

LA SUSPENSION DE L'ACCORD ADPIC COMME SANCTION DE LA VIOLATION DES RÈGLES DE L'OMC

Philippe COPPENS

Maître de recherches du FNRS, professeur extraordinaire à l'U.C.L.

Henri CULOT

Chargé de cours invité à l'UCL, avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Les sanctions dans le droit de l'OMC se caractérisent par deux aspects intéressants. D'abord, elles ne visent pas à réparer les dommages causés aux entreprises d'un État (et, en conséquence, à l'économie de cet État) par des mesures adoptées par un autre État et qui heurtent le droit de l'OMC. Un peu comme dans les contrats de longue durée, on essaie surtout de sauvegarder la pérennité du Traité. De la même manière, on préfère aujourd'hui trouver des formes de renégociation du contrat initial pour éviter qu'une inexécution d'obligations par l'une des parties n'engendre la résolution du contrat tout entier. Par le mécanisme des sanctions, l'Organe de règlement des différends attend donc qu'un État se conforme pour l'avenir à ses obligations. Qu'il n'y ait pas d'obligation de réparer les dommages passés donne aussi l'ampleur des comportements stratégiques possibles des États qui peuvent adopter des politiques commerciales empreintes de mauvaise foi pendant quelques mois ou même quelques années avant d'enfin se décider à se mettre en conformité avec leurs engagements.

Ensuite, les sanctions dans le droit de l'OMC et, plus singulièrement encore les sanctions croisées qui retiendront notre attention, pénalisent des entreprises qui n'ont souvent d'autres liens avec les « auteurs » du dommage que le partage d'une même nationalité. Cela évoque quelque peu certaines formes du droit très ancien dans lesquelles deux « familles » conduites par un *pater familias* se mettaient d'accord entre elles lorsque le membre de l'une avait agressé un membre ou les biens de l'autre¹. De même ici, ce sont *potentiellement* toutes les

¹ Les romanistes considèrent généralement que c'est l'institution de l'abandon noxal qui a permis la naissance de la responsabilité personnelle. Voy., sur ceci, F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité civile*, Bruxelles, A. De Visscher, 1947.

entreprises de tous les secteurs économiques d'un État qui peuvent faire l'objet d'une sanction ciblée alors même que les mesures illégales adoptées par cet État n'ont profité qu'à un secteur précis de son activité économique. L'Union européenne, pour avoir adopté une législation contraire aux règles de l'OMC en matière d'importation de bananes, a fait l'objet de mesures de rétorsion ciblant notamment les batteries et les étuis à lunettes produits dans certains de ses États membres², car les États-Unis ont considéré qu'il s'agissait là du meilleur levier pour que la législation européenne se conforme aux obligations de l'Union, membre de l'OMC. Mais il faut aussi envisager le fait que certaines économies, et c'est le cas surtout pour les économies des pays en développement, ne possèdent aucun levier efficace pour faire pression sur un État développé qui viole ses obligations. Car, pour être efficace, une sanction doit non seulement exercer une pression suffisante sur l'économie de l'État étranger, c'est-à-dire, concrètement, viser un secteur d'activité suffisamment puissant pour que le lobby de ce secteur fasse pression sur son administration pour qu'elle retire la mesure contestée. Mais l'État qui sanctionne doit aussi éviter de causer des dommages indirects à sa propre économie, c'est-à-dire d'abord à ses propres producteurs et, ensuite, aux intérêts et modes de vie de sa population³. Ce n'est évidemment pas une équation facile à résoudre, car, d'une part, les États sont dans des situations économiques inégales, les plus pauvres demeurant dans une situation de dépendance par rapport aux mieux nantis ; et d'autre part, la théorie classique du libre-échange repose sur l'idée que les mesures de sanction telles que les suspensions de concessions tarifaires ou les restrictions à l'importation nuiront, *a priori*, aux deux acteurs.

Dans les pages qui suivent, nous analysons un type de sanction croisée qui pourrait apparaître comme un levier intéressant en faveur d'un État pauvre qui veut qu'un État riche se conforme à ses obligations internationales au titre de l'Accord OMC.

I. – Égalité et contrat

Les relations économiques et les rapports juridiques se caractérisent souvent par des inégalités de fait entre les acteurs alors que le discours institutionnel proclame au contraire des égalités de droits. Le Code civil de 1804 en est un exemple bien connu dans lequel les échanges contractuels étaient toujours supposés refléter les intérêts bien compris de chacune des parties, sans qu'on

² C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513, §§ 24 et 29.

³ A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO ? », *Journal of International Economic Law*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 406.

s'interrogeât plus avant si ces parties étaient réellement dans des statuts et des situations similaires lorsqu'elles entreprenaient de négocier. Le développement de la révolution industrielle a fait progressivement comprendre aux juristes que cette idée d'une coïncidence magique entre l'égalité déclarée de tous les citoyens et l'égalité réelle de tous les sujets de droit n'était qu'une fiction. Il a donc bien fallu aménager des règles distinctes pour certaines catégories de personnes qui vivaient des situations objectivement différentes, si l'on voulait à tout le moins prétendre poursuivre une certaine idée du juste. L'évolution de toutes les branches du droit civil a reflété cette préoccupation. Et la solution généralement retenue en droit – un principe de justice fondé sur le critère de l'égalité proportionnelle – s'inspire très directement du Livre V de l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote : les personnes qui sont dans des situations similaires doivent pouvoir bénéficier d'un traitement juridique similaire et celles qui sont dans des situations différentes doivent pouvoir bénéficier d'un traitement différent. Le problème essentiel est alors de définir les similarités et les différences entre deux sujets de droit ou entre deux situations pertinentes du point de vue juridique selon des raisons justifiées et acceptables.

Comme on sait, le droit civil a profondément évolué depuis le Code Napoléon. Au contraire de l'économie, il a intégré la réalité reconnue des inégalités de fait et, en conséquence, il a été amené à relativiser la perspective idéale d'une égalité de droit. Ce mouvement se retrouve dans l'évolution de la responsabilité civile ou dans les théories des vices de consentement, de l'abus de droit et de la bonne foi. Parfois, il a créé des matières nouvelles qui se sont progressivement détachées du corps du droit civil pour gagner leur autonomie, comme le droit de la consommation ou le droit du travail. Ces nouvelles matières seront cette fois entièrement traversées par l'idée qu'une des parties contractantes est plus faible que l'autre : le consommateur doit être protégé à l'égard du professionnel, le travailleur à l'égard de l'employeur. La protection de la partie faible exprime bien que la réalité des situations des co-contractants ne peut se limiter à la proclamation d'une égalité de droit.

Or, les asymétries que l'on connaît entre des personnes et des situations qui relèvent d'un même ordre juridique se retrouvent également entre les États. Le problème que l'on se propose d'analyser dans cet article trouve même son origine dans ces asymétries. Les États sont des sujets de droit qui font partie de diverses organisations internationales et la très grande majorité d'entre eux sont également membres de l'Organisation mondiale du commerce, qui nous intéresse plus particulièrement ici. L'OMC, qui compte aujourd'hui 159 États membres, a pour tâche principale de discipliner les échanges internationaux de

biens et de services et de protéger des droits intellectuels, en promouvant le libre-échange. Certes, les acteurs économiques qui échangent sont généralement des entreprises privées qui prennent souvent la forme d'entreprises multinationales. Mais le droit de l'OMC ne reconnaît en tant que membres que les États et les territoires douaniers distincts. En conséquence, les acteurs réels de la vie économique doivent agir par et au travers des États pour exprimer et faire reconnaître leurs intérêts à l'OMC, par une forme ou une autre du lobbying. Or, même s'il existe au sein de l'OMC certaines solutions différenciées pour les pays en voie de développement, chacun d'eux est juridiquement considéré comme un sujet de droit international égal à tous les autres. De nouveau, un hiatus se manifeste clairement entre l'égalité juridique déclarée de tous les États membres et les inégalités considérables qu'exprime leur poids économique et géostratégique respectif. Le Burkina Faso a-t-il une force comparable à celle du Brésil lorsqu'il conteste les subventions considérables que les cotonniers américains reçoivent, ce qui entraîne une perte de compétitivité critique du coton de l'Amérique du Sud ou de l'Afrique de l'Ouest ? Comment les producteurs de bananes en Équateur peuvent-ils réellement peser sur la politique économique de l'Union européenne lorsqu'ils considèrent que celle-ci enfreint les règles du commerce international ?

Les États signataires du Traité de Marrakech qui a créé l'OMC auraient pu élargir considérablement l'application de l'idée d'égalité proportionnelle entre les États membres. Trois raisons expliquent que cette solution n'a pas été suivie.

La première raison est que les inégalités ne se manifestent pas seulement lors de l'(in)exécution des obligations des États, mais aussi, bien en amont, lors de la négociation des règles qui obligent. C'est ainsi que les règles de l'OMC qui gouvernent aujourd'hui le système commercial multilatéral reflètent les rapports de force entre les ordres juridiques qui ont sous-tendu les négociations du Cycle de l'Uruguay entre 1986 et 1994. Ce type d'inégalités se ressent fortement dans une économie globalisée où l'on voit clairement des ordres juridiques s'affronter pour imposer leur propre droit. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce international (Accord ADPIC) et sur lequel se centre notre article en est un exemple paradigmatique. Étant assez contraints de signer cet Accord pour bénéficier d'autres avantages liés au Traité, les pays en voie de développement n'ont cessé de dénoncer une conception juridique de la propriété intellectuelle essentiellement américaine qui ne répondrait pas aux préoccupations sociales de leur population, notamment en matière d'accès aux médicaments.

La seconde raison est épistémologique. Car, contrairement à l'évolution de la pensée des juristes civilistes, la pensée économique, dont le rôle a été crucial dans la conception du GATT en 1947 et dans les négociations ultérieures, reste profondément marquée par l'idée que les échanges contractuels expriment *nécessairement* les intérêts bien compris de chacune des parties. Or, si c'est bien le cas, il est alors normalement inutile, poursuivent les économistes, de traiter les sujets de droit de manière différenciée.

Enfin, la troisième raison est que ni le GATT ni l'OMC n'ont prévu de règles relatives à la juste distribution des ressources. En d'autres termes, le libre-échange a pour finalité de poursuivre une meilleure allocation des ressources au niveau mondial en favorisant les échanges internationaux, supposés globalement profitables à tous sur la base de la théorie des avantages comparatifs. Mais les nouvelles richesses créées par les échanges internationaux sont très inégalement réparties dans le monde. Or, cette question de redistribution des ressources est laissée au pouvoir des États membres, chacun pour ce qui le concerne. De même, une des règles qui gouvernent la matière est que les membres de l'OMC, chacun pour ce qui le concerne, est libre d'édicter ses propres politiques publiques et donc ses propres législations. Ce que requiert simplement le principe du traitement national, principe essentiel en droit de l'OMC, est que les législations nationales, une fois adoptées, s'appliquent sans discriminations entre les biens étrangers qui rentrent sur le territoire d'un État et les biens nationaux de cet État.

Voilà la toile sur fond de laquelle est posée la question qui fait l'objet de cet article. D'une part, une volonté traditionnelle en droit international de faire comme si les rapports de force se dissipaient complètement derrière une reconnaissance formelle de l'égalité des États. Et d'autre part, la volonté des pays en développement de faire entendre leur voix et de faire valoir leurs intérêts pour ne pas être tout à fait engloutis par les aspects brutaux de la mondialisation. Une manière particulière de faire est de se servir comme levier d'un aspect d'un traité international pour obtenir quelque chose d'autre. Dans l'analyse qui suit, il s'agira de déterminer si et dans quelle mesure un État X peut soumettre la reconnaissance effective d'un droit de propriété intellectuelle (protégé par une disposition du Traité de Marrakech) à la condition que l'État d'origine du brevet exécute d'autres obligations qu'il a à l'égard de cet État X.

II. – L'insertion de la protection des droits de propriété intellectuelle dans les règles commerciales

Originellement, les règles du GATT ne contenaient pas de dispositions spécifiques sur la propriété intellectuelle. L'harmonisation internationale en la matière avait été partiellement réalisée par des conventions datant pour certaines de la fin du XIX^e siècle, révisées à plusieurs reprises dans le courant du XX^e siècle et aujourd'hui administrées par l'OMPI. Il s'agit essentiellement de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883/1967) et de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886/1971). D'autres conventions ont été conclues au fil des ans, pour tenir compte des besoins juridiques nécessités par les avancées technologiques.

Leur application restait cependant limitée, pour l'essentiel, aux pays industrialisés. Les pays en voie de développement prévoyaient, certes, une protection des droits intellectuels. Mais, d'une part, la structure de leurs économies, davantage basées sur la production et l'exploitation de matières premières, rendait celle-ci moins nécessaire ; et, d'autre part, leur espoir de fonder un développement économique sur l'imitation des produits inventés dans le monde développé la rendait moins souhaitable, au moins dans certains secteurs. À ces raisons s'ajoutait la nécessité pour ces pays d'approvisionner à un coût abordable leur marché intérieur en produits que des pays plus riches protègent par des brevets. Ceci vise en particulier les médicaments. Certains pays en voie de développement voulaient sauvegarder la possibilité d'en produire des versions génériques.

Cette situation n'était pas pour plaire aux entreprises développant des produits protégés par les droits de propriété intellectuelle. Elles craignaient d'une part les contrefaçons fabriquées dans les pays où leurs droits n'étaient pas protégés ; et elles souhaitaient d'autre part, comme en ce qui concerne les services, conquérir les marchés des pays émergents et en développement – ce qui nécessitait une reconnaissance sur ces territoires de la protection dont elles bénéficiaient sur leurs marchés d'origine.

Lors des négociations du Cycle de l'Uruguay, certaines de ces sociétés ont donc été à la source d'un intense lobbying visant à lier les règles du commerce international et celles de protection des droits de propriété intellectuelle⁴. Il y a en effet une certaine logique à considérer que si les marchandises sont autori-

⁴ S.C. BURRIS, P. DRAHOS et C. SHEARING, « Nodal Governance », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30(1), 2005, pp. 40-49 ; T.N. SRINIVASAN, « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO : A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy*, 30(7), 2007, pp. 1051.

sées à circuler (plus) librement, elles doivent alors être protégées de la même manière dans tous les pays où elles sont commercialisées. Le Préambule de l'Accord ADPIC souligne que les États membres entendent donc « réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international » tout en tenant compte « de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime ». Ce souci d'harmoniser les législations n'est d'ailleurs qu'un cas particulier de l'harmonisation réglementaire qui, à des degrés divers, accompagne la libéralisation du commerce, comme on l'a constaté à large échelle à l'occasion du développement du droit européen et comme on le voit aussi dans d'autres domaines du droit de l'OMC (notamment en ce qui concerne les normes techniques et sanitaires).

Le lien entre le libre-échange des biens et la protection renforcée de la propriété intellectuelle exprimait une volonté des États industrialisés. Aux pays en voie de développement, ils avaient promis, surtout, une libéralisation du commerce des textiles et des vêtements et, dans une moindre mesure, des produits agricoles, et aussi un progrès économique découlant du transfert de technologies : « la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique et à assurer un équilibre des droits et des obligations » (art. 7, ADPIC)⁵. La légitimité de l'Accord repose ainsi sur un double fondement : d'une part, la protection des droits de propriété intellectuelle incite à l'innovation en permettant de financer la recherche et le développement ; et, d'autre part, cette protection accrue ne peut que profiter à terme aux pays en développement qui bénéficieront de cette innovation et donc d'un transfert de technologie, selon la théorie du ruissellement des bienfaits du libre-échange (*trickle down theory*)⁶.

⁵ Sur la portée de cet article et son utilisation dans la jurisprudence, A. SLADE, « Good Faith and the TRIPS Agreement : Putting Flesh on the Bones of the TRIPS 'Objectives' », *International and Comparative Law Quarterly*, 63(2), 2014, pp. 353-383.

⁶ Comme on l'a montré ailleurs, même si cette théorie s'avérait exacte, elle ne dit encore rien sur le temps nécessaire pour que les bienfaits issus du libre-échange et de la protection de la propriété intellectuelle ruissellent jusqu'aux pays les plus pauvres. Voy. Ph. COPPENS, « Le temps en droit et en économie », in *Le temps et le droit, Hommage au professeur G. Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 44-61 ; Ph. COPPENS, « Droit économique international et justice distributive », *Rev. intern. dr. écon.*, 2013/4, pp. 511-521.

On peut donc reconstituer à gros traits la logique de l'Accord ADPIC de la manière suivante. La théorie des avantages comparatifs montre que le libre-échange contribue normalement à l'accroissement des richesses mondiales. Mais il ne peut fonctionner de manière efficiente que si les distorsions dues, notamment, aux trop grandes différences entre les règles des ordres juridiques nationaux sont atténuées ou effacées. Tel est le rôle du multilatéralisme dans les accords commerciaux, qui repose essentiellement sur le principe de non-discrimination. Ce principe s'exprime lui-même sous deux formes : le principe du traitement national selon lequel un pays doit appliquer aux biens et services provenant d'un autre pays les mêmes règles qu'à ses nationaux ; et le principe de la nation la plus favorisée selon lequel un avantage accordé par un pays à un autre pays doit être élargi à tous les autres membres de l'OMC. Sur cette base, la technique de l'Accord ADPIC pour « multilatéraliser » les règles relatives à la protection de la propriété intellectuelle » a été triple. D'abord, l'Accord incorpore par référence les dispositions importantes des conventions de l'OMPI en les rendant applicables même aux États qui n'y sont pas parties, tout en précisant qu'il n'a pas pour objet de déroger aux obligations s'imposant aux États parties à ces conventions (art. 2.2, ADPIC). Il utilise ensuite le levier du principe de non-discrimination pour renforcer la protection des droits de propriété du commerce en l'étendant à l'ensemble des pays membres de l'OMC. Enfin, il ajoute des dispositions visant notamment à assurer une meilleure protection des droits de propriété intellectuelle. Il va donc en réalité plus loin que le règlement des aspects de la propriété intellectuelle strictement lié au commerce : il impose aux membres de l'OMC les conditions auxquelles les droits de propriété intellectuelle doivent être attribués et protégés, indépendamment de toute circulation internationale des produits visés.

Ainsi est né l'Accord ADPIC, constituant l'une des annexes de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, à côté de celles consacrées au commerce des marchandises et à celui des services. Vu le contexte de sa négociation, l'Accord de Marrakech forme un tout dénommé « engagement unique » : tout membre de l'OMC doit se soumettre à l'intégralité des règles des Accords (art. II.2, OMC), sans pouvoir formuler de réserves (art. XVI.5, OMC), dès lors que chaque annexe constitue en quelque sorte la contrepartie des autres.

III. – Les sanctions croisées

Les sanctions du droit de l'OMC sont fondées sur une forme organisée d'exception d'inexécution. Moyennant l'autorisation du juge, qui aura préalablement vérifié l'existence d'une violation du droit, l'État victime de cette violation peut

suspendre l'exécution de certaines de ses obligations à l'égard de l'État en défaut d'exécuter les siennes⁷.

Traditionnellement, cette suspension d'obligations prend la forme d'un relèvement des droits de douane sur certaines marchandises originaires de l'État défendeur. Ceci porte préjudice aux entreprises exportatrices, dont l'État plaignant espère qu'elles fassent pression sur les dirigeants de l'État défendeur afin qu'ils décident une mise en conformité avec les règles de l'OMC.

Depuis l'insertion dans le droit de l'OMC des nouvelles matières que sont le commerce des services et la protection de la propriété intellectuelle, les sanctions doivent en principe être pratiquées dans le même secteur que celui affecté par la violation. L'article 22 du « Mémoire d'accord sur le règlement des différends » (MRD) définit ainsi les différentes manières dont une sanction, c'est-à-dire une suspension d'obligations, peut être utilement appliquée : la violation d'une règle relative au commerce d'une marchandise doit être sanctionnée par la suspension de règles concernant une marchandise ; une violation concernant les services sera sanctionnée par la suspension de concessions relatives au même service ou le cas échéant, à un autre service ; et enfin, la violation d'un droit intellectuel sera sanctionnée par la suspension du même type de droit intellectuel (un droit d'auteur, p. ex.) ou, le cas échéant, par une suspension d'obligations relatives à d'autres droits intellectuels tels que les brevets.

Car il arrive en effet qu'une suspension d'obligations dans un même secteur ne soit pas possible ou qu'elle ne soit pas efficace. Dans ce cas, le MRD autorise la suspension d'obligations dans un autre secteur, voire dans une autre annexe de l'Accord de Marrakech. Ainsi, une violation en matière de marchandises peut, à certaines conditions, être sanctionnée par une suspension d'obligations dans le domaine des services ou de la propriété intellectuelle (et vice-versa).

Parfois présenté comme une innovation fort originale, ce qu'on appelle ainsi des « sanctions croisées » n'est en réalité qu'une conséquence assez logique du regroupement des marchandises, des services et de la propriété intellectuelle au sein d'un « engagement unique » (ce qui constitue la vraie nouveauté). Dès lors que ces trois matières ont été négociées ensemble pour être régies par un même traité et que les engagements consentis par chaque État sont la contrepartie, même diffuse, des engagements d'autres États dans d'autres secteurs, il est normal de pouvoir suspendre les premiers en cas de violation des seconds.

⁷ Sur cette question en général, voy. H. CULOT, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Larcier, 2014.

Même si cela semble paradoxal pour de nombreux juristes, rien n'imposait pourtant de renforcer l'efficacité des sanctions. Après tout, le GATT a fonctionné (relativement bien) pendant 47 ans, et des sanctions multilatérales n'ont été imposées qu'une seule fois pendant cette période. L'idée qui sous-tend le système de sanctions, et notamment les sanctions croisées, c'est d'une part une forme d'échange entre une renonciation des États aux contre-mesures unilatérales et un système fort et centralisé de mise en œuvre des sanctions et, d'autre part, la volonté de contraindre les pays en voie de développement à respecter les engagements qu'ils ont pris, notamment dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Mais il n'y a jamais eu de suspension de l'Accord ADPIC en réponse à une violation de cet accord⁸. Certes, une suspension de l'Accord ADPIC a été autorisée à trois reprises, mais toujours au titre des sanctions croisées, c'est-à-dire en réponse à une violation des règles en matière de marchandises et/ou de services. Dans les trois cas, ce sont des pays en voie de développement qui ont obtenu cette suspension dans le cadre d'un différend qui les opposait à un pays développé. Ceci n'est pas étonnant puisque précisément la faiblesse (relative) des économies des États plaignants explique économiquement le recours aux sanctions croisées tout en constituant une circonstance qui, sur le plan juridique, permet de les autoriser.

Le premier cas eut lieu dans la fameuse affaire *Bananes III*, qui aura servi de banc d'essai à plusieurs égards. Elle opposait, au stade des sanctions, les États-Unis et l'Équateur aux Communautés européennes, à propos de la violation par ces dernières des règles du GATT et de l'AGCS dans le domaine de l'importation et de la commercialisation des bananes. Les règles européennes querellées avaient pour objet de favoriser certaines anciennes colonies d'États européens, et créaient donc une discrimination à l'égard d'autres pays producteurs. Si les États-Unis n'avaient pas de problème à pratiquer des sanctions dans les domaines des marchandises et des services, il n'en allait pas de même de l'Équateur, qui faisait état, chiffres à l'appui, de « différences économiques considérables » entre son économie et celle de l'Union européenne⁹.

Le deuxième cas a opposé deux géants américains, soit le Brésil et les États-Unis à propos des subventions accordées par ces derniers aux producteurs de

⁸ Un litige entre les États-Unis et l'Union européenne en matière de droits d'auteur dure pourtant depuis plus de quinze ans, sans mise en conformité par les États-Unis, mais sans que l'Union européenne ait demandé l'autorisation de suspendre des obligations (*États-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur – Rapport de situation des États-Unis*, WT/DS160/24/Add.111, 15 avril 2014).

⁹ Déc. arb., *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000, pp. 125-126.

coton. La disproportion entre les économies des deux membres de l'OMC était certes importante, mais sans commune mesure avec celle existant entre les économies européenne et équatorienne. Par ailleurs, il s'agissait d'une violation « évolutive » en ce sens que le montant des subventions illicites changeait d'une année à l'autre. Aussi, l'arbitre des sanctions opta pour des sanctions d'un montant variant chaque année en fonction de l'ampleur de la subvention accordée par les États-Unis¹⁰. Il décida en outre que les sanctions devaient en principe être pratiquées dans le secteur des marchandises, mais il autorisa des sanctions croisées si le montant venait, pour une année particulière, à dépasser un certain seuil au-delà duquel les restrictions des importations de marchandises auraient eu un impact trop défavorable à l'économie brésilienne¹¹.

Le troisième cas est sans doute celui où l'inégalité apparaissait de manière la plus forte. Alors que l'économie d'Antigua et Barbuda était minuscule et reposait pour une part majeure sur les jeux et paris en ligne principalement destinés aux marchés américains, les États-Unis ont interdit à leur ressortissants de pratiquer cette activité, en violation de l'AGCS. Les îles antillaises faisaient état d'une énorme baisse de leurs exportations, mais l'arbitre des sanctions n'a finalement autorisé des sanctions que pour un montant relativement modeste de 21 millions USD. Cependant, même pour un montant si faible, il a admis qu'il serait impossible ou inefficace qu'Antigua et Barbuda bloque des exportations de services américains, dont son économie est dépendante. Aussi, l'arbitre a-t-il autorisé la suspension de droits de propriété intellectuelle¹².

IV. – Les sanctions croisées, une arme efficace pour les pays en voie de développement ?

La suspension des droits de propriété intellectuelle au titre des sanctions offre apparemment l'avantage de ne pas avoir un effet (aussi) négatif sur l'économie de l'État qui les pratique que des restrictions aux importations. Ces dernières font en effet monter les prix internes et engendrent, selon la théorie économique néo-classique, une inefficience économique et une diminution des richesses. Probablement n'est-ce pas toujours le cas, mais on peut penser que cette ineffi-

¹⁰ Déc. arb., *États-Unis – Subventions concernant le coton upland* – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009, 4.279 et Annexe 4.

¹¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.179-5.185, 5.201, 5.231 ; D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding: U.S.–Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, pp. 149-150.

¹² Déc. arb., *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalière des services de jeux et paris* – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007, not. 1.5, 3.188 et 4.118.

science se produit surtout en défaveur des petits pays – ceux qui dépendent d'importations pour développer leurs économies et qui ne représentent pas pour les autres un marché d'exportation significatif. Cet effet n'existe pas dans le cas de la suspension des droits intellectuels, qui peut donc se faire sans coûts directs pour l'économie de l'État qui sanctionne : ce sont au contraire des biens de valeur (notamment technologiques) qui peuvent être produits à meilleur prix, puisqu'il ne faut pas respecter les droits intellectuels qui les protègent en principe.

En outre, si les dispositions de l'Accord ADPIC sont plutôt conçues dans l'intérêt des pays développés et non dans celui des pays en développement, alors il serait logique que, par une forme de réciprocité, la suspension de cet Accord par ces pays soit une sanction efficace pour faire pression sur les pays développés. Et c'est bien pour cette raison que les pays impliqués ont demandé l'autorisation de pratiquer des sanctions dans le domaine des ADPIC. La jurisprudence, dans son ensemble, a interprété souplesment les conditions permettant d'accorder cette autorisation, notamment en raison de la situation de faiblesse économique relative de l'État plaignant¹³. Le système de sanctions de l'OMC ayant été pensé pour renforcer le respect des règles, et particulièrement des règles de protection de la propriété intellectuelle par les pays en développement (suspectés de laxisme à l'égard des contrefacteurs), les pays développés voient ainsi l'arme se retourner contre eux¹⁴. Mais si ce qui précède est vrai, pourquoi les États ayant obtenu de haute lutte le droit de suspendre cet Accord, ne l'ont-ils jamais fait ?

On peut, bien sûr, l'expliquer par une série de difficultés juridiques et pratiques, qui ne sont toutefois pas théoriquement insurmontables. Il est par exemple compliqué de ne viser que les droits intellectuels appartenant à des ressortissants de l'État défendeur (et non d'autres États)¹⁵ et de respecter la règle d'équivalence imposant que la suspension des droits intellectuels ne dépasse pas la « réduction des avantages » causée par la violation¹⁶ ; tout ceci pose des problèmes évidents d'imputation et de calcul. La structure de l'Accord ADPIC, construite par référence à d'autres conventions internationales, soulève aussi la question de savoir si la suspension de l'Accord ADPIC entraîne paral-

¹³ G. HAMANN, « Replacing Slingshots with Swords : Implications of the Antigua-Gambling 22.6 Panel Report for Developing Countries and the World Trading System », *Vanderbilt Journ. Transnational L.*, 2009, p. 1010.

¹⁴ L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system : an important enforcement mechanism for developing countries ? », *W.T.R.*, 7(3), 2008, pp. 512-513.

¹⁵ CE, *Bananes III (Équateur)* (art. 22 :6 – CE), p. 141 ; G. HAMANN, « Replacing Slingshots with Swords : Implications of the Antigua-Gambling 22.6 Panel Report for Developing Countries and the World Trading System », *op. cit.*, p. 1024.

¹⁶ L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system : an important enforcement mechanism for developing countries ? », *op. cit.*, p. 538.

lèlement, ou non, une suspension des obligations résultant de ces conventions¹⁷. À défaut, l'État qui sanctionne violerait ces conventions. La nature des droits intellectuels fait aussi qu'ils sont parfois constitutionnellement protégés en droit interne, ce qui rend leur suspension délicate¹⁸. Enfin, encore faut-il avoir les capacités techniques pour fabriquer des produits protégés sans la coopération du titulaire du droit ; à cet égard, il est sans doute plus facile de copier une marque ou une œuvre littéraire ou musicale que de fabriquer des médicaments génériques – même si les pays en voie de développement auraient plutôt besoin de ces derniers, tout en étant conscients d'une part, qu'il est hasardeux de fonder une politique de santé publique sur une base aussi précaire qu'une suspension d'obligations (par nature temporaire) et d'autre part que les lobbys sont particulièrement puissants dans ce domaine¹⁹, mais pas seulement dans l'État défendeur...

Plus fondamentalement, le rapport de force économique est tel que, même avec ce type de sanctions, ces États ont beaucoup à perdre et peu à gagner. En effet, ils craignent d'une part une dégradation de leurs relations avec l'État visé dans d'autres secteurs de la vie (économique) internationale, par exemple sur le plan de l'aide au développement et, d'autre part, les montants en cause n'impressionnent guère les grandes économies.

L'efficacité des sanctions dépend ainsi de nombreux paramètres que le plaignant ne maîtrise pas complètement, dont la nature et ampleur de la violation, mais aussi du type de relation entre les pays en cause (alliés ou non, importance du commerce bilatéral, avec parfois des distinctions selon les secteurs, diverses formes de dépendance politique, économique, militaire ou géostratégique). Un cocktail de ces raisons, de composition variable selon le cas, empêche concrètement les pays en développement d'utiliser la suspension des ADPIC comme sanction.

¹⁷ Sur ce point, voy. F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS : issues of law and practice », in *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, C.P. BOWN et J. PAUWELYN (dir.), Cambridge, CUP, 2010, pp. 552-556 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean ? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.*, 11(2), 2008, pp. 360-362 ; M. SINGH, « Cross Retaliation under the WTO-DSM », *Global Trade and Customs Journ.*, 2013, pp. 280-281 ; G.L. SLATER, « The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS : A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization », *Georgetown L. Journ.*, 97, 2009, pp. 1375-1377 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system : an important enforcement mechanism for developing countries ? », *op. cit.*, pp. 535-536 ; E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries ? », in *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), Vienne, Springer, 2003, pp. 122-127. Cf. W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*, pp. 526-527.

¹⁸ Voy. F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS : issues of law and practice », *op. cit.*, pp. 549-552.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 546, 548-549 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system : an important enforcement mechanism for developing countries ? », *op. cit.*, pp. 533-534 ; A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO ? », *op. cit.*, pp. 405-408 ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », *op. cit.*, pp. 525-526.

Tous les combats n'ont cependant pas été totalement vains. La « guerre de la banane » s'est conclue par une forme d'armistice²⁰, bien qu'on puisse penser que les sanctions et les pressions des États-Unis (qui défendaient leurs multinationales du secteur) ont davantage contribué à faire plier l'Union européenne que les menaces équatoriennes. Un arrangement a été convenu entre les États-Unis et le Brésil au sujet des subsides sur le coton²¹. Mais sans doute, par sa taille et son récent développement économique, le Brésil n'est-il pas un pays en développement comme un autre. Finalement, Antigua et Barbuda reste bredouille, lui qui est vraiment pauvre et ne bénéficie pas de l'appui d'un grand. À la lumière de ces expériences, l'impact concret de l'autorisation d'imposer des sanctions croisées, et de suspendre l'Accord ADPIC, semble donc limité, et les considérations encourageantes ou optimistes de certains auteurs ne paraissent pas confirmées par la pratique²².

Conclusions

La suspension de l'Accord ADPIC à titre de sanction dans le droit de l'OMC met en lumière un aspect des asymétries entre les États membres de cette organisation. Une organisation plus juste des relations économiques internationales passe notamment par des règles élaborées à cette fin, c'est-à-dire qui partent du principe que les États sont inégaux en fait, et qui soient configurées en fonction des résultats concrets qu'elles sont susceptibles de produire, non pas dans un monde idéal ou imaginaire, mais dans l'environnement international auquel sont effectivement confrontés les pays pauvres. Si les sanctions de l'OMC ne fonctionnent pas bien en faveur des pays en voie de développement, même avec un mécanisme de sanctions croisées et une possibilité de suspendre des droits intellectuels, c'est qu'elles ne tiennent pas (encore) suffisamment compte de toutes les contraintes qui s'imposent à eux dans la vie réelle.

²⁰ *Accord de Genève sur le commerce des bananes*, Communication présentée par le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République bolivienne, le Venezuela et l'Union européenne, WT/L/784, 15 décembre 2009 (cet accord est aussi publié dans le *J.O.U.E.*, n° L 141 du 9 juin 2010, pp. 3-5); Accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, n° L 141 du 9 juin 2010, pp. 6-7.

²¹ « Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil Regarding a Fund for Technical Assistance and Capacity Building with Respect to the Cotton Dispute in the World Trade Organization », 20 avril 2010, <http://www.state.gov/documents/organization/143669.pdf>.

²² A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO ? », *op. cit.*, pp. 415-416, atteignent une conclusion optimiste; G. HAMANN, « Replacing Slingshots with Swords : Implications of the Antigua-Gambling 22.6 Panel Report for Developing Countries and the World Trading System », *op. cit.*, p. 1028, indique au terme de son article que « TRIPS suspension represents a remedy that carries weight and meaning »; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system : an important enforcement mechanism for developing countries ? », *op. cit.*, pp. 540-541, adopte un point de vue mitigé et prudent.