Institut Veblen pour les réformes économiques

Analyse du Mécanisme de rééquilibrage de l'Accord de libre-échange UE-Mercosur

Florian Couveinhes Matsumoto*
Sabrina Robert**
Juin 2025

* Maitre de conférences en droit public, École normale supérieure (Paris)
** Professeure de droit international, Nantes Université

Sommaire

Introduction 3

- **Un mécanisme quasi-inédit dans la pratique européenne** 3
- **Les enjeux réglementaires, sanitaires et environnementaux** 3
- **Le contexte de l'Accord : un Accord en régression par rapport aux récents accords conclus par l'UE** 5

1. Historique des mécanismes d'équilibrage dans les accords commerciaux 7

1.1. Le dispositif de plainte en situation de non-violation prévu à l'OMC 7

1.2. Un dispositif non-exceptionnel 8

1.3. La protection des "attentes légitimes" des parties contractantes 9

1.4. Mécanisme de rééquilibrage et mesures d'intérêt general 11

2. Les caractéristiques du mécanisme de rééquilibrage dans l'Accord UE-MERCOSUR 11

2.1. Champ d'application 11

2.2. Le caractère laconique de la clause, source de divergences d'interprétations. 12

2.3. Probabilité et opportunité d'une interpretation du mécanisme à la lueur du droit de l'OMC 14

3. Les dangers que le mécanisme fait planer sur le législateur européen 15

3.1. Le contexte d'un Accord poursuivant également des objectifs sociaux et environnementaux 15

3.2. Le risque d'inhibition normative 16

3.3. La perte d'indépendance dans la mise en œuvre de la législation européenne : l'exemple du Règlement contre la déforestation 17

Introduction

• Un mécanisme quasi-inédit dans la pratique européenne

Parmi les nombreuses inquiétudes que soulève la version actuelle de l'Accord de libre-échange UE-Mercosur, telle qu'elle a été adoptée le 6 décembre 2024[1], celles relatives à la présence d'un « mécanisme de rééquilibrage » dans le chapitre dédié au règlement des différends sont peut-être les plus vives. Ce mécanisme ne figurait pas dans la version du texte diffusée en 2019. Selon la Commission européenne, il a été ajouté en réponse à la demande formulée par les États membres du Mercosur, que l'Union européenne (UE) leur laisse une plus grande marge de manœuvre politique (*policy space*) quant à leur développement industriel. C'est une nouveauté dans l'accord qui est susceptible, à l'avenir, de régir les relations commerciales entre l'UE, ses États membres et l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay.

S'il ne s'agit pas d'un mécanisme juridique sans précédent – certains accords de libre-échange, à commencer par le GATT de 1947, comprennent des dispositifs comparables – **il n'appartenait pas, jusqu'alors, à la pratique européenne**. Certes il existe une « clause de rééquilibrage » dans l'Accord de commerce et de coopération avec le Royaume-Uni de 2021 (TCA)[2]. Mais celle-ci est étroitement liée aux dispositions du TCA tournées vers le maintien de conditions sociales et environnementales équitables (« *Level-playing field* »[3]) et la clause est cohérente avec cet objectif. Or, tel n'est pas du tout l'esprit du mécanisme prévu par l'accord avec le Mercosur. Il résulte au contraire des seules inquiétudes des pays d'Amérique du Sud quant aux effets commerciaux que pourraient avoir des réglementations européennes déjà adoptées, ou à venir, en matière de protection de l'environnement[4], et notamment le Règlement sur la déforestation de 2023[5]. **Le mécanisme de compensation quasi-inédit qui a été introduit interroge donc quant aux risques qu'il peut présenter à l'égard des efforts de l'UE et des États membres pour faire face à l'urgence écologique et plus généralement pour concilier, dans le cadre de la politique commerciale commune, les enjeux sociaux, économiques et environnementaux.**

• Les enjeux réglementaires, sanitaires et environnementaux

La clause de rééquilibrage de l'Accord UE-Mercosur est prévue en son article XX.4. Cette disposition définit le champ d'application des procédures de règlement des différends de la manière suivante :

[1] Le 28 juin 2019, l'UE et les États membres du Mercosur ont trouvé un « accord politique » sur un accord commercial. Ils l'ont ensuite revu sur un certain nombre de points (taxes à l'exportation, règles d'origine de produits spécifiques, marchés publics, propriété intellectuelle, règlement des litiges et – le point est important – définition des mesures), et ils ont ajouté certains chapitres (calendrier tarifaire, sauvegardes bilatérales, annexe au chapitre « développement durable », Accord de Paris, révision de l'Accord, Protocole de coopération) à l'accord initial.

[2] Article 411 du TCA.

[3] Titre XI du TCA : « Conditions équitables pour une concurrence ouverte et loyale et un développement durable ».

[4] J. Harrison et S. Paulini, « Reinventing trade, environment and development interlinkages: lessons from the EU-Mercosur Association Agreement », *Journal of International Economic Law,* 2024, p. 7.

[5] Règlement (UE) 2023/1115 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts.

« *The provisions of this Chapter apply with respect to any dispute:*

(a) Concerning the interpretation and application of the provisions of Part X of the Agreement (hereinafter referred to as "covered provisions"), except if otherwise expressly provided; or

(b) *Concerning* ***an allegation by a party that a measure applied by the other party nullifies or substantially impairs any benefit accruing to it under the covered provisions in a manner adversely affecting trade between the parties, whether or not such measure conflicts with the provisions of Part X of the Agreement, except if otherwise expressly provided*** ».

À ce stade, le champ d'application du mécanisme de rééquilibrage reste flou. Toutefois, comme nous le verrons, il est spécialement large et vise non seulement les mesures futures mais encore celles qui, déjà prises par le législateur, ne sont pas encore entièrement mises en œuvre.

Or, le risque que présente ce mécanisme concerne en particulier ces mesures qui, à court terme, pourront faire l'objet d'un différend (a. XX.4b)), d'une recommandation sur les mesures de compensation demandées (a. XX.13.9 bis, d)), et probablement, en cas de non-adoption d'une mesure de compensation satisfaisante (selon l'autre partie et au regard de la sentence rendue) ou de l'incapacité des parties à se mettre d'accord sur le niveau de compensation, d'une suspension de concessions commerciales (a. XX.20, spéc. al. 2, 3 ter et s.).

En effet, les différences de réglementation entre les États du Mercosur, spécialement le Brésil, et l'Union européenne sont nombreuses. Par exemple, « [p]our l'alimentation des animaux autres que les ruminants, l'utilisation des protéines et graisses animales est autorisée [au Brésil], ce qui constitue une distorsion de concurrence avec l'UE, où elle est interdite »[6]. De même, « [s]ix promoteurs de croissance antibiotiques sont autorisés dans l'alimentation animale au Brésil alors que l'UE a interdit depuis le 1er janvier 2006 l'usage d'antibiotiques comme promoteurs de croissance »[7]. L'interdiction d'une administration systématique de médicaments antimicrobiens a été réaffirmée par un règlement de 2019 (article 107)[8], et aux termes de l'article 118 du même règlement, cette interdiction « s'applique, mutatis mutandis, aux opérateurs des pays tiers et ces opérateurs n'utilisent pas les antimicrobiens désignées visés à l'article 37, paragraphe 5, dans le cas des animaux ou des produits d'origine animale exportés à partir de ces pays tiers vers l'Union ». Une mise en œuvre effective de ce type de réglementation exige naturellement une coopération importante avec les États exportateurs de viande issue de ce type d'animaux, et la mise en place d'une filière séparée et d'une traçabilité garantissant le respect de cette règle. À l'heure actuelle, tout ceci est loin d'être mis en place et il est probable que des pressions s'exerceront pour l'abolition ou l'assouplissement de ce règlement et d'autres, à travers les instances de dialogue et de coopération mises en place par l'accord. Ces pressions pourront être exercées dans le cadre du sous-comité propre au chapitre « développement durable » (voir par ex. l'a. 10, al. 3 du chapitre « développement durable ») ou dans d'autres sous-comités, en particulier le comité des « dialogues sur le bien-être animal, sur la biotechnologie agricole [OGM notamment], sur la lutte contre la résistance aux antimicrobiens [ce qui comprend la question de l'usage d'antibiotiques comme facteur de croissance des bêtes] et sur la sécurité alimentaire, la santé des plantes et des animaux » (article 2 du chapitre dédié). Un constat comparable pourrait aussi être établi au sujet de la réglementation des pesticides, les États membres du Mercosur s'étant montré très préoccupés, lors du lancement du *Green Deal* européen en 2019, de ce que la Commission européenne envisageait de renforcer les règlementations relatives à l'autorisation des agents actifs

[6] Rapport au Premier ministre, *Dispositions et effets potentiels de la partie commerciale de l'Accord d'Association entre l'Union européenne et le Mercosur en matière de développement durable*, 2020, p. 106.

[7] *Ibid.*

[8] Règlement (UE) 2019/6 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relatif aux médicaments vétérinaires et abrogeant la directive 2001/82/CE.

et aux limites maximales de résidus (LMR) autorisés dans les denrées alimentaires importées et consommées en Europe[9].

• Le contexte de l'Accord : un Accord en régression par rapport aux récents accords conclus par l'UE

Le mécanisme de rééquilibrage prend place dans un Accord qui, sur le plan environnemental, est en régression par rapport aux accords conclus avec le Royaume-Uni (TCA de 2021) et la Nouvelle-Zélande (Accord de libre-échange de 2024) : il ne requiert pas de mettre en œuvre l'Accord de Paris sur le climat de 2015 ni de respecter les contributions déterminées au niveau national adoptées dans ce cadre, mais seulement de rester partie, de bonne foi, à cet Accord ; aucune exigence liée aux modes de production dans des objectifs de santé publique, d'environnement, de respect des attentes des consommateurs ou de loyauté dans les échanges ne paraît introduite dans le chapitre « commerce et développement durable » (*trade and sustainable development* ou TSD) ; on trouve seulement de vagues engagements à échanger et coopérer à ce sujet[10] ; inversement, plusieurs paragraphes de l'Accord établissent une quasi-présomption de fiabilité des données nationales sur la mise en œuvre des dispositions environnementales de l'accord, spécialement en ce qui concerne la déforestation, et même une priorité donnée à ces informations relatives à la situation locale et aux politiques environnementales menées, sur les évaluations menées par l'autre Partie ou de manière indépendante ; les procédures mises en place sur ces principes[11] ont évidemment vocation, en cas de litige, à rendre difficile la preuve des violations des dispositions sociales et environnementales par une Partie, en particulier en matière de déforestation.

Enfin, et c'est plus important en ce qui concerne **le mécanisme de rééquilibrage, celui-ci constitue l'une des deux options d'un mécanisme de règlement des différends « principal » qui n'est en principe pas compétent pour garantir le respect du chapitre « Commerce et développement durable ».** Une telle architecture signifie que si les législations et mesures environnementales nationales ou européennes peuvent être remises en question grâce au mécanisme principal (titre VIII), que ce soit pour non-conformité à l'Accord ou pour déséquilibre des concessions, il n'en va pas de même de la non-mise en œuvre du chapitre « Commerce et développement durable ». En effet, contrairement aux engagements pris par la Commission européenne en 2022[12], et à la pratique adoptée par elle dans l'Accord conclu avec la Nouvelle-Zélande[13], l'article 15, alinéa 5 du chapitre « Commerce et développement durable » exclut tout recours au mécanisme principal (ou « commercial ») pour demander le respect de ces dispositions sociales et environnementales. Ce chapitre dispose de ses propres mécanismes qui ne conduisent ni à l'adoption de décision obligatoire pour les parties, ni n'autorisent la suspension des concessions commerciales (a. 15 et s.). En outre, le premier précédent jurisprudentiel fondé sur un Accord de libre-échange nouvelle génération de l'UE a confirmé la portée limitée du chapitre « Commerce et développement durable » : dans les accords

[9] Dans un texte mis en circulation le 1er novembre 2019 au sein du Conseil du commerce des marchandises de l'OMC, une vingtaine de pays, dont tous les États membres du Mercosur, ont reproché à l'UE de recourir à une « approche fondée sur les dangers » plus restrictive que les standards retenus au niveau international. Voir « Union européenne – mis en œuvre d'obstacles non tarifaires visant les produits agricoles », 1er novembre 2019, 19-7362. Sur l'« empreinte phytosanitaire » différente des produits agricoles en provenance de l'UE et ceux en provenance du Mercosur, voir aussi le récent rapport de l'EUTAX Observatory, « Aligning competitiveness and sustainability : How border adjustments can strenghten the EU's agricultural policy », Mars 2025.

[10] Voir par ex. les §§ 28-29 dans l'Annexe au chapitre « Commerce et développement durable ».

[11] Voir en particulier les §§ 54 à 56 de l'Annexe sur le commerce et le développement durable, et les précisions données plus loin à leur sujet.

[12] *La Force des partenariats commerciaux : ensemble pour une croissance économique verte et juste*, COM(2022)409 final, 22 juin 2022, §3.6. Voir aussi *Réexamen de la politique commerciale. Une politique commerciale ouverte, durable et ferme*, COM(2021)66 final, 18 fév. 2021.

[13] A. 26, al. 2.

qui distinguent un mécanisme principal et un mécanisme propre au chapitre « Commerce et développement durable », le second mécanisme n'est pas applicable en tant que tel s'il est invoqué par un État ou par l'Union européenne pour justifier une réglementation ou une mesure sociale ou environnementale contestée ; c'est le chapitre qui contient les dispositions dont la violation est alléguée qui détermine le mécanisme compétent, et non le chapitre invoqué en défense ou le caractère principalement « environnemental » ou « commercial » du différend[14]. Il en résulte une dissymétrie frappante : il n'est possible au mieux-disant écologique de contester des réglementations et mesures insuffisantes sur le plan environnemental qu'à travers un chapitre peu exigeant et un mécanisme étroit et *a priori* moins robuste que le mécanisme principal ; à l'inverse, la plupart des chapitres « commerciaux » de l'accord et le mécanisme principal sont disponibles à une Partie qui souhaite contester la réglementation ou une mesure sociale ou environnementale de l'autre Partie ; il n'est même pas possible à la Partie qui défend cette réglementation ou mesure sociale ou environnementale de demander l'application du chapitre « Commerce et développement durable » dans le cadre de ce litige. Tout au plus celui-ci peut-il être « pris en compte » dans l'interprétation des dispositions commerciales applicables[15].

En revenant à ce système de mécanismes « commerciaux » et « socio-environnementaux » séparés, qu'elle avait pourtant déclaré abandonner, l'Union se situe à contre-courant de ses orientations politiques récentes mais aussi plus largement de celles des États occidentaux, notamment celles des États-Unis, du Canada, de l'Australie, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, etc.[16] L'introduction du mécanisme de rééquilibrage dans l'Accord UE-Mercosur accentue ce recul du positionnement européen. En effet, ce mécanisme vise à compenser les impacts économiques susceptibles de découler d'une réglementation, notamment sociale, environnementale ou sanitaire, chez un partenaire commercial, même lorsque cette réglementation est conforme à l'accord. Or, ce qu'ont expliqué ces dernières années l'UE et les États-Unis, c'est au contraire qu'il convenait de compenser, pour celui qui adopte des règlementations environnementales ambitieuses, la perte de compétitivité de ses producteurs nationaux[17], mais également et surtout les conséquences économiques délétères du maintien de réglementations environnementales clairement en-dessous des standards appropriés. C'est ainsi que les États-Unis ont proposé à l'OMC de considérer un tel dumping environnemental comme une forme de subvention déguisée, et d'accepter que les partenaires commerciaux d'un État le pratiquant puissent y réagir par des mesures compensatoires[18]. De son côté, l'UE soutient également que le respect du *level playing-field* comprend le respect de certains standards sociaux et environnementaux[19].

Revenir sur cette idée d'intégration des questions sociales et environnementales dans la définition d'une concurrence équitable n'est pas uniquement susceptible d'entraîner de l'insécurité juridique. On peut se demander si rejeter cette idée et choisir la mise en place de mécanismes permettant de maintenir une concurrence qui ne tient pas compte de ces aspects sociaux et environnementaux, est globalement favorable, non seulement aux travailleurs et à l'environnement en général, mais encore aux intérêts, y compris économiques, de l'UE.

Les enjeux et le contexte du mécanisme de rééquilibrage étant clarifiés, la présente note propose une analyse critique en trois temps : d'abord un rappel des mécanismes de rééquilibrage déjà en place,

---

[14] Rapport final du panel d'arbitrage (Accord d'association UE-Ukraine), *Restrictions appliquées par l'Ukraine aux exportations de certains produits du bois vers l'Union européenne (Final Report of the Arbitration Panel. Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union)*, 11 décembre 2020, §§ 131-132.

[15] Voir *Ibid.*, §§ 245 et 249.

[16] Voir les chapitres 20 et 28 du Partenariat transpacifique (qui lie l'Australie, le Canada, le Japon, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, Singapour et le Viêt Nam) et les articles 24, al. 32 et 31, al. 6 de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique.

[17] Le mécanisme d'ajustement carbone pour l'UE et l'*Inflation Reduction Act* des États-Unis en sont deux illustrations.

[18] OMC, Promouvoir les objectifs de durabilité grâce aux règles commerciales pour assurer des conditions égales pour tous. Projet de décision ministérielle. WT/GC/W/814, 17 décembre 2020.

[19] Voir par ex. le briefing du Parlement européen, *The level playing-field for labour and environment in EU-UK relations*.

rappel qui met en lumière la caractère anachronique de l'insertion d'un tel dispositif dans l'Accord UE-Mercosur (I) ; ensuite une analyse détaillée des conditions de mise en œuvre de ce mécanisme de rééquilibrage qui laissent en suspens de nombreuses interrogations (II) ; enfin un examen des risques de capture du régulateur européen qui découlent de ce dispositif (III).

1. Historique des mécanismes d'équilibrage dans les accords commerciaux

1.1. Le dispositif de plainte en situation de non-violation prévu à l'OMC

Le mécanisme d'équilibrage UE-Mercosur s'inspire du dispositif de plainte en situation de non-violation prévu à l'OMC. Celui-ci trouve son fondement dans l'article XXIII du GATT de 1947 :

> « *Dans le cas où une partie contractante considèrerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée, du fait (…) qu'une autre partie contractante applique une mesure contraire ou non aux dispositions du présent Accord (…) ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, sont en cause* ».

L'objectif clair des négociateurs de l'époque était double. D'une part, il s'agissait de **protéger l'équilibre des concessions commerciales négociées entre les parties** et qui justifiait l'engagement conventionnel et l'acceptation des contraintes juridiques prévues dans l'Accord ; ici l'importance du maintien de cet équilibre doit se comprendre à l'aune du principe de réciprocité qui préside aux négociations commerciales, mais aussi à l'aune de la dimension éminemment diplomatique qui caractérisait les relations commerciales sous l'égide du GATT 1947[20]. D'autre part, il s'agissait de **pouvoir appréhender les effets restrictifs du commerce de mesures qui n'étaient pas couvertes par le GATT**, dont le champ d'application était principalement focalisé sur les mesures tarifaires. Dans le GATT, les subventions à la production nationale, par exemple, n'étaient pas couvertes mais elles pouvaient très bien neutraliser certaines concessions tarifaires ; il en allait de même pour les taxes intérieures, ou pour certaines mesures de réglementations poursuivant un objectif légitime[21].

Ce « but foncier » est clairement exposé dans l'un des premiers rapports rendus, dans le cadre du règlement des différends, au sujet de l'article XXIII :1 b) du GATT 1947 :

> « (*L'idée dont il procède est) que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromis non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une cession réciproque serait compromise*

[20] Ch. Larouer, « WTO non-violation complaints: a misunderstood remedy in the WTO dispute settlement system », *Netherlands International Law Review,* 2006, pp. 97 et ss.

[21] F. Roessler, « The concept of nullification and impairment in the legal system of the World Trade Organization », *in* E-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System,* Kluwer Law International, 1997, pp. 126-127. Voir aussi Note du Secrétariat, « Non-violation Ccomplaints under GATT article XXIII :2 », MTN.GNG/NG13/W/31, 14 juillet 1989.

par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général (…).

Si elles n'avaient pas le droit à réparation en pareil cas, (les parties contractantes) hésiteraient à accorder des concessions tarifaires et l'Accord général n'aurait plus d'utilité en tant que cadre juridique dans lequel sont incorporés les résultats des négociations commerciales »[22].

L'article XXIII du GATT 1947 n'a été que rarement invoqué : il n'y a, de 1947 à 1994, que huit affaires dont cinq ont conclu à l'atteinte aux concessions commerciales par des mesures de non-violation. Cela suggère que le mécanisme n'était pas si attirant, et que les craintes d'origine n'étaient peut-être pas fondées. En outre, il est intéressant de relever que seuls les États-Unis et les Communautés européennes ont mobilisé ce dispositif, lorsqu'ils étaient demandeurs dans une affaire. De cette pratique relativement peu abondante ont émergé des interprétations qui ont permis de préciser les conditions dans lesquelles l'article XXIII pouvait être invoqué et les objectifs de cette disposition. On en retrouve la trace dans les dispositifs plus récents.

Dans le cadre de l'OMC, l'article XXIII du GATT perdure en l'état. Mais l'article 26.1 (a) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends encadre de manière plus précise les plaintes en situation de non-violation : la partie plaignante doit présenter une « justification détaillée » de sa plainte et le membre qui a adopté la mesure litigieuse n'est pas obligé de la retirer. Quant à l'Accord général sur le commerce des services, il prévoit son propre mécanisme de rééquilibrage à l'article XXIII :

« *Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* ».

La référence à un avantage « raisonnablement attendu » est une codification de la pratique issue du GATT 1947. La formule est importante, comme l'expliquent les analyses qui suivent sur la protection des attentes légitimes des Parties contractantes.

Malgré cette exigence, qui réduit la portée du dispositif de rééquilibrage, la pertinence de ce dernier a été interrogée au sein même de l'OMC :

« *One might wonder about the legitimacy of the non-violation complaint, given that the WTO Agreement contains all the rights and obligations which Members agreed in this negotiation. Why shall there be a remedy against actions that are not inconsistent with the rights and obligations, in other words, means that the WTO Agreement does not preclude?* ».[23]

1.2. Un dispositif non-exceptionnel

En dehors du cadre de l'OMC, **on trouve des mécanismes de rééquilibrage dans d'autres accords importants. C'est le cas par exemple dans l'ALENA de 1994[24] puis dans l'Accord États-Unis – Canada – Mexique qui lui a succédé en 2018[25]. On le retrouve encore dans le Partenariat Transpacifique Global et Progressiste entré en vigueur en 2018[26], dans l'Accord de libre-échange entre la Corée et**

[22] *CEE – Oléagineux*, IBDD, S37/91, rapport adopté le 25 janvier 1990, § 144.

[23] World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System,* Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 32.

[24] Annexe 2004 de l'ALENA.

[25] Article 31.2 de l'AEUCM.

[26] Entre le Canada, l'Australie, Brunéi, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Article 28.3.

le Chili de 2003[27], dans plusieurs accords de libre-échange bilatéraux conclus par les États-Unis[28], ou encore dans le Protocole pour le règlement des différends de l'ASEAN de 1996[29].

Dans chacun de ces textes, le mécanisme d'équilibrage ou le mécanisme de plainte en situation de non-violation est prévu en des termes sensiblement différents. Mais les dispositions qui s'y rapportent sont toujours précises, elles en délimitent rigoureusement le champ d'application (excluant notamment certains chapitres commerciaux) et spécifient les modalités particulières du règlement des différends. Dans tous les cas, à une exception toutefois, ces traités prévoient qu'en cas d'avantage compromis ou annulé, la partie en cause doit compenser la perte de cet avantage sans jamais être obligée de retirer la mesure. Dans l'échantillon de traités que nous avons étudiés, seul l'Accord Corée-Chili considère que la partie, « lorsque cela est possible », devrait s'abstenir d'exécuter la mesure ou devrait l'abroger[30]. Ces exemples tranchent avec le mécanisme de rééquilibrage inséré dans l'Accord UE-Mercosur qui est prévu en des termes très sommaires (voir *infra* partie 2).

1.3. La protection des "attentes légitimes" des parties contractantes

A l'occasion d'une réunion de la Commission du commerce international du Parlement européen, le 16 janvier 2025, **le Commissaire au Commerce, à la Sécurité économique, aux Relations interinstitutionnelles et à la Transparence, Maroš Šefčovič, a souligné que le mécanisme de rééquilibrage dans l'Accord UE-Mercosur devait servir à protéger les « attentes légitimes » (« *legitimate expectations* ») de chacune des parties contractantes**[31]. En tant que déclinaison du principe de bonne foi en droit international économique[32], la protection des attentes légitimes ou raisonnables jouent depuis longtemps un certain rôle dans le droit du commerce international[33], mais un rôle bien moindre qu'en matière d'investissements[34]. En particulier, le recours aux attentes raisonnables est limité, dans le cadre de l'OMC, aux plaintes en situation de non-violation[35]. Autrement dit, l'essentiel du contentieux OMC exclut la pertinence de la notion, qui la limite aux mécanismes de rééquilibrage. Les groupes spéciaux du GATT de 1947, puis les juges de l'OMC ont apporté un certain nombre de précisions sur la signification de ces attentes légitimes ou raisonnables.

D'abord quant à l'objet des « attentes » : celles-ci reposant sur les concessions tarifaires, elles ne peuvent être assimilées à des « garanties de volume des échanges » ; en revanche, ces concessions sont génératrices « d'une attente quant aux rapports de concurrence »[36], d'une attente « de

[27] Article 19.2.

[28] Par exemple, avec le Maroc (2004), l'Australie (2004), Singapour (2003). Un mécanisme de rééquilibrage est également présent dans le CAFTA-DR de 2004 (Dominican Republic-Central America FTA)

[29] Article 9.

[30] Article 19.14 :2.

[31] https://multimedia.europarl.europa.eu/en/webstreaming/20250116-1015-COMMITTEE-INTA

[32] *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (WT/DS163/R), Groupe spécial, rapport du 1er mai 2000, § 7.102.

[33] Voir M. Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO. The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, 2006, Hart Publishing, 396 p.; Y. Nouvel, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *Annuaire français de droit international,* 2001, pp. 461-474.

[34] Ce concept est bien connu en droit international des investissements. Il a fait l'objet de nombreuses critiques, en ce qu'il pouvait étendre le champ de la protection conventionnelle offerte aux investisseurs étrangers.

[35] Voir *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R), Organe d'appel, rapport du 5 juin 1998, § 80.

[36] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, rapport du groupe spécial du 31 mars 1998, § 10.38.

possibilités d'accès au marché accrues découlant des concessions tarifaires pertinentes »[37], ou encore d'une attente « d'une amélioration de l'accès au marché »[38]. Si de telles attentes sont reconnues comme frustrées, le mécanisme de rééquilibrage ne vise pas à les restaurer. Le rééquilibrage s'opère au niveau global, et la mesure de compensation peut toucher d'autres segments commerciaux, dès lors qu'un niveau d'équilibre comparable à celui qui existait avant le bouleversement du rapport de concurrence est atteint[39]. Autrement dit, si l'appréciation des attentes raisonnables s'opère dans l'examen des effets précis de la mesure litigieuse, le rééquilibrage peut profiter à d'autres secteurs.

Ensuite quant à la gravité de l'atteinte à ces attentes : il est nécessaire que le rapport de concurrence soit « bouleversé ». Plus précisément, le plaignant doit établir « une corrélation manifeste entre les mesures et l'effet défavorable exercé sur les rapports de concurrence pertinents »[40]. Au-delà des segments commerciaux directement touchés par la mesure litigieuse, il faut aussi prouver que c'est le caractère réciproque des engagements commerciaux qui est affecté. Autrement dit, il faut que la partie plaignante apporte la preuve que *l'accord de libre-échange a, pour elle, perdu une partie de son objet*. La preuve de ce rapport de causalité est souvent difficile à rapporter. En outre, dans le cas d'un « marché en régression », notamment *dans le cas de produits dont la dangerosité commence à être mise à jour, il ne peut être considéré qu'une mesure de réglementation interdisant ces produits bouleverse les conditions de concurrence*. Mais la régression semble devoir être observée sur un laps de temps substantiel[41].

Enfin, **quant aux caractéristiques des attentes** : celles-ci doivent être raisonnables. De manière générale, cela signifie qu'elles pouvaient être projetées au regard de conditions – tarifaires ou réglementaires – existant au moment où les concessions ont été négociées. Corrélativement, cela signifie qu'il faut démontrer qu'une attente est frustrée par *une mesure imprévisible* : « pour qu'une attente soit légitime, il faut qu'elle tienne compte de toutes les mesures prises par la partie auteur de la concession qui auraient pu être raisonnablement prévues au moment de l'octroi de la concession »[42].

Ici, l'analyse peut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et la lecture de la jurisprudence ne permet pas une systématisation claire. On peut tout de même relever plusieurs facteurs à prendre en compte : a) le fait qu'une mesure spécifique cadre avec une politique générale antérieure ne suffit pas à garantir la prévisibilité de la mesure[43] ; b) le fait que la mesure soit adoptée bien longtemps après la négociation des concessions commerciales peut jouer en sa faveur parce que les parties contractantes ne peuvent s'attendre à une immuabilité du droit applicable[44] et que les connaissances scientifiques peuvent évoluer[45] ; c) le fait qu'il existe des initiatives législatives en faveur de la mesure litigieuse au moment de la négociation des concessions commerciales n'est pas nécessairement de nature à conclure à sa prévisibilité[46] ; d) l'adoption antérieure de mesures semblables ne suffit pas

[37] *Ibid.,* § 10.61.
[38] *Ibid.,* § 10.66.
[39] Y. Nouvel, *op. cit.,* p. 473.
[40] *États-Unis – Certaines prescription en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO),* Rapports du groupe spécial établis au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, 20 octobre 2014, § 7.714.
[41] *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant,* Rapport du groupe spécial, 18 septembre 2000, § 8.286.
[42] *Japon – Pellicules,* § 10.61.
[43] *Japon – Pellicules,* § 10.79.
[44] *États-Unis – EPO,* § 7.714.
[45] *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant,* Rapport du groupe spécial, 18 septembre 2000, § 8.292.
[46] *États-Unis – EPO,* § 7.703 ; *Japon – Pellicules,* § 10.80.

non plus[47] ; e) si la mesure s'inscrit dans un cadre réglementaire préalable, mais présente un « degré considérable de nouveauté réglementaire », elle peut être considérée comme non-prévisible[48] ; f) en revanche, si elle s'inscrit dans un climat général de durcissement de la réglementation, observé au niveau international, on pouvait s'attendre à ce qu'elle soit adoptée…[49] La multiplicité des indices dont aucun n'est un critère suffisant pour établir la prévisibilité de la réglementation ou de la mesure rend extrêmement difficile d'apprécier, *in abstracto,* le caractère prévisible ou non d'une mesure. C'est pourquoi l'étude des déterminations des juges de l'OMC établies dans le cadre des recours en situation de non-violation du GATT ou l'OMC donne l'impression d'un exercice de divination, qui peut avoir des conséquences négatives sur la sécurité juridique.

1.4. Mécanisme de rééquilibrage et mesures d'intérêt general

Étant donné que les mécanismes de rééquilibrage visent à compenser la réduction ou l'annulation d'avantages commerciaux qui résulte de l'adoption d'une nouvelle mesure (réglementation, subvention…), la question s'est posée de la contradiction potentielle avec les objectifs non-commerciaux également reconnus par les accords de libre-échange. Cette question s'est en particulier posée devant le groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *UE – Amiante* en ces termes : **l'article XXIII :1 b) peut-il être invoqué contre une mesure ayant par ailleurs été justifiée sur le fondement de la protection de la santé (article XX b) du GATT) ? Le groupe spécial a sans hésitation répondu par l'affirmative**, même s'il a relevé que dans une telle situation, il convient de mener une analyse encore plus rigoureuse de la prévisibilité de la mesure, ce qui revient à faire peser une charge de la preuve plus lourde sur le requérant[50]. Le fait que les mécanismes de rééquilibrage puissent être invoqués contre des mesures d'intérêt général est confirmé, en dehors de l'OMC, par un groupe spécial chargé de l'examen d'une affaire sur le fondement de l'Accord de libre-échange États-Unis – Canada de 1987 où l'unilatéralisme d'une mesure américaine de santé publique a conduit à la qualifier de mesure frustrant les attentes légitimes du Canada[51].

2. Les caractéristiques du mécanisme de rééquilibrage dans l'Accord UE-MERCOSUR

2.1. Champ d'application

La formule de l'article XX.4 (b) qui définit le champ d'application du mécanisme de rééquilibrage est problématique pour plusieurs raisons. En effet, non seulement elle permet de contester une mesure objectivement conforme au traité et dont l'une des Parties à l'Accord allègue simplement qu'elle annule ou affecte substantiellement un de ses avantages économiques, mais en outre, **la notion même de « mesure » est définie par l'Accord de manière spécialement large, et ce ne sont pas – comme c'est habituellement le cas – les mesures adoptées postérieurement à la conclusion ou à l'entrée en vigueur de l'Accord qui sont visées, mais toutes les mesures qui ne sont pas encore**

[47] *États-Unis – EPO,* § 7.705.
[48] *Ibid.,* § 7.712.
[49] *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant,* Rapport du groupe spécial, 18 septembre 2000, § 8.297.
[50] *Ibid.,* § 8.301.
[51] *Purto Rico – Regulations on the Import, Distribution and Sale of U.H.T. Milk from Quebec,* USA-93-1807-01, rapport final du panel du 3 juin 1993.

pleinement *mises en œuvre* au terme des négociations, c'est-à-dire au 6 décembre 2024. En effet, l'article X.3, qui a été révisé en 2024, définit de la manière suivante le terme « measure » : « *any measure, whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action, requirement of practice* »; et une note de bas de page précise que « (f)or *greater certainty, the term "measure" includes omissions and legislation that has not been fully implemented at the conclusions of the negotiations of this Agreement as well as its implementing acts* ».

Il n'est pas évident de déterminer ce que signifie la « mise en œuvre complète » (« *full implementation* ») d'une mesure. Mais en tout état de cause, cette définition étend le champ d'application de l'Accord au-delà de ce qui est habituellement prévu.

De manière quasi-certaine, le mécanisme peut être mis en œuvre contre le Règlement sur la déforestation, compte tenu du fait que la mise en œuvre de la moitié de ses dispositions, relatives au secteur privé, a été reportée au 31 décembre 2025[52] et que son application nécessite la mise en œuvre, par la Commission européenne, de plusieurs dispositifs d'information, de certification… **D'autres réglementations environnementales qui sont en cours de discussion ou qui ont déjà été adoptées mais qui nécessitent l'adoption de règlements d'exécutions pourront également être concernées.** Ainsi, la mobilisation du mécanisme de rééquilibrage est aussi envisagée pour contester le fonctionnement **du mécanisme d'ajustement carbone aux frontières**[53]. De manière générale, la plupart des dispositifs réglementaires qui sont mis en place en matière sanitaire et environnementale, sont nécessairement des dispositifs progressifs, adaptables et évolutifs. Par conséquent, l'identification de la date critique de leur mise en œuvre complète est délicate et il est à craindre que le mécanisme puisse être mobilisé contre la majorité de ces réglementations.

2.2. Le caractère laconique de la clause, source de divergences d'interprétations.

Le mécanisme prévu par la version actuelle de l'Accord UE-Mercosur est beaucoup moins précis que celui de l'article XXIII du GATT, et que celui d'accords postérieurs au GATT de 1947, qui faisaient référence à des éléments de la jurisprudence du GATT ou de l'OMC sur l'interprétation de l'article XXIII : les « attentes légitimes »[54], la preuve d'une « distorsion grave » de l'équilibre de concessions commerciales[55] ou encore l'exigence d'une « justification détaillée »[56]. Rien de tout cela n'est présent dans l'Accord UE-Mercosur.

Cela peut paraitre étonnant au regard d'un autre mécanisme de rééquilibrage que l'UE a intégré dans un accord qu'elle a récemment conclu : l'Accord de commerce et de coopération avec le Royaume-Uni (TCA). Dans celui-ci, le mécanisme de rééquilibrage est bien plus détaillé et, surtout, est entendu d'une toute autre manière. En effet, l'article 411 du TCA permet à une Partie au traité de réagir à ce qu'elle voit comme une déstabilisation de la relation commerciale ou d'investissement établie par le traité, en raison de la modification de la réglementation de l'autre Partie. Toutefois, elle ne permet pas une telle réaction à raison de n'importe quel déséquilibre économique, mais sur la base d'une « divergence importante » « en matière de protection du travail et de protection sociale, environnementale ou climatique, ou en ce qui concerne le contrôle des subventions » (al. 1). L'esprit

[52] Voir Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL modifiant le règlement (UE) 2023/1115 en ce qui concerne les dispositions relatives à la date d'application COM/2024/452 final/2, effectivement adoptée par le Parlement et le Conseil.

[53] Voir par ex. G. Escribano, « The Mercosur-EU agreement as a model for open decarbonization », Real Instituto Elcano Royal Institute, 7 janvier 2025.

[54] Par exemple article 31.2 c) de l'AEUCM.

[55] Par exemple article 17 de l'accord de libre-échange entre Les États-Unis et la Jordanie.

[56] Article 26 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.

est donc proche mais déjà un peu différent de celui de l'Accord UE-Mercosur. Si l'article 411 n'interdit pas à une Partie d'adopter des mesures de rééquilibrage face aux effets restrictifs du renforcement par l'autre Partie de sa réglementation environnementale, sociale ou sanitaire, cette hypothèse est en réalité très peu probable. Elle irait à rebours de toutes les autres dispositions de l'Accord UE-Royaume-Uni relatives aux « conditions équitables pour une concurrence ouverte et loyale et un développement durable » (intitulé du titre XI de l'Accord) et notamment à la prévention contre le dumping environnemental et social[57]. Autrement dit, son utilisation est surtout envisagée au profit de la Partie qui renforce sa réglementation environnementale, sociale ou sanitaire, et dans le but de protéger *sa* production nationale d'une concurrence déloyale découlant des standards moins élevés de l'autre Partie.

Surtout, l'article du traité UE-Royaume-Uni est très développé (il fait plusieurs pages) et comporte des restrictions. Par exemple, les mesures de rééquilibrage prises par l'une des parties à l'accord doivent être :

> « *limitées, dans leur champ d'application et leur durée, à ce qui est strictement nécessaire et proportionné pour remédier à la situation. La priorité est accordée aux mesures qui perturberont le moins le fonctionnement du présent accord. L'évaluation de ces incidences par une Partie se fonde sur des éléments de preuve fiables et pas simplement sur des conjectures ou de lointaines possibilités* » (al. 2).

On est loin du caractère laconique de la disposition de l'Accord UE-Mercosur.

Enfin, dans l'article 411 du TCA, une procédure comprenant la recherche d'une solution amiable et, à défaut d'accord à ce sujet, le recours à un tribunal d'arbitrage est décrite avec force détails sur plus de deux pages. La description de cette procédure est suivie de celle, intéressante, d'une procédure permettant à « chaque Partie [de] demander, au plus tôt quatre ans après l'entrée en vigueur du présent accord, un examen du fonctionnement » du mécanisme de rééquilibrage (al. 4). Une telle demande peut intervenir par exemple si une Partie « estime que des mesures [de rééquilibrage] ont été prises fréquemment par l'une ou l'autre des Parties ou les deux, ou si une mesure ayant une incidence importante sur le commerce ou les investissements entre les Parties a été appliquée pendant une période de douze mois » (al. 5).

À l'inverse de ces dispositions qui témoignent d'un haut niveau d'anticipation sur de futurs désaccords, et donc d'un degré élevé de sécurité juridique, le mécanisme de l'Accord UE-Mercosur fait déjà l'objet d'un désaccord flagrant dans son interprétation de part et d'autre de l'Atlantique. Du côté européen en effet, on rassure en soulignant que l'accord « *only concerns trade effects of measures that the complainant could not have expected when the deal was closed* », autrement dit pas les mesures de mise en œuvre prévues par la réglementation européenne récente. Du côté brésilien pourtant, le gouvernement soutient que le mécanisme a précisément vocation à contrebalancer la mise en œuvre des réglementations adoptées entre 2019 et 2023, par exemple concernant l'exportation de viande du Mercosur vers l'UE[58].

[57] Notamment à travers des clauses de non-régression dont le non-respect peut être sanctionné par la suspension de concessions commerciales (article 387 pour les norme sociales et article 391 pour les normes environnementales).

[58] FACTSHEET Mercosur-European Union Partnership Agreement - December 6, 2024, published by the Brazilian Government, available on https://www.gov.br/mre/en/content-centers/statements-and-other-documents/factsheet-mercosur-european-union-partnership-agreement-december-6-2024.

2.3. Probabilité et opportunité d'une interprétation du mécanisme à la lueur du droit de l'OMC

La divergence d'interprétation entre le Brésil et l'Union européenne peut s'expliquer par le fait que le premier met l'accent sur le texte même de l'article XX.4, alinéa b) de l'Accord UE-Mercorsur, tandis que la seconde insiste sur la similitude supposée de cette disposition avec l'article XXIII du GATT. En effet, tandis que l'article XXIII du GATT et les rapports subséquents des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel posent des conditions exigeantes à la mise en œuvre du mécanisme de rééquilibrage en situation de non-violation, le texte de l'article XX.4, al. b) de l'Accord UE-Mercosur semble beaucoup moins exigeant : la seule nécessité réelle est que la mesure alléguée « *nullifies or substantially impairs* any *benefit accruing to it under the covered provisions in a manner adversely affecting trade between the parties, whether or not such measure conflicts with the provisions of Part X of the Agreement, except if otherwise expressly provided* ». Dans le texte, il n'y a pas l'ombre d'une condition tenant au fait que la mesure était ou non prévisible au moment de la conclusion de l'accord, même s'il est possible de soutenir que, par définition, l'équilibre trouvé alors reposait sur les réglementations latino-américaines et européennes telles qu'elles existaient à la clôture des négociations.

Toujours dans le sens de l'interprétation du Brésil, il faut remarquer que la nécessité d'interpréter le mécanisme de rééquilibrage au regard de la jurisprudence de l'OMC n'est pas explicite dans l'accord. Toutefois, une interprétation de la disposition au regard de cette jurisprudence peut être soutenue pour de nombreuses raisons : l'affirmation répétée dans l'accord que les Parties s'engagent à respecter le droit de l'OMC, notamment pour ce qui est de l'adoption de mesures environnementales affectant le commerce[59] ; plus généralement l'intégration de nombreuses règles de l'OMC dans l'accord et les références très nombreuses à l'articulation entre commerce et environnement prévue par l'article XX du GATT[60] ; le fait que tant l'Union européenne et ses États membres que le Mercosur et ses États membres font partie de l'OMC ; le parallèle explicitement fait par la Commission européenne, juste après la conclusion de l'accord, entre le mécanisme de rééquilibrage qu'il prévoit et la protection des « concessions et avantages » propre au GATT de 1994 ; la proximité textuelle de l'article XX, alinéa 4 (b) de l'Accord UE-Mercosur et de l'article XXIII, al. 1 du GATT[61]. Une telle interprétation est aussi probable au regard du profil des membres des « panels d'arbitrage » fondés sur les accords de l'UE, des personnes souvent proches ou issues de l'OMC, et de la pratique habituelle de ces panels de se référer à cette jurisprudence, voire exclusivement à elle.

Si le mécanisme prévu par l'Accord entre l'Union européenne et le Mercosur doit être interprété au regard de la jurisprudence du système de règlement des différends de l'OMC, alors la Partie contestant une mesure sanitaire ou environnementale doit prouver que la mise en œuvre d'une mesure future ou

---

[59] Voir par ex. dans l'Annexe au chapitre « Commerce et développement durable », les al. 6 et 8 du préambule, ou la partie A.1., al. 4 : « *AGREEING that to address the crises and challenges mentioned above, a rules-based, non-discriminatory, fair, open, inclusive, equitable, and transparent multilateral trading system, with the WTO at its core, and in accordance with the objective of sustainable development, is indispensable; (…) REITERATING their commitment to fully respect WTO rules and to avoid unjustified or arbitrary discrimination or a disguised restriction on international trade;* », et « *The Parties acknowledge that sustainability measures affecting trade must be fully consistent with their obligations under the WTO Agreements* ».

[60] Voir par ex. l'article 13 du chapitre sur le commerce des biens, qui intègre l'article XX dans son alinéa 1, et précise dans son alinéa 2 qu'il s'applique aux mesures environnementales, qu'elles mettent ou non en œuvre des accords environnementaux multilatéraux. Voir également l'a. 2, al. 6 et l'a. 10, al. 4 du chapitre « développement durable », ou l'a. 8 du préambule et les al. 2 et 10 de l'Annexe du chapitre « développement durable ».

[61] Comp. « The provisions of this Chapter apply with respect to any dispute: (…) (b) concerning an allegation by a party that a measure applied by the other party *nullifies or substantially impairs any benefit* accruing to it under the covered provisions in a manner adversely affecting trade between the parties, whether or not such measure conflicts with the provisions of Part X of the Agreement, except if otherwise expressly provided » (a. XX, al. 4 (b) de l'Accord UE-Mercosur) et « If any contracting party should consider that *any benefit* accruing to it directly or indirectly under this Agreement *is being nullified or impaired* or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded (a. XXIII, al. 1 du GATT) (tous les italiques sont ajoutés).

déjà adoptée était imprévisible au moment de la conclusion de l'accord et bouleverse son équilibre global. On s'accordera aisément pour dire que le standard de preuve requis est plutôt élevé, tout en admettant aussi que l'existence même du mécanisme peut avoir un effet inhibiteur.

3. Les dangers que le mécanisme fait planer sur le législateur européen

Au regard de l'interprétation qui pourra être faite du mécanisme d'équilibrage dans le contexte global de l'Accord UE-Mercosur, les risques d'un recours fructueux à l'article XX.4 b) doivent être appréhendés avec nuance. Il n'en reste pas moins que ce dispositif fait peser une pression supplémentaire sur le régulateur et présente donc un risque d'inhibition du pouvoir normatif, voire de perte d'indépendance du régulateur.

3.1. Le contexte d'un Accord poursuivant également des objectifs sociaux et environnementaux

Le risque que l'article XX.4 b) puisse être mobilisé par les États du Mercosur pour demander une compensation des effets restrictifs d'une réglementation sanitaire ou environnementale adoptée par l'UE ou un État membre, alors même que celle-ci n'est pas contraire à l'accord (soit qu'elle ne viole aucune disposition substantielle du traité, soit qu'elle ait pu être excusée au titre des exceptions générales[62]) doit être apprécié au regard de la question suivante : **quel type de mesure d'intérêt général pourrait être considéré comme imprévisible au regard de l'ensemble des disciplines prévues par l'accord et de l'équilibre des concessions commerciales arrêtées au moment de sa conclusion ?**

Certes l'Accord UE – Mercosur vise à sécuriser un ensemble de concessions commerciales et de perspectives d'accès au marché réciproques dont l'équilibre global doit être maintenu, au risque sinon de compromettre l'objet même du traité. Mais cet accord est aussi autre chose qu'une compilation d'avantages commerciaux à somme nulle. Comme tous les accords dits « de nouvelle génération », il doit permettre de poursuivre des objectifs sociaux comme la protection des travailleurs, la protection de l'environnement, la protection du bien-être animal ou encore la promotion de la RSE[63]. Le chapitre « Commerce et développement durable » ainsi que l'annexe qui lui a été ajoutée en 2024 sont donc des éléments déterminants du contexte d'interprétation de l'article XX.4 b)[64] et d'identification des attentes légitimes de chaque partie contractante (et ce même si le chapitre TSD ne relève pas des procédures de règlement des différends prévues par le chapitre XX).

Dans ces deux textes, plusieurs dispositions peuvent être invoquées pour affirmer qu'**une partie contractante ne peut pas s'attendre à ce qu'une autre n'adopte pas de réglementation environnementale, sanitaire ou sociale, plus contraignante qui pourrait avoir des effets restrictifs du commerce :**

[62] Article 13 du titre relatif au commerce des marchandises qui renvoie à l'article XX GATT.

[63] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_24_6245.

[64] Conformément aux règles posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 que les juridictions internationales, y compris les panels d'experts ou d'arbitrage intervenant sur le fondement des accords méga-régionaux, appliquent systématiquement.

- Le chapitre TSD reconnait le droit des parties de réglementer et de déterminer leur propre niveau de protection ; il les invite à s'efforcer de relever leurs standards nationaux de soutenabilité[65] ; le chapitre reconnait également la possibilité d'appliquer des mesures de précaution[66] ;

- Quant à l'annexe, elle insiste plus fermement encore sur l'engagement des parties – qualifiées de « championnes du développement durable »[67] – « d'accélérer d'urgence (leurs) actions pour atteindre les objectifs de développement durable, lutter contre le réchauffement climatique et se doter des moyens nécessaires à cet effet »[68] ; elle reconnait qu'en dépit de leur niveau de développement différent, les parties poursuivent des valeurs et des intérêts communs[69] ; elle rappelle que les parties doivent s'efforcer de renforcer leurs standards de soutenabilité[70] ; elle souligne qu'en ce qui concerne la déforestation, les parties ne devraient pas abaisser leur niveau de protection[71].

L'un des objectifs de l'accord est donc de renforcer les actions des parties contractantes en faveur du développement durable, ce qui implique nécessairement un renforcement des réglementations environnementales, sanitaires et sociales et ce qui, mécaniquement, peut entrainer de nouvelles restrictions au commerce. Au regard de cet objectif, il est donc impossible de prétendre que les parties contractantes peuvent s'attendre à un *statu quo* réglementaire et donc, à une immuabilité de l'équilibre des concessions commerciales prévues dans l'accord. Aussi, **les potentialités de ce dispositif et le risque qu'il puisse être utilisé, en toutes circonstances, contre de nouvelles réglementations environnementales augmentant les standards européens, ne doivent pas être surévalués**. Il n'en reste pas moins que tout effet inhibiteur du dispositif ne peut être exclu.

3.2. Le risque d'inhibition normative

L'article XX.4 b) s'applique aux mesures de toute nature (loi, règlement, règle, procédure, procédure, décision, acte administratif ou encore pratique) qui pourront être adoptées postérieurement à l'entrée en vigueur du traité mais aussi aux « omissions et (à) la législation qui n'ont pas été pleinement mises en œuvre à l'issue des négociations du présent accord et de ses actes d'exécution ». Cette précision octroie un **effet rétroactif** à l'accord **qui rend difficile l'appréciation du critère de « prévisibilité » de la mesure qui doit normalement être au cœur de l'examen de la recevabilité des plaintes en situation de non-violation.**

Par ailleurs, si l'on retient l'hypothèse que l'article XX.4 b) sera interprété à la lumière de la jurisprudence GATT/OMC, plusieurs points de vigilance peuvent être relevés. D'une part, des mesures qui seraient totalement inédites, ou qui feraient volte-face par rapport à un modèle de gouvernance précédemment mis en place, esquissé ou discuté par les autorités compétentes, pourraient être considérées comme imprévisibles indépendamment de la reconnaissance du droit des parties contractantes de réglementer. Or, dans le domaine de la protection de l'environnement et de la santé, le contexte d'insécurité grandissante requiert des pouvoirs publics qu'ils puissent adopter des mesures d'urgence, parfois expérimentales, novatrices et progressives qui n'ont pas été anticipées sur le long terme. De ce point de vue, **le mécanisme de l'article XX.4 b) pourrait être un obstacle à la marge de manœuvre réglementaire dont ont besoin les pouvoirs publics pour mettre en œuvre des mesures de protection efficaces et effectives.**

[65] Article 2.2.
[66] Article 10.
[67] Préambule de l'annexe.
[68] *Idem.*
[69] *Idem.*
[70] Partie A.1 2).
[71] Partie A.2 16).

D'autre part, le mécanisme de rééquilibrage a manifestement été introduit dans l'Accord UE – Mercosur en réponse à la tendance à l'unilatéralisme de l'UE, face à l'inertie multilatérale. Or, le texte de l'accord prévoit de nombreuses disciplines de coopération réglementaire dont l'objet est précisément de neutraliser cet unilatéralisme[72]. On les trouve dans les chapitres SPS et OTC[73], dans le chapitre relatif à la transparence, dans le chapitre relatif aux dialogues, dans le protocole sur la coopération et même dans l'annexe TSD. Par exemple dans le chapitre sur la transparence, il est prévu que :

> « To the extent possible, when adopting or amending major laws or regulations of general application with respect to any matter covered by Part [TRADE], each Party shall, in accordance with its respective rules and procedures:
> (a) Publish in advance the draft law or regulation or consultation documents providing details of the objective of, and rationale for the law or regulation;
> (c) *Provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment*; and
> (d) *Endeavour to take into consideration the comments received* »[74].

L'ensemble de ces disciplines visent à instaurer un dialogue permanent entre les parties contractantes quant à l'évolution de leur réglementation respective. Si elles ne vont pas jusqu'à mettre en place un dispositif de co-régulation, elles exigent de la part de chaque Partie de prêter une attention tout à fait soutenue à l'appréciation, par l'autre Partie, de l'impact de la réglementation sur le commerce ou de sa nécessité environnementale ou sanitaire. Chaque Partie devra donc prendre en compte, dès la conception d'une réglementation, les capacités, besoins et attentes de l'autre Partie.

Au regard de l'importance conférée à cette approche coopérative dans le cadre de l'Accord UE – Mercosur, il est clair que la pression réciproque qui pèse sur les régulateurs est forte. Et si malgré tous ces dispositifs de dialogue, une partie contractante devait adopter une mesure unilatérale qui ne tienne pas compte du résultat de ces dialogues, le mécanisme de rééquilibrage pourrait être mobilisé. Autrement dit, **l'invocation potentielle de l'article XX.4 b) ajoute à cette pression et au risque de capture du régulateur**. On peut l'illustrer à partir du cas du Règlement européen sur la déforestation[75].

3.3. La perte d'indépendance dans la mise en œuvre de la législation européenne : l'exemple du Règlement contre la déforestation

Au regard du Règlement sur la déforestation, les opérateurs privés – c'est-à-dire les personnes établies dans l'Union qui mettent à disposition les produits visés par le Règlement (a. 7) – ainsi que les autorités nationales compétentes (a. 14) ont des obligations d'évaluation et de contrôle. Ainsi, au moins les autorités nationales – en France un organe conjoint du Ministère de la Transition écologique et de la cohésion des territoires et du Ministère de l'Agriculture et de la souveraineté alimentaire[76] – doivent remplir leurs obligations de manière indépendante (a. 14, al. 4 et a. 15, al. 4). Or, le mécanisme

[72] Sur les différentes formes de coopération réglementaire, voir le Rapport de la Commission Schubert, *l'impact de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé,* 2017, pp. 35 et ss.

[73] Qui renvoient à l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires et à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce de l'OMC.

[74] Article 4.2. Nous soulignons.

[75] Règlement (UE) 2023/1115 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n°995/2010.

[76] Voir https://www.deforestationimportee.ecologie.gouv.fr/reglement-europeen-contre-la-deforestation-et-la-degradation-des-forets/article/reglement-europeen-contre-la-deforestation-et-la-degradation-des-forets#Quelle-est-l-autorite-competente-en-France.

de rééquilibrage de l'Accord UE-Mercosur vise à forcer les autorités européennes et nationales à tenir compte, dans la mise en œuvre de ce Règlement, de l'équilibre des concessions réciproques avec les États membres du Mercosur. Est-ce que placer un État membre du Mercosur dans la liste des États où le risque de déforestation est « élevé » ne pourra pas être considéré comme une atteinte à ses avantages économiques ?

On le voit : la menace et même la possibilité de tels contentieux constitue une pression exercée sur les autorités chargées de la mise en œuvre du Règlement. Par ailleurs, les procédures prévues par les paragraphes 54 à 56 de l'Annexe au chapitre « Commerce et développement durable »[77] paraissent les contraindre à accorder une priorité aux données des États concernés sur la réalité de la déforestation (et donc sur le respect, par les entreprises, de leur obligation de vigilance) et sur les législations relatives à la déforestation (et donc sur la légalité des produits exportés), même si elles sont moins fiables. Il est difficile de ne pas voir dans ces dispositions des atteintes à l'indépendance à la mise en œuvre du Règlement[78], voire une invitation des États membres du Mercosur à s'ingérer dans la politique intérieure de l'Union et de ses États membres[79]. Ils pourraient très aisément, en se prévalant du mécanisme de rééquilibrage ou des dispositions procédurales sur l'importance à accorder aux informations fournies par les autorités locales, retarder ou rendre moins efficace la mise en œuvre de la législation européenne sur la déforestation. Sur la base de l'article 32 du Règlement, les sociétés privées concernées pourraient également contester le respect des procédures prévues devant les juridictions des États membres, et ainsi retarder ou rendre moins efficace la mise en œuvre de cette législation cruciale en période d'urgence climatique.

[77] « 54. When implementing sustainability measures that affect trade, consistent with its legal framework, a Party shall *give full consideration* to scientific or technical information *submitted by the other Party and should take into account the actions taken by that Party* to implement the commitments under this Instrument. 55. Where a Party´s law provides for verification of compliance of an imported product with the relevant laws of another Party, the Parties acknowledge that *the authorities of a Party are best placed to assess compliance with the law of that Party*. Hence, when assessing compliance with the law of a Party, the Parties shall use the information provided by the latter´s authorities. 56. With regard to the implementation of sustainability measures affecting trade and the placement on the market related to the protection of wooded ecosystems and where EU law so allows: (a) The EU recognises that this Agreement and actions taken to implement commitments thereunder *shall be favorably considered*, among other criteria, in the risk classification of countries. (b) Documentation, licenses, information and data from certification schemes and traceability and monitoring systems *officially recognized, registered or identified by Mercosur countries shall be used as a source by the relevant authorities in the EU for the purpose of verifying compliance of products covered by such measures with traceability requirements placed on the EU market*. (c) In case of a divergence between the documentation, licenses, information and data from certification schemes and traceability and monitoring systems officially recognized, registered or identified by Mercosur countries, and the information being used by the relevant authorities in the EU, the latter shall, upon request, *promptly consider* information and clarifications *provided by Mercosur countries* » (tous les italiques sont ajoutés).

[78] Par conséquent, le service juridique de l'UE devrait suggérer la révision desdits paragraphes par une phrase indiquant qu'« en tout état de cause, les données jugées les plus fiables doivent être privilégiées ».

[79] Selon Michael Rice, le paragraphe 55 de l'Accord est même radicalement incompatible avec le Règlement sur la déforestation en ce qu'il compromet l'indépendance des autorités nationales. Voir « The Mercosur trade deal risks derailing the EU's plan to protect the world's forests », ClientEarth, 20 décembre 2024.

L'Institut Veblen pour les réformes économiques est un think tank à but non lucratif qui promeut les politiques publiques et les initiatives de la société civile en faveur de la transition écologique. Il cherche à transformer le modèle économique actuel, profondément insoutenable, dans le respect de la justice sociale et des limites de la planète

https://www.veblen-institute.org/

Le programme 'commerce' de l'Institut Veblen est soutenu par Funders for Fair Trade, la Fondation européenne pour le climat et la Fondation Charles Leopold Mayer.