit y avoir suspension, retrait ou modification d'une concession. Ensuite, la suspension, le retrait ou la modification en question doit être conçu pour prévenir ou réparer un dommage grave qu'un accroissement des importations du produit visé cause ou menace de causer à la branche de production nationale du Membre.

¹⁸⁹ *Ibid* au n° 3.3.

¹⁹⁰ Lee, *supra* note 163 à la p 13.

¹⁹¹ *Ibid* aux pp 13-15.

¹⁹² *Indonésie – Mesure de sauvegarde*, *supra* note 186 au n° 6.6.

¹⁹³ *Proclamations 9704*, *supra* note 103. Voir aussi *Proclamation 9705*, *supra* note 103.

non, voire qu'ils décident de l'écarter. En lien avec la discipline des sauvegardes, il serait surprenant que les GS autorisent les parties demanderessees à requalifier les mesures. Si l'AS est considéré comme un moyen de légitimer certaines violations *prima facie*, en somme un moyen de défense, il serait tout aussi surprenant que le GS procède à une requalification puisqu'« [il] est tout simplement normal qu'il incombe d'établir ce moyen de défense à la partie qui s'en prévaut »¹⁹⁴, comme l'a déjà rappelé l'OA. Enfin, jouant de prudence, les États-Unis ont développé un argumentaire à l'effet duquel même si une violation de l'AS devait être trouvée, l'article XXI du *GATT* constituerait un moyen de défense lui étant applicable¹⁹⁵.

Le présent article s'est axé sur les affaires récentes et pendantes dans lesquelles l'exception de sécurité du *GATT* a été invoquée. L'ensemble des différends relatifs à cette exception risque de mettre à mal le système en arrivant à une solution qu'une des parties ne pourrait accepter, décidant ainsi de ne pas mettre en œuvre la décision adoptée par l'ORD¹⁹⁶. L'adoption du rapport dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* aura donc certainement un impact sur les procédures en cours en tant que premier jalon interprétatif ayant été adopté par l'ORD en lien avec l'exception de sécurité.

Afin de bien comprendre les ramifications, il importait dans un premier temps d'effectuer un bref retour sur le rapport du GS dans le cadre du différend ayant opposé la Russie à l'Ukraine. Pour ce faire, les arguments des acteurs en présence ont été synthétisés afin de donner une vue d'ensemble des positions existantes. Le GS a conclu qu'une mesure, pour se qualifier sous l'égide de l'article XXI b) iii), devait satisfaire à un examen objectif de l'un des trois sous-alinéas. De ce fait, le membre doit démontrer de bonne foi une menace envers ses intérêts essentiels de sécurité, dont le lien avec la mesure doit être examiné sur la base de la plausibilité. À la suite de cet exposé, prenant comme appui la politique interprétative dégagée de la jurisprudence de l'OA, le raisonnement du GS a pu être appréhendé sous sa dimension politique, dont la conclusion favorise la stabilité et l'effectivité du système en refusant au membre invoquant l'article XXI une pleine autonomie de jugement. L'importance du rapport réside dans sa construction visant à limiter un recours abusif de cette exception de la part des membres face à un contexte d'instabilité du mécanisme.

Dans un deuxième temps, la charge persuasive de la décision a été examinée afin de mettre en exergue les différents scénarios en lien avec l'impact potentiel des conclusions du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*. Considérant les prises de

¹⁹⁴ États-Unis — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde) (1997) OMC Doc WT/DS33/AB/R à la p 18 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁹⁵ DS548 — Communication écrite des États-Unis, *supra* note 118 aux pp 57-58.

¹⁹⁶ Lester et Zhu, *supra* note 102 à la p 19.

position américaines en tant que tierce partie dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*, contrastant avec les conclusions auxquelles le GS est arrivé, il était nécessaire d'examiner la position constante de cet État en lien avec l'autorité des rapports adoptés. Les États-Unis tentent de se dégager des conclusions du GS afin de faire valoir leur vision du caractère *self-judging* de l'invocation de l'exception de sécurité. Considérant le caractère éminemment politique du rapport du GS dans l'affaire *Russie – Trafic en transit*, son caractère récent et l'absence de SD en droit international, la possibilité d'une interprétation différente de l'article XXI ne peut être exclue d'emblée. Dans l'hypothèse où ce caractère n'était pas reconnu, les perspectives des mesures américaines ont été examinées en lien avec les sous-alinéas ii) et iii) de l'article XXI du *GATT*. L'analyse s'est centrée sur les arguments présents dans les rapports américains sur l'acier et l'aluminium et ne permet pas d'arriver à une hypothèse sans équivoque quant à la licéité ou à l'illicéité des mesures américaines. Le plus probable considérant la volonté affichée de l'ORD de favoriser la stabilité du système multilatéral de règlement des différends est toutefois qu'il limite d'une façon ou d'une autre l'autonomie de jugement du membre invocateur ; les organes juridictionnels étant d'ordinaire peu tendance à donner de blanc-seing.

Ces différends prennent place à une époque trouble pour l'ORD, les États-Unis dénonçant l'activisme juridique de l'OA – y compris sa tendance présumée au développement d'un réseau de précédents obligatoires –, et refusent pour cette raison d'y nommer de nouveaux membres¹⁹⁷. À partir du 10 décembre 2019, le mandat de deux des trois membres de l'OA s'est terminé et celui-ci ne compte plus qu'un seul membre. Or, pour que l'OA puisse siéger, il doit disposer au minimum de trois membres¹⁹⁸. La composition des GS relatifs à l'acier et à l'aluminium a été effective à partir du 25 janvier 2019, le rapport aurait donc dû être rendu aux alentours du 25 juillet 2019¹⁹⁹, en date du 4 septembre 2019 le GS a toutefois informé l'ORD de la nécessité d'un délai supplémentaire, estimant pouvoir rendre le rapport à l'automne 2020²⁰⁰. Si les délais avaient pu être respectés, il aurait été possible que les affaires soient portées devant l'OA avant la fin du mandat de deux des trois membres restants. Ses membres auraient alors été en mesure de compléter la procédure d'appel étant donné la règle numéro 15 des procédures de travail de l'OA²⁰¹. Il est intéressant de noter que ces deux derniers points – le délai de traitement excédant les prescriptions du mémorandum et la faculté de l'OA de siéger même une fois le mandat de ses membres expiré dans des affaires sur lesquelles l'OA a déjà entamé son travail. Sous

¹⁹⁷ USTR, Presidential Agenda 2019, *supra* note 131 à la p 147.

¹⁹⁸ *Mémorandum*, *supra* note 70 art 17:1.

¹⁹⁹ *Ibid*, art 12:8.

²⁰⁰ *Mémorandum*, *supra* note 70, art 12:9; *États-Unis — Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium (Plainte de l'Union européenne)* (2018) OMC Doc WT/DS548/16 – Communication du groupe spécial du 4 septembre 2019.

²⁰¹ OMC, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, (12 janvier 2010) OMC Doc WT/AB/WP/6 au n° 15 : « Une personne qui cesse d'être membre de l'Organe d'appel pourra, avec l'autorisation de l'Organe d'appel et après notification à l'ORD, achever l'examen de tout appel auquel elle aura été affectée alors qu'elle était membre, et cette personne sera réputée, à cette fin uniquement, être encore membre de l'Organe d'appel ».

l'impulsion de membres comme le Canada et l'UE²⁰², un groupe d'une vingtaine de membres a mis en place un processus « d'appel » analogue dans l'attente du rétablissement de l'OA. En vertu de l'*Arrangement multipartite concernant une procédure arbitrale d'appel provisoire* conformément à l'article 25 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*²⁰³ (ci-après AMPA), les Membres participants s'engagent à conclure des accords d'arbitrages *ad hoc*, advenant un différend entre eux. Les deux visées principales de l'AMPA sont de permettre d'éviter le scénario de l'appel dans le « vide » et de préserver le système de règlement des différends à deux niveaux caractéristique à l'OMC en maintenant la possibilité d'appeler d'un rapport de GS²⁰⁴.

Peu importe les conclusions auxquelles pourraient arriver les GS, une forte probabilité subsiste qu'un membre décide de porter la décision en appel, y compris les États-Unis. Cela aurait alors pour effet de faire flotter le rapport du GS dans un flou juridique, le rapport ne pouvant être adopté par l'ORD puisqu'ayant été porté en appel²⁰⁵. Lors d'un tel scénario, la situation ressemblerait étrangement à celle prévalant sous l'ancien *GATT* alors qu'une partie insatisfaite pouvait empêcher l'adoption du rapport, celle-ci nécessitant l'unanimité.

Enfin, il apparaît intéressant de souligner qu'il est loin de s'agir des premières mesures que les États-Unis mettent en place afin de protéger des secteurs comme ceux de l'acier et de l'aluminium. Ces secteurs ont notamment fait l'objet de mesures prises sous l'empire de la discipline des sauvegardes ainsi que d'une enquête liée à la sécurité nationale en vertu de la section 232, en 2001²⁰⁶, qui s'est à l'époque avérée non-conclusive²⁰⁷. La notion d'activisme judiciaire est transversale dans l'ensemble des différends en question. Les travaux de M. Daku et de K.J. Pelc indiquent qu'en lien avec la discipline des sauvegardes, l'UE a instrumentalisé le système de règlement des différends en intentant des actions contre des plus petits joueurs au titre de l'AS et de l'article XIX afin d'obtenir des « précédents » qu'elle n'aurait peut-être pas pu obtenir

²⁰² Communication du Canada et de l'Union Européenne, « Déclaration sur un mécanisme pour l'élaboration, la documentation et la communication de pratiques et procédures pour le déroulement des différends/Procédure arbitrale d'appel provisoire conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends » (25 juillet 2019) OMC Doc JOB/DSB/1/Add.11.

²⁰³ Communication de l'Australie, et al., « Arrangement multipartite concernant une procédure arbitrale d'appel provisoire conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends », addendum à la « Déclaration sur un mécanisme pour l'élaboration, la documentation et la communication de pratiques et procédures pour le déroulement des différends à l'OMC », (30 avril 2020) OMC Doc JOB/DSB/1/Add.12.

²⁰⁴ Voir à ce propos, Nicolas Gervais et André-Philippe Ouellet, « L'échapper belle, AMPA ou MPIA : Quatre lettres au secours du système de règlement des différends à l'OMC » (2020) 32:2 RQDI, 29.

²⁰⁵ Voir à ce propos Joost Pauwelyn, « WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect? », (2019) 22:3, JIEL, 29, aux pp 303-309.

²⁰⁶ Svetlicinii, « Trade Wars », *supra* note 96 à la p 36.

²⁰⁷ Il est intéressant de noter que les rapports américains sur l'acier et l'aluminium (voir Steel Report, Department of Commerce, *supra* note 161 et Aluminium Report, Department of commerce, *supra* note 161) énoncent la surcapacité de production mondiale menaçant ces industries, surtout en provenance de Chine. Un récent article de Bhala et Kim, voir Bhala et Kim *supra* note 181, traite spécifiquement de cette surcapacité comme d'une menace à la sécurité nationale américaine et aux industries de l'acier et l'aluminium de ce pays. La survenance de ce phénomène et son accélération pourraient constituer une piste à explorer afin de comprendre les raisons ayant mené à cette différence entre les conclusions du rapport sur l'acier de 2001 et celui de 2018.

en mettant en cause directement les mesures américaines²⁰⁸. Cela coïncide avec les rebuffades essuyées par les États-Unis en lien avec son industrie de l'acier²⁰⁹. Le pays a alors quasiment cessé de prendre des mesures de sauvegardes pour défendre son industrie de l'acier²¹⁰. Il est donc permis d'imaginer que l'invocation de l'article XXI par les États-Unis ne soit qu'un succédané visant à protéger ces industries de l'acier et de l'aluminium, compte tenu de l'apparente impossibilité d'utiliser les disciplines des sauvegardes. À moins d'un revirement « jurisprudentiel », l'adoption du rapport dans l'affaire *Russie – Trafic en transit* devrait cependant constituer un frein à l'invocation de l'exception de sécurité par les membres de l'OMC.

²⁰⁸ Krzysztof J Pelc, « The Politics of Precedent in International Law: A Social Network Application » (2014) 108:3 *American Political Science Review* 547 aux pp 553–555 [Pelc]; Mark Daku et Krzysztof J Pelc, « Who Holds Influence over WTO Jurisprudence? » (2017) 20:2 *J Intl Economic L* 233 à la p 238.

²⁰⁹ *Ibid.* Voir aussi Pelc, à la p 555.

²¹⁰ *Ibid.*