

# CHAPITRE 12

## COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS LE DOMAINE DES RELATIONS ÉCONOMIQUES

### 12.1. INTRODUCTION

On peut constater sans exagération que le **libre-échange** est devenu une question prioritaire d'importance mondiale du 21<sup>e</sup> siècle. Des événements récents ont ouvert un nouveau chapitre dans les relations économiques internationales, et ces changements ont rendu nécessaire la redéfinition des notions de base sur la gouvernance mondiale (« *global governance* »), sur la souveraineté étatique ou encore sur l'autonomie régulatrice.<sup>1</sup>

Le libre-échange est le commerce des marchandises et des services sans application des tarifs douaniers ou des restrictions quantitatives.

Le commerce mondial a fait émerger **un contexte politique et social particulier** par l'accroissement du libre-échange dont témoigne notre actualité contemporaine.

Le protectionnisme est la notion qui regroupe les mesures et les objectifs étatiques protégeant l'économie locale face à la pression concurrentielle étrangère. Il est souvent en usage pour désigner les mesures nationales qui sont, a priori, motivées par un objectif d'intérêt général, mais dont l'objectif réel est la protection de l'économie nationale, et en premier lieu de certains secteurs économiques en proie à des difficultés.

D'une part, l'échec de la dernière tournée (« *round* ») des négociations de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) fait supposer que **le multilatéralisme est arrivé à ses limites** en matière de commerce mondial, ce qui dirige les États partisans du libre commerce vers le bilatéralisme (ou vers le multilatéralisme limité). Et pendant que certains États se tournaient vers les moyens du protectionnisme, d'autres ont estimé que le libre-échange était un instrument pour surmonter la crise économique. Ces tendances ont fait naître une nouvelle génération d'accords de libre-échange, comme l'accord, en cours des négociations, sur le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, (« *Transatlantic Trade and Investment Partnership* », TTIP), le partenariat transpacifique (« *Trans-Pacific Partnership* », TPP), conclu à nouveau, suite à la sortie des États-Unis, sous le nom de partenariat transpacifique global et progressiste (« *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* », CPTPP) en mars 2018, l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (« *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* », CETA),<sup>2</sup> l'accord de

<sup>1</sup> L'érosion de la souveraineté, comprise dans son sens classique, n'est pas un phénomène récent, voir, par exemple, JACKSON 2006, 57-78.

<sup>2</sup> L'accord CETA est entré en vigueur le 21 décembre 2017. Décision du Conseil (UE) 2017/38 du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part. JO L 11, le 14 janvier 2017, p. 1080-1081. Voir, la communication de presse : EU-Canada trade agreement enters into force (le 20 septembre 2017), accessible en ligne <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1723>. Puisque l'AECG est un accord mixte qui relève à la fois des compétences de l'UE et des États membres, il n'entrera en vigueur qu'une fois, il sera approuvé par tous les États membres. Puisque les procédures d'approbation peuvent durer plusieurs années, le Conseil de l'UE, conformément à sa compétence prévue par l'article 30.7 (Entrée en vigueur et application provisoire), a rendu les parties de l'AECG qui relèvent de la compétence de l'UE, provisoirement applicables jusqu'à ce que l'approbation est pendante dans les États membres. Les stipulations qui ne sont pas encore entrées

partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon (« *EU-Japan Economic Partnership Agreement* », JEFTA) finalisé en décembre 2017,<sup>3</sup> ainsi que l'accord sur le commerce des services (« *Trade in Services Agreement* », TiSA), qui est un accord multilatéral territorialement limité.

D'autre part, il semble que l'ordre commercial mondial, la diminution ad minima des obstacles commerciaux, ont conduit à leurs objectifs<sup>4</sup>, et **l'accent en matière de commerce mondial est, apparemment mis** sur les limites régulatrices non-discriminatoires, ainsi que sur d'autres domaines commerciaux, comme les services, la technologie et les capitaux. Il faut tenir compte du rôle social croissant des régulations, et de nos jours, l'importance des marchés est incomparablement plus grande qu'avant, lorsque les principes du droit des relations économiques se développaient lentement.

Le présent chapitre examine deux questions. D'une part, il présente les résultats de la coopération réalisée dans le cadre du régime de coopération mondiale en matière de commerce international et les limites qui en découlent, pour les réglementations commerciales étatiques. D'autre part, il présente les caractéristiques générales de la nouvelle génération des accords de libre-échange.

L'objectif essentiel des **accords de libre-échange** traditionnel est d'interdire les tarifs douaniers et les restrictions quantitatives. De surcroît, les **accords de libre-échange de nouvelle génération** cherchent à assurer la fluidité du commerce en écartant des entraves montées par des régulations. Les États parties sauvegardent, par contre, dans les deux cas, leur liberté relative à la politique commerciale avec des États tiers. Contrairement à ces cas, lorsqu'une **union douanière** est mise en place, les États parties interdisent les tarifs douaniers et les restrictions quantitatives entre eux, et, en même temps, ils introduisent des tarifs douaniers et des restrictions quantitatives communes face aux États tiers.

## 12.2. LA LIBÉRALISATION GÉNÉRALE DU COMMERCE MONDIAL

L'histoire contemporaine du commerce mondial a débuté par l'Accord général sur les tarifs et le commerce de 1947 (GATT'47), et s'est poursuivie par la création, en 1994, de l'**Organisation mondiale du commerce**. Pendant cette période, le commerce mondial a connu des changements brusques et importants. Le GATT'47 a constitué, à son départ, une plateforme de coopération pour les États ayant opté pour l'économie du marché et les pays du bloc socialiste l'ont refusé.<sup>5</sup> Suite à la chute du communisme, le nombre de membres à l'OMC a augmenté d'une manière considérable, et de nos jours, ses règles sont devenues quasi universelles. Après l'adhésion de la Chine et de la Russie, l'OMC est devenue le régime commercial mondial unique. Contrairement au GATT'47 fondé par 23 pays, l'OMC regroupe actuellement plus de 160 membres. Avec l'adhésion de la Chine en 2001, et puis, celle de la Russie en 2012, l'OMC est devenue l'**organisation universelle du commerce mondial** : ces États membres capitalisent actuellement 96,4 % du PNB mondial.

---

en vigueur, concernent la protection des investissements, l'accès au marché des portefeuilles d'investissement (à l'exception des investissements étrangers directs qui relève de la compétence exclusive de l'UE) et le régime d'arbitrage en matière d'investissement.

<sup>3</sup> L'accord JEFTA attend actuellement l'approbation du Parlement européen et des États membres. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1767>

<sup>4</sup> Voir, par exemple, Factsheet on Trade in goods and customs duties in TTIP. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_152998.1%20Trade%20in%20goods%20and%20customs%20tariffs.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_152998.1%20Trade%20in%20goods%20and%20customs%20tariffs.pdf)

<sup>5</sup> Mis à part la Tchécoslovaquie et le Cuba qui étaient des États fondateurs, et sont restés États membres suite aux coups d'État communistes. La Chine était également un État fondateur, mais suite à la prise du pouvoir du Parti communiste a quitté l'accord. Il est intéressant à noter que la déclaration de sortie n'a pas été formulé par la République populaire, mais par la République dirigée par Kuo Min Tang exilé au Taïwan. Hsiao 1994, 433-434.

Le droit de l'OMC limite, dans une mesure importante, l'usage des instruments traditionnels de restriction commerciale pour ses États membres. Les **restrictions quantitatives** (quotas) sont presque complètement interdites pendant que les droits de douane sont largement limités. Le GATT'47 a interdit, d'une manière générale, le recours aux restrictions quantitatives,<sup>6</sup> et a obligé les États membres à transformer leurs restrictions quantitatives en droits de douane (« *tarification* »). Parallèlement, il a mis en place un régime où les États membres se sont engagés par des obligations contraignantes (« *tariff-bindings* ») concernant leurs droits de douane sous forme de **taux de droit consolidés** (« *bound tariffs* »). Ces engagements ont fixé un plafond obligatoire aux droits de douane que l'État membre en question pouvait appliquer.

Le GATT'47 a eu pour résultat **la diminution spectaculaire des droits de douane**. Les droits, avant 1947, entre 20 à 30 %<sup>7</sup> ont considérablement diminué. Selon le rapport sur le commerce mondial de 2007 de l'OMC (« *2007 World Trade Report* ») les droits de douane moyens, dans les pays développés, ont baissé, pour atteindre les 4 %.<sup>8</sup> Selon les statistiques de 2013 de l'UNCTAD, intitulées *Key Statistics and Trends in Trade Policy*, en 2012, les droits de douane moyens effectivement appliqués par les pays développés était à 1 %, tandis que pour les pays en voie de développement ils avoisinaient 4 à 10 %.<sup>9</sup> En ce qui concerne la répartition des charges douanières, environ 40 % des produits sont exonérés de droits de douane, pendant qu'à peu près 10 % sont soumis à des droits de douane supérieurs à 10 %.<sup>10</sup> Dans les relations entre l'UE et les États-Unis plus de la moitié des produits sont exonérés des droits de douanes, l'autre moitié est soumise à des droits s'élevant de 1 à 3 % jusqu'à 30 % (comme, par exemple, pour les vêtements et les chaussures). Les droits de douane de l'UE pour les voitures sont à 10 %, les wagons ferroviaires sont chargés des droits de 14 % aux États-Unis. Très rarement les droits de douane dépassent la valeur même du produit : les États-Unis perçoivent des droits de douane à 350 % sur les tabacs non transformés, et à 130 % sur les cacahuètes.<sup>11</sup> Tout cela démontre que dans les pays développés, les tarifs douaniers ne représentent des obstacles importants au commerce que pour quelques catégories de produits.

Parallèlement à la diminution générale des droits de douane, les plafonds juridiquement contraignants des tarifs, les taux de droit consolidés (« *bound tariffs* », « *tariff-bindings* ») ont subi une diminution similaire. Ces diminutions ont été négociées lors des **tournées de négociations** (« *rounds* ») du commerce mondial dont le GATT'47 a servi de plateforme générale. L'article II du GATT'47 a rendu ses engagements contraignants en droit international. Les représentants des États membres sont arrivés à ces négociations avec deux listes : une liste de leurs demandes (« *request list* ») et une liste de leurs offres (« *offer list* »), et ils ont essayé de convaincre les pays qui étaient destinataires de leurs exportations de s'engager pour des droits de douane moins importants concernant les produits figurant sur leurs listes de demande ; en contrepartie, ils ont fait des propositions conformément à leurs listes d'offre. Puisque les aménagements bilatéraux étaient exclus par le principe de traitement général de la

<sup>6</sup> GATT Article XI.

<sup>7</sup> WTO (2007) *World Trade Report : Six Decades of Multilateral Cooperation, What Have we Learnt ?* Geneva : WTO 207. accessible en ligne [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report07\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report07_e.pdf). à comparer avec Chad P. Bown and Douglas A. Irwin : *The GATT's Starting Point : Tariff Levels circa 1947*. CEPR Discussion Paper 10979. 2015. (Selon ses calculs les droits de douane en moyen étaient à 22 % en 1947).

<sup>8</sup> WTO (2007) *World Trade Report : Six Decades of Multilateral Cooperation, What Have we Learnt ?* Geneva : WTO. XXXI. Après la tournée d'Uruguay, les taux de droit consolidés de l'UE, du Japon et des États-Unis était, en moyenne pondérée, à 3,1 %; ce qui représentait 3,6 % pour l'UE, 1,7 % pour le Japon et 3,5 % pour les États-Unis. Ibid. 209.

<sup>9</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Statistiques et tendances dans la politique commerciale des Nations Unies*, New York et Genève, 2013, 5.

<sup>10</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Statistiques et tendances dans la politique commerciale des Nations Unies*, New York et Genève, 2013, 7.

<sup>11</sup> Fiche signalétique sur le commerce des biens et des droits de douane dans le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_152998.1%20Trade%20in%20goods%20and%20customs%20tariffs.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_152998.1%20Trade%20in%20goods%20and%20customs%20tariffs.pdf)

nation la plus favorisée (MFN), les États membres ne pouvaient faire usage de la discrimination entre eux. Si un État membre diminue ces taux de douane vis-à-vis du produit d'un autre État, cette diminution doit être appliquée immédiatement et sans conditions aux produits provenant de tous les autres États membres. Bien que les promesses engagées quant à la diminution des droits de douane ne se fondaient pas sur des accords bilatéraux, derrière ces engagements, l'on retrouve, selon la logique *quid pro quo*, des avantages et des intérêts économiques mutuels. Un État membre diminue, en général, les droits de douane de l'un de ses produits, parce que d'autres États membres se sont engagés pour la diminution des tarifs douaniers des produits que l'État membre en question exportait. Cette réciprocité se reflète dans l'article II du GATT qui stipule que les engagements relatifs à la diminution des droits de douane sont contraignants, ne peuvent pas être unilatéralement révoqués, à l'exception d'une compensation adéquate pour les États concernés.

Le GATT 1994 a incorporé le GATT'47, ce qui veut dire que les règles sont identiques.

La tournée d'Uruguay qui se déroula entre 1986 et 1994 (« *Uruguay Round* ») a connu un succès extraordinaire quant à l'élargissement des engagements, c'est-à-dire l'élargissement des catégories de produits concernées par les engagements sur les plafonds tarifaires (« *binding coverage* »). 99 % des produits des pays développés sont concernés par de tels engagements. Dans les économies en voie de transition (« *transition economies* ») cette couverture augmentait de 73 % à 98 %. Et l'on observe la même tendance concernant les pays en voie de développement, où la couverture par les taux consolidés a augmenté de 21 % à 73 %.<sup>12</sup> Les droits de douane à taux consolidés ont également diminué d'une manière considérable même si les taux sont restés supérieurs dans les pays en voie de développement.

Les 10 plus grandes économies du monde (qui composent 80 % du PNB mondial)<sup>13</sup>, à l'exception de l'Inde, ont un **couverture** presque générale quant aux engagements sur les droits de douanes et les taux consolidés sont très bas. Les trois premières économies mondiales (l'UE, le Japon et les États-Unis qui capitalisent 52 % du PNB mondial) ont un taux simple et moyen de douane inférieur à 5 %.

<sup>12</sup> WTO (2007) *World Trade Report : Six Decades of Multilateral Cooperation, What Have we Learnt ?* Geneva : WTO. 221.

<sup>13</sup> Selon les données du FMI en 2017 sur le PNB (current prices, U.S. dollars), accessible en ligne sur <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2018/01/weodata/index.aspx>.

Pays	PNB
Australie	1,379.548
Brésil	2,054.969
Canada	1,652.412
Chine	12,014.61
UE	17,308.862
Inde	2,611.012
Japon	4,872.135
Russie	1,527.469
Corée du Sud	1,538.03
États-Unis	19,390.6
Total	64,349.647
Total mondial	79,865.481

	Couverture par des taux consolidés	Moyenne simple des taux consolidés	Moyenne simple des taux appliqués selon le principe de la nation la plus favorisée	Moyenne simple des taux consolidés pour les produits non-agricoles	Moyenne simple des taux appliqués selon le principe de la nation la plus favorisée pour les produits non-agricoles
Australie	97,05	9,95	2.52	10.96	2.75
Brésil	100	31,36	13.53	30.75	14.12
Canada	99,7	6,52	4.08	5.17	2.16
Chine	100	10	9.92	9.13	8.98
UE	100	4,97	5.16	3.94	4.19
Inde	74,42	48,47	13.39	34.52	10.17
Japon	99,66	4,49	4.03	2.51	2.51
Russie	100	7,58	7.15	7.06	6.51
Corée du Sud	94,89	16,47	13.90	9.83	6.76
États-Unis	99,94	3,43	3.48	3.22	3.20

Source : OMC, données de 2016<sup>14</sup>

Il faut ajouter que les taux de droit appliqués sont, en général, largement inférieurs aux taux consolidés, ce qui peut causer, de temps en temps, des différences importantes concernant les États dont les taux consolidés sont élevés. Par exemple, les taux consolidés de l'Inde sont particulièrement élevés (en moyenne, à 48,47 %), cependant la moyenne de ses taux appliqués est plus basse (à 13,39 %) que celle du Brésil (à 13,53 %) et de la Corée du Sud (à 13,9 %) bien que dans ces deux autres pays, les taux moyens consolidés soient plus bas (respectivement à 31,36% et à 16,47%). Il est intéressant de voir que la Chine et la Russie bien qu'elles soient des pays en voie de développement, disposent des taux de droits consolidés bas (en moyenne à 10 % et à 7,58%), et les taux appliqués sont très proches des plafonds de leurs engagements juridiques (à 9,92 % et à 7,15 %).

Les **mesures traditionnelles d'entrave commerciale** sont les tarifs douaniers et les restrictions quantitatives.

Ces chiffres témoignent bien de la perte de terrain des **mesures commerciales restrictives traditionnelles**, et l'on pourrait même dire que ces mesures ne jouent plus de rôle pertinent. Comme nous l'avons vu, les mesures de restriction quantitative ont déjà été interdites par le GATT'47, pendant que les tarifs douaniers ont été progressivement réduits par les États qui en ont plafonné les taux. Les taux de droits entre les États développés sont très bas, notamment concernant les produits non-agricoles (à l'exception de l'Australie dont les taux consolidés sont moyennés à 3,44 % pour les produits agricoles alors que pour les produits non-agricoles la moyenne est à 10,96%). Il en résulte que dans les pays développés, le poids des droits de douane a considérablement diminué (même s'ils continuent à jouer un rôle dans l'agriculture ou dans certains secteurs économiques spécifiques), et ainsi la possibilité d'appliquer des droits de douane, d'une manière discrétionnaire, pour les pays développés, se réduit à une catégorie restreinte de produits pour en décourager l'importation. En même temps, les pays en voie de développement où la différence entre les taux de droits appliqués et les taux consolidés restent

<sup>14</sup> OMC, Données sur le commerce international et l'accès aux marchés, accessible : [https://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/statis\\_bis\\_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Tariff.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}}](https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/statis_bis_e.htm?solution=WTO&path=/Dashboards/MAPS&file=Tariff.wcdf&bookmarkState={%22impl%22:%22client%22,%22params%22:{%22langParam%22:%22en%22}})

importante, peuvent toujours faire l'usage de ces instruments de la politique commerciale. Par contre, le poids de ces pays dans l'économie mondiale est infime.

Il mérite d'être noté que conformément au **principe du traitement général de la nation la plus favorisée** qui interdit la discrimination entre les États membres de l'OMC, les droits de douane ne peuvent pas viser les produits provenant d'un État membre bien précis. Un pays développé ne peut pas augmenter les taux douaniers exclusivement pour les produits provenant des pays en voie de développement, il ne peut augmenter que les taux de droits du produit en question (il va de soi que les États qui ne sont pas membres à l'OMC ne bénéficient pas de l'avantage du principe de la nation la plus favorisée). Supposons que le gouvernement des États-Unis souhaite défendre les producteurs automobiles américains contre la concurrence des voitures importées d'Allemagne. Dans cette situation, il ne peut pas décider de percevoir des droits de douane supérieurs pour les voitures provenant de l'Union européenne, encore moins pour les voitures uniquement allemandes, mais il peut augmenter, d'une manière générale, les droits de douane sur les voitures ce qui aura une conséquence défavorable pour, par exemple, des producteurs japonais aussi.

Une solution similaire est mise en place dans le **commerce des services** aussi. Dans le cadre de l'application de l'accord général sur le commerce des services (GATS), il y a deux obligations qui ne concernent un État membre qu'en cas d'engagements particuliers : l'entrée sur le marché (GATS article XVI) et le traitement national (GATS article XVII). Les États se sont engagés sur ces deux aspects dans des secteurs économiques précis, l'ensemble de leurs engagements est repris dans la liste des engagements (« *Schedule of Commitments* »). La liste des engagements d'un État membre donné prévoit par secteurs économiques si l'État membre en question s'est engagé pour l'entrée sur le marché ainsi que pour le traitement national pour tel ou tel secteur industriel tout autant qu'elle reprend les engagements de l'État quant aux quatre différentes méthodes de service, enfin, elle contient également les restrictions et les conditions que l'État membre en cause a décidé de mettre en place lors de son engagement. Le GATS fait la différence entre quatre formes de prestation de service. Le premier cas est celui de la fourniture transfrontalière du service (« *cross-border supply* »), lorsqu'un service est fourni à partir du territoire de l'un des États membres sur le territoire d'un autre. Le deuxième cas est celui de la consommation à l'étranger (« *consumption abroad* »), lorsque sur le territoire de l'un des États membres, un service est fourni pour le consommateur d'un autre État membre. Le troisième cas est celui de la présence commerciale (« *commercial presence* ») : la fourniture du service se fait par le prestataire d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre grâce à sa présence économique sur ce dernier. Enfin, le quatrième cas est celui de la présence des personnes physiques (« *presence of a natural person* ») : la fourniture du service se fait par le prestataire d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre grâce à la présence d'une personne physique sur ce dernier. De la même manière que lorsqu'il s'agit des taux consolidés, les engagements relatifs au commerce des services ne peuvent pas être révoqués, non plus, à l'exception de la compensation de l'État en question.<sup>15</sup>

### 12.3. LA NOUVELLE GÉNÉRATION DES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

La nouvelle génération des accords de libre-échange (e.g. TTIP, TPP, CETA, TiSA) ne se contente pas de supprimer les droits de douane et les restrictions quantitatives (comme c'était le cas des accords à l'ancienne), mais **modifie effectivement la souveraineté** (régulatrice) **nationale devant la gouvernance internationale**, elle reformule l'autonomie régulatrice et internationalise certaines compétences nationales ; cela pose des questions (démocratiques) majeures. La nouvelle génération des accords de libre-échange couvre l'ensemble du spectre du commerce (produits, services,

<sup>15</sup> GATS article XXI GATS. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans l'affaire US Gambling. WOHL 2009, 133-134.

technologies, capitaux, etc.), et d'une manière particulièrement ambitieuse, ces accords ne s'intéressent pas uniquement à la suppression des obstacles commerciaux traditionnels (droits de douane, quotas), mais, d'une manière générale, ils concernent toute restriction commerciale et toute action étatique ayant un impact économique (différence des réglementations, marché public, certaines questions concernant les droits fondamentaux).

La combinaison des facteurs politiques et sociaux **a ouvert une nouvelle ère dans le droit des systèmes d'intégration économique régionale**, dans laquelle la réglementation internationale touche à la souveraineté régulatrice nationale et reformule profondément les pierres angulaires de celle-ci en rendant nécessaire de retravailler les notions relatives aux relations économiques, à la souveraineté et à la prise de décision démocratique. D'une part, la nouvelle génération des accords de libre-échange revient sur des limitations régulatrices profondément enracinées dans les sociétés liées étroitement à l'autonomie régulatrice nationale, ainsi elle cause une reconfiguration des compétences en privant de ses compétence la souveraineté étatique au bénéfice d'une gouvernance internationale. Selon une opinion radicale : « ces accords ne sont pas des affaires commerciales habituelles ; ils posent des questions sur l'avenir politique des nations indépendantes, sur la souveraineté, sur la démocratie, sur le droit d'autodétermination et surtout sur le droit des hommes de savoir ce que leur gouvernement fait. »<sup>16</sup> D'autre part, pendant que les efforts relatifs à la promotion excessive du libre-échange peuvent prendre le dessus sur les considérations régulatrices légitimes fondées sur des intérêts publics locaux, ils font apparaître le libre-échange comme un commerce non régulé, ainsi ils érodent sa légitimité ;<sup>17</sup> la régulation, en premier lieu non discriminatoire peut être l'outil des groupes d'intérêt locaux pour exclure les produits et les services provenant de l'étranger.

### 12.3.1. LE LIBRE-ÉCHANGE, L'INTÉRÊT NATIONAL ET LA GOUVERNANCE INTERNATIONALE

Les régimes internationaux de libre échange tout comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC), permettent aux États membres de **limiter le commerce** lorsque cette limitation est prévue dans un objectif légitime local. Les États peuvent adopter des standards, construire des régimes fiscaux, prévoir des obligations de service public à la charge des entreprises ou maintenir des monopoles d'une manière à faire obstacle à la libre concurrence. Puisque les cadres réglementaires font usage des notions générales et flexibles, les États membres disposent d'une compétence large d'appréciation, l'application du droit devient un processus social et mental qui mélange les considérations économiques, sociales et juridiques.

Les régimes internationaux de libre échange, parmi d'autres, ont un point en commun : ils interdisent aux États membres de limiter le libre-échange et la libre concurrence, et ils leur permettent de faire ainsi si la limitation intervient dans un **objectif légitime local**. Dans les différents régimes, ceux qui appliquent les règles, se retrouvent devant les mêmes problèmes, ils doivent décider dans des affaires similaires, voire identiques.

Des différences se manifestent entre les différents régimes en ce qui concerne la définition même de **ce qu'on considère comme un obstacle au libre-échange**. De ce point de vue, le droit du marché intérieur de l'UE est particulièrement sévère : il interdit même les mesures non discriminatoires dans la mesure où elles font obstacle au commerce. Autrement dit, les mesures étatiques qui limiteraient l'accès au marché des produits (services, investissement, etc.) d'importation, sont interdites malgré leur caractère non discriminatoire dans la mesure où elles limiteraient de la même manière l'accès au marché

<sup>16</sup> « Ces accords ne sont pas des accords ordinaires de libre-échange, ils soulèvent des questions relatives à l'avenir politique des Nations indépendantes, à la souveraineté, à la démocratie et à l'autodétermination qu'elles sous-entendent, et surtout, au droit des peuples à savoir ce que les gouvernements font », KELSEY 2010, quatrième de la couverture.

<sup>17</sup> Voir p.ex. KELSEY 2012, 1719.

des produits, services, investissements, etc., nationaux ou d'importation. Par conséquent, une mesure étatique peut violer la liberté de circulation même si elle ne reflète aucune tendance protectionniste. Contrairement à ce régime, la réglementation australienne du marché intérieur est fondée sur l'interdiction des mesures protectionnistes, et, en général, ce sont les mesures discriminatoires qui sont qualifiées comme protectionnistes (la discrimination pouvant être déclarée ou effective). Si l'objectif de la loi de l'État est de définir un standard pour un produit ou un service ou d'adopter une norme relative à une activité commerciale, une telle règle ne s'adopte pas, en général, sur une base protectionniste, et ainsi ne viole pas la clause de libre-échange consacrée par l'article 92 de la constitution australienne.<sup>18</sup> Conformément à la pratique juridique formée autour de la clause du commerce dormant (« *dormant commerce clause* »), aux États-Unis, des mesures non discriminatoires, mais désavantageuses pour le commerce interétatique, peuvent se heurter à l'interdiction constitutionnelle dans la mesure où le commerce interétatique serait limité d'une manière manifestement excessive quant à l'intérêt public local ; concernant les mesures non discriminatoires les États bénéficient d'une très large marge d'appréciation,<sup>19</sup> et les juges sanctionneront, en général, surtout les mesures discriminatoires.<sup>20</sup> Une juridiction ne peut qualifier non conforme à la constitution les mesures étatiques respectant l'exigence du traitement égal que dans des cas exceptionnels.

S'il s'avère qu'une mesure étatique fait obstacle au commerce, la mesure peut être maintenue dans la mesure où elle **se justifie par un intérêt public local** (elle vise un objectif légitime) et qu'elle est **proportionnelle**. L'analyse du respect de l'exigence relative à la proportionnalité demande un examen complexe, puisque des valeurs de nature différente doivent être mises en balance ; d'une part, le libre-échange, d'autre part un objectif légitime local (santé publique, moralité publique, la protection de l'environnement, etc.). L'appréciation entre des valeurs à nature différente est, en général, une question politique et non pas une question juridique, ainsi pour une juridiction l'analyse est difficile.

Pour répondre à cette question, les différents régimes ont mis en place des solutions différentes, qui **interfèrent avec une intensité variée avec la marge d'appréciation des États**. De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour de justice européenne nous semble être particulièrement forte : la Cour ne s'interdit pas de mesurer la promotion des objectifs légitimes locaux à la limitation de la libre circulation. La Cour suprême des États-Unis est, par rapport au régime européen, plus souple, même si conformément à sa terminologie, elle fait un travail d'appréciation (mesure les deux valeurs de nature différente), la jurisprudence montre qu'en cas de mesures non discriminatoires, dans la mesure où l'État peut démontrer une raison qui paraît convaincante, de l'introduction de la mesure, la limitation sera, très probablement, tolérée par la Cour en vue de la large marge d'appréciation dont bénéficient les États. En même temps, les mesures discriminatoires seront jugées presque *per se* illégales, bien qu'en principe, il soit possible de les justifier par des intérêts publics ; il est peu probable que le contrôle juridictionnel les accepterait. Le régime le plus souple est sans doute celui retenu en droit de l'OMC, ce qui n'est pas surprenant car l'OMC est un ordre mondial reposant sur les normes du droit international public contrairement à la clause du commerce dormant en droit interne des États-Unis et au droit de l'UE ayant des caractéristiques *sui generis*. En effet, en droit de l'OMC, l'analyse qui concerne l'invocation des intérêts publics locaux, ne se présente pas comme un examen relatif à la proportionnalité mais comme une enquête à la recherche d'une mesure alternative moins limitatrice. Ici, la question est de savoir si pour atteindre l'objectif en question existerait une autre alternative aussi efficace mais qui limiterait moins le commerce.

La manière la plus simple de présenter le fonctionnement de l'examen de la proportionnalité est d'en apporter **un exemple**. Aux États-Unis, la désinfection des poulets abattus se fait par l'usage du chlore.

<sup>18</sup> *Cole v Whitfield* [1988] HCA 18 ; (1988) 165 CLR 360, 2 May 1988.

<sup>19</sup> *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970).

<sup>20</sup> *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69, 87 (1987).

Par conséquent, malgré tout effort, du chlore se retrouve, en petite quantité, dans le poulet destiné à la consommation humaine, avec une transmission dans le corps humain suite à la consommation de la viande. La limitation à la mise en vente de ce type de produit peut être justifiée et du point de vue de la santé publique et sous l'aspect de la protection des consommateurs. En fonction de l'intensité de l'intervention étatique, trois possibilités de réglementation peuvent être identifiées. D'une part, l'État peut décider de ne pas imposer des règles spécifiques à l'égard de ces produits. Dans ce cas-là, se réalise une activité commerciale de 30 millions d'euros, mais par conséquent, environ un million de consommateurs achète, sans le savoir, du poulet désinfecté par l'usage du chlore. D'autre part, l'État peut décider d'interdire complètement la mise en vente du produit. En ce cas-là, et la valeur du commerce réalisé et le nombre des consommateurs trompés se sont réduits à zéro. La troisième possibilité, une solution intermédiaire, consiste pour l'État à exiger que par l'utilisation d'une étiquette sur le produit les consommateurs soient informés : le produit a été désinfecté par l'usage du chlore qui peut avoir des conséquences sanitaires. Dans ce cas-là, le commerce réalisé sera de 10 millions d'euros mais chaque année 100000 consommateurs ne lisant pas l'étiquette achèteront ainsi le produit en croyant qu'il ne contient pas de chlore (s'ils le savaient, ils n'achèteraient pas).

En comparaison de ces trois solutions, nous pouvons constater que si l'étiquetage limite moins le commerce que l'interdiction absolue, il ne garantit pas le même niveau de protection (nous aurons toujours 100000 consommateurs trompés) que l'interdiction générale, mais limite sensiblement moins le commerce (il rend possible un commerce d'une valeur de 10 millions d'euros alors que l'interdiction absolue conduira à un commerce nul).

En cas d'appréciation, le juge doit décider si le commerce d'une valeur de 10 millions d'euros vaut plus ou moins que 100000 consommateurs induits dans l'erreur, ou la dégradation éventuelle de leur santé. La réponse à cette question demande au juge de procéder à un choix entre valeurs. Mais dans une approche relative à la recherche d'une solution alternative qui limiterait moins le commerce (droit de l'OMC), l'organe de l'OMC qui s'occupe du règlement des différends, cherchera à savoir s'il existe une mesure alternative (étiquetage) qui peut assurer le même (ou presque le même) niveau de protection que l'interdiction générale considérant que l'une a un taux de réussite de 100 %, pendant que l'autre en a un de 90 %.

### *12.3.2. LES STANDARDS DE VALEURS*

Bien que dans une première approche, on pourrait croire que **les droits fondamentaux (droits de l'Homme)** ne sont pas particulièrement importants du point de vue du libre-échange, (et qu'il n'y a pas de tentative internationale d'instaurer un régime assurant la protection des valeurs mondiales),<sup>21</sup> les États ont pu constater que les droits fondamentaux ont une importance économique, puisque ces droits ont un impact sur les dépenses, et les producteurs nationaux souffrent d'un désavantage concurrentiel s'ils doivent se conformer à des exigences d'un niveau plus élevé. Il n'est pas donc étonnant que les standards en matière de relations humaines<sup>22</sup> et de protection de l'environnement sont devenues des questions centrales du commerce mondial.<sup>23</sup> L'État de droit, la transparence et le procès équitable<sup>24</sup> posent des questions cruciales pour les mêmes raisons : ils font l'objet de différends internationaux (interétatiques), notamment les règles nationales et les actes gouvernementaux manifestes ; les radars de la réglementation relative au libre-échange ont du mal à capturer les

<sup>21</sup> AARONSON-ZIMMERMAN 2006, 998.

<sup>22</sup> Voir ALSTON 2004, 457.

<sup>23</sup> Voir, Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010 sur les droits de l'Homme et les normes sociales et environnementales dans les accords commerciaux internationaux, (2009) 2009/2219(INI), 15(a).

<sup>24</sup> WOLFE 2003, 157.

signaux d'une discrimination déguisée ou des influences gouvernementales sur les procédures judiciaires.<sup>25</sup>

Bien entendu, **rien n'est nouveau sous le Soleil**, l'expansion du libre-échange ne fait que mettre en en exergue de nouveaux phénomènes. Par exemple, lors de la mise en place de la Communauté économique européenne, les pères fondateurs ont consacré sous forme de principe général l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Cette règle ne semblait pas correspondre à l'économie des traités ayant une inspiration économique puisqu'elle relève plutôt d'un droit fondamental. Mais si nous analysons de plus près les circonstances relatives à l'adoption de cette règle de l'Union ayant une importance si cruciale, nous nous apercevons que c'est la France qui tenait absolument à adopter cette disposition, et pour une raison purement économique : l'égalité des salaires était une règle inhérente au droit français et la France avait peur que ces entreprises se retrouvent dans une situation désavantageuse du point de vue concurrentiel si d'autres États avaient permis à leurs entreprises d'employer des femmes avec un salaire inférieur à celui des hommes.

La politique commerciale qui défend des droits fondamentaux, n'apparaît pas seulement lors des négociations (lorsqu'il s'agit de conditionner les traitements préférentiels au respect des droits fondamentaux), mais lors de **la justification des limites au libre commerce aussi**. En droit de l'OMC, les États membres peuvent limiter le commerce non seulement en définissant les caractéristiques du produit, mais également en réglementant la procédure de sa production, même si cette procédure n'a pas de conséquences sur les caractéristiques du produit. Bien que ces affaires aient soulevé la question de la protection de la vie,<sup>26</sup> elles peuvent concerner d'autres valeurs aussi : cette pratique a ouvert la voie à l'exigence de la protection des valeurs locales en dehors du territoire étatique.

### *12.3.3. PROTECTION DES INVESTISSEMENTS : STANDARDS DU DROIT MATÉRIEL ET MÉCANISMES PROCÉDURAUX*

La **première convention de protection des investissements** a été conclue entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959. Son objectif était d'élever des exigences constitutionnelles (e.g. la limitation de la nationalisation, l'obligation de paiement des compensations en cas de la nationalisation, la protection des procès équitables, etc.) au rang des obligations internationales, pour les garantir. Conformément à cette idée, les premiers accords de protection des investissements étaient conclus entre des États développés et en voie de développement, et ils étaient inspirés par les craintes relatives à l'état embryonnaire de l'ordre juridique des derniers. Cependant les obligations découlant de ces accords, pour des raisons de politesse, engageaient les deux parties, elles étaient ainsi réciproques. L'objectif de ces accords n'était pas d'introduire des standards plus élevés ou, sous n'importe quel aspect, différents à ceux qui existaient conformément aux traditions constitutionnelles des démocraties occidentales. L'objectif était de transformer, sous forme d'accords bilatéraux, les droits et principes constitutionnels en obligations du droit international afin que ces droits ne puissent être unilatéralement abrogés.

Malgré toutes les tentatives concernant les standards de protection des investissements un accord mondial n'a jamais pu être conclu, surtout pas avec une structure consolidée. Il est à noter que même si les produits, les services et le savoir (propriété intellectuelle) ont été réglementés dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les questions relatives aux investissements n'ont jamais été couvertes par ce régime (à l'exception des dispositions marginales du TRIM).

<sup>25</sup> SALLY 2007, 8.

<sup>26</sup> Voir, États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WTO Doc WT/DB58/AB/R ; Rapport du panel de règlement de différend sur les restrictions contre États-Unis pour l'importation de thon. 30 I.L.M. 1594, 1599 (1991).

Un changement important est intervenu lorsque des démocraties développées ont également commencé à conclure des accords bilatéraux pour la protection des investissements entre elles. De nos jours, la question de la protection des investissements fait partie intégrante des accords de libre-échange de nouvelle génération, et ces accords sont conclus souvent entre des démocraties développées (e.g. Canada, Union européenne, États-Unis). Par ce changement, la fonction d'apport de garanties s'est affaiblie, le droit de la protection des investissements **a perdu sa fonction originelle**.

Bien que la protection des investissements, du moins en ce qui concerne les règles du droit matériel, soit toujours restée, d'une manière générale, bilatérale, et que la possibilité de constituer un régime multilatéral n'ait jamais été réelle, elle a créé un labyrinthe d'accords bilatéraux de protection d'investissement et **la protection internationale des investissements** a gagné une vie propre : elle ne se manifeste plus en copiant des exigences constitutionnelles nationales, mais en apportant un régime parallèle propre. De plus, l'arbitrage entre l'État et l'investisseur a posé des questions par excellence liées au droit public dans le cadre d'une procédure qui a été créée pour régler des différends purement commerciaux, et ainsi en raison de son caractère secret et *ad hoc* n'a aucune légitimité démocratique.<sup>27</sup> Ce phénomène a conduit *in fine* à la nouvelle génération des accords de libre-échange qui ont été vivement remis en cause pour l'établissement des standards plutôt souples dans des relations entre des démocraties développées, et les mécanismes de règlement des différends qu'ils introduisent, n'ont pas de légitimité démocratique.

Les sources les plus importantes de l'insécurité sont les **dispositions relatives au « traitement »** dans ces accords de protection des investissements (traitement équitable, sécurité et protection, interdiction de la discrimination, traitement national). Ces principes sont construits autour de notions juridiques non définies, et l'arbitrage dispose de compétences larges pour juger des décisions politiques nationales prises pour la protection de l'intérêt public ainsi que des procédures administratives et judiciaires nationales y relatives. Le principe des attentes légitimes déduit de l'exigence du traitement équitable soulève des problèmes autour de la répartition des pouvoirs aussi : la responsabilité de l'État peut être mise en cause en raison des promesses faites par le pouvoir exécutif qui ne peuvent être honorées que par l'intervention du pouvoir législatif.

Ces phénomènes se renforcent par la conclusion des **accords du libre-échange de nouvelle génération**, qui stipulent désormais, comme règle générale, l'arbitrage en matière de la protection des investissements.

#### 12.3.4. STANDARDS ET LA COOPÉRATION DES RÉGULATEURS

De nos jours, **les obstacles commerciaux les plus importants** ne sont pas constitués par les mesures traditionnelles qui limitent le commerce, mais par **les différences des réglementations** qui prévoient des standards en matière des techniques, de santé publique, de protection des consommateurs, d'environnement, etc. Bien que l'interdiction des mesures discriminatoires soit généralement reconnue, le statut des mesures non discriminatoires est toujours en suspens. Dans une approche plus tolérante, la voie vers le protectionnisme sera ouverte, pendant qu'une approche plus restrictive à l'égard de la marge de manœuvre régulatrice de l'État cache le risque que le libre-échange prenne le dessus sur les considérations régulatrices locales. La nouvelle génération des accords de libre-échange opte pour la **coopérations des régulateurs** ce qui soulève des questions sensibles autour de la démocratie.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> WEILER 2014, 963.

<sup>28</sup> Concernant les services dans le domaine des finances, voir, BICKEL 2015, 557.

En droit de l'UE, même les mesures non discriminatoires sont interdites dans la mesure où elles font obstacle au commerce, pendant qu'en droit du marché intérieur australien la réglementation est fondée sur l'interdiction des mesures protectionnistes et, en général, ce sont des mesures discriminatoires qualifiées de protectionnistes (la discrimination peut être déclarée ou effective). Selon la jurisprudence issue de l'application de la clause du commerce dormant (« dormant commerce clause »), aux États-Unis, ce sont surtout les mesures discriminatoires qui seront sanctionnées, même si les mesures défavorisant le commerce interétatique seraient également interdites dans la mesure où elles limiteraient d'une manière excessive le commerce interétatique par rapport à un intérêt public local. Le droit de l'OMC interdit, d'une manière générale, les mesures étatiques discriminatoires et l'interdiction des mesures non discriminatoires est plutôt marginale. Conformément à ce qui précède, l'approche plus tolérante ouvre la voie à un protectionnisme caché et maintient la répartition des zones économiques entre les frontières nationales, pendant que l'approche plus restrictive soumet les intérêts publics locaux au libre commerce et soulève des problèmes de légitimité. Les deux approches ont des avantages et des inconvénients, et montrent que la solution la plus efficace est la coopération entre les régulateurs. Il y a des différences dans les réglementations qui se justifient par des différences importantes en politiques publiques (e.g. OGM, viande bovine aux hormones), mais pour un nombre important de règles, il n'existe pas de différence dirimante, elles sont les conséquences des traditions différentes et des hasards (comme, par exemple, la taille ou la forme des garde-boues ou encore la couleur des clignotants des voitures).

#### 12.3.5. SOUVERAINETÉ RÉGULATRICE ET PROTECTIONNISME

L'objectif de la compétence d'appréciation de l'État est de sauvegarder, pour l'État, son autonomie régulatrice, et pour le régime du libre-échange, sa légitimité, en vue du fait que la promotion excessive du libre commerce peut prendre le dessus sur des considérations régulatrices légitimes locales. Même si les États disposent d'une certaine marge de manœuvre pour protéger les valeurs locales, **cette protection ouvre en même temps la voie à un protectionnisme déguisé**, puisque la prise de décision nationale est souvent influencée par des intérêts nationalistes et protectionnistes. Bien que cette marge de manœuvre ait pour objectif d'assurer aux États les moyens efficaces de protéger l'intérêt public et les valeurs locales, cela conduit au risque de la protection du marché. Sous couvert de l'appréciation en bonne foi, des sentiments nationalistes et des intérêts protectionnistes peuvent se cacher, ainsi la large marge d'appréciation multiplie le risque de dysfonction.

Pendant que certains auteurs avancent des arguments pour l'exclusion des mesures étatiques uniquement lorsque celles-ci cachent une intention protectionniste,<sup>29</sup> la question relative à la difficulté de prouver le protectionnisme déguisé n'est pas résolue. L'une des raisons de la difficulté est le fait que dans l'arrière-plan des mesures nationales, l'on retrouve des phénomènes similaires à la coalition des anabaptistes et des marchands d'alcool en contrebande : les deux sont partisans de l'interdiction de la vente des boissons alcoolisées, les premiers pour une raison morale, les deuxièmes pour leurs affaires (si l'interdiction était abrogée, la contrebande n'existerait plus). A titre d'exemple, si un pays fait obstacle à l'importation des écrevisses parce que les méthodes de leur capture sont dangereuses pour les tortues maritimes, cette mesure sera soutenue à la fois par ceux qui protègent les animaux et par les entreprises de pêche maritime. Les derniers s'inquiètent, bien entendu, moins pour la vie des êtres vivants maritimes, ils s'intéressent plutôt à leur profit et à leur marché local.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> REGAN 1986, 1091.

<sup>30</sup> Voir, États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WTO Doc WT/DB58/AB/R; Rapport du panel de règlement de différend sur les restrictions contre États-Unis pour l'importation de thon. 30 I.L.M. 1594, 1599 (1991).

L'arrière-plan de l'adoption des mesures étatiques ressemble souvent à la coalition des « anabaptistes et des marchands illégaux d'alcool » : tous les deux soutiennent l'interdiction de la vente légale de l'alcool, mais les premiers pour une raison morale, les seconds pour un intérêt commercial (en cas de l'annulation de l'interdiction de la vente légale, le marché illégal n'existerait plus, ainsi leur activité déperirait).

## QUESTION DE CONTRÔLE DES CONNAISSANCES

1. Quand est-ce que la période actuelle du commerce mondial s'est ouverte ?
2. Les États, peuvent-ils introduire des restrictions quantitatives ?
3. Que sont les taux de droit consolidés (« *bound tariffs* ») et quelle est leur importance dans le commerce mondial ?
4. Quelle est la nouveauté de la nouvelle génération des accords de libre-échange ?
5. Quels sont les standards de valeurs que la nouvelle génération des accords de libre-échange contient ?
6. Quelle est l'essence des accords de protection des investissements ?
7. Quelle est l'importance de la coopération internationale dans la définition des standards ?
8. Quel est le lien entre la souveraineté régulatrice et le protectionnisme ?
9. Que signifie la modèle de la coalition des anabaptistes et des marchands de contrebande d'alcool dans les relations commerciales internationales ?