

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



ECOLE DOCTORALE « SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES,
ECONOMIQUES ET DE GESTION »



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2020

N° d'ordre : 000421

THESE DE DOCTORAT

Formation Doctorale : Gouvernance

Présentée par : Didier François Diégane DIOP

Soutenue publiquement le 26/ Septembre /2020. devant le jury composé de :

LE SYSTEME GENERALISE DES PREFERENCES A L'EPREUVE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Président :

M. Seydou Nourou TALL, Agrégé de droit, Professeur Titulaire à l'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

Rapporteurs :

M. Sidy Alpha NDIAYE, Maître de Conférences Agrégé à l'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

M. Boubacar BA, Maître de Conférences Agrégé à l'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

M. Ibrahima Arona DIALLO, Maître de Conférences, Université Gaston BERGER de Saint Louis

Directeur de thèse : M. Babacar GUEYE, Agrégé de droit, Professeur Titulaire de classe exceptionnelle à l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



ECOLE DOCTORALE « SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES,
ECONOMIQUES ET DE GESTION »



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2020

N° d'ordre : 000421

THESE DE DOCTORAT

Formation Doctorale : Gouvernance

Présentée par : Didier François Diégane DIOP

Soutenue publiquement le 26/ Septembre /2020. devant le jury composé de :

LE SYSTEME GENERALISE DES PREFERENCES A L'EPREUVE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Président :

M. Seydou Nourou TALL, Agrégé de droit, Professeur Titulaire à l'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

Rapporteurs :

M. Sidy Alpha NDIAYE, Maître de Conférences Agrégé à l'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

M. Boubacar BA, Maître de Conférences Agrégé à l'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR

M. Ibrahima Arona DIALLO, Maître de Conférences, Université Gaston BERGER de Saint Louis

Directeur de thèse : M. Babacar GUEYE, Agrégé de droit, Professeur Titulaire de classe exceptionnelle à l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci sont propres à son auteur.

Sommaire

SIGLES ET ABREVIATIONS	
INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE :	21
LA DISCORDANCE ENTRE LES DEUX CHAMPS NORMATIFS	21
TITRE I :	22
LA CONTRARIETE DES PREFERENCES TARIFAIRES AVEC LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION PROMU PAR L'OMC.....	22
CHAPITRE I : L'opposition entre le SGP et le principe de non- discrimination promu par l'OMC	23
CHAPITRE II : La contrariété entre les préférences spéciales et le principe de non- discrimination promu par l'OMC.....	68
TITRE II :	115
L'INCOMPATIBILITE DES PREFERENCES TARIFAIRES AVEC LE PRINCIPE DE RECIPROCITE PROMU PAR L'OMC	115
CHAPITRE I : La contrariété du SGP avec le principe de réciprocité promu par l'OMC	117
CHAPITRE II: La contrariété des préférences spéciales avec le principe de réciprocité promu par l'OMC	138
DEUXIEME PARTIE :	161
LA MISE EN COHERENCE PROGRESSIVE DES DEUX CHAMPS NORMATIFS.....	161
TITRE I :	163
LE CARACTERE PROVISOIRE DU SGP.....	163
CHAPITRE I: L'insertion d'une clause évolutive dans le SGP.....	164
CHAPITRE II : Une entorse aux règles de l'OMC justifiée par l'exception de l'art 24 du GATT et l'inégalité compensatrice	185
TITRE II :	218
L'ADAPTATION PROGRESSIVE DES DIFFERENTS MECANISMES DEROGATOIRES DE L'OMC.....	218
CHAPITRE I : La libéralisation graduelle du commerce	219
CHAPITRE II : La mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC	294
CONCLUSION	309
BIBLIOGRAPHIE	317

SIGLES ET ABREVIATIONS

AAA : Agricultural Adjustment Act

AC : Accord de Cotonou

ACR : Accords Commerciaux Régionaux

ADD : Annexe de la Dérogation de Doha

ADPIC : Accord sur les aspects relatifs au Commerce des droits de propriété intellectuelle

AELE : Association Européenne de Libre – échange

AFOA ou ESA : Afrique Orientale et Australe ou Eastern and Southern Africa

AGCS ou GATS : Accord Général sur le Commerce des Services

AGNU : Assemblée Générale des Nations Unies

AGOA : Loi américaine sur la croissance et les perspectives économiques de l’Afrique

ALE : Accords de Libre – Echange

ALENA : Accord de Libre – Echange Nord – Américain

AMF : Accord multifibres

APE : Accords de Partenariat Economique

APER : Accords de Partenariat Economique Régionaux

ASEAN : Association des Pays du Sud – Est Asiatique

ATV : Accord sur les Textiles et les Vêtements

Benelux : Belgique, Netherlands, Luxembourg

BIRD : Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement

BITV : Bureau International des Textiles et des Vêtements

BM : Banque Mondiale

CACR : Comité des Accords Commerciaux Régionaux de l’OMC

CARICOM ou CARIFORUM : Communauté des Caraïbes ou Forum des Caraïbes

CCD : Comité du Commerce et du Développement

CCS : Conseil du Commerce des Services

CE : Communautés européennes

CEA : Communauté Est – Africaine

CECA : Communauté Européenne du Charbon et de l’Acier

CEDEAO : Communauté Economique des Etats de l’Afrique de l’Ouest

CEMAC : Communauté Economique et Monétaire de l’Afrique Centrale

CGO : Conseil Général de l’OMC

CIJ : Cour Internationale de Justice

CJCE : Cour de Justice de la Communauté Européenne

Clause NPF : Clause de la Nation la Plus Favorisée

CNCM : Nouveau Cycle de Négociations Commerciales Multilatérales

CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement

DEPC : Division de l'Examen des Politiques Commerciales

DGCCE : Direction Générale du Commerce de la Commission Européenne

DPI : Droits de Propriété Intellectuelle

EAMA : Etats Africains et Malgaches Associés

EU : Etats – Unis

FED : Fonds Européen de Développement

G 77 : Groupe des 77 pays en Développement

GATT: General Agreement on Tariff and Trade.

GS : Groupe Spécial de l'ORD

IDH : Indice de Développement Humain

Initiative « TSA » : Initiative Tout Sauf les Armes

MATI : Machines Automatiques de Traitement de l'Information

MRSCA: Medicines and Related Substances Control Amendment Act

NIPC: Nouvel Instrument de Politique Commerciale

NOEI : Nouvel Ordre Economique International

NPI : Nouveaux Pays Industrialisés

OAP : Organe d'Appel de l'ORD

OCDE : Organisation pour la Coopération et le Développement Economique

OCMB : Réglementation communautaire portant Organisation Commune du Marché de la Banane

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

OMD : Organisation Mondiale des Douanes

OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

ONU : Organisation des Nations Unies

ORD : Organe de Règlement des Différends

OSPT : Organe de supervision des Textiles

OTCA: Omnibus Trade and Competitiveness Act American de 1988

PAC : Politique Agricole Commune

PAL : Pays d'Amérique Latine

Pays ACP : Pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique

PC : Parties Contractantes

PED : Pays en Développement

PMA : Pays les Moins Avancés

PNB : Produit National Brut

PNUD : Programme des Nations Unies pour le Développement

PTOM : Possessions et Territoires d'Outre – Mer

Résolution 21 (II) : « Admission préférentielle ou en franchise des exportations d'articles manufacturés et d'articles semi – finis des pays en voie de développement dans les pays développés »

SADC : Communauté de Développement de l'Afrique Australe

SCM : Système Commercial Multilatéral

SDN : Société des Nations

SGNU : Secrétaire Général des Nations Unies

SGP : Système Généralisé des Préférences

SGPC : Système Global de Préférences Commerciales

SMC : Accords sur les Subventions et Mesures Compensatoires

SPARTECA : Accord de Coopération Commerciale et Economique pour la région du Pacifique Sud

SRD : Système de Règlement des Différends du GATT

STABEX : Production agricole

SYSMIN : Production minière

TCE : Traité de Rome établissant la Communauté Economique Européenne

Traité IPIC : Traité de Washington de 1989 sur la propriété intellectuelle

TSD : Traitement Spécial et Différencié

FMI : Fonds Monétaire International

TTA : Trade and Tariff Act de 1984

UD : Union Douanière

UE : Union européenne

UEMOA : Union Economique et Monétaire Ouest – Africaine

UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture

UNITAR : Institution des Nations Unies pour la formation et la recherche

USTA : Us Trade Act de 1974

ZLE : Zone de Libre Echange

INTRODUCTION GENERALE

Le commerce est l'un des outils de promotion du développement le plus efficace qui soit. Des échanges accrus avec les pays en développement font augmenter leurs recettes d'exportation, et stimuler leur industrialisation. Il promeut aussi la diversification de leur économie et leur croissance économique. Pour atteindre ces objectifs, l'instrument type est l'octroi de préférences tarifaires, qui favorise l'importation et permet d'affronter la concurrence sur les marchés internationaux. Ces préférences tarifaires devraient être suffisamment attrayantes afin d'inciter les opérateurs à utiliser les potentialités du système. L'actuel système de préférences non réciproques¹ a pris naissance au sein de la politique commerciale des années 60, où on cherchait des moyens de faire participer d'avantage les pays en développement au système commercial. Ainsi, à la fin des années 60, de nouvelles conceptions sur les relations Nord- Sud ont vu le jour et l'on a compris que la pauvreté dans le tiers-monde a des causes structurelles, qui ne se résolvent pas par l'unique transfert de capital et que les aides financières seules ne suffisent pas à créer le développement. Le développement durable, à l'échelle mondiale, impliquait un changement des relations commerciales internationales. Dès lors, le commerce a été considéré comme un des principaux moyens efficaces de progrès ; dans les pays du Sud aussi, des voix se sont élevées en faveur d'une politique basée sur le principe « *no aid, but Trade* » avec comme chef de file Raul Prebisch². En effet, les échanges accrus génèrent une augmentation des revenus issus de l'exportation et aboutissent souvent à une industrialisation et à une diversification. Mais, cet effet d'entraînement (trickle down effect), avec pour moteur le commerce, est simpliste. Il ne cadre pas avec les attentes des différents pays. Cette simplicité va ainsi dire, conduire à la création du GATT (General Agreement on Tariff and Trade) en 1948 visant à libéraliser au maximum le commerce et à imposer un minimum de barrières. En déconnectant le commerce international de la politique,

¹ Rapport sur le commerce mondial 2004 : Evolution du commerce et des politiques commerciales : Quelques aspects du commerce et des politiques commerciales : « il y a accord préférentiel non réciproque lorsqu'un pays offre à un autre un accès à son marché à des conditions plus favorables que celles du tarif douanier en vigueur, sans exiger de lui un accès réciproque à son marché. Ce type d'accord s'écarte du système de la nation la plus favorisée telle qu'il est inscrit dans le GATT, aux termes duquel tout membre de l'OMC peut bénéficier du tarif appliqué par les autres membres à la nation qu'ils favorisent le plus. Il diffère aussi des accords préférentiels réciproques, tels que les accords commerciaux régionaux, qui offrent à leurs signataires un accès aux marchés à titre réciproque.

² **Raúl PREBISCH** (1901-1986) est un économiste argentin. Ses études ont porté sur les pays en développement (PED) et il est associé à des concepts tels que l'industrialisation par substitution des importations ou le Nouvel ordre économique International. Il fut le premier Secrétaire Général de la CNUCED à partir de 1964, poste qu'il occupa jusqu'en mars 1969. C'est durant son mandat que le SPG a été adopté, mécanisme qui est totalement dans le sens de ses travaux et qu'il considérait comme l'une de ses seules réussites à la tête de cette institution. En 1964, il rédige un document préparatoire en vue de la première conférence de la CNUCED. Ce rapport, intitulé *Towards a new Trade Policy for development*, pose les fondements du SPG.

on a déclenché un énorme flux mondial. Toutefois, cette évolution ne profitait manifestement qu'aux Etats dotés d'une grosse capacité et non aux pays en développement formant le maillon faible de ce nouveau cadre multilatéral. Cette compétitivité accrue conduisait indubitablement vers un nombre d'économies moins développées, dites moins compétitives qui n'étaient pas en mesure de concurrencer les Etats industrialisés. Les PED présentaient dès lors toutes les caractéristiques de pays ayant besoin d'un accès privilégié au marché pour y accroître leur présence et en saisir toutes les opportunités pour s'ouvrir au cadre multilatéral.

C'est ainsi qu'il a été conçu le système généralisé de préférences (SGP), issu en grande partie des débats théoriques qui avaient conduit à la création de la conférence des nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). En effet le Système de Préférences généralisées (SPG) va voir le jour, lorsque cette nécessité d'améliorer les conditions du commerce des PED a été examinée à Genève, lors de la première session de la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), en 1964. Sa mise en place va ensuite occuper le cadre multilatéral, pour se décider un peu plus tard à NEW DELHI, lors de la deuxième session de la CNUCED, en 1968, et enfin revêtir une forme concrète dans un accord conclu sous l'égide de la CNUCED, en octobre 1970³.

En 1968, la CNUCED a recommandé la création d'un système généralisé de préférences par lequel les pays industrialisés octroieraient des préférences commerciales autonomes à tous les pays en développement. En effet, ce système permettait aux pays développés d'accorder, à titre autonome, un accès non réciproque à leurs marchés pour certains produits en provenance de certains pays. L'autonomie signifie aussi que le pays qui accorde une préférence peut choisir librement les pays qui y auront droit. Depuis lors, la notion de préférences non réciproques s'est considérablement élargie pour inclure des régimes réservés à des pays déterminés, tels que ceux qui sont désignés par l'ONU comme faisant partie des pays les moins avancés (PMA). Un régime peut aussi avoir un caractère régional, comme c'est le cas de la Loi sur la croissance et les perspectives économiques de l'Afrique (AGOA) ou de l'Accord de coopération commerciale et économique pour la région du Pacifique Sud (SPARTECA). Le SPG devait se traduire par des préférences tarifaires pour tous les pays en développement, sur une base non discriminatoire et non réciproque, principalement pour les

^{3*}Pour les origines du SPG, voir par exemple Borrmann et al. (1985), long (85), P.99 et suivantes (86), P.112 et suivantes et les ouvrages qui y sont cités.

articles manufacturés et semi manufacturés, pour surmonter la dépendance des PED à l'égard des exportations de matières premières caractérisées par des tendances des prix peu favorables à long terme et des fluctuations marquées des quantités et des prix à court terme. La violation du principe de la nation la plus favorisée que le SPG supposait était incompatible avec les règles fondamentales du GATT, lesquelles ont quasiment été reprises au sein de l'OMC. Le problème a finalement été résolu, d'une certaine manière, par l'adoption de la « *clause d'habilitation* », sous l'égide du GATT, en 1979.

Définition des Termes et délimitation du Sujet

L'on ne saurait traiter ce sujet sans chercher d'abord à définir certains mots-clés qui gravitent autour et nous semblent d'une importance fondamentale. Nous pouvons citer, entre autres, pour ne retenir que ceux-là : le SGP, la Clause d'Habilitation, la Clause NPF, le principe de non-réciprocité, l'Accord sur l'Agriculture, l'Accord sur les Textiles et les Vêtements, l'AGCS, l'Accord sur la Propriété Intellectuelle.

Le SGP pourrait être défini comme « des règles inégales pour rendre plus égaux les rapports commerciaux entre pays inégaux » selon l'expression du député européen, M. Wilfried Martens. Plus précisément, il s'agit d'un ensemble, d'un système d'exemption des règles de non-discrimination et de réciprocité du GATT/OMC. Dans le cadre de ce système, les pays développés appliquent un traitement préférentiel non réciproque (par exemple, des droits nuls ou faibles à l'importation) aux produits originaires des pays en développement. Ce sont les pays octroyant les préférences qui déterminent unilatéralement les pays et les produits bénéficiaires. Suivant les travaux de la CNUCED, le SGP vise en principe tous les produits manufacturés et semi-finis, à l'exclusion des produits agricoles et des autres produits de base, sauf pour de rares exceptions pouvant être consenties par les pays donneurs. Ce système existe depuis de nombreuses années et a considérablement évolué au gré des cycles de négociations du GATT et de l'OMC.

À la suite des négociations, l'on est parvenu dans le cadre du Cycle de négociations de Tokyo à un accord que l'on a appelé depuis la "clause d'habilitation". Cet accord n'a pas modifié le texte de l'Accord général mais, comme il s'agissait d'une décision des Parties contractantes au GATT, il avait pour l'essentiel un effet juridique semblable. Aux termes de la clause d'habilitation, "nonobstant les dispositions de l'article premier de l'Accord général, les Parties contractantes peuvent accorder un traitement différencié plus favorable aux pays en développement sans accorder ledit traitement aux autres Parties contractantes". Plus spécifiquement, cette clause autorise l'octroi d'un "traitement tarifaire préférentiel par les

Parties contractantes développées pour les produits provenant des pays en développement conformément au Système généralisé de préférences"; "un traitement différencié et plus favorable ... en matière de mesures non tarifaires"; "des arrangements régionaux ou mondiaux ... entre les Parties contractantes les moins développées en vue de la réduction mutuelle ou de l'élimination des droits ... et des mesures non tarifaires concernant les produits importés les uns des autres"; et "l'octroi d'un 'traitement spécial' aux moins avancés parmi les pays en développement dans le contexte, le cas échéant, de mesures générales ou spécifiques en faveur des pays en développement". En outre, selon la clause d'habilitation, "les pays développés n'attendent pas de réciprocité au titre des engagements qu'ils ont pris dans le cadre des négociations commerciales" et "doivent s'abstenir dans toute la mesure possible de demander des concessions ou contributions en contrepartie des engagements qu'ils ont pris pour réduire ou éliminer les droits de douane et les autres obstacles au commerce des pays moins avancés, et ces derniers ne doivent pas être censés accorder des contributions ou concessions incompatibles avec leur situation et leurs problèmes particuliers".

La Clause NPF, énoncée à l'article 1^{er} du GATT, est une application directe de l'égalité formelle. Ce traitement permet d'étendre automatiquement et inconditionnellement le bénéfice des avantages accordés à titre bilatéral aux autres pays signataires de l'Accord général. Son objectif est d'établir et de maintenir en tout temps, une égalité fondamentale sans discrimination entre les pays intéressés. Le Traitement NPF s'applique à toutes les parties contractantes sans considération de leur niveau de développement. L'application du Traitement NPF, en tant que traduction du principe de la non-discrimination a pour conséquence de limiter considérablement la liberté qu'à l'Etat concédant de moduler, sa politique, essentiellement commerciale, à son gré, selon la nature de ses partenaires ou les affinités le liant à ceux-ci. Le Traitement différentiel ou différencié est donc contre le Traitement NPF. Étant donné l'importance fondamentale de ce principe pour le système commercial multilatéral, les dérogations au traitement de la nation la plus favorisée sont étroitement circonscrites dans le GATT de 1994 et exigent une décision spécifique du GATT/OMC. Les exceptions à ce principe sont cependant permises par le recours à l'article 24 et par la dérogation sous l'article 25, alinéa 5 mais demeurent strictement contrôlées sur le plan institutionnel.

Pour ce qui est du principe de non-réciprocité, tout au long de l'histoire du GATT, on a pu noter des périodes où les parties contractantes développées étaient disposées à établir des règles de conduite à part pour les Pays en développement en matière de réciprocité. Le Paragraphe 8 de la résolution ministérielle de 1963 énonce formellement que « ... les pays

développés ne sauraient s'attendre à bénéficier de la réciprocité de la part des pays peu développés ». C'est la Partie IV du GATT qui est venue donner une base normative à l'abandon de la réciprocité. En outre, l'article 36 alinéa 8 de l'Accord général stipule que les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans des négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douane et d'autres obstacles au commerce des parties contractantes peu développées.

Les Membres de l'OMC ont pris des mesures

le secteur agricole et s'attaquer aux subventions et aux importants obstacles au commerce qui faussent le commerce des produits agricoles. L'objectif général est de mettre en place un système commercial plus équitable qui permettra d'améliorer l'accès aux marchés et d'accroître les moyens de subsistance des agriculteurs du monde entier. L'Accord de l'OMC sur l'agriculture, qui est entré en vigueur en 1995, constitue une avancée importante pour réformer le commerce des produits agricoles et le rendre plus équitable. Le Comité de l'Agriculture supervise la mise en œuvre de l'Accord. Les Membres continuent de mener des négociations pour faire avancer la réforme. Les Membres de l'OMC ont adopté d'importantes décisions concernant l'agriculture à la Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Nairobi (Kenya) en 2015. Ils ont pris la décision historique de supprimer les subventions à l'exportation de produits agricoles et d'établir des règles pour les autres formes de soutien à l'exportation de produits agricoles. L'Accord sur l'agriculture de l'OMC établit un cadre pour la réforme à long terme des politiques en matière de commerce des produits agricoles et des politiques intérieures, l'objectif étant d'aboutir à une concurrence plus équitable et à moins de distorsions. L'Accord vise l'accès aux marchés — le recours aux restrictions commerciales, telles que les droits d'importation, le soutien interne — le recours aux subventions et autres programmes de soutien stimulant directement la production et ayant des effets de distorsion des échanges, la concurrence à l'exportation — le recours aux subventions à l'exportation et autres programmes de soutien publics subventionnant les exportations. Au titre de l'Accord, les Membres de l'OMC conviennent de "listes", c'est-à-dire de listes d'engagements qui établissent des limites sur les droits de douane qu'ils peuvent appliquer à chaque produit et sur les niveaux du soutien interne et des subventions à l'exportation.

L'Accord sur les textiles et les vêtements (ATV), ainsi que toutes les restrictions qui en relèvent, ont été abrogés le 1er janvier 2005. L'expiration de la période de transition de dix ans impartie pour la mise en œuvre de l'ATV signifie que le commerce des produits textiles et des vêtements n'est plus soumis à des contingents conformément à un régime spécial en

dehors des règles normales du GATT/de l'OMC mais est désormais régi par les règles et disciplines générales consacrées par le système commercial multilatéral.

La conclusion de l'AGCS, l'un des principaux résultats du Cycle d'Uruguay, répond à des objectifs semblables, pour l'essentiel, à ceux du GATT: améliorer les conditions en matière de commerce d'investissement au moyen de disciplines convenues au plan multilatéral, stabiliser les relations commerciales grâce à des consolidations sur une base NPF et parvenir à une libéralisation progressive dans le cadre de séries de négociations ultérieures. Bien que l'on ait longtemps considéré que les services offraient moins de possibilités pour l'expansion du commerce que les marchandises, en raison de la multitude des barrières techniques, institutionnelles et réglementaires existantes, cette opinion a été démentie par l'introduction de nouvelles technologies facilitant la fourniture de services (par exemple, les communications par satellite, etc.), l'ouverture dans de nombreux pays de monopoles de longue date (par exemple, la téléphonie vocale) et la libéralisation progressive de secteurs jusqu'ici soumis à restrictions, tels que le secteur bancaire et celui de l'assurance. Ces faits nouveaux, associés aux changements dans les préférences des consommateurs, ont contribué à accroître les flux de services internationaux. Cependant, les enjeux économiques sont tels qu'il existe un risque de frictions et de distorsions dans le commerce des services — et donc un besoin de disciplines multilatérales — semblables à ceux que l'on observe dans le domaine des marchandises. L'AGCS s'applique en principe à tous les secteurs de services, à deux exceptions près. L'article I alinéa 3 de l'AGCS exclut les services fournis "dans l'exercice du pouvoir gouvernemental", c'est-à-dire les services qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs. Les activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale et les autres services publics, comme les services de santé et d'éducation, qui ne sont pas fournis dans les conditions commerciales, en sont de bons exemples. Par ailleurs, l'Annexe sur les services de transport aérien exclut du champ d'application de l'Accord les mesures qui affectent les droits de trafic et les services directement liés à l'exercice de ces droits. L'AGCS distingue quatre modes de fourniture de services: la fourniture transfrontière, la consommation à l'étranger, la présence commerciale et la présence de personnes physiques. La fourniture transfrontière s'entend des flux de services en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire d'un autre Membre (par exemple, des services bancaires ou d'architecture peuvent être transmis par voie de télécommunication ou par courrier postal); la consommation à l'étranger s'entend des situations dans lesquelles un consommateur de services ou ses biens passent sur le territoire

d'un autre Membre pour obtenir un service (par exemple, tourisme, réparation de navires ou entretien d'aéronefs); la présence commerciale suppose qu'un fournisseur de services d'un Membre établisse une présence commerciale, y compris en devenant propriétaire ou locataire de locaux, sur le territoire d'un autre Membre, pour fournir un service (par exemple, compagnies d'assurance ou chaînes d'hôtels); et la présence de personnes physiques concerne les personnes d'un Membre qui entrent sur le territoire d'un autre Membre pour y fournir un service (par exemple, comptables, médecins ou enseignants).

L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), négocié au cours du Cycle d'Uruguay, qui s'est tenu de 1986 à 1994, a introduit pour la première fois des règles relatives à la propriété intellectuelle dans le système commercial multilatéral. Les idées et les connaissances représentent une part de plus en plus importante du commerce. La valeur des médicaments nouveaux et d'autres produits de haute technicité tient surtout aux efforts d'invention, d'innovation, de recherche, de conception et d'essai nécessaires à leur fabrication. Les films, les enregistrements musicaux, les livres, les logiciels informatiques et les services en ligne sont vendus et achetés pour l'information et la créativité qui y sont incorporées, et non, en général, pour les matières plastiques, les métaux ou le papier utilisés dans leur production. Beaucoup de produits classés auparavant parmi les marchandises techniquement peu élaborées doivent aujourd'hui une plus grande part de leur valeur à l'invention et à la conception: c'est le cas, par exemple, des vêtements de marque ou des variétés végétales nouvelles. Les créateurs peuvent obtenir le droit d'empêcher que d'autres utilisent leurs inventions, dessins et modèles ou autres créations, et utiliser ce droit pour négocier une rémunération en contrepartie de leur utilisation par des tiers. Ces droits, appelés "droits de propriété intellectuelle" revêtent diverses formes: droit d'auteur, par exemple pour les livres, tableaux et films; brevets pour les inventions; marques de fabrique ou de commerce pour les noms de marque et les logos de produits, etc. Les gouvernements et les parlements ont conféré ces droits aux créateurs afin de les inciter à produire des idées qui profitent à l'ensemble de la société. Le degré de protection et de respect de ces droits variait beaucoup d'un pays à l'autre; comme la propriété intellectuelle joue désormais un rôle plus important dans le commerce, ces différences sont devenues une source de tensions dans les relations économiques internationales. L'élaboration de nouvelles règles commerciales convenues au niveau international pour les droits de propriété intellectuelle est apparue comme un moyen de renforcer l'ordre et la prévisibilité et de régler les différends de manière plus systématique. Le Cycle d'Uruguay a permis d'obtenir ce résultat. L'Accord de l'OMC

sur les ADPIC vise à atténuer les différences dans la manière dont ces droits sont protégés de par le monde et à les soumettre à des règles internationales communes. Il fixe des niveaux minimums de protection de la propriété intellectuelle que chaque gouvernement doit assurer aux autres membres de l'OMC. Ce faisant, il établit un équilibre entre les avantages à long terme et les coûts éventuels à court terme pour la société. Comme la protection de la propriété intellectuelle encourage la création et l'invention, la société en retire des avantages à long terme, en particulier lorsque la période de protection arrive à expiration et que les créations et inventions tombent dans le domaine public. Les gouvernements sont autorisés à réduire les coûts à court terme par le biais de diverses exceptions, par exemple pour s'attaquer à des problèmes de santé publique. De plus, le système de règlement des différends de l'OMC permet désormais de régler les différends commerciaux relatifs aux droits de propriété intellectuelle.

La délimitation du sujet sera axée essentiellement sur la délimitation matérielle. Il s'agira plus précisément de rappeler le débat doctrinal sur le droit international du développement, au moment de son apparition dans les années soixante, entre les juristes classiques et ceux du Tiers-monde.

Ainsi, c'est à la suite d'un important article de Michel Virally⁴ que débutent les réflexions sur le droit international du développement. Pour comprendre l'importance capitale de cet écrit quasiment prophétique, qui a ouvert des pistes nouvelles à la pensée juridique française et francophone en matière de droit du développement, il convient de rappeler que l'année précédente, en 1964, en ouvrant la première Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, l'économiste argentin Raul Prebisch, avait, dans un rapport introductif demeuré célèbre, proposé qu'un régime préférentiel soit accordé aux pays en développement dans les échanges internationaux pour tenir compte de leur situation d'inégalité par rapport à celle des pays développés⁵. Cette proposition, reçue aujourd'hui comme une évidence par la pratique et par la doctrine, apparaissait à l'époque comme surprenante, voire hérétique si on entendait la faire consacrer par le droit, comme le suggérait Prebisch. Les règles du GATT reposaient en effet sur deux colonnes maitresses, la non-discrimination et la réciprocité. C'est précisément ces deux principes de base qu'il était question de modifier en faveur des pays en développement. Sur un plan plus général, la consécration par le droit de telles propositions

⁴ VIRALLY Michel, « Vers un droit international du développement », *Annuaire français de droit international*, 1965, pp. 3-12.

⁵ PREBISCH Raul, « Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement économique », *Rapport du secrétaire général de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, texte français*, Nations unies, New York et Paris, Dunod, 1964, 156 pages.

aboutissait à briser l'unité du droit international classique, fondé sur l'égalité des Etats, ceux-ci étant considérés de manière abstraite et uniforme. Mais au risque de surprendre, le droit international du développement a été porté sur les « fonds baptismaux » par un économiste du nom d'André Philip⁶. C'est plus tard que les juristes internationalistes se sont appropriés la notion, en lui accordant toute sa place dans la doctrine juridique. Jean Touscoz, Michel Virally, Maurice Flory⁷, Prosper Weil⁸ ont donné à cette notion son véritable « pesant d'or ». Au-delà de l'apport de ces juristes de renom, il ya lieu de s'interroger sur le contenu et la mission de cette nouvelle branche du droit ? Pour répondre à cette question, deux thèses sont en présence. La première s'inscrit dans une logique de continuité. Pour les tenants de cette thèse, en l'occurrence les classiques, « le droit international du développement » ne constitue pas une branche autonome du droit international. Prosper WEIL, dans son analyse, considère que « Le droit international admet en son sein des chapitres distincts ». En conséquence, le droit international du développement est l'un de ces chapitres. Et Alain PELLET⁹ d'ajouter que ce droit est « une branche assez nettement individualisé du droit international public ». En tenant compte de ces thèses classiques, le droit international du développement n'est autre qu'une branche du droit international classique qui s'intéresse aux relations économiques internationales entre le Nord et le Sud et avec pour but d'accélérer le développement du Sud. Enfin Jean-René DUPUY¹⁰, G. FEUER et H. CASSAN¹¹ appuient les thèses précédentes en démontrant que la spécificité marquée du droit international du développement n'est pas de nature à porter atteinte à son appartenance au droit international général. La conception de ces auteurs n'est pas dépourvue de sens. Bien au contraire, elle se justifie par le caractère englobant du droit international. En effet, en accordant dès l'origine une autonomie à cette branche du droit, on risque de la faire un droit à part, passéiste et parcellaire. Pire encore, cette branche peut être considérée comme un droit des « pauvres », un droit du « ghettos » où l'on enfermera ad vitam aeternam le Tiers-monde¹². Vu tous ces arguments, le droit international

⁶ PHILIP André, Intervention au Colloque international de Nice, « L'adaptation de l'ONU au monde d'aujourd'hui », Paris, Pedone, 1965, pp. 129 et s.

⁷ FLORY Maurice, « Souveraineté des Etats et coopération pour le développement », Recueil des cours, 1974-I, pp. 257-329, et Droit international du développement, Paris, PUF, 1977, 336 p. (Col. Thémis).

⁸ WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », Revue générale de droit international, 1982, pp. 5-47.

⁹ PELLET Alain, Le « bon droit » et l'ivraie. Plaidoyer pour l'ivraie, (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement), pp. 465-493, et Droit international du développement, Paris, PUF, 2^e édition, 1987, 125 p. (1^{ere} édition 1978), (Coll. Que sais-je).

¹⁰ DUPUY René-Jean, « Communauté internationale et disparités de développement », Recueil de cours, 1979, vol. 165, pp. 13- 231. Voir particulièrement les pp. 123 et suivantes, 153 et s. 169 et s.

¹¹ FEUER Guy, CASSAN Hervé, Droit international du développement, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1991, 607 p, (1^{ere} édition 1985).

¹² Mohammed BEDJAOU, Pour un nouvel ordre économique international, Paris, UNESCO, 1979, 295 pages.

du développement doit rester dans la mouvance classique en se singularisant plutôt par ses objectifs et surtout par sa finalité. On pourrait se demander si ces arguments reflètent les intentions réelles des juristes occidentaux ou s'ils ne cherchent pas à asseoir davantage leur domination ou à perpétuer l'idéologie dominante. Les juristes du Tiers-monde n'ont-ils pas décelé cette ambition ? A lire leur position on peut se faire une opinion. Pour les tenants de la seconde thèse, en l'occurrence les juristes du Tiers-monde, le droit international, dans sa version classique, est loin d'être neutre. En phagocytant de nouveau le droit international du développement, l'inégalité ambiante entre Etats va se perpétuer. Pour éviter cette situation, les juristes du Tiers-monde préconisent que le droit international classique se dépouille de sa fausse neutralité pour tenir compte du soubassement éthique, philosophique et économique que recommande le nouveau droit. Ainsi, la mission de ce nouveau droit est de contribuer « à la destruction progressive de l'ordre existant et à la réalisation d'un ordre nouveau ». Tandis que le juriste marocain Mohammed BENNOUNA¹³ présentait avec modération ce droit comme une « interpellation » du droit international classique par un Tiers monde dont ni les intérêts ni les conceptions n'étaient pris en compte par ce droit, deux auteurs algériens, Madjid BENCHIKH et Mohammed BEDJAOUI, s'en prenaient avec vigueur aux théories françaises. Ainsi, aux yeux des juristes du Tiers-monde, le droit international classique n'est autre qu'un système de normes exprimant la primauté des Etats-développés et cherchant à pérenniser celle-ci. Si les contours de ce droit nouveau ne sont pas définis de façon objective, il risque de devenir un « droit international du sous-développement » selon l'expression de Madjid BENCHIKH¹⁴. Pour l'ancien Doyen de la faculté de droit d'Alger « le mérite du droit international du développement est d'introduire le facteur économique et le niveau de développement dans l'analyse juridique et l'appréciation des relations entre les Etats ; chaque Etat est situé dans le véritable contexte des échanges internationaux, en prenant en considération ses capacités et ses faiblesses ». Seul le droit international du développement neutre peut tenir compte de ces paramètres, en évitant d'analyser les difficultés du Tiers-monde comme des événements conjoncturels, mais comme des événements structurels auxquels doivent correspondre des règles adéquates et efficaces. La formule imagée de Jean-André TOUSCOZ peut résumer la situation : « le droit international est le levain, le ferment introduit dans la pâte pour contribuer à son évolution ». Contrairement au droit international classique, le droit international du développement est comme le nouveau droit international

¹³ BENNOUNA Mohammed, *Droit international du développement, Tiers-monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 335 pages (Coll. Mondes en devenir).

¹⁴ BENCHIKH Madjid, *Droit international du sous-développement. Nouvel ordre dans la dépendance*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 331 pages (Coll. Mondes en devenir).

général s'appliquant à toute la société internationale, sur la base de principes effectivement égalitaires et équitables succédant aux anciens. Pour les économistes du Tiers-monde, le retard de pays sous-développés est imputable au système déséquilibré des relations économiques internationales, régi par un droit international inégalitaire et peu adapté. Au-delà de cette dualité de conception, il est important de signaler que le droit international du développement est un droit neutre de par ses principes directeurs. En soi, il n'est ni un droit engagé au service des pays en développement, ni un droit au service d'une idéologie quelle qu'elle soit, même si certaines pratiques dans les relations économiques internationales amènent à relativiser cette neutralité. Quoi qu'il en soit, le droit international du développement relève de la nécessité. Il est la nouvelle expression de la justice, qui se traduit par l'incarnation universelle et effective des droits fondamentaux de l'Homme. C'est grâce à ce nouveau droit que le droit international retrouve sa finalité perdue, son véritable sens, sa signification de « droit de gens » ou « jus gentium » selon Grotius. Mieux le droit international du développement permettra de diffuser davantage un certain nombre de notions fondamentales du droit international en général. C'est le cas par exemple du principe « pacta sunt servanda » (les parties sont liées par le contrat), du principe de bonne foi, de l'enrichissement sans cause et de la théorie des changements de circonstances. A cette liste, il faut ajouter le commerce équitable créé au profit de pays en développement. Ce commerce est une réponse au commerce inégal pratiqué dans le cadre de l'OMC. Le système est fort séduisant. On trouve des produits du commerce équitable sur « les gondoles des grandes surfaces ». Ce type de commerce offre un vaste sujet de réflexion et pourrait à long terme inciter le système financier international à mieux gérer les petits producteurs. Au-delà de ces belles avancées, le droit international du développement doit être peaufiné, amélioré et amendé dans certains de ses principes afin que tous les Etats, qu'ils soient développés ou en voie de développement, puissent trouver leur salut dans les relations économiques internationales actuelles. A l'heure où le capitalisme a montré ses limites, un droit international du développement neutre, fondé sur les principes éthiques et humains, est un atout majeur pour donner un nouveau souffle aux relations économiques internationales.

Actuellement, débats et controverses sont en sommeil, dans la mesure où le marxisme et le tiers-mondisme militant s'effondrent, et où, dans les pays en développement, l'heure est aux privatisations et à l'appel aux investissements étrangers, tandis que la montée des « nouveaux pays industriels » témoigne de l'efficacité du libéralisme et de l'économie de marché en même temps que de l'éclatement du Tiers-monde. Aussi entend-on dire, ici ou là, que le droit

international du développement tel qu'on l'a connu n'a plus de raison d'être, ou encore qu'il est en passe de devenir un « droit des affaires Nord-Sud », plus ou moins réintégré dans le droit commun. En réalité, le débat n'est pas clos. Les évolutions en cours dans le monde en développement n'ont pas fait disparaître, tant s'en faut, le besoin d'un grand nombre de pays de continuer à bénéficier du traitement différencié et plus favorable sur lequel est fondé une grande partie du droit du développement dans sa conception originale. Ce qui est plus nouveau, c'est l'apparition, dans les rapports avec les pays en développement plus avancés, de ce que l'on pourrait appeler un « droit international du partenariat », objet des travaux qui, semble-t-il, commencent à être mis en chantier en France et dans les pays francophones.

Intérêt du Sujet

Le sujet est davantage auréolé d'une opportunité notoire autour de l'évolution du système généralisé de préférences mais aussi de la portée qui en résulte.

Théoriquement, mener une recherche sur le système généralisé de préférences revient à voir les tensions qu'il crée dans le système commercial multilatéral. Mais aussi le débat qu'il suscite au niveau des pays en développement. En effet, Les systèmes de préférences non réciproques créent quelques tensions dans le système commercial multilatéral, d'où un vif débat sur l'intérêt général qu'ils présentent pour les pays en développement¹⁵. Généralement bien accueillis pour des raisons politiques par les pays bénéficiaires, ils sont aussi très critiqués par les non- bénéficiaires, qui craignent un détournement des échanges, et par les universitaires, qui s'interrogent sur leur contribution au développement. Ils sont aussi critiqués par ceux qui ont des intérêts systémiques dans le système commercial et considèrent qu'ils sont en partie responsables de l'érosion des principes fondamentaux du système commercial. Ces tensions ont été amplifiées récemment par les demandes exprimées en vue de faire une pause dans la libéralisation multilatérale, afin de protéger les marges de préférences. Au milieu de ce débat sur l'intérêt des préférences, on constate avec étonnement que ces systèmes continuent de proliférer sous diverses formes, et en particulier que les régimes existants sont étendus à un plus grand nombre de pays.

Dans la pratique une analyse nous permettra aussi de s'interroger sur la portée ou l'impact du système généralisé des préférences pour les pays en développement. En effet, la deuxième conférence de la CNUCED, qui s'est tenue à New Dehli en 1968, marque le véritable acte de

¹⁵ Rapport sur le commerce mondial 2004 : Evolution du commerce et des politiques commerciales : Quelques aspects du commerce et des politiques commerciales.

naissance du SPG¹⁶. En effet, selon la résolution 21 qui y fut adoptée, « les objectifs du système de préférences généralisé non réciproque, non discriminatoire en faveur des pays en développement, incluant des mesures spéciales en faveur des pays les moins avancés parmi les pays en développement » sont d'« augmenter leurs revenus d'exportations », « promouvoir leur industrialisation » et « accélérer [la] vitesse de [leur] croissance économique »¹⁷. Le but ultime est, pour reprendre l'expression de l'Union Européenne « d'éradiquer la pauvreté »¹⁸.

Problématique

L'examen détaillé d'un tel sujet se fera sur la base d'une problématique fondamentale, qui servira ainsi de ligne de conduite dans l'exposé des idées devant sous-tendre la démarche. Il s'agit en l'occurrence ici de la question de la conformité des systèmes de préférences tarifaires aux règles de l'OMC. En d'autres termes, existe-t-il une incompatibilité entre le SGP et les règles de l'OMC ? Si oui, quels sont les instruments juridiques qui permettent de la surmonter ?

Notre étude se limitera aux différentes formes d'incompatibilités entre les préférences tarifaires et les règles de l'OMC ainsi qu'aux divers instruments juridiques qui permettent de les surmonter. En effet, il y a une incompatibilité à priori entre le SGP et les règles de l'OMC. Toutefois, celle-ci est non rédhibitoire c'est-à-dire est surmontable. On peut reformuler cela en affirmant qu'il y a une discordance entre les deux champs normatifs, mais aussi leur mise en cohérence progressive.

Le premier aspect renvoie à la contrariété des préférences tarifaires avec les principes de non-discrimination et de réciprocité promus par l'OMC. Les préférences tarifaires font référence au SGP et aux préférences spéciales. Ainsi, la contradiction entre le SGP et le principe de non-discrimination, largement illustrée par l'affaire SGP-drogues, s'est traduite par une remise en cause de la clause NPF du système OMC. Il s'agit notamment de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement et de la discrimination positive en faveur des pays en développement. Par ailleurs, la jurisprudence SGP-drogues, confirme son caractère sélectif, et l'application aléatoire du principe de non-discrimination. De même que le SGP, les préférences spéciales viennent annihiler la clause NPF. Si cette remise en

¹⁶ Jean- Jacques HALLAERT, « L'impact du SPG européen sur les pays en développement d'Asie », *Mondes en développement*, no 2 (2002): 39- 50.

¹⁷ CNUCED, « 2ème Conférence de la CNUCED Résolution 21 (II) », 1968.

¹⁸ PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Règlement n°978/2012 du Parlement européen et du Conseil appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) no 732/2008 du Conseil, 2012. Considérant n°3

cause est justifiée dans la jurisprudence « bananes » par le démantèlement à la fois de la politique communautaire de coopération au développement et des préférences spéciales, elle ne l'est pas par la clause d'habilitation. En effet, sur la convention de Lomé pesait une épée de Damoclès qui rendait fragile le statu quo. Longtemps immunisé de toute contestation, le régime commercial de Lomé a été au début des années 1990 ébranlé. Sa remise en cause progressive a ouvert la voie à des litiges pléthoriques qui se poursuivent encore aujourd'hui. L'inflation contentieuse qu'a suscité le régime « bananes » a révélé l'inefficacité d'un défunt système de règlement des différends qui a poussé les Parties Contractantes à renforcer le pouvoir de sanction à travers la création d'un organe juridictionnel intégré. C'est par la remise en cause de la réglementation communautaire en matière agricole que l'ORD en est venu à démanteler les éléments centraux d'un régime de coopération historique. La banane a longtemps été au cœur d'une lutte idéologique à l'intérieur de la Communauté entre les partisans d'une libéralisation des échanges et ses contempteurs soucieux de préserver les liens économiques et historiques qui les lient à leurs anciennes colonies. En marge de cette opposition idéologique, l'enjeu économique est important. L'Union Européenne, important consommateur de bananes, dispose de deux sources d'approvisionnement, à savoir productions d'Amérique latine et les productions ACP. Les premières productions très compétitives, car exploitées par des firmes américaines puissantes, supportent mal la concurrence déloyale qui leur est faite par les productions insulaires sous la protection de l'Union européenne. L'enjeu est de taille car c'est toute la question des modalités d'accès au marché communautaire qui est en cause. La remise en cause du régime préférentiel de Lomé résulte en vérité de la contestation de la réglementation communautaire portant organisation commune du marché de la banane (OCMB). De ce fait, la jurisprudence de l'OMC a eu à connaître d'une affaire symbolique qui a juridiquement consacré le démantèlement des préférences spécifiques. C'est l'affaire Banane. Mais les préférences ont pu être maintenues pour une période transitoire jusqu'en décembre 2007, grâce à une dérogation accordée à la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha. En effet la portée de l'affaire Banane est considérable pour les pays ACP. Après une longue période de tolérance des préférences spéciales incompatibles avec le principe de non-discrimination dans le cadre du GATT, l'OMC a consacré leur illégalité et a ainsi ouvert une période de renouveau de la clause NPF. Mais cette remise en cause n'est pas d'application immédiate. La dérogation accordée à Doha prolonge le régime préférentiel pour quelques années.

Pour le principe de réciprocité, cette contradiction s'est d'abord opérée à travers une révision initiée à travers la Partie 4 du GATT. Celle-ci s'est traduite par une confirmation du principe de Traitement Spécial et Différencié, qui vise à compenser l'écart important du niveau de vie des pays en développement, et par une exception au principe de réciprocité. L'abandon de la réciprocité stricte est le levier qui a actionné le principe de l'octroi des préférences aux pays en développement. Ainsi, la non-réciprocité est le principe qui régit les négociations avec les pays en développement. Nombre de parties contractantes du GATT en voie de développement critiquent le rôle général joué par le concept de réciprocité au titre des négociations commerciales. Pour elles, la réciprocité ne saurait jouer qu'entre pays de niveau de développement comparable. Que les pays développés (ou riches) exigent des pays en développement (ou pauvres) la réciprocité des concessions commerciales, serait particulièrement injuste pour ces derniers et les pénaliserait, leur situation de pauvreté augmentant en effet mathématiquement le poids relatif de leurs engagements. C'est pourquoi, la contradiction sera par la suite confirmée par la clause d'habilitation de 1979 en octroyant une base juridique et permanente au statut dérogatoire des pays en développement et en confirmant formellement le principe de non-réciprocité. Or, pour généreux et bien-fondé qu'il puisse paraître, ce principe de non-réciprocité n'est pas sans entraîner des effets pervers. En n'étant tenu de n'offrir et de ne se voir demander aucune concession commerciale, les pays en développement ne sont guère en mesure d'influer sur le déroulement des négociations et de voir leurs intérêts pris en considération. En réalité, l'abandon du principe de réciprocité dans les relations commerciales Nord/Sud a profondément contribué à faire des Négociations Commerciales Multilatérales une affaire de pays développés pour assurer la promotion et la défense de leurs intérêts économiques. C'est l'occasion de se demander si la reconnaissance officielle du principe de non-réciprocité n'a pas été contre-productive pour les pays du tiers-monde. Au niveau des préférences spéciales, cette dissonance fut surtout marquée dans les Conventions de Lomé, par un système asymétrique de discrimination positive des ACP dans les préférences commerciales et par un régime de transition dérogatoire aux principes du multilatéralisme et des instruments commerciaux originaux. Ce dernier tient compte du débat juridique d'un engagement pour une normalisation des relations UE-OMC, à savoir les conflits arbitrés par l'OMC et de la politique commerciale selon l'Accord de Cotonou, c'est-à-dire de l'exception à la normalisation. L'ère de la nouvelle OMC va être celle de la remise en cause des préférences spéciales discriminatoires. Certains pays en développement ne cautionnent pas, à juste titre, que d'autres pays de la même catégorie bénéficient d'arrangements commerciaux préférentiels en contradiction avec les règles commerciales

multilatérales. C'est le début du démantèlement des préférences spéciales. L'offre préférentielle européenne a connu deux époques et deux régimes différents. Si les conventions de Yaoundé étaient symétriques et basées sur la réciprocité, les conventions de Lomé étaient asymétriques et impliquaient des préférences commerciales non-réciproques, discriminatoires et contraires au GATT, quoique tolérées. Le constat de l'illégalité des préférences commerciales découlant des conventions de Lomé a placé les communautés européennes devant une alternative : maintenir les préférences et donc la non-réciprocité en les élargissant aux autres pays en développement ou les retirer pour laisser tous les bénéficiaires potentiels sur un pied d'égalité. Le second terme de l'alternative fut choisi, avec à la clé la proposition d'un nouveau partenariat commercial. Celui-ci ne pouvait désormais se concevoir que dans une parfaite adéquation avec les dispositions de l'OMC. C'est en ce sens que la Convention de Cotonou a été signée. Même si elle aménage une période de transition, sa dimension commerciale est orientée vers une réciprocité globale.

Le second aspect a trait au caractère provisoire du SGP, qui est à considérer comme un régime de transition et à l'adaptation progressive des différents mécanismes dérogatoires de l'OMC. Donc le caractère provisoire du SGP traite de l'insertion d'une clause évolutive en son sein et d'une entorse aux règles de l'OMC justifiée par l'exception de l'article 24 du GATT et l'inégalité compensatrice. Ainsi, la clause évolutive couvre la mise en place d'un système de graduation, mais n'est pas sans conséquences. Les pays exclus du bénéfice du SGP d'un pays développé ne disposent d'aucun moyen pour contester cette décision. Ils sont généralement trop faibles pour exercer une pression diplomatique ou politique sur le pays donneur. La décision de celui-ci peut de toute façon toujours être justifiée sur la base de la clause évolutive de 1979, en l'absence de critères dans celles-ci. La décision de graduation basée sur un critère « objectif » (de PIB ou de niveau de développement) est par conséquent difficilement attaquable devant les instances de règlement des différends de l'OMC. De plus, le SGP n'a pas en soi un caractère juridiquement obligatoire. Les pays donneurs se sont réservé le droit d'exclure n'importe quel pays du bénéfice de leur schéma préférentiel. Par ailleurs, l'exception de l'article 24 du GATT veut une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC et une remise en cause du triptyque préférentiel : Préférence, non réciprocité et discrimination. Quant à l'inégalité compensatrice, les pays en voie de développement réclament, à partir de la reconnaissance d'inégalités réelles de développement entre les Etats, le bénéfice de régimes dérogatoires. Ainsi, la prise en compte des inégalités de développement doit conduire à l'établissement d'inégalités juridiques destinées à compenser

les inégalités réelles. Dans les échanges, ces inégalités se traduiront par l'abandon du principe de réciprocité et la détermination de catégories d'Etats ayant un statut différent. Il s'agit de l'adoption du principe de la dualité des normes qui signifie qu'« à un corps unique régissant uniformément tous les rapports interétatiques se substitueront désormais deux corps de règles ; d'une part, celui régissant les rapports entre pays développés, d'autre part, celui qui régit les rapports entre ceux-ci et les pays en voie de développement ainsi que les rapports entre pays en voie de développement. En effet, ce principe vise à corriger l'application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC à travers une compensation de l'inégalité initiale entre Etats et le passage de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité.

Avec l'avènement du Cycle d'Uruguay et des différents mécanismes dérogatoires de l'OMC, le commerce a connu une libéralisation graduelle. En outre, ces mêmes accords ont été mis en conformité ou en adéquation avec les principes de l'OMC, et fondamentalement le principe de non-discrimination.

D'une part, la libéralisation graduelle du commerce renferme celle progressive des secteurs de l'agriculture et des textiles par une réintégration de ces deux domaines dans l'OMC, mais aussi celle des services et de la propriété intellectuelle à travers l'inclusion du GATS et de l'ADPIC dans l'OMC.

Autrement dit, il est clair qu'un système commercial international digne de ce nom ne saurait exclure le secteur agricole en raison de ses spécificités ; celui-ci est cependant moins apte à être soumis à un régime de libre-échange et de concurrence que le monde industriel et commercial par définition plus mobile et adaptable. L'Accord général de 1947 appréhenda initialement l'agriculture, sans doute avec quelques spécificités, pour s'en désintéresser progressivement au cours des ans. L'OMC devait revenir sur cet abandon et réintégrer l'agriculture en son sein, tout en lui accordant un régime transitoire. La déclaration ministérielle de Punta Del Este de septembre 1986 lançant officiellement le « Cycle de l'Uruguay » mentionna expressément l'agriculture comme devant être l'un des objets des futures négociations commerciales. Ainsi, pour la première fois dans l'histoire des négociations commerciales multilatérales parrainées par le GATT, la question agricole devait-elle être abordée, l'idée générale étant de « libéraliser » les échanges mondiaux en la matière. Cependant, des dissensions sont survenues entre les pays industrialisés quant à la libéralisation des échanges de produits agricoles. La Communauté européenne notamment la France, les pays de l'AELE, le Japon et la Corée du Sud s'opposaient à une libéralisation

complète des échanges¹⁹. Les Etats- Unis et le groupe de Cairns, par contre, réclamaient la suppression des subventions à l'exportation et la libéralisation complète des échanges de produits agricoles dans un délai de dix ans²⁰. Cette libéralisation devait se réaliser par la transformation en tarifs douaniers de tous les obstacles aux échanges.

Les pays en développement défendaient également des positions différentes en fonction de leur situation. Des études avaient indiqué qu'une libéralisation des échanges agricoles et l'arrêt des politiques de subsides à l'exportation auraient pour conséquence une augmentation des prix mondiaux des produits agricoles²¹. Seuls les pays en développement exportateurs nets auraient par conséquent retiré un bénéfice d'une libéralisation des échanges. Ces pays avaient d'ailleurs rejoint le groupe de Cairns et leurs intérêts convergeaient avec ceux de pays développés comme les Etats-Unis et l'Australie. Les pays importateurs nets de produits agricoles risquaient de souffrir d'une telle libéralisation²². Par conséquent, ils réclamaient le renforcement des programmes d'aide alimentaire des pays développés à leur égard²³. Toutefois, les résultats des négociations vont dans le sens d'une libéralisation des échanges de produits agricoles.

Le commerce des produits textiles et des vêtements, bien que moins important que celui concernant les produits agricoles, n'est pas négligeable. En effet, à eux deux (et ils sont sensiblement équivalents), ils ont représenté 6% du commerce mondial en 1995, soit un peu plus de 300 milliards de dollars. Les textiles, contrairement à l'agriculture, ne devaient faire l'objet d'aucun traitement spécial au titre de l'Accord général de 1947 ; ils étaient soumis au droit commun applicable au commerce international des marchandises. Toutefois, dès le début des années 60, ils allaient sortir du cadre de l'Accord général et être soumis à un régime juridique dérogatoire, illustrant par là même le phénomène du « GATT à la carte », si souvent rencontré et qui devint l'une des caractéristiques de l'institution de Genève²⁴. La Conférence ministérielle de Punta Del Este de septembre 1986 devait assigner aux futures négociations multilatérales la tâche de réintégrer les textiles dans le cadre du GATT avec des disciplines

¹⁹ Voy. la position de la Communauté européenne (doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/145). Pour un commentaire, voy. R. ZEITZ et A. VALDES, *Agriculture in the GATT: An Analysis of Alternative Approaches to Reform*, Washington, International Food Policy Research Institute, 1988, pp. 77-78.

²⁰ Voy. La proposition des Etats-Unis, doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/118.

²¹ Voy. R. TYERS et K. ANDERSON, « Liberalising OECD Agricultural Policies in the Uruguay Round: Effects on Trade and Welfare », *Journal of Agricultural Economics*, 1988, pp. 197-216; B. HOEKMAN, « Agriculture and the Uruguay Round », *JWTL*, 1989/2, pp. 83-96, et I. GOLDIN et O. KNUDSEN (éds), *Agricultural Trade Liberalization: Implications for Developing Countries*, OCDE, Paris, 1990.

²² Voy. B. HOEKMAN, « Agriculture and the Uruguay Round », *JWTL*, 1989/2, pp. 83-96, et R. AWUKU, « How Do the Results of the Uruguay Round Affect the North- South Trade? » *JWTL*, 1994/2, pp. 75-93.

²³ Voy. la déclaration de la Jamaïque à la huitième réunion du Groupe de négociations sur l'agriculture (doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/65).

²⁴ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 170-175

renforcées et dans une perspective de libéralisation des échanges. Cela fut réalisé par l'« Accord sur les textiles et les vêtements » (ATV) qui fait partie des « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » annexés à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Ainsi, après être sortis du GATT, les textiles allaient être réintégrés dans l'OMC à la demande pressante des pays en développement lesquels, en échange de cette concession, acceptèrent l'inclusion des services et de la propriété intellectuelle dans le nouveau système commercial intégré mis sur pied par les accords de Marrakech.

La libéralisation du commerce des services se réalisera d'une manière fondamentalement différente de celle du commerce des marchandises. Les principaux obstacles au commerce des services ne sont pas quantifiables, comme des droits de douane. Ils sont constitués par des réglementations diverses et par des monopoles d'Etat. Il était par conséquent impossible d'ouvrir progressivement l'ensemble des secteurs des services, par un abaissement graduel des obstacles aux échanges. Les négociateurs de l'AGCS n'ont cependant pas renoncé au principe de la libéralisation graduelle. Celle-ci était réclamée par tous les Etats participants, effrayés à l'idée d'ouvrir en une fois l'entièreté de leurs services à la concurrence internationale. La libéralisation se réalisera par conséquent par l'intermédiaire des listes de concessions négociées entre les différents partenaires commerciaux. Chaque membre de l'OMC établit indépendamment la liste des concessions qu'il est prêt à consentir.

Le système commercial multilatéral institué par l'Accord de Marrakech sur l'OMC se veut intégré, et est d'ailleurs qualifié comme tel dans son Préambule. L'ambition avouée du « Cycle de l'Uruguay » fut d'étendre la compétence du GATT à des secteurs qui lui avaient échappé. L'extension la plus notable consiste à l'évidence dans l'inclusion des services dans le Système OMC. Mais il existe aussi des domaines connexes qui présentent une influence notable, positive ou négative, aussi bien sur le commerce des marchandises que sur celui des services. La question était alors de savoir s'il convenait de les inclure dans le système commercial international et donc de les inclure dans la compétence de la nouvelle OMC. La réponse qui lui a été apportée dans la présente étude est nuancée. Elle a été positive en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, mais dans la seule mesure où ceux-ci étaient liés (ou Trade-related) au commerce. En revanche, elle demeure encore (pour combien de temps ?) négative pour de nombreux autres domaines fondamentaux qui ont été exclus et qui apparaissent comme de véritables lacunes du droit des échanges économiques internationaux²⁵. Se trouve ainsi inséré dans l'Annexe I de l'Acte final de Marrakech, au titre

²⁵ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 351 à 362

des « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises », l'« Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (« ADPIC dans ses initiales en langue française et TRIPS sous ses initiales plus euphoniques en langue anglaise pour « Trade-Related Intellectual Property Rights »).

D'autre part, la mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC s'est opérée avec l'application uniforme et différenciée du principe de non-discrimination par le GATS, qui rend uniforme le principe de non-discrimination à tous les membres de l'OMC et licite les intégrations économiques et le régime d'exception au profit des pays en développement. Elle étend aussi au secteur de l'ADPIC, les clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée.

Plan

A la lumière de toutes ces considérations, il nous a paru plus opportun d'étudier , dans un premier temps , la discordance entre les deux champs normatifs (Première partie), avant d'examiner ,dans un second temps , la mise en cohérence progressive des deux champs normatifs (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE :

LA DISCORDANCE ENTRE LES DEUX CHAMPS NORMATIFS

Le SPG devait se traduire par des préférences tarifaires pour tous les pays en développement, sur une base non discriminatoire et non réciproque, principalement pour les articles manufacturés et semi manufacturés, afin de surmonter la dépendance des PED à l'égard des exportations de matières premières caractérisées par des tendances des prix peu favorables à long terme et des fluctuations marquées des quantités et des prix à court terme. La violation du principe de la nation la plus favorisée était incompatible avec les règles fondamentales du GATT, lesquelles ont quasiment été reprises au sein de l'OMC. De même, les préférences spéciales viennent annihiler la clause NPF. Le principe de réciprocité, constituait une dissonance surtout marquée dans les Conventions de Lomé, par un système asymétrique de discrimination positive des ACP dans les préférences commerciales et par un régime de transition dérogatoire aux principes du multilatéralisme et des instruments commerciaux originaux. Il tient compte du débat juridique pour une normalisation des relations UE-OMC, à savoir les conflits arbitrés par l'OMC et de la politique commerciale, selon l'Accord de Cotonou, c'est-à dire de l'exception à la normalisation. L'ère de la nouvelle OMC va être celle de la remise en cause des préférences spéciales discriminatoires. Certains pays en développement ne cautionnent pas, à juste titre, que d'autres pays de la même catégorie bénéficient d'arrangements commerciaux préférentiels en contradiction avec les règles commerciales multilatérales. C'est le début du démantèlement des préférences spéciales.

Ainsi, la discordance entre les deux champs normatifs est non seulement illustrée par la contrariété des préférences tarifaires avec le principe de non-discrimination promu par l'OMC (Titre I), mais également par l'incompatibilité des préférences tarifaires avec le principe de réciprocité promu par l'OMC (Titre II).

TITRE I :

LA CONTRARIETE DES PREFERENCES TARIFAIRES AVEC LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION PROMU PAR L'OMC

La contradiction entre le SGP et le principe de non-discrimination, largement illustrée par l'affaire SGP-drogues, s'est traduite par une remise en cause de la clause NPF du système OMC. Il s'agit notamment de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement et de la discrimination positive en faveur des pays en développement. Par ailleurs, la jurisprudence SGP-drogues confirme son caractère sélectif et l'application aléatoire du principe de non-discrimination. De même que le SGP, les préférences spéciales viennent annihiler la clause NPF. Si cette remise en cause est justifiée dans la jurisprudence « bananes » par le démantèlement à la fois de la politique communautaire de coopération au développement et des préférences spéciales, elle ne l'est pas par la clause d'habilitation. Après une longue période de tolérance des préférences spéciales incompatibles avec le principe de non-discrimination dans le cadre du GATT, l'OMC a consacré leur illégalité et a ainsi ouvert une période de renouveau de la clause NPF²⁶.

Ainsi, nous examinerons dans cette partie, l'opposition entre le SGP et le principe de non-discrimination promu par l'OMC (Chapitre I) et la contrariété entre les préférences spéciales et le principe de non-discrimination promu par l'OMC (Chapitre II).

²⁶ Cette remise en cause n'est pas d'application immédiate. La dérogation accordée à Doha prolonge le régime préférentiel pour quelques années.

CHAPITRE I: L'opposition entre le SGP et le principe de non-discrimination promu par l'OMC

Le SGP s'est traduit par une remise en cause de la clause NPF du système OMC, notamment de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement, et opère une discrimination positive en faveur des pays en développement en contradiction avec le principe de non –discrimination de l'OMC. Cette contradiction sera par la suite illustrée par la jurisprudence SGP-drogues. Celle-ci considère que la discrimination entre pays en développement pourrait être acceptée, même si c'est sur la base de critères objectifs préalablement définis. Elle confère, pour la première fois, une base légale au cumul de préférences commerciales à la fois unilatérales et discriminatoires

Dans le titre suivant, seront examinées une remise en cause de la clause NPF du système OMC par le SGP (Section I), ainsi qu'une contradiction illustrée par la jurisprudence dans l'affaire SGP-drogues (Section II).

SECTION I : Une remise en cause de la clause NPF du système OMC par le SGP

Elle s'est traduite par une remise en cause de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement (Paragraphe I) et par une discrimination positive du SGP en faveur des pays en développement en contradiction avec le principe de non –discrimination de l'OMC (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Remise en cause de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement

Il s'agit là de la remise en cause de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement. Cette dernière notion doit être précisée. En effet, il n'existe aucune définition généralement admise de la notion de « pays en développement ». Economistes, juristes et sociologues, tant marxistes que libéraux, sont en désaccord sur les critères permettant de déterminer si un pays est « développé » ou non. La notion même de « développement » est

parfois contestée. Elle présuppose que les pays qualifiés de « développés » constitueraient un idéal à atteindre, ce que certains nient ou, tout au moins, nuancent.²⁷

Différents critères de distinction ont été proposés. Pendant longtemps, le principal fut le produit intérieur brut des pays concernés²⁸. Ce critère présente cependant l'inconvénient de réduire le développement au seul niveau de vie économique des habitants. Il ignore ainsi, toutes les transactions invisibles, non monétaires (troc, travail domestique...). Par conséquent, il était préférable de le compléter par d'autres critères, tels le taux d'alphabétisation de la population, la proportion de la population travaillant dans le secteur primaire...

Ce travail fut réalisé, en 1990, par l'économiste indien Amartya Sen, prix Nobel d'économie, et son collègue pakistanais Mahbub Ul Haq au sein du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD). Ils élaborèrent l'Indice de Développement Humain (IDH). Celui-ci prend en compte trois critères (l'espérance de vie à la naissance, le taux d'alphabétisation des adultes et le produit intérieur brut) pour déterminer un indice variant entre 0 (pauvreté absolue) et 1 (idéal). Le PNUD établit chaque année un rapport sur le développement humain dans le monde où les pays sont classés en trois catégories : IDH élevé (supérieur à 0,8) ; IDH moyen (situé entre 0,5 et 0,8) et IDH faible (inférieur à 0,5). Dans le rapport 2008, 75 pays²⁹ figurent dans la catégorie IDH élevé. Sans remettre nullement en cause la valeur de cet indice, il paraît utopique de considérer que ces Etats font tous partie de la catégorie des pays « développés ».

Un critère purement politique peut être également utilisé. L'Assemblée générale des Nations Unies considère que les pays en développement sont les Etats membres du « Groupe des 77 », et que les pays développés font partie des Etats membres de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE)³⁰. On peut ensuite recourir à un critère géographique en distinguant les pays du « Nord » (on parlait même de l'« Ouest avant la chute du mur de Berlin) et ceux du « Sud » ou de la « périphérie »³¹ (ce qui malgré tout

²⁷ Philippe Vincent, « L'OMC et les pays en développement » édition Larcier, pp. 12-15.

²⁸ Ce critère est toujours utilisé à l'heure actuelle par la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) pour déterminer si un pays peut ou non avoir recours à ses prêts (voy. à ce sujet P. VINCENT, Institutions économiques internationales, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 284).

²⁹ On y retrouve notamment la plupart des pays d'Amérique latine et des Caraïbes, la Lybie, les sultanats d'Oman et de Brunei, l'Arabie Saoudite, la Corée du Sud (25^e en 2008), Singapour, la Malaisie et les Seychelles.

³⁰ A l'heure actuelle, l'OCDE compte 30 Etats membres (notamment la Corée du Sud, le Mexique et la Turquie. Des négociations ont été entamées en mai 2007 avec le Chili, l'Estonie, Israël, la Russie et la Slovaquie. L'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, l'Inde et l'Indonésie sont également candidats à l'adhésion.

³¹ Voy. notamment à ce sujet les analyses fondamentales de F. BRAUDEL, La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II, Paris, Armand Colin, 1966 (2^e éd.), et I. WALLERSTEIN, Le Système du monde, vol. I : Capitalisme et économie-monde : 1450-1640 et vol. II : Le mercantilisme et la consolidation

méconnaît la situation géographique du Japon, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande). On peut enfin recourir au système de l'auto-élection, et décider que les pays en développement seront ceux qui réclameront cette qualité³². Quel que soit le critère choisi, un certain nombre de pays réclamant le statut de pays en développement se verront toujours exclus ; ils proposeront dès lors des critères alternatifs.

La définition des « pays en développement » est d'autant plus difficile qu'il n'est plus possible de parler de ces pays comme d'un bloc homogène³³. Il existe en effet peu de points communs entre le Burkina Faso, l'Arabie saoudite et le Brésil. Si ces trois pays réclament le statut de pays en développement, les plus riches d'entre eux ont un niveau de vie (et un indice de développement humain) plus proche de celui des pays reconnus comme développés (voire supérieur à certains d'entre eux) que de celui des pays en développement les plus pauvres. Au vu de la situation actuelle, il semble que l'on puisse opérer une distinction entre (au moins) trois catégories de pays en développement.

La première catégorie regrouperait les « nouveaux pays industrialisés » (NPI). Le terme fut forgé en 1979 par l'OCDE³⁴. Il désigne les pays en développement connaissant une croissance rapide du niveau absolu de l'emploi dans le secteur industriel, une part des exportations de produits industriels dépassant 25 % des exportations totales et une diminution rapide de l'écart existant entre leur revenu réel par habitant et celui des pays industriels avancés. En 1979, l'OCDE qualifiait de « nouveaux pays industrialisés » le Brésil, le Mexique, la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taiwan, ainsi que l'Espagne, la Grèce, le Portugal et la Yougoslavie³⁵. La même année, la Banque mondiale ajoutait à cette liste l'Argentine, la Colombie, l'Égypte, Israël, les Philippines et la Turquie³⁶. A l'heure actuelle, il paraît

de l'économie monde européenne, Paris, Flammarion, 1980, et *Impenser la science sociale : pour sortir du XIXe siècle*, Paris, PUF, 1991.

³² Pour d'autres tentatives de définition, voy. par ex, I. WALLERSTEIN, « Le développement du concept de développement », *Sociologie et société*, 1982, pp. 133-141 ; A. LIPIETZ, *Mirages et miracles. Problèmes de l'industrialisation dans le Tiers monde*, Paris, La Découverte, 1985, p. 19 ; G. RIST, *Le développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de la Fondation nationale de Sciences politiques, 1996, pp. 26-36, ainsi que la poignante étude de W. VOLLMANN, *Pourquoi êtes-vous pauvres ?*, Paris, Actes Sud, 2008.

³³ Voy. à ce sujet S. BRUNEL (éd.) *Tiers mondes. Controverses et réalités*, Paris, Economica, 1987 ; R. CHAPUIS et T. BROSSARD, *Les quatre mondes du Tiers monde*, Paris, Armand Colin, 1997 (2^e éd.) ; I. WALLERSTEIN, « De Bandung à Seattle : c'était quoi le tiers-monde ? », *Le Monde diplomatique*, août 2000, pp. 18-19.

³⁴ OCDE, *L'incidence des nouveaux pays industrialisés sur la production et les échanges de produits manufacturés*, Rapport du Secrétaire général, Paris, OCDE, 1979.

³⁵ A l'heure actuelle, nul ne remet cependant en question la qualité de pays développé de ces quatre derniers pays (ou de leurs successeurs, dans le cas de la Yougoslavie). Pour les quatre pays et territoires du Sud-Est asiatique, la question de la pertinence de leur maintien dans la catégorie des pays en développement se pose également.

³⁶ Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1979. Croissance et équité dans les nations semi-industrialisées*, Washington, Banque mondiale, 1980.

raisonnable d'inclure également dans la liste des NPI l'Indonésie, la Malaisie, la Thaïlande, l'Ile Maurice, ainsi que l'Inde et la Chine. La croissance internationale de ces pays, de même que l'augmentation de leur part du commerce international ces trente dernières années, sont impressionnantes.

Cependant, certains de ces pays rechignent devant cette qualification. Ils craignent en effet qu'elle leur fasse perdre la qualité de « pays en développement » et par conséquent les avantages qui y sont liés³⁷. En effet, la qualité de NPI ne devrait pas exclure automatiquement un Etat de la catégorie des pays en développement. Certains de ces pays, même s'ils connaissent un succès indéniable dans leur processus d'industrialisation, continuent à souffrir d'un PIB extrêmement bas. Celui-ci est parfois supérieur à peine à 1000 dollars par habitant et par an. En 2006, le PIB annuel par habitant de l'Indonésie était de 1420 dollars, celui des Philippines de 1390 dollars³⁸. Par conséquent, leur caractère de « pays en développement » ne peut pas être nié. De plus, comme l'avait cruellement illustré la crise qui frappa le Sud-est asiatique à la fin de 1997, les bases sur lesquelles repose l'économie de ces pays restent encore fragiles. Leur situation économique peut se dégrader très rapidement. La crise actuelle en est la preuve³⁹.

A l'autre bout de l'échelle, une deuxième catégorie reprendrait les « pays les moins avancés » (PMA), les plus pauvres des pays en développement. Ceux-ci sont définis depuis 1971 par le Comité de la planification du développement de l'Organisation des Nations Unies comme les pays connaissant un produit intérieur brut bas⁴⁰, un retard dans le développement humain (qui a remplacé le taux d'analphabétisation égal ou supérieur à 80%) et une vulnérabilité économique en raison du manque de diversification de la production et des exportations⁴¹.

En 2010, 50 pays remplissent les conditions pour entrer dans cette catégorie⁴². Ils étaient 25 en 1971, 31 en 1979, 41 en 1990 et 48 en 1997. Leur nombre ne fait donc qu'augmenter

³⁷ Voy. par ex. L. LIM, « US Trade Policy Toward the NICs of Southeast Asia », *Michigan Journal of International Law*, 1990, pp. 466-471

³⁸ Banque mondiale, Rapport annuel 2008, Washington, Banque mondiale, 2008.

³⁹ Pour de plus amples développements sur les NPI, voy. P. JUDET, *Les nouveaux pays industrialisés*, Paris, Editions ouvrières, 1986 (2^e éd.), et B. BALASSA, *Les nouveaux pays industrialisés dans l'économie mondiale*, Paris, Economica, 1986.

⁴⁰ En 2009, moins de 900 dollars par habitant et par an.

⁴¹ Voy. G. DE LACHARRIERE, « Identification et statut des pays moins développés », *AFDI*, 1971, pp. 461-482

⁴² L'Afghanistan, l'Angola, le Bangladesh, le Bénin, le Bhoutan, le Burkina Faso, le Burundi, le Cambodge, les Iles du Cap-Vert, les Comores, la RDC, Djibouti, l'Erythrée, l'Ethiopie, la Gambie, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, Haïti, Kiribati, le Laos, le Lesotho, le Libéria, Madagascar, le Malawi, les Maldives, le Mali, la Mauritanie, le Mozambique, le Myanmar, le Népal, le Niger, l'Ouganda, la République centrafricaine, le

d'année en année, témoignant de la paupérisation des pays du Sud (principalement d'Afrique subsaharienne). Ces pays sont totalement marginalisés sur la scène commerciale internationale, puisqu'ils représentent moins de 0,5% du commerce mondial⁴³.

Une troisième catégorie reprendrait (en vrac) tous les autres pays en développement. Elle serait loin d'être homogène. Elle regrouperait en effet des pays aussi différents que le Koweït (29^e au classement IDH), le Sri Lanka (104^e), le Pakistan (139^e) et la Côte d'Ivoire (166^e sur 179, et pourtant non considérée comme PMA). Un grand nombre de sous-distinctions restent par conséquent possibles au sein de ce groupe. On peut par exemple mettre en exergue les pays exportateurs de pétrole. Ceux-ci bénéficient d'un PIB nominal généralement élevé et d'un classement IDH flatteur. Leur prospérité est cependant fragile, car basée sur l'exportation d'un seul produit de base qui, de surcroît, est non renouvelable. Une fois les réserves de pétrole épuisées, certains de ces pays pourraient rapidement rejoindre la catégorie des PMA, en l'absence d'efforts de diversification économique.

Le GATT a toujours eu une approche assez pragmatique du problème de la définition des pays en développement. Ceux-ci étaient définis comme les parties contractantes « dont l'économie ne peut assurer à la population qu'un faible niveau de vie et qui n'en sont qu'au premier stade du développement économique »⁴⁴. En 1957, ces critères furent quelque peu explicités. Ils se référaient au PNB des pays concernés et à la proportion de leur population employée dans l'agriculture, les mines et le secteur de la construction⁴⁵. Aucun problème d'interprétation de ces critères ne fut toutefois jamais soulevé. Lorsque le Système des préférences généralisées fut mis en place, le système de l'auto-élection des pays en développement bénéficiaires fut préféré à l'établissement de listes ou de critères de distinction.

L'Organisation mondiale du Commerce a opté, elle aussi, pour le système de l'auto-élection. Chaque membre détermine lui-même s'il se considère comme « développé » ou « en développement ». Les autres membres peuvent cependant lui refuser le statut de « pays en développement », notamment dans le cadre de l'application du Système généralisé des préférences (SGP).

Rwanda, les Iles Samoa, les Iles Salomon, Sao Tomé-et-Principe, le Sénégal, la Sierra Leone, la Somalie, le Soudan, la Tanzanie, le Tchad, le Timor oriental, le Togo, Tuvalu, Vanuatu, le Yémen et la Zambie.

⁴³ CNUCED, Profil statistique des pays les moins avancés, Genève, 2005.

⁴⁴ Article XVIII

⁴⁵ IBDD, supp. n°7, p. 92.

La clause de la nation la plus favorisée stipule que tout avantage commercial accordé par un pays à un autre, doit être immédiatement accordé à la totalité des parties contractantes du GATT. Autrement dit, ce qui est accordé à l'un est accordé à tous, sans discrimination. Elle débouche sur une généralisation immédiate de tout effort d'ouverture de la part d'un pays et est assortie de deux caractères. Elle est générale, en ce qu'elle ne s'applique pas uniquement aux droits de douanes, mais à toute mesure, extérieure ou domestique, adoptée par un Etat pour réglementer les flux d'exportation et d'importation. Elle est ensuite inconditionnelle, son application ne pouvant pas constituer un objet de négociation entre Etats. Elle admet cependant deux types importants d'exception qui constituent une limite à son application inconditionnelle.⁴⁶

Le premier type concerne les préférences commerciales accordées aux pays en développement. Il s'agit de régimes commerciaux plus favorables visant à favoriser le développement de ces pays. Ce type de régime dérogatoire à la clause NPF est reconnu, par les accords de l'OMC, au titre du Système des Préférences Généralisées. Le second type d'exception concerne les accords d'intégration économique régionale ou Accords Commerciaux Régionaux (ACR) qui sont des accords par lesquels un ensemble de pays s'accordent réciproquement des avantages commerciaux préférentiels. Ces avantages sont alors réservés aux pays membres de l'accord et refusés aux autres. Dans le cadre du GATT et de l'OMC, ce type d'exception est régi par l'article 24. Celui-ci conditionne l'exception à la clause NPF à l'existence d'une Union Douanière, d'une Zone de Libre Echange ou d'Accords régionaux provisoires.

Avant la Seconde Guerre mondiale, la clause de la nation la plus favorisée faisait l'objet de négociations bilatérales⁴⁷. Elle ne concernait, par ailleurs, que les droits de douane. Le GATT a apporté deux modifications importantes au principe⁴⁸.

La première particularité de l'article Ier du GATT réside dans la multilatéralisation de la clause de la nation la plus favorisée. Son application a été étendue d'emblée à toutes les parties contractantes du GATT. Par conséquent, celles-ci peuvent l'invoquer pour pouvoir bénéficier de n'importe quel traitement préférentiel accordé par n'importe laquelle d'entre

⁴⁶El hadj Abdourahmane Diouf L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales ,p 40.

⁴⁷ Parmi les nombreux ouvrages consacrés à la clause de la nation la plus favorisée, on citera P.PESCATORE, « La clause de la nation la plus favorisée dans les relations multilatérales », Annuaire de l'Institut de Droit International, 1969, pp 1-291 ; E. SAUVIGNON, La clause de la nation la plus favorisée, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1972 (liste non exhaustive).

⁴⁸ Philippe Vincent, « L'OMC et les pays en développement » édition Larcier pp 41-42 .

elles à n'importe quelle autre. Mais cette règle connaît cependant un certain nombre d'exceptions. La clause de la nation la plus favorisée n'est pas applicable aux préférences antérieures à la conclusion du GATT⁴⁹. Elle ne s'applique pas non plus aux avantages que se concèdent entre eux les membres d'une intégration économique régionale, union douanière ou zone de libre-échange⁵⁰.

La seconde particularité réside dans l'extension du champ d'application de la clause. L'article Ier a été rédigé de manière extrêmement large. Selon ce texte, « tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays, seront immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçues à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations... ».

La clause du traitement de la nation la plus favorisée a par conséquent un spectre d'application extrêmement large. Il est d'autant plus large que la clause s'applique aussi bien aux importations qu'aux exportations, et qu'elle ne se limite pas aux produits identiques, puisqu'elle s'étend également aux produits similaires.

En effet, l'article Ier du GATT 1947 est on ne peut plus clair ici : le traitement général de la nation la plus favorisée ne porte que sur les produits importés (ou exportés) pour peu que ceux-ci soient similaires⁵¹(...). Cette clause interdit ainsi toute discrimination tant de jure que de facto entre les produits importés similaires ainsi que devait le reconnaître l'organe d'appel de l'ORD dans l'affaire Canada-certaines mesures affectant l'industrie automobile décidée le 31 mai 2000 (en l'espèce, un avantage douanier n'avait pas été accordé par le Canada à tous les véhicules similaires en provenance de tous les pays membres de l'OMC). La clause ne couvre que les produits importés ou exportés similaires ; cette expression de produit similaire étant fréquemment utilisée dans le corps de l'Accord général⁵². Il est bien clair que ce concept de « produits similaires » - quel que soit le contexte dans lequel il est utilisé et qu'il soit à apprécier par rapport aux produits importés ou nationaux – constitue une source certaine de

⁴⁹ Article Ier, al 2 .

⁵⁰ Article 24.

⁵¹ Dominique Carreau, Patrick Juillard, Droit international économique, 4eme édition, Dalloz pp 208-209 .

⁵² Voir par exemple les articles I.1., II.2., III (2) et (4), VI (1) a) et b) ; IX.1., XI.2., XIII (1), XVI.4 ou XIX (1).

difficultés. A des fins protectionnistes, les Etats sont à l'évidence tentés par l'affirmation de la spécificité des produits qu'ils entendent traduire pour une classification douanière particulière et, bien entendu, défavorable aux exportateurs étrangers. Comment ici ne pas rappeler les termes d'anthologie du tarif conventionnel allemand d'avant 1914 qui, dans sa position n°107, singularisait le « gros bétail tacheté de montagne ou bétail à robe brune élevé dans une localité située à 300 mètres au moins au-dessus de la mer et séjournant au moins chaque année dans des pâturages situés à 800 mètres au moins au-dessus du niveau de la mer ? ». Ainsi, grâce à une spécialisation poussée – et ici outrancière – des produits par le biais du tarif douanier, un pays peut grandement limiter la portée de ses concessions commerciales et rendre le jeu de la clause de la nation la plus favorisée vide de sens. Pour éviter ce phénomène, le GATT a utilisé le concept plus large de « produit similaire ».

Or, faute de définition de ce concept clé (mais était-ce scientifiquement possible ?), il a fait l'objet d'appréciations au cas par cas par des « groupes spéciaux » (panels).

C'est ainsi, par exemple, qu'il a été estimé que « produit similaire » ne voulait pas dire « produit directement concurrent », ni même « produit directement substituable » : ainsi les protéines végétales sont-elles différentes des protéines d'origine animale ou marine ainsi que des protéines de synthèse⁵³ ? Si la science pouvait être ici invoquée, parfois il est fait référence au « goût et à l'arôme » des produits, pour savoir s'ils sont similaires ou non : ainsi les cafés non torréfiés et non décaféinés devraient être considérés comme des produits similaires, de même que les cafés « arabica non lavé », robusta et café doux !⁵⁴

Un « groupe spécial », fonctionnant à l'époque du GATT sur les « Ajustements fiscaux aux frontières », devait poser les quatre critères généraux nécessaires pour assurer la « similarité » d'un produit par rapport à un autre ; il convenait ainsi d'examiner les propriétés, nature et quantités desdits produits, les utilisations finales de ceux-ci, les goûts et habitudes des consommateurs et enfin, le classement tarifaire des produits. Une décision récente de l'organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire « Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et des produits en contenant »⁵⁵, devait reconnaître toute la pertinence de cette analyse qui gardait son actualité.

⁵³ Voir Guide des Règles et Pratiques du GATT pp.40-41.

⁵⁴ Ibid. pp. 41-42 .

⁵⁵ 12 mars 2001, WT/ DS 135/DB/R .

La clause couvre tous les « avantages, faveurs, privilèges ou immunités » que des pays peuvent accorder à l'échange de leurs produits⁵⁶ ; en bref, toutes les concessions commerciales qu'ils sont amenés à négocier. Celles-ci sont susceptibles de revêtir des formes fiscales (droits de douane ou imposition de toute nature à l'importation, octroi de licence d'importations) ou non-tarifaires (mode de perception des droits ou formalités douanières, par exemple). Sont en outre visées, les « taxes ou autres impositions intérieures » ainsi que la « commercialisation » des produits telles que mentionnées à l'article III (2 et 4). De plus, l'Accord général étend spécifiquement le jeu de la clause aux marques d'origine pour ce qui concerne leur « marquage »⁵⁷ ou aux pratiques commerciales des entreprises d'Etat⁵⁸.

En effet, l'Organe d'appel n'est pas encore parvenu à dégager une définition précise du concept de « similarité »⁵⁹. Celle-ci doit presque faire l'objet d'une étude au cas par cas, l'Organe d'appel l'ayant comparée à « un accordéon pouvant s'étirer ou se resserrer en fonction des circonstances »⁶⁰. La jurisprudence a dégagé quatre critères permettant d'apprécier la « similarité » des produits : les propriétés physiques des produits concernés, leur utilisation finale, les goûts et les habitudes des consommateurs, ainsi que la nomenclature de l'Organisation mondiale des douanes.

S'agissant du premier, les caractéristiques intrinsèques des produits (propriétés, nature, qualités) sont un premier critère permettant de tester leur similarité. Dans l'affaire Communautés européennes – mesures affectant l'amiante et les produits en contenant⁶¹, l'Organe d'appel considéra que les matériaux de construction contenant de l'amiante exportés du Canada vers la France n'étaient pas similaires aux substituts nationaux français (fibres d'APV, de cellulose et de verre), en raison de leur plus grande dangerosité pour la santé publique.

Pour le second, deux produits présentant des caractéristiques différentes peuvent néanmoins être interchangeables dans l'usage que les consommateurs en font. Dans l'affaire Etats-Unis – taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, le rapport de panel considéra que le pétrole brut et les hydrocarbures liquides devaient être considérés comme similaires, au motif

⁵⁶ Article I.1 .

⁵⁷ Article IX (1).

⁵⁸ Article XVII (1).

⁵⁹ Philippe Vincent, Institutions Economiques Internationales, Droit International, éditions Larcier, 2^e édition, pp. 100-102 .

⁶⁰ Voy. l'aff. Japon – taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS 8 et 10/AB/R, p.24.

⁶¹ Aff. WT/DS 135.

qu'ils avaient essentiellement les mêmes utilisations finales⁶². Dans l'affaire Japon – taxes sur les boissons alcooliques, le rapport de panel condamna le Japon pour avoir taxé plus lourdement les whiskies et brandies que les alcools japonais similaires⁶³.

Les goûts et les habitudes des consommateurs, variables d'un pays à l'autre, peuvent avoir pour conséquence que deux produits présentant des caractéristiques physiques proches et une utilisation finale semblable soient néanmoins considérés comme n'étant pas similaires. Dans l'affaire Etats-Unis – mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt⁶⁴, le panel a considéré que les bières à faible teneur d'alcool et celles à haute teneur d'alcool ne pouvaient pas être considérées comme des produits similaires, car elles étaient commercialisées dans des secteurs différents du marché.

Enfin, l'Organisation mondiale des douanes (qui a succédé, en 1994, au Conseil de coopération douanière) a adopté, en son sein, le « Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises », afin d'aider les Etats membres à classer les marchandises en vue de leur appliquer les droits de douane et les éventuelles législations de politique commerciale adéquats. Ce classement peut servir d'inspiration pour la détermination du caractère similaire ou non de marchandises. Dans l'une des premières affaires tranchées par le GATT, le sulfate d'ammonium et le nitrate de sodium furent considérés comme deux fertilisants différents, en raison d'une différence de classement dans les nomenclatures tarifaires australienne et britannique⁶⁵. Dans l'affaire Communauté européenne – Classement tarifaire de certains matériels informatiques⁶⁶, l'Organe d'appel a rappelé la pertinence du Système harmonisé et de ses notes explicatives pour la détermination de la position tarifaire du matériel de réseau local (LAN) par la Communauté européenne.

Ce concept va évidemment bien au-delà de la simple similarité. Le critère devant être pris en considération est l'interchangeabilité des produits ; celle-ci allant plus loin que les habitudes actuelles de consommation⁶⁷. Dans l'affaire Canada – certaines mesures affectant les périodiques, les périodiques imprimés à l'étranger à destination du marché canadien furent considérés comme directement concurrentes avec les périodiques imprimés sur le sol canadien⁶⁸.

⁶² IBDD, supp. n° 34, p. 154.

⁶³ Aff. WT/DS 8 et 10.

⁶⁴ Aff. WT/DS23.

⁶⁵ IBDD, vol. II, p. 188.

⁶⁶ Aff. WT/DS62.

⁶⁷ Aff. Corée – taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75 et 84/AB/R.

⁶⁸ Aff. WT/DS31.

L'égalité de traitement entre les parties contractantes constitue l'une des règles de base du droit commercial international matérialisé par l'Accord général. En cela, le GATT apparaît comme une réaction salutaire à l'encontre des nombreuses techniques commerciales discriminatoires en vigueur et en vogue durant la période de l'entre-deux-guerres. Est-il besoin de préciser que tout le « Système OMC » est fondé sur cette égalité de traitement entre les pays membres ? Elle se vérifie ici concrètement en matière de généralisation des concessions négociées au sein du GATT et sous ses auspices hier et de l'OMC aujourd'hui. En effet, les concessions commerciales offertes par les participants lors des négociations et ensuite insérées dans leurs listes (schedules) sont automatiquement étendues à tous les autres participants, en application du jeu de la clause de la nation la plus favorisée de type inconditionnel⁶⁹. C'est dire que si la réciprocité joue au niveau et à l'occasion des négociations commerciales proprement dites, elle ne s'appliquera pas aux résultats, c'est-à-dire aux concessions offertes par les parties contractantes et insérées dans leurs listes, lesquelles font partie intégrante de l'Accord général et possèdent la même force juridique obligatoire⁷⁰. Cette généralisation automatique et inconditionnelle des concessions commerciales négociées (ou renégociées) assure l'absence de la moindre discrimination entre les parties contractantes. L'avantage est considérable.⁷¹

Toujours pour les listes de concessions, les droits de douane réduits au cours des négociations tarifaires sont incorporés dans les listes de concessions de chaque Etat membre. Toutes ces concessions sont reprises dans un protocole annexé au GATT. Elles constituent des engagements de ne pas prélever, à l'importation d'un produit donné, un droit de douane supérieur à celui qui a été négocié et consolidé dans les listes de l'Etat importateur⁷².

Afin d'éviter que ces droits ne soient relevés par la suite, ils font l'objet d'une consolidation. Cela signifie que les Etats ne peuvent dorénavant plus les augmenter ou appliquer un droit supérieur⁷³. En 1998, l'Argentine fut condamnée pour avoir appliqué des droits de douane excédant les droits consolidés sur les importations de certains produits textiles⁷⁴. Dans l'affaire Communauté européenne – régime applicable à la vente et à la distribution de

⁶⁹ Art. II, al.1 a et art. II du GATS.

⁷⁰ Art. II .

⁷¹ Dominique Carreau, Patrick Juillard, *op.cit.* p 119.

⁷² Philippe Vincent, *Institutions Economiques Internationales*, *op.cit.* pp 111-113 .

⁷³ Article II .

⁷⁴ Aff. Argentine – mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles, WT/DS56.

bananes⁷⁵, la Communauté fut condamnée pour avoir appliqué un droit de douane NPF de 176 euros/tonne, alors que le droit consolidé était de 75 euros/tonne.

Le tarif consolidé n'est pas nécessairement le tarif en vigueur. Rien n'empêche un membre de l'OMC d'appliquer un droit inférieur au droit consolidé, à condition de respecter la Clause de la Nation la Plus Favorisée. Dans cette hypothèse, un relèvement du droit effectivement appliqué ne devra pas faire l'objet de compensations, dans la mesure où ce droit restera inférieur ou égal au droit consolidé⁷⁶.

Signalons que le membre importateur reste souverain (pour autant, bien entendu, qu'il n'y ait pas d'abus) dans la décision de classement d'une marchandise importée dans sa nomenclature douanière. Les directives de l'Organisation mondiale des douanes revêtent un caractère obligatoire pour ce classement. Dans l'affaire Communauté européenne – classement de certains matériels informatiques⁷⁷, les Etats-Unis contestaient le classement du matériel de réseau local (LAN) et des PC multimédia en matériel de télécommunication plutôt qu'en machines automatiques de traitement de l'information (MATI); ce qui avait pour conséquence l'application de droits de douane plus élevés. Ils arguaient qu'ils avaient eu des « attentes légitimes » en ce sens. Le panel donna raison aux Etats-Unis, mais l'Organe d'appel permanent infirma ses conclusions, en constatant qu'à l'occasion des négociations de l'Uruguay Round, la Communauté européenne n'avait jamais donné aux Etats-Unis des raisons de croire que ce classement serait appliqué.

Les tarifs applicables aux marchandises n'ayant pas fait l'objet de négociations ne sont pas consolidés. La consolidation n'est pas obligatoire. Si, à l'heure actuelle, en moyenne 99 % des positions tarifaires des pays développés et 98% de celles des pays en transition sont consolidées, le chiffre tombe à 72 % en moyenne pour les pays en développement. Cela a pour conséquences l'imprévisibilité de l'application des tarifs douaniers et, dès lors, des difficultés énormes à exporter à destination de ces Etats.

L'une des revendications des pays développés à l'occasion des négociations de l'Uruguay Round fut l'acceptation par les pays du Sud de la consolidation de leurs tarifs, même sans réductions de ceux-ci. La plupart de ces pays acceptèrent la consolidation, parfois à des taux très élevés (jusqu'à 100% et plus). Cette situation présente cependant des avantages non négligeables. Les exportateurs bénéficient désormais de la prévisibilité des tarifs douaniers

⁷⁵ Aff. WT/DS27.

⁷⁶ Voy. le rapport d'appel dans l'affaire précitée (doc. WT/DS56/AB/R) paragraphes 46 à 55.

⁷⁷ Aff. WT/DS62, WT/DS67, et WT/DS68.

applicables. De plus, les tarifs constituent des bases solides pour des réductions futures. Les pays en développement les plus avancés acceptèrent d'ailleurs des diminutions de leurs tarifs douaniers, à l'occasion des négociations de l'Uruguay Round.

Un membre peut, malgré tout, augmenter un droit de douane consolidé. Dans cette hypothèse, il doit entreprendre des négociations avec les partenaires commerciaux affectés par cette déconsolidation et leur offrir des compensations⁷⁸. Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour dissuader les parties contractantes de revenir sur leurs concessions tarifaires⁷⁹.

La mise en place d'une union douanière entraîne souvent l'ouverture de négociations au titre de l'article XXVIII ; les tarifs douaniers des Etats membres de l'Union étant remplacés par ceux du nouveau tarif douanier commun.

Mais cet aspect à priori très positif n'est pas sans inconvénient. En effet, il rend possible ce phénomène souvent rencontré et que les Américains appellent la « course gratuite » (free ride) ou le « repas gratuit » (free lunch). L'argumentation est ici la suivante. Un Etat membre de l'OMC, bénéficiant automatiquement de toutes les concessions commerciales négociées en son sein ou sous ses auspices, pourra être tenté de ne présenter de son côté que des offres limitées. Ce manque de générosité ou d'ouverture pourra certes entraîner un risque de blocage des négociations commerciales ; les membres retirant eux-mêmes leurs offres au nom d'une absence de « réciprocité ou d'avantages mutuels ». En effet, le morcellement du droit international applicable au commerce des marchandises (près d'une centaine d'accords latéraux furent en effet négociés au sein du GATT) contribua au phénomène pervers du « free ride » (ou course gratuite) inhérent au jeu de la Clause de la Nation la Plus Favorisée de type inconditionnel posée à l'article I de l'Accord général : toutes les Parties contractantes bénéficièrent ainsi ipso jure des mesures de libéralisation négociées par un petit nombre d'entre elles, sans offrir en retour la moindre concession⁸⁰. Comme le nota fort bien l'ancien directeur des services juridiques du GATT, celui-ci était devenu « une société de nations commerçantes dans laquelle plus des deux-tiers bénéficiaient des obligations assumées par une minorité de moins d'un tiers »⁸¹. La Clause de la Nation la Plus Favorisée de type inconditionnel est au cœur même de l'économie du GATT dont elle constitue le principe fondamental. Son but, comme devait à juste titre le noter la CIJ dans l' « affaire des droits des

⁷⁸ Article XXVIII du GATT.

⁷⁹ Sur la définition et la portée du principe de consolidation, voy T. FLORY, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, L.G.D.J., 1968, pp. 63-66 .

⁸⁰ Dominique Carreau, Patrick Juillard, *op.cit.* pp 71-72 .

⁸¹ F. Roessler, *The Agreement establishing the World Trade Organization, in the Uruguay Round Results*, College of Europe, Bruxelles, 1995, p.69.

ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc », est « d'établir et de maintenir en tout temps, entre les pays intéressés, une égalité fondamentale sans discrimination »⁸². Elle exclut donc, contrairement à une version conditionnelle plus restrictive, toute réciprocité de la part de ses bénéficiaires ; ceux-ci ne sont nullement tenus d'offrir en retour une concession équivalente. Dans ces conditions, ainsi que cela a été noté précédemment, le développement d'un « GATT à la carte », avec la conclusion de nombreux accords latéraux, allait permettre à une large majorité de Parties contractantes de pratiquer une politique du « pick and choose », selon laquelle ils pouvaient choisir leurs engagements en fonction de leurs intérêts, tout en bénéficiant pleinement des mesures de libéralisation adoptées par d'autres-, en l'espèce une petite minorité se composant essentiellement de pays développés. De surcroît, ce phénomène du « free ride » allait encore se trouver accentué à l'occasion de l'accession de nouvelles Parties contractantes. En effet, celles-ci en accédant à l'Accord général, pouvaient bénéficier immédiatement et automatiquement de toutes les mesures de libéralisation commerciale négociées dans le passé, sans pour autant être obligées d'y souscrire elles-mêmes et de procéder à un « rattrapage ». Ce déséquilibre initial pouvait devenir cumulatif, en cas de conclusion d'accords latéraux comme ceux mentionnés précédemment. En fin de période, il n'était pas exagéré de dire qu'il s'agissait du problème « constitutionnel » fondamental auquel devait faire face le GATT. Dans la mesure où il se révéla impossible de revenir, au sein de l'Accord général, à un régime unitaire du commerce international mariant harmonieusement l'égalité des Etats et la réciprocité de leurs droits et obligations, il devenait nécessaire de changer de système ; ce qui fut réalisé avec l'OMC. En outre et surtout, il est mis fin à la pratique passée du « GATT à la carte ». L'Acte final, signé le 15 avril 1994 par les pays participants à la Conférence de Marrakech, constitue un engagement unique (single undertaking) et global ⁸³ auquel il n'est pas possible d'apporter des réserves⁸⁴. Les Etats qui l'approuvent s'engagent à respecter tous les accords commerciaux multilatéraux qui le composent. C'est dire qu'il en est fini de la politique du « pick and choose » antérieure. C'est là l'une des causes du phénomène « free ride » qui se trouve éliminée. En d'autres termes, le régime juridique du commerce multilatéral a retrouvé son unité avec l'institution de l'OMC qui est chargée d'en assurer la gestion. Formellement, l'accord sur l'OMC comprend à la fois « l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce » (c'est le volet institutionnel) et 13 « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » figurant à

⁸² Rec.1952, p.192.

⁸³ Article II .

⁸⁴ Article 16 .

l'Annexe I.A et qui sont hiérarchisés. A cette liste, il convient d'ajouter les accords particuliers sur les services⁸⁵ et la propriété intellectuelle⁸⁶ ainsi que le « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » et le « Mécanisme d'examen des politiques commerciales » figurant respectivement aux annexes 2 et 3. C'est tout cet ensemble d'engagements indissociables qui s'impose aux pays membres de la nouvelle Organisation Mondiale du Commerce. Enfin, le phénomène souvent cité du « free ride » qui avait fait du processus d'accession son autre domaine de prédilection, est rendu impossible en raison de l'obligation de rattrapage qui pèse désormais sur les nouveaux membres de l'OMC ; ceux-ci doivent en effet, mais sans doute progressivement, se mettre au niveau de libéralisation des échanges commerciaux conventionnellement négociés⁸⁷.

L'autre risque est de voir les offres s'aligner sur la plus basse d'entre elles, la libéralisation commerciale se trouvant réduite au plus petit commun dénominateur. Enfin, il y a la possibilité (d'autant plus grande que le pays en cause ne sera pas un acteur majeur du commerce international) que les négociations continuent et aboutissent à un niveau élevé de libéralisation dont bénéficiera automatiquement cet Etat peu enclin à ouvrir ses frontières ; un tel Etat recevra beaucoup tout en ayant peu offert, ce qui est à l'évidence injuste.

Le remède à cette situation est simple : ce serait de passer à un régime de Clause de la Nation la Plus Favorisée de type conditionnel, c'est-à-dire de nature réciproque. Le phénomène du « free rider » serait alors éliminé. Un membre de l'OMC ne pourrait bénéficier des concessions commerciales offertes par les autres que si, lui-même, aurait fait des concessions équivalentes. S'engager dans une telle direction est tentant et est périodiquement envisagé. Toutefois, les risques de discriminations commerciales entre les nations fondées sur leur inégalité de puissance de négociation réapparaîtraient alors pleinement. Jusqu'à présent, l'égalité de traitement l'a emporté sur la justice ou l'équité commerciale. Malgré les abus auxquels il a pu donner lieu à l'époque du GATT, ce principe central des relations commerciales multilatérales de l'après-guerre ne fut pas remis en cause lors du passage au « Système OMC ».

Régime dérogatoire à la Clause de la Nation la Plus Favorisée, le SGP crée ainsi une discrimination positive en faveur des pays en développement, en contradiction avec le principe de non-discrimination de l'OMC.

⁸⁵ Annexe I.B.

⁸⁶ Annexe I.C.

⁸⁷ Article 14.

PARAGRAPHE II : Le SGP : une discrimination positive en faveur des pays en développement en contradiction avec le principe de non -discrimination de l'OMC

La différenciation entre pays développés et pays en développement s'est d'abord manifestée par l'introduction de la notion de TSD dans le GATT de 1947, avant que la non-réciprocité ne soit formalisée avec l'introduction d'une partie 4 dans le GATT de 1964. Les modifications intervenues autour de l'article 18 du GATT, en 1954-1955, ont cristallisé la première reconnaissance légale de la nécessité de la prise en compte des différences des niveaux de développement entre les parties contractantes, dans le but de faciliter la réalisation des objectifs du GATT⁸⁸. A cet effet, trois catégories de bénéficiaires ont été dégagées aux termes du paragraphe 4 de l'article 18, pour leur donner la faculté de déroger temporairement⁸⁹ aux dispositions des autres articles du GATT. Il s'agit des parties contractantes dont l'économie ne peut assurer à la population qu'un faible niveau de vie, des parties contractantes qui en sont aux premiers stades de leur développement et de toutes les autres parties contractantes dont l'économie est en voie de développement mais qui n'entrent pas dans les deux premières catégories citées⁹⁰.

Aux fins de savoir si une partie contractante ne peut assurer à sa population qu'un faible niveau de vie, il sera tenu en considération la situation normale de cette économie sans se fonder sur des circonstances exceptionnelles, telles que celles qui peuvent résulter de l'existence temporaire de conditions exceptionnellement favorables pour le commerce d'exportation du produit ou des produits principaux de la partie contractante concernée. Les critères de cette première catégorie de bénéficiaires de ce qui constitue le premier mécanisme de TSD, tiennent étonnamment compte des difficultés structurelles des bénéficiaires. On pourrait en conclure, en l'absence de détermination expresse, que les flexibilités qui l'accompagnent sont conçues de façon à aboutir non pas seulement à des exceptions ou des rallonges de délais de mise en œuvre, mais à une approche systémique de la prise en compte des questions de développement.⁹¹

La deuxième catégorie qui renvoie aux parties contractantes qui en sont aux premiers stades de leur développement, n'englobe pas seulement celles dont le développement économique en

⁸⁸ El hadj Abdourahmane Diouf L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales ,page 43.

⁸⁹ Paragraphe 4.a de l'article 18 du GATT.

⁹⁰ Paragraphe 4.b de l'article 18 du GATT.

⁹¹ El hadj Abdourahmane Diouf op.cit. pp 43-44.

est à ses débuts, mais aussi celles dont les économies sont en voie d'industrialisation, à l'effet de réduire un état de dépendance excessive par rapport à la réduction des produits primaires⁹². Cette disposition dénote des prémices de la distinction actuelle entre pays en développement et Pays les Moins Avancés. C'est le premier niveau de différenciation/gradation au GATT et dont la philosophie pourrait inspirer une catégorisation plus fine entre pays en développement dans l'OMC actuelle. Le régime de dérogations temporaires dont peut bénéficier une partie contractante couvre d'abord le cas où celle-ci considère qu'il est souhaitable, afin de favoriser la création d'une branche de production déterminée à l'effet de relever le niveau de vie général de sa population, de modifier ou de retirer une concession tarifaire. La mention de la création de branches de production déterminées ne vise pas seulement la création d'une nouvelle branche de production, mais aussi d'une nouvelle activité en son sein, sa transformation substantielle et son développement substantiel ne satisfaisant la demande intérieure que dans une proportion relativement faible. Les branches de production détruite ou substantiellement endommagées par suite d'hostilités ou de catastrophes dues à des causes naturelles entrent aussi dans son champ. Dans de tels cas de figure, la partie contractante concernée devra, après notification de ses difficultés aux autres parties contractantes, entrer en négociation avec celles avec lesquelles une concession avait été négociée primitivement et celles dont l'intérêt substantiel est reconnu⁹³. En cas d'accord, le retrait ou la modification des concessions sera effectué, en tenant compte des compensations y afférentes. La dérogation peut aussi être justifiée, lorsqu'une partie, contractante bénéficiaire en voie de développement rapide, éprouve, pour équilibrer sa balance des paiements, des difficultés qui proviennent principalement de ses efforts pour élargir son marché intérieur ainsi que l'instabilité des termes de ses échanges⁹⁴. Elle peut également régler le niveau général de ses importations, en limitant le volume ou la valeur des marchandises dont elle autorise l'importation⁹⁵, à la condition que les restrictions à l'importation instituées, maintenues ou renforcées n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire. Les objectifs d'une telle disposition sont d'aider la partie contractante à s'opposer à la menace d'une baisse importante de ses réserves monétaires, à mettre fin à cette baisse⁹⁶ ou à relever ses réserves monétaires suivant un taux d'accroissement raisonnable, dans le cas où elles seraient insuffisantes⁹⁷. Les limitations apportées à cette dérogation sont essentiellement celles liées à l'interdiction de faire indûment

⁹² Idem, pp 44-45.

⁹³ Article 18 du GATT, Section A, Paragraphe 7.a .

⁹⁴ Article 18 du GATT, Section B, Paragraphe 8 .

⁹⁵ Article 18 du GATT, Section A, Paragraphe 9.

⁹⁶ Paragraphe 9.a de l'article 18 du GATT.

⁹⁷ Paragraphe 9.b de l'article 18 du GATT.

obstacle au commerce. Dans tous les cas, la partie contractante bénéficiaire doit tenir compte de la nécessité de rééquilibrer sa balance des paiements sur une base saine et durable, pour lui permettre d'atténuer progressivement les restrictions appliquées aux importations et d'arriver à leur élimination totale, lorsque la situation ne justifiera plus leur maintien. Au préalable, leur adoption aura été possible grâce aux consultations avec les autres parties contractantes sur la nature des difficultés afférentes à la balance des paiements, ainsi que leurs répercussions possibles sur leur économie⁹⁸. Le régime des restrictions prises est géré à travers une minutieuse procédure dont le but est de garantir les droits et les obligations des parties contractantes. Une troisième possibilité de dérogation, pour une partie contractante bénéficiaire, est offerte si celle-ci constate qu'une aide de l'Etat est nécessaire⁹⁹, pour faciliter la création d'une branche de production déterminée à l'effet de relever le niveau de vie général de la population, sans qu'il soit possible dans la pratique d'instituer de mesure compatible avec les autres dispositions de l'Accord du GATT. Après notifications¹⁰⁰ aux autres parties contractantes des difficultés auxquelles elle fait face, elle indiquera la mesure prise affectant les importations qu'elle propose d'instituer pour remédier à de telles difficultés.

La troisième catégorie de bénéficiaires est définie par rapport à des situations précises. Les parties contractantes bénéficiaires doivent à la fois être des pays en développement n'entrant pas dans les critères des deux premières catégories et se trouvant dans une posture économique spécifique autre que celle de la nécessité d'une aide de l'Etat pour la création d'une branche de production déterminée. Elles devront alors demander l'approbation des autres parties contractantes qui entreront en consultation avec elles avant de les relever de leurs obligations, pour autant que cela soit nécessaire, pour lui permettre d'appliquer la mesure.¹⁰¹

L'accord général de 1947¹⁰² abordait, bien que fort partiellement et timidement, la situation des Parties contractantes « dont l'économie ne peut assurer à la population qu'un faible niveau de vie et en est aux premiers stades de son développement » (art 18). D'une manière générale, un pays pouvait, pour les besoins de son développement, « conserver à la structure de ses tarifs douaniers une souplesse suffisante » (sic art 18), c'est-à-dire en réalité les réajuster et surtout « instituer des restrictions quantitatives », motivées par des raisons de

⁹⁸ Article 18 du GATT, Section B, Paragraphe 12.a .

⁹⁹ Article 18 du GATT, Section C, Paragraphe 13 .

¹⁰⁰ Article 18 du GATT, Section A, Paragraphe 14 .

¹⁰¹ Article 18 du GATT, Section D, Paragraphe 22.

¹⁰² Dominique Carreau, Patrick Juillard, Droit international économique, 4eme édition, Dalloz, p 255.

balance des paiements, d'une manière plus flexible qu'en suivant le régime de droit commun de l'article 12¹⁰³. Ces mécanismes prévus à l'article 18 ne fonctionnèrent jamais de façon satisfaisante, au point d'apparaître aujourd'hui caducs. Ainsi, les dispositions de l'article 18.A visant les modifications tarifaires ne furent invoquées que neuf fois dans l'histoire du GATT et plus jamais après 1983. La section C de l'article 18, permettant l'octroi de dispenses aux pays en développement pour instituer des subventions aux exportations, ne fut que peu exploitée et ne profita en tout et pour tout qu'à un nombre infime de pays. Quant à la section D de l'article 18 qui prévoit la possibilité d'introduire une aide d'Etat (subvention) pour permettre la création « d'une branche de production déterminée », elle devint vite lettre morte, ses dispositions n'ayant jamais été invoquées par aucune partie contractante... Seul, le recours à la section B de l'article 18 a eu quelque succès, nombre de parties contractantes l'ayant invoquée pour introduire (ou maintenir) plus aisément des restrictions quantitatives justifiées par des difficultés de balance des paiements ; toutefois, la tendance était nettement à la diminution du nombre de pays les invoquant.¹⁰⁴

En termes plus clairs, il s'agit d'une aide de l'Etat en faveur du développement économique. En effet, l'argument de la protection des industries naissantes avait déjà été exposé dès 1971 par Hamilton dans son rapport sur les manufactures. L'implantation de nouvelles industries dans un pays pose en effet un certain nombre de problèmes. Il faut un certain temps avant que des industries naissantes deviennent compétitives au niveau international. Pendant ce laps de temps, il est nécessaire de les protéger de la concurrence extérieure. Cette protection permet d'éviter qu'elles ne soient étouffées par les produits importés avant d'avoir atteint leur seuil de rentabilité. Cette théorie est parfois qualifiée de « protectionnisme éducateur »¹⁰⁵.

Les pays en développement étaient d'avis que leurs industries naissantes, pour la plupart, ne pouvaient se développer et devenir compétitives qu'à l'abri de la concurrence internationale. Après de longues négociations, les différents partenaires arrivèrent à un accord sur l'inclusion, dans le texte du GATT, de l'article XVIII. Son appellation initiale d'ailleurs d'« Aide de l'Etat en faveur du développement économique et de la reconstruction » a été simplifiée en « Aide de l'Etat en faveur du développement économique » en 1955.

L'article XVIII du GATT ainsi que quatre éléments pouvant être simplifiés relativement à :

- la modification de concessions tarifaires consolidées

¹⁰³Pour une comparaison des procédures posées au titre de l'art 12 et de l'art 18.B voir Guide des règles et pratiques du GATT, pp.407-408.

¹⁰⁴ Voir Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit. p.427.

¹⁰⁵ Philippe Vincent, Institutions Economiques Internationales, op.cit, pp 129-130.

Cette modification nécessite cependant toujours l'entrée en négociations avec les Etats tiers susceptibles d'être affectés par cette mesure et l'offre de compensations suffisantes¹⁰⁶. Les pays en développement n'étant pas dispensés de l'obligation d'offrir des compensations, cette procédure ne diffère pas de la procédure classique de déconsolidation. Son invocation resta par conséquent anecdotique.

- la balance des paiements.

Les pays en développement sont autorisés à appliquer des restrictions quantitatives à l'importation, en vue de sauvegarder leur balance des paiements¹⁰⁷. Les conditions d'application sont légèrement plus favorables que celles de l'article XII. Il n'est pas nécessaire que la baisse des réserves monétaires soit imminente. Les consultations périodiques de revue des mesures imposées ne doivent avoir lieu que tous les deux ans (au lieu de chaque année pour l'article XII).

Dix –neuf pays eurent recours à la section B de l'article XVIII, au moins une fois entre 1974 et 1994¹⁰⁸. Son invocation par la Corée du Sud, dans les années 80, fit toutefois l'objet de plaintes de la part de l'Australie, des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande en 1989. Les trois rapports de panel conclurent à l'absence de problèmes de balance des paiements dans le chef de la Corée du Sud, sur base d'un avis du FMI. La Corée du Sud dut par conséquent renoncer à l'invoquer. Tous les autres pays en développement invoquant la section B de l'article XVIII furent amenés à y renoncer, en application des programmes d'ajustement structurel édictés par le FMI et la Banque mondiale. A l'heure actuelle, son invocation n'est, elle aussi, plus qu'anecdotique.

- l'imposition de restrictions quantitatives à l'importation

Les pays en développement peuvent imposer des restrictions à l'importation des produits concurrents de ceux fabriqués par une industrie naissante sur leur territoire¹⁰⁹. Le membre désireux d'adopter de telles mesures doit les notifier préalablement. Il peut toutefois les adopter sans attendre leur approbation. Les mesures prises peuvent être sélectives quant aux produits concernés (seuls les produits concurrents de l'industrie naissante peuvent faire l'objet de restrictions), mais non pour les pays d'origine de ces produits (en

¹⁰⁶ Article XVIII, sect. A .

¹⁰⁷ Article XVIII, sect. B.

¹⁰⁸ Voy. S. ANJARIA, « Balance of Payments and Related Issues in the Uruguay Round Trade Negotiations », World Bank Economic Review, 1987, p. 675, pour la période 1974-1986, et GATT, Index analytique. Guide des règles et pratiques du GATT, 6^e éd., Genève, OMC, 1995, p. 361, pour la liste des pays ayant invoqué la section B de l'art. XVIII ou y ayant renoncé entre 1980 et 1994 .

¹⁰⁹ Article XVIII, sect. C.

application de la Clause du traitement de la Nation la Plus Favorisée). Des concessions doivent être offertes aux Etats tiers affectés par la mesure. Le Sri Lanka invoqua la section C de l'article XVIII entre 1957 et 1960. L'examen des mesures demandées fut tellement sévère qu'il cessa d'invoquer cette disposition après cette date. Un certain nombre d'autres Etats l'invoquèrent dans les années 80. Le rapport de 1986 du Groupe d'étude sur les restrictions quantitatives et autres mesures non tarifaires constata que ces Etats n'avaient pas respecté les procédures prescrites. Les pays développés ne réagirent cependant pas, les mesures étant d'une trop faible ampleur pour justifier l'ouverture d'une procédure de règlement des différends.

- les mesures en faveur des Etats peu industrialisés

Un pays dont l'économie est en développement et qui malgré tout a la possibilité d'assurer à sa population un niveau de vie suffisant, peut imposer des restrictions quantitatives aux importations ou augmenter des droits de douane consolidés s'il en reçoit l'autorisation¹¹⁰. Cette disposition, insérée à la demande de l'Australie, n'a jamais été invoquée.

La révision du GATT, entrée en vigueur le 27 juin 1966 (et qui fut d'ailleurs la dernière), insérant dans l'Accord général une partie 4 intitulée « commerce et développement », pour opportune qu'elle ait pu être, demeure marquée du sceau de l'approche négative de la situation des pays du tiers-monde. Celle-ci est toujours appréhendée comme constituant une exception par rapport au régime général de droit commun. Dans l'ensemble, cette partie 4, vague à souhait, ne contient que des principes généraux non susceptibles de déboucher sur des obligations juridiques précises et déterminées. En cela, elle ne se différencie guère des engagements non contraignants (droit flexible ou soft Law).

Il existe toutefois une exception majeure bien connue et déjà signalée avec la reconnaissance du principe de non-réciprocité dans les négociations commerciales entre pays développés et pays en développement (art 36). L'élimination de la réciprocité dans les relations Nord /Sud a confiné les pays en voie de développement au rôle de simples spectateurs dans les grandes négociations internationales ; ils n'ont guère pu faire entendre leurs voix et obtenir les concessions qu'ils souhaitaient, n'ayant rien à offrir.

La partie 4 du GATT est un véritable plaidoyer pour une participation effective des pays en développement dans le commerce international¹¹¹. Elle est d'ailleurs intitulée : Commerce et

¹¹⁰ Article XVIII, sect. D .

¹¹¹ El hadj Abdourahmane Diouf op.cit. p 47-50.

Développement¹¹². En partant du constat de l'écart important des niveaux de vie¹¹³ au profit des pays développés, elle reconnaît l'urgence du développement progressif des parties contractantes peu développées¹¹⁴. Elle est une confirmation du principe de TSD, en autorisant les pays en développement à utiliser des mesures spéciales pour favoriser leur commerce et leur développement¹¹⁵. Elle est aussi une introduction légale de la notion de non-réciprocité dans le droit du GATT, en disposant que les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans les négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce des parties contractantes peu développées. Une note interprétative précise qu'on ne devrait pas attendre d'une partie contractante peu développée qu'elle apporte, au cours de négociations commerciales, une contribution incompatible avec les besoins de son développement, de ses finances et de son commerce, compte tenu de l'évolution passée des échanges¹¹⁶. Globalement l'article 36 énonce un certain nombre d'impératifs, notamment :

- l'augmentation rapide et soutenue des recettes d'exportation des parties contractantes peu développées ;
- la nécessité de faire des efforts positifs pour assurer aux parties contractantes peu développées une part de la croissance du commerce international « qui corresponde » aux nécessités de leur développement économique ;
- la nécessité d'assurer pour les produits primaires, dans la plus large mesure possible, des conditions « plus favorables et acceptables » d'accès aux marchés mondiaux et, s'il y a lieu, d'élaborer des mesures destinées à stabiliser et à améliorer la situation des marchés mondiaux.

Cette disposition induit une série d'obligations de traitement différencié à l'endroit des parties contractantes développées du GATT. Celles-ci devront prendre spécialement en considération les intérêts commerciaux des parties contractantes peu développées, quand elles envisageront d'appliquer d'autres mesures que l'Accord autorise en vue de résoudre des problèmes particuliers. Elles devront aussi explorer toutes les possibilités de redressement constructif, avant d'appliquer de telles mesures, si ces dernières devaient porter atteinte aux

¹¹² La Partie 4 du GATT, intitulée Commerce et Développement, est composée des articles 36 à 38 du GATT de 1947 et expose les principes et objectifs généraux de la relation commerce/développement, les engagements des pays développés et les modalités d'action collective .

¹¹³ Article 36, Paragraphe 1.c .

¹¹⁴ Article 36, Paragraphe 1.a .

¹¹⁵ Article 36, Paragraphe 1.f .

¹¹⁶ Article 36, Paragraphe 8 .

intérêts essentiels de ces parties contractantes. Ils devront aussi prendre les dispositions institutionnelles qui seront nécessaires pour permettre d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 36. Le TSD ainsi octroyé contient une batterie de mesures offensives qui favorisent l'accès aux marchés des produits des pays en développement. Il signifie pour les pays développés des engagements de ne pas mettre d'obstacles supplémentaires au commerce. Ainsi, ceux-ci s'engagent à l'abaissement et à l'élimination des obstacles qui s'opposent au commerce des produits dont l'exportation présente un intérêt particulier pour les pays en développement, y compris les droits de douane et autres restrictions comportant une différenciation raisonnable entre ces produits à l'état primaire et ces mêmes produits après transformation¹¹⁷. Le problème qui est ici posé est celui de la progressivité des droits de douane qui, aujourd'hui encore, constitue un motif d'insatisfaction pour les pays africains dans le cadre des négociations du cycle de Doha. Elle découle d'une politique commerciale internationale qui cantonnait l'Afrique au rôle de pourvoyeuse de matières premières. Toute velléité de transformation des produits locaux pour leur conférer de la valeur ajoutée est proportionnellement taxée au point d'annihiler les gains financiers et commerciaux que l'on pourrait en tirer. Il s'y ajoute qu'elle ne favorise pas la mise en place d'une industrie locale compétitive et, en définitive, reste contraire à la volonté annoncée d'intégrer les pays en développement dans le système. Le fait de proposer une solution de contournement du principe de la progressivité des droits, est un acte majeur posé par la partie 4 du GATT au profit des pays en développement faiblement industrialisés. Le contexte y a beaucoup aidé certainement par la prise en charge des questions de développement au niveau de la CNUCED. Les pays développés se sont aussi engagés à s'abstenir d'instituer ou d'aggraver des droits de douane ou obstacles non tarifaires à l'importation concernant des produits dont l'exportation présente ou pourrait présenter un intérêt particulier pour les pays en développement¹¹⁸. Ils devront aussi s'abstenir d'instituer de nouvelles mesures fiscales¹¹⁹ et d'éliminer celles existantes dans le cadre des aménagements de leur politique fiscale¹²⁰. En outre, il est de la responsabilité des pays en développement de veiller à ce que soient effectivement appliquées les mesures appropriées pour la mise en œuvre des dispositions de la Partie 4, dans l'intérêt du commerce des autres parties contractantes peu développées, pour

¹¹⁷ Article 37, Paragraphe 1.a .

¹¹⁸ Article 37, Paragraphe 1.b .

¹¹⁹ Article 37, Paragraphe 1.c.i .

¹²⁰ Article 37, Paragraphe 1.c.ii .

autant que ces mesures soient compatibles avec les besoins actuels et futurs de leur développement¹²¹.

Pour garantir le régime préférentiel ainsi mis en place, un Comité du Commerce et du Développement a été institué pour suivre de façon continue l'application des dispositions de la Partie 4 et mener les consultations qui pourraient être nécessaires à son application. Son rôle est aussi de soumettre des propositions concernant la mise en œuvre des dispositions préférentielles et d'examiner toute question liée à la possibilité pour une partie contractante d'entrer dans la catégorie des pays en développement. Le Comité du Commerce et du Développement s'appuiera essentiellement sur le Groupe de travail des préférences dont les travaux s'articulent autour de l'étude des propositions présentées, en vue de l'octroi de préférences par les pays industrialisés en faveur des pays en développement. Il s'appuie également sur l'examen des constatations du Groupe de travail et de l'expansion des échanges entre pays peu développés concernant l'octroi réciproque de préférences entre ces pays.

Il apparaît ainsi que la révision de l'article 18 et l'introduction de la partie 4 dans le GATT ont été les outils précurseurs de la différenciation entre pays en développement et pays développés. Mais leur mise en œuvre réelle a été obtenue grâce à deux modes dérogatoires que sont le SGP et la clause d'habilitation.

L'approche positive de la situation des pays en développement vint de décisions prises par les parties contractantes en 1971 mettant en œuvre les recommandations de la CNUCED II de New-Delhi (1968) qui avait réclamé l'institution de préférences commerciales pour le tiers-monde. Ces deux décisions prirent la forme de dérogations (waivers) adoptées sous l'empire de l'article 25. La première, en date du 25 juin 1971, portait dérogation à l'article premier (et à lui seul) de l'Accord général instituant la Clause de la Nation la Plus Favorisée inconditionnelle au profit des pays développés qui mettaient en œuvre un « système généralisé de préférences...sans réciprocité ni discrimination » pour les pays bénéficiaires et qui se déclareraient comme tels (principe de « l'auto-élection »)¹²². Cette dérogation était accordée pour 10 ans.¹²³ Dans la même veine et sur le même fondement, une deuxième décision dérogatoire, en date du 26 novembre 1971, intitulée « négociations commerciales entre pays en voie de développement » autorisait ces derniers à déroger aux dispositions de l'article 1 relatif à la Clause de la Nation la Plus Favorisée, en concluant entre eux des

¹²¹ Article 37, Paragraphe 4 .

¹²² Dominique Carreau, Patrick Juillard op cité, page 254-255.

¹²³ Voir le texte in Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit., p.55.

arrangements de commerce préférentiels. Plusieurs accords de ce type devaient être conclus, notamment par des pays du Sud-est asiatique.

En effet, outre les différentes flexibilités qu'ils s'accordent sur la base du SGP et de la Clause d'habilitation, il a été mise en place un mécanisme de préférences exclusif entre pays en développement¹²⁴. C'est le Système Global de Préférences Commerciales (SGPC) institué le 12 avril 1988¹²⁵ dans l'esprit de rencontres antérieures comme le Programme d'autonomie collective d'Arusha¹²⁶, le Programme d'action de Caracas et les Déclarations relatives au SGPC adoptées par les ministres des Affaires étrangères du Groupe des 77 à New York en 1962¹²⁷ et par les réunions ministérielles sur le SGPC à New Delhi en 1985, à Brasilia en 1986 et à Belgrade en 1988. L'idée de base du SGPC est d'en faire un instrument majeur pour la promotion du commerce entre pays en développement pour l'accroissement de la production et de l'emploi dans ces pays. L'institution du SGPC est régie par un certain nombre de principes dont celui de l'exclusivité¹²⁸. Ainsi, ne sont membres de ce système d'octroi de concessions mutuelles que les pays membres du G77 ou les groupements régionaux qui leur sont attachés. Ce principe pourrait poser un problème juridique de taille. Quelle est la nature juridique du G77 qui lui conférerait une dérogation à la clause NPF ? Sur quelle base légale les autres pays en développement non membres peuvent-ils être exclus ? Cela repose le problème de l'intégrité du système commercial multilatéral déjà entamée par le régionalisme commercial prolifique¹²⁹. Cependant, le bénéfice de préférences exclusives entre pays en développement, sur la base de l'auto-élection, l'adhésion au G77 en l'espèce, reste une avancée remarquable pour l'équité du système. Il fait écho au principe de mutualité¹³⁰ qui gouverne le SGPC et qui induit le partage des avantages de façon à ce que tous les participants, selon leur niveau de développement économique et industriel, la structure de leur commerce extérieur, de leurs politiques et régimes commerciaux, en profitent équitablement. Ces principes sont complétés par celui de différenciation¹³¹ qui est adopté en laissant aux PMA une place de choix, notamment la reconnaissance de leurs besoins particuliers, la prise de mesures préférentielles concrètes adaptées à leur situation et l'absence d'obligations

¹²⁴ El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit. Pages 175 à 176.

¹²⁵ Au 16 avril 2004, 43 pays ont ratifié l'Accord ou y ont adhéré.

¹²⁶ Préambule de l'Accord relatif au SGPC .

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ De 1948 à 1994, le GATT a reçu 124 notifications concernant des accords commerciaux régionaux (dans le domaine du commerce des marchandises) et, depuis la création de l'OMC en 1995, plus de 130 accords additionnels couvrant le commerce des marchandises ou des services ont été notifiés.

¹³⁰ Article 3 c) de l'Accord relatif au SGPC.

¹³¹ Article 3 f) de l'Accord relatif au SGPC .

d'accorder des concessions. A côté d'un régime général de droit commun, figure un régime d'exception.

Le champ du SGPC est très large.¹³² Il englobe les produits, articles manufacturés et produits de base, bruts et transformés¹³³. Au titre des moyens, ils s'étendent aux arrangements relatifs aux droits de douane¹³⁴, aux mesures para-tarifaires¹³⁵ et non tarifaires¹³⁶, aux mesures commerciales directes¹³⁷ et aux accords sectoriels¹³⁸. Il est géré par un Comité des participants institué au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord et est composé de représentants des gouvernements des participants. Le système régit son déploiement suivant cinq composantes clés : l'organisation du principe d'octroi des concessions, les droits spécifiques des PMA, les mesures de sauvegardes et le problème des règles d'origines. L'organisation d'un mécanisme de règlement des différends reste diffuse dans l'énoncé des règles précitées. Le principe est que toutes les concessions négociées entre les participants sur une base bilatérale ou plurilatérale sont, lors de leur application, étendues sur une base NPF à tous les participants¹³⁹. Seulement, des participants peuvent décider de ne pas étendre à d'autres les concessions négociées. Le paragraphe 2 de l'article 9 du SGPC précise dans ce cas qu'une telle limitation ne devra pas porter préjudice aux intérêts commerciaux d'autres participants. Dans le cas contraire, la question sera soumise au Comité du SGPC pour examen et décision. L'autre limitation du principe NPF réside dans la place accordée aux PMA participants qui pourront bénéficier de concessions tarifaires, non tarifaires et para-tarifaires applicables exclusivement à leurs exportations, mais sans aucune discrimination dans la catégorie des PMA. S'il apparaît que l'octroi d'un droit exclusif nuit aux intérêts commerciaux d'autres participants, le Comité pourra trancher sur la demande des participants lésés¹⁴⁰. Les concessions accordées sont consignées dans des listes de concessions¹⁴¹ pour garantir une certaine prévisibilité. Elles sont protégées des propensions à leur altération ou annulation, après l'entrée en vigueur du SGPC, par l'application de droits ou de mesures restreignant les commerces autres que ceux qui existaient auparavant. Cette protection ne baisse la garde que dans la mesure où des conditions ou clauses spéciales sont expressément

¹³² El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit. Pages 176 à 178 .

¹³³ Article 3 g) de l'Accord relatif au SGPC .

¹³⁴ Article 4 a) de l'Accord relatif au SGPC .

¹³⁵ Ibid. Paragraphe b .

¹³⁶ Ibid. Paragraphe c .

¹³⁷ Ibid. Paragraphe d .

¹³⁸ Ibid. Paragraphe e .

¹³⁹ Article 9.1 de l'Accord relatif au SGPC .

¹⁴⁰ Article 9.3 de l'Accord relatif au SGPC .

¹⁴¹ Article 10 de l'Accord relatif au SGPC.

énoncées dans les listes de concessions ou que les nouveaux droits introduits correspondent à une taxe intérieure imposée à un produit national analogue, à un droit compensateur ou antidumping, à une commission en rapport avec le coût des services rendus¹⁴² ; exception est faite des mesures de sauvegarde et des mesures relatives à la balance des paiements¹⁴³. Les concessions accordées peuvent cependant être modifiées, suspendues ou retirées, dans des conditions légales précises. Après un délai de trois ans, à partir du jour où les concessions ont été accordées, tout participant a la latitude d'annoncer au Comité son intention dans ce sens, en engageant des consultations et/ou des négociations, en vue d'aboutir à un accord au sujet de toute compensation nécessaire et appropriée avec les participants avec lesquels la concession avait été initialement négociée et avec tous les autres participants dont le Comité pourra déterminer un intérêt majeur ou suffisamment important¹⁴⁴. En cas de désaccord¹⁴⁵ au-delà de six mois et dans le cas où la partie initiatrice viendrait à modifier ou retirer sa concession, les participants lésés seraient en droit, eux aussi, de retirer ou de modifier des concessions équivalentes figurant sur leurs listes correspondantes. En sus, une autre hypothèse de suspension unilatérale de concessions existe, dans le cas où un Etat avec qui la concession a été négociée, n'est jamais devenu participant ou à cesser de l'être. Une telle décision devra être soumise au Comité qui pourrait engager des consultations avec des participants pour lesquels le produit en cause présente un intérêt substantiel¹⁴⁶.

Après le champ et régime des concessions négociées dans le cadre du SGPC, il y a toutefois lieu de voir l'aménagement d'un régime d'exceptions¹⁴⁷.

En effet, les PMA sont une catégorie à part dans le groupe des pays en développement bénéficiaire du SGPC. Si celui-ci est un régime différentiel dans sa conception, le statut accordé aux PMA révèle un second degré de préférences qui les éloignent des régimes commerciaux de droit commun. En l'espèce, ils sont exemptés du principe de réciprocité en amont et en aval de leur intégration dans le SGPC. C'est ainsi que pour devenir participant, ils ne sont pas tenus d'accorder des concessions à titre réciproque¹⁴⁸, de la même manière qu'ils sont immédiatement admis au bénéfice de toutes les concessions tarifaires et non tarifaires échangées lors des négociations bilatérales ou plurilatérales qui sont multilatéralisées¹⁴⁹. Plus

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Article 11.2 de l'Accord relatif au SGPC.

¹⁴⁵ Article 11.3 de l'Accord relatif au SGPC.

¹⁴⁶ Article 12 de l'Accord relatif au SGPC.

¹⁴⁷ El Hadj Abdourahmane DIOUF op.cit. Pages 178 à 180.

¹⁴⁸ Article 17.2 de l'Accord relatif au SGPC.

¹⁴⁹ Ibid.

spécifiquement, ils ont la possibilité de déterminer ceux de leurs produits d'exportation pour lesquels ils voudraient obtenir des concessions sur les marchés des autres participants. Le champ de ces concessions englobe l'entrée en franchise de droits, en particulier pour les produits transformés et semi-transformés. Ce qui constitue un recul spectaculaire de la règle de la progressivité des droits, de portée dissuasive quant à la transformation des produits de base dans les pays en développement. Il englobe également la suppression des obstacles non tarifaires et para-tarifaires, le cas échéant, et la négociation de contrats à long terme, à l'effet d'aider les PMA participant à atteindre des niveaux raisonnables d'exportation continue de leurs produits. La mise en œuvre de ce mécanisme favorable est de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies et des autres participants qui en ont la capacité. Ils pourront fournir, à titre prioritaire, une assistance technique, y compris des renseignements pertinents sur des produits ciblés et les principaux marchés d'importation en développement, ainsi que sur les tendances et perspectives du marché et les régimes commerciaux dans les pays participant.

Par ailleurs, un système de sauvegarde a été institué. Le SGPC prévoit en effet les cas où un participant, pour des raisons économiques majeures, pourra se délier de ses obligations par le truchement de mesures unilatérales. Le premier cas est la prise de mesures de sauvegarde pour parer à un préjudice grave ou à une menace de préjudice grave qui peut résulter directement, pour ses producteurs de produits analogues ou similaires, d'un accroissement substantiel imprévu d'importations bénéficiant de préférences au titre du SGPC. Elle est assujettie à un certain nombre de conditions. D'abord, la mesure de sauvegarde devrait être compatible avec les buts et objectifs du système et être appliquée sans discrimination entre ses différents participants. Ensuite, elle ne devrait rester en vigueur que pendant le temps nécessaire pour prévenir le préjudice et y mettre fin. Enfin, elle doit, en principe, sauf circonstances exceptionnelles, être prise après consultations avec les autres participants, avec à la clef une obligation de démontrer le préjudice ou la menace de préjudice. Ces circonstances exceptionnelles englobent principalement la situation où un retard dans la prise de la mesure de sauvegarde entraînerait un dommage qu'il serait difficile à réparer. Dans ce cas, une mesure peut être prise à titre provisionnel et à condition que les consultations aient lieu immédiatement après l'adoption de la mesure. Autrement, c'est la procédure de notification classique qui est suivie avec un rôle de premier plan dévolu au Comité du SGPC qui doit rester l'interface entre la partie initiatrice de la mesure et les autres participants qui disposent d'un délai de 30 jours pour notifier leur intention d'engager des consultations.

Celles-ci s'engagent en vue d'un accord quant à la nature des mesures de sauvegarde à prendre ou déjà prises, leur durée ainsi qu'à la compensation ou à la renégociation des concessions. Elles devraient être bouclées, dans un délai de trois mois, après la notification de l'intention de la prise de la mesure de sauvegarde. Dans le cas contraire et si le Comité ne parvient pas à offrir un cadre consensuel sur la question, dans un délai de quatre semaines, les parties qui s'estiment lésées par la mesure ont le droit de retirer, dans le cadre du SGPC, les concessions équivalentes ou d'autres obligations que le Comité ne désapprouve pas.

Le second cas est la possibilité offerte aux participants de prendre des mesures en vue de faire face à des difficultés sérieuses de balance des paiements. Il leur est emménagé le droit d'instituer ou d'intensifier, en ce qui concerne des produits ou des secteurs pour lesquels des concessions avaient été offertes, des restrictions quantitatives ou d'autres mesures limitant les importations, en vue de parer à la menace d'une baisse sensible de ses réserves monétaires ou d'enrayer cette baisse. Mais le bénéficiaire de la dérogation devra s'efforcer de prévenir ses difficultés économiques ou d'y mettre fin, d'une manière qui préserve, autant que possible, la valeur des concessions négociées. Des consultations sont aussi prévues, avec la possibilité de saisine du Comité, si un différend persiste entre les participants.

Par ailleurs, il est à noter que tout ce régime préférentiel est naturellement fondé sur une application stricte des règles d'origine. Tous les produits figurant sur les listes de concessions des participants ne seront admis à bénéficier d'un traitement préférentiel que s'ils satisfont aux règles d'origine déterminées par l'article 15 du SGPC, à travers les notions de produits originaires, produits entièrement obtenus, produits non entièrement obtenus, règles d'origine cumulative, expédition directe et certificat d'origine. Le cadre ainsi mis en place est un complément au système commercial multilatéral. Mais, en même temps, il offre une bonne assise à la coopération commerciale Sud-Sud. Il a été remis au goût du jour par la CNUCED 11 qui a lancé un autre cycle de négociation sous ses auspices. Il n'est pas exagéré de penser qu'il pourrait offrir une alternative, si les blocages dans les négociations du cycle de Doha persistaient.

En bref, à partir de la fin de l'année 1971, la Clause de la Nation la Plus Favorisée de nature inconditionnelle ne régissait plus ni les échanges commerciaux Nord / Sud, ni les échanges commerciaux Sud / Sud.

La deuxième et ultime phase, à l'époque du « GATT 1947 », se situe dans le prolongement direct des négociations du Tokyo Round, avec l'adoption, le 28 novembre 1979, par les parties contractantes, d'une décision intitulée, « Traitement différencié et plus favorable,

réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement » (« clause d'habilitation »).¹⁵⁰ Cette décision a été communément interprétée comme donnant une base juridique et permanente au statut dérogatoire du commerce des pays en voie de développement, en ce qu'elle légitime les accords préférentiels qui leur sont accordés ou qu'ils s'accorderont entre eux nonobstant les dispositions de l'article I du GATT instituant le traitement général de la Nation la Plus Favorisée. Ayant à apprécier la nature profonde de cette habilitation, l'ORD refusa d'y voir une « règle positive énonçant des obligations » et la caractérisa de simple « exception » autorisant à déroger à l'article I.1 du GATT A 1994 posant ce principe central des échanges commerciaux qu'est le « traitement général de la Nation la Plus Favorisée »¹⁵¹. Cependant, l'organe d'appel précisa que cette clause d'habilitation n'était pas une « exception » ou un « moyen de défense typique » mais jouait « un rôle essentiel dans la promotion du commerce en tant que moyen de stimuler la croissance et le développement économiques ».

Au titre de cette décision, sont désormais pleinement validés le traitement tarifaire préférentiel accordé par les parties contractantes développées au profit de celles en voie de développement au titre du système généralisé de préférences ainsi que le traitement « différencié le plus favorable » au titre des mesures non tarifaires négociées sous les auspices du GATT. Dans son Rapport précité du 7 avril 2004, l'Organe d'appel devait interpréter la clause d'habilitation comme n'impliquant pas un traitement égal de tous les pays en développement ; autrement dit, les préférences tarifaires accordées par les pays développés au profit des pays en développement peuvent l'être de façon différenciée, tout en respectant l'égalité de traitement des bénéficiaires « se trouvant dans une situation semblable ».

Sont également validés, les accords préférentiels de commerce entre pays en voie de développement visant à réduire, entre eux sur « une base mutuelle », tant les droits de douanes que les obstacles non tarifaires. A cet effet, nombre d'arrangements préférentiels furent notifiés au GATT¹⁵². Furent également validés, les traitements spéciaux accordés aux « pays en voie de développement les moins avancés » (PMA).

¹⁵⁰ Dominique Carreau, Patrick Juillard op.cit. Page 257.

¹⁵¹ Voir le Rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS/246/AB/R, Communautés européennes- Conditions d'octroi des préférences tarifaires aux pays en développement .

¹⁵² Voir la Liste in Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit., pp 62-64.

La clause d'habilitation¹⁵³ autorise aussi, pour une durée illimitée, les membres développés à accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en développement, sans être obligés d'étendre ce traitement aux autres membres développés¹⁵⁴.

Il ne s'agit nullement d'une clause impérative. Les pays développés ne sont dès lors pas obligés d'accorder un traitement différencié à leurs partenaires en développement. Par ailleurs, les avantages accordés ne font l'objet d'aucune consolidation. Par conséquent, ils peuvent être retirés à tout moment sans que les bénéficiaires puissent réclamer de compensations.

Le SGP n'a de « généralisé » que le nom. Chaque membre développé définit individuellement, et de manière différente, l'offre qu'il fait aux pays en développement et les conditions de celle-ci. Il est totalement libre, dans la détermination des pays bénéficiaires de ses préférences¹⁵⁵, des produits bénéficiaires et de l'ampleur du taux de la préférence tarifaire (taux réduit ou franchise de droits). Celle-ci peut de surcroît être limitée à un certain volume d'exportations au-delà duquel le droit initial sera de nouveau appliqué¹⁵⁶.

Les préférences tarifaires accordées ne peuvent effectuer des discriminations entre les pays en développement bénéficiaires ; seuls les pays les moins avancés peuvent bénéficier de préférences supplémentaires.

Enfin, cette décision contient une « clause évolutive » selon laquelle les pays en voie de développement eux-mêmes doivent « prendre plus pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations découlant de l'Accord général ». Sous cette formulation cryptique et en l'absence du moindre critère de mise en œuvre, était visée la situation des pays en développement plus avancés (ceux que l'on a parfois qualifiés de « nouveaux pays industrialisés » (NPI) qui pourraient se voir privés du bénéfice d'un traitement préférentiel par les pays développés tandis qu'ils devraient en accorder un aux pays moins favorisés qu'eux-mêmes.

Le traitement différencié et plus favorable accordé au titre de cette clause est conçu pour faciliter et promouvoir le commerce des pays en voie de développement et non pour élever des obstacles ou créer des difficultés indues au commerce de toute autre partie contractante. Il

¹⁵³ Philippe Vincent, *Institutions Economiques Internationales*, op.cit, pp 90-91.

¹⁵⁴ Paragraphe I de la décision de 1979 .

¹⁵⁵ Les Etats-Unis ont exclu de la liste des bénéficiaires de leur SGP les pays connaissant un régime d'obédience marxiste et les pays membres de l'OPEP, à moins qu'ils ne s'engagent à leur assurer la fourniture de pétrole à des prix raisonnables.

¹⁵⁶ Cette technique est qualifiée de contingent tarifaire .

ne constituera pas une entrave à la réduction ou à l'élimination de droits de douane ou d'autres restrictions au commerce sur la base du traitement de la Nation la Plus Favorisée. Le principe de non réciprocité y est formellement confirmé, à la suite de l'article 36. Si en vertu de la clause d'habilitation, les pays développés pouvaient déroger à la clause NPF pour accorder des préférences aux pays en développement, et que ces derniers pouvaient s'octroyer des préférences entre eux, rien n'était expressément prévu pour une coopération Sud-Sud plus. Il était évident qu'étant dans le bloc large des PVD, les PMA pouvaient recevoir des préférences des pays développés. Mais qu'en est-il des pays en développement ¹⁵⁷? C'est pour faire face à ce besoin que l'OMC a mis en place un cadre permettant l'octroi de préférences aux PMA par les pays en développement membres. C'est par une Décision du 15 juin 1999 portant octroi de dérogation, adoptée conformément aux procédures de prise de décisions des articles 9 et 12 de l'Accord sur l'OMC approuvées par le Conseil Général de l'OMC ¹⁵⁸, qu'il a été donné la permission aux pays en développement membres « d'accorder un traitement tarifaire préférentiel aux produits en provenance des pays les moins avancés, désignés comme tels par l'Organisation des Nations Unies, sans être tenus d'appliquer les mêmes taux de droits produits similaires importés en provenance d'autres membres ». Il est précisé que cette dérogation n'affectait pas les droits des membres, ni ne préjugait en rien les mesures prises par eux conformément aux dispositions de la Clause d'habilitation de 1979. Sa durée était de dix ans et courrait jusqu'au 30 juin 2009.

Raúl PREBISCH (1901-1986) est un économiste argentin ¹⁵⁹. Ses études ont porté sur les pays en développement (PED) et il est associé à des concepts tels que l'industrialisation par substitution des importations ou le Nouvel Ordre Economique International ¹⁶⁰. Il fut le premier Secrétaire général de la CNUCED à partir de 1964, poste qu'il occupa jusqu'en mars 1969. C'est durant son mandat que le SPG a été adopté ; un mécanisme qui est totalement dans le sens de ses travaux et qu'il considérait comme l'une de ses seules réussites à la tête de cette institution ¹⁶¹.

¹⁵⁷ El Abdourahmane Diouf op.cit.pp52-53 .

¹⁵⁸ Des clauses allant dans ce sens figuraient dans le Plan d'action global et intégré de l'OMC en faveur des pays les moins avancés, adopté par la Conférence ministérielle de Singapour le 13 décembre 1996, et dans la Déclaration ministérielle du 20 mai 1998 concernant l'intégration des pays les moins avancés au système commercial mondial et offrant des conditions d'accès aux marchés prévisibles et favorables pour les produits de ces pays.

¹⁵⁹ Alain BEITONE, Philippe GILLES, et Maurice PARODI, *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours* (Paris: Dalloz, 2006), paragr. 126.

¹⁶⁰ BEITONE, GILLES, et PARODI, *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours*, paragr.126.op.cit.

¹⁶¹ POLLOCK, LOVE, et KERNER, « Prebisch en la UNCTAD », 45.

En effet, il considère que « bien que le principe de la Nation la Plus Favorisée soit valide dans la régulation des relations commerciales entre égaux, ce n'est pas un concept adapté pour des échanges les impliquant avec des pays de puissances économiques largement inégales ». C'est la raison pour laquelle, l'octroi de préférences « aiderait les industries des pays en développement à surmonter les difficultés qu'ils rencontrent sur les marchés d'exportation en raison de leurs coûts initiaux élevés ». Enfin, R. PREBISCH précise que ce régime plus favorable est accordé « en attendant l'élimination des obstacles au commerce par les pays développés ». C'est ainsi que le Groupe des 77 a adopté, durant la première conférence de la CNUCED, une résolution selon laquelle « de nouvelles préférences devraient être accordées à l'ensemble des pays en voie de développement, sans l'être pour autant aux pays développés ». Cette proposition n'a pas été reçue de la même manière par tous les pays développés. Si les pays nord-américains (Etats- Unis et Canada) n'y étaient pas favorables, la Communauté économique européenne (CEE) et la Grande-Bretagne l'étaient mais sous conditions. Le souhait de la CEE était de pouvoir choisir les pays et les produits entrant dans le système alors que, pour la Grande-Bretagne, les préférences du Commonwealth pouvaient être étendues, si tous les pays développés en appliquaient d'un commun accord et que les pays du Commonwealth ne s'y opposaient pas¹⁶².

La deuxième conférence de la CNUCED, qui s'est tenue à New Dehli en 1968, marque le véritable acte de naissance du SPG¹⁶³. En effet, selon la résolution 21 qui y fut adoptée, « les objectifs du système de préférences généralisé non réciproque, non discriminatoire en faveur des pays en développement, incluant des mesures spéciales en faveur des pays les moins avancés parmi les pays en développement », sont d'« augmenter leurs revenus d'exportations », « promouvoir leur industrialisation » et « accélérer [la] vitesse de [leur] croissance économique »¹⁶⁴. Le but ultime est, pour reprendre l'expression de l'Union Européenne, « d'éradiquer la pauvreté »¹⁶⁵. Ainsi, à la fin des années 60, de nouvelles conceptions sur les relations avec le Sud ont vu le jour et l'on a compris que la pauvreté dans le tiers-monde a des causes structurelles qui ne se résolvent pas par l'unique transfert de capital et que les aides financières seules ne suffisent pas au développement. Le développement durable à l'échelle

¹⁶² Germain DENIS, « Un régime de préférences tarifaires généralisées pour le Tiers Monde », *Etudes Internationales* 2, no 2 (1971): 231 - 49.

¹⁶³ Jean- Jacques HALLAERT, « L'impact du SPG européen sur les pays en développement d'Asie », *Mondes en développement*, no 2 (2002): 39 - 50.

¹⁶⁴ CNUCED, « 2ème Conférence de la CNUCED Résolution 21 (II) », 1968.

¹⁶⁵ PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Règlement n°978/2012 du Parlement européen et du Conseil appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) no 732/2008 du Conseil, 2012. Considérant n°3 .

mondiale impliquait un changement des relations commerciales internationales. Dès lors, le commerce a été considéré comme un des principaux moyens efficaces de progrès et dans le Sud aussi des voix se sont élevées en faveur d'une politique basée sur le principe « no aid, but trade » avec, comme chef de file, Raul Prebisch. En effet, les échanges accrus génèrent une augmentation des revenus issus de l'exportation et aboutissent souvent à une industrialisation et à une diversification. Mais, cet effet d'entraînement (trickle down effect), avec pour moteur le commerce, est simpliste.

Ainsi, le SGP crée une discrimination positive en faveur des pays en développement. Celle-ci se matérialise par l'octroi de préférences commerciales par les pays industrialisés à ces derniers. Par conséquent, cette discrimination positive entre, comme nous l'avons constaté, en contradiction avec le principe de non-discrimination de l'OMC, puisqu'elle déroge à la Clause de la Nation la Plus Favorisée du système OMC. Cette contradiction entre le SGP et le principe de non-discrimination de l'OMC a d'ailleurs été illustrée par la jurisprudence à travers l'affaire SGP- drogues.

SECTION II : Une contradiction illustrée par la jurisprudence à travers l'affaire SGP-drogues

Elle s'est traduite par le caractère sélectif du SGP-drogues de l'UE (Paragraphe I) et par une application aléatoire du principe de non-discrimination (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Le caractère sélectif du SGP-drogues de l'UE

Par un Règlement (CE) n°2501/2001 du conseil du 10 décembre 2001, les Communautés européennes appliquent un schéma de préférences tarifaires pour certaines marchandises originaires des pays en développement et des économies en transition, pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004¹⁶⁶. Dans ce schéma, figure ce qu'on a appelé le régime sur les drogues qui accorde des préférences tarifaires spéciales à des pays qui combattent le trafic de drogue et respectent certaines normes d'environnement et de conditions de travail. Les pays bénéficiaires sont au nombre de douze : la Bolivie, la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Pakistan, le Panama, le Pérou et le Venezuela. La conséquence du Règlement est que les réductions tarifaires accordées à ces douze pays, dans le cadre du régime concernant les drogues, sont supérieures

¹⁶⁶ El hadj Abdourahmane Diouf. op.cit p 96 .

aux réductions tarifaires accordées aux autres pays en développement dans le cadre du régime général.

En effet, le Règlement prévoit cinq « régimes » de préférences tarifaires¹⁶⁷, à savoir¹⁶⁸ :

- Un régime général décrit à l'article 7 du Règlement (le « régime général ») ;
- Un régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs ;
- Un régime spécial d'encouragement à la protection de l'environnement ;
- Un régime spécial en faveur des pays les moins avancés ;
- un régime spécial de lutte contre la production et le trafic de drogues (le « régime concernant les drogues »)¹⁶⁹.

Tous les pays énumérés à l'annexe I du Règlement sont admis à bénéficier de préférences tarifaires dans le cadre du régime général¹⁷⁰ qui prévoit, pour l'essentiel, la suspension des droits du tarif douanier commun pour les produits énumérés comme produits « non sensibles » et une réduction des droits ad valorem du tarif douanier commun pour les produits énumérés comme produits « sensibles »¹⁷¹. Le régime général est décrit plus en détail aux paragraphes 2.4 et 2.5 du rapport du Groupe Spécial. Les quatre autres régimes établis dans le Règlement prévoient des préférences tarifaires s'ajoutant à celles qui sont accordées dans le cadre du régime général¹⁷². Toutefois, seuls quelques pays bénéficiaires du régime général bénéficient aussi des autres régimes. En particulier, les préférences dans le cadre du régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs et du régime spécial d'encouragement à la protection de l'environnement sont réservées aux pays qui, « selon les Communautés européennes, respectent certaines normes en matière de politique du travail ou de l'environnement »¹⁷³. Les préférences, dans le cadre du régime spécial en faveur des pays les moins avancés, sont réservées à certains pays spécifiés.¹⁷⁴ Enfin, les préférences dans le cadre du régime concernant les drogues ne sont accordées qu'à douze pays prédéterminés précités¹⁷⁵.

¹⁶⁷ Règlement, article 1.2.

¹⁶⁸ Document WT/DS246/AB/R du 7 avril 2004 de l'OMC, Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement ,p 2 .

¹⁶⁹ Règlement, article 1.2.

¹⁷⁰ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 2.4.

¹⁷¹ Règlement, article 7.1 et 7.2.

¹⁷² Ibid., articles 8 à 10. Par exemple, ces préférences tarifaires comprennent des réductions supplémentaires des droits imposés sur certains produits « sensibles ».

¹⁷³ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 2.3. Voir le Règlement, articles 14 et 21, et annexe I (colonnes E et G).

¹⁷⁴ Règlement, annexe I (colonne H).

¹⁷⁵ Règlement, annexe I (colonne I) ; rapport du Groupe Spécial, paragraphes 2.3 et 2.7 .

L'Inde¹⁷⁶ bénéficie du régime général mais non du régime concernant les drogues, ni d'aucun autre régime établi par le Règlement¹⁷⁷. Dans sa demande d'établissement d'un Groupe Spécial, elle a contesté le régime concernant les drogues ainsi que les régimes spéciaux d'encouragement à la protection des droits des travailleurs et à la protection de l'environnement. Toutefois, au cours d'une réunion ultérieure tenue avec le Directeur général au sujet de la composition du Groupe Spécial – puis par écrit aux Communautés européennes – l'Inde a indiqué sa décision de limiter sa plainte au régime concernant les drogues, tout en se réservant le droit de déposer des plaintes supplémentaires relatives aux deux « régimes spéciaux d'encouragement »¹⁷⁸. En conséquence, le présent différend porte uniquement sur le régime concernant les drogues.

Le Groupe Spécial a résumé de la façon suivante l'effet du régime concernant les drogues :

Le résultat du Règlement est que les réductions tarifaires accordées aux douze pays bénéficiaires, dans le cadre du régime concernant les drogues, sont supérieures aux réductions tarifaires accordées aux autres pays en développement dans le cadre du régime général. S'agissant des produits relevant du régime concernant les drogues mais pas du régime général, les douze pays bénéficiaires bénéficient d'un accès en franchise de droits au marché des Communautés européennes, alors que tous les autres pays en développement doivent acquitter la totalité des droits de douane applicables dans le cadre du tarif douanier commun. S'agissant des produits relevant à la fois du régime concernant les drogues et du régime général qui sont considérés comme des produits « sensibles », conformément à la colonne G de l'annexe IV du Règlement, à l'exception des produits relevant des codes NC 0306 13, 1704 10 91 et 1704 10 99, les douze pays bénéficiaires bénéficient d'un accès en franchise de droits au marché des Communautés européennes, alors que tous les autres pays en développement bénéficient seulement de réductions des droits applicables dans le cadre du tarif douanier commun¹⁷⁹.

Le 5 mars 2002, en s'appuyant sur les articles quatre (4) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends¹⁸⁰, l'article XXIII du GATT de 1994¹⁸¹ et l'article 4.b de la Clause

¹⁷⁶ Mémoire de Mokhtar MBACKE NDIAYE, le système communautaire de préférences tarifaires face aux règles de l'OMC, 42 pages, pp 8-13.

¹⁷⁷ Document WT/DS246/AB/R du 7 avril 2004 de l'OMC op.cit. p 3 .

¹⁷⁸ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 1.5.

¹⁷⁹ Rapport du Groupe Spécial paragraphe 2.8. Voir aussi Ibid., paragraphe 2.7.

¹⁸⁰ Sur les consultations.

¹⁸¹ Sur la protection des concessions et des avantages .

d'habilitation¹⁸², l'Inde a demandé l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes au sujet des conditions dans lesquelles celles-ci accordent des préférences tarifaires aux pays en développement, dans le cadre du schéma de préférences précité. Ces premières consultations n'ont rien donné, de même que la première demande d'établissement d'un Groupe Spécial. C'est finalement le 16 janvier 2003 que l'ORD a établi le Groupe Spécial pour statuer sur le cas¹⁸³.

Les arguments développés par l'Inde tiennent essentiellement en deux éléments.

D'abord, les préférences tarifaires accordées dans le cadre du régime concernant les drogues sont incompatibles avec la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) qui prescrit que concernant les droits de douane, tous avantages... accordés par un Membre à un produit originaire... de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire...du territoire de tous les autres Membres ; ce qui implique deux prescriptions aussi importantes l'une que l'autre. Premièrement, les avantages relatifs aux droits de douane doivent être étendus à tous les autres Membres et, deuxièmement, le principe NPF est une norme fondamentale du système commercial multilatéral fondé sur des règles de l'OMC.

Ensuite, l'Inde soutient que les Communautés européennes elles-mêmes sont conscientes de la nécessité d'une dérogation expresse, avant de pouvoir mettre en application leur politique de préférences dans le cadre du régime concernant les drogues. C'est pourquoi, leur présentation d'une demande de dérogation le 24 octobre 2001 ne les a pas empêchées de mettre en œuvre leur politique sans attendre son obtention.

Pour toutes ces raisons, l'Inde demande le retrait du Règlement du Conseil portant application de préférences tarifaires, au motif qu'il crée une discrimination entre pays en développement.

L'Inde a demandé au Groupe Spécial de constater que « le régime concernant les drogues exposé à l'article 10¹⁸⁴ du Règlement était incompatible avec l'article I.I de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le GATT de 1994) et n'était pas justifié par la Décision sur le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement (la « Clause d'habilitation »)¹⁸⁵.

¹⁸² Sur la procédure de consultation liée à l'octroi des préférences commerciales .

¹⁸³ El Hadj Abdourahmane Diouf, op.cit, p 97.

¹⁸⁴ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 3.1 (faisant référence à la première communication écrite de l'Inde au Groupe Spécial, paragraphe 67).

¹⁸⁵ Document WT/DS246/AB/R du 7 avril 2004 de l'OMC, op.cit p 4 .

Quand aux Communautés Européennes, elles n'ont pas manqué de souligner l'importance que revêt ce contentieux¹⁸⁶. Il s'agit en effet du premier différend portant sur la Clause d'habilitation, l'une des formes les plus significatives du traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement prévu au titre de l'Accord sur l'OMC. L'enjeu dépasse le régime concernant les drogues, malgré l'importance vitale que revêt ce dernier pour les pays bénéficiaires au point qu'on pouvait s'attendre à ce que les réponses données par l'ORD aient un impact sur la viabilité du Système Généralisé de Préférences appliqué par de nombreux pays donneurs.

Enfin de compte, le Groupe Spécial a suivi l'Inde dans son raisonnement par une décision du 1^{er} décembre 2003¹⁸⁷, en considérant qu'il y avait une infraction des Communautés européennes sur les obligations souscrites, dans la mesure où le régime concernant les drogues est incompatible avec la clause NPF et ne se justifie pas par la Clause d'habilitation. Le Règlement du Conseil mis en cause est donc présumé annuler ou compromettre des avantages découlant des accords OMC. Par conséquent, les Communautés européennes devront retirer les préférences accordées aux pays latino-américains précités¹⁸⁸.

En effet¹⁸⁹, le Groupe Spécial a aussi conclu que les Communautés européennes « n'avaient pas démontré que le régime concernant les drogues était justifié au titre de l'article XX (b) du GATT de 1994¹⁹⁰. Enfin, le Groupe Spécial a conclu, en vertu de l'article 3:8 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le « Mémoire d'accord »), que « parce que le régime concernant les drogues était incompatible avec l'article I.I du GATT de 1994 et qu'il n'était pas justifié par l'article 2 a) de la Clause d'habilitation¹⁹¹, ni par l'article XX b) du GATT de 1994, les Communautés européennes avaient annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Inde du GATT de 1994¹⁹².

Cette décision du Groupe Spécial relance le débat sur la place du Traitement Spécial et Différencié dans le dispositif de l'OMC¹⁹³. On a pu penser qu'elle risquait d'entraver les efforts des pays riches pour répondre aux problèmes de développement des pays du Sud en

¹⁸⁶ El Hadj Abdourahmane Diouf, op.cit pp 97-98.

¹⁸⁷ WT/DS246/R, 1^{er} décembre 2003, Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement.

¹⁸⁸ El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit p 98.

¹⁸⁹ Document WT/DS246/AB/R du 7 avril 2004 de l'OMC, Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, p 4.

¹⁹⁰ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 8.1 e).

¹⁹¹ Ibid., paragraphe 8.1 a) à d).

¹⁹² Ibid., paragraphe 8.1 f).

¹⁹³ El Hadj Abdourahmane Diouf, op.cit p 98.

utilisant le SGP. Cela est confirmé par la position des pays d'Amérique du Sud qui devaient bénéficier des préférences européennes. Ils avancent que la lutte anti-drogue impose des coûts économiques énormes, et que des préférences tarifaires accordées dans le cadre du système SGP les aident dans cette lutte. Cette décision repose aussi le problème de la graduation dans le Traitement Spécial et Différencié. En décidant que tous les avantages consentis aux pays en développement devraient être les mêmes sous peine d'annulation, on met sur un même pied des pays aux niveaux économiques totalement différents.

PARAGRAPHE II : L'application aléatoire du principe de non-discrimination

Cette affaire allait connaître un retournement de situation intéressant du point de vue des pays en développement¹⁹⁴. Dans son raisonnement, le Groupe Spécial avait interprété le terme non-discriminatoire dans le contexte de la Clause d'habilitation comme signifiant que des préférences tarifaires identiques aux fins des régimes SGP soient fournies à tous les pays en développement sans différenciation¹⁹⁵. L'Organe d'appel a réfuté cette interprétation et a conclu que le terme non-discriminatoire n'interdisait pas aux pays développés d'accorder des droits de douane différents aux produits originaires de différents bénéficiaires des SGP, à condition que ce traitement tarifaire différencié réponde aux conditions restantes de la Clause d'habilitation.

Dans son analyse¹⁹⁶, l'Organe d'appel note que même si les besoins de l'amélioration de l'accès aux marchés des pays en développement devraient être, à priori, pris collectivement, ils ont évolué dans le temps au point qu'il doit être pris en compte les intérêts partagés par des sous-catégories de pays en développement sur la base de leurs besoins particuliers. Et qu'en conséquence, son interprétation de l'expression sans discrimination n'impose pas de préférences tarifaires identiques et prévoit la possibilité de préférences additionnelles pour les pays en développement ayant des besoins particuliers¹⁹⁷.

En systématisant, on aboutit à une série de quatre critères définis par l'Organe d'appel, auxquels serait assujéti tout bailleur qui a vocation à défendre un Programme de SGP qui fournit des niveaux différents de préférences à divers pays en développement¹⁹⁸. Les pays

¹⁹⁴ Ibid., pp 98-100 .

¹⁹⁵ Voir Paragraphe 7.104 du Rapport du Groupe Spécial : La seule différenciation dont il est clairement entendu qu'elle avait été convenue entre les parties contractantes au GATT est le traitement spécial prévu pour les pays les moins avancés au paragraphe 2 d). Sans disposition explicite, convenue au niveau multilatéral, établissant d'autres bases qui permettent d'opérer une différenciation entre des pays en développement, le Groupe Spécial ne pense pas que l'on puisse supposer que les Membres entendaient autoriser une telle différenciation.

¹⁹⁶ El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit pp 154-155.

¹⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 169.

¹⁹⁸ Voir Robert Howse, Passerelles, Volume 5, N°2 .

bénéficiaires ne doivent pas être dans une situation similaire¹⁹⁹, dans la mesure où les pays recevant un niveau plus élevé de préférences doivent justifier de besoins spéciaux²⁰⁰ en matière de développement. De plus, tous les pays en développement ayant ces besoins spéciaux doivent en bénéficier. En outre, la différenciation concédée doit se matérialiser par des préférences tarifaires utilisées comme moyen effectif²⁰¹ de prendre les besoins spéciaux invoqués. Enfin, toutes les conditions ou prescriptions de performance imposées aux pays éligibles doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires²⁰². Néanmoins, l'Organe d'appel a attiré l'attention sur le fait qu'en octroyant un traitement tarifaire différencié, les pays qui accordent des préférences sont tenus, en vertu du terme non-discriminatoire, de garantir qu'un traitement identique soit disponible pour tous les bénéficiaires de SGP dans une situation identique ayant les mêmes besoins en matière de développement, financiers et commerciaux et auxquels le traitement en question est destiné à répondre.

La portée d'une telle décision sur les conditions d'octroi des préférences est manifeste.

En considérant que la discrimination entre pays en développement pourrait être acceptée – même si c'est sur la base de critères objectifs préalablement définis – la jurisprudence de l'OMC confère, pour la première fois, une base légale au cumul de préférences commerciales à la fois unilatérales et discriminatoires. Cette interprétation introduit un niveau supplémentaire de différenciation qui va au-delà de la catégorie générique de pays en développement. Elle est à mettre en relation avec le débat sur ce sujet en cours à l'OMC. Pour les pays africains, elle ouvre une double perspective. D'abord, et dans le cadre des APE, elle permet sérieusement d'envisager un cadre de partenariat avec l'UE qui soit non réciproque et discriminatoire. En tout cas, elle légitimerait, quelque soit sa forme, un traitement spécial et différencié dans le cadre des APE, sans être incompatible avec les prescriptions de l'OMC, mais à condition qu'il y ait un dénominateur commun justificatif d'un régime favorable dont les autres pays en développement ne pourraient se prévaloir. Ensuite, elle ouvre de bonnes perspectives liées à des considérations autres que d'ordre commercial comme la sécurité alimentaire ou la lutte contre la désertification qui pourraient justifier un traitement spécial

¹⁹⁹ Pour déterminer le degré de similarité entre pays en développement, l'Organe d'appel a suggéré que l'arbitre chargé de la mise en œuvre cherche des critères précis aussi bien dans les règles de l'OMC que dans d'autres instruments multilatéraux ayant trait au développement. Cela peut être analysé comme une tentative d'ouverture de l'OMC par la prise en compte d'éléments qui pourraient faire primer des considérations non exclusivement commerciales.

²⁰⁰ Voir Robert Howse, Passerelles, Volume 5, N°2 .

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

différentié non pas sur la base exclusive de la catégorie de développement, mais sur des spécificités africaines.

Examinant l'arrangement spécial de l'UE pour la lutte contre la production et le trafic de drogues illicites –arrangements en matière de drogues– dans le contexte de son interprétation du terme non-discriminatoire notée ci-dessus, l'Organe d'appel a constaté que, du fait que les préférences accordées aux fins des arrangements relatifs aux drogues n'étaient pas accordées à tous les bénéficiaires de SGP affectés de manière similaire par le problème des drogues, elles n'étaient pas justifiées aux fins de la Clause d'habilitation. En particulier, l'Organe d'appel a mis l'accent sur le fait que la Règlementation du Conseil de l'UE ne prévoit aucun mécanisme ou critère objectif qui permettrait à d'autres pays en développement affectés de manière similaire par le problème des drogues d'être ajoutés à la liste des bénéficiaires existants. En outre, la réglementation en question n'offre aucun critère selon lequel un bénéficiaire serait retiré des arrangements en matière de drogues sur la base du fait qu'il n'est plus affecté de manière similaire par le problème.

La décision de l'Organe d'appel est interprétée par chaque partie en fonction de ses attentes propres. Ce qui fait qu'au final, aussi bien l'Inde à qui la décision initiale en première instance était favorable que l'UE qui avait fait appel, semblent satisfaits des conclusions de l'Organe d'appel. L'Inde considère cette décision comme un gain significatif car les arrangements, en matière de drogues de l'UE, sont malgré tout jugés illicites, en raison de leur manque de clarté pour ce qui est des critères d'éligibilité²⁰³. Le ministère du commerce indien a noté que la décision apportait un certain soulagement aux exportateurs indiens vers l'UE ; ils avaient été durement touchés par les concessions tarifaires accordées au Pakistan aux fins des arrangements relatifs aux drogues²⁰⁴. Par ailleurs, en raison de la nouvelle réflexion faite par l'Organe d'appel sur la question de la différenciation, l'UE sera en mesure de maintenir les arrangements relatifs aux drogues, avec les modifications nécessaires. Réagissant à la décision, le Commissaire au commerce de l'UE de l'époque, Pascal Lamy, a déclaré que « cette décision indique clairement que nous continuerons d'accorder des préférences commerciales aux pays en développement en fonction de leur situation et de leurs besoins particuliers, à condition que ceci soit fait de manière objective, non-discriminatoire et transparente »²⁰⁵. Il restait toutefois à voir si le problème de la drogue en Inde répondra à ces

²⁰³ Passerelles Synthèse Mensuelle, Volume 3, Numéro 3, Avril 2004.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

nouveaux critères ou si les pays dont les exportations vers l'UE, dans le cadre du régime, menacent les propres exportations de l'Inde, seront exclus.

Au terme de son raisonnement²⁰⁶, l'Organe d'appel a confirmé les consultations du Groupe Spécial selon lesquelles la Clause d'habilitation est une exception à l'article I.I du GATT de 1994 et que l'application de celui-ci n'exclut pas celle de celui-là²⁰⁷. La question posée est relative à la nature de la Clause d'habilitation et plus précisément au point de savoir si elle était une règle positive²⁰⁸ énonçant des obligations ou une simple exception²⁰⁹ à l'application de la clause NPF. En admettant qu'une exception est une notion relative par rapport aux principales règles conventionnelles, c'est-à-dire des règles positives énonçant des obligations, le Groupe Spécial considère que c'est l'article I.I du GATT de 1994 qui reste la règle positive imposant des obligations²¹⁰ et que la fonction de la Clause d'habilitation est d'autoriser une dérogation à l'article I.I, afin de permettre aux pays développés, entre autres, d'accorder le traitement SGP aux pays en développement. Dès lors, on ne peut pas voir dans la Clause d'habilitation les indices d'obligations juridiques opposables aux pays développés. Selon le Groupe Spécial, le terme, « peuvent » au paragraphe 1 de la Clause d'habilitation, fait clairement de l'octroi du traitement SGP une option et non une obligation. Le même raisonnement sera repris par l'Organe d'appel qui considère nonobstant que le terme employé dans le paragraphe 1 de la Clause d'habilitation autorise les membres à accorder un TSD aux pays en développement, malgré l'obligation NPF de l'article I.1. Autrement, une telle flexibilité serait incompatible avec la clause NPF, au motif qu'elle n'est pas accordée à tous les membres de l'OMC sans discrimination. De ce point de vue, la Clause d'habilitation ne fonctionne pas autrement qu'une exception à l'article I.1²¹¹.

En adoptant une telle solution, l'ORD définit le TSD comme un ensemble de dispositions d'exception qui ne s'inscrivent pas comme des éléments autonomes du système commercial multilatéral. Le TSD serait ainsi un dispositif accessoire, non contraignant, conjoncturel et dont les fondements ne tiendraient que sur la volonté charitable des pays développés. Cela ne nous semble pas conforme aux principes de base de l'inégalité compensatrice et de l'inévitable dualité des normes qui fondent la justesse du TSD. Le raisonnement des

²⁰⁶ El Hadj Abdourahmane Diouf, op.cit pp 100-103.

²⁰⁷ Paragraphe 99 du Rapport de l'Organe d'appel : Compte tenu de ce qui précède, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe Spécial au paragraphe 7.53 de son rapport, selon laquelle la Clause d'habilitation est une « exception » à l'article I.I du GATT de 1994.

²⁰⁸ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 7.32.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Rapport du Groupe Spécial, paragraphe 7.37 .

²¹¹ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 89 .

Communautés européennes, dans cette affaire, s'est particulièrement avéré pro-développement, en insistant sur une approche systémique des dispositions régissant l'octroi des préférences commerciales aux pays en développement.

Il n'est pas exact de considérer que la Clause d'habilitation ne contient pas de règles positives imposant des obligations en soi, à cause du simple fait que les pays développés ne sont pas juridiquement tenus d'accorder des schémas de préférences commerciales. Au contraire, elle est une décision distincte qui complète la Partie IV du GATT et forme avec elle un régime spécial en faveur des pays en développement visant à s'attaquer aux inégalités entre les membres de l'OMC. Comme application du principe du TSD d'une part, et comme principe fondamental du droit international du développement d'autre part, la Clause d'habilitation devrait se lire comme une « *lex specialis* » qui s'applique, à l'exclusion des règles générales de l'OMC portant sur les mêmes domaines.

Cette position est aussi celle défendue par les Etats-Unis²¹² qui estiment que la Clause d'habilitation ne peut pas être un moyen de défense affirmatif, mais plutôt une règle positive autorisant les membres à accorder des préférences commerciales aux pays en développement dans certaines circonstances. Elle fait partie intégrante du GATT de 1994, en tant que décision autonome, et ne s'oppose pas à l'obligation d'accorder le traitement NPF sans condition. Contrairement à la dérogation de 1971, la Clause d'habilitation prévoit une autorisation générale, permanente et distincte dont peuvent se prévaloir les membres octroyant des préférences, nonobstant les dispositions de la clause NPF.

La reconnaissance par l'ORD du caractère exceptionnel du TSD a une conséquence juridique logique dans l'attribution de la charge de la preuve dans le différend. Comme cela a été rappelé dans l'affaire Etats-Unis – Chemises et blouses de laines²¹³, la charge de la preuve, pour une exception, incombe au défendeur, à la partie établissant par voie d'affirmation, ... un moyen de défense particulier²¹⁴. Dès lors, « il incombe normalement au défendeur, premièrement d'invoquer le moyen de défense et, deuxièmement, de prouver que la mesure contestée répond aux prescriptions énoncées dans la disposition prévoyant le moyen de défense »²¹⁵. En l'espèce, la responsabilité incombe aux Communautés européennes de produire des éléments de preuve suffisants pour étayer leur affirmation selon laquelle le

²¹² Ibid., paragraphe 5.144 .

²¹³ Ibid., p 16, DSR 1997 : I, p 335. (Voir aussi le Rapport de l'Organe d'appel Etats-Unis – FSC (article 21 :5 – CE), paragraphe 133 ; et le rapport de l'Organe d'appel Inde – Restrictions quantitatives.

²¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 136.

²¹⁵ Ibid., paragraphe 104.

régime concernant les drogues est conforme aux prescriptions énoncées dans la Clause d'habilitation.

Cependant, la méconnaissance des aspects systémiques du TSD n'exclut pas une approche spéciale dans la définition de la responsabilité d'invoquer la Clause d'habilitation. Pour l'Organe d'appel, cette posture se justifie par le rôle fondamental de la Clause d'habilitation dans le système de l'OMC ainsi que sa teneur. En tant qu'elle joue un rôle essentiel dans la promotion du commerce des pays en développement en facilitant l'accès de leurs produits aux marchés des pays du Nord, la Clause ne pourrait pas être perçue que comme une exception ou un moyen de défense typique²¹⁶ qui induirait l'octroi de la charge de la preuve à la partie défenderesse, les Communautés européennes en l'espèce. Pour l'Organe d'appel, le statut spécial de la Clause d'habilitation dans le système de l'OMC a des incidences particulières pour le règlement des différends. En l'occurrence, l'impact se manifeste par un renversement de la charge de la preuve, dès lors qu'il est admis qu'un membre ne peut pas mettre en œuvre une mesure autorisée par la Clause d'habilitation sans accorder un avantage aux produits d'un pays en développement. Il y a donc comme une fatalité de non-conformité de la mesure de TSD prise eu égard à la clause NPF. L'acte volontariste d'octroi de préférences commerciales ne doit pas être alourdi par la charge supplémentaire de fournir la preuve de sa légalité. L'Organe d'appel considère alors qu'une partie plaignante contestant une mesure prise conformément à la Clause d'habilitation doit alléguer plus qu'une simple incompatibilité avec l'article I.1 du GATT de 1994. Car, en faisant cela uniquement, elle ne donnerait pas un exposé du fondement juridique de la plainte qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Cette interprétation laisse perler la possibilité, pour les membres désireux d'accorder des avantages commerciaux, de s'écarter de la clause NPF tout en n'ayant comme obligations que les prescriptions énoncées dans la Clause d'habilitation et que l'Organe d'appel juge plus étendues que les moyens de défense plus typiques²¹⁷ que ceux prévus, dans l'article XX du GATT²¹⁸ de 1994, sur les exceptions générales.

En résumé, il ressort du raisonnement de l'ORD que la Clause d'habilitation est une exception à la clause NPF. Mais son importance pour les pays en développement en fait une règle spécifique dont l'invocation ne doit pas faire peser sur son utilisateur des charges de preuve trop lourdes. Il est en conséquence, admis qu'une partie plaignante remettant en cause sa non-conformité avec l'article I.1 du GATT devra en plus indiquer les dispositions de la Clause

²¹⁶ Ibid., paragraphe 106.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid.

d'habilitation avec lesquelles le schéma mis en cause est incompatible. Sans aller jusqu'au renversement effectif de la charge de la preuve, l'ORD tente sa répartition équitable entre donneurs potentiels de préférences et parties supposés lésées. Il eût été fâcheux de faire peser sur les pays développés la charge de défendre des mesures qui profitent aux pays en développement. Cela pourrait les dissuader d'accorder volontairement un traitement préférentiel au titre de la Clause d'habilitation et de rendre le traitement plus difficile à défendre.

CHAPITRE II : La contrariété entre les préférences spéciales et le principe de non-discrimination promu par l'OMC

De même que le SGP, les préférences spéciales viennent annihiler la clause NPF. Si cette remise en cause est justifiée dans la jurisprudence « bananes » par le démantèlement à la fois de la politique communautaire de coopération au développement et des préférences spéciales, elle ne l'est pas par la clause d'habilitation. En effet, sur la convention de Lomé pesait une épée de Damoclès qui rendait fragile le statu quo. Longtemps immunisé de toute contestation, le régime commercial de Lomé a été au début des années 1990 ébranlé. Sa remise en cause progressive a ouvert la voie à des litiges pléthoriques qui se poursuivent encore aujourd'hui. L'inflation contentieuse qu'a suscité le régime « bananes » a révélé l'inefficacité d'un défunt système de règlement des différends qui a poussé les Parties Contractantes à renforcer le pouvoir de sanction à travers la création d'un organe juridictionnel intégré. De ce fait, la jurisprudence de l'OMC a eu à connaître d'une affaire symbolique qui a juridiquement consacré le démantèlement des préférences spécifiques. C'est l'affaire Banane. Mais les préférences ont pu être maintenues pour une période transitoire jusqu'en décembre 2007, grâce à une dérogation accordée à la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha. En effet, la portée de l'affaire Banane est considérable pour les pays ACP. Après une longue période de tolérance des préférences spéciales incompatibles avec le principe de non-discrimination dans le cadre du GATT, l'OMC a consacré leur illégalité et a ainsi ouvert une période de renouveau de la clause NPF.

Ainsi, nous traiterons dans cette partie, une remise en cause de la Clause NPF par les préférences spéciales injustifiée par la Clause d'habilitation (Section I) et une contradiction entre les préférences spéciales et la Clause NPF justifiée par l'affaire « bananes » (Section II).

SECTION I: remise en cause de la Clause NPF par les préférences spéciales injustifiée par la Clause d'habilitation

Elle s'est traduite par une violation de la Clause NPF (Paragraphe I) et une absence de justification par la Clause d'habilitation (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Une violation de la clause NPF

Depuis plus de quarante ans, l'Union européenne (UE) développe des relations commerciales avec les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (pays ACP)²¹⁹. Ces relations qui s'inscrivent dans un cadre de coopération spécifique, sont nées du souci d'une Europe en construction de tisser des liens économiques avec ses possessions coloniales et d'outre-mer. Le cadre de coopération fut dès l'origine très novateur, en raison de la spécificité des mécanismes qui l'accompagnaient mais également du modèle institutionnel établi qui allait sceller la permanence de la coopération.

Initialement, le mécanisme obéissait à un régime d'association dicté par le Traité de Rome établissant la Communauté Economique Européenne (CEE)²²⁰. Ses rédacteurs ont introduit une partie IV dévolue à l'Association des Pays et territoires d'outre-mer. Ce régime d'association permettait de préciser que le processus d'intégration communautaire continentale s'étendait aux régions périphériques, sous dépendance française en particulier.

La relation prend, à partir de 1963, la tournure d'une véritable coopération. La signature des accords de Yaoundé ²²¹ permet le passage d'une association octroyée à une association négociée. Le régime s'applique aux six Etats fondateurs (Benelux, Italie, France, Allemagne) ainsi qu'à dix-huit Etats d'Afrique et de Madagascar associés. S'inscrivant dans le prolongement du droit primaire, les accords de Yaoundé prévoient que leurs relations commerciales sont régies par le régime classique des Zones de Libre-échange (ZLE). L'article II, alinéa 1, prévoit que « les produits originaires des Etats associés bénéficient à l'importation dans les Etats membres de l'élimination progressive des droits de douane et taxes d'effet équivalant à de tels droits ». Réciproquement, le paragraphe 2 de l'article III dispose que « les produits originaires des Etats membres bénéficient, dans chaque Etat associé (...), de l'élimination progressive des droits de douane et taxes d'effet équivalent à de tels droits que chaque Etat associé applique à l'importation de ces produits dans son territoire ».

Désormais plus étendue et résolument contractuelle, la coopération va encore considérablement évoluer avec l'adhésion du Royaume-Uni en 1973. L'importance de l'héritage colonial britannique conduit à l'extension de la coopération aux membres du Commonwealth du sud avec les premiers accords de Lomé de 1975²²². Le régime institué par

²¹⁹ Mémoire Fatimata Zahra Niang : Les accords de partenariat économique, une exigence juridique du droit de l'OMC ? Institut Européen de l'Université de Genève ; Pp 7-8.

²²⁰ Traité établissant la CEE signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

²²¹ Convention d'association entre la Communauté économique européenne et les Etats africains et malgache associés à cette Communauté signé le 20 juillet 1963.

²²² Convention ACP- CEE de Lomé du 28 février 1975.

Lomé était une avancée pour le groupe des pays ACP ; ces derniers jouissaient d'un accès préférentiel au marché communautaire, sans octroyer des contreparties aux produits en provenance de la Communauté. Ce régime des préférences commerciales non réciproques était la pierre angulaire du nouvel accord.

Entre la signature des Conventions de Yaoundé (1963) et le premier accord de Lomé (1975), le partenaire du Sud avait pris forme en se dotant d'un statut juridique, avec l'accord de Georgetown (1975)²²³. Affirmant son identité et sa solidarité²²⁴, le groupe ACP qui ne comptait à l'origine que 46 membres a vu son nombre renforcé par l'adhésion de nouveaux Etats²²⁵. Au fur et à mesure de son élargissement, le groupe ACP avait acquis une dimension géographique et politique incontestée.

Pourtant le régime de Lomé allait progressivement révéler ses faiblesses. Dès l'adhésion du Royaume –Uni, les réticences des Etats d'Afrique à accueillir de nouveaux partenaires témoignent d'une certaine inadéquation du régime commercial au regard des disparités économiques et sociales ainsi que des inégalités de niveau de développement qui existent au sein du groupe ACP. De plus, la progression des relations commerciales UE-ACP s'accompagne d'une certaine distanciation entre partenaires.

Le contexte international, tant économique que géostratégique, dicte une refonte de la coopération. Avec le processus d'élargissement de l'UE, les Etats membres trouvent leur destin communautaire, en même temps que la vocation démocratique de l'Union s'affirme par une ouverture vers les Etats du sud de l'Europe (Grèce, Espagne, Portugal). La redécouverte des liens historiques à l'intérieur du continent prime désormais sur l'héritage colonial, en même temps que le « fardeau colonial » s'affaiblit.

Parallèlement à cette évolution, le tournant des années 1980 marque une évolution dans le commerce multilatéral. Avec la libéralisation des échanges qui accompagne l'ouverture des économies, le Nouveau Cycle de Négociations Commerciales Multilatérales (CNCM) d'Uruguay (1986-1995) aboutit à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)²²⁶ dont la finalité est d'administrer, grâce à un système de règlement des différends original, les disciplines commerciales entre les parties à l'accord de Marrakech.

L'adoption des accords de Marrakech allait mettre en cause la validité du régime commercial de Lomé. Les parties à l'Accord qui s'étaient jusqu'ici abstenues de toute critique à l'égard du

²²³ Accord de Georgetown du 6 juin 1975.

²²⁴ Kenneth KARL, « De Georgetown à Cotonou, Le Groupe ACP face aux nouveaux défis », Le courrier, Ed. Spéciale, Septembre 2000.

²²⁵ Le groupe compte aujourd'hui 78 Etats dont un seul n'est pas partie à l'Accord de Cotonou (Cuba).

²²⁶ Acte final de Marrakech 15 avril 1994.

régime préférentiel, rompent la trêve au moment même où le cycle d'Uruguay s'achève. En 1996, suite aux avancées constituées par les accords de Marrakech, la Commission européenne publie un livre vert²²⁷ sur les nouvelles perspectives de coopération ainsi que les défis posés à la Communauté européenne (CE) dans sa relation avec les pays ACP. Dans cette réflexion, l'UE établit un diagnostic de sa relation avec les pays ACP. Mais les priorités qui y sont développées témoignent de la tonalité générale du document. S'appuyant sur l'évolution du contexte international, la Communauté dégage les motivations nouvelles qui l'animent ainsi que ses partenaires commerciaux les plus importants. Constatant l'échec relatif de la coopération qui n'a pas su préserver les pays ACP de la marginalisation économique, ni les extraire de la peu enviable catégorie onusienne des pays les moins avancés (PMA), l'UE opte pour un partenariat « franc et dynamique » qui exige que « l'après-Lomé » relève d'un choix fondamentalement politique. Le livre présente un plan détaillé des pistes à envisager en vue de revitaliser la coopération UE-ACP. Ces réflexions vont mener à la signature le 23 juin 2000 de l'Accord de partenariat entre l'UE et les pays ACP²²⁸. Dans ce nouvel arrangement, la Communauté a souhaité remédier aux distorsions commerciales que généraient les préférences unilatérales.

Excipant de son incapacité à maintenir durablement un régime dérogatoire, l'UE a préféré s'engager dans une nouvelle configuration dans ses relations avec les pays ACP, en optant pour des accords de libre-échange (réciproques). S'il ne fait aucun doute que le régime commercial devait être modifié, il demeure des incertitudes quant à la « nécessité juridique » des arrangements envisagés. En effet, déduire du droit de l'OMC l'impérativité des APE revient à nier l'importance de la dimension politique dans l'explication des APE. Or, il est clair que la volonté de l'Union de revoir de façon globale sa politique de coopération au développement constitue un élément essentiel dans l'explication des APE, si bien que la contrainte juridique, sans être totalement accessoire, apparaît comme n'étant ni dirimante, ni indépassable.

Il faut rappeler, comme indiqué plus haut, que dès la signature du Traité de Rome établissant la Communauté économique européenne (TCE), la Communauté européenne a prévu de développer des liens économiques avec ses possessions d'outre-mer d'abord, coloniales ensuite²²⁹. S'agissant des pays d'outre-mer, l'ancien article 131 TCE est très éclairant. On y

²²⁷ Livre vert du 20 novembre 1996 sur les relations entre l'Union européenne et les pays ACP à l'aube du 21ème siècle. Défis et options pour un nouveau partenariat.

²²⁸ Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000.

²²⁹ Mémoire Fatimata Zahra Niang. Op.cit. pp 10-14.

apprend que « Les Etats membres conviennent d'associer à la Communauté les pays et territoires non européens entretenant avec la Belgique, la France, l'Italie et les Pays-Bas des relations particulières »²³⁰. Puis, suivent des considérations très généreuses. L'on nous rappelle d'abord les buts de l'association, à savoir la promotion du développement économique et social des pays et territoires. L'on insiste ensuite sur la dimension unilatérale de l'association qui « doit en premier lieu permettre de favoriser les intérêts des habitants de ces pays et territoires et leur prospérité, de manière à les conduire au développement économique, social et culturel qu'ils attendent ». Enfin, suit la donnée fondamentale de ce mode de coopération : l'extension de l'union douanière (UD)²³¹ continentale aux relations commerciales avec les pays et territoires d'outre-mer.

Le principe d'égalité des partenaires qui préside aux conventions successives trouve son expression dans la mise en place d'un cadre institutionnel calqué sur le tripartisme institutionnel de l'Union :

- Le Conseil des Ministres, composé des membres du Conseil, de la Commission et du gouvernement de chaque Etat ACP, est l'organe décisionnel ;
- Le Comité des ambassadeurs qui regroupe les représentants permanents des Etats membres de l'UE en poste à Bruxelles et des chefs de mission des pays ACP auprès de l'UE. L'organe siège tous les six mois, assiste le Conseil et veille à la bonne application des accords ;
- Enfin, l'Assemblée parlementaire qui associe les membres du Parlement européen aux parlementaires de chaque Etat ACP, est essentiellement investie de fonctions consultatives.

L'établissement d'un Conseil des ministres, organe décisionnel, s'est heurté à un fonctionnement très aléatoire, en raison de la faible implication des partenaires européens. Leur absentéisme a fortement compromis le désir de dialogue politique sous-jacent à l'esprit de l'organe. Le Conseil ne saura pas faciliter l'utilisation des crédits mis à la disposition des Etats ACP de façon satisfaisante. D'une convention à l'autre subsisteront des reliquats importants. Il pêchera par omission, en n'adoptant pas les moyens efficaces nécessaires pour lutter contre la lenteur des procédures complexes créées par les mécanismes de Lomé.

²³⁰ La nouvelle rédaction de l'article 131 devenu 181 tient compte de l'adhésion de nouveaux membres.

Article 181 : Les Etats membres conviennent d'associer à la Communauté les pays et territoires non européens entretenant avec le Danemark, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni des relations particulières.

²³¹ L'union douanière est une étape de l'intégration économique qui se caractérise, d'une part, par la suppression, à l'intérieur de cet espace, des droits de douane et de toute taxe d'effet équivalent, et d'autre part, par l'adoption d'un tarif extérieur commun.

S'agissant du Comité des ambassadeurs, la situation n'est guère meilleure puisque cet organe, dont les attributions consistaient en l'assistance du Conseil, s'est cantonné à des fonctions purement administratives, ne respectant même pas son obligation de session semestrielle.

Enfin, le seul organe particulièrement novateur, à savoir l'Assemblée paritaire, n'est investi que de fonctions consultatives. Un rôle politique lui est reconnu dans la promotion, par le dialogue et la concertation, d'une meilleure compréhension entre les peuples, et d'inciter à l'application de la Convention. Des progrès significatifs ont ainsi pu être accomplis en matière de processus démocratique et de respect des droits de l'homme. L'Assemblée a joué un rôle primordial, lors de la révision à mi-parcours de la quatrième Convention de Lomé dans la consécration en clause essentielle, et donc suspensive en cas de non-application, de l'observation des principes démocratiques et le respect des droits de l'homme.

Pourtant, ces innovations primordiales du volet politique n'auront pas suffi à contrebalancer les insuffisances de la dimension commerciale, annonçant un lourd échec du mécanisme de la coopération.

Le contenu des accords connaît des évolutions dans le temps. Lorsqu'en 1975, avec l'adhésion du Royaume-Uni et donc l'intégration subséquente des pays du Commonwealth, les pays européens décident une refonte des modalités de leur coopération, ils innoveront fondamentalement. C'est ainsi qu'est mis en place un système de préférences commerciales²³² particulièrement favorable aux pays ACP. Des préférences tarifaires non réciproques²³³ sont accordées aux exportations ACP vers l'UE : la plupart des produits en provenance des pays ACP sont exonérés de tout droit de douane. Cela représente 90% des exportations originaires des pays ACP. Ce privilège est remarquable et fondamental car, par ce procédé, l'UE renonce à une partie de sa souveraineté économique. En outre, les productions ACP deviennent nettement plus concurrentielles, puisqu'elles ne sont pas grevées à la frontière d'une taxe supplémentaire.

Afin de s'assurer de l'origine véritable des produits, la Communauté a mis en place des règles d'origine très strictes : les produits doivent incorporer 85% de composante nationale ACP. Ceci permet à la Communauté de s'assurer que les produits proviennent bien des pays ACP. La Communauté admet toutefois que la valeur ajoutée du produit associe plusieurs

²³² Pierre DEVOLUY, Les politiques économiques européennes, Editions du Seuil, 2004.

²³³ C'est l'article VII de Lomé I qui prévoyait ce régime préférentiel non réciproque : « compte tenu des nécessités actuelles de leur développement, les Etats ACP ne sont pas tenus de souscrire pendant la durée de la présente Convention, en ce qui concerne l'importation de produits originaires de la Communauté, à des obligations correspondant aux engagements pris par la Communauté, en vertu du présent Chapitre, à l'égard de l'importation des produits originaires des Etats ACP ».

pays ACP, assouplissant ainsi les règles plus rigoureuses de son système généralisé de préférences (SPG) à l'endroit des pays ACP.

Le régime prévoit aussi la mise en place d'un système de compensation du déficit des recettes d'exportation consécutive à la fluctuation des prix sur les marchés mondiaux, notamment le Stabex²³⁴ (production agricole) et le Sysmin²³⁵ (production minière). Concrètement, cette politique vise à soutenir les revenus des producteurs des pays ACP, auxquels on garantit en toute circonstance un revenu stable.

En outre, des protocoles favorables aux exportations ACP dans des secteurs comme le sucre, la viande bovine et la banane, prenant ainsi en compte la spécialisation des filières de production des pays ACP, sont adoptés. Additionnés aux produits industriels, c'est donc 99% de leurs exportations qui bénéficient d'une rentrée en franchise de droits de douanes, ni restrictions quantitatives sous réserve des quotas agricoles. Ces protocoles constituent une dérogation substantielle au principe de la préférence communautaire qui préside à la conduite de la politique agricole commune (PAC)²³⁶.

Les conventions de Lomé comportent également un volet d'aide permettant un financement des infrastructures économiques et sociales nécessaires à l'essor économique des pays ACP. En soutenant les exportations des pays ACP et en participant à l'établissement d'infrastructures, le dispositif de Lomé cherchait à produire un effet multiplicateur pour l'économie des pays du Sud, en encourageant l'implantation d'investisseurs privés.

S'il est vrai que des polémiques existent quand au bilan des accords, le renforcement des activités de bailleurs privés demeure une donnée incontestable, mais insuffisante à elle seule, pour produire un bilan positif.

Les mécanismes mis en place en vue de stabiliser les recettes d'exportation ont très rapidement montré leurs limites. En effet, la tentative de juguler les fluctuations des cours des matières premières n'a pas abouti, en raison de l'insuffisance des paiements effectués. En effet, les sommes allouées via le Fonds européen de développement

²³⁴ Le Stabex garantissait les recettes d'exportation pour une cinquantaine de produits agricoles de base. Pour qu'un produit puisse bénéficier du mécanisme, il faut que la part dudit produit dans les recettes d'exportation ait représenté au moins 5% des exportations totales. Une fois l'éligibilité établie, la compensation est accordée lorsque les recettes se sont réduites d'au moins 5% par rapport à la moyenne des six années précédentes.

²³⁵ S'agissant du Sysmin, il couvrirait 8 produits miniers. Le mécanisme couvre les produits qui contribuent à hauteur de 15% aux recettes d'exportation du pays pendant au moins deux années consécutives. La subvention est accordée lorsque les recettes d'exportation se rétractent d'au moins 10%.

²³⁶ Au sein de la Communauté, la PAC constitue une politique commune qui ressortit de la compétence exclusive de la CE. Dans le cadre de cette politique, fondée sur le principe fondamental de la préférence communautaire, les productions agricoles communautaires sont protégées, grâce à une politique de prix élevé dans le marché intérieur et la pratique initiale de prélèvements, devenus droits de douane, à l'encontre des productions d'importation.

(FED) n'ont été que partiellement dépensées, en raison notamment d'une gestion qui a été jugée quelque peu hétérodoxe...

En outre, malgré l'accès préférentiel aux marchés communautaires, la balance commerciale des pays ACP s'est dans l'ensemble, largement détériorée et ce, en raison de l'excessive spécialisation des pays ACP qui n'ont pas pu ainsi anticiper les besoins réels des marchés mondiaux. Cette détérioration s'explique également par les difficultés pour les producteurs ACP à rendre compétitive leur production qui est demeurée, malgré les efforts de la Communauté, peu concurrentielle. L'on a reproché aux producteurs de ne pas proposer une offre de qualité, alors que les productions des nouveaux pays industrialisés inondent les marchés mondiaux. L'accès préférentiel n'a pas permis d'augmenter les parts de marché agricoles des pays ACP dans la Communauté car cette dernière a considérablement réduit ses importations de produits primaires pour se tourner vers des productions à haute valeur ajoutée. La productivité ainsi que le succès non démenti de la PAC ont permis à la Communauté, dès le début des années 1970, de parvenir à l'autosuffisance et à un approvisionnement interne. De plus, la libéralisation des échanges imposée au milieu des années 1990 a conduit à l'abaissement continu des droits de douane ainsi qu'à leur consolidation conformément aux exigences du commerce multilatéral, rendant ainsi le régime des préférences commerciales infiniment moins attractif.

C'est donc l'efficacité même du mécanisme des préférences qui est en cause dans la mesure où les pays ACP n'ont pas tiré de ces dernières une allocation optimale de leurs ressources. Au final, l'évolution de la coopération UE - ACP s'est traduite par une marginalisation croissante de la plupart des pays ACP au sein de l'économie mondiale et même européenne. A ce titre, il est remarquable de constater que parmi les cinquante pays classés dans la catégorie onusienne des PMA, trente-neuf appartiennent au groupe ACP. L'impact des préférences commerciales n'a pas eu les résultats escomptés. La part des pays ACP sur le marché communautaire a régressé : de 6,7% en 1975, elle a chuté à 3,9% en 1990 et ne représentait plus que 2,7% en 1995, talonnant de près les 2% que représente l'Afrique dans le commerce mondial. En outre, plus de la moitié des exportations totales (60%) de la zone ACP ne concernait qu'une dizaine de produits.

Cette paupérisation des pays ACP entraîne des critiques quant à l'efficacité des conditionnalités économiques introduites dans Lomé IV. La Communauté avait cru voir,

dans les recommandations des institutions de Bretton Woods²³⁷, un outil au service du développement.

N'ayant satisfait que très partiellement les attentes des différents partenaires et souffrant de critiques de la part des Etats membres de l'OMC, l'accord de Lomé nécessitait une remise à plat à laquelle procéda le nouvel accord de partenariat CE - ACP.

Comme nous l'avons vu, les accords de Lomé ont été fortement marqués par leur époque. En effet, si les liens historiques qui unissaient les partenaires ont longtemps prévalu, le tournant des années 1980 marque l'intérêt des Européens pour d'autres continents et d'autres cultures. Cette situation a généré un relâchement progressif de la coopération. En outre, les pays ACP supportent difficilement l'instauration de conditionnalités qu'ils vivent comme une mise sous tutelle de leurs choix économiques et sociétaux. Ils soupçonnent les pays riches, qui s'abritent derrière des concepts de droits de l'homme, de vouloir s'immiscer dans leurs affaires intérieures, rompant ainsi le principe d'égalité des partenaires, pierre angulaire de leur coopération.

A côté de l'affaiblissement interne de l'accord, le régime des préférences commerciales est de plus en plus décrié car jugé non conforme aux règles du *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)²³⁸. Jusqu'en 1993, en effet, les parties contractantes au GATT ont fait preuve de beaucoup de tolérance à l'égard du système de Lomé.

En 1993, saisi d'une plainte de pays latino- américains et des Etats-Unis (EU) contre le régime appliqué par l'UE aux importations de bananes²³⁹ dans le cadre de l'organisation commune de marché (OCM) « bananes », le Groupe spécial²⁴⁰ a constaté que les préférences que l'UE accordait aux importations de bananes en provenant des pays ACP

²³⁷ A partir des années 1980, pour faire face à l'endettement international, le Fonds monétaire international, instance monétaire créée par les accords de Bretton Woods en 1944, préconise la mise en place de politiques d'ajustement structurel. Elles comportent deux volets :

- améliorer la balance commerciale en limitant les importations : pour ce faire, on limite la production destinée au marché intérieur et on spécialise l'appareil de production dans des cultures d'exportation ;
- assainissement de l'économie nationale par une politique de réduction des dépenses publiques et des prix.

Le tournant des années 1980 marque le début de ces politiques, en Europe notamment, dites de rigueur budgétaire afin de corriger les effets du keynésianisme des années 1970. Ces propositions entraînent une dégradation de la situation économique. Surtout, la rigueur budgétaire empêche l'investissement public nécessaire à l'implantation d'infrastructures, préalable au développement de toute activité économique.

²³⁸ General agreement on Tariffs and Trade, 1994.

²³⁹ Le protocole relatif aux bananes garantissait un accès exempt de droits de douane au marché de l'UE pour des quotas spécifiques de bananes.

²⁴⁰ Groupe spécial, CEE - régimes d'importation applicables aux bananes dans les Etats membres, 3 juin 1993. Parties plaignantes : Colombie, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela.

étaient incompatibles avec l'article premier de l'Accord général²⁴¹ ainsi qu'avec les règles du GATT concernant les zones de libre-échange (ZLE)²⁴², déclarant que la Partie IV²⁴³ de l'Accord général ne justifiait pas l'absence de réciprocité dans les zones de libre - échange avec des pays en développement. La clause d'habilitation²⁴⁴ ne justifiait pas non plus ces préférences ACP, dans la mesure où elles n'étaient pas accordées à tous les pays en développement (PED).

Cela signifiait, indirectement, que toutes les préférences spécifiques accordées par l'UE aux pays ACP ainsi que tous les autres régimes semblables appliqués par d'autres pays développés devaient être considérés comme illégaux au regard de l'Accord général.

A la suite de cette décision - confirmée -, la Communauté européenne a maintenu le régime de Lomé, après avoir obtenu une dérogation sur le fondement de l'article XXV²⁴⁵ GATT. Cette dérogation qui a été prorogée au titre de l'accord de Cotonou (AC) jusqu'au 31 décembre 2007, sert de fondement au nouveau régime transitoire. A l'issue de cette période, la Communauté et les Etats ACP seront désormais liés par des accords de libre-échange (ALE) supposés compatibles avec le droit de l'OMC. Néanmoins, compte tenu du déroulement des négociations actuelles, des divergences qu'elles génèrent, il n'est pas possible de dire si la contrainte juridique sera satisfaite.

²⁴¹ Article I alinéa 1 : « Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes ».

²⁴² 26 Article XXIV alinéa 5 : « [...] les dispositions du présent Accord ne feront pas obstacle, entre les territoires des parties contractantes, à l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange ou à l'adoption d'un accord provisoire nécessaire pour l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange [...] ».

²⁴³ Partie de l'Accord intitulé « Commerce et développement » intégré en 1966 à la faveur des conclusions de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Elle constate la non-réciprocité dans les négociations commerciales entre pays développés et pays en développement.

²⁴⁴ « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement », décision du 28 novembre 1979.

²⁴⁵ Article XXV alinéa 5 : « Dans les circonstances exceptionnelles autres que celles qui sont prévues par d'autres articles du présent Accord, les parties contractantes pourront relever une partie contractante d'une des obligations qui lui sont imposées par le présent Accord, à la condition qu'une telle décision soit sanctionnée par une majorité des deux tiers des votes émis et que cette majorité comprenne plus de la moitié des parties contractantes ».

PARAGRAPHE II : Une absence de justification par la clause d'habilitation

Le régime commercial de Lomé, en raison de la logique discriminatoire qui le caractérise, porte atteinte aux disciplines fondamentales de l'OMC ; cette atteinte n'a longtemps pas été fondée sur une justification valable.

Discipline essentielle du GATT, caractère que révèle l'importante jurisprudence qui l'accompagne, la CNPF ne saurait échapper à quelques clarifications sémantiques préalables.

Pierre angulaire du système commercial multilatéral, la Clause de la Nation la Plus Favorisée est définie à l'article I du GATT. Lorsqu'un Etat A décide d'incorporer, dans un traité bilatéral avec B, une CNPF, il accepte alors d'étendre à son partenaire tout avantage commercial plus favorable qu'il accorderait à un Etat C.

Dans le cadre du GATT, ce principe multilatéralisé implique que tout avantage octroyé par une partie contractante, dans le cadre de négociations bilatérales à une autre PC, doit être ipso facto étendu à tous les autres Etats membres parties aux accords, sans même que ces derniers n'aient participé à la négociation ayant abouti à la consolidation de l'avantage. Cela signifie donc qu'en signant les accords de l'OMC, les Etats membres s'engagent à garantir un accès à leur marché dans les mêmes conditions que celles qui sont dévolues à leur partenaire le plus favorisé.

Pendant longtemps, le rôle essentiel du GATT a été de fournir un cadre de négociation permanent, afin de renforcer cette exigence de non-discrimination et encore aujourd'hui, sous l'empire du système OMC, la Clause de la Nation la Plus Favorisée continue à présider aux négociations.

Expression du principe de l'égalité de traitement entre les Etats membres de l'organisation, la CNPF, de par son caractère général et inconditionnel, est d'une efficacité considérable dans la poursuite de la libéralisation du commerce multilatéral. La CNPF a une portée générale car s'appliquant aux entraves tarifaires et non tarifaires ; elle a vocation à appréhender toute réglementation commerciale d'un Etat susceptible d'entraver le commerce. Inconditionnelle, la CNPF ne saurait faire l'objet de clause *d'opting out*. Elle est d'application immédiate sans qu'elle doive faire l'objet de négociation entre Etats²⁴⁶.

²⁴⁶ Mémoire Fatimata Zahra Niang. Op.cit. pp 24-26.

La CNPF puise ses origines²⁴⁷ dans d'antiques accords commerciaux bilatéraux du XIème siècle. Ce principe a ensuite connu des développements plus tard à la fin du XIXème siècle dans les accords sur les investissements. C'est au XIème siècle que le principe est appliqué pour la première fois, lorsque l'empereur romain Henry III garantit aux villes italiennes que tout traitement accordé à une autre ville leur sera immédiatement étendu. Le terme n'entrera dans le vocabulaire commercial que bien plus tard au XVIIème siècle, se généralisant à la plupart des traités commerciaux.

A l'origine, la CNPF pouvait être de deux natures : conditionnelle ou inconditionnelle. Dans la clause conditionnelle, l'extension du traitement favorable négocié avec un Etat tiers (C) à la partie bénéficiaire de la clause (B) supposait l'ouverture de négociations préalables. En somme, l'Etat A n'était tenu d'octroyer le traitement favorable à B que si ce dernier s'engageait à octroyer des concessions au premier au moins aussi avantageuses pour A que celles qui lui ont été accordées par C. Ce régime conditionnel avait pour intérêt de contrecarrer le phénomène du *free rider*. C'est la raison pour laquelle ce régime prévalut pendant longtemps dans les traités d'amitié et de navigation, avant d'être supplanté au début du XIXème siècle par les clauses inconditionnelles.

L'Accord général entérine le modèle de la clause inconditionnelle telle qu'interprétée par la jurisprudence.

La clause NPF, à côté du principe du Traitement national, concentre près de 90% des conflits au sein de l'ORD. L'interprétation des juges a permis de clarifier un certain nombre de points relatifs au principe.

Groupe Spécial, CEE - Importations de viande de bœufs en provenance du Canada, 10 mars 1981.

Dans ce litige, le Canada a attaqué le régime communautaire de certification de viande bovine jugé contraire à l'article I, car il avantageait de jure les Etats-Unis excluant de facto d'autres Parties Contractantes.

Dans son rapport, le panel a eu à préciser le champ d'application de la clause. Le Groupe Spécial a rappelé que cette clause s'appliquait indépendamment de l'origine des produits. Il constate que, dans le Règlement communautaire qui définit le bœuf de qualité supérieure, l'Union européenne a reconnu la nomenclature établie par le Secrétariat d'Etat américain pour l'agriculture comme satisfaisant à ce pré requis. Cette nomenclature ne pouvant être établie que pour des produits originaires des Etats-Unis, d'autres productions

²⁴⁷ Thomas COTTIER et Mathias OESCH, *International trade regulation, Law and policy in the WTO, the EU and Switzerland, Cases, Materials and comments*, Staempfli Publishers Ltd, 2005.

similaires au sens de l'article I GATT étaient *ispso facto* exclues du bénéfice de la réglementation, comme c'est le cas pour les productions canadiennes. Le panel estime donc que la réglementation communautaire constitue une restriction à l'accès au marché de produits en provenance d'autres pays que les Etats-Unis, en même temps qu'elle institue un traitement de faveur pour la production américaine. Elle est donc contraire à l'article I GATT.

Groupe Spécial, Espagne - Régime tarifaire appliqué au café non torréfié, 11 juin 1981.

Dans cette affaire, l'Espagne soumettait à un droit de douane plus élevé les importations de cafés classés dans la catégorie Robusta et Arabica, alors qu'elle exemptait de tout droit les cafés Columbia. Le Brésil, principal exportateur de café Arabica, a attaqué le régime espagnol d'importation de café non torréfié qu'il jugeait contraire à l'article I.

Rappelant le droit de toute partie contractante d'établir librement sa nomenclature douanière, le Groupe Spécial estime toutefois qu'aucune discrimination, fut-elle tarifaire, ne saurait être établie entre produits similaires. S'agissant de la définition du concept de similarité, le panel relève que ni l'Accord général, ni la jurisprudence ne fournissent de définition de la notion.

Le Groupe Spécial, examinant les habitudes de consommation, constate que la destination finale du café est la même quelque soit la nature du café. Le café est, du point de vue des consommateurs, un seul et même produit constitutif d'une boisson. S'attachant également à la pratique des parties contractantes, le panel note que ces dernières n'établissent, dans leur nomenclature douanière, aucune différenciation entre les types de café.

Le Groupe Spécial conclut donc que la nomenclature douanière espagnole constitue une entorse à l'article I, car aucun élément objectif ne permet de remettre en cause la similarité des cafés. Par conséquent, elle constate que la réglementation espagnole qui établit une distinction entre les différents types de café affecte davantage les importations de café en provenance du Brésil et est donc discriminatoire.

Il arrive cependant que la discrimination concerne un pays et non une marchandise particulière²⁴⁸.

²⁴⁸ Philippe Vincent, *Institutions économiques internationales*, op.cit, pp 80-82

Dans l'affaire **Belgique – Allocations familiales**²⁴⁹, la Belgique fut condamnée pour avoir réservé un traitement douanier préférentiel aux pays ayant un système d'allocations familiales comparable au sien.

Dans l'affaire **Canada – certaines mesures relatives à l'industrie automobile**²⁵⁰, le Canada fut condamné pour avoir accordé une franchise de droits de douane aux importations d'automobiles fabriquées par des entreprises (essentiellement américaines) ayant investi au Canada.

Dans l'affaire **Communautés européennes – conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement**²⁵¹, la Communauté fut condamnée pour avoir réservé à certains pays le bénéfice de préférences tarifaires, en raison de leur lutte contre le trafic de drogue sur leur territoire.

Ainsi, lorsqu'un membre de l'OMC accorde un avantage quelconque à un autre Etat (que celui-ci soit ou non membre de l'OMC), il doit le généraliser immédiatement et inconditionnellement à l'ensemble des membres de l'OMC. La clause s'applique aussi bien aux marchandises dont les droits ont été consolidés qu'à celles où ils ne l'ont pas été.

La grande particularité du GATT est de ne pas limiter l'application de la Clause de la Nation la Plus Favorisée aux seuls droits de douane. Tout traitement préférentiel, qu'il soit quantitatif ou de nature purement administrative, accordé par un membre à un autre membre doit être généralisé immédiatement et inconditionnellement, afin d'éviter les discriminations. Cette règle concerne aussi bien les discriminations légales que purement factuelles²⁵².

Mais classiquement l'application de la clause concerne une discrimination entre produits. Des marchandises importées similaires sont traitées différemment en fonction de leur pays d'origine.

La Clause du traitement de la Nation la Plus Favorisée a par conséquent un spectre d'application extrêmement large. Il est d'autant plus large que la clause s'applique aussi bien aux importations qu'aux exportations et qu'elle ne se limite pas aux produits identiques, puisqu'elle s'étend également aux produits similaires.

²⁴⁹ IBDD, supp, n°1, p. 59.

²⁵⁰ Aff. WT/DS139 et 142/AB/R.

²⁵¹ Aff. WT/DS246.

²⁵² Aff. Communautés européennes – importation de viande de bœuf en provenance du Canada, IBDD, supp. n°28, p. 97.

Cette importance de la clause est due au fait que l'obligation de traiter identiquement tous les partenaires commerciaux est considérée comme l'un des moyens les plus sûrs d'éviter les guerres commerciales. Un Etat victime d'une discrimination risque en effet de prendre des contre-mesures à l'encontre de l'Etat auteur de celle-ci et d'enclencher une escalade sans fin. La clause du traitement de la nation la plus favorisée constitue par conséquent l'une des dispositions les plus fondamentales du GATT. C'est, aux dires de l'Organe d'Appel, « la pierre angulaire du GATT » et « l'un des piliers du système commercial de l'OMC » qui a régulièrement servi de base et d'élément moteur essentiel pour l'octroi de concessions pendant les négociations commerciales²⁵³. Cette clause est tellement fondamentale qu'elle fut également incorporée dans l'Accord général sur le commerce des services et l'Accord sur les aspects relatifs au commerce des droits de propriété intellectuelle.

Ce raisonnement ne prend toutefois pas en compte les différences de développement économique. Très tôt, les pays du Sud, incapables de concurrencer les pays industrialisés de plus longue date, réclamèrent une exception spécifique en leur faveur à la Clause de la Nation la Plus Favorisée. Certaines exceptions avaient d'ailleurs déjà été prévues dans le GATT dès 1947. En effet, un certain nombre d'exceptions à la clause du traitement de la nation la plus favorisée existent. Elles sont de stricte interprétation et leur application fait l'objet d'un contrôle. Dans la pratique, la majorité du commerce mondial se déroule cependant dans le cadre de ces exceptions. A titre d'exemple, signalons que les seuls pays avec lesquels l'Union Européenne n'entretient pas de relations commerciales préférentielles sont l'Australie, le Canada, les Etats-Unis, le Japon et la Nouvelle-Zélande, ainsi que la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taiwan, exclus du bénéfice de son SPG en 1998. Tous les autres Etats ont signé un accord commercial préférentiel avec l'Union ou bénéficient de son SPG. Une forte tendance vers le bilatéralisme s'est par ailleurs marquée ces dernières années, notamment dans le chef des Etats-Unis, jusque-là pourtant fort réticents aux exceptions à la Clause de la Nation la Plus Favorisée.

Le régime commercial de Lomé heurte une des disciplines fondamentales du GATT. Bien que la clause NPF ne soit pas absolue, les exceptions qu'elle prévoit ne permettent pas de couvrir le régime spécial de Lomé²⁵⁴.

²⁵³ Aff. Communautés européennes – conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement , WT/DS246/AB/R.

²⁵⁴ Mémoire Fatimata Zahra Niang, op.cit, pp 26-30.

Les préférences commerciales dont jouissent les pays ACP dans le cadre des conventions de Lomé ne sont pas justifiables au regard de la clause d'habilitation. En effet, cette exception à l'article I du GATT ne vaut qu'à condition que le traitement préférentiel qui est accordé soit indistinctement étendu à tous les pays en développement, sous réserve du traitement plus favorable qui peut être accordé aux moins avancés d'entre eux. Or, le régime commercial de Lomé est une entorse à cette exigence, dans la mesure où il ne s'applique qu'à un groupe limité de PED.

La question du statut juridique de la clause pousse à s'interroger sur la nature de celle-ci mais également sur le régime. Il convient de rechercher le fondement de cette clause afin d'en dégager la valeur juridique, avant de s'intéresser à son statut stricto sensu.

Le texte de l'Accord général, bien qu'il recèle un certain nombre de flexibilités, se caractérise par une certaine rigidité. Ce paradoxe apparent reflète la complexité intrinsèque du cadre juridique. En offrant aux parties contractantes la possibilité d'échapper au respect de certaines obligations, le texte a néanmoins prévu des verrous rendant toute révision d'une de ses dispositions difficile et procédurale.

Ainsi, les évolutions les plus importantes du cadre juridique se firent lentement et rares ont été les amendements de l'Accord. Sous l'empire du GATT, l'on a connu deux infléchissements, et il faut le dire tardifs, du texte : l'adoption de la partie IV et plus tard de la clause d'habilitation.

Ces modifications ont obéi à des logiques juridiques différentes. L'adoption de la partie IV se fit par un « amendement » de l'Accord, alors que concernant la clause d'habilitation, les parties ont opté pour une « décision ». Une partie de la doctrine a considéré que si le recours au mécanisme de la décision ne permettait pas une modification du texte de l'Accord général, il convient toutefois d'admettre que l'effet juridique était semblable, dans la mesure où il s'agissait d'une décision des parties contractantes au GATT²⁵⁵. Si donc les parties ont souhaité, par ce mécanisme décisionnel, échapper à la lourde procédure d'amendement sans influencer sur la valeur juridique de la clause, la question de la nature du texte ne devrait donc pas soulever de difficultés. Pourtant, l'ORD a eu à déterminer le statut de cette clause.

²⁵⁵ FAO, *L'avenir des arrangements commerciaux préférentiels*, 2002. .

Dans une première affaire opposant le Japon²⁵⁶ aux CE ainsi que le Canada et les EU, les plaignants contestaient le régime japonais de taxation des eaux de vie d'importation nettement moins favorable que celui appliqué au shochu local.

Dans un deuxième litige ²⁵⁷(*Foreign Sales Corporations*), le régime fiscal des sociétés américaines de vente à l'étranger était en cause. Le code des impôts exonérait les entreprises américaines du paiement de l'impôt sur le revenu aux EU d'une partie de leurs revenus de source étrangère liés aux exportations d'une société de vente à l'étranger.

Dans ces deux différends, les questions principales gisaient dans l'interprétation des accords sur les subventions et mesures compensatoires (SMC) et sur l'agriculture (**affaire FSC**), d'une part et dans l'analyse de la violation alléguée de l'obligation du traitement national (article III GATT - Boissons alcooliques), d'autre part. A titre subsidiaire, l'ORD a eu également à se prononcer sur le statut des rapports de groupes spéciaux antérieurs à ceux adoptés sous l'empire du GATT. La question était importante car elle soulevait un enjeu essentiel : déterminer si les rapports des Groupe Spécial qui, comme la clause d'habilitation, avaient été adoptés par les parties contractantes du GATT constituaient des « décisions » au sens du paragraphe 1 b) iv du GATT 1994²⁵⁸. Admettre que lesdits rapports ou la clause d'habilitation figuraient au nombre de ces décisions, revenait à inclure ces instruments dans le bloc de légalité des accords OMC et donc à les considérer comme des normes au regard desquelles la légalité du SPG est contrôlée.

L'ORD a jugé qu'à la différence des rapports des Groupes Spéciaux dont la valeur ne vaut qu'entre les parties aux litiges, la clause d'habilitation, en revanche, avait une portée *erga omnes*, puisqu'elle avait été adoptée par l'ensemble des parties contractantes. Devenue partie intégrante du GATT, la clause d'habilitation faisait donc corps avec les textes des accords du cycle d'Uruguay.

Ayant ainsi déterminé que la clause d'habilitation était une norme justiciable, il convient à présent d'étudier son statut stricto sensu, c'est-à-dire sa portée juridique.

²⁵⁶ Rapport de l'OAP du 4 octobre 1996 Japon - Taxes sur les boissons alcooliques.

²⁵⁷ Rapport du GS du 8 octobre 1999 EU - Traitement fiscal des sociétés de vente à l'étranger.

²⁵⁸ « 1. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994") comprendra: (...)

b) les dispositions des instruments juridiques mentionnés ci-après qui sont entrés en vigueur en vertu du GATT de 1947 avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC: (...).

iv) autres décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 ».

La question de la nature juridique de la clause d'habilitation revêt une importance, car de la réponse donnée dépend le statut de cette clause par rapport à l'article I. Si l'on considère que la clause d'habilitation est une exception à l'article I, elle aurait alors sur le plan juridique la même importance que ce dernier. Cela signifierait donc que les intérêts poursuivis par l'une et l'autre des dispositions seraient de légitimité égale. En revanche, si la clause ne fait que *déroger* à l'article 1^{er}, les dispositions ne seraient plus d'égale valeur et dès lors la couverture d'incompatibilités que permettrait cette clause aurait une portée temporelle, voire matérielle limitée.

Cette question du statut juridique de la clause d'habilitation rappelle celle qui s'était posée pour le SPG. Bien que nul ne doute de la nature dérogatoire de la décision prise en 1971 pour résoudre le problème de la compatibilité qu'avait généré l'adoption du SPG, en réalité on ne saurait tirer de l'existence d'un consensus la consécration d'une norme juridique. La décision de 1971 ne faisait nullement référence à l'article XXV GATT qui permet dans des circonstances exceptionnelles de relever une Partie Contractante d'une de ses obligations. Dès lors, il est difficile de dire, du moins sur le plan formel, si la décision de 1971 revêtait la nature juridique d'une dérogation.

L'analyse de la nature juridique de la clause d'habilitation présente des similitudes avec celle du SPG. En effet, dans ce cas également la clause d'habilitation ne fait ni référence à l'article XXV, ni ne figure parmi les dérogations mentionnées dans les notes infra-paginales du § 1 b) iii du texte de l'Annexe 1A incorporant le GATT de 1994 dans l'Accord sur l'OMC. S'agit-il alors d'une exception ? La différence entre la dérogation, la clause de sauvegarde et l'exception n'est pas seulement d'ordre sémantique²⁵⁹. Elle recouvre en réalité des logiques conceptuelles différentes qui rejaillissent sur leur régime juridique respectif.

La clause de sauvegarde permet à une Partie Contractante de ne pas assumer certaines de ses obligations découlant des engagements pris. Figure particulière de la dérogation²⁶⁰, les mesures de sauvegarde, antérieurement régies par l'article XIX GATT²⁶¹, font désormais

²⁵⁹ Cours de droit international économique du professeur Charles Leben, semestre d'hiver 2005, Université Paris II Panthéon Assas.

²⁶⁰ Articles XXV § 5 GATT et IX § 3 OMC.

²⁶¹ « Mesures d'urgence concernant l'importation de produits particuliers :

1. a) Si, par suite de l'évolution imprévue des circonstances et par l'effet des engagements, y compris les concessions tarifaires, qu'une partie contractante a assumés en vertu du présent Accord, un produit est

l'objet d'un accord spécifique²⁶². S'agissant précisément de la dérogation, le mécanisme permet aux Parties Contractantes de mettre à l'écart certaines dispositions du traité normalement applicables. A la différence de la clause de sauvegarde dont le contenu matériel est défini et le champ restreint, la dérogation a une portée plus large, ce qui en rend le maniement difficile et les conditions d'octroi aléatoires car tributaires de la volonté des parties.

L'analyse de la clause d'habilitation nous permet de nous rendre compte qu'elle ne saurait relever d'aucun de ces dispositifs : -clause de sauvegarde et dérogations. Est ce à dire que cette clause relève de la catégorie des exceptions, mécanisme par lequel l'auteur d'une disposition normative prévoit nommément dans quelles hypothèses la règle ne s'appliquera pas ? Les exceptions ne sont pas rares dans le texte de l'Accord général. Ainsi, on rencontre les exceptions générales de l'article XX qui sont de nature diverses, celles de l'article XXI relatives à la sécurité publique mais également celles qui concernent les regroupements économiques régis par l'article XXIV. La clause d'habilitation ne figure pas, du moins formellement, au nombre de ces exceptions. Elle en relève néanmoins.

Octroyée sur une base volontaire, la clause d'habilitation ne présente aucun caractère coercitif. Il en résulte qu'aucun PED n'est en droit d'exiger l'application de la clause en sa faveur. Dans les années 1970 - 1980, des voix se sont élevées en faveur de la reconnaissance de son caractère obligatoire²⁶³. Cependant l'analyse de la jurisprudence de l'ORD démontre que si la clause d'habilitation peut être invoquée par la voie de l'exception d'illégalité permettant, comme c'est le cas dans le régime de Lomé, de contester le volet

importé sur le territoire de cette partie contractante en quantités tellement accrues et à des conditions telles qu'il cause ou menace de causer un dommage grave aux producteurs nationaux de produits similaires ou de produits directement concurrents, cette partie contractante aura la faculté, en ce qui concerne ce produit, dans la mesure et pendant le temps qui pourront être nécessaires pour prévenir ou réparer ce dommage, de suspendre l'engagement en totalité ou en partie, de retirer ou de modifier la concession ».

²⁶² L'Accord sur les sauvegardes est venu remédier aux insuffisances de l'article 19 GATT dont la mise en œuvre avait entraîné un accroissement des accords d'autolimitation des exportations dont la validité au regard du GATT était incertaine. Désormais l'Accord sur les sauvegardes a clarifié le mécanisme. Il a mis un terme aux mesures de sauvegarde prises sous l'empire du GATT 1947, prohibé certaines mesures qui avaient été prises. Ainsi l'article 11 dispose : « b) En outre, un Membre ne cherchera pas à prendre, ne prendra ni ne maintiendra de mesure d'autolimitation des exportations, d'arrangement de commercialisation ordonnée ou toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation ». Enfin cet accord est venu préciser le fonctionnement du mécanisme de sauvegarde, en déterminant les conditions de déclenchement, définissant le « dommage grave » ainsi que « la branche de production nationale ».

²⁶³ Norma BREDA DOS SANTOS, Rogério FARIAS et Raphael CUNHA, "Generalized system of preferences in General Agreement on Tariffs and Trade/WTO: history and current issues", *Journal of World Trade*, Août 2005, p 637-670.

commercial établi sur la base d'une convention (accords de Lomé) contraire aux exigences du commerce multilatéral (l'article I du GATT et la clause d'habilitation), on ne saurait invoquer directement la clause d'habilitation car elle ne peut affecter le patrimoine individuel des requérants. En clair, on peut ici effectuer un parallélisme avec le fonctionnement du mécanisme des directives dans le Droit Communautaire. En effet, si ces dernières sont en principe dénuées d'effet direct, le Conseil d'Etat français²⁶⁴, par exemple, admet que l'on puisse exciper de l'illégalité d'un acte administratif individuel pris sur le fondement d'un droit national contraire aux objectifs de la directive.

La clause d'habilitation obéit à la même logique. Si l'on ne peut l'invoquer directement, en revanche, le rapport récent de l'OAP sur l'affaire SPG drogues démontre que l'invocation de cette décision, à l'appui d'un recours visant à contester la légalité du schéma communautaire au regard de la clause, est admissible.

Reprenant les caractères du SPG²⁶⁵, la clause d'habilitation présente trois traits essentiels dont deux étaient contredits par le système de Lomé. Les préférences commerciales que les parties contractantes développées pouvaient accorder aux PED devaient l'être sur une base non discriminatoire et de façon temporaire. Accordées à un groupe limité de PED, le groupe ACP, les préférences commerciales de Lomé contrariaient directement la clause d'habilitation car elles établissaient *formellement* un traitement inégal. Les préférences de Lomé constituent des avantages spéciaux qui, à l'instar des préférences additionnelles que recélaient les défunts régimes additionnels du SPG communautaire, ne pouvaient se justifier que par une dérogation.

La clause d'habilitation obéit, en outre, à un mécanisme de graduation des avantages. Ce principe qui ressort des articles 3 c)²⁶⁶ et 7²⁶⁷ suppose une réduction, voire une

²⁶⁴ Conseil d'Etat, 22 décembre 1978 - Ministre de l'intérieur vs Cohn-Bendit, Rec. Lebon p 524.

²⁶⁵ « 1. Nonobstant les dispositions de l'article premier de l'Accord général, les parties contractantes peuvent accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en voie de développement, sans l'accorder à d'autres parties contractantes.

2. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent aux éléments ci-après:

a) traitement tarifaire préférentiel accordé par des parties contractantes développées pour des produits originaires de pays en voie de développement, conformément au Système généralisé de préférences (tel qu'il est défini dans la décision des PARTIES CONTRACTANTES, en date du 25 juin 1971, concernant l'instauration d'un système généralisé de préférences, "sans réciprocité ni discrimination, qui serait avantageux pour les pays en voie de développement" »).

²⁶⁶ « 3. Tout traitement différencié et plus favorable accordé au titre de la présente clause: (...)

élimination progressive des préférences au fur et à mesure du développement des pays bénéficiaires. Cette exigence de retour progressif aux disciplines commerciales normales échappe à la logique commerciale de Lomé. D'abord, en raison du fait que l'UE ne saurait unilatéralement décider un retrait des avantages au motif que le niveau de développement d'un de ses partenaires ACP le justifierait. Ensuite, puisque Lomé s'inscrit dans un cadre contractuel, toute modification des droits et obligations des parties ne peut se faire qu'en respectant le principe du parallélisme des formes : seul le « *mutuus dissensus* » peut défaire le « *mutuus consensus* ».

La confrontation des disciplines commerciales de Lomé a révélé que ces dernières n'avaient pas vocation à perdurer. L'historicité des préférences commerciales nous a montré que bien que ces dernières aient toujours régulé les relations économiques internationales, elles n'ont pérennisé qu'à partir du moment où les acteurs du droit international ont décidé de les encadrer juridiquement.

En marge du droit international économique, la politique commerciale de l'Union a, en revanche, dès l'origine opté pour un ancrage dans une base juridique constitutionnelle, « le traité de Rome », de sa politique de coopération au développement. Progressivement, cette politique, déjà incompatible avec le droit du commerce international, s'est imposée comme un îlot d'illégalité au sein même du droit communautaire.

A la fois dérogatoire au droit de l'OMC ainsi qu'au régime communautaire des préférences généralisées, la culture de Lomé a exaspéré, déçu avant d'entrer en phase d'harmonisation progressive avec les règles du commerce multilatéral.

c)sera, s'il s'agit d'un traitement accordé aux pays en voie de développement par des parties contractantes développées, conçu et, si cela est nécessaire, modifié pour répondre de manière positive aux besoins du développement, des finances et du commerce des pays en voie de développement ».

²⁶⁷ « 7. Les concessions accordées et les contributions apportées ainsi que les obligations assumées dans le cadre des dispositions de l'Accord général par les parties contractantes développées et les parties contractantes peu développées devraient promouvoir les objectifs fondamentaux dudit Accord, y compris ceux qui sont inscrits dans le Préambule et dans l'article XXXVI. Les parties contractantes peu développées s'attendent que leur capacité d'apporter des contributions ou d'accorder des concessions négociées ou d'entreprendre toute autre action mutuellement convenue dans le cadre des dispositions et des procédures de l'Accord général s'améliore avec le développement progressif de leurs économies et l'amélioration de leur situation commerciale, et elles s'attendraient, en conséquence, à prendre plus pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations découlant de l'Accord général ».

SECTION II : contradiction entre les préférences spéciales et la Clause NPF justifiée par l'affaire «bananes »

Elle s'est traduite par une remise en cause de la politique communautaire de coopération au développement (Paragraphe I) et par une remise en cause des préférences spéciales à l'OMC incompatibles avec le principe de non-discrimination (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Remise en cause de la politique communautaire de coopération au développement

L'admission initiale du régime commercial de Lomé n'est pas le fait d'actions positives de la part des pays riches mais est le fruit de deux dynamiques parallèles : l'inféconde rivalité entre Pays en développement et l'hétérogénéité des positions des pays développés. Dès la mise en œuvre des accords de Yaoundé, une coalition de pays latino américains menée, par le Brésil, l'Argentine et le Chili, s'est constituée en défaveur de ces préférences sélectives que l'Union européenne a instituées en faveur de ses anciennes possessions coloniales. Echaudés par le refus des Etats-Unis d'établir, en contrepoids au régime communautaire, des formes d'intégration régionale liant les deux extrêmes du continent, l'amertume des pays d'Amérique latine a battu en brèche la mythique solidarité qui unissait les pays du Sud. En même temps, les pays riches étaient eux-mêmes divisés sur le régime juridique des préférences. Pour certains, ces préférences devaient être généralisées, pour d'autres sélectives, un troisième groupe à la fêrule résolument libérale défendant indéfectiblement la poursuite de la libéralisation du commerce²⁶⁸.

Cette divergence de vue s'est poursuivie au sein de l'embryonnaire Système de Règlement des Différends du GATT. Emmenées à plusieurs reprises à se prononcer sur les conventions successives de Lomé, les conclusions des panels n'ont jamais recouvré l'unanimité requise. Entre 1973 et 1993, aucun Etat n'a contesté le régime commercial de Lomé. Selon le professeur Gautron, « la convention de Lomé a fait l'objet d'une appréciation nuancée, soit une acceptation de facto sur la base d'une tradition acquise et compte tenu du grand nombre et de la faiblesse économique des Etats ACP »²⁶⁹.

Pourtant sur la convention pesait une épée de Damoclès qui rendait fragile le statu quo.

²⁶⁸ Mémoire Fatimata Zahra Niang op.cit. pp 31-35.

²⁶⁹ Jean Louis GAUTRON, « De Lomé à Cotonou : rupture et continuité conventionnelles », in *Mélanges en hommage à Jean Victor LOUIS*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003.

Longtemps immunisé de toute contestation, le régime commercial de Lomé a été au début des années 1990 ébranlé. Sa remise en cause progressive a ouvert la voie à des litiges pléthoriques qui se poursuivent encore aujourd'hui. L'inflation contentieuse qu'a suscité le régime « bananes » a révélé l'inefficacité d'un défunt système de règlement des différends qui a poussé les Parties Contractantes à renforcer le pouvoir de sanction à travers la création d'un organe juridictionnel intégré.

Sous l'empire du GATT, le pouvoir coercitif des panels était quasi inexistant, en raison de la méthode d'adoption des rapports de ceux-ci. En conséquence de la domination de la règle de l'unanimité, les rapports étaient en pratique dépourvus d'effets. Il faudra attendre la réforme du mécanisme de règlement des différends introduite par les Accords de Marrakech pour voir émerger puis se développer un système contentieux efficace régi par la règle du consensus inversé. Par cette technique décisionnelle, les Parties Contractantes ont renforcé la justiciabilité des accords puisque seule l'unanimité des parties peut s'opposer à l'adoption d'un rapport.

Ce changement de paradigme nécessaire a toutefois sonné le glas du régime commercial de Lomé. C'est par la remise en cause de la réglementation communautaire en matière agricole que l'ORD en est venu à démanteler les éléments centraux d'un régime de coopération historique.

La banane²⁷⁰ a longtemps été au cœur d'une lutte idéologique à l'intérieur de la Communauté entre les partisans d'une libéralisation des échanges et ses contempteurs soucieux de préserver les liens économiques et historiques qui les lient à leurs anciennes colonies. En marge de cette opposition idéologique, l'enjeu économique est important. L'Union Européenne, important consommateur de bananes, dispose de deux sources d'approvisionnement, à savoir les productions d'Amérique latine et les productions ACP. Les premières productions très compétitives, car exploitées par des firmes américaines puissantes, supportent mal la concurrence déloyale qui leur est faite par les productions insulaires sous la protection de l'Union européenne. L'enjeu est de taille car c'est toute la question des modalités d'accès au marché communautaire qui est en cause.

²⁷⁰ Philippe VINCENT, « Le contentieux EU - UE sur les bananes », *Revue Belge de Droit international*, 2000.

La division idéologique entre les Etats européens se prolonge sur le plan économique. Les Etats libéraux privilégient les importations en provenance des Etats d'Amérique latine plus concurrentielles en dépit d'un droit de douane élevé. A l'inverse, d'autres Etats optent, soit pour une préservation de leur marché domestique, soit pour les importations en provenance des Etats ACP. Il en résulte une hétérogénéité des régimes commerciaux avec les Etats tiers, situation à laquelle tente de remédier un cadre normatif unitaire.

Afin de mettre un terme à la segmentation du marché intérieur généré par des régimes de commercialisation avec les Etats tiers disparates, la Communauté européenne a adopté le Règlement 404/93²⁷¹. Ce cadre harmonise les normes de qualité et de commercialisation et organise la production intracommunautaire, en vue d'assurer la vente de bananes issues de la Communauté et des Etats ACP.

Mais, son volet le plus controversé est celui qui régit le régime des échanges avec les Etats tiers. Le dispositif mis en place établissait une distinction entre, d'une part les bananes traditionnelles et non traditionnelles ACP et d'autre part, les bananes en provenance d'Etats tiers, c'est-à-dire essentiellement des pays d'Amérique latine ; une autre catégorie était dévolue aux bananes communautaires. Tandis que les importations de bananes traditionnelles ACP jouissaient d'un accès en franchise de droits de douane conformément au protocole 5 de la Convention de Lomé, le régime applicable aux importations de bananes en provenance des pays tiers était plus rigoureux. Le régime était tellement discriminatoire au point que même les importations de bananes non traditionnelles ACP jouissaient d'un traitement plus favorable. Dans le cadre du contingent tarifaire, aucun droit de douane ne leur était appliqué ; ce qui n'était pas le cas des bananes en provenance des Etats tiers. Au delà du contingent tarifaire, le droit de douane appliqué aux bananes des pays tiers était plus élevé que celui qui grevait les bananes ACP²⁷². Bien que les droits de douane qui grevaient lesdites productions fussent réduits, il n'en demeurerait pas moins que le régime communautaire de la banane instituait ouvertement une discrimination selon l'origine des produits que ne permettait pas l'accord général sur le commerce des marchandises.

²⁷¹ Règlement 404/93 du 13 février 1993 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane (JOCE du 25 février 1993, L 047).

²⁷² Le règlement prévoit l'ouverture d'un contingent tarifaire de 2 millions de tonnes. Dans la limite du contingent, les bananes non traditionnelles ACP entraient sans droit de douane sur le territoire de la Communauté. Les bananes des Etats tiers étaient grevées d'un droit de douane de 100 Ecus par tonne. En dehors du contingent, l'importation de bananes ACP était soumise à un droit de douane de 750 Ecus par tonne alors que les exportateurs des pays tiers devaient acquitter un droit de 850 Ecus.

En dehors de ces obstacles tarifaires, le régime qu'instituait le règlement assurait la gestion du contingent tarifaire par un système de licences réparties selon les catégories d'opérateurs.

La remise en cause du régime préférentiel de Lomé résulte en vérité de la contestation de la réglementation communautaire portant organisation commune du marché de la banane (OCMB).

C'est devant l'ordre juridique communautaire que les contestations sont nées pour la première fois, lorsque l'Allemagne²⁷³ introduisit un recours en annulation du règlement²⁷⁴ en mai 1993. Bien que les conclusions aux fins d'annulation aient été déclarées infondées, la Cour a rappelé sa jurisprudence²⁷⁵ bien établie selon laquelle les dispositions du GATT ne figuraient parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes communautaires.

De manière presque concomitante, les pays d'Amérique latine²⁷⁶ contestèrent, devant le panel constitué en février 1993, la légalité non pas du règlement qui n'était pas encore en vigueur, mais du projet portant sur les régimes d'importation des différents Etats membres qu'ils jugeaient contraire à l'article XI²⁷⁷ du GATT prohibant les restrictions quantitatives. Le second moyen qui était soulevé était plus pernicieux pour le régime préférentiel. Les plaignants ont constaté, avec l'article I., l'incompatibilité des préférences tarifaires accordées aux pays ACP. L'UE n'a pas contesté cette conclusion mais elle croyait voir dans l'article XXIV une justification de ce régime préférentiel. Cette question n'était pas nouvelle car elle avait déjà été soulevée lors de la conclusion des accords de Yaoundé. La

²⁷³ L'Allemagne était lésée par l'adoption du Règlement. Elle a d'ailleurs voté contre son adoption. Lors de l'adoption du TCE, elle a obtenu l'adjonction d'un protocole « bananes » qui lui garantissait un contingent tarifaire de bananes qui pouvait être importé en franchise de droits de douane. L'article 21§2 a logiquement supprimé ce protocole.

²⁷⁴ CJCE, 5 octobre 1994 RFA vs Conseil, aff. C280/93.

²⁷⁵ CJCE, 12 décembre 1972 International Fruit Company, aff jointes 21-24/72.

²⁷⁶ La Colombie, le Costa Rica, le Guatemala, le Nicaragua et le Venezuela.

²⁷⁷ Article 11 §1 : « Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé ».

prise de position du Groupe Spécial²⁷⁸ était claire : elle sanctionnait le régime commercial de Lomé contraire à l'article I car instituant des préférences spéciales non justifiées par la clause d'habilitation. Le panel prit le contrepied de l'argumentation de la Communauté au sujet des intégrations régionales. Il a rappelé que les accords commerciaux régionaux ne permettaient pas l'absence de réciprocité. Partant, la Convention de Lomé qui prévoyait un démantèlement unidirectionnel des obstacles tarifaires ne remplissait pas les conditions du §8 bi) de l'article XXIV²⁷⁹. S'agissant de l'argument tiré de la partie IV du GATT, le panel a estimé que cette dernière ne contenait aucune dérogation à la clause NPF. Le panel conclut, en invitant la CE soit à se mettre en conformité avec les dispositions de l'Accord général, soit à demander une dérogation au titre de l'article XXV, pour le maintien du régime.

Opposant son incapacité à requérir la réciprocité de la part des PED, l'UE, s'adjoignant le soutien des pays ACP, parvint à bloquer l'adoption du rapport.

Echaudés par le non-suivi des conclusions du panel, les pays d'Amérique latine introduirent un nouveau recours. L'échec des consultations avec la Communauté précipita la constitution du Groupe Spécial. Divers moyens étaient présentés à l'appui de leur requête : violation des articles I, II, III et XI. Les pays d'Amérique latine constataient que le niveau du droit de douane grevant les importations de bananes dans le cadre du contingent tarifaire excédait de quatre points celui des droits qui avaient été consolidés s'agissant des importations de banane dans la Communauté. Reprenant les conclusions du précédent rapport du panel, le Groupe spécial, en 1994, condamna une nouvelle fois le traitement préférentiel unilatéral accordé aux pays ACP. Il constata la violation de l'article II par le régime tarifaire. S'agissant de l'allocation des licences, le Groupe spécial releva que le système encourageait l'importation de bananes ACP ou communautaire et était donc contraire à l'article III qui exclut tout traitement discriminatoire. Enfin, s'agissant du régime d'importations de bananes ACP globalement plus favorable, le Groupe spécial a estimé que ce dernier était contraire à la clause NPF.

²⁷⁸ Rapport du GS du 3 mai 1993 - CEE - Régimes d'importation applicables aux bananes dans les Etats membres.

²⁷⁹ « Aux fins d'application du présent Accord, (...)

b) on entend, par zone de libre-échange, un groupe de deux ou plusieurs territoires douaniers entre lesquels les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives (à l'exception, dans la mesure où cela serait nécessaire, des restrictions autorisées aux termes des articles XI, XII, XIII, XIV, XV et XX) sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange ».

Au final, seul le moyen tiré de la violation de l'article XI a été jugé infondé. Le Groupe spécial a jugé que les tarifs douaniers qui grevaient les importations de bananes en provenance des pays tiers, fussent-ils rédhibitoires, n'étaient pas constitutifs d'une requête.

La portée de cette condamnation fut globalement nulle, la Communauté s'étant, une nouvelle fois, opposée à l'adoption du rapport. Consciente toutefois de la nécessité d'un encadrement normatif du régime préférentiel, elle obtient une dérogation²⁸⁰ le 9 décembre 1994. Cette dernière relevait l'UE de ses obligations au titre de l'article I § 1. Cette dérogation couvrait le champ d'application *ratione temporis* de la quatrième Convention de Lomé jusqu'au 29 février 2000.

Afin de prévenir la résurgence possible d'un nouveau contentieux, l'UE conclut un arrangement avec les pays d'Amérique latine, sous la forme d'un accord-cadre, le 29 mars 1994. En contrepartie de la renonciation par les pays d'Amérique latine à soumettre tout litige qui surviendrait au sujet du régime d'importations des bananes, le texte prévoyait notamment d'accroître le contingent qui était alloué aux producteurs latino-américains, une réduction du contingent tarifaire dévolu aux pays ACP, de plus de 50%, réduisant ainsi leur part de marché communautaire ainsi que les droits de douane. Cet accord a suscité mécontentement au sein de la Communauté mais allait également annoncer l'implication des Etats-Unis dans un énième conflit « bananes ».

La saisine de l'ORD marque un tournant dans l'évolution du conflit bananes. Pour la première fois, l'UE allait se trouver en situation d'intégrer les décisions qui seraient prises au sujet de son régime d'importation de bananes. Le 22 mai 1997, sur requête des Etats-Unis, du Mexique, du Guatemala et du Honduras, l'ORD adopta le rapport du panel qui sera confirmé, dans ses grandes lignes par l'OAP, le 9 septembre 1997.

Devant le panel, l'UE a tenté de faire échouer la requête au stade de la recevabilité, en dénonçant l'absence d'intérêt à agir des Etats-Unis (EU) et du Mexique qui ne souffraient, selon elle, d'aucun dommage au sens du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. En effet, les EU n'ont jamais importé de bananes dans la Communauté. Cet argument, bien que rejeté au fond par le panel, a donné l'occasion au Groupe spécial de consacrer sa jurisprudence en la matière. Se rapprochant du droit international général, le panel a estimé que l'intérêt à agir pouvait découler d'un

²⁸⁰ Dérogation accordée pour la Convention de Lomé (Documents du GATT L/7539, 10 octobre 1994). Prorogation de la dérogation (Document WT/L/186, 18 octobre 1996).

dommage même potentiel, précisant qu'à la différence de l'ordre juridique communautaire où l'intérêt à agir des requérants privilégiés est présumé, il n'existe pas de système similaire dans le Système de Règlement des Différends de l'OMC. L'efficacité du droit de l'OMC requiert donc une interprétation souple de l'exigence de l'intérêt à agir. Par cette construction jurisprudentielle, l'ORD a ainsi étendu la qualité de requérants privilégiés, bien connue du droit communautaire, aux parties contractantes.

Sur le fond, le panel a confirmé les conclusions des juges antérieurs sur les violations alléguées, estimant que si la dérogation pouvait couvrir le régime préférentiel, en revanche elle ne saurait être invoquée pour justifier le régime des licences.

A la suite du rapport du panel, l'UE obtint, par une sentence arbitrale, un délai de quinze mois, afin de mettre en conformité son régime d'importation de bananes. Par les règlements 1637/98 et 2362/98, l'UE a réformé son régime d'importations en tentant d'y intégrer les recommandations de l'ORD. Mais la Communauté s'est contentée de supprimer uniquement les régimes que l'ORD avait jugés explicitement illégaux. Elle a notamment abrogé la distinction entre les opérateurs qui génèrent une discrimination patente. Mais pour le reste, elle maintenait les contingents tarifaires en faveur des pays ACP, régime qui, de l'avis des Etats-Unis, n'était ni conforme aux observations de l'ORD, ni justifié par la dérogation.

Confrontée à la menace américaine de recourir à des sanctions commerciales unilatérales, la Communauté décida de soumettre le différend à un arbitre qui devait se prononcer sur la compatibilité du nouveau régime. Mais les Etats-Unis contestèrent l'initiative de la Communauté perçue comme une manœuvre dilatoire. Finalement, la situation s'est dénouée, « grâce » à la requête introduite par l'Equateur visant à faire juger par un panel²⁸¹ le fait qu'en maintenant les contingents tarifaires en faveur des pays ACP notamment, l'UE manquait aux obligations qui lui incombent au titre de l'Accord général sur le commerce des services (GATS). Sans surprise, le panel réitéra la condamnation du régime des licences.

C'est ainsi que l'ORD usa pour la première fois, à la suite de cette condamnation, de la faculté qui lui est offerte d'autoriser la suspension des concessions. Cette autorisation fut accordée aux Etats-Unis d'abord, à l'Equateur ensuite.

²⁸¹ Rapport du panel, CE - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, 12 avril 1999.

PARAGRAPHE II : Remise en cause des préférences spéciales à l'OMC incompatibles avec le principe de non-discrimination

Contrairement aux préférences accordées dans le cadre des SGP, concernant quasiment à tous les Pays en développement (PED), les préférences spéciales sont destinées à un nombre plus réduit de bénéficiaires pour des motifs particuliers. C'est ainsi, par exemple, que la plupart des pays africains, dans le cadre de la Convention CEE/ACP, bénéficiaient de préférences spéciales du fait de leur faible poids économique mais aussi de leurs relations historiques avec leur métropole. Les préférences spéciales sont au cœur des relations commerciales entre l'Europe et les pays ACP. L'histoire des arrangements commerciaux entre les deux partenaires a connu ses premiers balbutiements avec les Conventions de Yaoundé, mais ils ont franchi un palier supérieur avec la signature de la Convention de Lomé fortement influencée par la philosophie du Nouvel Ordre Economique International des années 1970²⁸². L'offre préférentielle européenne se fonde sur le principe de non réciprocité contenu dans les différentes conventions de Lomé. L'article 25 du chapitre 4 de Lomé I indiquant le régime général des échanges est fondé sur le principe de libre accès des produits des pays ACP au marché européen. Cependant, compte tenu des nécessités actuelles de développement des ACP, « il ne comporte pas pour eux de réciprocité en matière de libre accès ». Le principe est réitéré dans les mêmes termes par l'article 174 du chapitre relatif à la coopération commerciale.²⁸³ L'expérience de la coopération commerciale au titre des conventions de Lomé, voire même de l'Accord de Cotonou (période transitoire 2001-2008) a montré que les seules concessions tarifaires n'étaient pas suffisantes au développement du commerce extérieur des pays ACP. En effet, à quelques exceptions près, force est de constater que le régime commercial préférentiel n'a pas permis aux ACP d'augmenter leurs parts de marché dans l'UE, en comparaison, par exemple, avec les pays d'Asie qui, par le système généralisé de préférences (SGP), bénéficient pourtant d'un régime d'importation moins préférentiel que les ACP sur le marché communautaire. C'est que les produits issus des pays ACP souffrent d'un déficit considérable de compétitivité sur un plan international et qu'il convient désormais, en sus des préférences tarifaires, d'assister efficacement ces derniers dans la restructuration de leur outil de production. Il importe d'accorder une importance appropriée aux contraintes du côté de l'offre, notamment à la diversification des produits, la maîtrise des coûts de production, l'adaptabilité rapide aux changements de la demande mondiale, les

²⁸² El Hadj A. Diouf op.cit., pp. 107 et ss.

²⁸³ El Hadj A. Diouf « Les Accords commerciaux régionaux et l'OMC : Quel statut pour quelles préférences pour les Accords de partenariat économiques entre l'Union européenne et les pays ACP? » .en ligne.

mesures sanitaires et phytosanitaires, etc. Les régimes préférentiels pratiqués par les CE ont suscité plus de controverses par rapport à ceux des autres grands pays industrialisés. En effet, ces régimes ont posé deux types de problèmes : un problème juridique relatif à la compatibilité des accords bilatéraux préférentiels avec l'article I du GATT, et un problème plus substantiel d'efficacité de ces programmes quant à l'atteinte des objectifs d'industrialisation ou du moins de diversification des tissus productifs des pays bénéficiaires²⁸⁴. Sur le plan juridique, les Européens avaient opté de justifier les préférences accordées aux pays ACP et aux pays riverains de la Méditerranée, en recourant à la couverture de l'article 24 pris isolément ou en combinaison avec la Partie 4²⁸⁵. Ces régimes vont faire face à la faiblesse de leur justification juridique lors des actions intentées par certaines parties contractantes d'abord développées, puis en développement qui ne tiraient pas profit de ces mesures. Deux affaires importantes illustrent cette remise en cause des fondements juridiques de la démarche européenne à ce conflit : l'affaire dite des agrumes²⁸⁶ soulevée par les Etats-Unis en 1974 et l'affaire des bananes entamée par divers PED à partir de 1992. Dans l'affaire des bananes, les préférences accordées par l'Europe aux pays ACP ont été contestées par cinq PED : la Colombie, le Costa Rica, le Guatemala, le Nicaragua et le Venezuela. Deux Groupes spéciaux se sont penchés sur la question après l'échec des consultations et des missions de bons offices. La première plainte concernait l'ancien régime d'approvisionnement du marché communautaire et la seconde le nouveau système mis en place depuis le 1^{er} juillet 1993. Dans les deux cas, le Groupe spécial a conclu que les préférences accordées par la CEE aux importations de la banane n'étaient pas justifiées par l'article 24 et qu'elles étaient incompatibles avec les dispositions de l'article I du GATT. Le GATT, en réfutant la justification juridique des Européens, a consolidé le principe de la NPF et a donné raison à la démarche de la dérogation. Désormais, la règle de la non-discrimination ne peut être contournée que par voie dérogatoire. Suite à la perte de cette bataille judiciaire, l'Europe cherchera désormais à conformer aux règles de l'OMC le régime de préférences spéciales au profit des pays ACP.

Il semble opportun de revenir plus amplement sur cette affaire importante qui a remis en cause les préférences spéciales à l'OMC qu'est la jurisprudence banane.

²⁸⁴ Lofti M'rini, (2005), De la Havane à Doha. Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral, Québec, Les Presses de l'Université Laval, p 205.

²⁸⁵ D'autres pays, principalement les Etats unis, ont soutenu leur traitement préférentiel par une dérogation à l'article I du GATT.

²⁸⁶ M'rini, op.cit., pp. 209-210 et Diouf E.H.A., op.cit., pp. 115 à 118 .

Le marché européen de la Banane est très convoité²⁸⁷. Sur les quatre millions de tonnes importées chaque année, les pays ACP en détenaient 20% de parts de marchés. Un règlement communautaire relatif à l'Organisation Commune du Marché de la Banane (OCBM) accordait clairement un régime préférentiel exclusif aux pays ACP et ne cessait d'être dénoncé par leurs concurrents à l'exportation, les pays d'Amérique latine en l'occurrence. Bien avant même l'entrée en vigueur des accords de l'OMC, un différend avait surgi tendant à remettre en cause les conditions d'accès de la banane d'Amérique latine sur le marché européen. Un premier rapport du GATT avait condamné le régime de l'OCBM, aux motifs de l'illégalité des restrictions quantitatives et de l'existence de préférences commerciales en faveur des ACP, contraires aux dispositions de l'article 11.1 du GATT de 1947. Un second rapport de panel avait abouti à la même décision, en se basant sur son incompatibilité avec l'Article 1^{er} du GATT de 1947. Les deux rapports furent rejetés, respectivement le 3 juin 1993 et le 11 février 1994, par les communautés européennes, en se prévalant de la règle de la nécessité du consensus positif de l'époque qui était la condition d'adoption des rapports dans le GATT de 1947. Si l'absence d'effet découlant de ce système pouvait garantir une certaine impunité, la mise en place du consensus négatif comme condition d'adoption des décisions de l'ORD allait relancer l'intérêt des membres pour le système de règlement des différends, et remettre le dossier de la banane sur la table. En s'appuyant sur l'article 4 du Mémoire d'Accord sur le règlement des différends (MA), l'Equateur, le Honduras, les Etats-Unis, le Guatemala et le Mexique avaient saisi les communautés européennes d'une demande de consultations, en vue de contester le régime de l'OCBM fondé en partie sur la Convention de Lomé 4. Celle-ci étant manifestement discriminatoire, elle ne pouvait exister que par l'obtention d'une dérogation accordée par le Conseil du GATT le 9 décembre 1994, en vue de contourner les dispositions I.1 du GATT. Ultérieurement confirmée par le Conseil Général de l'OMC (en Octobre 1996), la dérogation était valable jusqu'au 29 février 2000. Connaître de la légalité du régime préférentiel dont bénéficient les pays ACP, équivaut alors pour l'ORD à examiner préalablement la dérogation pour Lomé. Même si les communautés européennes s'y opposent, l'Organe d'appel considère aussi qu'un bon examen de la dérogation passe par une interprétation de la Convention de Lomé qui est devenue, dans une certaine mesure, une question relevant de l'OMC. C'est ainsi que celle-ci s'est retrouvée au cœur du différend pour la détermination du régime juridique des préférences ACP. La disposition pertinente de la Convention de Lomé, en l'espèce, est l'article premier de son protocole 5 qui dispose que «

²⁸⁷ El Hadj ABDOURAHMANE Diouf, op.cit., pp 115 à 118.

pour ses exportations de bananes vers les marchés de la Communauté, aucun Etat ACP n'est placé, en ce qui concerne l'accès à ses marchés traditionnels et à ses avantages sur ces marchés, dans une situation moins favorable que celle qu'il connaissait antérieurement ou qu'il connaît actuellement. » Selon l'Organe d'appel, l'article 168 2) a) ii), de par l'interprétation qu'il en fait, est un complément à cette disposition et signifie que les CE assurent pour toutes les bananes ACP un traitement plus favorable que celui accordé aux pays tiers bénéficiant du traitement NPF. Dès lors, la méthodologie qui s'impose à l'Organe d'appel est de vérifier si les mesures litigieuses prises par les CE sont obligatoires au titre de la Convention de Lomé. Le cas échéant, elles seront considérées comme couvertes par la dérogation. Autrement, il sera vérifié leur conformité avec les dispositions de l'OMC. Cette approche nous enseigne que la dérogation accordée par le Conseil de l'OMC peut servir d'écran à la Convention, tant qu'elle offre la garantie de ne pas constituer la base d'un détournement de procédure. En procédant à cet examen, l'Organe d'appel en est arrivé à la conclusion que l'accès en franchise de droits de douane accordé par la CE pour toutes les bananes traditionnelles ACP, celui accordé par la CE pour les 90.000 tonnes de bananes non traditionnelles ACP, ainsi que la marge tarifaire accordée à toutes les autres bananes étaient exigés par l'article premier du protocole n°5 sur la banane, l'article 182, paragraphe 2 (ii) et l'article 183 de la Convention de Lomé ²⁸⁸. En revanche, l'Organe d'appel conclut que les autres mesures attaquées n'étaient pas exigées par la Convention. Il est ainsi apparu que ²⁸⁹les mesures exigées par Lomé étaient en effet contraires à l'article premier du GATT (Traitement NPF) mais couvertes par la dérogation accordée dans ce sens. Les préférences de Lomé ne pouvaient pas non plus trouver une justification juridique dans l'article 24 du GATT sur les zones de libre-échange (ZLE) et les unions douanières, contrairement à ce qui a été soutenu par la CE et certains de ses partenaires ACP. La raison est que dans ce régime, il s'agit d'une libéralisation à sens unique ; ce qui ne répond pas au critère de réciprocité exigé par le paragraphe 8 (b) de l'article 24.

La jurisprudence de l'OMC a eu à connaître d'une affaire symbolique qui a juridiquement consacré le démantèlement des préférences spécifiques. C'est l'affaire Banane. Mais les préférences ont pu être maintenues pour une période transitoire jusqu'en décembre 2007, grâce à une dérogation accordée à la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha. En effet, la

²⁸⁸ Canal Forgues, Eric, Flory, Thibaut ; (Sous la direction), GATT/OMC, Recueil des contentieux du 1^{er} Janvier 1948 au 31 Décembre 1999, Bruylant, Bruxelles, 2001, Page 723.

²⁸⁹ Abass, A., Le régime commercial de Cotonou face au droit de l'OMC, L'observateur des Nations Unies, N°12, 2002, Pages 11-12.

portée de l'affaire Banane est considérable pour les pays ACP. Après une longue période de tolérance des préférences spéciales incompatibles avec le principe de non-discrimination dans le cadre du GATT, l'OMC a consacré leur illégalité et a ainsi ouvert une période de renouveau de la clause NPF. Mais cette remise en cause n'est pas d'application immédiate. La dérogation accordée à Doha prolonge le régime préférentiel pour quelques années.

En effet, la preuve de l'incompatibilité du régime de Lomé avec les accords de l'OMC n'a pas été difficile à apporter. Elle impliquait un changement de cap et la mise en place d'un régime de coopération d'une autre génération qui devait permettre de passer de la coopération au développement, et au partenariat économique, de la non-réciprocité à la réciprocité intégrale. L'Accord de Cotonou, agent annoncé de ce changement de paradigme, n'a pas réellement permis de changer de cap, du moins pas dans l'immédiat. L'essentiel des dispositions jugées illégales par l'Organe de Règlement des Différends y sont maintenues ; ce qui laisse la question de l'incompatibilité entière²⁹⁰. Pour ne pas mettre ce nouveau régime commercial en péril, l'UE et les Etats ACP ont dû adresser à l'OMC une demande de dérogation à l'effet de maintenir le régime de Lomé durant la période transitoire²⁹¹ allant jusqu'au 31 décembre 2007.

La Dérogation de Doha s'est avérée une imbrication de considérations politiques, économiques et politiques. Elle a été l'un des temps forts de la Conférence ministérielle de Doha de 2001, en octroyant aux pays ACP une concession dont ils avaient fait un préalable pour l'acceptation de tout consensus dans la déclaration finale. Invoquant des raisons économiques, c'est l'UE, la première, qui introduisit une demande de dérogation au Conseil du commerce des marchandises de l'OMC en mars 2000, après l'expiration de la précédente dérogation à la Convention de Lomé le 29 mars 2000²⁹². Sur toute la période allant de cette demande à la Conférence ministérielle de Doha, les pays d'Amérique latine, vainqueurs dans l'affaire banane précitée, ont opposé une résistance farouche dans les négociations, en arguant que les conclusions de l'ORD ne laissaient pas de place à l'UE pour un nouveau régime d'importation de bananes qui irait contre leurs intérêts. Cette perception qu'ils avaient de

²⁹⁰ El hadj Abdourahmane Diouf op.cit., pp. 118-125.

²⁹¹ Abou Abass, Le régime commercial de Cotonou face au droit de l'OMC, Observateur des Nations Unies, N° 12, 2002.

²⁹² Ibid., Paragraphe 196.

l'Accord de Cotonou et de cette demande qui l'accompagnait a empêché le Groupe de travail de l'OMC²⁹³, mis en place en octobre 2000, d'arriver à un quelconque résultat.

Ayant compris que la situation ne pouvait être débloquée que durant la Conférence ministérielle, les pays ACP ont abattu un important travail de lobbying et de coordination qui a abouti à la fixation d'une position formelle avant la réunion de Doha. Ils ont décidé que l'octroi de la dérogation était désormais urgent et ne constituait pas une question technique mais une question politique qui devait être tranchée à Doha, même sous peine de saper sérieusement la confiance des Etats ACP dans le système commercial multilatéral²⁹⁴. Ils ont dès lors inclus la question dans leur déclaration officielle²⁹⁵, tout en envoyant une lettre au Président de la Conférence pour demander son inscription à l'ordre du jour, hors du délai de plusieurs semaines imposées par les procédures de l'OMC dans de tels cas. Ce manquement n'a pas empêché le Président de prendre en compte la demande et de déclarer dans son discours officiel d'ouverture²⁹⁶ que celle-ci sera ajoutée à l'ordre du jour comme sous point au titre des décisions à prendre par les ministres. Cet effet de surprise, ajouté à la maturité politique des pays ACP en tant que négociateurs commerciaux, et les garanties données par l'UE aux pays d'Amérique latine encore récalcitrants, ont permis d'aboutir à une décision consensuelle d'octroi de la Dérogation²⁹⁷.

Conjointement, les Etats ACP Membres aussi de l'OMC et l'UE ont demandé et obtenu que les Communautés européennes soient relevées de leurs obligations au titre du paragraphe 1 de l'article premier du GATT, en ce qui concerne l'octroi du traitement tarifaire préférentiel aux produits originaires des Etats ACP requis par l'article 36.3, l'Annexe V et ses protocoles de partenariat ACP-CE. L'article 36.3 de l'Accord de Cotonou cristallise la volonté de faciliter la transition vers les nouveaux accords commerciaux, en maintenant les préférences commerciales non réciproques appliquées dans le cadre de la quatrième convention ACP-CE au cours de la période préparatoire pour tous les pays ACP. Les conditions applicables sont celles définies à l'annexe V de l'Accord de Cotonou qui organise le régime commercial applicable au cours de la période préparatoire et dont le fonctionnement est régi par le paragraphe 1 de son article 37 qui dispose que des accords de partenariat économique seront

²⁹³ Pendant plus d'un an, les pays d'Amérique latine producteurs de bananes ont réussi à bloquer l'examen de la dérogation, essentiellement pour des raisons de procédure dues à leur objection envers le nouveau régime d'importation de bananes proposé par l'UE. C'est dans ce cadre de Groupe de travail que s'inscrit le travail du groupe de travail mis à jour.

²⁹⁴ Passerelles entre le commerce et le développement durable, Volume 3, Numéro 2, 2002.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ WT/MIN(01)/15, du 14 novembre 2001.

négociés au cours de la période préparatoire qui se terminera le 31 décembre 2007, au plus tard. Les négociations formelles des nouveaux accords commerciaux ont démarré en septembre 2002 et les accords qui en découleront devront entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2008²⁹⁸, à moins que les parties ne conviennent de dates plus rapprochées.

La mise en place de cette période préparatoire dans l'accord de Cotonou lui-même a été retenue par la Conférence ministérielle de l'OMC comme l'une des bases de la dérogation. Elle donne la garantie, à la communauté internationale, de son caractère exceptionnel limité dans le temps et qui ne menacerait pas l'intégrité du système commercial. Deux autres types de garanties auront aussi été déterminants. Ceux de nature économique et ceux octroyant la possibilité aux membres encore récalcitrants de revenir sur les concessions faites, si les membres bénéficiant de la dérogation venaient à user de leurs concessions plus que de droit. La conférence ministérielle a retenu comme fondamental le fait que l'Accord de Cotonou vise après tout à améliorer le niveau de vie et de développement économique des Etats ACP et reste en droite ligne des principes et motivations du traitement spécial et différencié. Même si la dérogation aboutit à la rupture de l'égalité entre pays en développement, elle reste légitime en ce qu'elle supprime, de façon progressive et suivant un délai convenu, des concessions commerciales longtemps entretenues et qui se justifiaient à la fois pour des raisons économiques d'aide au développement et de considérations coloniales. Le raisonnement de la Conférence ministérielle a été facilité par la prorogation de fait d'un régime d'exception à partir du moment où les dispositions commerciales faisant l'objet d'un examen étaient appliquées, depuis le 1^{er} mars 2000, sur la base de mesures transitoires adoptées par les institutions communes ACP-CE. L'OMC a naturellement fait un choix pragmatique. Rejeter la demande de dérogation aurait équivalu à se retrouver dans la situation manifeste de violation de son ordre juridique, comme cela avait été le cas avec les accords de Lomé dans le GATT. Cette attitude ne serait pas non plus conséquente face à la politique de l'OMC d'octroyer des délais de mise en œuvre dans tous ses accords, pour mieux permettre aux pays en développement de s'ajuster et d'intégrer le système commercial multilatéral avec un minimum de préparation. Quelle serait la situation économique des pays ACP, s'il devait être mis brusquement fin aux préférences commerciales dont ils bénéficient sans une période de transition conséquente ?

²⁹⁸ On sait depuis lors que des accords intérimaires ont été conclus avec certains pays ou régions, mais que les négociations continuent dans toutes les régions ACP.

L'autre type de garantie est lié aux assurances données, par les Communautés européennes notamment, aux membres qui pourraient se sentir lésés par les arrangements consentis. Les différentes parties à l'Accord se sont engagées à entamer sur demande et dans les moindres délais, des consultations avec tout membre intéressé au sujet de toute difficulté ou question qui peut se poser du fait de la mise en œuvre du traitement tarifaire préférentiel pour les produits originaires des Etats ACP requis par l'article 36.3, l'annexe V et les protocoles de l'Accord. Il s'agit d'une procédure ouverte, très souple dans ses modalités de déclenchement, constituant une garantie de recours et une possibilité de retour sur concessions qui pèse sur les CE et les pays ACP. Elle est complétée par une garantie plus contraignante sur le sujet sensible de la banane qui cristallise les revendications des pays d'Amérique latine. Sachant que la mise en œuvre du traitement tarifaire préférentiel pour les bananes risque d'être affectée à la suite des négociations au titre de l'article XXVIII²⁹⁹ du GATT, deux engagements fermes leur ont été faits. D'abord, le droit de douane appliqué aux bananes, dans le cadre des contingents A et B, ne dépassera pas 75 euros par tonne jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau régime uniquement tarifaire des CE. Ensuite, toute reconsolidation du droit de douane appliqué par les CE aux bananes, au titre des procédures pertinentes de l'article XXVIII du GATT, devrait avoir pour effet au moins de maintenir l'accès total au marché pour les fournisseurs de bananes NPF et le fait qu'elles sont disposées à accepter un contrôle multilatéral de la mise en œuvre de cet engagement.

Sur ces bases, a été prononcée la dérogation au paragraphe 1 de l'article I du GATT de 1994 jusqu'au 31 décembre 2007, pour permettre aux Communautés européennes de continuer d'accorder un traitement préférentiel aux produits originaires des Etats ACP, sans être tenus d'accorder le même traitement préférentiel aux produits similaires de tout autre membre. La Décision de la Conférence ministérielle fait obligation aux parties de l'Accord de notifier, dans les moindres délais, au Conseil Général de l'OMC³⁰⁰, toute modification du traitement tarifaire préférentiel pour les produits originaires des Etats ACP requis par les dispositions pertinentes de l'Accord visé par la dérogation octroyée. Un mécanisme contentieux a aussi été mis en place avec un régime général concernant la mise en œuvre de la dérogation et un régime spécifique qui ne couvre que les questions liées à l'importation de la banane.

²⁹⁹ Cet article concerne la modification des listes de concessions des Membres.

³⁰⁰ Le Conseil Général est l'Organe de décision suprême de l'OMC à Genève ; il se réunit régulièrement pour exercer les fonctions de l'OMC. Il est composé de représentants (habituellement, des ambassadeurs ou des fonctionnaires de rang équivalent) de tous les gouvernements Membres et est habilité à agir au nom de la Conférence ministérielle, qui ne se réunit que tous les deux ans.

Le régime général concerne les membres qui considèrent qu'un de leur avantage résultant de l'Accord Général risque d'être ou est indûment compromis du fait de la mise en œuvre de la Dérogation et du traitement préférentiel qui en résulte. Une procédure graduelle leur est proposée pour recouvrer leurs droits perdus ou menacés. Premièrement, l'ouverture de consultations, sur leur demande et dans les moindres délais, portant sur les mesures qu'il serait possible de prendre, en vue de régler la question de manière satisfaisante. Deuxièmement et à la suite de l'échec des consultations engagées, la possibilité de porter l'affaire devant le Conseil Général qui l'examinera dans les moindres délais et formulera toutes recommandations qu'il jugera appropriées.

Le régime spécifique concernant les questions liées à l'importation des bananes³⁰¹ a la particularité d'être plus ancré sur le contentieux. Il a comme point de départ la fin des négociations au titre de l'article XXVIII³⁰² du GATT visant la mise en place d'un système uniquement tarifaire qui remplacerait le système de contingents. L'instauration de ce système devrait avoir lieu au plus tard le 1^{er} janvier 2006. Trois mois avant son entrée en vigueur, les parties à l'Accord de Cotonou devront engager des consultations avec les membres exportant vers l'UE sur une base NPF. Et au plus tard dix jours après l'achèvement des négociations au titre de l'article XXVIII, ces membres devront être informés des intentions des CE concernant la reconsolidation du droit de douane appliqué par les CE aux bananes. L'obligation principale des CE, dans le cadre de cette procédure, sera de communiquer des renseignements sur la méthode utilisée pour cette reconsolidation, en tenant compte de tous les engagements pris en matière d'accès aux marchés dans le cadre de l'OMC. Ces obligations font écho aux garanties données par les CE et qui ont servi de motivation à la Conférence ministérielle pour l'octroi de la dérogation de Doha. Toute partie intéressée peut demander un arbitrage dans les soixante jours suivant la déclaration d'intention des CE. Un arbitre sera désigné dans les dix jours suivant la demande, à moins que les parties ne parviennent à une solution mutuellement satisfaisante. Dans le cas contraire, il appartient au Directeur général de l'OMC de désigner l'arbitre dans les trente jours suivant la demande d'arbitrage, après des consultations entre les parties. L'arbitre choisi devra donner son avis dans les 90 jours, aux fins de déterminer si « la reconsolidation envisagée du droit de douane appliqué par les CE

³⁰¹ WT/MIN(01)/16, 14 novembre 2001.

³⁰² Cet article concerne la modification des listes de concessions des Membres.

aux bananes aurait pour effet au moins de maintenir l'accès total au marché pour les fournisseurs de bananes NPF, compte tenu des engagements susmentionnés des CE »³⁰³.

Si à la fin de la procédure, « l'arbitre détermine que la reconsolidation n'aurait pas pour effet au moins de maintenir l'accès total au marché pour les fournisseurs NPF, les CE rectifieront la situation. Dans les dix jours suivant la notification de la décision arbitrale au Conseil général, les CE engageront des consultations avec les parties intéressées qui ont demandé l'arbitrage. En l'absence d'une solution mutuellement satisfaisante, le même arbitre sera invité à déterminer, dans les trente jours suivant la nouvelle demande d'arbitrage, si les CE ont rectifié la situation. La deuxième décision arbitrale sera notifiée au Conseil général. Si les CE n'ont pas rectifié la situation, la présente dérogation cessera de s'appliquer aux bananes au moment de l'entrée en vigueur du nouveau régime tarifaire des CE. Les négociations au titre de l'article XXVIII et les procédures d'arbitrage seront achevées avant l'entrée en vigueur du nouveau régime uniquement tarifaire des Communautés Européennes, le 1^{er} janvier 2006³⁰⁴ ».

Très rapidement, il est apparu que la reconsolidation annoncée par les CE ne rencontrait pas l'approbation des pays d'Amérique latine exportateurs de banane. Ce qui a eu l'effet d'ouvrir la procédure d'arbitrage susmentionnée. Le 31 janvier 2005, l'UE a notifié à l'OMC son nouveau tarif proposé de 230 euros pour les importations de banane en régime NPF, censé remplacer le système de contingents tarifaires antérieur, tout en maintenant une préférence pour les pays ACP. Ce nouveau tarif devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Les pays latino-américains exportateurs de banane l'ont immédiatement rejeté³⁰⁵. Par contre, les pays ACP ont fait pression pour que l'UE rehausse encore d'avantage les tarifs de la banane – du niveau de base actuel de 75 euros à 275 euros par tonne – pour protéger leur accès préférentiel au marché européen. Les négociations entre l'UE et les pays latino-américains n'ont pas abouti à un compromis ; cet échec a incité ces derniers à faire une demande d'arbitrage à l'OMC conformément à l'Annexe susmentionnée.

En effet, l'originalité de cette procédure d'arbitrage aura été la possibilité offerte à l'arbitre d'associer les tierces parties, sans que cela soit expressément permis par le droit de l'OMC. Cela ressemble un peu à l'application de la théorie des tierces parties élargies notées dans certains différends à l'OMC. C'est ainsi qu'à la demande de certains pays exportateurs de

³⁰³ WT/MIN(01)/16, 14 novembre 2001.

³⁰⁴ Aux termes de l'Annexe à la Décision du 14 Novembre 2001 de la Conférence Ministérielle de Doha, octroyant la Dérogation aux CE et aux pays ACP.

³⁰⁵ Les pays latino-américains qui ont fait une demande d'arbitrage sont la Colombie, le Costa Rica, l'Equateur, le Guatemala, le Honduras et le Panama.

bananes d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (« ACP »), l'arbitre, après avoir consulté les parties, a invité Sainte-Lucie, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, la Dominique, la République dominicaine, le Ghana, la Grenade, la Jamaïque, le Kenya, Madagascar, le Suriname, la Tanzanie, le Belize et Saint-Vincent-et-les Grenadines (les « Membres ACP concernés ») à participer, d'une manière limitée, au présent arbitrage. L'arbitre a expliqué sa décision dans une lettre adressée aux parties et aux membres ACP concernés. Il a noté particulièrement qu'il n'y avait pas de règle empêchant la participation de ces membres et que l'arbitre avait le pouvoir discrétionnaire d'organiser la conduite de la procédure. L'arbitre a noté également que cette participation ne devait avoir une incidence négative ni sur le calendrier de la procédure, ni sur le délai pour la conclusion de l'arbitrage, tel que prévu dans l'Annexe de la Dérogation de Doha. Par conséquent, les membres ACP concernés ont été invités à adresser une communication écrite à l'arbitre, sous forme d'une communication collective. Ils ont aussi été invités à assister à la réunion avec les parties et ont eu la possibilité de faire une seule brève déclaration et de répondre aux questions de l'arbitre. En outre, les membres ACP concernés ont eu accès aux communications présentées par les parties, avant l'audience avec l'arbitre.

Ainsi, le 1^{er} août 2005³⁰⁶, les arbitres de l'OMC³⁰⁷ se sont prononcés contre les taux tarifaires en régime NPF proposés par l'UE pour les importations de bananes. Ils ont jugé que le tarif proposé par l'UE de 230 euros par tonne ne préserverait pas au minimum les opportunités actuelles d'accès aux marchés offertes, aux fournisseurs bénéficiant du régime NPF – essentiellement en Amérique latine –, par le régime européen de contingents tarifaires existant pour la banane. Ils ont également estimé que le niveau tarifaire proposé élargirait de facto la marge d'accès préférentiel aux marchés dont bénéficiaient les exportations des pays ACP, au détriment des fournisseurs de banane bénéficiant du régime NPF. Cependant, ils n'ont toutefois pas indiqué en quoi consisterait un taux tarifaire raisonnable pour les fournisseurs en régime NPF.

Dans leur raisonnement, les arbitres ont constaté des insuffisances dans la méthodologie et les données relatives aux prix utilisées par l'UE pour arriver aux nouveaux taux tarifaires. En particulier, ils ont convenu, avec les pays latino-américains, que l'UE aurait dû prendre en

³⁰⁶ Communautés Européennes – L'accord de partenariat ACP-CE – Recours à l'arbitrage conformément à la Décision du 14 novembre 2001 – Décision de l'arbitre – WT/L/616 du 1^{er} août 2005.

³⁰⁷ Le 12 avril 2005, les parties ont notifié au Directeur général qu'il n'y avait pas eu accord entre les parties dans le délai de dix jours prescrit au sujet de la désignation de l'arbitre. Après avoir consulté les parties les 15 et 18 avril 2005, le Directeur général a désigné l'arbitre le 2 mai 2005 comme suit : John Weekes, Président ; John Lockhart et Yasuhei Taniguchi.

compte l'avantage que les nouveaux tarifs donneraient aux fournisseurs ACP par rapport aux pays bénéficiant du régime NPF. En conséquence, et selon les termes de la dérogation, l'UE doit rectifier le régime tarifaire proposé, en conformité avec la décision arbitrale.

Concernant cette dernière, les exportateurs latino-américains de bananes ont fait part de leur satisfaction concernant la décision de l'arbitre. Le ministre du commerce de l'Equateur, Oswaldo Molestina, a noté que les latino-américains espéraient un niveau tarifaire faible de 33 euros par tonne. Selon le ministre, « l'Equateur et les autres exportateurs latino-américains estiment que le tarif ne peut pas dépasser 75 euros, et en fonction de nos calculs à l'aide de la méthodologie correcte, il ne devrait pas dépasser 33 euros ». Les pays ACP exportateurs de banane, quant à eux, ont fait part de leur déception concernant cette décision. Marshall Hall, président des Exportateurs de banane jamaïcains, a simplement spécifié que la décision « n'est pas du tout en notre faveur et nous ne sommes pas satisfaits ». Hall a également noté que les producteurs de banane seraient « pratiquement anéantis ». Préalablement à la publication de cette décision arbitrale, les exportateurs de banane camerounais et ivoiriens avaient également rendu publique, le 26 juillet 2005, une déclaration dans laquelle ils soulignaient l'importance que revêtaient leurs secteurs de la banane pour la réduction de la pauvreté et le développement durable de leurs économies. Selon la déclaration, le taux tarifaire de 75 euros ou moins préconisé par les exportateurs latino-américains « éliminerait les exportations ACP vers l'UE ».

L'UE devrait entamer de nouvelles consultations avec les pays latino-américains. S'ils ne sont pas en mesure d'arriver à un accord mutuellement satisfaisant, les mêmes arbitres auront à déterminer si l'UE a rectifié la décision. La seconde décision arbitrale serait notifiée au Conseil général de l'OMC et si l'UE omet une fois de plus de s'y conformer, la dérogation cessera de s'appliquer à la banane, à l'entrée en vigueur du nouveau régime tarifaire de l'UE.

Dans un communiqué de presse du 1^{er} août 2005³⁰⁸, l'UE a fait part de son intention d'étudier attentivement le rapport de l'arbitre et d'examiner les options disponibles pour faire avancer ce processus. L'UE a également réitéré son intention d'avoir un système uniquement tarifaire en place le 1^{er} janvier 2006, comme convenu lors de la Conférence ministérielle de Doha. La Commission exécutive européenne a déclaré qu'elle initierait des consultations avec les pays concernés et qu'elle s'attendait à leur engagement constructif.

308

<http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1030&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en> .

La précarisation du régime de Lomé résulte à la fois de considérations juridiques qui tiennent au nécessaire recours à l'outil de la dérogation, mais également à des considérations politiques liées à la faiblesse du critère juridique dans l'octroi des dérogations³⁰⁹.

En effet, c'est l'article XXV alinéa 5 du GATT qui détermine le régime des dérogations. Il dispose que « dans les circonstances exceptionnelles autres que celles qui sont prévues par d'autres articles du présent Accord, les Parties Contractantes pourront relever une partie contractante d'une des obligations qui lui sont imposées par le présent accord, à la condition qu'une telle décision soit sanctionnée par une majorité des deux tiers des votes émis et que cette majorité comprenne plus de la moitié des parties contractantes ».

La portée de cette disposition a été étendue par l'article IX, alinéa 3 de l'Accord OMC. Ainsi, « dans des circonstances exceptionnelles, la Conférence ministérielle pourra décider d'accorder à un membre une dérogation à une des obligations qui lui sont imposées par le présent accord ou par l'un des accords commerciaux multilatéraux, à la condition qu'une telle décision soit prise par les trois quarts³¹⁰ des membres, exception faite de ce qui est prévu dans le présent paragraphe. »

Les deux dispositions ne divergent pas sur le fondement de la dérogation, puisqu'elles requièrent les « circonstances exceptionnelles ». Elles se rejoignent également sur la procédure à suivre en vue de l'adoption d'une dérogation. Pourtant, ni l'une, ni l'autre des deux exigences juridiques n'ont été, dans la pratique, suivies d'effet.

S'agissant de l'exigence de procéder au vote, celle-ci est inopérante car toutes les décisions se prennent par consensus³¹¹. Concrètement, à la différence du consensus inversé qui préside aux décisions de l'ORD, en matière d'examen des demandes de dérogation, une seule opposition peut empêcher toute prise de décisions.

Le second critère tenant à l'existence de circonstances exceptionnelles, du fait de son contenu flou, n'est pas d'une interprétation uniforme bien que le paragraphe 4 de l'article IX prévoit une obligation de motivation des demandes de dérogation. Ainsi, « une décision prise par la Conférence ministérielle, à l'effet d'accorder une dérogation, indiquera les circonstances exceptionnelles qui justifient la décision, les modalités et conditions régissant l'application de

³⁰⁹ Fatimata Zahra Niang, *op.cit.*, pp 35-39.

³¹⁰ Une décision d'accorder une dérogation pour ce qui est de toute obligation soumise à une période de transition ou à un délai pour une mise en œuvre échelonnée dont le membre requérant ne se sera pas acquitté à la fin de la période ou du délai en question sera prise uniquement par consensus.

³¹¹ Comment le commerce mondial s'organise sans l'OMC, cf encart de Jean Marc SIROEN intitulé « L'OMC doit abandonner la pratique de la décision par consensus ».

la dérogation et la date à laquelle celle-ci prendra fin ». Cette lacune a ainsi permis de légitimer des régimes aussi divers que la Communauté européenne du charbon et de l'acier de 1952. La libéralisation qu'instituait le pool ne s'étendant qu'à des produits déterminés, elle ne pouvait pas se fonder sur le régime des accords commerciaux régionaux établi par l'article XXIV. La dérogation a ainsi couvert un traité qui a perduré pendant cinquante ans.

Bien que l'alinéa 4 poursuive en posant une obligation de réexamen annuel des dérogations dont la durée excède une année, dans la pratique ces dernières tendent à se multiplier et à se pérenniser. Face à cette situation, le système de règlement des différends a développé une jurisprudence très stricte, s'agissant du régime des dérogations qui ne sont pas immunisées de toute contestation.

La précarité du régime des dérogations est illustrée par les conclusions de l'ORD³¹² rendues dans l'affaire « bananes »³¹³. En défense, l'UE avait invoqué la dérogation qu'elle avait obtenue, en décembre 1994, à la suite de la condamnation, par le panel du GATT, de son régime d'importation de bananes, afin de justifier les entorses à l'Accord général qu'avait constitué son régime de licences ainsi que l'accord-cadre de mars 1994. Cet argument devait conduire le panel puis l'OAP à se prononcer sur le champ d'application matériel de la dérogation.

Aussi bien le Groupe Spécial que l'organe d'appel, adoptèrent une interprétation stricte pour ne pas dire restrictive³¹⁴ du champ d'application « *ratione materiae* » de la dérogation.

Tout d'abord, constatant le caractère résolument discriminatoire du dispositif de classification des bananes – distinguant selon l'origine des bananes – au bénéfice des pays ACP, l'OAP dénonce une violation de l'article I. Cette violation n'est pas dirimante si elle est justifiée par une règle de GATT (article XXIV, Clause d'habilitation) ou si elle entre dans le champ de la dérogation. Se livrant à un examen minutieux de la dérogation, l'OAP établit un double constat. Il relève que la différenciation introduite selon le régime d'importations des bananes similaires ne peut être justifiée, au regard de la dérogation, que si elle vise à satisfaire un des objectifs de la convention. Reprenant les termes de cette dernière, le juge estime que la

³¹² Rapports du panel du 22 mai 1997 et de l'OAP du 9 septembre 1997.

³¹³ Mémoire Fatimata Zahra Niang : Les accords de partenariat économique, une exigence juridique du droit de l'OMC ? Institut Européen de l'Université de Genève, 73 pages, pp 36-39.

³¹⁴ Fiona SMITH, « Renegotiating Lomé: the impact of the World Trade Organisation on the European Community's development policy after the bananas conflict », *European Law Review*, 2000.

différenciation répond bien à un objectif de l'accord, dans la mesure où elle vise à octroyer un traitement préférentiel aux bananes originaires des pays ACP, acceptant ainsi l'adoption de régimes d'importations différents.

En revanche, s'agissant précisément de la violation de la prohibition des restrictions quantitatives discriminatoires que généraient les quotas spécifiques à destination de certains membres seulement de l'accord-cadre, cette entorse ne pouvait trouver de justification au regard de la dérogation, dans la mesure où elle ne se fonde pas sur la défense du lien préférentiel que garantit le waiver.

L'Organe d'Appel s'en est tenu à une stricte compréhension de la dérogation. Par la même occasion, il a dénié tout effet utile au critère d'interprétation dégagé par le panel, à savoir la recherche de la finalité même implicite de l'accord de Lomé -. Une approche différente lui aurait permis de constater que la violation de l'article XIII répond à un impératif de la convention en matière de développement, objectif d'ailleurs partagé par certaines dispositions du droit de l'OMC , et que dès lors toute limitation du champ de la dérogation le compromet. Par cette interprétation stricte de la dérogation couvrant le régime commercial de Lomé, l'OAP a prouvé, si besoin était, que la dérogation n'était pas une exception et qu'en conséquence elle ne conférait pas un droit équivalent aux principes fondamentaux dont elle est supposée réduire la portée.

En plus de la faiblesse du mécanisme juridique de la dérogation, les conditions de son octroi échappent à tout critère juridique pour être mues par des considérations de politique économique. A cet égard, la pesée des intérêts en présence révèle un affaiblissement constant de la position communautaire dans la négociation des dérogations qui requiert une refonte de sa politique commerciale, afin que les autres partenaires commerciaux acceptent la reconduction temporaire d'un régime voué à disparaître.

Le recours à la dérogation, afin de couvrir le régime de Lomé, bien qu'il relève d'une solution juridiquement acceptable, n'a pas constitué une alternative satisfaisante pour la pérennité du régime préférentiel. Excipant de son incapacité politique à maintenir durablement le régime de Lomé, la Communauté a opté pour la solution qu'elle juge la plus sécurisante par la mise en conformité du régime commercial au droit commun de l'OMC.

Pourtant cette argumentation ne semble pas révéler tous les enjeux en présence. S'il ne fait aucun doute que le régime dérogatoire, en raison de ses caractéristiques, n'offre pas toute la sécurité juridique nécessaire en raison de son caractère temporaire mais également de sa

justiciabilité, cette circonstance ne saurait en aucune façon lui dénier sa valeur au regard du droit. Au sein de l'OMC, il existe d'importantes dérogations accordées dont certaines sont similaires à celles qui légitimaient l'antique régime commercial préférentiel. Il convient donc de rechercher les facteurs qui ont poussé l'UE à renoncer à négocier une nouvelle dérogation.

Des auteurs³¹⁵ considèrent que si la dérogation nécessaire au maintien du système de Lomé avait été demandée, elle aurait été accordée. Cette supputation se fonde sur deux constats empiriques : l'existence de régimes similaires au système de Lomé et le poids économique et politique de l'UE au sein de l'OMC. S'il est vrai qu'additionnée aux pays ACP, l'UE jouit d'un poids important car majoritaire, en revanche une telle analyse ne paraît pas révéler la réalité des rapports de force au sein de l'OMC.

L'OMC, en tant que « member driven organisation », se distingue fondamentalement des organisations internationales d'intégration, en raison de la (faible) place ainsi que de l'importance qu'y occupe la norme juridique. Bien que l'ORD constitue un organe intégré dont les décisions sont censées s'imposer aux membres, l'organisation demeure avant tout une enceinte de négociation permanente dont l'extension continuelle à de nouveaux membres relativise fortement la place de ses membres historiques. Ainsi, l'UE, bien que demeurant un partenaire économique important, doit s'adapter aux évolutions du cadre multilatéral. Aussi, l'émergence de nouvelles économies réunies en groupes stratégiques érode-t-elle fortement la marge de manœuvre de l'Union qui doit multiplier les concessions afin que ses intérêts soient pris en compte. A cet égard, elle a dû user de la stratégie du « bargaining », afin de convaincre les pays d'Asie du Sud-Est de voter en faveur de la dérogation permettant le maintien des contingents tarifaires jusqu'au 31 décembre 2006. Ce groupe de pays mené par la Thaïlande, les Philippines et l'Indonésie s'est vu ainsi octroyer un quota tarifaire très favorable leur permettant d'importer leurs ressources halieutiques sur le territoire communautaire.

Selon Monsieur Roberto Fiorentino, économiste à la Division de l'examen des politiques commerciales, il est ressorti que la Communauté n'était pas disposée à « négocier » une nouvelle dérogation. Ceci s'explique doublement : d'une part, le groupe des pays d'Amérique latine n'acceptait pas de s'accommoder de nouvelles préférences si des concessions ne leur étaient pas accordées et d'autre part, le bilan coût-avantage révélait que ces derniers, très compétitifs, avaient d'avantage intérêt à exporter vers la Communauté et qu'en conséquence

³¹⁵ Denis BERTHELOT, « David et Goliath : argumentaire contre les APE entre l'UE et les pays ACP », Solidarité. Raoul Marc JENNAR, « Ces accords que Bruxelles impose à l'Afrique », Le Monde diplomatique, Février 2003.

le maintien des préférences les lésait dans leur accès au marché communautaire. N'étant donc pas en mesure d'octroyer des concessions à ses partenaires d'Amérique latine, la Communauté a simplement renoncé à toute négociation³¹⁶. Il faut dire que l'affaire « bananes » est venue saper la confiance, déjà mise à mal par le conflit agricole, des partenaires commerciaux de la Communauté à l'égard de la norme conventionnelle multilatérale. Il en est résulté, de la part de ces derniers, la mise en œuvre d'une politique offensive visant à démanteler tous les régimes *sui generis* développés par l'Union européenne, qu'il s'agisse de sa politique extérieure ou de ses politiques communes.

A cet égard, la guerre commerciale que se livre l'UE et les Etats-Unis, dans le cadre des difficiles négociations au sein de l'OMC au sujet de la Politique Agricole Commune (PAC), offre un cadre d'analyse et de compréhension de la position communautaire. Ainsi, de la même façon que les Etats-Unis n'ont pas manqué d'user de la Section 301 du Trade Act de 1974³¹⁷ pour sanctionner le communautaire dans le conflit « bananes », les Américains ont usé de la menace de prendre des mesures de rétorsion commerciale, si les Européens ne réformaient pas fondamentalement, au-delà des changements cosmétiques, la PAC. Par conséquent on ne s'étonnera pas que les réformes successives de la PAC recèlent une forme de mimétisme de l'état des négociations dans le forum multilatéral. Ainsi, par exemple, les Etats-Unis, en plus d'avoir obtenu la conversion des prélèvements variables à l'importation garantis de la préférence communautaire en droits de douanes, ont progressivement accéléré la réduction des restitutions à l'exportation qui ont fortement contribué à étendre les parts de marché mondiaux conquis par l'agriculture communautaire.

Ainsi, cette attitude américaine, offensive et contraire aux disciplines commerciales multilatérales que les Etats-Unis prétendent défendre, révèle une décrédibilisation³¹⁸ continue de l'UE face à ses autres partenaires. A défaut de ne pouvoir donner l'exemple et de se conformer aux sentences de l'ORD, l'UE voit, par la même occasion, sa marge de manœuvre réduite car là où la norme juridique s'affaiblit, le politique reprend le dessus et, en la matière, la puissance dominante impose les règles du jeu. Bien que les autres partenaires de l'UE ne soient pas les plus respectueux des disciplines commerciales multilatérales, la

³¹⁶ C'est ce qui ressortit de l'entretien de Fatimata Zahra Niang avec Roberto Fiorentino, OMC, 28 novembre 2006.

³¹⁷ Saisie par la CE de la prise de sanctions jugées prématurées consécutives à la demande de suspension de concessions dans le conflit bananes, le panel a considéré, dans son rapport du 27 janvier 2000, que les sections 301 et suivantes de la loi sur le commerce extérieur n'étaient pas contraires aux engagements pris par les Etats-Unis dans le cadre de l'OMC, tant et aussi longtemps que les Américains se conformeraient aux dits engagements.

³¹⁸ Yves PETIT, « L'Agriculture, pomme de discorde entre l'UE et les Etats-Unis ».

frénésie belliqueuse de la Communauté au sein de l'ORD a fini par essouffler les autres acteurs mondiaux lassés par un conflit « banane » qui n'en finit pas de ternir l'efficacité du système de règlement des différends surpassé par des considérations de politique économique.

L'étude du cadre de la négociation de la dérogation octroyée à Doha, afin de maintenir le régime préférentiel en faveur des pays ACP, permet de comprendre l'autre fondement politique de la dérogation. Lors de la conduite des négociations, il est apparu que le groupe d'Amérique latine, mené par le Costa Rica, l'Equateur, le Guatemala, le Honduras et le Panama, a refusé d'examiner la demande de dérogation pour le maintien du régime de Lomé durant la phase transitoire, tant que l'affaire « banane » ne serait pas liquidée. Dans le texte de la dérogation, ces réticences, qui sont l'expression d'une forme de chantage commercial, apparaissent clairement mises en avant. On y apprend notamment que dans l'appréciation de la demande de dérogation, plusieurs éléments ont été pris en compte, afin de sonder la bonne foi du partenaire communautaire. Au nombre des indices, figuraient les objectifs de l'Accord de Cotonou tenant à l'amélioration du niveau de vie des pays ACP et notamment des moins favorisés d'entre eux (PMA). On note également que les objectifs du développement étaient poursuivis dans une mesure compatible avec le droit de l'OMC. Enfin, on relève également que le partenaire communautaire s'est engagé à se conformer au principe de la consolidation des droits de douane dont il accepte le contrôle par les instances juridictionnelles du cadre multilatéral.

A la suite de la décision rendue sur requête de l'Equateur, la Communauté a mis en œuvre un nouveau régime³¹⁹ d'importations des bananes. Ce régime prévoit une période transitoire de cinq ans prenant fin au 1^{er} janvier 2006 au terme de laquelle un système exclusivement tarifaire serait mis en place (suppression des contingents). Une dérogation à l'article XIII a été accordée à l'UE jusqu'au 31 décembre 2005, afin de lui permettre de maintenir les contingents tarifaires.

Avant que le nouveau régime n'entre en vigueur, diverses contestations des propositions tarifaires faites par la Commission ont émané des pays d'Amérique latine et notamment de l'Equateur. En mars 2007, l'Equateur qui a vainement tenté de trouver des solutions négociées, a demandé la constitution d'un panel. Au soutien de sa demande, il estimait que le tarif appliqué par l'UE aux pays ACP n'était pas conforme aux engagements tarifaires

³¹⁹ Règlement 216/2001 du 29 janvier 2001 modifiant le règlement CEE 404/93 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane (JO du 2 février 2001, L031).

consolidés dans sa liste de concessions. L'UE n'a pas tenté de justifier cette différence de traitement par la dérogation qui avait déjà expiré.

Plus récemment encore, la Colombie, jusqu'ici tierce partie dans le conflit, s'est ralliée aux arguments de l'Equateur pour contester le régime communautaire d'importation de la banane. Cette contestation naît alors que les négociations en vue de la conclusion d'un APE sont entrées dans une phase critique. Certains observateurs ont cru déceler, dans l'attitude de la Colombie, une manœuvre visant à influencer sur le contenu des nouveaux arrangements. La Commission a estimé que la réaction de la Colombie, reflétant sa volonté de protéger ses producteurs locaux au détriment des productions des pays ACP et présageant une nouvelle fronde des pays d'Amérique latine, va à l'encontre des principes de la bonne foi et de l'équité et pourrait entraîner une marginalisation encore croissante des économies les plus vulnérables de la planète. Il apparaît clairement en effet que dans ce complexe conflit de la « banane », la recherche du respect de la norme de droit n'est plus la priorité des parties contractantes et que chacune d'entre elles ne cherche qu'à défendre les intérêts de ses producteurs nationaux.

TITRE II :

L'INCOMPATIBILITE DES PREFERENCES TARIFAIRES AVEC LE PRINCIPE DE RECIPROCITE PROMU PAR L'OMC

L'incompatibilité des préférences tarifaires avec le principe de réciprocité de l'OMC s'est d'abord opérée à travers une révision initiée à travers la Partie 4 du GATT. Celle-ci s'est traduite par une confirmation du principe de Traitement Spécial et Différencié visant à compenser l'écart important du niveau de vie des pays en développement, et par une exception au principe de réciprocité. L'abandon de la réciprocité stricte est le levier qui a actionné le principe de l'octroi des préférences aux pays en développement. Ainsi, la non-réciprocité est le principe qui régit les négociations avec les pays en développement. Nombre de parties contractantes du GATT en voie de développement critiquent le rôle général joué par le concept de réciprocité au titre des négociations commerciales. Pour elles, la réciprocité ne saurait jouer qu'entre pays de niveau de développement comparable. Le fait que les pays développés (ou riches) exigent des pays en développement (ou pauvres) la réciprocité des concessions commerciales, serait particulièrement injuste pour ces derniers et les pénaliserait, car leur situation de pauvreté augmenterait mathématiquement le poids relatif de leurs engagements. C'est pourquoi, la contradiction sera par la suite confirmée par la clause d'habilitation de 1979, en octroyant une base juridique et permanente au statut dérogatoire des pays en développement et en confirmant formellement le principe de non-réciprocité. Or, pour généreux et bien-fondé qu'il puisse paraître, ce principe de non-réciprocité n'est pas sans entraîner des effets pervers. En n'étant tenu de n'offrir et de ne se voir demander aucune concession commerciale, les pays en développement ne sont guère en mesure d'influer sur le déroulement des négociations et de voir leurs intérêts pris en considération. En réalité, l'abandon du principe de réciprocité dans les relations commerciales Nord/Sud a profondément contribué à faire des Négociations Commerciales Multilatérales une affaire de pays développés pour assurer la promotion et la défense de leurs intérêts économiques. C'est l'occasion de se demander si la reconnaissance officielle du principe de non-réciprocité n'a pas été contre-productive pour les pays du tiers-monde. Au niveau des préférences spéciales, cette dissonance fut surtout marquée dans les Conventions de Lomé, par un système asymétrique de discrimination positive des ACP dans les préférences commerciales et par un régime de transition dérogatoire aux principes du multilatéralisme et des instruments commerciaux originaux. Ce dernier tient compte du débat juridique pour une normalisation

des relations UE-OMC, à savoir les conflits arbitrés par l'OMC et de la politique commerciale selon l'Accord de Cotonou, c'est-à-dire de l'exception à la normalisation. L'ère de la nouvelle OMC va être celle de la remise en cause des préférences spéciales discriminatoires. Certains pays en développement ne cautionnent pas, à juste titre, que d'autres pays de la même catégorie bénéficient d'arrangements commerciaux préférentiels en contradiction avec les règles commerciales multilatérales. C'est le début du démantèlement des préférences spéciales. L'offre préférentielle européenne a connu deux époques et deux régimes différents. Si les conventions de Yaoundé étaient symétriques et basées sur la réciprocité, les conventions de Lomé étaient asymétriques et impliquaient des préférences commerciales non-réciproques, discriminatoires et contraires au GATT, quoique tolérées. Le constat de l'illégalité des préférences commerciales découlant des conventions de Lomé a placé les communautés européennes devant une alternative : maintenir les préférences et donc la non-réciprocité en les élargissant aux autres pays en développement ou les retirer pour laisser tous les bénéficiaires potentiels sur un pied d'égalité. Le second terme de l'alternative fut choisi, avec à la clé la proposition d'un nouveau partenariat commercial. Celui-ci ne pouvait désormais se concevoir que dans une parfaite adéquation avec les dispositions de l'OMC. C'est en ce sens que la Convention de Cotonou a été signée. Même si elle aménage une période de transition, sa dimension commerciale est orientée vers une réciprocité globale.

Ainsi, nous étudierons dans ce chapitre, la contrariété du SGP avec le principe de réciprocité promu par l'OMC (Chapitre I) et la contrariété des préférences spéciales avec le principe de réciprocité promu par l'OMC (Chapitre II).

CHAPITRE I : La contrariété du SGP avec le principe de réciprocité promu par l'OMC

Nous examinerons ici, une contradiction entre le principe de non- réciprocité du SGP et le principe de réciprocité de l'OMC initiée par une révision à travers la Partie 4 du GATT (Section I) et une contradiction entre le principe de non-réciprocité du SGP et le principe de réciprocité de l'OMC confirmée par la Clause d'habilitation de 1979 (Section II).

SECTION I : contradiction entre le principe de non- réciprocité du SGP et le principe de réciprocité de l'OMC initiée par une révision à travers la Partie 4 du GATT.

Elle se traduit par une confirmation du principe de Traitement Spécial et Différencié (Paragraphe I) qui vise à compenser l'écart important du niveau de vie des pays en développement, et d'une exception au principe de réciprocité (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Une confirmation du principe de Traitement Spécial et Différencié

La différenciation entre pays développés et pays en développement s'est d'abord manifestée par l'introduction de la notion de TSD dans le GATT de 1947, avant que la non-réciprocité ne soit formalisée avec l'introduction d'une partie 4 dans le GATT de 1964. Les modifications intervenues autour de l'article 18 du GATT, en 1954-1955, ont cristallisé la première reconnaissance légale de la nécessité de la prise en compte des différences des niveaux de développement entre les parties contractantes, dans le but de faciliter la réalisation des objectifs du GATT³²⁰. A cet effet, trois catégories de bénéficiaires ont été dégagées, aux termes du paragraphe 4 de l'article 18, pour leur donner la faculté de déroger temporairement³²¹ aux dispositions des autres articles du GATT. Il s'agit des parties contractantes dont l'économie ne peut assurer à la population qu'un faible niveau de vie, des parties contractantes qui en sont aux premiers stades de leur développement et de toutes les

³²⁰ El hadj Abdourahmane Diouf L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales, page 43.

³²¹ Paragraphe 4.a de l'article 18 du GATT.

autres parties contractantes dont l'économie est en voie de développement mais qui n'entrent pas dans les deux premières catégories citées³²².

La révision du GATT entrée en vigueur le 27 juin 1966 (et qui fut d'ailleurs la dernière), insérant dans l'accord général une partie 4 intitulée « commerce et développement », pour opportune qu'elle ait pu être, demeure marquée du sceau de l'approche négative de la situation des pays du tiers-monde. Celle-ci est toujours appréhendée comme constituant une exception par rapport au régime général de droit commun. Dans l'ensemble, cette partie 4, assez vague, ne contient que des principes généraux non susceptibles de déboucher sur des obligations juridiques précises et déterminées. En cela, elle ne se différencie guère des engagements non contraignants (droit flexible ou soft Law).

Il existe toutefois une exception majeure, bien connue et déjà signalée, avec la reconnaissance du principe de non-réciprocité dans les négociations commerciales entre pays développés et pays en développement (art 36). L'élimination de la réciprocité dans les relations Nord / Sud a confiné les pays en voie de développement au rôle de simples spectateurs dans les grandes négociations internationales ; n'ayant rien à offrir, ils n'ont guère pu faire entendre leurs voix et obtenir les concessions qu'ils souhaitaient.

La partie 4 du GATT est un véritable plaidoyer pour une participation effective des pays en développement dans le commerce international³²³. Elle est d'ailleurs intitulée: « Commerce et Développement »³²⁴. En partant du constat de l'écart important des niveaux de vie³²⁵ au profit des pays développés, elle reconnaît l'urgence du développement progressif des parties contractantes peu développées³²⁶. Elle est à la fois une confirmation du principe de TSD, en autorisant les pays en développement à utiliser des mesures spéciales pour favoriser leur commerce et leur développement³²⁷, mais aussi une introduction légale de la notion de non-réciprocité dans le droit du GATT, en disposant que les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans des négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce des parties contractantes peu développées. Une note interprétative précise qu'on ne devrait pas attendre d'une partie contractante peu développée qu'elle apporte, au cours de

³²² Paragraphe 4.b de l'article 18 du GATT.

³²³ El hadj Abdourahmane Diouf op.cit. p 47-50.

³²⁴ La Partie 4 du GATT, intitulée Commerce et Développement, est composée des articles 36 à 38 du GATT de 1947 et expose les principes et objectifs généraux de la relation commerce/développement, les engagements des pays développés et les modalités d'action collective .

³²⁵ Article 36, Paragraphe 1.c.

³²⁶ Article 36, Paragraphe 1.a.

³²⁷ Article 36, Paragraphe 1.f.

négociations commerciales, une contribution incompatible avec les besoins de son développement, de ses finances et de son commerce, compte tenu de l'évolution passée des échanges³²⁸. Globalement l'article 36 énonce un certain nombre d'impératifs comme l'augmentation rapide et soutenue des recettes d'exportation des parties contractantes peu développées, la nécessité de faire des efforts positifs pour assurer aux parties contractantes peu développées une part de la croissance du commerce international « qui corresponde » aux nécessités de leur développement économique ainsi que la nécessité d'assurer pour les produits primaires, dans la plus large mesure possible, des conditions « plus favorables et acceptables » d'accès aux marchés mondiaux et, s'il y a lieu, d'élaborer des mesures destinées à stabiliser et à améliorer la situation de ces marchés. Cette disposition induit une série d'obligations de traitement différencié à l'endroit des parties contractantes développées du GATT. Celles-ci devront prendre spécialement en considération les intérêts commerciaux des parties contractantes peu développées quand elles envisageront d'appliquer d'autres mesures que l'Accord autorise en vue de résoudre des problèmes particuliers. Elles devront aussi explorer toutes les possibilités de redressement constructif avant d'appliquer de telles mesures, si ces dernières devaient porter atteinte aux intérêts essentiels de ces parties contractantes. Ils devront également prendre les dispositions institutionnelles nécessaires pour permettre d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 36. Le TSD ainsi octroyé contient une batterie de mesures offensives favorisant l'accès aux marchés des produits des pays en développement et signifie, pour les pays développés, des engagements de ne pas mettre d'obstacles supplémentaires au commerce. Ceux-ci s'engagent à l'abaissement et à l'élimination des obstacles qui s'opposent au commerce des produits dont l'exportation présente un intérêt particulier pour les pays en développement, y compris les droits de douane et autres restrictions comportant une différenciation raisonnable entre ces produits à l'état primaire et après transformation³²⁹. Le problème ainsi posé est celui de la progressivité des droits de douane qui, constitue encore de nos jours un motif d'insatisfaction pour les pays africains dans le cadre des négociations du cycle de Doha. Elle découle d'une politique commerciale internationale qui cantonnait l'Afrique au rôle de pourvoyeuse de matières premières. Toute velléité de transformation des produits locaux pour leur conférer de la valeur ajoutée est proportionnellement taxée, au point d'annihiler les gains financiers et commerciaux que l'on pourrait en tirer. Il s'y ajoute qu'elle ne favorise pas la mise en place d'une industrie locale compétitive et, en définitive, reste contraire à la volonté annoncée

³²⁸ Article 36, Paragraphe 8.

³²⁹ Article 37, Paragraphe 1.a .

d'intégrer les pays en développement dans le système. Le fait de proposer une solution de contournement du principe de la progressivité des droits est un acte majeur posé par la partie 4 du GATT au profit des pays en développement faiblement industrialisés. Le contexte y a beaucoup aidé certainement par la prise en charge des questions de développement au niveau de la CNUCED. Les pays développés se sont aussi engagés à s'abstenir d'instituer ou d'aggraver des droits de douane ou obstacles non tarifaires à l'importation concernant des produits dont l'exportation présente ou pourrait présenter un intérêt particulier pour les pays en développement³³⁰. Ils devront aussi s'abstenir d'instituer de nouvelles mesures fiscales³³¹ et d'éliminer celles existantes dans le cadre des aménagements de leur politique fiscale³³². En outre, il est de la responsabilité des pays en développement de veiller à ce que soient effectivement appliquées les mesures appropriées pour la mise en œuvre des dispositions de la Partie 4, dans l'intérêt du commerce des autres parties contractantes peu développées, pour autant que ces mesures soient compatibles avec les besoins actuels et futurs de leur développement³³³.

Pour garantir le régime préférentiel ainsi mis en place, un comité du commerce et du développement a été institué pour suivre de façon continue l'application des dispositions de la Partie 4 et mener les consultations qui pourraient être nécessaires à son application. Son rôle est aussi de soumettre des propositions concernant la mise en œuvre des dispositions préférentielles et d'examiner toute question liée à la possibilité pour une partie contractante d'entrer dans la catégorie des pays en développement. Le comité du commerce et du développement s'appuiera essentiellement sur le Groupe de travail des préférences dont les travaux s'articulent autour de l'étude des propositions présentées, en vue de l'octroi de préférences par les pays industrialisés en faveur des pays en développement. Il s'appuie également sur l'examen des constatations du Groupe de travail et de l'expansion des échanges entre pays peu développés concernant l'octroi réciproque de préférences entre ces pays.

Il apparaît ainsi que la révision de l'article 18 et l'introduction de la partie 4 dans le GATT ont été les outils précurseurs de la différenciation entre pays en développement et pays développés. Mais, leur mise en œuvre réelle a été obtenue grâce à deux modes dérogatoires que sont le SGP et la clause d'habilitation.

³³⁰ Article 37, Paragraphe 1.b .

³³¹ Article 37, Paragraphe 1.c.i .

³³² Article 37, Paragraphe 1.c.ii .

³³³ Article 37, Paragraphe 4 .

PARAGRAPHE II : Une exception au principe de réciprocité

Le problème de la réciprocité dans les négociations tarifaires avait déjà fait l'objet de discussions à l'occasion des négociations de la Charte de la Havane. Celles-ci n'avaient cependant abouti à aucun résultat concret de ce point de vue. Aucune disposition de la Charte de La Havane ne dispensait en effet les pays en développement d'offrir des concessions en échange des réductions de tarifs dont ils auraient pu bénéficier de la part des pays développés. La Charte stipulait même qu' « aucun Etat membre ne sera tenu de faire des concessions unilatérales, ni de faire des concessions à d'autres Etats membres pour lesquelles il ne recevrait pas en retour de concessions suffisantes »³³⁴, sans prévoir aucune exception en faveur des pays en développement. Ceux-ci étaient, par conséquent, libres de ne pas faire de concessions à leurs partenaires, mais ils ne devaient pas s'attendre à voir ceux-ci en faire unilatéralement en leur faveur.

La conséquence de l'absence d'une exception à l'obligation de réciprocité, dans les négociations tarifaires en faveur des pays en développement, fut que les produits présentant le plus d'intérêt pour eux ne furent pas traités à l'occasion des premiers rounds de négociations tarifaires. Cela fut particulièrement net pour les produits agricoles qui furent totalement exclus du champ des négociations jusqu'au Dillon Round de 1961³³⁵.

L'année 1958 marqua le véritable point de départ de la prise de conscience par le GATT des problèmes qui se posaient aux pays en développement. Un Panel³³⁶ composé de quatre économistes de renommée internationale (les professeurs Gottfried Haberler, Roberto de Oliveira Campos, James Meade, et Jan Tinbergen) fut mis en place pour étudier les problèmes spécifiques rencontrés par les pays en développement dans le commerce international. Ce panel rendit un rapport fondamental intitulé, « L'évolution du commerce international »³³⁷, mieux connu sous le nom de « rapport Haberler », du nom de son président.

Pour la première fois, ce rapport a mis l'accent sur les difficultés que rencontraient les pays en développement à accéder aux marchés des pays développés. Le GATT fut implicitement critiqué pour son attitude passive face à cette problématique. Les pays développés, de leur côté, étaient invités à ouvrir leurs marchés aux productions des pays en développement.

³³⁴ Article 17, alinéa 2 b .

³³⁵ Philippe Vincent, L'OMC et les Pays en développement, Editions Larcier, pp 83-86 .

³³⁶ Un panel est un groupe d'experts chargé de rendre un rapport sur une allégation de violation des dispositions du GATT par une partie contractante, ou sur un problème plus général que lui soumettent les Parties Contractantes.

³³⁷ GATT / 1958-3.

L'augmentation des exportations de ceux-ci dans les secteurs industriels à faible valeur ajoutée allait entraîner corrélativement une augmentation de leurs importations. Celles-ci allaient concerner essentiellement des produits agricoles et industriels en provenance des pays développés. Ces derniers avaient donc un intérêt indéniable à ouvrir leurs frontières aux productions des pays en développement.

Le GATT ne tarda pas à réagir. Sur la base des conclusions du rapport Haberler, les Parties Contractantes inaugurèrent, en 1958, un « Programme d'action en vue d'une expansion du commerce international ». Trois comités furent mis sur pied pour étudier les problèmes rencontrés par les pays en développement sur la scène commerciale internationale. Si les deux premiers représentaient un intérêt certain pour les pays en développement, c'est le Comité III qui présentait le plus d'importance pour eux. Il avait en effet reçu pour tâche d'étudier les obstacles qui restreignaient les exportations des pays en développement à destination des pays développés³³⁸.

En ce qui concerne les barrières tarifaires, le Comité III constata que des droits de douane élevés frappaient de nombreux produits d'importance vitale pour les pays en développement, tels que le thé et les articles en coton et en jute. Le Comité III dénonça également les restrictions à l'importation appliquées par les pays développés sur les produits de base originaires des pays en développement. Il dénonça particulièrement la différence de traitement suivant le degré d'ouvraison des produits.

L'objectif du Comité III n'était pas de condamner les politiques des pays développés. Il était de leur demander d'examiner la possibilité de faciliter les exportations des pays en développement. A cette fin, il proposa en 1959 l'adoption d'une recommandation demandant aux pays développés « d'examiner les barrières aux exportations des pays en développement, en vue de faciliter une expansion rapide des recettes d'exportation des pays les moins développés ». Les Parties Contractantes adoptèrent cette recommandation³³⁹. Elle n'allait aboutir qu'au retrait de restrictions liées à la balance des paiements³⁴⁰. Ces restrictions auraient cependant été retirées de toute façon, en raison de l'amélioration de la situation des pays industrialisés enregistrée à la fin des années 50.

Malgré ses appels, les travaux du Comité III n'aboutirent à aucun autre résultat concret en faveur du commerce des pays en développement. Toute concession sur l'exigence de

³³⁸ IBDD, supp. n°7, p.30.

³³⁹ IBDD, supp. n°8, p.23.

³⁴⁰ IBDD, supp. n°9, p.144.

réciprocité fut refusée par les parties contractantes développées. Le Comité I, chargé de préparer les négociations du Dillon Round, rappela expressément que, chaque partie contractante était libre d'exiger ou non la réciprocité, pour toute concession faite au cours des négociations tarifaires multilatérales³⁴¹. Les travaux du Comité III ne menèrent finalement qu'à une Déclaration sur la promotion du commerce des pays peu développés en 1961³⁴². Celle-ci ne contenait cependant aucune obligation pour les pays développés d'adopter une quelconque attitude en faveur des pays en développement.

Les conclusions du rapport Haberler et les travaux du Comité III allaient toutefois encourager les pays en développement à réclamer un traitement préférentiel.

En 1959, quinze pays en développement soumièrent une « Note sur l'expansion du commerce international »³⁴³. Celle-ci insistait sur les possibilités limitées dont disposaient les pays en développement pour participer au commerce international et aux négociations tarifaires. Elle réclamait également l'abandon de la réciprocité dans les concessions accordées aux pays du Sud. Elle critiquait enfin le système d'égalité de traitement entre pays développés et en développement en vigueur au sein du GATT.

Un lobby de pays en développement prenait naissance pour la première fois. Il allait commencer à exercer une pression sur les parties contractantes développées, afin d'obtenir des concessions en faveur du développement économique³⁴⁴.

En 1962, un nouveau groupe de vingt-trois (23) pays en développement introduisit une résolution réclamant à nouveau des réductions unilatérales en faveur des pays du Sud³⁴⁵. Cette résolution allait aboutir à l'adoption du Programme d'action du GATT du 21 mai 1963³⁴⁶.

Ce programme en huit points prévoyait la libéralisation de la protection tarifaire et non tarifaire à l'égard des produits présentant un intérêt particulier pour les pays en développement. Il réclamait plus particulièrement le gel de toute nouvelle barrière tarifaire et non tarifaire, l'élimination de toutes les restrictions quantitatives incompatibles avec le texte du GATT, la suppression des droits de douane sur les produits tropicaux et les matières premières, l'adoption d'un calendrier pour l'élimination progressive des droits de douane sur

³⁴¹ IBDD, supp. n°8, p.108-110.

³⁴² IBDD, supp. n°10, p.28.

³⁴³ Doc. GATT W.14/15. Pour un commentaire, voy. G. CURZON, *Multilateral Commercial Diplomacy*, Londres, Michael Joseph, 1965, p.231.

³⁴⁴ Voy. D. TUSSIE, *The Less Developed Countries and the World Trade System: a Challenge to the GATT*, New York, St Martin's Press, 1987, p.27.

³⁴⁵ IBDD, supp. n°11, p. 191.

³⁴⁶ IBDD, supp. n°12, pp. 36-50.

les exportations de produits semi-finis et finis en provenance des pays du Sud, et enfin la réduction progressive des taxes internes sur les produits entièrement ou partiellement produits dans des pays en développement.

Le Programme d'action était ambitieux. Sa mise en œuvre intégrale aurait probablement grandement amélioré la place des pays en développement sur la scène internationale. Il fut adopté par les ministres de tous les pays industrialisés, à l'exception des pays de la CEE. Ceux-ci s'abstinrent au motif que « la forte et rapide augmentation des recettes d'exportation de l'ensemble des pays en développement qui est l'objectif fondamental, requiert des mesures plus positives »³⁴⁷. L'acceptation fut toutefois assortie de beaucoup de réserves de la part des pays développés. L'une des seules conséquences du Programme d'action fut le lancement de négociations visant à amender le texte du GATT. Celles-ci allaient aboutir à l'adoption de la Partie IV du GATT.

La résolution lançant les négociations du Kennedy Round débutait par la réaffirmation du principe de réciprocité : « des négociations commerciales générales, fondées (...) sur le principe de la réciprocité s'ouvriront (...) »³⁴⁸. Cependant, elle édictait également que « les pays développés ne sauraient s'attendre à bénéficier de la réciprocité de la part des pays peu développés dans les concessions qu'ils leur font » (³⁴⁹)³⁵⁰. Cette résolution marquait une évolution positive par rapport aux négociations du Dillon Round. Aucun mécanisme n'était toutefois mis en place pour la mise en œuvre du principe et le traitement favorable dont les pays en développement auraient dû bénéficier à l'occasion de ces négociations³⁵¹.

Entre-temps, mécontents de la manière dont le GATT traitait leurs problèmes, les pays en développement s'étaient adressés à l'Organisation des Nations unies pour tenter de leur trouver des solutions. En 1962, les pays en développement firent adopter par le Comité économique et social de l'ONU une résolution réclamant la convocation d'une conférence sur

³⁴⁷ IBDD, supp. n°12, pp. 38-39. Pour un commentaire, voy. K.DAM, *The GATT: Law and international Organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, p.235.

³⁴⁸ Alinéa 1.

³⁴⁹ Alinéa 8.

³⁵⁰ IBDD, supp. n°12, pp. 48-49.

³⁵¹ Phillipe Vincent, op.cit. pp 87-91.

le commerce international et le développement³⁵². La première Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) se réunit, à Genève, de mars à juin 1964³⁵³.

Les travaux de la première CNUCED aboutirent à l'adoption d'un Acte final reprenant une série de principes. Le plus important d'entre eux, le Principe n°8, affirmait que « les pays développés devraient accorder des concessions à tous les pays en voie de développement, leur faire bénéficier de toutes les concessions qu'ils s'accordent entre eux et, lorsqu'ils leur accordent ces concessions ou d'autres, ne pas exiger de ces pays la réciprocité »³⁵⁴.

La plupart des pays développés s'abstinrent ou votèrent contre l'Acte final de la première CNUCED. Ce vote se dirigeait cependant d'avantage contre la suite du Principe n°8 qui prévoyait que « de nouvelles préférences tarifaires et non tarifaires devraient être accordées à l'ensemble des pays en voie de développement, sans l'être pour autant aux pays développés ». Les pays développés étaient, dès ce moment, prêts à faire certaines concessions aux pays en développement. La crainte de voir les pays du Groupe des 77 basculer en bloc dans le champ d'influence de l'Union soviétique, ainsi que le désir de faire un geste afin d'encourager les pays en développement nouvellement indépendants à adhérer au GATT, amenèrent les pays développés à accepter la possibilité de renoncer à l'exigence de réciprocité dans les concessions accordées au pays du Sud. Ils refusaient, par contre, la possibilité d'une dérogation systématique à la Clause de la Nation la Plus Favorisée en faveur du développement économique³⁵⁵.

La CNUCED n'ayant aucun pouvoir de décision, il était indispensable de passer par le biais d'une réforme du GATT pour intégrer les acquis de la première CNUCED.

En effet, pour parler de la CNUCED, lors de la conférence de Bandoeng en 1955, le tiers-monde revendiquait déjà un nouvel ordre commercial, alors qu'il n'était pas encore un groupe suffisamment nombreux à l'ONU. S'appuyant sur la théorie de l'échange inégal, les pays du tiers-monde s'estimaient victimes de la division internationale du travail. Pour palier la

³⁵² Résolution 917 (XXXIV) de l'ECOSOC du 3 août 1962, Official Records of the Economic and Social Council ; Thirty-fourth session, 1236th meeting, p.209, par 7. A ce sujet, voy. D.CORDOVEZ, « The making of UNCTAD », JWTL, 1967, pp. 256-258.

³⁵³ Parmi les nombreuses études consacrées à la CNUCED, on retiendra entre autres, G.FISCHER, « L'UNCTAD et sa place dans le système des Nations Unies » AFDI, 1966, pp. 234-244 ; S. EL-NAGGAR, « The United Conference on Trade and Development. Background, Aims and policies », RCADI, 1969, vol. III, pp. 241-346.

³⁵⁴ Actes de la CNUCED, vol. I, p. 22. Voy, également V. LEARY, Les résolutions dans la formation du droit international du développement, Genève, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1971, p. 109.

³⁵⁵ Voy .R.PREISWERK, « La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents », Journal du droit international, 1967, p.32, note 81, et R.HUDEEC, Developing countries in the GATT Legal System, Londres, Trade Policy Research Center, 1987, p.39.

détérioration des termes de l'échange, ils revendiquaient un nouvel ordre économique international (NOEI)³⁵⁶. Réunie pour la première fois en mars 1964 à Genève, la CNUCED n'était à l'origine qu'une simple conférence convoquée par l'Assemblée Générale des Nations unies pour réfléchir sur la situation particulière des pays en développement. Cette première conférence eut un tel succès que l'Assemblée Générale décida d'en faire un organe subsidiaire. Toutefois, l'institution de l'OMC tend à reléguer cet organisme à un rôle de second plan.

Née en réaction au système libéral mis en place par le GATT au lendemain de la deuxième guerre mondiale, la CNUCED procède avant tout d'une initiative des pays en développement.

Elle est le résultat d'un compromis, à l'issue de la première conférence des Nations unies sur le commerce et le développement à Genève en 1964, entre les pays qui demandaient la mise en place d'une véritable institution spécialisée universelle et ceux qui considéraient comme suffisants les accords du GATT. La CNUCED apparut au sein du système des Nations Unies tantôt comme un forum de débats Nord/Sud, tantôt comme une enceinte de négociations d'accords commerciaux favorables au tiers monde.

En tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée Générale des Nations unies³⁵⁷, elle dépend juridiquement de celle-ci. Son Secrétaire général est désigné par le Secrétaire général des Nations unies, avec l'approbation de l'Assemblée Générale des Nations unies. De même, son budget et son personnel font partie intégrante de l'ONU. Mais, sa structure organique et son fonctionnement ressemblent à une véritable organisation internationale. Son poids politique et ses orientations (parfois radicales) ont pesé de façon significative, pendant plus de 20 ans, dans les relations commerciales internationales.

Sa composition est plus large que celle de l'ONU. Son mécanisme de prise de décision combine le système de groupe, le processus de conciliation et le consensus. Son institutionnalisation progressive est restée inachevée. Les pays en développement ne sont pas parvenus à la faire ériger en institution spécialisée et l'affrontement idéologique et politique entre le Sud et l'Est d'un côté et le Nord de l'autre, a entraîné sa désaffection par des pays développés.

A son actif, on peut citer la mise en œuvre d'un système de Préférences Généralisées (SPG) en 1972. Dans les années 1980, une régulation des cours des produits de base est encouragée

³⁵⁶ Cours du Pr Babacar GUEYE, Droit International Economique, Master I Droit Public, Ucad, pp 43-45.

³⁵⁷ Résolution 1995 (XIX) du 30 Décembre 1964.

au moyen d'une série d'engagements internationaux dans le cadre d'un programme intégré visant à stabiliser les produits de base.

Mais, la CNUCED n'a jamais pu s'imposer comme organisation de fait pouvant concurrencer le GATT et encore moins l'OMC.

Avec la conclusion des accords de Marrakech le 15 avril 1994 et la mise en place de l'OMC, on peut s'interroger sur la pertinence du maintien de la CNUCED ; l'OMC ayant vocation à servir de cadre général de négociation permanente en matière de commerce international. Ainsi, le maintien de la CNUCED peut s'avérer discutable car il engendre un double emploi institutionnel préjudiciable à l'efficacité de la réglementation du commerce international.

D'une part, les objectifs assignés à la CNUCED sont pris en charge par l'OMC avec la confirmation de la nouvelle partie IV consacrée au commerce et au développement par le GATT en 1994. D'autre part, la CNUCED semble elle-même renoncer aux objectifs qui avaient fait son succès dans les années 70-80, du fait de l'échec de la tentative d'instaurer un Nouvel Ordre Economique International.

Certains acquis de la CNUCED, comme le SPG et le Droit international du développement, ont été progressivement érodés par les velléités protectionnistes des pays développés. Au surplus, le libre-échange consacré par les accords de Marrakech rendent pratiquement caduque les méthodes interventionnistes de la CNUCED. Pour autant, l'avènement de l'OMC n'a pas sonné le glas de la CNUCED. Celle-ci tire sa légitimité du fait qu'elle est un organe subsidiaire des Nations unies, alors que l'OMC n'est pas une institution spécialisée.

En définitive, elle apparaît comme l'instance principale de négociation et de délibération dans le cadre de l'ONU sur les échanges commerciaux internationaux et les problèmes connexes de coopération économique internationale. Toutefois, elle est obligée de recentrer ses activités sur des domaines qui échappent à la compétence de l'OMC. De fait, elle tend à privilégier des activités de réflexion et de recherche dans les domaines du transport maritime, du commerce et de l'environnement, de la dette des pays en développement etc.

L'affrontement entre elle et le GATT, dans les années 1960-1980, a cédé le pas à une coopération avec l'OMC, en vue de rechercher des solutions spécifiques aux problèmes du commerce des pays en développement.

Désireux de prendre les devants par rapport à la CNUCED, et de montrer ainsi leur bonne volonté vis-à-vis des problèmes des pays en développement, les Parties Contractantes du GATT entamèrent les négociations pour une réforme du GATT, dès le mois de mai 1963.

A l'origine, les textes adoptés auraient dû être intégrés dans l'article XVIII du GATT³⁵⁸. Face à leur importance, les Parties Contractantes finirent par décider de les incorporer dans une nouvelle Partie IV du GATT. Celle-ci fut intitulée « Commerce et Développement ». Elle fut adoptée le 26 novembre 1964. La Partie IV comprend trois nouveaux articles qui se sont ajoutés au texte du GATT : les articles XXXVI, XXXVII et XXXVIII. Elle est entrée en vigueur, le 27 juin 1966, pour les Etats qui l'avaient acceptée³⁵⁹. Elle marque la reconnaissance juridique par les Parties Contractantes du GATT de la spécificité de la situation des pays en développement sur la scène commerciale internationale³⁶⁰.

L'article XXXVI du GATT contient un certain nombre de principes et d'objectifs relatifs à la place des pays en développement sur la scène commerciale internationale. Il reconnaît la nécessité d'augmenter les recettes d'exportation des parties contractantes peu développées, ainsi que celle de favoriser l'accès de leurs productions aux marchés des pays industrialisés.

L'innovation fondamentale de la Partie IV est contenue dans son article XXXVI, alinéa 8. Selon celui-ci, « les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans des négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce des parties contractantes peu développées ». En d'autres termes, les pays développés acceptent expressément de ne pas attendre, en retour, des concessions qu'ils accorderont à un pays peu développé au cours des négociations de réciprocité qui prendrait la forme d'une contribution incompatible avec les besoins de son développement, de ses finances et de son commerce³⁶¹.

Par rapport à l'article XXVIII bis du GATT, l'article XXXVI alinéa 8 présentait deux innovations. Il donnait un caractère plus strict à l'autorisation faite aux pays en développement de ne pas offrir de concessions tarifaires en échange des concessions qu'on leur accordait. De plus, il ne faisait pas la différence entre « pays se trouvant au premier stade du développement » et pays relativement plus avancés. Il s'appliquait à tous les « pays peu développés » quelles que soient leurs caractéristiques.

Les pays développés s'engageaient également à réduire les obstacles aux exportations de produits présentant un intérêt particulier pour les parties contractantes peu développées. Cet engagement concernait notamment les droits de douane et les autres réglementations

³⁵⁸ Voy. Les docs. GATT L / 2195 /Rev.1 et L /2297. Pour un commentaire, voy. R.HUDEC, *Developing countries in the GATT Legal System*, Londres, Trade Policy Research Center, 1987, p.56.

³⁵⁹ Voy. le protocole modifiant le GATT, IBDD, supp.n°13, p.2.

³⁶⁰ Voy. B. TAXIL, *L'OMC et les pays en développement*, Paris, Montchretien, 1998, pp. 18-20.

³⁶¹ note interprétative ad article XXXVI, alinéa 8.

effectuant une différenciation déraisonnable entre les produits de base et les produits transformés³⁶². Ces objectifs, trop généraux, ne reçurent cependant qu'une application souvent limitée³⁶³.

La Partie IV du GATT n'autorisait pas de dérogations à la Clause de la Nation la Plus Favorisée. Celle-ci restait le principe clé du GATT. Le principe de non-réciprocité ne présentait en effet qu'un caractère « négatif ». Les pays développés renonçaient simplement (en théorie) à réclamer la réciprocité des pays en développement. La Partie IV ne présentait aucun aspect « positif », par lequel les pays développés auraient été tenus d'accorder un traitement préférentiel aux pays en développement, ou de leur faire des concessions³⁶⁴.

Toutefois pour certains auteurs, la non-réciprocité était une étape essentielle vers les préférences. En acceptant de renoncer à une contrepartie dans les concessions qu'ils faisaient à l'égard des seuls pays en développement, les pays développés opéraient une discrimination à l'égard des autres pays. Une fois que cette discrimination avait été admise, la Clause de la Nation la Plus Favorisée ne devait plus être considérée comme un principe intangible³⁶⁵.

En incorporant la Partie IV dans le texte du GATT, les Parties Contractantes reconnaissaient le caractère particulier des pays en développement et leur incapacité à faire face à toutes les obligations découlant du GATT.

Il ne s'agissait plus, comme c'était le cas lorsque l'article XVIII avait été incorporé dans le GATT, de reconnaître que les pays en développement pouvaient, comme tous les autres pays, connaître des difficultés ponctuelles et temporaires à remplir leurs obligations nées du GATT. La Partie IV reconnaissait fondamentalement le retard que connaissaient ces pays et leur incapacité à participer au commerce international au même titre que les Etats développés.

Une dérogation spécifique à l'un des principes de base du GATT leur était accordée, sans limitation dans le temps, afin d'améliorer leur position dans le commerce international.

La formule, « les parties contractantes développées acceptent de ne pas attendre des pays en développement dans les concessions qu'ils leur font des contributions incompatibles avec les

³⁶² Article XXXVII, alinéa 1 b et c .

³⁶³ D. CARREAU, P. JUILLARD et T. FLORY, *Droit international économique*, Paris, LGDJ, 1990, p .216.

³⁶⁴ Voy. T. FLORY, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, LGDJ, 1968, p. 187.

³⁶⁵ Voy .R.PREISWERK, « La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents », *Journal du droit international*, 1967, pp 35-36 ; H. GROS ESPIELL, « The Most-Favoured-Nation Clause. Its Present Significance in GATT », *JWTL*, 1971, pp.38-40.

besoins du développement », fut critiquée³⁶⁶. Elle laissait en effet entendre que certaines concessions étaient tout à fait compatibles avec celles-ci, sans apporter plus de précisions. Plusieurs pays développés déclarèrent d'ailleurs qu'ils ne considéraient pas que l'article XXXVI, alinéa 8 déliait les pays en développement de l'obligation que leur faisait l'article XXVIII du GATT de maintenir les concessions à un certain niveau dans les renégociations³⁶⁷.

La reconnaissance du principe de non-réciprocité n'avait cependant aucun caractère impératif. Comme l'a souligné le professeur Feuer, il s'agissait « moins d'une stricte obligation pour les pays développés que d'une promesse très souple d'adopter une certaine attitude dans les négociations commerciales »³⁶⁸. C'était un principe de soft law, pas une disposition juridiquement contraignante.

Le caractère limité de cette dérogation apparut dès les négociations du Kennedy Round. A l'occasion du lancement de celles-ci en 1963, la résolution ministérielle avait en effet affirmé que « les pays développés ne sauraient s'attendre à bénéficier de la réciprocité de la part des pays peu développés » (³⁶⁹)³⁷⁰.

Les espoirs des pays en développement allaient rapidement être déçus. La renonciation des pays développés au principe de réciprocité les incita à ne pas faire de concessions aux pays en développement sur les produits présentant le plus d'intérêt pour ceux-ci. Les négociations tarifaires du Kennedy Round (1964-67) apportèrent peu de satisfaction aux pays du Sud. Si les pays développés n'avaient pas exigé de réciprocité de la part des pays en développement, ils n'avaient, par contre, fait que peu de concessions sur les produits intéressant ceux-ci.

Les négociations du Kennedy Round concernèrent essentiellement des produits manufacturés. Elles laissèrent de côté les produits d'intérêt vital pour les pays en développement, à savoir les produits semi manufacturés (notamment les textiles de coton) et les produits de base. Aucune réduction des droits de douane ne fut appliquée sur plus de la moitié de ceux-ci. Les tarifs douaniers des pays industrialisés applicables aux importations en provenance des pays en développement restaient généralement plus élevés que ceux portant sur les produits importés

³⁶⁶ Voy. La déclaration du représentant de l'Egypte à l'occasion des négociations du Tokyo Round, doc. GATT MTN/FR/W/8, p. 3.

³⁶⁷ IBDD, supp. n°16, pp 98-101. Voy. Egalement les docs. GATT COM.TD/89 et COM.TD/W/239, pp. 9 et 10.

³⁶⁸ Voy. G. FEUER, « Les principes fondamentaux dans le droit international du développement », in Société Française pour le Droit International (éd.), Pays en voie de développement et transformations du Droit international, Paris, Pédone, 1974, p. 228.

³⁶⁹ Alinéa 8 de la résolution .

³⁷⁰ IBDD, supp. n°12, p 49.

d'autres pays développés³⁷¹. Seuls des arrangements portant spécifiquement sur les produits intéressant les pays en développement auraient pu apporter quelque bénéfice à ceux-ci.

SECTION II : contradiction entre le principe de non-réciprocité du SGP et le principe de réciprocité de l'OMC confirmée par la Clause d'habilitation de 1979.

Elle se traduit par une base juridique et permanente au statut dérogatoire des pays en développement (Paragraphe I) et une confirmation formelle du principe de non-réciprocité (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Une base juridique et permanente au statut dérogatoire des pays en développement

A l'occasion des négociations du Tokyo Round, les pays en développement insistèrent pour que le principe de non-réciprocité soit réellement appliqué dans les négociations tarifaires entre pays développés et en développement.

Les négociations aboutirent à l'adoption d'une décision générale en faveur des pays en développement, intitulée « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement »³⁷².

Du point de vue de la réciprocité, cette décision n'apportait rien de neuf aux pays en développement. Elle se contentait d'énoncer que « Les pays développés n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par eux ,au cours de négociations commerciales, de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce des pays en développement , c'est-à-dire que les pays développés n'attendent pas des pays en voie de développement qu'ils apportent, au cours des négociations commerciales, des contributions incompatibles avec les besoins du développement, des finances et du commerce de chacun de ces pays. Les parties contractantes développées ne chercheront donc pas à obtenir, et les

³⁷¹ Voy. Le rapport du groupe spécial chargé de l'évaluation des résultats apportés par les négociations Kennedy, IBDD, supp. n° 15, pp 160-169. Voy. Egalement la Déclaration commune du 30 juin 1967 des pays en développement participant aux négociations du Kennedy Round, doc. GATT/994 ; le rapport « Evaluation des négociations Kennedy sur les obstacles tarifaires : rapport du Secrétaire général de la CNUCED », doc. TD/6/Rev.1, New York, Nations Unies, 1968, ainsi que E. PREEG, Traders and Diplomats : an Analysis of the Kennedy Round of Negotiations under the General Agreement on Tariffs and Trade, Washington, Brookings Institution, 1970, et J. FINGER, « Effects of the Kennedy Round Tariff Concessions on the Exports of Developing Countries », Economic Journal, 1976, pp. 87-95. Pour une analyse sensiblement différente des résultats des négociations du Kennedy Round, voy. cependant J. EVANS, « The General Agreement on Tariffs and Trade », International Organizations, 1968, pp. 72-98.

³⁷² IBDD, supp. n° 26, pp. 223-225.

parties contractantes ne seront pas tenues d'accorder, des concessions incompatibles avec les besoins du développement, des finances et du commerce de ces dernières »³⁷³.

Ce texte se contentait de reprendre l'article XXXVI, alinéa 8 du GATT, en y incorporant la note. Aucun mécanisme n'était prévu afin d'assurer le respect de cette disposition.

Le paragraphe 5 de la décision contenait d'ailleurs une clause évolutive qui allait permettre aux pays développés de réclamer bientôt des concessions réciproques aux pays en développement. Les négociations du Tokyo Round avaient d'ailleurs été marquées par un surcroît de demandes de réciprocité des pays développés aux pays en développement les plus avancés³⁷⁴.

En effet, la deuxième et ultime phase à l'époque du « GATT 1947 » se situe dans le prolongement direct des négociations du Tokyo Round, avec l'adoption, le 28 novembre 1979, par les parties contractantes d'une décision intitulée « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement » (« clause d'habilitation »).³⁷⁵ Cette décision a été communément interprétée comme donnant une base juridique et permanente au statut dérogatoire du commerce des pays en voie de développement, en ce qu'elle légitime les accords préférentiels qui leur sont accordés ou qu'ils s'accorderont entre-eux, nonobstant les dispositions de l'article I du GATT instituant le traitement général de la nation la plus favorisée. Ayant à apprécier la nature profonde de cette habilitation, l'ORD refusa d'y voir une « règle positive énonçant des obligations » et la caractérisa de simple « exception » autorisant à déroger à l'article I.1 du GATT A 1994 posant ce principe central des échanges commerciaux qu'est le « traitement général de la nation la plus favorisée »³⁷⁶. Cependant, l'organe d'appel précisa que cette clause d'habilitation n'était pas une « exception » ou un « moyen de défense typique » mais jouait « un rôle essentiel dans la promotion du commerce en tant que moyen de stimuler la croissance et le développement économiques ».

Au titre de cette décision, sont désormais pleinement validés le traitement tarifaire préférentiel accordé par les parties contractantes développées au profit de celles en voie de développement au titre du système généralisé de préférences ainsi que le traitement « différencié le plus favorable » au titre des mesures non tarifaires négociées sous les auspices du GATT. Dans

³⁷³ Alinéa 5 de la décision.

³⁷⁴ Philippe Vincent, op.cit. p 92.

³⁷⁵ Dominique Carreau, Patrick Juillard op.cit. ,Page 257.

³⁷⁶ Voir le Rapport de l'Organe d'appel du 7 avril 2004, WT/DS/246/AB/R, Communautés européennes- Conditions d'octroi des préférences tarifaires aux pays en développement.

son Rapport précité du 7 avril 2004, l'Organe d'appel devait interpréter la clause d'habilitation comme n'impliquant pas un traitement égal de tous les pays en développement ; autrement dit, les préférences tarifaires accordées par les pays développées au profit des pays en développement peuvent l'être de façon différenciée, tout en respectant l'égalité de traitement des bénéficiaires « se trouvant dans une situation semblable ».

Sont également validés, les accords préférentiels de commerce entre pays en voie de développement visant à réduire entre eux sur « une base mutuelle », tant les droits de douanes que les obstacles non tarifaires. A cet effet, nombre d'arrangements préférentiels furent notifiés au GATT³⁷⁷. Furent également validés, les traitements spéciaux accordés aux « pays en voie de développement les moins avancés » (PMA).

Enfin, cette décision contient une « clause évolutive » selon laquelle les pays en voie de développement eux-mêmes doivent « prendre plus pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations découlant de l'Accord général ». Sous cette formulation cryptique et en l'absence du moindre critère de mise en œuvre, était visée la situation des pays en développement plus avancés (ceux que l'on a parfois qualifiés de « nouveaux pays industrialisés » ou NPI) qui pourraient se voir privés du bénéfice d'un traitement préférentiel par les pays développés, tandis qu'ils devraient en accorder un aux pays moins favorisés qu'eux-mêmes.

Le traitement différencié et plus favorable accordé au titre de cette clause est conçu pour faciliter et promouvoir le commerce des pays en voie de développement et non pour élever des obstacles ou créer des difficultés indues au commerce de toute autre partie contractante. Il ne constituera pas une entrave à la réduction ou à l'élimination de droits de douane ou d'autres restrictions au commerce sur la base du traitement de la nation la plus favorisée. Le principe de non-réciprocité y est formellement confirmé à la suite de l'article 36. Si en vertu de la clause d'habilitation, les pays développés pouvaient déroger à la clause NPF pour accorder des préférences aux pays en développement, et que ces derniers pouvaient s'octroyer des préférences entre eux, rien n'était expressément prévu pour une coopération sud-sud plus. Il était évident qu'étant dans le bloc large des PVD, les PMA pouvaient recevoir des préférences des pays développés. Mais qu'en est-il des pays en développement³⁷⁸? C'est pour faire face à ce besoin que l'OMC a mis en place un cadre permettant l'octroi de préférences aux PMA par les pays en développement membres. C'est par une Décision du 15 juin 1999

³⁷⁷ Voir la Liste in Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit., pp 62-64 .

³⁷⁸ El Abdourahmane Diouf, op.cit.pp 52-53 .

portant octroi de dérogation, adoptée conformément aux procédures de prise de décisions des articles 9 et 12 de l'Accord sur l'OMC approuvées par le Conseil Général de l'OMC³⁷⁹, qu'il a été donné la permission aux pays en développement membres « d'accorder un traitement tarifaire préférentiel aux produits en provenance des pays les moins avancés, désignés comme tels par l'Organisation des Nations unies, sans être tenus d'appliquer les mêmes taux de droits produits similaires importés en provenance d'autres membres ». Il est précisé que cette dérogation n'affecte pas les droits des membres, ni ne préjuge en rien les mesures prises par eux, conformément aux dispositions de la Clause d'habilitation de 1979. Sa durée est de dix ans et court jusqu'au 30 juin 2009.

PARAGRAPHE II : Une confirmation formelle du principe de non-réciprocité

Le concept de réciprocité se trouve à la base du droit des obligations, qu'il soit interne ou international. Il s'agit là d'un legs bien connu du droit romain : « do ut des »³⁸⁰. Le droit international économique, d'une façon générale et le droit international du commerce, en particulier en constituent des terres d'élection. Toutefois, un consensus devait se dégager au cours des ans pour en limiter la portée en fonction des niveaux de développement des Etats. Aujourd'hui, la réciprocité ne joue plus que dans les négociations entre égaux et c'est le principe inverse de non-réciprocité qui régit maintenant les négociations avec les pays en développement. La réciprocité régit les négociations entre pays d'égal développement. En effet, le GATT hier et l'OMC aujourd'hui font de la réciprocité le principe central de toutes les négociations commerciales. Cela est vrai, qu'il s'agisse des « cycles » (rounds) de négociations multilatérales des négociations plurilatérales ou encore des renégociations ponctuelles à la suite de modifications de concessions initiales³⁸¹. En dépit du rôle central joué par ce concept, l'Accord général se garde bien de le définir ou d'en préciser les éléments constitutifs que ce soit dans sa version de 1947 ou celle de 1994. A l'époque du GATT, les rares tentatives qui furent faites pour mesurer ou apprécier cette réciprocité in concreto connurent toutes l'échec ; les parties contractantes voulant garder une totale autonomie en la matière et refusant toute formulation objective qui aurait réduit leur marge de manœuvre.

³⁷⁹ Des clauses allant dans ce sens figuraient dans le Plan d'action global et intégré de l'OMC en faveur des pays les moins avancés, adopté par la Conférence ministérielle de Singapour le 13 décembre 1996, et dans la Déclaration ministérielle du 20 mai 1998 concernant l'intégration des pays les moins avancés au système commercial mondial et offrant des conditions d'accès aux marchés prévisibles et favorables pour les produits de ces pays.

³⁸⁰ Dominique Carreau, Patrick Juillard op.cit. p116 .

³⁸¹ Voir le préambule ainsi que les articles 28 et 28 bis de l'Accord général de 1947 qui ont été repris à l'identique dans le « GATT 1994 » et voir aussi le préambule de l'Accord constitutif de l'OMC.

Ainsi, est réciproque une concession commerciale jugée comme telle par les pays participant aux négociations. La situation est identique sous l'empire de l'OMC.

L'introduction du principe de la réciprocité dans le droit international résultait de la volonté de garantir un peu plus de justice dans les relations internationales. Avec la prolifération des traités inégaux, le risque était grand de cristalliser la supériorité des grandes puissances par l'établissement de traités internationaux conformes au formalisme conventionnel, mais inégalitaires et parfois désavantageux pour la partie supposée faible³⁸². L'idée d'une convention inégale est systématisée par Vattel qui affirme « qu'un traité inégal en faveur de la puissance inférieure assure un surcroît de prestige au profit de la puissance la plus forte. C'est une alliance inégale qui compense le traité inégal. Mais inversement, les traités où l'inégalité se trouve du côté de la puissance inférieure, c'est-à-dire ceux qui imposent au plus faible des obligations étendues, de plus grandes charges, ou qui l'astreignent à des choses pesantes et désagréables, ces traités inégaux sont toujours en même temps des alliances inégales »³⁸³. L'existence d'un consentement formel à des tels traités n'est pas l'expression de la souveraineté nationale, mais d'une traduction juridique des rapports de force dans les relations internationales. Dans un tel contexte, le traité inégal est une négation du principe de réciprocité, en ce que le consentement de la puissance inférieure postule une idée d'inégalité fondée sur la force. Dès lors, la moindre inégalité semble être l'indice d'une violence qui refuse toute distinction entre une inégalité juste et une inégalité injuste. Ainsi donc, on avait abouti progressivement à une condamnation de la non-réciprocité dans le souci d'une plus grande moralisation des relations entre Etats. La réciprocité se présente ici comme un élément indispensable de la validité des traités et son absence peut constituer une cause de leur nullité. Il en est de même dans les relations économiques internationales, du moins à leur origine. L'initiative d'encadrer juridiquement les échanges commerciaux internationaux à la fin de la seconde guerre mondiale, s'exprime par le refus de tout protectionnisme et d'un partage des avantages. Tout le système du GATT originel est établi sur une base de réciprocité, comme le souligne son préambule. Cette réciprocité des intérêts se manifeste dans les négociations tarifaires où elle est prise dans les balances les plus fines entre les Etats les plus concernés qui s'accordent des concessions bilatérales avant de les étendre inconditionnellement aux autres Etats. L'article 28, paragraphe 2 du GATT dispose que « les parties contractantes intéressées s'efforceront de maintenir les concessions octroyées sur une base de réciprocité...à un niveau non moins favorable que celui qui résultait du présent accord avant les négociations.» La

³⁸² El hadj Abdourahmane Diouf op.cit. p 38.

³⁸³ Cité par Decaux, E., La réciprocité en droit international, Paris, LGDJ, 1980, P.29 .

présence active des pays en développement dans le commerce international implique une conception nouvelle de la réciprocité basée sur la notion de proportionnalité. Celle-ci se décline comme une conception nuancée de l'égalité, non plus dans le sens d'une égalité souveraine stricte, mais d'un traitement différencié visant un rééquilibrage des rapports de force ; d'où la naissance d'une conception d'une inégalité juste. L'égalité qui se laisse pondérer par le principe de proportionnalité n'est pas une égalité mathématique, elle est une inégalité compensatrice. Dès lors, l'abandon de la réciprocité n'est pas une remise en cause du principe de la réciprocité, c'est une exception. Il n'y a pas de principe de non-réciprocité mais seulement une dérogation au principe de réciprocité.

L'abandon de la réciprocité stricte est le levier qui a actionné le principe de l'octroi des préférences aux pays en développement. Le 12 décembre 1974, est votée, par l'Assemblée générale des Nations unies, la charte des droits et devoirs économiques des Etats dont l'article 18 fait explicitement primer un droit différencié sur un droit égalitaire : « les pays développés devraient garder, améliorer et élargir le système de préférences tarifaires généralisés, sans réciprocité ni discrimination en faveur des pays en développement, conformément aux conclusions consenties et décisions pertinentes adoptées à ce sujet dans le cadre des organisations internationales pertinentes. Il est renforcé par l'article 26 qui dispose que « le commerce international devrait être pratiqué sans porter atteinte aux préférences généralisées, sans discrimination ni réciprocité, dont les pays en développement doivent bénéficier sur la base du profit mutuel, d'avantages équitables et de l'octroi mutuel du traitement de la nation la plus favorisée ».³⁸⁴

Ainsi, la non-réciprocité est le principe qui régit les négociations avec les pays en développement. Assez vite, nombre de parties contractantes du GATT en voie de développement, à commencer par l'Inde, critiquèrent le rôle général joué par le concept de réciprocité au titre des négociations commerciales. Pour elles, la réciprocité ne saurait jouer qu'entre pays de niveau de développement comparable. Que les pays développés (ou riches) exigent des pays en développement (ou pauvres) la réciprocité des concessions commerciales, serait particulièrement injuste pour ces derniers et les pénaliserait ; leur situation de pauvreté augmentant en effet mathématiquement le poids relatif de leurs engagements.³⁸⁵

Les pays du tiers-monde, parties contractantes du GATT devaient obtenir satisfaction avec l'adjonction, à l'Accord général en 1966, de la Partie 4 portant sur «le commerce et le

³⁸⁴ El hadj Abdourahmane Diouf ,op.cit. p 39.

³⁸⁵ Dominique Carreau, Patrick Juillard, op.cit. p 116.

développement ». Le nouvel article 36 contient un nouveau principe de non réciprocité dans les rapports commerciaux Nord/Sud en disposant : « les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans les négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douanes et autres obstacles au commerce des parties contractantes peu développées ». Ce principe de non-réciprocité, pierre angulaire du nouveau droit international du développement alors dans sa phase de formation, apparut comme l'élément central des relations commerciales Nord / Sud. Il constitua le principe directeur fondamental des cycles (rounds) de négociations commerciales multilatérales dits de Tokyo (1973-1979) et de l'Uruguay (1986-1993) pour tout ce qui eut trait aux relations entre pays développés et en développement. Il préside toujours aux négociations commerciales multilatérales engagées au sein de l'OMC ainsi qu'en témoigne la déclaration ministérielle de Doha de novembre 2001.

Or, pour généreux et bien fondé qu'il puisse paraître, ce principe de non réciprocité n'est pas sans entraîner des effets pervers. En n'étant tenu de n'offrir et de ne se voir demander aucune concession commerciale, les pays en développement ne sont guère en mesure d'influer sur le déroulement des négociations et de voir leurs intérêts pris en considération. En réalité, l'abandon du principe de réciprocité dans les relations commerciales Nord/Sud a profondément contribué à faire des Négociations Commerciales Multilatérales une affaire de pays développés pour assurer la promotion et la défense de leurs intérêts économiques. C'est l'occasion de se demander si la reconnaissance officielle du principe de non-réciprocité n'a pas été contre-productive pour les pays du tiers-monde.³⁸⁶ La non-réciprocité a-t-elle été réellement bénéfique pour les pays du tiers-monde ?

La consécration juridique du principe de non réciprocité allait aussi trouver un champ fertile dans les relations entre la CEE et les pays africains par l'abandon du système de préférences inverses/réciproques contenues dans les conventions de Yaoundé. En effet, la convention de Lomé I du 28 février 1975 dispose en son article 7, paragraphe 1 que « compte tenu des nécessités actuelles de leur développement, les Etats ACP ne seront pas tenus de souscrire, pendant la durée de la présente convention, en ce qui concerne l'importation de produits originaires de la communauté, à des obligations correspondant aux engagements pris par la communauté, en vertu du présent chapitre, à l'égard de l'importation des produits originaires des Etats ACP».³⁸⁷

³⁸⁶ Idem, p 117 .

³⁸⁷ El hadj Abdourahmane Diouf, op.cit. p 39 .

CHAPITRE II: La contrariété des préférences spéciales avec le principe de réciprocité promu par l'OMC

Nous examinerons dans cette partie, la dissonance entre le régime des préférences spéciales et le principe de réciprocité promu par l'OMC dans les Conventions de Lomé (Section I) et un régime de transition dérogatoire aux règles de l'OMC (Section II).

SECTION I : La dissonance entre le régime des préférences spéciales et le principe de réciprocité promu par l'OMC dans les Conventions de Lomé

Elle s'est traduite par, un système asymétrique de discrimination positive des ACP dans les préférences commerciales (Paragraphe I) et par un régime dérogatoire aux principes du multilatéralisme et des instruments commerciaux originaux (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Un système asymétrique de discrimination positive des ACP dans les préférences commerciales

Les préférences spéciales sont au cœur des relations commerciales entre l'Europe et les pays ACP. L'histoire des arrangements commerciaux entre les deux partenaires a connu ses premiers balbutiements avec les Conventions de Yaoundé, mais ils ont franchi un pallier supérieur avec la signature de la Convention de Lomé fortement influencée par la philosophie du Nouvel Ordre Economique International des années 1970. C'est la consécration juridique de la non-réciprocité dans les relations UE-ACP. Ces schémas préférentiels sélectifs, spécialisés, unilatéraux et relationnels, constituent le premier cadre préférentiel situationnel à la disposition des pays africains. Mais l'ère de la nouvelle OMC va être celle de la remise en cause des préférences spéciales discriminatoires. Certains pays en développement ne cautionnent pas, à juste titre, que d'autres pays de la même catégorie bénéficient d'arrangements commerciaux préférentiels en contradiction avec les règles commerciales multilatérales. C'est le début du démantèlement des préférences spéciales.

L'offre préférentielle européenne a connu deux époques et deux régimes différents. Si les conventions de Yaoundé étaient symétriques et basées sur la réciprocité, les conventions de Lomé étaient asymétriques et impliquaient des préférences commerciales non-réciproques, discriminatoires et contraires au GATT, quoique tolérées³⁸⁸.

³⁸⁸ IBID, pp 107-114.

Les Conventions de Yaoundé sont le premier grand cadre de coopération commerciale entre pays du Nord et pays du Sud, après la période des décolonisations et des indépendances africaines³⁸⁹. L'essentiel de cette convention réside dans la mise en place de préférences commerciales réciproques entre les deux groupes de pays. Bien que l'objectif affiché par la CEE est d'aider les économies des Etats associés³⁹⁰ à s'adapter à l'abandon de la préférence impériale, en diversifiant l'éventail de leurs cultures de rente et en les préparant à affronter le marché international, leur empreinte coloniale se renforce en fait plus qu'elle ne s'amenuise. Mais les pays africains ont continué d'en tirer certains bénéfices dans le cadre de cette zone de libre-échange élargie qu'a institué l'Accord de Yaoundé I³⁹¹. Globalement, la série des conventions de Yaoundé³⁹² cherche à promouvoir l'accroissement des échanges entre les parties contractantes, à renforcer leurs relations économiques et à contribuer ainsi au développement du commerce international³⁹³. Elles instaurent un régime commercial général qui reste assorti de mesures de défense commerciale.

Le *régime général* est basé sur le faible recours aux droits de douane et aux restrictions quantitatives, dans une action en deux temps : l'élimination *progressive*³⁹⁴ des droits de douanes et des taxes d'effets équivalents entre les membres qui, dès l'entrée en vigueur de la Convention, doivent être *supprimées*³⁹⁵. La non-discrimination reste le principe; chaque Etat associé devant accorder le même traitement tarifaire aux produits originaires de tous les Etats membres, sans que cela ne puisse donner lieu, en droit ou en fait, à une discrimination directe entre les Etats membres. Comme toutes les autres mesures qui ont un effet commercial équivalent, les restrictions quantitatives doivent être progressivement supprimées, en étant assorties d'un engagement, pour chaque membre, de ne pas en introduire de nouvelles dans sa politique commerciale.

³⁸⁹ La plupart des pays africains ont accédé à la souveraineté internationale entre 1957 et 1963.

³⁹⁰ Les Etats signataires de la Convention de Yaoundé avec la partie européenne sont appelés Etats Associés. Les signataires de la première convention sont : Burundi, Cameroun, République centrafricaine, Congo (Brazzaville), Congo(Léopoldville), Côte-d'Ivoire, Dahomey (actuel Bénin), Gabon, Haute-Volta (actuel Burkina Faso), Madagascar, Mali, Mauritanie, Niger, Rwandaise, Sénégal, Somalie, Tchad, Togo .

³⁹¹ Signé à Yaoundé, au Cameroun le 20 juillet 1963.

³⁹² Il y a eu en fait deux conventions de Yaoundé. La première couvre la période 1963-1969 et la seconde la période 1969-1975. Les objectifs commerciaux énoncés sont les mêmes dans les deux.

³⁹³ Article 1^{er} de la Convention de Yaoundé.

³⁹⁴ Article 2.1 de la Convention de Yaoundé.

³⁹⁵ Article 2.2 de la Convention de Yaoundé.

Le *régime d'exception* donne la possibilité aux Etas associés de maintenir ou d'établir des droits de douane, s'ils répondent aux nécessités de leur développement et aux besoins de leur industrialisation, et qui ont pour but d'alimenter leur budget³⁹⁶. Si ces mesures s'avèrent insuffisantes, surtout dans la perspective de faire face aux difficultés de balance des paiements ou en ce qui concerne les produits agricoles, en raison des exigences découlant des organisations régionales de marché existantes, les Etas associés pourront, par dérogation à l'interdiction des quotas, maintenir ou établir des restrictions quantitatives à l'égard de l'importation des produits originaires des Etats membres. Même si les Conventions de Yaoundé sont basées sur un régime de réciprocité, elles n'excluent pas un traitement spécial et différencié³⁹⁷ de droit justifié par des difficultés économiques. La seule limite réside dans le fait que celui-ci ne couvre que des problèmes économiques conjoncturels, et n'est pas attaché à la structure fragile des Etats africains qui en bénéficient. Dans la même veine, des clauses de sauvegardes ont été instituées³⁹⁸, même si c'est dans le cadre d'une parfaite réciprocité. Elles peuvent être déclenchées, en cas de perturbations sérieuses se produisant dans leur activité économique, au point de compromettre leur stabilité financière extérieure ou régionale. Pour éviter les abus et le recours à un protectionnisme déguisé, ces mesures sont non seulement surveillées par un Conseil d'Association³⁹⁹, mais elles doivent être proportionnées et choisies dans un ordre de priorités qui place en tête celles qui apportent le minimum de perturbation dans les échanges commerciaux entre les membres. En aucun cas, elles ne doivent excéder la portée strictement indispensable pour remédier aux difficultés qui se sont manifestées dans le secteur.

Pour le surplus, la première Convention de Yaoundé, à travers les dispositions relatives à la politique commerciale, confirme le principe de discrimination à l'encontre des pays tiers, comme l'y autorise l'article XXIV du GATT. Son article 12 organise les conditions de

³⁹⁶ Article 3.2 de la Convention de Yaoundé.

³⁹⁷ L'article 6 paragraphe 3 de la Convention dispose qu'au cas où les mesures prévues à l'article se révèlent insuffisantes pour faire face aux nécessités de leur développement et aux besoins de leur industrialisation ou en cas de difficultés dans leur balance des paiements ou, en ce qui concerne les produits agricoles, en raison des exigences découlant des organisations régionales de marché existantes, les Etats associés peuvent, par dérogation aux dispositions des deux paragraphes précédents et dans les conditions fixées au protocole n° 2, maintenir ou établir des restrictions quantitatives à l'égard de l'importation des produits originaires des Etats membres.

³⁹⁸ Voir chapitre 4 de la Convention, article 13 et suivants.

³⁹⁹ Aux termes de l'article 27, le Conseil d'association définit l'orientation générale de la coopération financière et technique dans le cadre de l'association à la lumière notamment d'un rapport annuel qui lui est soumis par l'organe chargé de la gestion de l'aide financière et technique de la Communauté.

suspension, de modification ou de suppression des droits de douane à leurs égards, ainsi que les modalités d'octroi de contingents ou de réduction de restrictions quantitatives.

Les Conventions de Yaoundé ne portent pas en elles un titre de réciprocité expressément mentionné. Rien dans leur contenu n'y fait allusion. On peut aisément comprendre qu'à partir du moment où la réciprocité dans les relations commerciales est la règle et la non-réciprocité l'exception, ne pas l'invoquer ne remet pas en cause son statut de droit commun. Il s'agit là de ce qu'on pourrait appliquer, une *adoption par omission*, qui déleste le cadre juridique de lourdeurs et de redondances. D'ailleurs, si la réciprocité semble placer les pays développés d'Europe sur le même pied que les pays en développement africains, la protection européenne se manifestait dans le choix de la forme juridique à travers la Zone de Libre Echange. En excluant les autres pays en développement de leurs préférences réciproques, les deux entités ont voulu garantir le suivi des relations commerciales prospères entretenues durant la colonisation. D'un point de vue politique, on peut penser que la symétrie des relations commerciales dans les Conventions de Yaoundé répondait du souci d'aligner l'indépendance toute fraîche des pays africains sur une autonomie économique de principe. En effet, n'eût-il pas été gênant pour l'Afrique, dont la décolonisation s'est quelques fois faite de manière violente, de confesser un déséquilibre économique à prendre en charge, au moment où sa souveraineté politique est fermement revendiquée ? N'eût-il pas été maladroit pour l'Europe de concéder des avantages économiques exorbitants qui feraient croire à des velléités de recolonisation ? En entrant dans le concert des nations, l'Afrique avait fait le pari d'une souveraineté pleine et entière assumée, mais qui ne s'accommodait pas de mesures juridiques ou économiques d'ajustement de la part de la Communauté internationale. C'est bien plus tard, quand les fragilités de leurs situations se seront révélées à la face du monde, que la demande de régimes particuliers pouvait se parer d'une certaine légitimité.

Il est apparu rapidement que les Conventions de Yaoundé étaient fragilisées par un contexte défavorable. La nécessité pour la CEE de trouver un compromis avec les Etats-Unis dans le domaine du commerce agricole, le renforcement des relations commerciales avec d'autres régions du tiers-monde, les contraintes de la politique agricole commune, ont amené les Communautés européennes à réduire progressivement, voire à supprimer les préférences dont jouissaient les Etats africains et Malgaches Associés pour leurs produits. C'est en ce sens que la Convention de Yaoundé II, signée en juillet 1969 s'est avérée moins généreuse en termes de préférences, même si des aides compensatoires importantes ont été décidées en faveur des pays africains. Il s'y ajoute que c'est durant la phase de mise en œuvre de cette seconde

Convention qu'a été décidée la mise en place du Système Général des préférences en 1971, avec l'effet de conférer des avantages commerciaux similaires aux autres pays en développement, sans discrimination. Même si les Conventions de Yaoundé mettent en place une zone de libre échange qui est censée protéger les préférences réciproques des velléités des tierces parties, la réduction généralisée des droits de douane et des restrictions quantitatives au plus grand nombre est une cause essentielle d'une systématisation de leur érosion.

Aussi, il n'est pas inutile de rappeler que les bénéficiaires africains des conventions de Yaoundé sont principalement francophones. Du coup, il n'est pas exagéré de considérer que l'entrée de la Grande Bretagne dans la CEE, à elle seule, pouvait expliquer le changement de la donne. Sous son impulsion, les premières brèches à la convention de Yaoundé ont vu le jour, en 1968 et 1969, avec la signature par la CEE d'accords commerciaux avec le Nigéria d'abord, puis avec la Communauté Est-africaine composée du Kenya, de la Tanzanie et de l'Ouganda, ensuite. Comme l'avait fait la France naguère, la Grande Bretagne avait aussi l'objectif de sauvegarder ses intérêts spécifiques dans la plus grande partie de son ancien empire qui s'étend bien au-delà de l'Afrique. C'est ainsi que fut annexé, au traité d'adhésion, le Protocole 22 qui offre donc à vingt Etats du Commonwealth⁴⁰⁰ la possibilité de négocier leurs futurs rapports avec la CEE, en leur garantissant un traitement égal à celui des Etats africains et malgache Associés.

Cinq Conventions de Lomé ont régit les relations commerciales entre la CEE et les ACP entre 1975 et 2000. Ces conventions couvrant des champs plus vastes que le domaine strictement commercial ; celui-ci a été toujours régi, sous les mêmes formes et avec le même contenu⁴⁰¹, par le Titre I des différents textes. Les contenus commerciaux des cinq conventions successives demeurent identiques. La Convention de Lomé I, signée en 1975 visait à intégrer certains des pays du Commonwealth⁴⁰² dans le programme de coopération, après l'adhésion du Royaume-Uni à la Communauté européenne. Lomé II, signée en 1979, n'introduit pas de changement majeur, si ce n'est le régime SYSMIN⁴⁰³. Lomé III, signée en 1984, modifiait

⁴⁰⁰ Le Protocole 22 annexé aux actes d'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark offrait aux 20 pays membres du Commonwealth situés en Afrique, dans les Caraïbes et le Pacifique, la possibilité de négocier avec la Communauté l'organisation de leurs relations futures. Cette possibilité a également été offerte aux autres États africains n'appartenant ni au Commonwealth, ni aux EAMA.

⁴⁰¹ Excepté des changements comme le Stabex et le Sysmin .

⁴⁰² Voir Supra, paragraphe 185.

⁴⁰³ Via les fonds européens de développement (FED) votés à Bruxelles tous les cinq ans, le SYSMIN est un moyen de financer les pays A.C.P. (Asie-Caraïbes-Pacifique) qui ont des liens économiques avec l'Europe. Peuvent bénéficier du SYSMIN, les pays qui ont perdu durant deux années consécutives plus de 20% de leur chiffre d'affaire dans l'exploitation minière, ce qui a plusieurs fois été le cas de la Nouvelle-Calédonie. Maître

l'orientation des efforts, abandonnant la promotion du développement industriel pour celle du développement *auto-entretenu* fondé sur l'autosuffisance et la sécurité alimentaire. Lomé IV est la première convention d'une durée de 10 ans, même si le protocole financier qui l'accompagnait ne portait que sur cinq ans. Elle mettait l'accent sur la promotion des droits de l'homme, de la démocratie et de la bonne gouvernance, le renforcement de la place des femmes dans la société, la protection de l'environnement, la coopération décentralisée, la diversification des économies des ACP, la promotion du secteur privé et le renforcement de la coopération régionale. Lomé IV *révisée* a été une révision à mi-parcours et s'est déroulée, en 1994-1995, sur fond de bouleversements majeurs sur le plan économique et politique dans les pays ACP (processus de démocratisation, ajustement structurel), en Europe (élargissement, attention croissante portée aux partenaires d'Europe de l'Est et du pourtour méditerranéen) et sur la scène internationale (accord de l'Uruguay Round). Elle introduit plusieurs changements, mais sans toucher aux aspects substantiels de la Politique commerciale⁴⁰⁴.

Du point de vue des principes, les Conventions de Lomé présentent une face foncièrement *pro-développementiste*, en faisant de la non-réciprocité et de la discrimination la colonne vertébrale des relations CEE/ACP. *Le principe de non réciprocité* est affirmé dès son entame, à travers son article premier. Il y est énoncé que la promotion des échanges entre les deux parties doit être faite en tenant compte de leurs niveaux de développement respectifs et, en particulier, de la nécessité d'assurer des avantages supplémentaires aux échanges commerciaux des États ACP. L'objectif est d'accélérer le rythme de croissance de leur commerce et d'améliorer les conditions d'accès de leurs produits au marché de la CEE. Dans la même veine, son article 7.1 dispose que, compte tenu des nécessités de leur développement, les États ACP ne seront pas tenus de souscrire, pendant la durée de la convention, en ce qui concerne l'importation de produits originaires de la Communauté, à des obligations correspondant aux engagements pris par la Communauté à l'égard de l'importation des produits originaires des États ACP.

En plus d'être asymétriques, ces échanges sont aussi conçus comme *discriminatoires*. Les avantages commerciaux accordés par la CEE ne sont pas ouverts aux autres pays en

d'Ouvrage, la Nouvelle-Calédonie a bénéficié, sur crédits du 7ème FED, d'un financement d'un montant de 2 688 000 écus pour la réalisation d'un projet de réhabilitation de deux sites dégradés par l'activité minière. La société SIRAS Pacifique a été chargée de réaliser ce projet sous le contrôle du Service des Mines et de l'Energie, Maître d'œuvre du projet.

⁴⁰⁴ Voir historique des Conventions de Lomé sous :
http://ec.europa.eu/comm/development/body/cotonou/lome_history_fr.htm

développement. En effet, l'article 7.2.b précise que la Clause de la Nation la Plus Favorisée ne s'applique pas aux relations économiques et commerciales entre les Etats ACP et d'autres pays en développement. Cela eût été légalement admissible si le regroupement des pays ACP, à l'instar de la CEE, était organisé en ACR sous forme de zone de libre échange ou d'Union douanière, et que ces préférences furent réciproques ; le tout au sens de l'article XXIV du GATT. Une telle configuration aurait justifié l'existence de préférences commerciales discriminatoires, parce que réciproques et *régionalisées*. Les conditions d'exclusion de la clause NPF sont donc ici loin d'être remplies ; elles ne s'expliquaient que par les relations historiques liant l'Europe à ses anciennes colonies, indépendamment des dispositions légales du GATT. C'est certainement pour atténuer cette *déviante commerciale* que la CEE a jugé utile d'adjoindre à l'Accord une *clause de non exclusivité*, en s'arrogeant des possibilités de conclure des accords préférentiels avec d'autres partenaires commerciaux en dehors de la zone ACP. Toute initiative dans ce sens devant être négociée et discutée avec les pays ACP, pour leur donner l'opportunité de sauvegarder leurs intérêts et ne pas être les victimes collatérales d'engagements commerciaux parallèles ou de se voir dessaisir des préférences préexistantes.

Du point de vue du contenu matériel, la Convention de Lomé permet aux produits originaires des États ACP d'être admis à l'importation dans la Communauté, en exemption de droits de douane et de taxes d'effet équivalent⁴⁰⁵, et sans restrictions quantitatives à l'exportation, ni de mesures d'effets équivalents autres que celles que les Etats membres de la Communauté appliquent entre eux⁴⁰⁶. Ce régime permet aux pays ACP d'exporter la quasi-totalité de leurs produits agricoles, industriels, transformés vers le marché de l'Union, sans aucune entrave en principe. En réalité, la Communauté s'est entourée de garanties qui, malgré les préférences, ne laissent pas son marché perméable à toutes les importations en toute quantité, en toute saison et pour tous les produits. Cet aspect de l'accord diminue l'impact des gains commerciaux attendus des pays ACP.

D'abord, l'exportation de certains produits agricoles a été limitée par des protocoles selon lesquels la CEE s'est engagée à importer à des prix garantis des quantités spécifiées. Ces protocoles concernent quatre produits, notamment le sucre de canne et la viande bovine pour lesquels il s'agit surtout de limiter l'impact négatif des importations sur les producteurs européens, la banane et le rhum pour lesquels il s'agit d'aider les producteurs traditionnels.

⁴⁰⁵ Article 2.1.

⁴⁰⁶ Article 3.1.

Ensuite, des restrictions ont été imposées par l'Union européenne sur les importations de produits industriels ACP, afin qu'ils ne concurrencent pas la production communautaire. Ces restrictions passent par l'élaboration de règles d'origine. Pour bénéficier du système des préférences, les matières non originaires du pays exportateur doivent représenter moins de 15% du prix.

En outre, une série de mesures de sauvegarde a été instituée à l'article 10 de l'Accord, à l'effet de permettre à un membre ou la communauté elle-même de se prémunir de perturbations sérieuses dans un de ses secteurs d'activités économiques au point de compromettre sa stabilité financière⁴⁰⁷. Cette restriction commerciale est organisée selon un principe de *graduation*, dans l'optique que les mesures de défense commerciale soient choisies dans un ordre de priorité qui apporte le minimum de perturbations dans le commerce entre les parties contractantes⁴⁰⁸; et cela à travers des consultations possibles au sein du conseil des ministres⁴⁰⁹. Un pouvoir discrétionnaire a été aménagé dans le but d'instaurer des restrictions quantitatives justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Mais sans que cela puisse constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée au commerce.

Enfin, les préférences concernent théoriquement tous les produits mais la majeure partie des exportations des pays ACP est encore constituée de produits primaires, notamment le pétrole, le café, le cacao, le cuivre, le bois, le caoutchouc, le coton, pour ne citer que les principaux, représentant 80% du total de leurs exportations. De nombreux pays ACP restent dépendants à plus de 40% d'un seul produit primaire.

Pour permettre aux pays ACP de tirer un plein profit du régime commercial ainsi mis en place, des dispositions d'assistance technique ont été prises pour la promotion commerciale. Ce sont essentiellement l'amélioration des structures et des méthodes de travail des organismes, services ou entreprises concourant au développement du commerce extérieur des États ACP ou la création de tels organismes, services ou entreprises⁴¹⁰, à travers notamment la formation ou le perfectionnement professionnel de techniciens du commerce extérieur et de

⁴⁰⁷ Article 10.1.

⁴⁰⁸ Article 10.2.

⁴⁰⁹ Article 11.3.

⁴¹⁰ Article 13.a .

la promotion commerciale⁴¹¹, la participation des États ACP à des foires, expositions, salons spécialisés de caractère international et l'organisation de manifestations commerciales⁴¹², l'amélioration de la coopération entre les opérateurs économiques des États membres et des États ACP, et la création de structures de liaison propres à favoriser cette coopération⁴¹³, la réalisation et l'exploitation d'études et d'enquêtes de marchés et de *marketing*⁴¹⁴ ainsi que la réalisation et la diffusion, sous diverses formes, de l'information commerciale dans la Communauté et dans les États ACP en vue du développement des échanges commerciaux⁴¹⁵.

Ainsi donc, l'offre initiale européenne s'est déclinée sous plusieurs régimes juridiques. Les conventions de Yaoundé se sont révélées égalitaires et réciproques. En revanche, les préférences commerciales des conventions de Lomé ont simplement été tolérées par les autres bénéficiaires potentiels. Ceux-ci vont s'incruster dans la brèche des mutations en cours à l'OMC pour lancer une opération de démantèlement systématique avec plus ou moins de succès.

PARAGRAPHE II : Un régime dérogatoire aux principes du multilatéralisme et des instruments commerciaux originaux

Privilégiées depuis les Accords de Yaoundé (1963) et surtout de Lomé (1975, puis 1980, 1985, 1989), les relations entre l'Union européenne (UE) et les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) étaient caractérisées par la volonté des États européens d'aider le développement des États ACP, tant par le moyen classique des subventions qu'en utilisant l'outil de la politique commerciale. Les États ACP bénéficiaient d'une très large exemption des droits de douane pour leurs exportations à destination des États européens, sans condition de réciprocité. Ces règles douanières s'écartaient donc aussi bien du système de préférences généralisées (SPG) que des zones régionales de libre-échange autorisés par le GATT et n'avaient pu être conservées qu'à titre dérogatoire lors des négociations sur l'OMC. Les vives contestations des exportateurs de bananes sud-américaines devaient conduire, après la condamnation de l'Union européenne par l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de

⁴¹¹ Article 13.b .

⁴¹² Article 13.c .

⁴¹³ Article 13.d .

⁴¹⁴ Article 13.e .

⁴¹⁵ Article 13.f .

l'OMC, en 1997, à une remise en cause du lien entre développement et politique commerciale⁴¹⁶.

Les produits des pays ACP bénéficient d'un accès préférentiel au marché communautaire, sans que la réciprocité soit accordée aux pays européens⁴¹⁷. Les produits agricoles relevant de la politique agricole commune (en particulier les céréales et les agrumes représentant une part marginale dans les exportations ACP) sont exclus des préférences ; par contre, un régime plus favorable que le dispositif général profite à certains produits tropicaux (banane, sucre...). Au total, ce sont plus de 95% des exportations des pays ACP qui entrent en franchise de droits de douane sur le marché de l'Union. Ce traitement apparaît plus favorable que le Système de Préférences Généralisées négocié par l'ensemble des pays en développement (PED), mis en œuvre à partir de la CNUCED en 1968 et reposant sur des droits réduits ; il fait l'objet de restrictions quantitatives et s'assortit de clauses de sauvegarde unilatérale de la part des pays du Nord.

La coopération commerciale a également pris la forme d'un soutien financier en cas de chute de recettes d'exportation pour les matières premières agricoles (STABEX) et minières (SYSMIN). Le STABEX couvre une cinquantaine de produits agricoles de base. Le mécanisme de compensation se déclenche si les recettes présentent une diminution d'au moins 5% par rapport à la norme (moyenne des six années antérieures). Pour être éligible, le produit doit constituer 5% des exportations totales (1% pour les pays les moins avancés [PMA]). La liste des principaux produits concernés a évolué au cours des différentes conventions, au gré des chocs subis par chaque marché. Ainsi, pour Lomé 1, l'arachide seule a représenté 36% des transferts ; par la suite, ce sont les boissons tropicales (café, cacao) qui ont absorbé la majorité des financements (de 54% à 77%). Le Sénégal puis la Côte d'Ivoire et le Cameroun ont été les principaux pays bénéficiaires. Le fonctionnement du SYSMIN diffère quelque peu, en ne concernant que huit produits d'origine minérale et se caractérisant par un mode de calcul plus complexe. L'éligibilité est déterminée soit par produit (au moins 15% des exportations pendant deux des quatre années antérieures à la demande), soit globalement (l'ensemble des produits miniers doit peser au moins 20% des exportations totales). La compensation est déclenchée, si la capacité de production et d'exportation ou si

⁴¹⁶ Catherine Haguénau-Moizard, Thierry Montalieu « L'évolution du partenariat UE- ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation », *Mondes en développement* 2004/4 (n° 128), pp. 65-69.

<http://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2004-4-page-65.htm>

⁴¹⁷ Brisepierre, 2002.

les cours chutent d'au moins 10% (par rapport à la recette moyenne des deux années précédentes) pour des raisons "à caractère exceptionnel".

Les arguments traditionnels fondés sur des approches en termes de statique comparative font du libre-échange un optimum social. Sous de nombreuses hypothèses restrictives, les modèles classique et néo-classique de l'échange international indiquent que la spécialisation de la production et l'ouverture commerciale offrent la meilleure organisation des relations économiques internationales. Bien que certains auteurs soulignent que la régulation mondiale proposée par le GATT s'inspirait plutôt d'une vision mercantiliste des échanges⁴¹⁸ (ouverture des marchés étrangers comme condition d'une conquête de part de marché à l'exportation soumise à réciprocité...), l'évolution récente (création de l'OMC) s'inscrit davantage dans la logique libre-échangiste où les gains d'efficacité productive et de bien-être du consommateur sont mis en avant. Des recherches de la Banque mondiale font état d'un gain statique compris entre 250 et 620 milliards de dollars par an (selon les scénarii de libéralisation), dont près de la moitié bénéficierait aux PED ouvrant leur marché. Dans ces familles de pensée, il n'y a pas beaucoup de sens à traiter distinctement certains pays, puisque la nature des spécialisations importe peu et que les écarts structurels (productivité des facteurs, dotation en ressources...) sont le fondement même de l'échange. Il n'est pas particulièrement pertinent d'offrir un traitement différencié selon le niveau de développement ou le type de production exportée. La pratique des négociations commerciales internationales est cependant plus nuancée, puisque cette différenciation existe dans les textes de la CNUCED (Accord SPG), du GATT (décision L/4903 du 28 novembre 1979) et se trouve même renforcée pour les PMA par des décisions récentes (Initiative "tout sauf les armes" de l'UE). Cependant, dans le cadre de l'OMC, le cycle de Doha semble retenir d'autres priorités pour aider à l'insertion des PED dans le commerce international. En particulier, trois chantiers représentent un enjeu majeur, notamment la protection des marchés du Nord qui reste élevée pour l'agriculture et le textile, les obstacles techniques aux échanges et la faiblesse des mesures d'accompagnement des réformes commerciales. L'idée essentielle est que "les pays en développement doivent eux aussi convaincre leurs ressortissants que les gains d'une libéralisation multilatérale l'emportent sur ceux qu'apportent des préférences commerciales éphémères ou des traitements spéciaux qui abritent les économies de la concurrence"⁴¹⁹. Sur ce dernier point, des travaux empiriques récents nuancent fortement l'idée selon laquelle le multilatéralisme du GATT/OMC est un outil de promotion du

⁴¹⁸ Siroën, 2002.

⁴¹⁹ McGuirk, 2002, 7.

commerce mondial plus efficace que les systèmes différenciés (comme par exemple le SPG)⁴²⁰.

Sur un plan dynamique, les modèles de croissance endogène montrent le rôle essentiel que peut jouer l'ouverture commerciale pour favoriser un développement à long terme, tout en indiquant les pièges de pauvreté qu'elle peut aussi produire. De nombreuses études empiriques sur le sujet font état d'un "lien systématique et important entre les immenses écarts de production par habitant d'un pays à l'autre et l'ouverture aux échanges"⁴²¹. Si l'ouverture apparaît clairement comme une condition nécessaire au progrès économique, il ne s'agit en aucun cas d'une condition suffisante. La qualité des institutions ou celle du capital humain exerce également une influence décisive. Le processus de libéralisation lui-même provoquerait une hausse de productivité des facteurs, et donc du potentiel de croissance, par l'intensification de la concurrence, la réduction des effets de distorsion des stratégies d'import-substitution et la diffusion des connaissances. Le débat semble dorénavant s'orienter vers l'évaluation de l'impact des échanges internationaux sur la réduction de la pauvreté, conformément aux Objectifs du Millénaire définis par les Nations unies, et vers la mise en œuvre d'une stratégie conjointe avec les institutions de Bretton Woods, afin d'assurer une gestion cohérente de l'économie mondiale.

Le libre-échange s'accompagne nécessairement d'un certain encadrement juridique. Celui-ci a pour but d'établir les conditions d'une liberté commerciale effective. Il s'agit d'empêcher les États d'abuser de leur pouvoir en faussant la concurrence entre les acteurs publics ou privés. Les règles juridiques ont donc pour objet de garantir la loyauté des échanges. Elles reposent sur le postulat (économique) que l'ensemble des acteurs doit avoir le libre accès au marché international et sur le postulat (juridique) que les États doivent tous être soumis à des règles identiques. Le postulat juridique a mis du temps à s'imposer sur la scène internationale. Défendu par les États-Unis dès les négociations de 1946-1947 sur le GATT, il s'opposait à la conception européenne selon laquelle l'efficacité imposait, d'une part, le maintien du protectionnisme et, d'autre part, un traitement différencié des États en fonction de leur niveau de développement. Les résultats décevants de la politique européenne de développement et l'insistance américaine ont eu raison de la conception européenne. Lors de la création de l'OMC, l'idée que tous les États devaient se plier au même régime juridique l'a définitivement emporté, sauf à prévoir des aménagements pour les PMA.

⁴²⁰ Rose, 2002 ; Hallaert, 2002 .

⁴²¹ Berg et Krueger, 2002, 17 .

Dès l'adoption du GATT, de nombreuses règles ont été posées afin d'assurer la liberté des échanges et l'égalité des États. Elles ont été maintenues avec la création de l'OMC et étendues par l'Accord sur les services (GATS). La Clause de la Nation la Plus Favorisée⁴²² impose l'extension à tous les États d'un avantage commercial consenti à l'un d'eux. Elle est destinée à éviter que des partenaires commerciaux se voient privilégiés au détriment des autres. La clause du traitement national⁴²³ impose aux États de soumettre les biens et services importés au même régime que les biens et services nationaux. Le but est d'empêcher les États de favoriser les entreprises nationales. La disposition sur les zones régionales de libre-échange⁴²⁴ procède de la même inspiration, puisqu'elle n'autorise que les avantages commerciaux réciproques, donc fondés sur des règles identiques pour tous les États. L'Accord sur l'OMC appuie les règles du GATT par des procédures de règlement des différends contraignantes. Les États n'ont plus la possibilité de se soustraire aux mécanismes instaurés en 1994. Des organes consultatifs et juridictionnels (en première instance et en appel) sont constitués et doivent rendre leurs décisions dans des délais précis. Depuis leur instauration, leur succès ne s'est pas démenti (ils ont été saisis dans plus de cent conflits).

SECTION II : Un régime de transition dérogatoire aux règles de l'OMC

Elle se traduit par le débat juridique d'un engagement pour une normalisation des relations UE-OMC, à savoir les conflits arbitrés par l'OMC (Paragraphe I) et par la politique commerciale selon l'Accord de Cotonou, c'est-à-dire de l'exception à la normalisation (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Le débat juridique sur la normalisation des relations UE-OMC : les conflits arbitrés par l'OMC

La banane a occupé le devant de la scène médiatique et juridique pendant plusieurs années. Elle est emblématique des relations entre pays du Nord et du Sud ; ces derniers dépendant entièrement des premiers pour leurs débouchés commerciaux. L'Union européenne avait acquis une place particulière dans le commerce mondial de la banane, puisqu'elle était devenue depuis 1995, date de l'adhésion de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande, le premier importateur mondial. Derrière les enjeux commerciaux se cachaient aussi des enjeux de politique économique. Les deux grandes zones de production couvrent, d'une part, des pays d'Amérique latine dont certains tentent depuis quelques années d'échapper à la

⁴²² Articles 1^{er} du GATT et III du GATS

⁴²³ Articles III du GATT et XVII du GATS

⁴²⁴ Article XXIV du GATT

mainmise des multinationales américaines et, d'autre part, des pays ACP, aux structures agricoles et commerciales archaïques dans l'incapacité de faire face seuls à la concurrence latino-américaine⁴²⁵.

Longtemps, la Communauté européenne a compensé les déséquilibres entre les pays ACP et les autres pays exportateurs, en leur accordant de larges avantages commerciaux non limités aux exportations de bananes, puisqu'ils s'étendaient à la quasi-totalité de leurs productions. Les Accords de Lomé avaient octroyé une exemption de droits de douane pour ces productions⁴²⁶ et avaient garanti que les acquis commerciaux des pays ACP ne pourraient être revus à la baisse⁴²⁷. Ce régime très favorable ne pouvait satisfaire les pays d'Amérique latine, ni les groupes agro-alimentaires américains. Les divergences d'intérêts se sont accentuées quand la Communauté européenne a fixé, pour la première fois en 1993, des règles communes sur le marché de la banane⁴²⁸. Pour l'essentiel, le règlement prévoyait un contingent tarifaire de 2 millions de tonnes. Dans ce contingent, les bananes ACP étaient exonérées de droits de douane tandis que les bananes en provenance de pays tiers étaient soumises à un droit de 100 écus par tonne. Au-delà du contingent, le droit passait à 850 écus par tonne pour les pays tiers et 750 écus pour les bananes "non traditionnelles" ACP, c'est-à-dire qui ne correspondaient pas à des exportations traditionnelles définies en annexe. Contesté à l'intérieur même de la Communauté par l'Allemagne (grand importateur de bananes latino-américaines)⁴²⁹, ce règlement fut surtout attaqué au sein du GATT par des pays d'Amérique latine. Modifié en 1998 pour se conformer aux décisions des organes de l'OMC, le règlement continua à être contesté par des pays latino-américains et les États-Unis. Les règles communautaires adoptées, avant 1993, en 1993 et en 1998, ont fait l'objet de nombreuses décisions des organes du GATT, puis de l'OMC. Lors de chaque procédure, des arguments identiques ou voisins ont été présentés.

L'argument central des différents États ayant contesté les règles communautaires tenait à la discrimination opérée entre les producteurs ou importateurs de bananes ACP et les autres. Dès

⁴²⁵ Catherine Haguenau-Moizard, Thierry Montalieu, op.cit. *Mondes en développement* 2004/4 (n° 128), pp 70-73.

⁴²⁶ Article 168 de Lomé IV, 1989.

⁴²⁷ Protocole n° 5.

⁴²⁸ Règlement 404/93 du Conseil relatif à l'organisation commune du marché de la banane, JOCE 1993 L47/1.

⁴²⁹ La Cour de justice des Communautés européennes a rendu deux décisions à la demande de l'Allemagne. Elle a rejeté la demande d'annulation du règlement de 1993, au motif que les règles du GATT n'étaient pas directement invocables en droit communautaire (CJCE 5.10.1994, Allemagne c/ Conseil, Rec. 1994 p. I-4973) mais, en 1998, elle a annulé la décision du Conseil incorporant les résultats de l'Uruguay Round, en raison de la discrimination subie par les importateurs de bananes non ACP (CJCE 10.3.1998, Allemagne c/ Conseil, Rec. 1998 p. I-973).

1993, un panel (organe du GATT chargé d'arbitrer les conflits commerciaux) avait constaté que les exemptions de droits de douane résultant des Accords de Lomé étaient contraires aux règles selon lesquelles, d'une part, les opérateurs nationaux ne doivent pas être favorisés⁴³⁰ et, d'autre part, l'ensemble des opérateurs doivent bénéficier du traitement le plus favorable⁴³¹. La Communauté négocia alors une dérogation lui permettant de maintenir ses exemptions jusqu'en février 2000, date à laquelle le dernier Accord de Lomé devait prendre fin.

En application de cette dérogation, les exemptions douanières ne pouvaient plus être remises en cause au sein du GATT ou de l'OMC. Les États latino- américains ne désarmèrent pas pour autant. Les contingents tarifaires établis par le règlement de 1993 leur paraissaient aussi discriminatoires que les exemptions douanières. La Communauté conclut alors un Accord-cadre avec les pays d'Amérique latine qui avaient obtenu gain de cause devant les panels. Les contingents tarifaires furent augmentés et partagés entre les pays concernés⁴³². Enfin, en 1998, la Communauté étendit, à tous les pays moins avancés, le traitement préférentiel consenti aux ACP ; ce qui bénéficia à sept pays.

La guerre commerciale n'était cependant pas terminée. Sous la pression du lobby de la banane, le gouvernement américain décida d'intervenir directement ; ce qui contribua puissamment à accélérer la normalisation des rapports UE- ACP. Aux côtés des États qui n'avaient pas signé l'Accord-cadre⁴³³, il saisit le nouvel Organe de Règlement des Différends de l'OMC. L'ORD rendit sa décision en mai 1997⁴³⁴, et l'organe d'appel confirma quelques mois plus tard⁴³⁵. Une fois de plus, la discrimination au détriment des pays tiers fut condamnée, y compris au regard de l'Accord général sur les services. L'importation de bananes relevait du service de commerce en gros couvert par l'accord qui interdisait, lui aussi, les discriminations. Le système de licences d'importation découlant du règlement de 1993 devait être revu, car il privilégiait les bananes communautaires ou ACP. L'Accord-cadre également, car il privilégiait ses signataires. La Communauté obtempéra en 1998. Elle modifia le règlement pour supprimer les distinctions entre importateurs, tout en maintenant des contingents tarifaires différenciés selon le pays exportateur⁴³⁶.

⁴³⁰ Règle du traitement national, article III du GATT.

⁴³¹ Clause de la nation la plus favorisée, article 1er du GATT

⁴³² Règlement 3224/94 du Conseil, JOCE 1994 L 337/72.

⁴³³ Mexique, Honduras, Guatemala.

⁴³⁴ ORD 22.5.1997 WT/DS27/R.

⁴³⁵ Organe d'appel 9.9.1997 WT/DS27/AB/R.

⁴³⁶ Règlements 1637/98 et 2362/98 du Conseil, JOCE 1998 L 210/28 et L 293/32.

Les États-Unis, toujours insatisfaits, répliquèrent par une menace commerciale et une nouvelle saisine de l'ORD. Finalement, à la demande de l'Équateur, celui-ci conclut que les contingents tarifaires fixés en 1998 étaient eux aussi discriminatoires⁴³⁷. La Communauté n'avait pas d'autre solution, pour se conformer aux règles du commerce international, que de mettre fin au régime privilégié dont avaient bénéficié les États ACP.

Argument secondaire, par rapport à la discrimination, l'accusation d'avoir trop augmenté les droits de douane par rapport aux montants consolidés en 1961 lors des négociations du Dillon round (20%) valut une condamnation à la Communauté, après l'adoption du règlement de 1993. Il en est résulté que la marge de manœuvre communautaire, tant dans ses décisions unilatérales que dans ses négociations commerciales avec les États ACP, était limitée par cet engagement international.

L'existence entre la Communauté et les ACP d'une zone régionale de libre-échange au sens du GATT⁴³⁸ a été le principal argument invoqué par la Communauté pour sa défense. Il a été rejeté sans difficulté dès le premier rapport de panel en 1993. En effet, les zones régionales de libre-échange autorisées par le GATT reposent sur la réciprocité des avantages commerciaux.

Tel n'est pas le cas des exemptions douanières consenties par les Accords de Lomé au seul bénéfice des États ACP. Si cette décision n'a pas eu d'effet pratique immédiat, dans la mesure où la Communauté a changé ses règles commerciales par le règlement de 1993 sans donner d'autre suite au rapport de 1993, elle a contribué à marquer les bornes de ce que la Communauté pouvait négocier avec ses partenaires ACP.

L'intense activité des organes du GATT, puis de l'OMC, dans le conflit de la banane, ne doit pas masquer la confiance limitée que leur a voué le gouvernement américain lequel, mécontent de la réaction communautaire aux décisions des organes de l'OMC en 1997, est revenu à une politique unilatérale. A la fin de l'année 1998, il menaça d'appliquer des mesures de rétorsion unilatérales contre tout État qui mènerait une politique commerciale contraire à ses intérêts. Cette annonce s'appuyait sur une loi américaine⁴³⁹ mais s'inscrivait en faux contre tous les efforts de lutte contre l'unilatéralisme à l'origine de la création du GATT et plus encore contre l'interdiction des mesures de rétorsion unilatérales au sein de l'OMC⁴⁴⁰. Les États-Unis ont introduit une nouvelle requête devant les organes de l'OMC, sans être

⁴³⁷ Décision du 24.3.2000 WT/DS27/ARB/ECU.

⁴³⁸ Article XXIV.

⁴³⁹ US Trade Act de 1974.

⁴⁴⁰ Article 23 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends annexé à l'Accord de Marrakech de 1994.

certaines qu'elle serait jugée car ils n'avaient pas d'arguments nouveaux à faire valoir. Ils ont donc choisi d'exercer une pression sur l'UE et sur les États d'Amérique du Sud. La manœuvre réussit. La Colombie et le Costa Rica acceptèrent d'améliorer considérablement la position des entreprises américaines commercialisant leurs bananes. L'Équateur (qui n'avait jamais encore saisi les organes de l'OMC) introduisit la demande qui aboutit à la décision de 1999 de l'ORD.

Après le différend sur la banane, celui sur le sucre va-t-il être porté devant les organes de l'OMC ? En octobre 2002, l'Australie et le Brésil, rejoints par la Thaïlande depuis mars 2003, ont commencé une procédure devant l'ORD. Un panel est en cours de constitution. Ces trois États contestent le règlement communautaire de 2001 sur l'organisation du marché du sucre. Les subventions à l'exportation et les prix garantis seraient contraires aux Accords du GATT, ainsi qu'à l'Accord sur l'agriculture. Les arguments invoqués sont identiques à ceux avancés lors du conflit sur la banane.

PARAGRAPHE II : La politique commerciale selon l'Accord de Cotonou : de l'exception à la normalisation

Les négociations qui ont mené à l'Accord de Cotonou ont commencé en 1996, après la publication d'un livre vert par la Commission, et au moment où le conflit sur la banane battait son plein. Contrairement aux Accords de Lomé, ceux de Cotonou dissocient politique commerciale et aide au développement. La politique commerciale n'est plus conçue comme un instrument de l'aide au développement. Elle devient un objectif en soi. Cette dissociation était le seul moyen de se plier aux règles de l'OMC. Le conflit de la banane avait clairement montré que les avantages consentis aux pays ACP devaient disparaître. Les exemptions douanières n'étant plus permises, la politique commerciale ne pouvait plus servir au développement⁴⁴¹.

Dès l'énoncé des objectifs de l'Accord de Cotonou⁴⁴², la volonté de traiter les États ACP comme les autres États dans le domaine commercial apparaît nettement, puisque leur "intégration progressive dans l'économie mondiale" est recherchée. Les moyens mis en œuvre sont clairs. Les exemptions douanières sont certes maintenues jusqu'à la fin 2007 (et couvertes par une dérogation obtenue en 2001 à l'OMC⁴⁴³) mais l'UE et ses partenaires ACP

⁴⁴¹ Catherine Haguénau-Moizard, Thierry Montalieu, op.cit. *Mondes en développement* 2004/4 (n° 128), pp 73-74.

⁴⁴² Article 1^{er}.

⁴⁴³ Décision de la conférence ministérielle du 14.11.2001, WT/MIN(01)/15.

doivent mettre à profit cette période pour conclure des "accords de partenariat économique" fondés sur la réciprocité et "compatibles avec les règles de l'OMC"⁴⁴⁴. Seuls les États volontaires seront concernés⁴⁴⁵. Pour les États qui ne seraient pas en capacité de conclure de tels accords, d'autres mesures seront envisagées, lesquelles devraient permettre à la fois de maintenir la situation existante et de se conformer aux règles de l'OMC⁴⁴⁶. Cela s'apparente à la quadrature du cercle car, sauf à obtenir des dérogations de la part de l'OMC, seuls des avantages commerciaux réciproques et temporaires sont autorisés, au titre des zones régionales de libre-échange. Autrement dit, pour respecter les règles de l'OMC, l'UE et les États ACP devraient s'efforcer de conclure des accords de partenariat économique le plus rapidement possible. L'Accord de Cotonou sonne le glas de l'exception commerciale qu'avait souhaitée la Communauté européenne au bénéfice des États ACP. Le cadre juridique international interdit le maintien de cette exception. Encore faudrait-il s'assurer que l'aide au développement, préservée par l'Accord de Cotonou, permettra aux États concernés d'appliquer les nouveaux accords commerciaux dans une position concurrentielle ; ce qui est loin d'être acquis dans la mesure où les États ACP vont commencer par perdre d'importantes ressources douanières⁴⁴⁷. Il faudrait aussi que, la menace d'un retour à des mesures commerciales unilatérales au moindre dérapage, soit écartée. Les États ACP n'ont pas caché leur inquiétude. Dans le texte même de l'Accord de Cotonou, les producteurs de sucre ont obtenu que la sauvegarde des avantages actuels soit recherchée⁴⁴⁸. Plus globalement, les États ACP ont réaffirmé, solennellement au sein de l'OMC, l'importance des avantages commerciaux et la nécessité de prendre en considération la situation défavorable des pays en développement, avec une mention particulière pour le secteur agricole, et notamment le sucre⁴⁴⁹.

Le constat de l'illégalité des préférences commerciales découlant des conventions de Lomé a placé les communautés européennes devant une alternative : maintenir les préférences et donc la non-réciprocité en les élargissant aux autres pays en développement ou les retirer pour laisser tous les bénéficiaires potentiels sur un pied d'égalité. Le second terme de l'alternative fut choisi, avec à la clé la proposition d'un nouveau partenariat commercial. Celui-ci ne pouvait désormais se concevoir que dans une parfaite adéquation avec les dispositions de

⁴⁴⁴ Articles 36 et 37 .

⁴⁴⁵ Article 37 .

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ Vincent, 2003 ; Feuer, 2002 .

⁴⁴⁸ Article 36.

⁴⁴⁹ Déclaration ACP relative à la cinquième conférence ministérielle de l'OMC, 1^{er}.8.2003, WT/MIN(03)/4.

l'OMC. C'est en ce sens que la Convention de Cotonou a été signée. Même si elle aménage une période de transition, sa dimension commerciale est orientée vers une réciprocité globale. Organisée sous forme de Zone de Libre-échange, le nouveau cadre commercial sera régi par l'article 24 du GATT. En ce sens, elle n'inclut pas de dispositions préférentielles de principe, même si les deux partenaires sont de niveaux de développement différents⁴⁵⁰. Le but ultime de la coopération économique et commerciale dans l'Accord de Cotonou est de permettre aux Etats ACP de participer pleinement au commerce international⁴⁵¹, en vue de mieux répondre aux défis de la mondialisation, de s'adapter progressivement aux nouvelles conditions du commerce international pour faciliter leur transition vers l'économie mondiale libéralisée. La dimension commerciale de cet accord répond dès lors d'un besoin d'adaptation aux exigences de l'OMC, mais dans l'optique de conserver les spécificités liées à une coopération de type intégration régionale⁴⁵², avec la part de mesures de traitement spécial et différencié⁴⁵³ y afférentes. Selon la volonté des parties, cette coopération épousera les contours d'un Accord de Partenariat Economique qui supprimera progressivement les entraves aux échanges entre elles et en renforcera la coopération dans tous les domaines en rapport avec le commerce. Si l'article 36.1 de l'Accord de Cotonou nous renseigne sur la conclusion de nouveaux accords commerciaux, c'est l'article 37.1 qui nous apprend qu'ils seront dénommés Accords de Partenariat Economique (APE). Ces APE, proposés par la Commission Européenne, étaient connus sous l'appellation d'Accords de Partenariat Economique Régionaux (APER) dans son livre vert publié en 1996 et portant sur les relations entre l'UE et les pays ACP à l'aube du 21ème siècle. Suite à la dérogation obtenue par l'UE au niveau de l'OMC, une période de transition est prévue avant la conclusion des APE, à la date initiale du 31 décembre 2007. Suivant l'article 36.3 de l'Accord de Cotonou, les préférences commerciales non réciproques, appliquées dans le cadre de la convention de Lomé 4, seront maintenues au cours de la période préparatoire pour tous les pays ACP, selon les conditions définies par l'annexe 5 apposée à l'accord. L'annexe 5 reprend la quintessence des dispositions des articles 167-185 de la Convention de Lomé 4, avec des changements mineurs. Les protocoles sur le sucre et la viande bovine sont maintenus ; celui sur la banane est remplacé par un autre qui ne contient plus d'engagements spécifiques dans le domaine commercial, ce qui doit faciliter la réforme de l'OCMB et assurer la compatibilité du régime communautaire d'importation de la banane avec le droit de l'OMC. Le protocole sur le rhum a été éliminé. Ces dispositions transitoires

⁴⁵⁰ El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit., pages 127 à 133 .

⁴⁵¹ Article 34.2 de l'Accord de Cotonou.

⁴⁵² Article 5.2 de l'Accord de Cotonou.

⁴⁵³ Article 35.3 de l'Accord de Cotonou .

préparent la conclusion des APE et la pleine mise en œuvre du régime commercial de l'Accord de Cotonou signé pour 20 ans. L'étude des futurs APE peut se faire sur la base de cinq piliers qui fondent son régime juridico-commercial. Ce sont l'extension du champ de libéralisation, la compatibilité avec les accords de l'OMC, la réciprocité, le traitement spécial et différencié et l'intégration régionale.

L'extension du champ de libéralisation découle de l'article 36.1 de l'Accord de Cotonou qui pose les bases de la libéralisation du commerce entre les deux partenaires par la suppression progressive des entraves aux échanges et par le renforcement de leur coopération dans tous les domaines en relation avec le commerce. Au-delà des domaines classiques du commerce, l'Accord suit la logique de l'OMC, en proposant l'extension du domaine commercial à d'autres secteurs. Il s'agit d'abord de domaines mentionnés comme tels déjà dans le cadre de l'OMC, comme la protection des droits de la propriété intellectuelle⁴⁵⁴, la normalisation et la certification⁴⁵⁵, les mesures sanitaires et phytosanitaires⁴⁵⁶, et l'environnement⁴⁵⁷. Il s'agit ensuite d'autres domaines qui, même s'ils ne sont pas encore régis par l'OMC, sont susceptibles de l'être prochainement, compte tenu du débat en cours sur leur rapport avec le commerce et du caractère évolutif des négociations de l'OMC⁴⁵⁸. Ce sont les normes du travail⁴⁵⁹, les politiques de consommateurs⁴⁶⁰, la clause d'exception fiscale,⁴⁶¹ les accords de pêche⁴⁶² et la sécurité alimentaire⁴⁶³. Il en ressort que les APE vont au-delà des Zones de Libre échanges traditionnelles et posent le problème de compatibilité avec l'agenda de l'OMC. Sur la question des normes fondamentales du travail, les désaccords entre pays du Nord et du Sud restent persistants. Un agenda plus a été sorti par l'UE dans le cadre des négociations et portant sur des questions qui non seulement n'ont pas encore fait l'objet d'accords à l'OMC, mais butent sur le refus des pays africains pour leur inscription dans l'agenda de libéralisation. Ce sont en l'occurrence ce qu'on désigne sous le terme de thèmes de Singapour (investissement, concurrence, marchés publics et facilitation des échanges). Fortement rejetés par les pays africains dans le cadre des négociations à l'OMC, ils ont en fin

⁴⁵⁴ Article 46 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁵⁵ Article 47 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁵⁶ Article 48 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁵⁷ Article 49 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁵⁸ Abou Abass, Le régime commercial de Cotonou face au droit de l'OMC, Observateur des Nations Unies, N°12, 2002, Page 19.

⁴⁵⁹ Article 50 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁶⁰ Article 51 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁶¹ Article 52 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁶² Article 53 de l'Accord de Cotonou .

⁴⁶³ Article 54 de l'Accord de Cotonou.

de compte été partiellement éliminés des négociations du cycle de Doha ; seul y subsiste le thème de la facilitation des échanges. Le refus des pays africains d'en débattre à l'OMC ne concernait pas seulement la substance ou les modalités de concurrence ou d'investissement, il se focalisait sur l'opportunité même d'en discuter. Les raisons économiques avancées pour cela restent applicables dans le cadre des APE et ne justifient aucune dérogation. Et pourtant, l'Europe continue de déployer des efforts à l'effet d'inclure ces questions dans les futurs APE, au mépris de la convergence entre le niveau de l'OMC et son approche dans les APE. En janvier 2005, les ministres africains du commerce ont réitéré à Dar es Salam, en Tanzanie, à Monsieur Karl Falkenberg, Directeur auprès de la Direction Générale du Commerce de la Commission Européenne, leur opposition à l'inclusion des questions de Singapour dans les négociations des APE. Cela n'a pas empêché de retrouver, les questions d'investissement et de concurrence, dans la feuille de route de l'Afrique de l'Ouest⁴⁶⁴. Devant la gêne évidente, le Comité ministériel de suivi a estimé, lors de l'adoption de la feuille de route des négociations de la phase II, que les thèmes de Singapour seront négociés au moment opportun, c'est-à-dire dès qu'un consensus serait atteint au niveau de l'OMC⁴⁶⁵. Ainsi, l'extension du champ de libéralisation fait courir le risque aux pays ACP d'un Doha Plus dont le terrain bilatéral reste plus favorable au déploiement.

La compatibilité avec le droit de l'OMC est une exigence de la jurisprudence Bananes qui a sonné le glas des préférences spécifiques africaines acquises à travers les différentes Conventions de Lomé. Cette situation peut être assimilée au renouveau de la Clause NPF et le retour à l'orthodoxie dans l'application du principe de non discrimination énoncé à l'article I du GATT. Il est par ailleurs constaté que les préférences de Lomé contraires à cet article ne pouvaient pas non plus trouver une base juridique dans l'article 24 du GATT qui régit les ACR, au motif qu'il s'agissait d'une libéralisation à sens unique ne pouvant donc être constitutif d'une Zone de Libre échange ou d'une Union douanière. Dès lors, l'UE était en face d'une alternative offerte par l'article 24 pour continuer à distribuer ses préférences. Il fallait les rendre réciproques pour bénéficier du statut de zone de libre échange ou les accorder à tous les autres pays en développement sans discrimination. L'UE et les pays ACP ont choisi la première option. Les futurs APE seront conclus dans cette logique en restant compatible avec les règles de l'OMC, conformément aux dispositions de l'article 36.1 de l'Accord de Cotonou.

⁴⁶⁴ El Hadji Diouf, *The Price is not right yet*, Development and Cooperation, volume 34, January 2007, PP.16-18

⁴⁶⁵ Ibid.

La réciprocité est aussi une conséquence de l'application de l'article 24 du GATT. Les concessions entre partenaires dans un ACR doivent être réciproques, tout en n'entraînant pas de hausse du niveau de protection envers les pays tiers. Le cas échéant, des compensations leur seront dues. En même temps, le bénéfice de la possibilité de discriminer les tiers est assujéti à une condition de mérite qui postule que l'essentiel des échanges commerciaux⁴⁶⁶ de l'ACR soit couvert par la libéralisation et dans un délai raisonnable ne pouvant excéder dix ans que dans des cas exceptionnels.

Le principe du traitement spécial et différencié est posé dans les articles 34.4 et 35.3 de l'Accord de Cotonou qui disposent que les parties réaffirment leur attachement à garantir un traitement spécial et différencié à tous les ACP, à maintenir un traitement particulier en faveur des Etats ACP PMA, à tenir dûment compte de la vulnérabilité des petits pays enclavés ou insulaires, en tenant compte des intérêts mutuels des parties et de leurs niveaux respectifs de développement. Cette disposition pose un véritable problème de délimitation du champ du TSD. Elle semble inspirée par les objectifs de développement liés aux APE. En effet, la Commission européenne semble considérer les APE comme un processus, un moyen d'atteindre les objectifs inscrits dans l'Accord de Cotonou. En ce sens, ils sont avant tout des instruments de développement. Mais le fait est qu'un ACR est par définition le lieu naturel d'un traitement spécial et différencié consigné entre parties et à l'exclusion de tous les tiers. Si les avantages commerciaux qui y sont consentis demeurent réciproques, la symétrie entre partenaires n'est pas rompue et le TSD peut être considéré comme inexistant. A la limite, cette disposition est simplement incantatoire et ne renvoie pas à la réalité de flexibilités aménagées en faveur du partenaire le plus vulnérable. Le seul TSD qui vaille, dans le cadre des APE, serait celui qui irait au-delà des exigences de l'Article 24 ou de l'interprétation restrictive de la Clause d'habilitation.

Le principe de l'intégration régionale – régionalisme – est posé dans l'article 35.2 qui dispose que la coopération économique et commerciale se fonde sur les initiatives d'intégration régionale des Etats ACP. Sa mise en œuvre a été rendue difficile par les disparités de développement et des configurations commerciales au niveau des différentes régions. Les schémas africains d'intégration régionale demeurent très complexes. Dans une même région, il peut coexister plusieurs entités aux objectifs et aux orientations très similaires, sans qu'on puisse identifier des critères objectifs de différenciation. L'exemple de l'Afrique de l'Ouest, peut être cité, où l'arbitrage du vis-à-vis, pour la négociation avec l'UE, entre l'UEMOA et la

⁴⁶⁶ Paragraphe 8 de l'article 24 du GATT.

CEDEAO, a été très délicat. Il s'y ajoute que les régions elles- mêmes se chevauchent sans qu'il soit évident de trouver une délimitation géographique crédible. Au final, et après plusieurs arbitrages, on a abouti à six regroupements régionaux calqués, en partie, sur des entités sous-régionales préexistantes :

- La Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), à laquelle appartiennent aussi tous les pays membres de l'Union économique et monétaire d'Afrique de l'Ouest (UEMOA), pour l'Afrique de l'Ouest ;
- La Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) pour l'Afrique centrale ;
- L'Afrique orientale et australe (AFOA), plus connue sous son acronyme anglais Eastern and Southern Africa (ESA) ;
- La Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) pour l'Afrique australe ;
- La Communauté des Caraïbes (CARICOM) avec le Forum des Caraïbes (CARIFORUM) ;
- La zone pacifique pour les 14 pays de la région.

Les négociations se sont déroulées en deux temps. Une première phase, dite Tous ACP, qui a démarré en septembre 2002 et duré une année. La Commission européenne négociait avec tout le bloc des pays ACP pour définir le format, la structure et les principes des négociations. Les ACP devaient voir de leur côté quels étaient leurs problèmes communs et quelle approche adopter, de sorte à mieux défendre leurs intérêts individuels et collectifs⁴⁶⁷. Six groupes de travail ont été identifiés à cet effet : l'accès aux marchés, les services, l'agriculture et la pêche, les questions liées au commerce, les questions liées au développement et les questions juridiques. La seconde phase offrait l'opportunité à chacune des six régions d'entamer des négociations de fond avec l'UE, même si un mécanisme de suivi ACP de cette phase II a été adopté. C'est ainsi que ces négociations ont débuté le 4 octobre 2003 pour les pays d'Afrique centrale, le 6 octobre 2003 pour les pays d'Afrique de l'Ouest, le 7 février 2004 pour l'Afrique orientale et australe, le 16 avril 2004 pour les pays Caraïbes, le 8 juillet 2004 pour les pays de la SADC et le 10 septembre 2004 pour les pays du Pacifique.

⁴⁶⁷ Bilal S, Houée S, Szepesi S, La dimension commerciale du partenariat ACP-UE : L'Accord de Cotonou et les APE, Discussion Paper N°60, ECDPM, Octobre 2004, Page 32.

DEUXIEME PARTIE :

LA MISE EN COHERENCE PROGRESSIVE DES DEUX CHAMPS NORMATIFS

Le caractère provisoire du SGP est à considérer comme un régime de transition. Par conséquent, le caractère provisoire du SGP traite de l'insertion d'une clause évolutive en son sein et d'une entorse aux règles de l'OMC justifiée par l'exception de l'art 24 du GATT et l'inégalité compensatrice. Ainsi, la clause évolutive couvre la mise en place d'un système de graduation, mais elle n'est pas sans conséquences. Par ailleurs, l'exception de l'article 24 du GATT veut une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC et une remise en cause du triptyque préférentiel : Préférence, non réciprocité et discrimination. Quant à l'inégalité compensatrice, les pays en voie de développement réclament, à partir de la reconnaissance d'inégalités réelles de développement entre les Etats, le bénéfice de régimes dérogatoires. Ainsi, la prise en compte des inégalités de développement doit conduire à l'établissement d'inégalités juridiques destinées à compenser les inégalités réelles. Dans les échanges, ces inégalités se traduiront par l'abandon du principe de réciprocité et la détermination de catégories d'Etats ayant un statut différent. Il s'agit de l'adoption du principe de la dualité des normes qui signifie qu'« à un corps unique régissant uniformément tous les rapports interétatiques se substitueront désormais deux corps de règles : d'une part, celui régissant les rapports entre pays développés, d'autre part, celui qui régit les rapports entre ceux-ci et les pays en voie de développement ainsi que les rapports entre pays en voie de développement. En effet, ce principe vise à corriger l'application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC, à travers une compensation de l'inégalité initiale entre Etats et le passage de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité.

Avec l'avènement du Cycle d'Uruguay et des différents mécanismes dérogatoires de l'OMC, le commerce a connu une libéralisation graduelle. En outre, ces mêmes accords ont été mis en conformité ou en adéquation avec les principes de l'OMC, et fondamentalement le principe de non-discrimination. D'une part, la libéralisation graduelle du commerce renferme celle progressive des secteurs de l'agriculture et des textiles par une réintégration de ces deux domaines dans l'OMC, mais aussi celle des services et de la propriété intellectuelle à travers l'inclusion du GATS et de l'ADPIC dans l'OMC. D'autre part, la mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC s'est opérée avec l'application

uniforme et différenciée du principe de non-discrimination par le GATS, qui rend uniforme le principe de non-discrimination à tous les membres de l'OMC et licite les intégrations économiques et le régime d'exception au profit des pays en développement. Elle étend aussi au secteur de l'ADPIC les clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée.

Ainsi, dans cette partie, nous étudierons le caractère provisoire du SGP (Titre I) qui est à considérer comme un régime de transition et l'adaptation progressive des différents mécanismes dérogatoires de l'OMC (Titre II).

TITRE I :

LE CARACTERE PROVISOIRE DU SGP

La mise en place d'un système de graduation n'est pas sans conséquences. Les pays exclus du bénéfice du SGP d'un pays développé ne disposent d'aucun moyen pour contester cette décision. Ils sont généralement trop faibles pour exercer une pression diplomatique ou politique sur le pays donneur. La décision de celui-ci peut de toute façon toujours être justifiée sur la base de la clause évolutive de 1979, en l'absence de critères dans celles-ci. La décision de graduation basée sur un critère « objectif » (de PIB ou de niveau de développement) est par conséquent difficilement attaquable devant les instances de règlement des différends de l'OMC. De plus, le SGP n'a pas en soi un caractère juridiquement obligatoire. Les pays donneurs se sont réservé le droit d'exclure n'importe quel pays du bénéfice de leur schéma préférentiel. Par ailleurs, l'exception de l'article 24 du GATT veut une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC et une remise en cause du triptyque préférentiel : Préférence, non réciprocité et discrimination. Quant à l'inégalité compensatrice, les pays en voie de développement réclament, à partir de la reconnaissance d'inégalités réelles de développement entre les Etats, le bénéfice de régimes dérogatoires. Ainsi, la prise en compte des inégalités de développement doit conduire à l'établissement d'inégalités juridiques destinées à compenser les inégalités réelles. Dans les échanges, ces inégalités se traduiront par l'abandon du principe de réciprocité et la détermination de catégories d'Etats ayant un statut différent. Il s'agit de l'adoption du principe de la dualité des normes qui signifie qu'« à un corps unique régissant uniformément tous les rapports interétatiques se substitueront désormais deux corps de règles : d'une part, celui régissant les rapports entre pays développés, d'autre part, celui qui régit les rapports entre ceux-ci et les pays en voie de développement ainsi que les rapports entre pays en voie de développement. En effet, ce principe vise à corriger l'application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC à travers une compensation de l'inégalité initiale entre Etats et le passage de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité.

Ce chapitre traitera donc de l'insertion d'une clause évolutive dans le SGP (Chapitre I) et une entorse aux règles de l'OMC justifiée par l'exception de l'art 24 du GATT et l'inégalité compensatrice (Chapitre II).

CHAPITRE I: L'insertion d'une clause évolutive dans le SGP

Le SGP n'a pas en soi un caractère juridiquement obligatoire. Les pays donneurs se sont réservé le droit d'exclure n'importe quel pays du bénéfice de leur schéma préférentiel. La « clause évolutive » selon laquelle les pays en voie de développement eux-mêmes doivent «prendre plus pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations découlant de l'Accord général » vise sous cette formulation cryptique et en l'absence du moindre critère de mise en oeuvre, la situation des pays en développement plus avancés (ceux que l'on a parfois qualifiés de « nouveaux pays industrialisés » ou NPI), qui pourraient se voir privés du bénéfice d'un traitement préférentiel par les pays développés tandis qu'ils devraient en accorder un aux pays moins favorisés qu'eux-mêmes.

Cette partie traitera donc de la mise en place d'un système de graduation (Section I) et de l'application de la clause évolutive et ses conséquences (Section II).

SECTION I: La mise en place d'un système de graduation

Elle s'est traduite par la justification des mécanismes de graduation (Paragraphe I) mais aussi par les critères de graduation et les impacts de la clause évolutive (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : La justification des mécanismes de graduation

L'une des principales craintes des pays développés (notamment des Etats-Unis) était que le SGP soit utilisé par des pays dont l'économie était déjà compétitive et qui, par conséquent, n'en avaient pas besoin. Le SGP n'avait donc été admis que moyennant la mise en place de mécanismes de graduation.

En effet, les Etats-Unis étaient les plus farouches adversaires de l'instauration d'un système préférentiel en faveur des pays en développement. Ils étaient soutenus par la Suisse, la Norvège, la Suède, le Canada et le Japon. Cinq objections majeures étaient avancées à l'encontre d'un tel système⁴⁶⁸. Elles furent exposées, à l'occasion de la deuxième session de la CNUCED, en 1968⁴⁶⁹. Ces arguments allaient d'ailleurs être à nouveau avancés en 1992, au moment de la conclusion de l'Accord de libre-échange nord-américain avec le Mexique. L'octroi d'avantages commerciaux à un pays en développement où, par hypothèse, les coûts

⁴⁶⁸ Phillipe Vincent, op.cit. pp 112-120.

⁴⁶⁹ Doc. CNUCED E/CONF.46/C.2/SR.8. Pour des commentaires, voy. E. YOUNG, « The Generalized System of Preferences : Nations More Favoured Than Most », Law and Policy in International Business, 1976, pp. 783-798, et R.HUDEC, Developing Countries in the GATT Legal System, Londres, Trade Policy Research Center, 1987, p.61 .

de la main- d'œuvre sont beaucoup moins élevés, a toujours entraîné une levée de boucliers protectionnistes.

En premier lieu les Etats-Unis craignaient que la mise en place d'un système préférentiel en faveur des pays en développement n'entraîne de nombreuses pertes d'emplois sur le territoire américain. Les entreprises risquaient de trouver plus avantageux de se déplacer vers les pays à bas salaires, en sachant que les marchandises qui y seraient produites pourraient pénétrer en franchise de droits de douane sur le territoire des Etats-Unis.

Ils mettaient ensuite en doute la nécessité même d'un tel système. Selon eux, les négociations tarifaires du Kennedy Round entamées allaient être un forum suffisant pour discuter de la réduction des droits de douane touchant les exportations des pays en développement. Les résultats décevants du Kennedy Round allaient rendre cette objection obsolète.

Le troisième argument était que les Etats industrialisés, peu désireux de laisser pénétrer des produits en franchise de droits de douane sur leur territoire, allaient contourner la suppression des barrières tarifaires par la mise en place de barrières non tarifaires, plus difficiles à éliminer. Cette objection, quant à elle, n'était pas dépourvue de fondement.

Les Etats-Unis s'opposaient également à une généralisation du système préférentiel à l'ensemble des pays du tiers-monde. A leurs yeux, il était hors de question que tous les pays en développement puissent profiter de leur système préférentiel. L'établissement d'une discrimination était indispensable. Celle-ci devait viser à la fois les pays bénéficiant d'avantages comparatifs trop élevés et ceux ayant un régime politique désapprouvé par les autorités américaines. Cet argument allait avoir deux conséquences. Afin de convaincre les Etats-Unis d'accepter la mise en place du Système généralisé des préférences, les pays en développement durent accepter la mise en place de mécanismes de graduation. Ils durent également consentir au caractère sélectif et non obligatoire des préférences.

La cinquième objection américaine, probablement la plus fondamentale, tenait au caractère dérogatoire du système préférentiel par rapport à la Clause de la Nation la Plus Favorisée. L'institutionnalisation d'une exception générale et de longue durée à la clause risquait de vider celle-ci de sa substance. Par conséquent, elle exposait les parties contractantes à un démantèlement complet des acquis du GATT, voire à une disparition de celui-ci.

Les autres pays développés (Etats membres de la Communauté européenne, Royaume-Uni et Australie) n'étaient pas systématiquement opposés à l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement. Ils souhaitaient toutefois la mise en place de schémas sélectifs. Selon eux,

il était inacceptable que les produits pour lesquels les pays en développement disposaient d'avantages comparatifs puissent pénétrer sur leurs marchés avec une marge préférentielle. Cela risquerait de mettre en péril leurs propres marchés nationaux. De plus, une dérogation automatique aurait mis en danger les acquis du GATT.

La Belgique, soutenue par la France, prit en 1963, l'initiative de présenter le « plan Brasseur »⁴⁷⁰. Celui-ci proposait la négociation bilatérale de préférences sélectives, temporaires et dégressives sur les exportations de produits manufacturés des pays en développement vers les pays industrialisés. Le plan Brasseur prévoyait également la possibilité de négocier de telles préférences entre blocs de pays. Le but de cette proposition était de légaliser le système préférentiel établi par la Communauté européenne en faveur des dix-huit pays signataires de la Convention de Yaoundé, sans devoir étendre ces préférences aux autres pays en développement. Pour cette raison, il reçut également le soutien des dix-huit pays africains signataires de la Convention de Yaoundé⁴⁷¹.

L'Inde et la République arabe unie réclamaient la mise en place de préférences automatiques, inconditionnelles et en faveur de tous les pays en développement⁴⁷². Les pays d'Amérique latine, des Caraïbes et d'Afrique anglophone soutinrent leurs propositions⁴⁷³ et firent échouer le plan Brasseur.

Les négociations visant à aboutir à la mise en place du système des préférences généralisées causèrent des dissensions au sein même du bloc des pays en développement. Les dix-huit pays africains ayant conclu, en 1963, la Convention d'association de Yaoundé avec la Communauté européenne, craignaient que la généralisation de préférences ne réduise à néant le traitement préférentiel dont ils allaient bénéficier grâce à cette convention. Celle-ci garantissait en effet un traitement privilégié à leurs exportations à destination des pays de la CEE. Au nom de la nécessité d'accorder un traitement préférentiel à l'ensemble des pays du Tiers-monde, les autres pays en développement avaient aussitôt contesté la validité de cette Convention au regard du GATT⁴⁷⁴. Ils firent également échouer le plan Brasseur qui aurait facilité la mise en place de préférences limitées. Par un juste retour des choses, les pays

⁴⁷⁰ Voy. le rapport du comité spécial de la CNUCED sur les préférences du 8 juin 1965, annexe B, doc. TD/B/C.2/1/Add.1.

⁴⁷¹ Voy. K. DAM, *The GATT : Law and International Organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, p. 248, et T. MURRAY, *Trade Preferences for Developing Countries*, Londres, Macmillan, 1977, p.15.

⁴⁷² IBDD, supp. n°13, pp. 105-106.

⁴⁷³ IBDD, supp. n°13, pp. 106-107.

⁴⁷⁴ IBDD, supp. n°14, p 106.

bénéficiaires de la Convention de Yaoundé s'efforcèrent de freiner la négociation du système des préférences généralisées.

Le bloc du Tiers monde a toujours été très fragile, en raison de l'extrême variété des situations des Etats qui le composent. Des divergences d'intérêts en son sein sont toujours susceptibles de le faire éclater. Cela a pour conséquence de réduire leur force de négociation. Chaque groupe a tendance à défendre ses propres intérêts, n'hésitant pas parfois à s'allier avec des pays développés contre d'autres pays en développement⁴⁷⁵.

La question des préférences tarifaires à accorder aux pays en développement avait déjà été l'une des questions abordées, à l'occasion de la première session de la CNUCED en 1964. Raul Prebisch avait présenté cette requête comme la continuation naturelle et logique des mesures déjà contenues dans le GATT en faveur des industries naissantes. Selon lui, des préférences « aideraient les industries des pays en voie de développement à surmonter les difficultés qu'elles rencontrent sur les marchés d'exportation à cause de leurs coûts initiaux élevés. C'est une mesure temporaire qui, en ouvrant de plus larges marchés aux industries des pays en développement, leur permettrait de diminuer leurs coûts et d'être concurrentiels sur les marchés mondiaux sans avoir besoin de préférences continues »⁴⁷⁶. Raul Prebisch prenait dès le départ, on le remarquera, la précaution de préciser que les préférences en faveur des pays en développement ne seraient que temporaires, le temps pour les industries de ceux-ci de devenir concurrentielles.

Il avait également insisté sur le caractère généralisé que devait présenter tout schéma préférentiel en faveur des pays en développement. « D'une façon générale, il est essentiel d'éliminer toutes les discriminations qui existent actuellement à l'encontre des exportations d'articles manufacturés des pays en voie de développement, afin d'assurer à ceux-ci l'accès aux marchés mondiaux dans des conditions qui ne soient pas moins favorables que les conditions généralement appliquées »⁴⁷⁷. Cette phrase visait le maintien des relations privilégiées entre les Etats nouvellement indépendants et leur ancienne métropole (par le biais, par exemple, de la Convention de Yaoundé). En mettant sur pied des préférences spéciales, ce type d'accords empêchait les autres pays en développement d'accéder aux marchés des anciennes puissances coloniales sur un pied d'égalité avec les Etats nouvellement

⁴⁷⁵ Voy. par ex. la constitution du « groupe de Cairns » à l'occasion des négociations de l'Uruguay Round.

⁴⁷⁶ R. PREBISCH, « Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement économique », Rapport introductif du Secrétaire général de la CNUCED, Actes de la CNUCED, vol. II, p. 35.

⁴⁷⁷ Actes de la CNUCED, vol. II, p. 40.

indépendants. Par conséquent, la CNUCED rejetait le plan Brasseur qui prévoyait le maintien de préférences spéciales.

Le Principe n°8, adopté à l'issue de la première CNUCED, énonçait déjà formellement que « de nouvelles préférences tarifaires et non tarifaires devraient être accordées aux pays en voie de développement »⁴⁷⁸. Ce principe avait été l'une des raisons principales pour laquelle les pays développés, farouches adversaires à cette époque des préférences tarifaires, avaient voté contre l'acte final de la première CNUCED⁴⁷⁹.

Un comité d'étude de la question des préférences fut cependant mis en place à l'issue de celle-ci⁴⁸⁰. Ses travaux allaient contribuer à modifier progressivement le point de vue des pays développés sur la question des préférences. De leur côté, les pays du « Groupe des 77 » organisèrent une conférence qui allait aboutir à l'adoption de la « Charte d'Alger ». Celle-ci définit, en 1967, un Système généralisé des préférences (SGP)⁴⁸¹ et fit des recommandations à la CNUCED.

En 1965, les pays de l'OCDE mirent sur pied un groupe spécial d'études sur les préférences. Le rapport rendu en 1968⁴⁸² acceptait l'idée de préférences temporaires en faveur des pays en développement, pour une durée de dix ans. En effet, les pays industrialisés estimaient que les préférences devaient disparaître au fur et à mesure du développement des pays bénéficiaires.

Les dernières réticences américaines tombèrent en 1967, lorsque le Président Johnson déclara, devant les chefs d'Etats américains réunis en conférence à Punta del Este, qu'il était favorable à l'octroi de préférences tarifaires temporaires aux pays en développement⁴⁸³. Le revirement de la position américaine était dû aux pressions de plus en plus fortes que les pays d'Amérique latine exerçaient sur les Etats-Unis⁴⁸⁴. Il était également dû en grande partie à la crainte de voir se multiplier les accords commerciaux préférentiels entre les autres pays développés et leurs partenaires en développement. La Communauté européenne, par exemple, était en train de négocier la conclusion de tels accords avec tous les pays du bassin méditerranéen. Les Etats-Unis craignaient, dans ce cas, la concurrence des importations

⁴⁷⁸ Actes de la CNUCED, vol. I, p. 22.

⁴⁷⁹ Pour un commentaire, voy R. PREISWEIRK, « La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents », Journal du droit international, 1967, p. 34.

⁴⁸⁰ Recommandation A.III.5, Actes de la CNUCED, vol. I, p. 39.

⁴⁸¹ Charte d'Alger, Réunion ministérielle du Groupe des 77, doc. MM 77/1/20 du 30 octobre 1967, pp. 16-17. Ce document a été repris dans les Actes de la CNUCED- deuxième session, vol. I, p. 473.

⁴⁸² Rapport du groupe spécial sur le commerce avec les pays en développement de l'OCDE du 29 janvier 1968, doc. TD/56. Ce rapport a été repris dans les Actes de la CNUCED- deuxième session, vol. III, p.84.

⁴⁸³ Le texte de cette déclaration est repris dans le JWTL, 1969, p. 656.

⁴⁸⁴ Voy. G. McCULLOCH, « United States Preferences : The Proposed System », JWTL, 1974, p. 217.

d'agrumes méditerranéens sur le territoire communautaire à des tarifs préférentiels, au détriment de leurs propres exportations. L'idée d'une généralisation des préférences leur paraissait être la meilleure solution à ce problème. La Communauté n'aurait pu ainsi accorder une franchise de droits de douane aux agrumes des pays associés, sans étendre cet avantage à tous les autres pays en développement. Cette généralisation des préférences aurait, par conséquent, dû faire hésiter la Communauté à accorder une franchise complète. Elle n'aurait peut-être alors accordé qu'une simple réduction des droits de douane, qui aurait permis aux exportations d'agrumes américains de rester compétitives⁴⁸⁵.

Les Etats-Unis craignaient également la mise en place de « préférences inverses », par lesquelles les pays bénéficiaires de préférences se seraient engagés à accorder, à leur tour, des préférences au pays donneur. Ce système risquait de leur fermer les marchés de tous les pays en développement avec lesquels ils ne concluraient pas d'accord préférentiel⁴⁸⁶.

Le contexte était donc mûr pour la reconnaissance internationale du principe des préférences tarifaires en faveur des pays en développement. La deuxième CNUCED, réunie à New Delhi en 1968, adopta à l'unanimité la résolution 21(II), intitulée : « Admission préférentielle ou en franchise des exportations d'articles manufacturés et d'articles semi-finis des pays en voie de développement dans les pays développés »⁴⁸⁷. Celle-ci était consacrée à la mise en place d'un système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discriminations, pour les exportations des produits manufacturés et semi-finis des pays en développement. Un Comité spécial des préférences, chargé de la mise en œuvre de la résolution 21(II), était en même temps mis sur pied. Il engagea les pays développés à poursuivre leurs échanges de vues au sein de l'OCDE pour lui présenter leurs propositions.

La voie était désormais ouverte pour la mise en place d'un Système généralisé de préférences en faveur des pays en développement. La négociation de celui-ci allait cependant encore durer trois ans⁴⁸⁸. L'OCDE transmit un rapport au Secrétariat de la CNUCED, le 14 novembre 1969⁴⁸⁹. Après avoir examiné les offres des pays industrialisés contenues dans celui-ci, le Comité spécial des préférences de la CNUCED adopta, en 1970, des « conclusions concertées, en vue de l'instauration d'un Système Général de Préférences non

⁴⁸⁵ Le raisonnement des Etats-Unis s'avéra erroné, en raison du caractère non généralisé des préférences accordées. Celui-ci permit à la Communauté de maintenir des préférences additionnelles pour les pays associés.

⁴⁸⁶ Voy. R. HUDEC, *Developing Countries in the GATT Legal System*, Londres, Trade Policy Research Center, 1987, p. 63.

⁴⁸⁷ Résolution du 26 mars 1968, Actes de la CNUCED-deuxième session, vol. I, p. 41.

⁴⁸⁸ Sur ces négociations, voy. D. WALL, « Problems with Preferences », *International Affairs*, 1971, pp. 87-99.

⁴⁸⁹ Doc. OCDE C (69) 142.

discriminatoires et non réciproques en faveur des pays en voie de développement »⁴⁹⁰. Dans celles-ci, les pays développés déclaraient leur intention d'accorder des préférences tarifaires aux pays en développement. Celles-ci allaient être accordées pour une période initiale de dix ans, sur une base volontaire. Les conclusions concertées insistaient particulièrement sur le caractère temporaire et non obligatoire des préférences tarifaires : « les préférences seront de caractère temporaire ; leur octroi ne constituera pas un engagement contraignant ». Dans ces conclusions, les pays développés s'engageaient également à « ne pas invoquer leur droit au traitement de la Nation la Plus Favorisée en vue d'obtenir, en tout ou en partie, le traitement préférentiel accordé aux pays en développement »⁴⁹¹.

Le Principe n°15⁴⁹², adopté en 1964, à l'issue de la première session de la CNUCED, prévoyait déjà qu'« en adoptant des politiques et des mesures internationales en vue du développement économique des pays en voie de développement, il faut tenir compte des caractéristiques particulières et des divers stades de développement de ces pays, en accordant une attention spéciale aux moins développés d'entre eux »⁴⁹³. En insistant sur la nécessité d'aider particulièrement les pays les moins développés, ce Principe annonçait à contrario, que les pays ayant atteint un certain stade de développement économique allaient devoir renoncer à certains des mécanismes de différenciation positive qui leur avaient été accordés jusqu'alors.

La clause d'habilitation contenue dans la décision concernant le « Traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement »⁴⁹⁴, adoptée en 1979 à l'issue des négociations du Tokyo Round, fut immédiatement assortie d'une clause dite « évolutive ». Celle-ci mettait en place un système de « graduation ». La clause évolutive prévoyait que les pays en développement qui bénéficiaient de préférences devaient assumer une part de plus en plus importante des obligations découlant du GATT, au fur et à mesure de l'amélioration de leur situation économique⁴⁹⁵. Les pays en développement les plus avancés allaient donc être amenés à renoncer progressivement aux avantages qu'ils retiraient du SGP.

La mise en place de mécanismes de graduation part de l'idée qu'un traitement spécial et différencié appliqué sans discriminations à tous les pays du tiers-monde, sans considération de

⁴⁹⁰ Rapport du Comité spécial des préférences de la CNUCED, doc. TD/B/329/Rev.1.

⁴⁹¹ Rapport du Comité spécial des préférences de la CNUCED, doc. TD/B/329/Rev.1, chapitre IX.

⁴⁹² Philippe Vincent, op. cit. pp. 276-277.

⁴⁹³ Actes de la CNUCED, vol. I, p. 23.

⁴⁹⁴ IBDD, supp. n° 26, p.223.

⁴⁹⁵ Paragraphe 7 de la décision.

leur niveau de développement et de leur compétitivité internationale, aura des effets pervers aussi bien sur les pays développés que sur les bénéficiaires.

L'objectif principal des mesures de différenciation positive mises en place en faveur des pays en développement était et reste d'aider ces pays à accéder aux marchés des pays industrialisés, afin de favoriser leur développement économique. Il fallait, par conséquent, éviter que seuls quelques pays particulièrement compétitifs en retirent des avantages, au détriment des autres. A partir du moment où un Etat apparaît capable d'occuper la place qui lui revient sur la scène commerciale internationale sans avoir besoin de bénéficier d'un traitement préférentiel, il faut lui retirer le bénéfice de celui-ci. Cela permettra à d'autres Etats d'en bénéficier à leur tour, et ainsi de suite. Lorsque les Etats-Unis retirèrent le bénéfice de leur SGP à la Corée du Sud, à Hong Kong, à Singapour et à Taiwan, d'autres pays, à savoir le Brésil, le Mexique et la Thaïlande, en devinrent les principaux bénéficiaires. Cela favorisa le développement économique de ces pays, puis de leurs voisins⁴⁹⁶.

Les mécanismes de graduation permettent également aux pays développés de prendre des mesures sélectives à l'égard des importations bénéficiant de préférences. Celles-ci peuvent être retirées à l'égard de quelques produits originaires des pays les plus avancés. En l'absence de tels mécanismes de graduation, les gouvernements des pays développés pourraient être amenés à prendre des mesures de sauvegarde générales, voire à remettre en cause l'entièreté du SGP. La possibilité de suppressions partielles des préférences garantit les pays en développement moins avancés contre les décisions générales motivées par la seule compétitivité des nouveaux pays industrialisés.

Le principe de la graduation n'était donc pas néfaste en lui-même. Le principal problème résidait dans le caractère arbitraire et subjectif de la décision de graduation. Il était à craindre que le mécanisme ne soit utilisé à des fins purement protectionnistes. On risquait alors d'assister à la suppression des avantages à un partenaire dont la qualité de « pays en développement » ne faisait aucun doute, mais qui profitait trop de son traitement préférentiel aux yeux d'un pays développé. La graduation risquait également d'être utilisée comme moyen de pression, afin d'arracher des concessions à un pays en développement. Ces risques découlaient de l'absence de critères généralement admis pour la définition des pays en développement et pour la graduation de ceux-ci. Plus généralement, ils découlaient

⁴⁹⁶ Voy. L. LIM, « U.S. Trade Policy Toward the New NICS of Southeast Asia », *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 468.

de la faculté pour les pays développés de déterminer librement les bénéficiaires de leurs schémas préférentiels.

PARAGRAPHE II : Les critères de graduation et l'impact de la clause évolutive

L'un des inconvénients de la clause évolutive était de ne prévoir aucun mécanisme spécifique destiné à déterminer le moment où un pays en développement serait suffisamment avancé pour perdre cette qualité. Les pays développés gardèrent donc le droit de déterminer unilatéralement la liste des pays ne pouvant plus bénéficier de leur SGP⁴⁹⁷. Cette conséquence était logique, dans la mesure où la clause d'habilitation n'obligeait pas formellement les pays développés à offrir des préférences tarifaires aux pays en développement, et les laissait libres de son contenu et de ses bénéficiaires⁴⁹⁸.

Cette solution présentait cependant un inconvénient majeur pour les pays en développement. Face à l'incertitude du moment où la décision de graduation le concernant serait prise, un pays, ayant atteint un certain niveau d'avancement, pouvait hésiter à investir dans certains domaines. Ignorant si ses exportations futures bénéficieraient toujours du traitement SGP, il pouvait être amené à retarder son programme d'industrialisation.

A partir du moment où le principe de la graduation était admis, la mise en place de critères généralement acceptés était souhaitable. Il est cependant extrêmement difficile de déterminer une définition des notions acceptables par tous, de « pays en développement » et plus encore, de « pays en développement avancé ». Tout comme ils avaient pu le faire pour la détermination des pays bénéficiaires de leur SGP, les pays développés purent déterminer eux-mêmes leurs propres critères de graduation.

L'une des particularités de l'accord de l'Uruguay Round sur les subventions est d'opérer une distinction entre trois catégories de pays en développement, les pays les moins avancés, à savoir quatorze pays dont le PNB est inférieur à 1000 dollars américains par habitant et par an, et les autres pays en développement. Ces derniers se sont tenus de respecter les dispositions normales de l'accord, comme si leur situation ne justifiait plus l'octroi d'un traitement préférentiel. Si ce critère (très bas) de 1000 dollars de PNB annuel par habitant devait être généralisé comme critère de graduation, cela signifierait du coup que la majorité des pays en développement perdraient ce statut et les avantages qui y sont liés.

⁴⁹⁷ Philippe Vincent op.cit. pp 277-279.

⁴⁹⁸ Voy. O. LUNT, « Graduation and the GATT: The Problem of the NICs », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, pp. 618-619 et 623, note 74.

Seuls les pays les moins avancés pourraient encore s'en prévaloir. Il est cependant peu probable que cette graduation massive, si elle devait avoir lieu, soit profitable à ces pays. Ceux-ci sont souvent incapables de reprendre à leur compte les parts de marché détenues actuellement par des pays en développement intermédiaires grâce au SGP. Cette graduation serait par contre catastrophique pour les pays en développement intermédiaires (la plupart des pays d'Afrique du Nord et d'Amérique latine, et quelques pays d'Asie). Ceux-ci perdraient des avantages indispensables pour eux. Leurs parts de marché seraient probablement immédiatement reprises par les nouveaux pays industrialisés, même si ceux-ci étaient également exclus des schémas préférentiels, en raison de la plus grande compétitivité internationale de leurs entreprises.

Par le biais de la clause évolutive, les pays développés allaient désormais disposer d'un moyen licite pour exclure certains pays en développement du bénéfice de leurs SGP. Les pays en développement avaient lutté en vain contre l'insertion de cette clause. Ils craignaient que celle-ci crée des divisions entre eux, entraîne une diminution de leur force de cohésion et, par conséquent, de leur pouvoir de négociation⁴⁹⁹. Ces craintes n'étaient pas dénuées de fondement. Certains pays en développement furent amenés, à partir du milieu des années 80, à faire des concessions, notamment dans le domaine de la protection des droits de la propriété intellectuelle et de l'ouverture de leurs marchés, afin d'éviter la graduation. Une fois la résistance du bloc des pays en développement entamée, les pays industrialisés n'éprouvèrent plus beaucoup de difficultés à inscrire ces thèmes à l'agenda des négociations de l'Uruguay Round.

Pour le cas de l'Afrique, il existe une catégorie assez spécifique de préférences spéciales, asymétriques, adoptées sous forme de programme ad hoc et présumées compatibles avec le droit de l'OMC. Ce sont des offres bilatérales pouvant être considérées comme des parties intégrantes des SGP des pays donateurs. Il en existe une multitude pour les pays africains qui les partagent généralement avec d'autres pays en développement. Par souci de pragmatisme et du point de vue de leurs intérêts juridiques, nous en choisirons les deux principales. Ce sont la nouvelle offre européenne tirée de la réorganisation de son SGP se caractérisant par son universalité et la Loi sur les possibilités commerciales des pays africains, à savoir la nouvelle

⁴⁹⁹ Voy. R. BERGER, « Preferential Trade Treatment for Less Developed Countries: Implications of the Tokyo Round », *Harvard International Law Journal*, 1979, p. 567.

offre préférentielle des Etats- Unis plus connue sous le sigle de l'AGOA, et qui reste discriminatoire⁵⁰⁰.

Le SGP européen a été réorganisé et simplifié. Pour les pays africains, deux de ses composantes restent pertinentes. S'ils ont un plein bénéfice de l'Initiative « Tout Sauf les Armes », le second reste un potentiel dont ils sont, pour le moment, exclus de la liste des bénéficiaires. C'est le SGP Plus.

Pour le premier, l'exclusion par omission⁵⁰¹ constitue le changement le moins radical par rapport au principe d'auto-élection. Il n'existe aucun critère spécifique pour la sélection des bénéficiaires des préférences, les pays donneurs se réservant le droit d'inclure le pays candidat dans une liste de pays sélectionnés. Cette méthode est utilisée par la Communauté européenne depuis que le Système de Préférences Généralisées existe. Des pays sont inclus, en raison d'un réflexe de relations privilégiées, au détriment d'une conception large de la catégorie de développement. Mais on assiste à la situation inverse, lorsqu'un accord bilatéral fait référence au traitement non moins favorable que celui qui résulte des préférences généralisées accordées aux autres pays en développement. L'application différenciée et modulée des avantages préférentiels de la Communauté européenne constitue le type de sélection le plus élaboré. Il permet de faire une discrimination entre les pays en développement et de préserver le caractère concurrentiel d'un secteur illustré du marché, sans pour autant altérer la signification globale du système préférentiel. Le nouveau schéma de préférences, dénommé « Initiative Tout Sauf les Armes », en est une parfaite illustration. Adopté le 28 février 2001 par le Conseil, ce règlement modifie le Système des Préférences Généralisées (SPG) de la Communauté européenne. Applicable depuis le 1^{er} mars 2001, il vise à étendre le libre accès au marché communautaire au profit des Pays Moins Avancés (PMA). En vue de faciliter une meilleure intégration des pays les plus pauvres dans l'économie mondiale, l'UE a décidé d'accorder, d'ici 2009, un libre accès au marché communautaire à tous les produits, à l'exception des armes, en provenance des pays les moins avancés du monde. Cette décision devrait contribuer à améliorer les conditions commerciales pour ces pays défavorisés et témoigner du souci de l'UE de contribuer de manière tangible au commerce mondial, en axant sa politique commerciale sur les préoccupations en matière de développement. Cette initiative étend le libre accès au marché communautaire, en franchise

⁵⁰⁰ El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit. Pp. 181 et suivantes.

⁵⁰¹ Elkin, Natan., Droit et Pratique des Préférences généralisées, Thèse de Doctorat, Louvain, 1985, Page 47.

de droits et sans contingents, à tous les produits originaires des PMA, à l'exception des armes et munitions.

Seuls les trois produits les plus sensibles ne sont pas libéralisés immédiatement. Il s'agit des bananes fraîches pour lesquelles une libéralisation totale est prévue par une réduction tarifaire annuelle de 20%, du 1^{er} janvier 2002 au 1^{er} janvier 2006. Il s'agit ensuite du riz, le Règlement prévoyant que la libéralisation totale s'étendra, du 1^{er} septembre 2006 au 1^{er} septembre 2009, par des réductions tarifaires graduelles. Avant cette date, le riz pourra entrer en franchise sur le marché communautaire dans la limite d'un contingent tarifaire. Pour le sucre, la libéralisation totale s'effectuera, entre le 1^{er} juillet 2006 et le 1^{er} juillet 2009, en réduisant progressivement le tarif douanier commun jusqu'au droit zéro. Les mesures intermédiaires sont en grande partie similaires à celles prises pour ce qui concerne le riz. Malgré sa relative générosité, les critiques se sont focalisées sur la rigidité du régime des règles d'origine qui accompagnent l'Initiative. C'est ainsi que, dans la mesure où les règles d'origine sont plus avantageuses dans l'Accord de Cotonou que dans l'« Initiative Tout Sauf les Armes », les pays d'Afrique subsaharienne qui bénéficient du premier n'utiliseront pas en priorité ce second régime. De nombreux exportateurs, parce qu'ils disposent de plusieurs régimes de préférence, n'utiliseront pas certains d'entre eux ; ce qui amoindrit l'efficacité de l'Initiative mais ne signifie peut-être pas un renoncement de la part des bénéficiaires. Selon l'UE, le faible taux d'utilisation de l'« Initiative Tout Sauf les Armes » par les pays ACP ne signifie pas que cet accord est sans portée mais, en réalité, qu'il consolide en grande partie des préférences déjà accordées dans d'autres cadres, notamment le régime du SGP européen réformé en octobre 2004 pour la période 2006-2008. Le nouveau système réduit le nombre d'arrangements SGP qui passent de cinq programmes à trois. Aux fins du nouveau régime, l'arrangement général restera essentiellement le même, de même que le programme « Tout sauf les armes » ci-avant présenté. Cependant, les trois programmes restants seront compilés en un seul appelé « SGP Plus » et réservé aux pays remplissant les nouveaux critères pour le développement durable et la bonne gouvernance⁵⁰². Il remplace ainsi trois anciens régimes d'incitation, notamment arrangements portant sur les drogues, les questions sociales et l'environnement, par un nouveau régime unique qui vise environ deux cents (200) produits pouvant entrer dans l'UE en franchises de droits, en provenance de pays vulnérables. Ceux-ci doivent accepter de ratifier les principales conventions internationales relatives aux questions sociales, aux droits humains, à la protection de l'environnement et à la gouvernance, y

⁵⁰² El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit. Pp 183 et suivantes.

compris la lutte contre les drogues. Parmi les conventions imposées, figurent le Protocole de Kyoto sur le réchauffement de la planète, le Protocole de Carthagène sur les organismes génétiquement modifiés, la Convention sur la diversité biologique, la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore menacées d'extinction (CITES), ainsi que les conventions contre le travail forcé, le travail des enfants, la discrimination raciale et sexuelle, de même qu'un accord qui défend le droit pour les travailleurs de se syndiquer et mener des négociations collectives.

Pour chaque pays bénéficiaire, le nouveau SGP ne permettra l'éligibilité que pour les groupes de produits représentant moins de 15% du total des importations des mêmes produits vers l'UE, dans le cadre du SGP, au cours des trois dernières années consécutives. Pour les textiles, le seuil serait de 12,5%. Cette limitation cherche à permettre une graduation, évaluée tous les trois ans, pour retirer du système SGP les produits les plus compétitifs de bénéficiaires largement concurrentiels sur le marché communautaire et qui n'ont donc plus besoin du SGP pour stimuler leurs exportations vers l'UE. Selon l'UE, la graduation ne constitue pas une pénalité, mais signifie plutôt que le SGP a parfaitement rempli sa fonction, du moins pour les pays et les produits en question. Le SGP met donc l'accent sur les pays qui en ont le plus besoin et les aide à jouer un rôle plus important dans le commerce international. La graduation réserve aux autres pays bénéficiaires une part plus large des avantages du SPG. Selon Jo Leadbeater⁵⁰³, responsable du bureau plaidoyer UE à Oxfam International, le fait qu'un pays soit soumis à la graduation, après avoir compté pour 15% des importations de l'UE en provenance des pays en développement plutôt que de l'ensemble des importations de l'UE, « signifie qu'un pays en développement peut être retiré du SGP alors qu'il commence à mettre un pied dans le circuit, et ceci est injuste et franchement protectionniste. » Les nouvelles règles de graduation susciteront probablement des discussions à propos de la différenciation entre pays en développement, une question litigieuse dans les négociations sur le traitement spécial et différencié à l'OMC.

S'agissant des règles d'origine, le constat de leur frein à l'utilisation des préférences reste constant. Elles étaient à un taux de 52% en 2002. Le nouveau plan cherche à recourir au cumul régional, pour que les membres d'un même groupe régional soient en mesure de combiner pour une meilleure utilisation des préférences. Le cumul d'une région à l'autre sera introduit, si des pays intéressés le demandent. Si le « SGP Plus » est attractif, la liste des pays bénéficiaires ne fait pas apparaître de pays africains pour l'instant.

⁵⁰³ Passerelles Synthèse Mensuelle, Volume 3, Numéro 10 du 28 Octobre 2004.

Ce système européen coexiste avec l'offre américaine exclusivement réservée aux pays africains. L'AGOA en question souffre malheureusement d'une tare juridique non encore corrigée. Ses conditions d'octroi discriminatoires sont incompatibles avec le droit de l'OMC⁵⁰⁴.

La sélection dans un système qui se dit général fait apparaître la volonté de discrimination à l'encontre de certains pays. On est dans un système d'admission par sélection⁵⁰⁵. On observe le même résultat que celui dans le cas de l'exclusion par omission, encore que les difficultés soient ici plus perceptibles. Les risques d'un conflit ouvert sont plus grands dès lors que le donateur déclare son intérêt à exclure des pays non sélectionnables selon ses critères. Dans sa formulation, le schéma préférentiel américain répond à des impératifs reflétant la position traditionnelle des Etats-Unis vis-à-vis des préférences et anticipant aussi sur le développement ultérieur du système préférentiel. Spécifiquement, en ce qui concerne l'AGOA, il s'agit d'un régime préférentiel accordé par les Etats-Unis à certains Etats d'Afrique subsaharienne. Sous certaines conditions, les importations de produits provenant des Etats déclarés éligibles peuvent accéder au marché américain en franchise de douane et sans être soumises aux quotas. Ces avantages dont le champ est relativement large sont octroyés dans des conditions strictes et couvrent un champ assez restreint.

L'AGOA n'est pas un système de préférences commerciales qui s'appuie sur les conditionnalités classiques des systèmes généralisés de préférences. Elle est confinée dans une zone géographique, l'Afrique, sans en épouser les contours géopolitiques ou géoéconomiques. Non seulement l'Afrique n'est pas une entité commerciale homogène mais elle n'est appréhendée au travers d'aucune entité représentative pouvant servir de substrat à une offre commerciale. Sans que cela soit expressément mentionné dans l'AGOA, les critères de sélection procèdent d'un double filtre. Le premier, pour choisir ceux des pays africains sélectionnables à la liste des pays consignés dans l'AGOA ; le second, pour sélectionner parmi ces pays ceux qui devront bénéficier des avantages commerciaux accordés dans la loi. Il y a donc une procédure d'admissibilité suivie de celle d'une admission qui n'est même pas définitive. L'étendue des pouvoirs du président des USA inclut des possibilités supplémentaires de sélection, mais aussi de radiation qui font que les listes pourront s'avérer fluctuantes en fonction de la situation économique ou politique des récipiendaires. Les américains ont soutenu que les critères d'admissibilité ont été établis en consultation avec les

⁵⁰⁴ El Hadj Abdourahmane Diouf op.cit. Pp 185 et suivantes.

⁵⁰⁵ Elkin, Natan., op.cit. P 49.

pays africains, et qu'ils reposent sur l'idée que les avantages commerciaux et l'accès au marché américain accordés par la loi ne susciteront une croissance et un développement économique que si les pays intéressés appliquent une politique intérieure judicieuse. Les critères élaborés sont à la fois commerciaux et politiques. En tout état de cause, ils restent unilatéraux dans leur mise en œuvre et dans la négation totale de tout choix objectif qui mettrait sur un pied d'égalité les pays censés être dans la même catégorie de développement. Cette subjectivité unilatérale se retrouve aussi bien dans la phase d'admissibilité que dans celle de l'admission.

Aussi les avantages commerciaux accordés dans l'AGOA débordent-ils le volet plus connu des textiles et des vêtements. Ils incluent d'autres préférences commerciales qui couvrent des produits à travers l'extension du SGP des Etats-Unis.

SECTION II: L'application de la clause évolutive et ses conséquences

Elle s'est traduite par l'application de la clause évolutive (Paragraphe I) et les conséquences de l'application de la clause évolutive (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : La mise en œuvre de la clause évolutive

Dans le cadre des offres du SPG⁵⁰⁶, l'octroi, par les pays industrialisés, d'un traitement plus favorable aux PMA (par rapport aux autres pays en développement) ne soulève pas de problèmes juridiques spéciaux et est même unanimement admis. En revanche, l'application de la « clause évolutive »⁵⁰⁷ par un nombre croissant de pays donneurs suscite de vives réactions de la part de certains pays en développement avancés.

Parmi les exemples les plus significatifs, mais non limitatifs, on peut notamment citer les schémas des Etats-Unis, de la CEE et de la Nouvelle-Zélande.

C'est ainsi que les Etats-Unis, dans le cadre de l'application de leur offre de préférences tarifaires généralisées⁵⁰⁸, ont mis en vigueur, depuis 1981, un système de gradation sélective fondé sur trois critères : le niveau de développement économique du bénéficiaire, sa compétitivité pour le produit concerné et l'intérêt économique général des Etats-Unis. En application de ces critères de différenciation, les pays en développement avancés bénéficiaires des préférences généralisées américaines les plus concernés ces dernières années, c'est-à-dire qui se sont vus retirer ou diminuer des préférences américaines sur un certain nombre de

⁵⁰⁶ Voir Carreau Dominique, Flory Thiébaud, Juillard Patrick. Chronique de droit international économique. In : Annuaire français de droit international, volume 31, 1985, pp 696-698 ; <https://doi.org/10.3406/afdi.1985.2683> et https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1985_num_31_1_2683

⁵⁰⁷ Voir les Accords du Tokyo-Round du GATT de 1979, cette chronique, AFDI, 1979, p. 592 s.

⁵⁰⁸ Voir le 8^e rapport général sur l'application du SPG établi par la CNUCED, TD/B/C.5/90.

produits, sont principalement, Taïwan, la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour, le Brésil, le Mexique et Israël.

La Communauté, dans son Règlement du 17 décembre 1985⁵⁰⁹, déclare qu'il convient « d'accroître la différenciation des avantages préférentiels » et considère que « l'identification des produits et des pays à traiter sélectivement continue à s'effectuer par la prise en compte du degré de développement et d'industrialisation, de leur compétitivité ainsi que de la sensibilité des secteurs et marchés communautaires des produits en cause »⁵¹⁰. En conséquence, la Communauté estime « qu'il convient de prévoir en 1986 une différenciation plus accentuée dans l'octroi des avantages du schéma aux pays les plus compétitifs (en termes de parts de marchés de capacités à exporter) et qu'il est donc opportun de réduire de 50 % les montants préférentiels pour certains produits originaires de ces pays... »⁵¹¹. Le Règlement communautaire du 17 décembre 1985 précise, par la suite que, pour la mise en vigueur de telles réductions, les critères retenus par la CEE sont fondés principalement sur la capacité concurrentielle du pays bénéficiaire concerné⁵¹² et, subsidiairement, sur son niveau de développement économique⁵¹³.

La révision du schéma de la Nouvelle-Zélande constitue également un exemple significatif d'application différenciée du SPG. En effet, à partir du 1^{er} mars 1985, elle a établi dans le cadre de son schéma révisé, un nouveau seuil au-delà duquel tout pays dont le PNB par habitant atteindrait 70 % du sien perdrait le bénéfice de ses préférences généralisées. Dans le cadre du Conseil du GATT⁵¹⁴, elle a déclaré que cette révision était « la mesure la plus juste, la plus transparente et la moins discriminatoire que l'on puisse utiliser » et l'a justifié en disant qu'« il est devenu anormal que certains des pays admis à bénéficier de taux préférentiels dans le cadre du SPG aient maintenant un PNB par habitant égal ou presque égal à celui de la Nouvelle-Zélande, voire supérieur dans certains cas ».

⁵⁰⁹ Règlement du Conseil n° 3599/85 publié dans le J.O des Communautés, n° L352 du 30 décembre 1985.

⁵¹⁰ Règlement précité, J.O. des Communautés, n° L352/2.

⁵¹¹ Il s'agit de certains produits désignés dans l'Annexe I du Règlement du 17 décembre 1985 précité et pouvant concerner la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et le Brésil.

⁵¹² La capacité concurrentielle étant exprimée pour un produit déterminé soit par la participation de ce pays dans les importations totales de la Communauté, soit par le rapport entre le montant du volume préférentiel ouvert à l'égard de ce pays et les importations totales du même pays dans la Communauté (Règlement précité, n° L352/2).

⁵¹³ La CEE recourt à ce critère lorsque les importations totales du produit en question originaires du pays bénéficiaire ont, selon la moyenne des deux années précédentes, dépassé d'au moins dix fois le montant du contingent tarifaire (Règlement précité, n° L352/2).

⁵¹⁴ Réunion du Conseil du GATT du 29 janvier 1985.

Dans le cadre de la CNUCED comme dans le cadre du GATT, les réactions des pays en développement avancés⁵¹⁵ à l'application de la clause évolutive aux schémas SPG, ont été dans l'ensemble vives. Selon les pays avancés, la gradation sélective au sein des schémas de préférences généralisées est fondamentalement contraire aux principes du SPG (caractère généralisé, sans discrimination ni réciprocité) ; elle introduit une différenciation, voire une discrimination entre les pays en développement et pour les pays en développement avancés ; tous les critères de différenciation, quels qu'ils soient, utilisés par les pays industrialisés, sont arbitraires.

Dans les Accords du Tokyo Round de 1979, les critères de l'application de « la clause évolutive » n'avaient pas été précisés. A l'heure actuelle, dans le domaine des schémas SPG, nous avons précisément une illustration des difficultés d'application de la gradation sélective, en l'absence de critères préalablement définis.

Le premier pays développé qui écarta totalement certains pays bénéficiaires de son schéma préférentiel fut la Nouvelle-Zélande⁵¹⁶. Celle-ci exclut, en 1985 et 1986, les pays dont le PNB était supérieur à 70% du sien, soit Arabie Saoudite, Brunei, Hong Kong, Koweït, Singapour et Trinité-et-Tobago⁵¹⁷. Toutefois, elle revint partiellement sur ces exclusions en 1986, réincorporant dans le bénéfice de son schéma certains produits originaires de Brunei, Hong Kong et Singapour, à la demande de ces derniers⁵¹⁸.

Par conséquent, elle eut recours à un critère de graduation relatif, en fonction de son propre PNB. Les autres pays développés allaient avoir recours à une variété d'autres critères souvent rattachés au PNB des Etats bénéficiaires, pour déterminer les pays devant être exclus de leur schéma.

La législation sur le SGP adoptée par les Etats-Unis en 1984⁵¹⁹ prévoyait l'exclusion de son bénéfice des articles en provenance des pays dont les flux commerciaux annuels à destination des Etats-Unis dépasseraient un certain volume. Ce volume fut fixé à 50 % de la valeur totale des importations sur le marché américain du produit concerné, ou un montant de 57 millions de dollars (ce chiffre devant être ajusté chaque année en fonction de l'évolution du PNB américain). Ces montants étaient diminués de moitié, lorsque le PNB annuel du pays concerné

⁵¹⁵ A titre d'exemple, dans les débats dans le cadre du Conseil du GATT du 29 janvier 1985, il s'agissait des pays suivants : Inde, Corée du Sud, Singapour, Hong Kong, Trinité et Tobago.

⁵¹⁶ Philippe Vincent, *op.cit.* pp 279-282.

⁵¹⁷ Doc. GATT L/4366/Add. 15 et 16.

⁵¹⁸ Doc. GATT L/4366/Add. 18.

⁵¹⁹ Titre V du Trade and Tariff Act de 1984, sections 502 à 504 ; 19 U.S.C.A. Paragraphes 2462 à 2464.

dépassait 5000 dollars par habitant (chiffre ajusté chaque année)⁵²⁰. Ce critère visait à éviter l'appropriation des bénéfices tirés du schéma préférentiel américain par un petit nombre d'Etats.

Le « Trade and Tariff Act » de 1984 prévoyait également une exclusion totale du bénéfice du SGP américain pour tous les pays dont le PNB annuel dépasserait 8500 dollars par habitant (chiffre ajusté chaque année)⁵²¹. Ce critère visait à éviter que des pays ayant atteint un niveau de vie proche de celui des pays développés continuent à bénéficier du SGP. Les Etats-Unis firent usage de cette disposition dès 1988. Cette année-là, ils exclurent complètement la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taiwan du bénéfice de leur SGP, à partir du 1^{er} janvier⁵²². Israël fut exclu à son tour en 1995. Les Etats-Unis furent donc l'un des premiers pays à appliquer la clause évolutive à son point ultime et à grande échelle. La conséquence immédiate de l'exclusion des quatre « dragons » asiatiques fut que le Mexique, le Brésil et la Thaïlande devinrent les principaux bénéficiaires du SGP américain⁵²³. On voit ici l'avantage que peut présenter un processus de graduation. Il permet à d'autres pays en développement de tirer profit des instruments de discrimination positive. Par conséquent, le problème n'est pas tant celui de la graduation en elle-même, mais plutôt celui des critères de graduation. Enfin, signalons que le Mexique fut également exclu du bénéfice du schéma préférentiel des Etats-Unis en 1994, au moment où il adhéra à l'Association de libre-échange nord-américaine, ce qui était dans la logique des choses.

Le schéma préférentiel de la Communauté européenne prévoyait le rétablissement du droit de douane normalement applicable au titre de la Clause de la Nation la Plus Favorisée, lorsque les importations en provenance de certains pays dépassaient certains plafonds. A partir du moment où il apparut que les exportations de certains pays représentaient systématiquement une grande partie des importations communautaires préférentielles de produits spécifiques, la Commission décida d'exclure définitivement ces pays du bénéfice du SPG pour les produits concernés. Le but de cette mesure était de permettre à d'autres pays de bénéficier du SPG dans ces secteurs.

⁵²⁰ (Section 504 (c) (1)).

⁵²¹ (Section 504 (c) (4)).

⁵²² Voy. CECOT Trade News 1988/11, p. 4. Pour des commentaires, voy. J. CASSING et A. HILLMAN, « Equalizing the Cost of Success : Equitable Graduation Rules and the Generalized System of Preferences », *Journal of International Economic Integration*, 1991, pp. 40-51 ; L. TRUETT et D. TRUETT, « U.S. Trade Preferences and Economic Development : The Case of Southeast Asia », *Journal of Asian Economics*, 1991, pp. 125-135 ; O. LUNT, « Graduation and the GATT : The Problem of the NICs », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, pp. 611-643.

⁵²³ Voy. L. LIM, « U.S Trade Policy Toward the New NICS of Southeast Asia », *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 468.

De telles exclusions partielles du bénéfice du SPG communautaire eurent lieu dès 1990. Elles concernaient notamment les tabacs bruts originaires de Chine⁵²⁴ et les produits CECA originaires de Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taiwan (⁵²⁵)⁵²⁶. La nouvelle réglementation sur le SPG communautaire prévoyait l'application d'autres exclusions partielles en 1994. Il s'agit, entre autres, des produits CECA originaires du Brésil, du Mexique, de Corée du Sud, de Chine et d'Afrique du Sud, des produits chimiques et en verre ou en céramique de Chine, des produits électroniques de Corée du Sud et de Singapour (⁵²⁷)⁵²⁸.

Le règlement 3281/94 CE allait cependant plus loin. Il prévoyait l'exclusion complète du bénéfice du SPG communautaire pour les pays en développement les plus avancés, à partir du 1^{er} janvier 1998. La Commission devait toutefois proposer des critères objectifs et clairement définis pour la détermination de la liste des pays les plus avancés⁵²⁹. En 1997, la Communauté européenne exclut complètement la Corée du Sud, Hong Kong et Singapour du bénéfice du SPG communautaire, au motif que le PIB de ces Etats était supérieur à celui de l'Etat membre ayant le revenu par habitant le plus bas, soit la Grèce avec 8210 dollars américains par habitant et par an. Ce critère de PIB était cependant compensé par un examen du niveau de développement industriel des pays concernés. Selon l'exposé des motifs, la combinaison des deux critères permettait « d'encourager les pays en développement disposant de revenus substantiels de leurs exportations de matières premières mais n'ayant pas atteint un développement suffisant de leurs exportations de produits manufacturés à continuer leur développement industriel ». Par conséquent, les pays exportateurs de pétrole échappaient à la graduation. Cette combinaison de critères permettait d'éviter les inconvénients liés au recours au seul PIB comme indicateur du développement économique des pays du Tiers monde.

En 2001, la Communauté choisit un critère plus objectif, copié sur celui que la Suisse appliquait depuis 1998⁵³⁰. Tout pays ayant été, pendant trois années d'affilée, classé comme pays à revenu élevé par la Banque mondiale⁵³¹ devait être exclu du bénéfice du SPG. En 2001, ce critère était complété par un indice de développement économique dont la formule était d'une complexité byzantine. Afin de remédier à ce problème, l'article 3, alinéa

⁵²⁴ Même si la Chine n'était pas partie contractante du GATT, de nombreux pays développés l'avaient incluse dans la liste des bénéficiaires de leur SGP.

⁵²⁵ Décision 90/672 CECA.

⁵²⁶ JOCE 1990, L 370/133.

⁵²⁷ Annexe II du règlement 3281/94 CE .

⁵²⁸ JOCE 1994, L 348/1.

⁵²⁹ Article 6 du règlement 3281/ 94 CE .

⁵³⁰ Doc. OMC WT/CMOTD/N/7.

⁵³¹ En 2005, ce seuil était fixé à un PIB annuel de 10.066 dollars par habitant.

1^{er} du règlement 980/2005 CE⁵³² remplace cet indice par un critère d'analyse des exportations des pays visés. Il prévoit que lorsque 75% des exportations bénéficiant du SPG d'un pays sont concentrés sur cinq catégories de produits, ce pays évitera la graduation. Ce second critère permettra de distinguer les pays se trouvant sur la voie du développement de leur économie et ceux dont la prospérité risque de n'être que temporaire, en raison de l'hyperspécialisation de leur commerce extérieur.

A l'heure actuelle, la liste des pays remplissant la première condition comprend Aruba, les Antilles néerlandaises, les Bermudes, les îles Cayman, le Groenland, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française (tous PTOM), les Bahamas (ACP), les sultanats de Bahreïn et Brunei, le Koweït, le Qatar, l'Arabie Saoudite et les Emirats arabes unis (pays exportateurs de pétrole), ainsi que Guam, Macao et les Îles vierges américaines. Il faut leur ajouter la Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taiwan, qui sont déjà exclus.

On remarquera que cette liste ne comprend pas exclusivement des nouveaux pays industrialisés. Un certain nombre de pays exportateurs de pétrole y figurent. Le recours au seul critère du PIB présente, en effet, l'inconvénient majeur de faire apparaître comme florissants des pays dont l'économie repose quasi exclusivement sur l'exportation d'une seule matière première non renouvelable, le pétrole. Le second critère prévu par l'article 3, alinéa 1^{er} du règlement 980/2005 CE permet d'éviter cet écueil. Beaucoup d'Etats risquant l'exclusion du bénéfice du SPG bénéficient par ailleurs d'un statut (PTOM ou ACP) présentant des avantages comparables, voire supérieurs. Guam et les Îles vierges américaines ayant une économie peu diversifiée, il est probable que seul Macao risque de faire l'objet d'une véritable graduation.

PARAGRAPHE II : Les conséquences de l'application de la clause évolutive

Les pays exclus du bénéfice du SGP d'un pays développé ne disposent d'aucun moyen pour contester cette décision. Ils sont généralement trop faibles pour exercer une pression diplomatique ou politique sur le pays donneur. La décision de celui-ci peut de toute façon toujours être justifiée sur la base de la clause évolutive de 1979, en l'absence de critères dans celles-ci. La décision de graduation basée sur un critère « objectif » (de PIB ou de niveau de développement) est par conséquent difficilement attaquable devant les instances de règlement des différends de l'OMC. De plus, le SGP n'a pas en soi un caractère juridiquement

⁵³² JOCE 2005, L 169/1.

obligatoire. Les pays donneurs se sont réservé le droit d'exclure n'importe quel pays du bénéfice de leur schéma préférentiel⁵³³.

L'exclusion d'un pays, voire de plusieurs du schéma préférentiel de pays industrialisés n'implique pas, ipso facto, une perte de sa qualité de pays en développement. Elle signifie simplement que ces pays industrialisés estiment que l'économie de ce pays a atteint un niveau de développement suffisant pour supporter l'application de la Clause de la Nation la Plus Favorisée. Ce dernier pourra toujours continuer à invoquer les autres dispositions en faveur du développement économique contenues dans le GATT ou dans les divers accords OMC.

⁵³³ Philippe Vincent, l'OMC et les pays en développement, op.cit. p 282.

CHAPITRE II : Une entorse aux règles de l'OMC justifiée par l'exception de l'art 24 du GATT et l'inégalité compensatrice

L'exception de l'article 24 du GATT veut une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC et une remise en cause du triptyque préférentiel : Préférence, non réciprocité et discrimination. Quant à l'inégalité compensatrice, les pays en voie de développement réclament, à partir de la reconnaissance d'inégalités réelles de développement entre les Etats, le bénéfice de régimes dérogatoires. Ainsi, la prise en compte des inégalités de développement doit conduire à l'établissement d'inégalités juridiques destinées à compenser les inégalités réelles. Dans les échanges, ces inégalités se traduiront par l'abandon du principe de réciprocité et la détermination de catégories d'Etats ayant un statut différent. Il s'agit de l'adoption du principe de la dualité des normes qui signifie qu'« à un corps unique régissant uniformément tous les rapports interétatiques se substitueront désormais deux corps de règles ; d'une part, celui régissant les rapports entre pays développés, d'autre part, celui qui régit les rapports entre ceux-ci et les pays en voie de développement ainsi que les rapports entre pays en voie de développement ». En effet, ce principe vise à corriger l'application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC à travers une compensation de l'inégalité initiale entre Etats et le passage de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité.

Cette partie examinera donc l'exception de l'art 24 du GATT aux règles de l'OMC (Section I) et l'inégalité compensatrice (Section II).

SECTION I : L'exception de l'art 24 du GATT aux règles de l'OMC

Elle s'est traduite par une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC (Paragraphe I) et par une remise en cause du triptyque préférentiel : Préférence, non réciprocité et discrimination (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC

Le système parallèle de préférences renvoie aux Accords Commerciaux Régionaux (ACR) que nous étudierons dans cette partie.

Le GATT hier, l'OMC aujourd'hui s'appliquent tout naturellement aux territoires des Parties contractantes tel que le droit international les reconnaît et les délimite spatialement par des frontières d'Etat. La plupart du temps frontières politiques et frontières économiques coïncident mais ce n'est pas toujours le cas, comme le démontre l'existence d'une zone

franche entre la France et la Suisse en Savoie et dans le pays de Gex datant de l'Acte final de Vienne de 1815⁵³⁴. La frontière, manifestation concrète de l'exclusivité territoriale de l'Etat, constitue un obstacle naturel à franchir et apparaît ainsi comme un élément de rupture freinant et parfois empêchant la continuité des échanges économiques internationaux. Si elle présente une réalité certaine tant du point de vue historique, juridique que politique, sur le plan économique, en revanche, elle apparaît souvent artificielle, et aujourd'hui de plus en plus. Ce phénomène est bien connu et traditionnel pour les zones frontalières : l'unité économique d'une région entraîne souvent le « dépassement » de la frontière au sens politique et juridique du terme, avec l'institution d'un régime d'échange particulier. L'Accord général reconnaît l'existence de ce « trafic frontalier » auquel ses dispositions ne sauraient faire obstacle⁵³⁵. Mais il y a plus que ce phénomène local. Depuis longtemps déjà les Etats ont reconnu le caractère artificiel de leurs frontières au regard des échanges économiques. Pourtant, souvent dans le passé, ils ont décidé de supprimer leur frontière au sens économique du terme, tout en les maintenant dans leurs fonctions juridiques et politiques. L'exemple du Zollverein, constitué par nombre de principautés et royaumes allemands au 19^e siècle, est demeuré célèbre. De nos jours, tentations et réalisations ont continué de plus belle à la fois pour des raisons économiques et politiques. Sur le plan économique, la plupart des Etats sont trop petits pour constituer à eux seuls un marché suffisant pour produire en grande quantité et au moindre coût, par conséquent, unifier des territoires étatiques en termes de marché revient à permettre les économies d'échelle requises pour les productions de masse ou les prestations de services. Ainsi, la Communauté européenne s'est progressivement développée en un marché unique (ce que l'on a aussi appelé le « grand marché intérieur ») caractérisé par « l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux »⁵³⁶. Sans aller aussi loin, la quasi-totalité des Etats membres de l'OMC, fait désormais partie d'intégrations économiques régionales plus ou moins « pures », voire de simples arrangements préférentiels. A côté de cet argumentaire économique en faveur de regroupements d'Etats à base de proximité géographique ou régionale, il existe aussi des considérations politiques fondamentales qui militent dans le même sens. L'intégration des économies nationales ne constitue-t-elle pas le plus sûr facteur de paix entre les Etats concernés ? Déclarer la guerre à son meilleur client ou fournisseur a-t-il encore un sens ? Autrement dit, l'intégration économique débouche toujours sur une certaine

⁵³⁴ Dominique CARREAU, Patrick JUILLARD, op.cit. Pp 262-263 .

⁵³⁵ Article 24 ,alinéa 3 a .

⁵³⁶ Article 3 c) du Traité sur l'Union européenne .

forme d'intégration politique et elle apparaît ainsi comme le meilleur garant de relations pacifiques. La paix par l'intégration économique fut toute la philosophie de Jean Monnet et se retrouva à la base de la construction européenne de l'après-guerre. L'Accord général de 1947 devait implicitement épouser ces préoccupations, en favorisant la création d'intégrations économiques régionales. L'approche du régionalisme économique du GATT 1947 est restée celle du « GATT 1994 » qui n'a fait qu'ajouter quelques précisions dans « un Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article 24 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce »⁵³⁷. A ce titre, ne sont officialisées que certaines formes d'intégrations économiques régionales qui, pour être licites, doivent respecter certaines conditions et ne pas porter atteinte aux droits des tiers. Enfin, tout en constituant un régime préférentiel d'échanges, ces intégrations et leurs membres ne se trouvent pas pour autant déliés du respect des règles communes gouvernant le commerce multilatéral. L'Accord général officialise certains types d'accords économiques régionaux et les juge positifs pour peu qu'ils contribuent à créer des courants d'échanges. En effet, le régionalisme économique est susceptible de revêtir deux formes bien distinctes aux objectifs et contraintes fort différents. D'un côté, existent de simples accords de coopération économique qui, tout en créant une institution internationale (exemple l'OECE/OCDE ou l'Association des Pays du Sud-Est Asiatique – ASEAN) visent à une meilleure coordination des politiques suivies par les pays membres, sans contraintes particulières autres que librement consenties et au cas par cas.

Le GATT ne s'intéresse pas à ces accords de coopération économique qui ne sauraient en rien l'affecter. D'un autre côté, existent des accords destinés à réaliser une intégration des économies des pays participants qui, tout en étant également « librement conclus » comme le requiert tout naturellement le GATT, se révèlent contraignants, parce qu'ils exigent des démantèlements d'obstacles aux échanges ou l'institution de politiques communes de leurs membres. En raison de leur impact, le GATT ne saurait se désintéresser de ces derniers. Ainsi, il singularise et officialise deux types d'accords visant à « une intégration plus étroite des économies des pays participants », notamment les unions douanières et les zones de libre-échange⁵³⁸. Bien qu'il ne le précise pas, mais cela va sans dire, rien ne s'oppose à ce que des formes plus élevées d'intégrations économiques soient instituées entre des pays (des marchés communs ou des unions économiques et monétaires)⁵³⁹.

⁵³⁷ Art. I c. iv du GATT 1994, cité « Mémoire d'interprétation ».

⁵³⁸ Art. 24, alinéa 4.

⁵³⁹ Ibid, pp 264-265.

Le GATT définit l'union douanière comme la « substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs autres territoires douaniers⁵⁴⁰, à condition que « l'essentiel des échanges commerciaux » soit libéré entre les membres et qu'il existe un tarif douanier commun à l'égard des pays tiers. De son côté, une zone de libre-échange consiste dans la libéralisation de « l'essentiel des échanges commerciaux » portant sur les produits originaires des territoires des membres. Ainsi, unions douanières et zones de libre-échange partagent un objectif commun fondamental, à savoir l'élimination des barrières tarifaires et non tarifaires sur « l'essentiel » de leurs échanges commerciaux. En revanche, l'union douanière est plus contraignante en raison de l'existence d'un tarif douanier commun à l'égard de l'extérieur. L'union possède une personnalité douanière externe propre tandis que les pays membres d'une zone de libre-échange gardent leurs compétences commerciales extérieures. En conséquence, pour ces derniers la libéralisation des échanges ne portera que sur les produits originaires de la zone qu'il conviendra de déterminer par l'adoption de règles d'origine adéquates fondées sur le degré de transformation des produits. En raison de sa protection tarifaire extérieure commune, les membres d'une union douanière doivent accorder le bénéfice de la libre circulation à tous les produits, quelle que soit leur origine, locale ou importée. Constituant un « territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de (leurs) relations commerciales extérieures », les unions douanières (et tel est le cas de la Communauté Européenne) sont ainsi en droit de faire partie de l'OMC⁵⁴¹. La position de principe de l'Accord général en faveur de ces deux types d'intégration économique s'explique par le but central qu'elles doivent poursuivre, à savoir « faciliter le commerce » entre les participants⁵⁴². A l'inverse, elles doivent s'abstenir « d'opposer des obstacles au commerce avec les pays tiers ». C'est ici suggérer que certaines intégrations économiques seraient « bonnes » tandis que d'autres seraient « mauvaises » ; les premières devant être validées tandis que les secondes devraient être évitées. En réalité, toutes les conditions posées par le GATT à la licéité des intégrations économiques régionales sont bien fondées sur cette distinction ; elles ont pour but de s'assurer que seules les « bonnes » intégrations verront le jour.

Ainsi, les préférences commerciales à l'OMC s'appuient sur une exception à l'un des piliers du système qu'est la clause NPF. Les dérogations à ce principe sont strictement consignées dans le droit OMC et exigent une décision spécifique. Les deux types d'exception qu'elle

⁵⁴⁰ Art 24, alinéa 8 a.

⁵⁴¹ Art.12 .

⁵⁴² Art.24 ,alinéa 4 .

admet sont étroitement liés aux Accords Commerciaux Régionaux (ACR). Ils concernent les accords d'intégration économique régionale qui sont des accords par lesquels un ensemble de pays s'accorde réciproquement des avantages commerciaux préférentiels comme, par exemple, une réduction des droits de douane. Ces avantages sont alors réservés aux pays membres de l'accord et refusés aux autres. Le second type concerne les « préférences » commerciales accordées aux pays en développement. Il s'agit de régimes commerciaux plus favorables visant à favoriser le développement de ces pays. Ce type de régime dérogatoire à la clause NPF est reconnu par les accords de l'OMC au titre du Système des Préférences Généralisées⁵⁴³.

En vertu de l'article XXIV du GATT, les ACR sont organisés en Zone de Libre - échange⁵⁴⁴ ou en Union douanière⁵⁴⁵, celle-ci étant plus intégrée au point de postuler un tarif extérieur commun. La remise en cause des Conventions de Lomé⁵⁴⁶ induisait deux perspectives peu reluisantes pour les pays africains : le retour à une réciprocité globale dans leurs relations avec l'Europe, comme ce fut le cas auparavant avec les Convention de Yaoundé⁵⁴⁷ ou la résignation de voir ses préférences jusque là exclusives être étendues aux autres pays en développement. Cette alternative pose toute la réalité des APE qui sont en négociation entre les ACP et l'UE ; le choix de la réciprocité ayant été entériné⁵⁴⁸.

Dès lors se pose, aux pays africains, le dilemme de la nécessité de conciliation entre l'exigence juridique de la conformité avec les règles de l'OMC et le besoin économique d'avoir des préférences pour se garantir une intégration progressive et graduelle dans le système commercial international. La préoccupation est de savoir comment continuer à bénéficier de préférences dans le cadre d'une relation commerciale régie par la réciprocité. Les APE, tels qu'ils sont envisagés, ne leur apportent pas une solution convaincante.

⁵⁴³ Dr El Hadji A. Diouf : Les Accords Commerciaux Régionaux et l'OMC : Quel statut pour quelles préférences pour les Accords de Partenariat Economique entre l'Union Européenne et les pays ACP ? pp 1 -5 .

⁵⁴⁴ Une Zone de Libre Echange est un ensemble de pays qui ont adopté entre eux le libre-échange (tarif nul et aucune autre restriction au commerce), sans nécessairement modifier les obstacles que chaque pays oppose à des pays extérieurs au groupe. Tout laisse indiquer que les futurs Accords de Partenariat Economique entre les Communautés européennes et les pays ACP prendront la forme d'une Zone de libre-échange.

⁵⁴⁵ Une Union Douanière est un groupe de pays formant un unique territoire douanier dans lequel les droits de douane et autres obstacles au commerce sont éliminés sur la plupart ou la totalité des échanges de produits provenant de ces pays, et dotés d'une politique commerciale extérieure commune (tarif extérieur commun) appliquée aux autres pays.

⁵⁴⁶ Les relations commerciales UE/ACP ont été régies pendant 25 ans par des Conventions dites de Lomé. Il y en a eu quatre de 1975 à 2000. Elles ont fonctionné sur la base de la non-réciprocité pour favoriser l'accès sur le territoire européen de produits ACP en franchise de droits de douane et parfois sans quotas.

⁵⁴⁷ Les Conventions de Lomé ci-avant ont été précédées des deux Convention de Yaoundé. A l'inverse de leurs successeurs, elles étaient établies sur la base de relations commerciales réciproques entre les pays ACP et l'UE.

⁵⁴⁸ Le point de départ de ce retour à la réciprocité, après la parenthèse des Conventions de Lomé, est l'Accord de Cotonou signé, le 23 juin 2000 ,entre l'UE et les pays ACP.

A ce stade, il est utile de s'interroger sur le besoin d'un TSD pour les pays ACP dans les APE. Les préférences commerciales dont ils ont pu bénéficier dans le cadre des accords de Lomé n'ont pas donné de résultats économiques probants. Il s'y ajoute qu'il est légitime de se demander si l'intérêt des pays ACP ne serait pas dans une perspective résolue d'intégration dans le système commercial multilatéral, en s'assujettissant aux règles communes plutôt que dans la revendication d'un traitement différencié.

Le postulat de cette étude repose sur une autre logique. La première est que le principe de tout TSD repose sur un besoin de corriger les inégalités économiques par des dispositions juridiques pertinentes. Cela peut se faire à la fois par des délais de mise en œuvre plus longs et par des exemptions sur certains principes du commerce international. Dans tous les cas, l'idée de base reste l'aménagement d'un cadre différentiel qui soit apte à préparer l'intégration des pays en développement dans le système. La durée de vie de ce cadre et son contenu substantiel sont fonction du niveau économique des bénéficiaires. De ce point de vue, la persistance des pays ACP à demander des flexibilités dans le cadre des APE reste légitime, dans la mesure où leur situation économique actuelle ne les prédispose pas à entretenir un libre-échange intégral avec les Communautés européennes.

La seconde logique tient du fait que les pays ACP n'auront aucun intérêt commercial ou politique à entretenir un régime de libre-échange avec l'Europe, au niveau régional, dans des conditions moins favorables que celles en vigueur à l'OMC. C'est l'occasion d'ailleurs de rappeler que la signature de ces APE reste libre et volontaire et ne devrait pas constituer, pour les ACP, des engagements économiques encore plus contraignants.

La troisième logique réside dans le fait que, même si la volonté d'intégrer le système commercial reste l'ultime objectif, rien n'empêche les pays ACP de se prémunir de substantielles marges de manœuvres pour préparer leurs économies au libre échange. Ils peuvent y arriver en négociant des mesures juridiques provisionnelles qui vont garantir leur marche progressive et rythmée vers la mondialisation néolibérale.

Dès lors, l'invocation d'un TSD dans les APE ne traduit en rien un besoin chronique d'assistance illimitée. Il s'agit pour les ACP de s'imprimer une cadence spécifique, en ouvrant leur marché à leur rythme, comme ont eu à le faire les pays industrialisés à un moment de leur évolution. Il n'est d'ailleurs pas fortuit que des voix s'élèvent à l'OMC pour poser le débat sur la nature du TSD qui ne doit plus se résumer en une litanie d'exceptions, mais devrait être pris comme une mesure structurelle de redressement des économies des pays du Sud.

Toutes choses égales par ailleurs, des bases juridiques de régimes de pondération commerciales sont logées dans les accords de l'OMC. La Clause d'habilitation et l'article

XXIV régissent les moyens d'octroi de préférences commerciales aussi bien dans le cadre du SPG que des ACR. Force est de constater qu'en l'état, ces dispositions ne laissent pas de place à un TSD dans un APE sous forme d'ACR mixte tel que projeté.

Cela voudrait-t-il dire que les pays en développement ACP devraient renoncer au TSD dont ils bénéficient à l'OMC, dans leurs relations bilatérales avec l'UE ? Cette question pose à la fois le problème de la gestion du « vide juridique » à l'OMC sur le régime des ACR mixtes entre pays développés et pays en développement mais aussi celui de la cohérence du système commercial international. Il est acquis que le régionalisme commercial opère comme un complément du système multilatéral. Il est censé le prolonger et le renforcer, au lieu de l'affaiblir. Les acquis des pays en développement ne devraient pas être remis en cause du fait d'un défaut de législation qui s'explique moins par un choix systémique que par un cadre contextuel aujourd'hui déphasé.

Les préférences en faveur des pays en développement dans le cadre du GATT se sont formalisées à travers une lente mais continue évolution. Conçues sous plusieurs formats, elles n'ont jamais pu conquérir le domaine des ACR mixtes.

En 1955 déjà, des modifications avaient été apportées lors de la révision de l'article XVIII du GATT ayant pour effet d'introduire, pour la première fois, la notion de traitement différencié pour les pays en développement. Ces dispositions s'articulent autour d'un certain nombre de préférences qui leur sont octroyées, afin de favoriser, entre autres, la création d'une branche de production déterminée à l'effet de relever le niveau de vie général des populations.

Mais il faut noter que le texte originel du GATT n'envisageait pas de préférences en faveur des pays en développement. La seule pondération concernait le libre échange réciproque à l'intérieur d'unions douanières et de zones de libre-échanges, conformément à l'article XXIV. De là, est née l'interdiction du cumul de préférences à la fois non réciproques et discriminatoires⁵⁴⁹. Les importations préférentielles provenant des pays en développement ne pouvaient pas entrer dans le champ de cet article, dans la mesure où elles n'incluaient pas des mesures de réciprocité. De même, le faible volume et le nombre des produits concernés par ces préférences commerciales ne répondent pas à l'exigence de l'article XXIV pour que les zones de libre - échange couvrent « essentiellement tous les échanges ». On peut dès lors

⁵⁴⁹ Dans les cas où des pays en développement sont parties à un accord du type visé au paragraphe I, une certaine flexibilité leur sera ménagée pour ce qui est des conditions énoncées audit paragraphe, en particulier en ce qui concerne l'alinéa b) dudit paragraphe, en fonction de leur niveau de développement tant global que par secteur et sous-secteur.

conclure que sous le régime du GATT originel, les préférences commerciales en faveur des pays en développement étaient tout simplement illégales⁵⁵⁰.

La Partie IV du GATT, négociée en 1964, ne règle le problème qu'à moitié, en introduisant le principe de non réciprocité comme exception à la clause NPF. Cette Partie IV est une conciliation entre la nécessité du développement (TSD) et les principes cardinaux de l'Organisation. Elle codifie, dans le système commercial multilatéral, la notion de non réciprocité dans les relations commerciales entre pays développés et pays en développement. Seulement, la règle de réciprocité n'est écartée pour les pays en développement que lorsque les pays développés négocient avec eux des concessions non préférentielles, ce qui écarte de facto un régime propre de préférences commerciales. Pour pouvoir accorder un traitement préférentiel plus conséquent aux importations des pays en développement, les pays développés ont dû recourir à une exemption spécifique, au moyen du paragraphe 5 de l'article XXIV du GATT, sous forme de dérogation. C'est le SGP de 1971 dont la substance est de permettre aux pays développés d'accorder un traitement tarifaire préférentiel à des produits originaires de pays et territoires en développement, sans accorder ledit traitement aux produits similaires originaires d'autres parties contractantes.

La pérennisation des préférences commerciales est intervenue en 1979 avec la clause d'habilitation qui dispose que « nonobstant les dispositions de l'article premier de l'Accord général, les parties contractantes peuvent accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en voie de développement, sans l'accorder à d'autres parties contractantes »⁵⁵¹.

Même si la base juridique des préférences commerciales est désormais clairement établie, il ne faut pas perdre de vue que leur octroi relève exclusivement de la bonne volonté des pays donateurs. Les seules véritables contraintes résident dans l'interdiction de discrimination entre les pays en développement potentiellement bénéficiaires.

L'autre limite de la clause est qu'elle régit les préférences accordées par les pays développés et ceux réciproques entre pays en développement, compte non tenu des intérêts spécifiques des PMA ou des relations commerciales entre pays développés et pays en développement dans le cadre d'un ACR. Une décision du 15 juin 1999 prise par les Etats membres de l'OMC

⁵⁵⁰ <http://www.fao.org/DOCREP/004/Y2732F/y2732f08.htm> .

⁵⁵¹ Elle s'applique aux éléments suivants : traitement tarifaire préférentiel accordé par des parties contractantes développées conformément au SGP ; traitement différencié et plus favorable en ce qui concerne les mesures non tarifaires régies par les instruments négociés multilatéralement sous les auspices du GATT ; arrangements régionaux ou mondiaux conclus entre pays en développement en vue de la réduction ou de l'élimination des droits de douane sur une base mutuelle et, conformément aux critères ou aux conditions qui pourraient être prescrits par les parties en vue de la réduction, sur une base mutuelle, de mesures non tarifaires frappant des produits que ces parties contractantes importent en provenance les unes des autres ; et traitement spécial accordé aux PMA dans le contexte de toute mesure générale ou spécifique en faveur des pays en développement.

est venue combler cette lacune, en disposant qu'« il est dérogé aux dispositions du paragraphe 1 de l'article premier de l'Accord général de 1994 jusqu'au 30 juin 2009, dans la mesure nécessaire, pour permettre aux pays en développement membres d'accorder un traitement tarifaire préférentiel aux produits des pays les moins avancés, tels que désignés par l'Organisation des Nations Unies, sans être tenus d'accorder le même traitement tarifaire aux produits semblables provenant de tout autre membre... sur une base généralisée, non réciproque et non discriminatoire ». Il en ressort que les PMA peuvent bénéficier de traitements préférentiels non réciproques de la part des pays développés et des pays en développement. Mais en définitive, ni cette décision, ni la clause d'habilitation, ni les autres dérogations et exemptions n'offrent de base légale à des préférences spécifiques comme celles accordées par l'UE aux pays ACP.

Dès lors, il est apparu que l'article XXIV du GATT ne définit pas explicitement un régime de pondération pour les pays en développement dans le cadre des ACR mixtes. La clause d'habilitation non plus ne prévoit pas de dispositions régissant les ACR mixtes. Il n'y a que l'article V de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS)⁵⁵² qui prévoit un TSD au profit de pays en développement, dans le cadre d'ACR mixtes. Dans ce contexte, il est difficile d'envisager des APE incluant des préférences non réciproques, du fait d'un défaut de base légale.

Pourtant, le TSD connaît un regain d'intérêt avec le cycle de Doha. Il a vocation à faire partie intégrante du système et demeurer invocable par les pays en développement dans leurs rapports commerciaux avec les pays développés. Or, les ACR mixtes restent un cas de figure inédit qui n'est pas pris en compte par les dispositions juridiques en vigueur. On ne peut donc pas considérer que les flexibilités dans les APE résultent d'une orientation systémique volontaire qui les rendrait non conformes à la libéralisation du commerce. Les cas de jurisprudence à l'OMC⁵⁵³ considérant comme contraires à la clause NPF ont choisi implicitement de classer les ACR mixtes hors du champ de l'article XXIV et de déclarer les préférences qui y sont aménagées discriminatoires à l'endroit des autres pays étant dans la même catégorie de développement. Il eut été intéressant d'adopter une approche novatrice pour se déterminer sur la question de savoir si ce qui n'est pas expressément autorisé par la loi est supposé interdit. Devant l'inexistence de catégorie juridique claire pour les ACR mixtes,

⁵⁵² Dans les cas où des pays en développement sont parties à un accord du type visé au paragraphe I, une certaine flexibilité leur sera ménagée pour ce qui est des conditions énoncées audit paragraphe, en particulier en ce qui concerne l'alinéa b) dudit paragraphe, en fonction de leur niveau de développement tant global que par secteur et sous-secteur.

⁵⁵³ Voir Affaire Banane.

l'on a préféré réaffirmer la cohérence du système par une revalorisation du principe de non discrimination.

En regardant de plus près dans l'Accord de Cotonou, on se rend compte que l'article 34.4 stipule que « la coopération économique et commerciale sera mise en œuvre en pleine conformité avec les dispositions de l'OMC, y compris le traitement spécial et différencié ». Cette disposition est interprétée comme fixant le niveau de TSD à l'OMC et comme étant le plafond juridique du niveau de TSD à atteindre au moyen des APE. Si donc les flexibilités ACP ne devraient pas être supérieures à celles en vigueur à l'OMC sous risque d'incompatibilité, elles ne devraient pas leurs êtres inférieurs non plus. Les exigences combinées des articles I (clause NPF) et 34 de l'accord de Cotonou se neutralisent ainsi pour aboutir à un TSD quasi standard à inclure dans les APE. Mais en réalité, un TSD ACP calqué sur le TSD OMC revient exactement aux droits NPF et ne serait qu'une règle commune minimale applicable à tous les pays en développement, bien au-delà des pays ACP.

Ainsi l'article XXIV constitue la base juridique des intégrations régionales. Cette disposition constitue l'une des exceptions majeures à l'article I, puisque son paragraphe 5 autorise les parties contractantes à établir une union douanière ou une zone de libre-échange, sous réserve des conditions qu'elle énumère. S'agissant d'une exception, cette disposition devrait être, en toute logique, d'interprétation stricte. Pourtant, elle a suscité de la part des Etats membres des divergences de vue quant à son interprétation. Ces divergences se présentent tant sur le plan matériel que formel. Toutefois, il paraît opportun d'en rechercher les origines⁵⁵⁴.

Alors qu'il constitue l'une des exceptions les plus importantes au principe de l'article I du GATT, l'article XXIV⁵⁵⁵ demeure en même temps l'une des dispositions les plus controversées mais également les plus ambiguës du texte de l'Accord général.

Cet état de fait conduit à des appréciations nuancées de cette disposition qui en rendent le contrôle juridique délicat.

Dès l'origine, la doctrine était divisée sur la teneur de l'article XXIV. Tandis que certains juristes critiquaient l'ambiguïté de ses dispositions substantielles, d'autres manifestaient leur hostilité à l'égard dudit article. La multiplicité des critiques manifestées à l'égard de cet article ont eu raison de l'efficacité du mécanisme embryonnaire de contrôle des ACR sous le régime du GATT. Ainsi, dans toute l'histoire du GATT, seule l'Union Douanière entre la République Tchèque et la République Slovaque a été jugée conforme à l'article XXIV. Pour

⁵⁵⁴ Fatimata Zahra Niang, op.cit. pp 41-44.

⁵⁵⁵ Kerry CHASE, « Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV », World Trade Review, 2006.

le reste, aucune autre intégration régionale n'a été disqualifiée, depuis lors pour non-conformité aux exigences dudit article, en raison de l'inactivité réelle du Comité.

Dans le rapport du Leutwiler Group remis au directeur général du GATT⁵⁵⁶ en 1985, le groupe d'experts relève, à l'instar des observations du directeur adjoint, que la création du comité des ACR par les accords de l'OMC n'a rien changé. Elle a même renforcé l'opinion dominante selon laquelle le contrôle normatif connaît des limites.

Comme le relève le rapport Leutwiler, la faible justiciabilité des dispositions de l'article XXIV résulte des circonstances de son enfanement. En réalité, cet article est le fruit d'un instrument de politique commerciale des Etats-Unis. Initialement, les intentions avouées des Américains, dans la promotion de cette disposition, étaient d'encourager les pays en développement à signer la Charte de la Havane. Celle-ci renfermait des dispositions très favorables à ce groupe de pays en ce qu'elles reconnaissaient déjà le principe d'un TSD. Pour les Américains, en revanche, la facilitation des intégrations régionales ne devait pas générer de distorsions commerciales au détriment des Etats tiers. C'est la raison pour laquelle l'article XXIV à l'origine ne devait autoriser que les Unions Douanières. Sous la pression des Pays en développement qui souhaitaient maîtriser leur politique commerciale vis-à-vis de l'extérieur, il a été convenu d'étendre les dispositions de l'article XXIV aux zones de libre-échange.

L'adoption des intégrations régionales était donc acquise dans son principe et l'on pouvait considérer qu'un pas avait été franchi dans le sens de la prise en compte des besoins spécifiques des pays en développement. Il n'en fut rien car, en réalité, cette disposition n'avait pas été adoptée à la faveur des pays en développement mais a été, dès l'origine, conçue comme un instrument de politique commerciale offensif. En marge de la signature du GATT, les Etats-Unis souhaitaient une libéralisation plus rapide de leur commerce à l'égard du Canada. Par le traité commercial négocié puis signé mais jamais ratifié, les Etats-Unis entendaient poursuivre trois objectifs. L'ACR devait tout d'abord inclure une période transitoire dans sa mise en œuvre, afin de ne pas précipiter sa constitution. Il ne devait en outre supposer qu'une libéralisation partielle des échanges ; ce qui permettrait d'exclure un certain nombre de produits dits sensibles. Enfin, la neutralité de l'ACR à l'égard des pays tiers découlant de l'exigence de ne pas élever les barrières commerciales, afin d'éviter le phénomène du Trade diversion, devait être circonscrite temporellement à la constitution de la zone préférentielle.

⁵⁵⁶ Les nominations à la tête du GATT ont connu une grande pérennité. Wyndham White (1948-1968), Olivier Long (1968-1979), Arthur Dunkel (1980-1993), Peter Sutherland (1993-1995).

C'est donc de ce traité commercial que résulte l'émergence des dispositions aujourd'hui encore peu claires de l'article XXIV, qui continuent à générer des divergences de vues quant à leur interprétation.

Sur le plan matériel, tout d'abord, deux éléments suscitent l'intérêt : la question de la suppression des restrictions sur l'essentiel des échanges et l'exigence d'éviction des réglementations commerciales restrictives

Les exigences formelles poussent à s'interroger sur deux points essentiellement : la période de mise en œuvre de l'intégration régionale et le champ d'application rationae loci de l'intégration. S'agissant de la durée de la période transitoire, bien que l'article XXIV précise qu'elle doit être raisonnable, c'est-à-dire ne pas excéder dix ans sauf circonstances exceptionnelles (lesquelles ne sont pas déterminées), l'UE a cru voir, dans les inégalités de développement, une circonstance exceptionnelle pouvant justifier une période d'au moins 12 ans. Cette interprétation pourrait être acceptable, si elle s'appuyait sur une base juridique suffisamment claire. A défaut de cette dernière, on risque d'assister à la multiplication des approches nationales exposant ainsi les ACR à des contestations sans fin.

En outre, en ce qui concerne la définition d'une Union Douanière, là encore la matière demeure obscure ; on s'est demandé si cette union ne devait associer que des territoires homogènes économiquement et/ou des territoires contigus. Bien qu'un consensus général se soit dégagé afin d'admettre que l'Union Douanière puisse couvrir des territoires non contigus, la question inédite des APE n'est pas résolue. Ces accords sont doublement caractéristiques d'une novation : ils ont à la fois vocation à concerner des territoires sans frontières communes mais surtout ils lient deux blocs économiques à niveau de développement économique variable. Il s'agit donc plus fondamentalement de s'interroger sur la question de savoir si le régime des préférences qu'abritent les dispositions de l'article XXIV peut concerner des Unions Douanières impliquant des membres aux niveaux de développement différents.

L'historique de l'article XXIV fait apparaître qu'à l'origine cette disposition n'avait pas été conçu pour embrasser les accords mixtes entre pays riches et pays pauvres. En effet, compte tenu de la finalité de l'accord commercial entre les Etats-Unis et le Canada, les ACR n'ont jamais intégré les enjeux du développement que revendiquent essentiellement les pays du Sud. Puisque les accords mixtes n'étaient pas régis par cette disposition, il en est résulté progressivement la mise en place d'un régime dual. Consensus et pratique se sont constitués autour de l'idée que l'article XXIV devait régir uniquement les intégrations entre pays riches alors que la Clause d'habilitation réglementerait les ACR entre pays du Sud. Cet état de fait était appréciable du point de vue des pays en développement qui, par un mécanisme *d'opting*

out, ont renoncé à toute utilisation de l'article XXIV qui ne renfermait pas la flexibilité nécessaire. Cette situation ne pouvait pas demeurer intangible dans la mesure où l'introduction de flexibilités ne pouvait se justifier qu'au regard des capacités des économies du Sud.

Au fur et à mesure que ces économies émergeaient, le recours au critère du développement pour disqualifier les accords mixtes au regard de l'article XXIV ne pouvait plus opérer à l'égard de certains pays qui, sans intégrer le groupe des nations les plus favorisées, avaient connu néanmoins un essor économique les excluant sans conteste de la catégorie des pays en développement. C'est ainsi qu'au début des années 1990, les pays les plus riches parmi les pays en développement ont recouru largement aux accords mixtes et se sont engagés ainsi dans des accords préférentiels avec les pays riches pour lesquels ils ne revendiquaient pas nécessairement un traitement différencié à leur égard.

La nouvelle configuration des relations commerciales internationales a, dans une certaine mesure, accéléré le désir des pays pauvres de s'engager de plus en plus dans des accords préférentiels purement mixtes. Elle leur a donné l'occasion de réaffirmer l'importance du principe du TSD antérieur au GATT. Ces pays ont cru important de rappeler que l'émergence du TSD résultant de la prise de conscience par les nations civilisées que le principe de l'égalité souveraine des Etats prévalant en droit international et dont la manifestation la plus caractéristique en droit du commerce international est incarnée par l'article cardinal du GATT, reposait sur un mythe. Leurs arguments pouvaient se targuer de l'existence de précédents. En effet, de la première expression juridique du TSD par l'article XVIII du GATT permettant aux pays en développement de s'affranchir de leurs obligations au titre de l'article I afin de protéger leur industrie naissante notamment, nous avons eu l'article XXVIII qui affirme le principe de non réciprocité, consacré et institutionnalisé par les dispositions de la partie IV, sans oublier l'importante clause d'habilitation.

Pour les pays en développement, il n'était plus possible de disqualifier les ACR mixtes par l'article XXIV. Au contraire, tout devait être fait afin de permettre la conclusion de tels accords, en reconnaissant enfin la possibilité d'un traitement différencié. L'interprétation de l'UE est tout autre mais elle est surtout difficilement justifiable au regard des exigences du commerce international.

Malgré la rigidité des dispositions légales, il subsiste des possibilités d'introduction d'un TSD dans les futurs APE, en procédant à une réforme du cadre juridique mais aussi en interprétant, de façon plus souple, les règles régissant les ACR. Cette entreprise peut être

impulsée et facilitée par la récente décision de l'ORD de l'OMC qui consacre une possible différenciation entre pays en développement dans le système commercial multilatéral⁵⁵⁷.

Le comité des accords commerciaux régionaux (CACR) de l'OMC est au cœur des controverses liées à l'interprétation des règles de création des ACR contenues dans l'article XXIV du GATT. La mise en œuvre du mandat de Doha lui enjoint de « clarifier et d'améliorer les disciplines et procédures prévues par les dispositions existantes de l'OMC qui s'appliquent aux accords commerciaux régionaux, tout en tenant compte de leurs « aspects...relatifs au développement »⁵⁵⁸.⁵⁵⁹ Trois questions délicates présentent un intérêt particulier pour les pays ACP. Ce sont, d'abord, la prise en compte des questions de développement dans les ACR mixtes, ensuite le problème du champ d'application des ACR énoncé au paragraphe 8 de l'article XXIV du GATT (à quoi s'appliquent les mesures de libéralisation prises dans le cadre des ACR ?) et, enfin, le problème des périodes de transition énoncé au paragraphe 5 c) de l'article XXIV qui pose la question des délais de mise en œuvre des mesures de libéralisation prises dans le cadre des ACR. Une interprétation extensive, voire souple des dispositions de l'OMC afférentes à ces questions permettrait aux pays ACP de pouvoir envisager une mise en œuvre des futurs APE avec le maximum de flexibilités possibles⁵⁶⁰.

Il n'est pas suffisamment tenu compte, dans l'article XXIV, des aspects relatifs au développement des ACR conclus entre pays développés et pays en développement. Les membres ACP estiment d'ailleurs ne pas comprendre le fait que l'article 5 de l'AGCS prévoit explicitement un TSD pour les accords d'intégration économique auxquels peuvent participer des pays développés et des pays en développement, alors qu'il n'en est rien pour son pendant qui est l'article XXIV du GATT. Sur cette base, les pays ACP demandent à corriger ce qui est pour eux une « lacune », en convenant qu'un TSD sera formellement et explicitement offert aux pays en développement, pour répondre aux critères énoncés aux paragraphes 5 à 8 de l'article XXIV du GATT, dans le contexte des accords régionaux conclus entre des pays en développement et des pays développés.

⁵⁵⁷ Dr El Hadji A. Diouf : Les Accords Commerciaux Régionaux et l'OMC : Quel statut pour quelles préférences pour les Accords de Partenariat Economique entre l'Union Européenne et les pays ACP ? Op.cit., pp 8-11.

⁵⁵⁸ Déclaration ministérielle de Doha (WT/MIN (01)/ DEC/1), paragraphe 29.

⁵⁵⁹ Voir l'inventaire des questions relatives aux accords commerciaux régionaux (TN/RL/W/8/Rev.1) établi par le Secréariat de l'OMC.

⁵⁶⁰ Les propositions de négociations les plus significatives et ayant trait aux questions de développement dans les ACR ont été présentées par les Communautés européennes (TN/RL/W/14), la Turquie (TN/RL/W/32), et la Jamaïque (WT/GC/W/369), en sus de la proposition principale présentée par le Botswana au nom des pays ACP.

Sur ce chapitre, les communautés européennes adoptent la même position en avançant qu'il n'y a pas beaucoup de cohérence et de logique dans le traitement des différents types d'ACR auxquels les pays en développement adhèrent, principalement parce que « les règles existantes ne donnent pas lieu à un traitement juste et équitable entre les différents types d'ACR en fonction de leur incidence sur le développement et de la mesure dans laquelle ils encouragent la participation des pays en développement au commerce mondial ». Dès lors, il faudra les clarifier et les améliorer pour accorder une attention toute particulière aux avantages tangibles d'une intégration économique par le biais d'ACR plus ambitieux entre pays développés et pays en développement.

La délimitation du champ d'application des zones de libre-échanges pose le problème du niveau de libéralisation. Elle est évaluée à travers la notion de « l'essentiel des échanges commerciaux ». Dans le cas d'un ACR mixte comme celui impliquant les communautés européennes et les pays ACP, l'interprétation de cette notion prend une importance particulière pour les pays du Sud qui estiment que leurs économies ne sont pas suffisamment préparées à une ouverture tous azimuts de leurs marchés. Sans se positionner en défenseurs du protectionnisme, ils invoquent les arguments de base qui ont présidé à la reconnaissance d'un traitement spécial et différencié au niveau du GATT/OMC. L'argument de l'ajustement juridique des inégalités économiques qui fonde les préférences et autres flexibilités dans les échanges commerciaux internationaux serait vidé de son sens, s'il n'est pas incorporé dans le régionalisme commercial qui prolonge et complète le système commercial multilatéral. En effet, il serait incohérent de refuser aux pays en développement des flexibilités déjà reconnues par le système commercial multilatéral, dans le cadre des ACR mixtes. Ainsi donc, la notion de l'essentiel des échanges commerciaux ne devrait pas être interprétée de la même façon selon qu'on est dans un ACR regroupant des pays ayant le même niveau de développement ou dans un ACR mixte.

Les pays ACP l'ont bien compris en demandant que cette question soit traitée avec une flexibilité appropriée pour les pays en développement, à deux niveaux principalement. D'abord, quantitativement les échanges globaux avec les partenaires du Nord, dans le cadre d'une zone de libre-échange, ne devraient pas atteindre un certain seuil. Si la méthode fondée sur le pourcentage des échanges est traditionnellement celle que l'on préfère employer pour évaluer le champ d'application d'un ACR dans le cadre du GATT ou de l'OMC⁵⁶¹, diverses

⁵⁶¹ Rapport du Secrétariat de l'OMC, WT/REG/W/46, p 5.

sources concordantes font état d'une interprétation de la notion de « l'essentiel des échanges commerciaux » comme devant couvrir 80 à 90% des échanges entre les parties à un ACR. Une telle proportion de libéralisation n'irait pas dans le sens des intérêts des pays en développement. Cependant officiellement, aucune indication quantitative n'est donnée. Les pays ACP mettent d'ores et déjà l'accent sur le choix d'une méthode favorable et de niveaux de seuils inférieurs pour déterminer le niveau de commerce. Pour les communautés européennes, tout critère numérique pour déterminer le champ d'application devrait se fonder avant tout sur les échanges visés. Pour elles, tout critère quantitatif futur ne peut que servir d'outil d'évaluation et d'indication pour déterminer une probable conformité avec l'OMC.

Ensuite, qualitativement, le niveau d'échange implique aussi le choix des produits visés. La nécessité de la protection de certaines branches locales, en vue de l'émergence d'industries performantes, ne plaide pas pour une libéralisation de certains secteurs qui font l'objet de la convoitise de l'UE en termes d'ouverture des marchés. Pour des raisons de sécurité alimentaire et/ou de développement rural, certains produits agricoles ne pourront pas être ouverts à la concurrence. De la même manière, certaines branches exclues des négociations du cycle de Doha, pour des raisons économiques évidentes, ne peuvent pas être engagées dans la voie de la libéralisation en marge du système. Par exemple, ouvrir un agenda de libéralisation sur l'investissement et la concurrence dans les APE revient à méconnaître les raisons économiques profondes qui dispensent les pays ACP d'une ouverture dans ces domaines et à une négation d'un traitement pour le moins différencié.

Quelles que soient les méthodes – quantitative et qualitative – adoptées pour la détermination d'un seuil de libéralisation, en accord avec le paragraphe 8b de l'article XXIV, il doit toujours être gardé à l'esprit que le vrai traitement spécial et différencié résulte de la volonté d'aménager aux pays en développement un cadre juridique et économique susceptible de garantir leur mise à niveau et de préparer leur intégration dans le système commercial international.

Pour les pays ACP, la prise en compte de leurs spécificités passerait par une définition précise et extensive des notions telles que « secteur majeur ». Ils pourraient aussi se garantir des listes d'exceptions à l'obligation d'éliminer les droits et les autres réglementations commerciales restrictives, prévues à l'article XXIV : 8 a) i) et b), et œuvrer pour des éventuelles restrictions saisonnières, des sauvegardes sectorielles spéciales et des contingents tarifaires adaptés à leur situation.

C'est en cela que la question de la période de transition énoncée au paragraphe 5 c) de l'article XXIV du GATT a son importance. Elle concerne le délai qui peut être accordé pour la mise en œuvre d'un ACR. La notion de délai raisonnable est aussi interprétée différemment. Un consensus a semblé se faire autour d'un délai prescrit « qui ne devrait dépasser 10 ans que dans des cas exceptionnels »⁵⁶². Pour les pays ACP, l'enjeu est dans l'interprétation des « circonstances exceptionnelles » dont il est question et qui devraient être clarifiées pour qu'une période de transition de plus de 10 ans soit offerte légitimement et plus facilement aux pays en développement. La proposition des pays ACP⁵⁶³, expressément formulée à cet effet, évoque un délai qui ne devrait pas être inférieur à 18 ans, en tenant compte de la situation des pays ACP en matière de commerce, de développement et de finances⁵⁶⁴.

Comme il a déjà été mentionné, le problème essentiel posé par l'absence de régime préférentiel non réciproque dans les futurs APE résulte de la non prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC. Deux solutions peuvent être envisagées pour y remédier : la révision de l'article XXIV et l'étendue de la portée de la clause d'habilitation⁵⁶⁵.

Pour la première solution, la principale motivation de la révision de l'article XXIV serait d'aboutir à une conception extensive des ACR en considérant que le traitement préférentiel entre pays en développement et pays développés, dans le cadre d'une zone de libre échange, ne serait plus considéré comme discriminatoire comme c'est le cas jusqu'à présent. Pour les pays ACP, cela favoriserait un accroissement de leur accès commercial préférentiel au marché européen tout en régulant leurs importations en provenance d'Europe.

Le libellé actuel de l'article XXIV a été négocié à une époque où il n'y avait que très peu d'ACR nord-sud⁵⁶⁶. Cela a sûrement contribué à omettre la prise en compte des accords mixtes et les questions de développement y afférentes. Bien qu'aujourd'hui, le traitement spécial et différencié soit une notion qui est au cœur de l'architecture juridique de l'OMC, il n'existe pas de préférences de jure prévues par l'article XXIV au bénéfice des pays en

⁵⁶² Au cours du Cycle d'Uruguay, les membres ont clarifié que ce délai prescrit « ne devrait dépasser 10 ans que dans des cas exceptionnels ». Mais le rapport du Secrétariat de 2002 (WT/REG/W/46, p 22) a indiqué que, en ce qui concerne les ACR entrés en vigueur dans la deuxième moitié des années 90, « il (était) rare que les périodes de transition dépassent 10 ans ». Par contre, en ce qui concerne les nombreux ACR conclus récemment, on observe que les périodes de transition dépassent largement 10 ans. Ces cas deviennent la règle plutôt que l'exception. Voir proposition communication présentée par les communautés européennes au sujet des ACR, Document TN/RL/W/179 du 12 mai 2005.

⁵⁶³ Communication présentée par le groupe des pays ACP, TN/RL/W/155 du 28 avril 2004.

⁵⁶⁴ Communication présentée par le groupe des pays ACP, TN/RL/W/155 du 28 avril 2004, paragraphe 11 ii).

⁵⁶⁵ Dr El Hadji A. Diouf : Les Accords Commerciaux Régionaux et l'OMC, op.cit., pp 13-15.

⁵⁶⁶ Le seul changement apporté à l'article XXIV à ce jour concerne le Mémoire d'accord relative à son interprétation dans le GATT de 1994. Il a permis de clarifier la disposition relative à la période transition, mais ne tient nullement compte de la nouvelle donne des ACR mixtes.

développement⁵⁶⁷. On a pu dire qu'il émanait de cet article des « flexibilités de facto qui découlent de l'ambiguïté de la terminologie et des pratiques tolérantes qui ont vu le jour tout au long de l'évolution du GATT et de l'OMC⁵⁶⁸ ». Ces flexibilités implicites qui résultent d'une interprétation large et d'un défaut de surveillance stricte ne devraient pas contenter les pays ACP et les inciter à présumer la validité des préférences unilatérales qu'ils pourraient négocier dans les APE. Non seulement il n'y a aucune garantie de se prémunir contre une plainte pour violation de la clause NPF, mais l'expérience a déjà montré que les récriminations des autres pays en développement, fondées sur la non-discrimination, sont avalisées par la jurisprudence. Encore faut-il rappeler que dans l'affaire bananes, l'article XXIV n'a pas pu constituer un rempart contre le régime préférentiel européen en faveur des pays ACP. En outre, dans l'Affaire Turquie-Textiles⁵⁶⁹, l'Organe d'Appel de l'OMC a pris une décision qui restreint considérablement l'applicabilité juridique et la portée de la flexibilité de facto de l'article XXIV. Dans cette affaire⁵⁷⁰, l'Organe d'appel donne une interprétation de la notion de « l'essentiel des échanges commerciaux », en considérant que le paragraphe 8 a) i) de l'article XXIV offre « une certaine souplesse » aux membres constitutifs d'une union douanière dans la libéralisation de leur commerce interne. Mais il prend le soin de rappeler que le degré de « souplesse » ménagé par le paragraphe 8 a) i) est limité par la prescription selon laquelle « les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives » doivent être « éliminés pour l'essentiel » du commerce interne. La lecture que les pays ACP font de cette interprétation est loin d'être erronée. La limite établie reste une limite de droit qui a pour effet de contrecarrer toute velléité de conférer un surplus de flexibilités et/ou de pondérations dans les processus de libéralisation à l'intérieur des ACR. A cet égard, elle semble prescrire un régime standard de droit commun conforme à l'esprit de la clause NPF. Cette disposition indique clairement que le principe reste un niveau de libéralisation assez élevé qui ne tient pas spécialement compte des besoins spécifiques des pays en développement.

En réformant l'article XXIV, on aurait abouti à une « codification » de l'interprétation large doctrinale et à une correction des tendances d'interprétation restrictive de la jurisprudence de l'OMC ; ce qui garantirait une meilleure prévisibilité juridique et un régime d'exception pour les pays en développement engagés dans des ACR mixtes.

⁵⁶⁷ Communication présentée par le groupe des pays ACP, TN/RL/W/155 du 28 avril 2004, paragraphe 8

⁵⁶⁸ Idem, paragraphe 8.

⁵⁶⁹ Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements. Rapport de l'Organe d'appel, 22 octobre 1999 (WT/DS34/AB/R).

⁵⁷⁰ Idem, paragraphe 48.

S'agissant de la seconde solution, la clause d'habilitation est une disposition de TSD qui s'étend aux arrangements commerciaux régionaux. Le point c de son alinéa 2 organise un traitement préférentiel qui s'applique aux « arrangements régionaux ou mondiaux conclus entre parties contractantes peu développées en vue de la réduction ou de l'élimination de droits de douane sur une base mutuelle ». La pondération régionale y existe donc mais elle est restreinte aux échanges entre pays en développement.

Dès lors que la clause est une exception générale à la règle NPF en faveur des pays en développement, on peut envisager d'étendre ses avantages aux ACR mixtes pour légaliser des mesures préférentielles qu'on pourrait y inclure. En même temps, on éviterait d'assujettir les ACR mixtes aux dispositions actuelles de l'article XXIV qui ne confère pas les mêmes avantages. Cela permettrait de garantir l'assise juridique de tout traitement préférentiel inclus dans les APE en faveur des pays ACP, de rétablir la non-réciprocité et de confirmer l'idée que le régionalisme reste un moyen efficace pour l'intégration progressive des pays en développement dans l'économie mondiale.

Outre ces vertus préférentielles, cette réforme aurait l'utilité de clarifier le champ d'application des arrangements commerciaux régionaux, en les consignait sous le régime de la clause d'habilitation et en les excluant du coup du champ de l'article XXIV qui fonde toutes les remises en cause du traitement préférentiel de l'UE envers les pays ACP.

En définitive, l'on pourrait dire que les dispositifs juridiques de l'OMC sur les ACR ont été conçus à une époque où les réalités commerciales ne prenaient pas en compte des zones mixtes de libre-échange regroupant des pays développés et des pays en développement⁵⁷¹. Dès lors, le déni d'un régime préférentiel dans les ACR mixtes ne relève pas d'une approche systémique basée sur les principes cardinaux de l'OMC. Les pays ACP ont, aujourd'hui plus que jamais, besoin de flexibilités et d'ajustements pour mieux s'intégrer dans le système commercial multilatéral. Ils ont dû faire face à une forte érosion des préférences résultant de la diminution continue des droits de douane, au point que si le nouveau régime des APE ne comporte pas de mesures d'accès au marché discriminatoire, ils risquent de rester en marge du système commercial. Ce qui est posé en toile de fond, c'est le problème de la différenciation entre pays en développement et celui de la cohérence entre les accords bilatéraux et multilatéraux. Non seulement des critères novateurs devraient être définis pour hiérarchiser le

⁵⁷¹ Même si la mise en place d'un régime préférentiel dans le cadre du GATT est contemporaine aux différentes conventions de Lomé, les discriminations dont ont eu à bénéficier les pays ACP de la part des Communautés européennes s'expliquaient surtout par une « léthargie » du système. Aucun pays discriminé par cette situation n'avait jugé utile de la soulever. Ces préférences spécifiques européennes n'ont en réalité jamais eu de bases légales dans le GATT/OMC.

niveau d'octroi des préférences entre pays en développement dont les capacités économiques sont sans commune mesure, mais des efforts de régulation devraient être faits à l'effet de ne pas rendre le régionalisme commercial, censé être un régime d'exception et donc plus souple, moins attrayant que le cœur du système.

PARAGRAPHE II : Une remise en cause du triptyque préférentiel :

Préférence, non réciprocité et discrimination

L'approche préférentielle dans le commerce international se décline en un triptyque dont les éléments s'influencent mutuellement. Il n'est pas envisageable de disposer d'un régime commercial qui soit à la fois préférentiel, discriminatoire et non réciproque. Cela ressort des différents cadres régissant les modalités d'octroi de préférences commerciales dans les échanges mondiaux⁵⁷².

La partie IV du GATT, négociée en 1964, codifie la notion de non réciprocité dans les relations commerciales entre pays développés et pays en développement. Elle est une conciliation entre la nécessité du développement (TSD) et les principes de l'Organisation visant à ajuster les inégalités de développement. En permettant aux pays développés d'octroyer des avantages sans en recevoir expressément en retour, elle leur enjoint de n'en conférer qu'aux pays en développement, rien que les pays en développement mais tous les pays en développement. Il en résulte une prohibition de discrimination à l'endroit de pays potentiellement bénéficiaires car étant dans la même catégorie de développement.

C'est aussi la même logique juridique qui ressort du SGP de 1971 et de la clause d'habilitation de 1979. Outre le fait que celle-ci est de nature pérenne alors que celle-là relevait d'une simple exemption, ces deux régimes confirment la possibilité offerte aux parties contractantes d'accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en voie de développement, sans l'accorder à d'autres parties contractantes. Ce régime préférentiel est de type mixte, en ce qu'il régleme les rapports économiques inégalitaires entre pays en développement et pays développés. Ce qui postule la non-réciprocité des concessions. Cette « générosité » unilatérale ne saurait être reconnue par le système que dans la mesure où elle garantit l'égalité de traitement entre bénéficiaires potentiels.

En outre, l'article XXIV du GATT qui régit les ACR précise les conditions d'octroi d'avantages commerciaux en mettant en exergue deux points : la symétrie des concessions et la discrimination à l'encontre de membres extérieures à l'Union Douanière ou à la Zone de libre-échange. Sous ce rapport, les préférences ne sont donc plus octroyées sous une forme

⁵⁷² Dr El Hadji A. Diouf : Les Accords Commerciaux Régionaux et l'OMC, op.cit., pp 6-7.

unilatérale mais réciproque. L'acceptation d'une discrimination envers les membres extérieurs à la zone se justifie ainsi par la nature « privée » de la transaction.

En définitive et sans le mentionner expressément, toutes les dispositions du GATT/OMC organisent le triptyque préférentiel. Il y a, d'une part, une constante qui est la mesure préférentielle elle-même et, d'autre part, deux variables que sont la discrimination et la réciprocité. Si la préférence est couplée à la discrimination, la réciprocité doit être de mise entre les membres bénéficiaires. Dans tous les cas, la préférence discriminatoire doit être réciproque. A défaut, elle est illégale.

Au-delà de la question de différenciation entre divers pays en développement qu'elle soulève, cette situation juridique a une conséquence immédiate dans l'application d'une réciprocité globale dans les relations UE/ACP. Elle met en exergue des différences de niveau de développement au sein des pays ACP. Le cadre futur des APE, tel qu'il apparaît aujourd'hui, ne laisse pas de place à un système de pondération qui ajusterait l'inégalité économique entre les pays UE et ceux ACP. Or, l'Initiative « Tous sauf les Armes » offre un cadre préférentiel pour les PMA. Elle maintient l'asymétrie dans leurs relations commerciales au détriment des pays en développement ACP qui ne peuvent pas bénéficier de cette souplesse. Le point central est de savoir quelle est l'utilité des PMA ACP à conclure des APE qui ne leur permettraient pas sinon d'étendre leurs préférences commerciales du moins de les conserver. Pour garantir et préserver les intérêts des PMA, la commission européenne semble pencher pour une inclusion, dans les APE, de dispositions allant bien au-delà de mesures standard d'accès aux marchés⁵⁷³.

SECTION II : L'inégalité compensatrice

Elle s'est traduite par une application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC (Paragraphe I) et une compensation de l'inégalité initiale entre Etats ; de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité (Paragraphe II).

⁵⁷³ Bilal Sanoussi, Qui négociera avec l'Union Européenne ? Recherche d'un cadre de négociation ACP/UE, Eclairages sur les négociations commerciales, Vol. I, N° 1, Février 2002.

PARAGRAPHE I : Une application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC

Les pays en développement⁵⁷⁴ renoncèrent à prôner une stratégie de la rupture préconisée par certains auteurs⁵⁷⁵. Ils demandèrent, au contraire, la mise en place d'une dualité de normes applicables au sein du GATT en fonction du degré de développement économique des différentes parties contractantes. C'est dans le cadre de la CNUCED (du moins à l'occasion des premières conférences), puis des tentatives d'instauration d'un Nouvel ordre économique international au début des années 70, que ces revendications allaient être présentées⁵⁷⁶.

Pour préciser la notion de Nouvel Ordre économique international⁵⁷⁷, la crise pétrolière de 1973 avait donné un nouveau coup d'élan aux revendications des pays en développement. Largement majoritaires au sein de l'Assemblée générale de l'ONU, ils utilisèrent cette tribune pour faire adopter une série de résolutions reprenant leurs revendications. Il s'agit essentiellement de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats⁵⁷⁸, de la Déclaration relative à l'instauration d'un Nouvel ordre économique international⁵⁷⁹ et du Programme d'action concernant son instauration. La Charte prévoyait la prise de mesures, afin de favoriser une plus grande participation des pays en développement au commerce international. Elle insistait sur la nécessité d'accorder à ceux-ci des avantages spéciaux dans tous les domaines. Les aspects essentiels du Nouvel ordre économique international ne furent cependant jamais considérés comme faisant partie du droit international obligatoire, même au titre de la coutume. Ils continuent par conséquent à dépendre exclusivement de l'« altruisme » économique des pays développés⁵⁸⁰.

La revendication des pays en développement⁵⁸¹ à un traitement différencié en leur faveur n'était pas évidente à première vue. Le principe général de l'égalité des Etats sur la scène internationale (proclamé notamment par l'article 2 alinéa 1 de la Charte des Nations unies)

⁵⁷⁴ Philippe Vincent, *L'OMC et les pays en développement*, op.cit., p. 22.

⁵⁷⁵ Par ex. Samir AMIN, *L'accumulation à l'échelle mondiale*, Paris, Anthropos, 1970.

⁵⁷⁶ Pour un commentaire, voy. M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979.

⁵⁷⁷ Voir Philippe Vincent, *Institutions Economiques Internationales*, pp 36-37.

⁵⁷⁸ Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1974. Le texte est repris dans B. STERN, *Un Nouvel Ordre Economique International ?*, pp. 57-86. Pour des commentaires de la Charte, voy. G. CASTANEDA, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note sur le procédé d'élaboration », AFDI, 1974, pp. 31-56 ; M. VIRALLY, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note de lecture », AFDI, 1974, pp. 57-78.

⁵⁷⁹ Résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 1^{er} mai 1974. Le texte est repris dans B. STERN, *Un Nouvel Ordre Economique International ?*, op.cit., pp. 3-5.

⁵⁸⁰ Voy. M. KREININ et J. FINGER, « A Critical Survey of the New International Economic Order », JWTL, 1976, p. 510.

⁵⁸¹ Philippe Vincent, *L'OMC et les pays en développement*, op.cit., pp 22 -24.

s'oppose traditionnellement à l'octroi d'un traitement préférentiel aux pays en développement et à la mise en place d'une dualité des normes applicables⁵⁸². En tout premier lieu, il importait de justifier le caractère licite au regard du droit international des traitements préférentiels accordés aux pays en développement.

A cette fin, certains auteurs ont insisté sur le fait que le principe de l'égalité des Etats n'impliquait pas nécessairement un traitement égal d'Etats se trouvant à des stades différents de développement. Au contraire, une égalité réelle de traitement implique l'octroi d'un traitement différencié aux pays en développement. Cette « inégalité compensatrice » a précisément pour objectif de compenser l'inégalité initiale entre les Etats. Faute d'un tel traitement différencié, l'égalité proclamée resterait purement formelle⁵⁸³. L'octroi d'un traitement différencié en faveur des pays en développement est parfois comparé à la discrimination positive dont bénéficient les minorités aux Etats-Unis afin, par exemple, de favoriser leur accès à l'enseignement universitaire⁵⁸⁴.

Au-delà de la théorie de l'inégalité compensatrice, la mise en place d'un traitement différencié est généralement justifiée par le principe de la solidarité. Ce principe a une double acception. Dans son sens éthique, il signifie que les Etats reconnaissent que les inégalités de développement sont des injustices, qu'il est du devoir des pays les plus riches de les éliminer⁵⁸⁵.

Le principe de solidarité ne se limite cependant pas à cette pure injonction morale. Aux yeux de nombreux observateurs, les pays industrialisés ont un intérêt économique certain au développement des pays du tiers-monde⁵⁸⁶. Ceux-ci apparaissent trop souvent comme les « mendiants » du système commercial international. Une trop longue tradition de dépendance économique, politique et culturelle à l'égard de leurs anciennes métropoles semble mettre systématiquement les pays en développement en position de faiblesse vis-à-vis

⁵⁸² Voy. J. BOUVERESSE, *Droit et politique du développement et de la coopération*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 77-79.

⁵⁸³ Voy. par exemple l'intervention de M. le Professeur TAMMES à la session de 1968 de la Commission de droit international (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, pp. 191-192), ainsi que le document TD/12/Supp. 1 du Secrétariat général de la CNUCED. Voy. également M. VIRALLY, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note de lecture », *AFDI*, 1974, p. 75, et K. MBAYE, « Article 2 alinéa 1 », in J.-P. COT et A. PELLET (éds), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1991 (2^e éd), pp. 91-94.

⁵⁸⁴ Voy. I. SEIDL-HOHENVELDERN, « *International Economic Law* », *RCADI*, 1986, vol. III, p. 28.

⁵⁸⁵ Voy. G. FEUER et H. CASSAN, *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 1991 (2^e éd), pp. 34-35.

⁵⁸⁶ Voy. par ex. la consécration de ce principe dans l'article 31 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1974 (reprise in B. STERN, *Vers un Nouvel Ordre Economique International ?*, Paris, Economica, 1983, pp. 57-62). Cet article fut adopté à l'unanimité, alors que 6 pays (tous développés) votèrent contre l'ensemble de la Charte, et que 10 s'abstinrent au moment du vote.

des pays industrialisés. Cette situation les pousse à « quémander » un traitement favorable, auquel ils n'auraient droit qu'en raison de la pitié qu'éprouvent pour eux les pays riches⁵⁸⁷.

Dans les faits, il est dans l'intérêt des pays développés d'accorder un traitement différencié à leurs partenaires en développement. A l'heure actuelle, ceux-ci représentent plus des trois quarts de la population mondiale. Ils constituent par conséquent, du moins en puissance, un marché considérable pour les entreprises des pays développés. Ce potentiel ne peut cependant être mis pleinement en valeur que si les pays en développement disposent de revenus suffisants pour importer des biens et services produits dans les pays développés. Ces moyens ne peuvent provenir de la seule aide humanitaire. Celle-ci est trop peu importante, et malheureusement trop souvent détournée, pour fournir un revenu suffisant aux populations défavorisées. Une plus grande participation au commerce international apparaît par contre comme un moyen beaucoup plus sûr pour une hausse du niveau de vie des pays du tiers-monde.

Les statistiques prouvent les avantages que les pays industrialisés peuvent retirer d'une plus grande participation des pays en développement au commerce international. Parmi ces derniers, ceux qui sont parvenus à établir des relations commerciales importantes avec les pays industrialisés enregistrent généralement un déficit (ou tout au plus un léger surplus) de la balance des paiements dans leurs échanges avec leurs partenaires développés⁵⁸⁸.

Les nouveaux pays industrialisés d'Asie du Sud-Est et d'Amérique latine exportent vers les pays d'industrialisation plus ancienne les produits pour lesquels ils disposent d'un avantage comparatif. Il s'agit essentiellement des produits textiles, des chaussures, des jouets, des appareils électriques et électroniques et des équipements d'informatique et de bureautique. En raison de l'augmentation du niveau de vie de leur population (ou d'une frange d'entre elles), ils importent cependant à leur tour des pays industrialisés des produits de luxe (alcools, parfums, vêtements de haute couture et bijoux), des moyens de transport (avions, métros, trains à grande vitesse), des produits chimiques, de la sidérurgie et de la métallurgie des non-ferreux et, bien entendu, du matériel militaire.

De nombreux auteurs ont par ailleurs insisté sur le fait que les traitements préférentiels étaient préférables à l'aide financière directe, car ils favorisaient le développement économique des pays du Sud, en les encourageant à être compétitifs sur le marché international⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Voy. F. FIALLO, « The Negotiation Strategy of Developing Countries in the Field of Trade Liberalization », JWTL, 1977, pp. 203-212.

⁵⁸⁸ Voy. les statistiques compilées par l'OMC dans sa banque de données, disponibles sur : http://www.wto.org/english/res_e/statistics_e/daily_update_e/monthly_trade_e.xls.

⁵⁸⁹ Voy. S. WEINTRAUB, *Trade Preferences for Less developed Countries*, New York, Praeger, 1966, p. 73.

L'évolution du TSD traduit une conquête linéaire du droit sur les principes politiques. Les revendications des pays en développement au début des années soixante marquent la concrétisation d'une prise de conscience d'un monde à deux vitesses ; d'une part, les pays industrialisés présents et actifs dans les enceintes internationales où sont conçues les règles du commerce international ; d'autre part, la grande masse des pays en développement dont le poids politique et économique ne permet pas encore d'influer sur la réglementation des échanges internationaux. Il est apparu très rapidement que l'application d'un même corps de règles à des entités étatiques aussi différentes relevait de la gageure juridique. Les justifications y afférentes ont été théorisées, en s'appuyant sur les impacts possibles des inégalités économiques par la mise en exergue des principes politiques. Dans les deux cas, il était nécessaire de recourir à un ajustement des dispositions juridiques existantes pour passer de la légitimité à la légalité⁵⁹⁰.

Economiquement, les inégalités dans le système, entre parties contractantes, doivent être compensées. Juridiquement, elles doivent impulser une dualité de normes qui tienne en compte les diverses spécificités économiques des différents protagonistes.

Il est communément admis que Prebisch fut l'un des instigateurs de la théorie de l'inégalité compensatrice. Il part de l'idée que l'évolution du commerce international favorisait la constitution d'un centre (pays industrialisés) et d'une périphérie (pays en développement). Et que pour arriver à encourager l'industrialisation de la périphérie et son développement, il fallait étoffer les préférences généralisées et leur donner plus d'envergure. Pour se faire, il est nécessaire de passer par un ajustement du droit positif qui postule une parfaite égalité entre les différents acteurs du commerce international. Ainsi, il est apparu que « si valable que soit le principe de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre égaux, ce n'est pas un concept qui convient entre pays de puissance économique profondément inégale. L'acceptation, lors de la réunion du GATT de mai 1963, de concessions tarifaires sans réciprocité au profit des pays en voie de développement, a représenté une étape utile dans la voie d'une reconnaissance de la nécessité d'encourager spécialement le commerce de ces pays. L'adoption du principe d'un traitement préférentiel pour les échanges commerciaux des pays en développement devait logiquement constituer l'étape suivante »⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Dr El Hadj A. Diouf, *L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales*, op.cit., pp. 33-36.

⁵⁹¹ V. E/CONF. 46/3, *Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement* du 12.02.1964, p. 90.

La notion d'inégalité compensatrice est richement nourrie par le droit au développement⁵⁹² en balbutiement dans les années soixante-dix. Il s'agit de regrouper les efforts d'adaptation des techniques juridiques aux exigences du développement et d'en tenter l'analyse synthétique sous l'étiquette du droit international du développement. Celui-ci serait donc un droit de finalité poursuivant un but noble, une finalité morale de solidarité internationale et de réduction des inégalités entre Etats.

Si les pays en développement sont dans une phase de quête de reconnaissance qui fait de leur principe de souveraineté politique, un acquis immuable, sur le plan économique, par contre, ils invoquent un devoir de solidarité qui tiendrait compte de leur niveau de développement. Ils exigent de passer d'une inégalité formelle à une égalité réelle par des correctifs juridiques. Au nom de l'égalité souveraine, ils mettent en avant leur inégalité de fait pour la faire reconnaître et corriger dans le sens préconisé par Cassan et Feuer⁵⁹³ pour qui « l'égalité se présente comme abstraite et juridique. Elle conduit à accorder les mêmes droits et les mêmes devoirs à tous les Etats, quelles que soient leur puissance ou leurs richesses. Ce dont il s'agit en l'occurrence est une égalité formelle qui ne permet pas au droit de prendre en compte les inégalités réelles et notamment les inégalités de développement. C'est qu'en effet, soumettre des Etats inégalement développés aux mêmes droits et aux mêmes obligations, en particulier dans le domaine commercial, peut engendrer des injustices »⁵⁹⁴.

Dans un tel contexte, le droit, produit social par excellence, a un rapport équivoque avec la réalité qu'il est censé encadrer. Selon la classification opérée par Brigitte Stern, il pourrait la renforcer, l'ignorer ou la modifier selon la structure de la société que le système juridique est destiné à régir. « Si le droit renforce la réalité, c'est-à-dire en tient compte pour se mouler sur elle, c'est que les inégalités sont telles que ceux qui en bénéficient peuvent bénéficier de leur pouvoir sans partage. Si le droit ignore la réalité, c'est-à-dire établit les mêmes règles pour tous, sans tenir compte des inégalités existantes, c'est que les victimes des inégalités commencent à avoir suffisamment de poids et d'influence dans la société pour que leur soient accordées certaines satisfactions, que l'on qualifie aujourd'hui de formelles. Si le droit

⁵⁹² Voir la Déclaration sur le droit au développement, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 41/128 du 4 décembre 1986.

⁵⁹³ Cassan, H., Feuer, G., *Droit international du développement*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 1991, p 32.

⁵⁹⁴ Et comme le soulignait le délégué de l'Inde à la IX session des parties contractantes du GATT en 1954, l'égalité de traitement est équitable seulement entre égaux. Par conséquent, l'égalité n'est pas seulement un principe qui s'attache à la qualité des Etats, mais aussi un but à rechercher au moyen de règles nouvelles.

modifie la réalité, c'est que ceux qui sont victimes des inégalités ont acquis suffisamment de poids pour amorcer un changement réel de leur situation »⁵⁹⁵.

La souveraineté politique des pays en développement introduit une nouvelle donne dans les relations internationales et postule des revendications nouvelles à la réalisation difficile. Le paradoxe réside dans ce que l'acquisition d'un poids politique n'est pas accompagnée d'un poids économique qui modifierait la réalité internationale. Ce qui pourrait laisser penser que ces revendications sont à la limite contradictoires en ce qu'elles sont basées sur une conception volontariste du droit international, antinomique à l'invocation de leur souveraineté internationale.

Mais ce paradoxe est apparent. Il ne tient pas compte de la complémentarité réelle entre les deux formes de souveraineté politique et économique. Pour Flory, « autrefois, les Etats faibles utilisaient le postulat d'égalité souveraine pour se protéger contre les interventions ou les ingérences des voisins plus puissants. Aujourd'hui, les Etats du tiers-monde invoquent leur inégalité de développement pour obtenir les interventions protectrices du droit international économique. »⁵⁹⁶ Pour Lacharrière, « c'est au nom de leur souveraineté que les pays en développement réclament l'égalité à laquelle tout Etat a droit, c'est-à-dire l'égalité de développement, l'égalité de niveaux de vie. »⁵⁹⁷

Pour les pays en développement, il existe une corrélation étroite entre la richesse des pays développés et le développement des pays du tiers-monde. Par conséquent, l'ordre économique international doit être perçu comme systématique en tenant compte de l'interdépendance entre tous les problèmes, politiques, économiques, énergétiques, agricoles etc. Cette imbrication suffit à conclure que « le droit ne devrait plus être l'expression de l'ordre existant, mais l'un des instruments de réalisation de l'ordre à venir ».⁵⁹⁸ La prise en compte progressive de l'ajustement des inégalités économiques va se faire dans le cadre institutionnel de la CNUCED dont l'avènement et la constitution comme organe permanent de l'ONU est un événement important pour l'histoire du droit international économique, en ce qu'elle prône l'adoption de règles nouvelles dérogeant au droit international commun.

⁵⁹⁵ Stern, B., Le droit international du développement, un droit de finalité ? In La formation des normes en droit international du développement, Table Ronde franco-maghrébine, Aix en Provence, 7 et 8 octobre 1982.

⁵⁹⁶ Cassan, H., Feuer, G., Droit international du développement, deuxième édition, Paris, Dalloz, 1991

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ Ibid. p. 20 .

PARAGRAPHE II : Une compensation de l'inégalité initiale entre Etats : de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité

Il est ici question de l'inégalité compensatrice mais surtout la dualité des normes qui est une conséquence de l'ajustement.

Le principe de l'inégalité compensatrice repose sur une dualité des normes juridiques applicables à des pays dont le niveau de développement est inégal⁵⁹⁹. Ainsi, la réforme du droit international souhaitée par les pays du « Tiers-monde » dans les années 1960, exige de passer d'une égalité formelle à une égalité réelle, par des correctifs juridiques ; au nom de l'égalité souveraine, les pays en développement mettent en avant leur inégalité de fait, pour la faire reconnaître et corriger.

Certains auteurs ont insisté sur le caractère contradictoire de cette double revendication de l'égalité souveraine et de l'inégalité compensatrice⁶⁰⁰. Les pays en développement se montrent farouchement attachés à leur souveraineté nationale, alors qu'ils développent une conception interventionniste du droit international. Toutefois, on peut considérer que l'inégalité compensatrice est un corollaire de l'égalité souveraine et non un paradoxe : « autrefois, les Etats faibles utilisaient le postulat d'égalité souveraine pour se protéger contre les interventions ou les ingérences de voisins plus puissants. Aujourd'hui, les Etats du Tiers-monde invoquent leur inégalité de développement pour obtenir les interventions protectrices du droit international économique »⁶⁰¹. Le droit du développement se justifie par ses finalités. Les Etats économiquement moins puissants restent souverains, et c'est au nom de cette souveraineté qu'ils réclament « l'égalité à laquelle tout Etat a droit, c'est-à-dire l'égalité de développement, l'égalité de niveau de vie »⁶⁰².

Les conséquences économiques concrètes de ce principe entrent en contradiction avec les principes fondamentaux du GATT. En effet, l'inégalité compensatrice prévoit que les pays développés devraient accorder des concessions aux pays en développement, sans exiger de réciprocité, afin de rétablir un certain équilibre économique entre eux. Le principe de

⁵⁹⁹ Bérangère Taxil : L'OMC et les pays en développement CEDIN-PARIS I PERSPECTIVES INTERNATIONALES n°13 édition MONTCHRESTIEN p16-18.

⁶⁰⁰ Notamment F. Borella, « le nouvel ordre économique international et le formalisme juridique », in Mélanges offerts à Charles Chaumont, Paris, Pédone, 1984, pages 73-88. Voir aussi A. Pellet, Le droit international du développement, Paris, PUF, collection Que-sais-je ?, 1987, page 33.

⁶⁰¹ M. Flory, « Inégalité économique et évolution du droit international », in pays en voie de développement et transformation du droit international, SFDI, colloque d'Aix-en-Provence, Paris, Pédone, 1974 pages 11-40.

⁶⁰² G. de Lacharrière, « Influence de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international », RCADI, 1973-II, page 247.

réciprocité cher au GATT ne peut être viable que si les partenaires sont dans une situation d'égalité. Toutefois, il n'est pas remis en cause dans son essence même ; l'abandon de la réciprocité n'a de sens que dans une perspective de développement permettant de la rétablir.

Le principe de l'inégalité compensatrice, tel qu'énoncé par la CNUCED en 1964, comprend également la possibilité de traitements préférentiels accordés par les pays développés aux pays en développement, sans être étendus aux autres pays. Cela implique ainsi la remise en cause de la clé de voute du GATT : la Clause de la Nation la Plus Favorisée.

Rien n'était prévu dans le GATT pour répondre à ces objectifs. De plus, si la CNUCED jouait un rôle politique indéniable en faveur des pays en développement, elle n'avait en revanche aucun pouvoir de décision concret pour mettre en œuvre leurs revendications. C'est donc au sein du GATT qu'ils devaient négocier ; le poids du nombre des pays en développement, leur unité ainsi que l'impact de la première CNUCED sur l'opinion internationale, vont amener le GATT à assouplir ses règles.

S'agissant de la dualité des normes, la création de la CNUCED, comme « tribune du Tiers-monde » et anti-GATT, fut le facteur déclenchant de l'évolution des règles du GATT. Progressivement, entre 1964 et 1980, l'acceptation des revendications des pays en développement entraîne une dualité des normes en son sein⁶⁰³. Les principes fondateurs de celui-ci sont peu à peu écartés dans le traitement des pays en développement.

L'évolution du GATT s'est produite en deux étapes essentielles. Ce fut d'abord la reconnaissance des principes revendiqués par les pays en développement, notamment celui de l'inégalité compensatrice. Puis vint une reconnaissance juridique concrète, par l'adoption de techniques préférentielles pour ces pays.

Une disposition relative aux problèmes particuliers des pays en développement figurait dans le texte original du GATT de 1947. Cependant leurs préoccupations sont, à l'époque, secondaires et apparaissent ainsi exceptionnellement. L'article 18, bien que traitant des aides de l'Etat en faveur du développement économique, met néanmoins l'accent sur la réalisation des objectifs premiers du GATT. Comportant 23 paragraphes (c'est le plus long de l'accord), il offre notamment la possibilité aux pays en développement de conserver des droits de douane élevés et de subventionner les exportations de tous produits. L'objectif de ces mesures est de permettre à ces pays « d'exécuter leurs programmes et leurs politiques de

⁶⁰³ Bérangère Taxil : L'OMC et les pays en développement CEDIN-PARIS I PERSPECTIVES INTERNATIONALES n°13 édition MONTCHRESTIEN page 18-21.

développement économique en favorisant la création de branches de production nationales et en protégeant l'équilibre de leur balance de paiements. Outre leur peu d'intérêt (les pays développés disposent d'autant d'aménagements), « ces mesures doivent recevoir l'approbation du GATT. Elles restent soumises à une surveillance annuelle et doivent faire l'objet de compensations »⁶⁰⁴.

Par la suite, grâce à l'impact politique de la CNUCED, d'autres dispositions furent prises, plus élaborées. En 1964, une partie entière fut rajoutée à l'accord intitulée « Commerce et développement ». Cette partie 4 inclut dans l'accord les objectifs du développement et constitue une réelle reconnaissance de l'inégalité compensatrice. Elle comprend trois articles.

L'article 36, intitulé « Principes et objectifs », reconnaît, en des termes diplomatiques, l'importance du développement des pays en développement grâce à des correctifs juridiques. L'innovation principale réside dans le paragraphe 8 qui abandonne l'application du principe de réciprocité aux pays en développement ; seuls les pays développés s'engagent à réduire les droits de douane et autres obstacles au commerce.⁶⁰⁵ Toutefois, il ne s'agit pas d'une dérogation à la clause NPF. En effet, le concept de préférences pour les pays en développement est, à l'époque, encore inconcevable. La dualité des normes reçoit donc une acception toujours limitée.

Les articles 37 et 38 prévoient certains engagements des pays développés, individuellement ou collectivement, notamment par la possibilité d'instaurer des accords internationaux sur les produits de base. Néanmoins, ces engagements n'ont pas de force obligatoire et ne constituent que de simples déclarations de bonne volonté. C'est pourquoi ces objectifs, trop généraux, ont reçu une application souvent limitée.⁶⁰⁶ Il faut donc attendre les années 1970, pour qu'un véritable statut juridique ayant des applications concrètes favorables aux pays en développement soit mis en place grâce, encore une fois, aux travaux de la CNUCED.

Outre la non-réciprocité, les pays en développement revendiquaient la possibilité de bénéficier de traitements préférentiels. Dès sa deuxième session en 1968, à New Delhi, la CNUCED proposa un Système Généralisé de Préférences (SGP) que les pays développés accorderaient aux pays en développement. Mais la mise en place de ce système nécessitait l'accord des pays développés.⁶⁰⁷ Malgré la persistance de nombreuses divergences, le SGP fut

⁶⁰⁴ P. Vincent, « L'Uruguay round et les pays en développement », RBDI, 1995-2, page. 489.

⁶⁰⁵ OMC, Textes juridiques, page. 56.

⁶⁰⁶ D. Carreau, P. Juillard, T. Flory, page. 216.

⁶⁰⁷ Les Etats-Unis, qui refusaient l'idée d'un tel système, se déclarèrent en 1967, lors d'une conférence de chefs d'Etats latino-américains à Punta Del Este, « prêts à étudier la possibilité d'avantages tarifaires préférentiels

accepté et établi le 12 octobre 1970. Sa durée était fixée à 10 ans et son entrée en vigueur conditionnée par l'accord du GATT. Le système du SGP fait preuve d'une grande souplesse à l'égard des pays développés. Sa mise en place était laissée à leur totale discrétion, n'entraînant pas d'obligations juridiques. Ils pouvaient ainsi choisir les Etats bénéficiaires⁶⁰⁸. Le fonctionnement du système repose sur des préférences uniquement tarifaires, c'est-à-dire sur des droits de douane moins élevés pour les importations de certains produits en provenance des pays en développement que pour d'autres produits similaires. Par ailleurs, les produits industriels sont seuls concernés et non les produits de base. Là encore, les pays donneurs sont libres du choix des produits.

Bien que le SGP soit par nature incompatible avec la clause NPF, il fut consacré par le GATT qui accorda une dérogation générale pour l'entrée en vigueur du système, le 25 juin 1971. Toutefois, cet accord restait à titre exceptionnel. Il reposait sur l'article 25, alinéas 5 du GATT prévoyant que « dans les circonstances exceptionnelles autres que celles qui sont prévues par d'autres articles du présent accord, les parties contractantes pourront relever une partie contractante d'une de ses obligations qui lui sont imposées, à la condition qu'une telle décision soit sanctionnée par un vote à la majorité des deux-tiers »⁶⁰⁹. Ce caractère exceptionnel se doublait d'un caractère provisoire, puisque le SGP était limité à une période de dix ans.

Ce n'est qu'en 1979, lors du Tokyo round, qu'un traitement spécial et différencié incluant le SGP dans l'accord est admis. Cette reconnaissance est comprise dans un texte adopté en avril 1979, intitulé « traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement »⁶¹⁰. Son paragraphe 1, disposition relative à une « clause d'habilitation », reconnaît la licéité de tous les traitements préférentiels en faveur des pays en développement, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une dérogation à la clause NPF, comme il était de mise avant cette date. Cette clause accorde ainsi un statut légal permanent au SGP.

temporaires pour tous les pays en voie de développement », ce qui permet de conclure le SGP. E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Presses universitaires de Grenoble, 1972 page 303.

⁶⁰⁸ Selon le principe de l'auto-élection était pays en développement celui qui se déclarait comme tel. Mais les pays développés n'étaient pas liés par ce critère et pouvaient donc refuser cette qualification et les préférences en découlant.

⁶⁰⁹ OMC, *Textes juridiques*, op.cit. Pages 46-47.

⁶¹⁰ La nature juridique de ce texte est difficile à définir. Il ne s'agit pas d'une déclaration politique, mais d'un accord annexé au GATT. Il n'oblige pas les Etats membres développés à accorder des traitements préférentiels, mais les autorise.

L'ensemble de ces dispositions constitue une pleine reconnaissance de la dualité des normes souhaitée par les pays en développement qui disposaient désormais d'un réel statut juridique particulier au sein du GATT. Néanmoins, le GATT demeurerait un instrument essentiellement adapté au commerce entre pays industrialisés. Les pays en développement ont rapidement constaté que le régime juridique qui leur était accordé en son sein ne suffirait pas en lui-même à les intégrer pleinement au commerce mondial.

Autrement dit, le constat de l'inégalité de développement entre les nations dans le commerce international conduit à une conséquence pratique⁶¹¹. Il faut trouver des mécanismes de correction pour permettre aux pays en développement d'intégrer le commerce international et sortir du sous-développement. Sur ce registre, les solutions préconisées ont suffisamment présenté de lacunes pour qu'apparaisse la nécessité d'expérimenter autre chose. En effet, les pays africains, notamment, ont profité durant les premières années de leur indépendance d'une aide et d'une assistance substantielles qui n'ont pas eu l'impact escompté sur leur développement. Portées par une idéologie humanitaire, elles sont –l'aide et l'assistance- des éléments extra commerciaux qui ne modifient pas les règles du commerce international. Par conséquent, l'aide n'a pas pu s'affirmer comme une solution viable. Elle n'est pas porteuse d'efficacité sur le plan économique et ne crée pas de rapports juridiques égaux entre les donateurs et les bénéficiaires. L'échec de cette forme de coopération au développement induit une tentative de traduction juridique des rapports entre le donneur et le bénéficiaire. Ce qui aboutit à l'apparition d'expressions juridiques nouvelles de l'aide qui s'expriment par un ensemble de normes duales qui tient compte des spécificités des uns et des autres. C'est le système de la dualité des normes.

L'une des particularités de ce système est la mise en veilleuse de la règle classique dite « du ut des » qui postule le caractère synallagmatique des conventions juridiques. En d'autres termes, les obligations de l'une des parties ne correspondent pas aux obligations de l'autre partie. La dualité des normes apparaît alors comme l'expression de la volonté des Etats d'opérer des transformations dans les règles régissant les relations internationales pour les adapter à la situation économique des pays sous-développés. Dans le domaine commercial, elle donne, grâce aux préférences accordées, la possibilité pour les PVD d'exporter leurs produits à des prix compétitifs et de contribuer ainsi à l'expansion du commerce international. C'est tout le sens du plaidoyer de Prebisch quand il affirme « qu'on ne saurait se borner à étudier les effets d'une politique préférentielle en faveur des pays en développement

⁶¹¹ Dr El Hadj A. Diouf, *op.cit.*, pp. 36-37.

uniquement sous l'angle des échanges mondiaux. En fait, les échanges ne sont qu'un moyen de stimuler la croissance et, si la politique préférentielle contribue à en accélérer le rythme dans les pays en voie de développement, elle aura atteint son objectif »⁶¹².

La dualité des normes est donc née d'une lacune, celle du droit international classique à protéger l'existence des pays peu développés. Elle induit qu'à un corps de règles régissant uniformément les rapports entre Etats, se substituent désormais deux corps, parallèles et égaux. D'une part, celui qui régit les rapports entre pays développés. D'autre part, celui qui régit les rapports entre ceux-ci et les pays en développement, et ceux entre pays en développement. C'est donc la fin de la préservation d'une certaine unité universelle par le biais de l'admission de systèmes différenciés. Par un système d'appropriation progressive de revendications politiques et d'inégalités économiques de fait, on a abouti à un ajustement juridique dont les principales caractéristiques sont le renoncement à l'abstraction du principe égalitaire et l'introduction d'une dose d'équité dans les échanges internationaux. On peut donc remarquer que la dualité des normes se présente comme l'instrument juridique international qui traduit, en droit, la thèse du développement par le commerce. Loin d'être un élément de perturbation de l'ordre juridique classique, elle s'intègre et enrichit le droit international comme le note Jean Touscoz : « la dualité des normes introduites dans le droit international agit comme le levain, le ferment introduit dans la pâte du droit international classique pour contribuer à son évolution ».⁶¹³

⁶¹² Prebisch, Rapport à la première CNUCED, 1964.

⁶¹³ Touscoz, J., Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement, JDI, 1973, p. 303.

TITRE II :

L'ADAPTATION PROGRESSIVE DES DIFFERENTS MECANISMES DEROGATOIRES DE L'OMC

Avec l'avènement du Cycle d'Uruguay et des différents mécanismes dérogatoires de l'OMC, le commerce a connu une libéralisation graduelle. En outre, ces mêmes accords ont été mis en conformité ou en adéquation avec les principes de l'OMC, et fondamentalement le principe de non-discrimination. D'une part, la libéralisation graduelle du commerce renferme celle progressive des secteurs de l'agriculture et des textiles par une réintégration de ces deux domaines dans l'OMC, mais aussi celle des services et de la propriété intellectuelle à travers l'inclusion du GATS et de l'ADPIC dans l'OMC. D'autre part, la mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC s'est opérée avec l'application uniforme et différenciée du principe de non-discrimination par le GATS, qui rend uniforme le principe de non-discrimination à tous les membres de l'OMC et licite les intégrations économiques et le régime d'exception au profit des pays en développement. Elle étend aussi au secteur de l'ADPIC, les clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée.

Ainsi, nous examinerons dans cette partie, les différents mécanismes dérogatoires de l'OMC adoptés par les accords du Cycle d'Uruguay ou la libéralisation graduelle du commerce (Chapitre I) et la mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC (Chapitre II).

CHAPITRE I : La libéralisation graduelle du commerce

Un système commercial international digne de ce nom ne saurait exclure le secteur agricole en raison de ses spécificités. Cependant celui-ci est moins apte à être soumis à un régime de libre-échange et de concurrence que le monde industriel et commercial par définition plus mobile et adaptable. L'Accord général de 1947 appréhenda initialement l'agriculture, sans doute avec quelques spécificités, pour s'en désintéresser progressivement au cours des années. L'OMC devait revenir sur cet abandon et réintégrer l'agriculture en son sein, tout en lui accordant un régime transitoire. La déclaration ministérielle de Punta Del Este de septembre 1986 lançant officiellement le « Cycle de l'Uruguay » mentionna expressément l'agriculture comme devant être l'un des objets des futures négociations commerciales. Ainsi, pour la première fois dans l'histoire des négociations commerciales multilatérales parrainées par le GATT, la question agricole devait-elle être abordée ; l'idée générale étant de « libéraliser » les échanges mondiaux en la matière. Cependant, des dissensions sont survenues entre les pays industrialisés quant à la libéralisation des échanges de produits agricoles. La Communauté européenne notamment la France, les pays de l'AELE, le Japon et la Corée du Sud s'opposaient à une libéralisation complète des échanges⁶¹⁴. Les Etats-Unis et le groupe de Cairns réclamaient, par contre, la suppression des subventions à l'exportation et la libéralisation complète des échanges de produits agricoles dans un délai de dix ans⁶¹⁵. Cette libéralisation devait se réaliser par la transformation en tarifs douaniers de tous les obstacles aux échanges. Les pays en développement défendaient également des positions différentes en fonction de leur situation. Des études avaient indiqué qu'une libéralisation des échanges agricoles et l'arrêt des politiques de subsides à l'exportation auraient pour conséquence une augmentation des prix mondiaux des produits agricoles⁶¹⁶. Seuls les pays en développement exportateurs nets auraient par conséquent retiré un bénéfice d'une libéralisation des échanges. Ces pays avaient d'ailleurs rejoint le groupe de Cairns et leurs intérêts convergeaient avec ceux de pays développés comme les Etats-Unis et l'Australie. Les pays importateurs nets de

⁶¹⁴ Voy. la position de la Communauté européenne (doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/145). Pour un commentaire, voy. R. ZEITZ et A. VALDES, *Agriculture in the GATT: An Analysis of Alternative Approaches to Reform*, Washington, International Food Policy Research Institute, 1988, pp. 77-78.

⁶¹⁵ Voy. La proposition des Etats-Unis, doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/118.

⁶¹⁶ Voy. R. TYERS et K. ANDERSON, « Liberalising OECD Agricultural Policies in the Uruguay Round: Effects on Trade and Welfare », *Journal of Agricultural Economics*, 1988, pp. 197-216 ; B. HOEKMAN, « Agriculture and the Uruguay Round », *JWTL*, 1989/2, pp. 83-96, et I. GOLDIN et O. KNUDSEN (éds), *Agricultural Trade Liberalization : Implications for Developing Countries*, OCDE, Paris, 1990.

produits agricoles risquaient de souffrir d'une telle libéralisation⁶¹⁷. Par conséquent, ils réclamaient le renforcement des programmes d'aide alimentaire des pays développés à leur égard⁶¹⁸. Toutefois, les résultats des négociations vont dans le sens d'une libéralisation des échanges de produits agricoles.

Le commerce des produits textiles et des vêtements, bien que moins important que celui concernant les produits agricoles, n'est pas négligeable. En effet, à eux deux (et ils sont sensiblement équivalents), ils ont représenté 6% du commerce mondial en 1995, soit un peu plus de 300 milliards de dollars. Les textiles, contrairement à l'agriculture, ne devaient faire l'objet d'aucun traitement spécial au titre de l'Accord général de 1947 ; ils étaient soumis au droit commun applicable au commerce international des marchandises. Toutefois, dès le début des années 60, ils allaient sortir du cadre de l'Accord général et être soumis à un régime juridique dérogatoire, illustrant par là même le phénomène du « GATT à la carte », si souvent rencontré et qui devint l'une des caractéristiques de l'institution de Genève⁶¹⁹. La Conférence ministérielle de Punta Del Este de septembre 1986 devait assigner aux futures négociations multilatérales la tâche de réintégrer les textiles dans le cadre du GATT avec des disciplines renforcées et dans une perspective de libéralisation des échanges. Cela fut réalisé par l'« Accord sur les textiles et les vêtements » (ATV) qui fait partie des « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » annexés à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Ainsi, après être sortis du GATT, les textiles allaient être réintégrés dans l'OMC à la demande pressante des pays en développement lesquels, en échange de cette concession, acceptèrent l'inclusion des services et de la propriété intellectuelle dans le nouveau système commercial intégré mis sur pied par les accords de Marrakech.

La libéralisation du commerce des services se réalisera d'une manière fondamentalement différente de celle du commerce des marchandises. Les principaux obstacles au commerce des services ne sont pas quantifiables, comme des droits de douane. Ils sont constitués par des réglementations diverses et par des monopoles d'Etat. Il était par conséquent impossible d'ouvrir progressivement l'ensemble des secteurs des services, par un abaissement graduel des obstacles aux échanges. Les négociateurs de l'AGCS n'ont cependant pas renoncé au principe de la libéralisation graduelle. Celle-ci était réclamée par tous les Etats participants, effrayés à l'idée d'ouvrir en une fois l'entièreté de leurs services à la concurrence

⁶¹⁷ Voy. B. HOEKMAN, « Agriculture and the Uruguay Round », JWTL, 1989/2, pp. 83-96, et R. AWUKU, « How Do the Results of the Uruguay Round Affect the North- South Trade? » JWTL, 1994/2, pp. 75-93.

⁶¹⁸ Voy. la déclaration de la Jamaïque à la huitième réunion du Groupe de négociations sur l'agriculture (doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/65).

⁶¹⁹ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 170-175.

internationale. La libéralisation se réalisera par conséquent par l'intermédiaire des listes de concessions négociées entre les différents partenaires commerciaux. Chaque membre de l'OMC établit indépendamment la liste des concessions qu'il est prêt à consentir.

Ainsi, nous traiterons dans cette la question de la libéralisation progressive des secteurs de l'agriculture et des textiles (Section I) et de la libéralisation progressive des secteurs des services et de la propriété intellectuelle (Section II).

SECTION I : La libéralisation progressive des secteurs de l'agriculture et des textiles

Elle s'est traduite par une réintégration de l'agriculture dans l'OMC (Paragraphe I) et une réintégration des textiles dans l'OMC par l'ATV (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Réintégration de l'agriculture dans l'OMC

Les produits de l'agriculture sont une composante importante du commerce international des marchandises. Sans doute leurs poids relatif est-il en constante diminution, en raison du phénomène de transformation industrielle qui ne cesse de les affecter et de la valeur ajoutée humaine qui compte maintenant pour l'essentiel du prix des produits les plus sophistiqués et les plus complexes à commencer par ceux relevant de la haute technologie. Quoiqu'il en soit, en 1995, les produits agricoles représentaient 10 % du commerce mondial, soit 500 milliards de dollars.

Il est clair qu'un système commercial international digne de ce nom ne saurait exclure le secteur agricole en raison de ses spécificités ; celui-ci est cependant moins apte à être soumis à un régime de libre-échange et de concurrence que le monde industriel et commercial par définition plus mobile et adaptable.

L'Accord général de 1947 appréhenda initialement l'agriculture, sans doute avec quelques spécificités, pour s'en désintéresser progressivement au cours des ans. L'OMC devait revenir sur cet abandon et réintégrer l'agriculture en son sein, tout en lui accordant un régime transitoire⁶²⁰.

En principe, les produits agricoles étaient soumis au même régime juridique de droit commun que celui applicable aux produits industriels. Toutefois, il existait une certaine spécificité agricole bien que limitée. Au cours des ans et de facto, l'agriculture sortit de la juridiction du GATT, tout en continuant à être, et le paradoxe ne manque pas de frapper, au centre de nombreuses controverses et conflits commerciaux.

⁶²⁰ Dominique Carreau et Patrick Juillard, Droit international économique, Dalloz, 4^e édition, pp 158-166 .

Cette spécificité agricole qui se trouvait dans le « GATT 1947 » sera peut-être celle de droit commun, lorsque le régime transitoire institué par l'OMC aura pris fin. Elle se caractérise par des règles adaptées dans deux domaines uniquement, notamment celui des restrictions quantitatives et celui des subventions, si toutefois l'on exclut les produits de l'agriculture rentrant dans la catégorie « hors GATT » des matières premières. Mais le GATT allait aussi y ajouter les intégrations économiques régionales.

Les restrictions quantitatives, en raison de leur effet très néfaste sur le commerce international, sont en principe illicites au regard du code de bonne conduite commerciale posé par l'Accord général consacrant le principe de la protection douanière exclusive. Toutefois, l'Accord général admettait, sous conditions sans doute, la licéité des restrictions quantitatives tant en matière d'exportation que d'importation de produits agricoles⁶²¹.

Un Etat est fondé à recourir à des restrictions quantitatives sur les exportations des produits agricoles, dans une situation critique de « pénurie »⁶²². Dans une telle éventualité, un Etat est fondé à réserver à son marché national des produits agricoles nationaux et à en interdire la vente à l'étranger : charité bien ordonnée commence par soi-même...

Un Etat peut aussi recourir à des « prohibitions ou restrictions à l'importation ou à l'exportation », si elles sont « nécessaires » pour permettre l'application de normes destinées à la « classification », au « contrôle de la qualité » ou à la « commercialisation » des produits agricoles⁶²³, toutes mesures qui peuvent également être couvertes par l'exception générale de l'article XX aux lettres b) et d)⁶²⁴.

Un Etat est également fondé, et le cas est de loin le plus fréquent, à recourir à des restrictions quantitatives sur les importations des produits agricoles et des pêches d'une manière plus générale⁶²⁵. Bien que cette exception soit large, puisqu'elle couvre les mesures « nécessaires à l'application de mesures gouvernementales », elle ne constitue cependant pas un blanc-seing au profit des Etats qui doivent respecter certains critères en la matière. Ceux-ci ont été explicités en particulier dans deux rapports du Groupe Spécial de 1988⁶²⁶ et surtout 1989⁶²⁷.

⁶²¹ Article XI, alinéa 2.

⁶²² Article XI, alinéa 2 a.

⁶²³ Article XII, alinéa 2 b.

⁶²⁴ Pour une discussion de cette disposition peu souvent invoquée, voir le Rapport du Groupe Spécial (panel) de 1988 « Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés », in Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit. p. 350-351).

⁶²⁵ Article XII, alinéa 2 c.

⁶²⁶ « Japon : Restrictions à l'importation de certains produits agricoles ».

⁶²⁷ « Canada : Restrictions à l'importation de crème glacée et de yoghurt. Voir, Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit. p. 352-354.

Elle reflète largement les préoccupations et caractéristiques de la législation agricole américaine de l'entre-deux-guerres⁶²⁸.

D'une façon générale, de tels contingentements sont établis dans le cadre des politiques d'organisation des marchés via des mécanismes adéquats de soutien des prix des produits agricoles ou des revenus des agriculteurs. Une telle situation est relativement fréquente. Aucun Etat, sauf la Grande-Bretagne de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, n'a jamais été totalement libre-échangiste en matière agricole. Pour des raisons politiques et sociologiques par le désir de maintenir un équilibre entre les villes et les campagnes, et stratégiques pour garder une agriculture puissante et efficace, nombre d'Etats (si ce n'est tous) ont, à des degrés divers, protégé leur marché national par des contingentements et /ou des subventions.

De façon pragmatique, l'Accord général de 1947 n'a pu que tenir compte de cette réalité et l'officialiser. La préoccupation centrale est ici de s'assurer que ces quotas à l'importation apparaissent bien comme l'une des composantes essentielles et nécessaires des mécanismes nationaux d'organisation des marchés agricoles et n'en sont point détachables. Ils ne doivent pas constituer des obstacles arbitraires et injustifiés au commerce international destinés à protéger l'agriculture nationale.

Les subventions, tant à la production que surtout à l'exportation, font traditionnellement partie d'une politique protectionniste dont elles constituent le volet extérieur. En effet, après avoir débarrassé les producteurs nationaux de la concurrence étrangère grâce à des restrictions quantitatives et les avoir encouragés à produire, les Etats doivent, en complément, favoriser l'écoulement de ces produits sur les marchés étrangers. Autant l'Accord général de 1947 était relativement sévère en matière de produits industriels, autant il ouvre une large possibilité pour les produits agricoles⁶²⁹.

En effet, les Etats peuvent subventionner les exportations agricoles de leurs producteurs nationaux pour autant que ceux-ci n'en viennent pas à détenir « plus qu'une part équitable » du marché d'exportation concerné par ledit produit.

Or, comment définir ce qu'est une part plus qu'équitable du marché considéré ? Ce concept ne cessa de poser des difficultés d'interprétation et d'application dans toute l'histoire du GATT. Aucun critère concret ne put jamais être établi. Nombre de contentieux agricoles portèrent sur les subventions et leur légalité ou illégalité en fonction de leur impact. Il n'y eut que de rares instances où les « panels » furent en mesure d'aboutir à une conclusion précise. Ainsi dans l'affaire opposant l'Australie à la France en 1958, le « panel » conclut que le

⁶²⁸ Voir J. H. Jackson, *World Trade and the law of GATT*, op.cit. p. 319.

⁶²⁹ Article XVI, alinéa 3.

mécanisme français de subvention de certaines céréales avait permis de conquérir une « part plus qu'équitable du marché » en Asie du Sud-est en évinçant les exportateurs traditionnels australiens⁶³⁰. Mais, dans la totalité des différends agricoles qui opposèrent les Etats-Unis à la CEE à propos de la politique agricole commune (PAC), il fut impossible d'apporter la preuve que les subventions communautaires via la technique des restitutions à l'exportation étaient illégales pour avoir franchi cette limite calculée en part « équitable » de marché.

Il est à noter que le « code sur les subventions », adopté en 1979 à l'occasion du Tokyo Round, n'apporta guère de lumière en la matière, faute de précision suffisante des « critères » posés, concernant le produit en cause, par rapport au détournement des courants d'exportation à la lumière de l'évolution des marchés mondiaux et de « tous facteurs spéciaux ». De fait, les contentieux agricoles (notamment entre les Etats-Unis et la CEE ou les Etats-Unis et le Japon), loin de s'atténuer, ne firent que s'exacerber et sans jamais pouvoir atteindre un règlement satisfaisant.

L'Accord général ne vise en rien le commerce des produits agricoles dans sa réglementation des intégrations économiques régionales. Il se contente de poser la règle générale selon laquelle les pays participants tant aux zones de libre-échange qu'aux unions douanières doivent procéder à l'élimination de toutes les restrictions douanières ou non-tarifaires portant sur « l'essentiel des échanges commerciaux »⁶³¹. Or, qu'en est-il si l'agriculture en tant que telle est exclue du champ d'application de ces intégrations, comme ce fut le cas par exemple pour l'Association Européenne de libre-échange (AELE) instituée par l'Accord de Stockholm de 1959 ? Le GATT a estimé, au cours des ans, que l'exclusion totale ou partielle des produits agricoles du processus de libéralisation des échanges était licite et ne faisait pas obstacle au jeu de cette exigence commerciale de type quantitatif mais non chiffré. Ce fut encore une autre manière pour marquer la spécificité agricole au sein du GATT.

Peu de temps après l'entrée en vigueur de l'Accord général, les Etats-Unis adoptèrent des lois qui allèrent bien au-delà de cette spécificité agricole et qui ne pouvaient pas être justifiées par le régime d'exception de l'article XI. Il en alla ainsi en particulier de l'article 22 (f) de « l'Agricultural Adjustment Act », interdisant et ne se contentant pas de restreindre l'essentiel des importations agricoles. Devant cette situation, ils demandèrent et obtinrent, en 1955, une dérogation au titre de l'article XXV (5) du GATT les dispensant du respect des dispositions de l'article XI (et aussi de l'article II sur le traitement national). Cette dérogation accordée sans limitation de durée était encore en vigueur lors de la disparition du GATT à la

⁶³⁰ Voir Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit., p. 490-491.

⁶³¹ Article XXIV, alinéa 8.

fin de 1994, en dépit des critiques renouvelées des partenaires des Etats-Unis à commencer par la CEE.

L'octroi de cette large dérogation fut lourd de conséquences. Tout d'abord, elle entraîna de facto la sortie de l'agriculture de la compétence du GATT. Ensuite, elle empêcha l'inclusion des produits agricoles dans les négociations commerciales multilatérales organisées sous les auspices du GATT, au grand dam des principaux pays exportateurs, développés comme en voie de développement. Enfin, elle entretint un climat acrimonieux dans les relations commerciales internationales où la « question agricole » ne cessa de faire l'objet de conflits et controverses, notamment entre les Etats-Unis et la CEE. Les premiers ne manquèrent jamais une occasion de critiquer la politique agricole commune de la seconde, tandis que la Communauté devait en faire de même à l'égard de la dérogation accordée aux premiers en 1955 et qui isolait leur marché agricole de la concurrence internationale. Le « Cycle de l'Uruguay » devait fort heureusement mettre fin à cette situation conflictuelle, du moins provisoirement.

La déclaration ministérielle de Punta Del Este de septembre 1986 lançant officiellement le « Cycle de l'Uruguay » mentionna expressément l'agriculture comme devant être l'un des objets des futures négociations commerciales. Ainsi, pour la première fois dans l'histoire des négociations commerciales multilatérales parrainées par le GATT, la question agricole devait-elle être abordée, l'idée générale étant de « libéraliser » les échanges mondiaux en la matière. Compte tenu des forts cloisonnements nationaux des marchés agricoles dus à des réglementations spécifiques de soutien des prix ou des revenus des agriculteurs, toute libéralisation supposait une approche structurelle. Ainsi, pour favoriser l'accès aux marchés, il convenait de réduire les obstacles aux importations, notamment dans le domaine non-tarifaire via des barrières sanitaires et phytosanitaires tandis que pour tendre vers un marché « équitable » (et non libre) des produits agricoles, il était nécessaire d'appréhender les mesures de soutien à ce secteur, autrement dit de porter le fer dans le domaine hautement sensible des subventions.

Après bien des difficultés et des crises qui faillirent même faire capoter les négociations du « Cycle de l'Uruguay », un accord sur l'agriculture put être conclu et ainsi se trouver annexé à l'OMC au titre des « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises ». D'une manière générale, la réintégration de l'agriculture dans le « Système OMC » se manifeste par l'application de principe du « GATT 1994 » et des autres accords multilatéraux visés à

l'Annexe I-A de l'Accord de Marrakech, sous réserve des dispositions spécifiques et dérogatoires de cet accord sur l'agriculture⁶³².

Le caractère de droit commun que constitue le « GATT 1994 », par rapport à la spécificité dérogatoire et limitée que représente cet accord, a été bien mis en exergue par l'organe d'appel dans son rapport du 9 septembre 1997 dans l'affaire « Communautés européennes – Régime applicable à la vente et à la distribution de bananes ».

Compte tenu du caractère hautement technique de cet accord sur l'agriculture, seuls ses principaux éléments caractéristiques seront ici brièvement examinés. Tout d'abord, en ce qui concerne le facteur temps, cet accord sur l'agriculture ne constitue qu'une première phase dans un processus de libéralisation qui doit reprendre au-delà de cette période initiale de mise en œuvre. Ensuite, de façon à rendre plus lisibles et transparents les obstacles aux échanges agricoles, ceux-ci devront être transformés en droits de douanes, tandis que des disciplines sous forme d'engagement des pays membres sont posées pour favoriser l'accès aux marchés. De plus, les pays membres seront amenés à limiter leurs aides internes ainsi que leurs subventions à l'exportation.

D'une manière générale, la mise en œuvre de cet accord devra s'étaler sur une période de six ans commençant en 1995⁶³³. Toutefois, il en va différemment en ce qui concerne l'engagement de modération (parfois qualifiée de « clause de paix ») visé à l'article 13 couvrant une période de neuf ans.

Toutefois, cet accord ne constitue qu'une phase certes fondamentale mais qui n'est que la première dans la poursuite du processus de réforme. Compte tenu de l'ampleur de la tâche, l'objectif de libéralisation ne pourra être atteint qu'à long terme ; ce qui nécessite un processus continu de négociations. Il est précisé que de nouvelles négociations s'ouvriront un an avant la fin de chaque période de mise en œuvre, soit en l'an 1999 et 2003 respectivement⁶³⁴.

Jusqu'alors, les principales barrières aux importations de produits agricoles prenaient la forme d'obstacles non tarifaires. Il s'agit là de mesures gouvernementales de nature administrative qui ont pour caractéristique commune de ne pas reposer sur des mécanismes de prix. Là comme ailleurs, ce sont les obstacles les plus pernicioeux au commerce mondial car il est impossible de les surmonter par les voies normales du marché. D'où l'idée révolutionnaire de

⁶³² Article 21 de l'Accord sur l'agriculture.

⁶³³ Article 1) (f).

⁶³⁴ Article 20.

les transformer en droits de douanes, selon des bases de calcul complexe posées par l'accord lui-même⁶³⁵.

Les avantages en sont clairs. Ces droits de douane en effet sont transparents, aisément identifiables et plus faciles à réduire au cours de négociations commerciales multilatérales⁶³⁶.

Ce faisant, c'est dire que l'échange portant sur les produits agricoles rentre dans le droit commun du commerce des marchandises ; celui-ci, on le rappelle, est en effet fondé sur le principe de la protection douanière exclusive. Les restrictions aux importations de produits agricoles en étant quantifiées deviennent ainsi transparentes. C'est déjà là un facteur notable d'amélioration de l'accès aux marchés. Le Chili fut ainsi censuré pour avoir maintenu sous la forme d'un prélèvement variable assorti d'un prix minimal à l'importation, une mesure de restriction aux importations qui aurait dû être convertie en droits de douanes proprement dits⁶³⁷.

Une fois établis les produits agricoles concernés (ils sont visés à l'Annexe 1), les droits de douanes devront être consolidés et être réduits de 36% sur une période de six ans, les pays en développement bénéficiant d'un délai de dix ans et n'étant tenus qu'à une réduction moindre (24%)⁶³⁸.

Une clause de sauvegarde spécifique, au-delà de certains seuils de déclenchement, dans le détail de laquelle il ne sera pas entré en raison de sa nature hautement technique et complexe, a été ménagée⁶³⁹. On se contentera ici d'en mentionner trois caractéristiques essentielles. Tout d'abord le jeu de cette clause est exclusif du recours aux mesures de sauvegarde de droit commun du GATT 1994⁶⁴⁰. En outre, cette clause continuera à s'appliquer durant tout le processus continu et à long terme de réforme du commerce des produits, agricoles⁶⁴¹. Enfin et surtout sa mise en œuvre est toujours soumise à des possibilités d'accès minimales aux marchés de façon à garantir leur ouverture progressive⁶⁴².

⁶³⁵ Voir article 4 (2) et annexe 5 (6) et (10) et l'Appendice de l'Annexe 5.

⁶³⁶ Voir sur ce point le Rapport de l'Organe d'appel du 23 septembre 2002 – Chili – Mesures de sauvegarde appliquées à l'agriculture.

⁶³⁷ Voir Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles (article 21.5 – Argentine, Rapport de l'Organe d'appel du 7 mai 2007, WT/DS/2007/AB/RW).

⁶³⁸ Voir article 4 (2) et l'Annexe 5.

⁶³⁹ Article 5.

⁶⁴⁰ Article 5.8.

⁶⁴¹ Articles 5 (9) et 20.

⁶⁴² Annexe 5 (1).

Ainsi, et le paradoxe est certain compte tenu de l'histoire récente du commerce des produits agricoles, grâce à cette clause d'accès minimum aux marchés, il existe maintenant un niveau de sécurité juridique plus élevé pour les produits agricoles que pour les produits industriels.

Les mesures de soutien interne constituent l'une des caractéristiques majeures des politiques agricoles nationales (ou communautaires). Les pays membres de l'OMC ont pris des engagements en la matière qui brillent par leur complexité et dont seul, ici, l'essentiel sera mentionné.

Les Etats se sont en effet engagés à convertir leurs mesures de soutien interne en faveur des producteurs agricoles en une « mesure globale du soutien total » (ou MGS), selon des modes de calcul d'une grande technicité⁶⁴³. Cette mesure globale de soutien (MGS) devra être progressivement réduite de 20% durant la période de mise en œuvre de six ans. En outre, et pour ajouter à la complexité du mécanisme, certaines aides publiques ne rentrent pas dans le calcul de cette MGS totale et ne sont donc pas soumises au moindre engagement de réduction⁶⁴⁴. Dans l'ensemble, il s'agit des aides sur fonds publics et qui n'ont pas pour objet de soutenir les prix aux producteurs. Se trouvent ainsi exclus des « programmes de services publics », comme l'aide à la recherche ou les mécanismes de soutien aux revenus des agriculteurs.

A titre d'exemple de la grande complexité de la matière et de la difficulté d'apprécier la conformité d'une mesure de soutien interne à cet aspect de l'Accord sur l'agriculture, on renverra à l'affaire Corée – mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée⁶⁴⁵.

Ces mesures de soutien interne, pour peu qu'elles soient « pleinement conformes » aux nouvelles dispositions de l'accord sur l'agriculture, font l'objet d'un engagement de modération de la part des pays membres de l'OMC⁶⁴⁶. C'est ce que l'on a parfois appelé « la clause de paix » agricole par rapport au lourd contentieux antérieur de l'époque du GATT. Elle a expiré à compter du 1^{er} janvier 2004.

S'il s'agit des mesures de soutien interne exemptées de rentrer dans le calcul de la MGS (ce qui a été parfois qualifié de « boîte verte » de l'OMC. En étant non soumises à une obligation de réduction, elles ne seront pas contestables au regard du « GATT 1994 » et, en particulier, elles ne pourront se voir appliquer des droits compensateurs, au titre de la réglementation des

⁶⁴³ Article 6 et surtout l'Annexe 3 qui en donne les paramètres.

⁶⁴⁴ Article 6 (4) et (5) et surtout Annexe 2.

⁶⁴⁵ Rapport de l'organe d'appel du 11 décembre 2000.

⁶⁴⁶ Article 13.

subventions⁶⁴⁷. S'il s'agit des mesures de soutien interne soumises au régime de la MGS (et autres que de minimis), elles ne pourront être contestées au titre des subventions et faire l'objet de droits compensateurs qu'en application de l'article VI du « GATT 1994 », c'est-à-dire particulièrement s'il y a eu dommage ou menace de dommage. C'est dire que la contestation demeure possible mais d'une manière limitée et gouvernée par la « modération »⁶⁴⁸.

Les subventions à l'exportation, plus détectables mais aussi nuisibles en ce qu'elles portent directement atteinte à la loyauté des échanges, font l'objet d'un traitement spécial plus strict⁶⁴⁹. Elles sont cernées d'abord avec plus de précision à partir des techniques utilisées par les pouvoirs publics et les pays membres ont pris ensuite l'engagement de les consolider puis de les réduire de 36% sur la période de mise en œuvre de droit commun de six ans. Dans ce domaine encore, les pays en développement (sauf les moins avancés d'entre eux) disposent d'un délai plus long de dix ans et sont tenus à une réduction moindre (24%)⁶⁵⁰.

En revanche, elles font l'objet d'une moindre « modération » que les précédentes⁶⁵¹. Si elles peuvent être passibles de droits compensateurs dans les mêmes conditions, en revanche elles ne sont pas exemptées du mécanisme de la « protection des concessions et des avantages » du « GATT 1994 »⁶⁵².

Cela signifie qu'à terme du moins, les produits agricoles se verront appliquer le régime de droit commun des produits industriels en matière de subventions à l'exportation qui se verra ainsi réunifié.

Malgré une libéralisation certaine au cours des ans, le secteur agricole demeure fortement marqué par le protectionnisme. Ainsi, d'après une étude de l'OCDE en 2004, le soutien à l'agriculture dans les pays riches s'élevait à 305 milliards de dollars dont 122 milliards pour l'Union Européenne et 88 pour les Etats-Unis. De même, la protection douanière est encore sensible ; les droits ad valorem s'élevant à 4% aux Etats-Unis, 15% dans l'Union européenne et 31% au Japon. Le phénomène des « pics tarifaires » y est également très présent ; les Etats-Unis taxant par exemple les importations de sucre à 15 %, tandis que l'Union Européenne en faisait autant à raison de 63% pour la viande et le Japon 290% pour le riz. Or, à côté de ces barrières non tarifaires visibles, existent également de nombreux obstacles non tarifaires qui tout en étant « invisibles » demeurent de sérieux obstacles aux échanges. C'est dire que la

⁶⁴⁷ Article 13 (a).

⁶⁴⁸ Article 13 (b).

⁶⁴⁹ Partie V et article 9 en particulier.

⁶⁵⁰ Article 9 (2) b) iv) et 15.

⁶⁵¹ Article 13 (c).

⁶⁵² Article XXII .

libéralisation des échanges agricoles reste un objectif majeur de la communauté internationale et c'est à juste titre qu'elle est l'un des objectifs centraux de la négociation commerciale multilatérale du « Cycle de Doha ».

En d'autres termes, l'objectif du groupe de négociations de l'Uruguay Round consacré aux problèmes agricoles était ambitieux. Pour la première fois dans l'histoire des négociations multilatérales, la Déclaration ministérielle de Punta del Este ne contenait aucune référence au statut spécial de l'agriculture au sein du GATT. Il s'agissait par conséquent de rendre à l'agriculture un statut normal. Les mesures de soutien et de protection de l'agriculture devaient être substantiellement réduites et, dans la mesure du possible, éliminées. Le GATT devait exercer des contrôles plus stricts sur les mesures de restrictions encore appliquées. Enfin, les possibilités et modalités d'accès, pour les produits agricoles présentant un intérêt particulier pour les pays en développement, devaient être améliorées de manière sensible, en particulier en ce qui concernait les produits agricoles tropicaux⁶⁵³.

La décision d'incorporer enfin la question agricole dans les négociations de l'Uruguay Round provenait essentiellement de la volonté de certains Etats développés de réformer des politiques qui à la longue s'étaient avérées extrêmement coûteuses et largement inefficaces.

A partir de la fin des années 60, des voix s'étaient élevées, notamment en Europe afin de proposer des réformes des politiques agricoles. Dès 1968, le rapport Mansholt, présenté par le commissaire européen en charge de l'agriculture, avait souligné les dangers de la politique agricole commune⁶⁵⁴.

Les causes de ces propositions de réforme étaient diverses. Dès 1958, le rapport Haberler avait insisté sur le problème de la place des pays en développement sur la scène internationale, et la nécessité pour eux de bénéficier d'un meilleur accès aux marchés des pays industrialisés. Dans les propositions de réforme européennes, le principal argument était toutefois le coût exorbitant de la politique agricole pour les budgets des pays développés.

Le remplacement des systèmes de prix garantis par des subsides directs aux agriculteurs fut proposé⁶⁵⁵. Cela avait pour avantage une réduction du prix des produits agricoles et la possibilité de réduire les barrières aux échanges. Les agriculteurs n'étant plus encouragés à accroître leur productivité, une place pouvait dès lors être faite aux productions agricoles importées des pays tiers. Encore fallait-il qu'une certaine portion des importations ainsi

⁶⁵³ Philippe Vincent, l'OMC et les pays en développement, op.cit. pp 251-267.

⁶⁵⁴ Pour un texte complet, voy. Le plan Mansholt – le rapport Vedel, Groupe Lafayette, 1969. Pour un commentaire, voy. F. DEHOUSSE et P. VINCENT, « La politique agricole commune ou l'éternelle réforme », *Studia Diplomatica* 1998/5, pp. 49-50.

⁶⁵⁵ Voy. J.BREEN, « Agriculture », in T. STEWART (éd.), *The GATT Uruguay Round. A Negotiating History* (1986-1992), Deventer, Kluwer, 1993, t. 1, pp. 160-162.

réalisées soit réservée, d'une façon ou d'une autre, aux produits originaires des pays en développement.

Cette logique économique était identique à celle qui était opposée aux pays en développement pratiquant des restrictions aux importations. La libéralisation des échanges est présentée comme devant aboutir à une élévation générale du bien-être. Si certains secteurs doivent être protégés, ils doivent l'être par le biais de versements directs de subsides aux producteurs.

Les pourparlers au sein du groupe de négociations consacré à l'agriculture furent originaux à plus d'un titre. On assista notamment à l'émergence, à côté des Etats-Unis et de la Communauté européenne, d'une force autonome de négociations, le groupe de Cairns. Cette coalition de quatorze pays gros producteurs de produits agricoles comprenait à la fois des pays développés et des pays en développement⁶⁵⁶, lesquels défendaient des intérêts communs en matière agricole. Ils souhaitaient une libéralisation des politiques agricoles des pays industrialisés les plus protectionnistes, afin de pouvoir augmenter leurs exportations à destination de ces marchés. Vu sa spécificité, le groupe de Cairns ne connut pas de prolongement dans les autres groupes de négociations.

Des dissensions existaient entre les pays industrialisés quant à la libéralisation des échanges de produits agricoles. La Communauté européenne notamment la France, les pays de l'AELE, le Japon et la Corée du Sud s'opposaient à une libéralisation complète des échanges⁶⁵⁷. Les Etats-Unis et le groupe de Cairns, par contre, réclamaient la suppression des subventions à l'exportation et la libéralisation complète des échanges de produits agricoles dans un délai de dix ans⁶⁵⁸. Cette libéralisation devait se réaliser par la transformation en tarifs douaniers de tous les obstacles aux échanges.

Les pays en développement défendaient également des positions différentes en fonction de leur situation. Des études avaient indiqué qu'une libéralisation des échanges agricoles et l'arrêt des politiques de subsides à l'exportation auraient pour conséquence une augmentation des prix mondiaux des produits agricoles⁶⁵⁹. Seuls les pays en développement exportateurs nets auraient par conséquent retiré un bénéfice d'une libéralisation des échanges. Ces pays

⁶⁵⁶ Il regroupait l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, les Iles Fidji, la Hongrie, l'Indonésie, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la Thaïlande et l'Uruguay.

⁶⁵⁷ Voy. la position de la Communauté européenne (doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/145). Pour un commentaire, voy. R. ZEITZ et A. VALDES, *Agriculture in the GATT: An Analysis of Alternative Approaches to Reform*, Washington, International Food Policy Research Institute, 1988, pp. 77-78.

⁶⁵⁸ Voy. La proposition des Etats-Unis, doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/118.

⁶⁵⁹ Voy. R. TYERS et K. ANDERSON, « Liberalising OECD Agricultural Policies in the Uruguay Round: Effects on Trade and Welfare », *Journal of Agricultural Economics*, 1988, pp. 197-216 ; B. HOEKMAN, « Agriculture and the Uruguay Round », *JWTL*, 1989/2, pp. 83-96, et I. GOLDIN et O. KNUDSEN (éds), *Agricultural Trade Liberalization : Implications for Developing Countries*, OCDE, Paris, 1990.

avaient d'ailleurs rejoint le groupe de Cairns et leurs intérêts convergeaient avec ceux de pays développés comme les Etats-Unis et l'Australie.

Les pays importateurs nets de produits agricoles risquaient de souffrir d'une telle libéralisation⁶⁶⁰. Par conséquent, ils réclamaient le renforcement des programmes d'aide alimentaire des pays développés à leur égard⁶⁶¹.

Après de nombreux compromis et blocages⁶⁶², les négociations de l'Uruguay Round aboutirent à l'adoption d'un accord sur l'agriculture contenant un certain nombre d'éléments fondamentaux pour le commerce des produits agricoles. Certaines des dispositions les plus importantes ne se retrouvent cependant pas dans le texte de l'accord lui-même. Celui-ci ne contient, par exemple, aucun engagement chiffré de réduction des droits de douanes. Ces dispositions se trouvaient dans la partie B du projet d'accord final sur l'agriculture présenté par Arthur Dunkel (alors Secrétaire général du GATT) en 1991⁶⁶³. Elles n'ont acquis aucun statut juridique à l'issue des négociations de l'Uruguay Round. Elles ont toutefois été appliquées par les pays membres de l'OMC dans leurs réductions des tarifs douaniers qui furent incorporées dans leurs nouvelles listes de concessions annexées à l'accord⁶⁶⁴.

Une grande partie des nouvelles disciplines applicables aux échanges de produits agricoles ne se retrouvent donc pas dans l'accord lui-même. Elles sont reprises dans les listes de concessions de chaque Etat membre. Ces listes sont annexées à l'Acte final des négociations de l'Uruguay Round⁶⁶⁵. La différence juridique est importante. Un Etat membre peut toujours renégocier un tarif agricole consolidé en vertu de l'article XXVIII alinéa 4 du GATT. Cependant, une obligation chiffrée contenue dans le texte de l'accord lui-même aurait dû être respectée par chaque Etat. La seule possibilité de non-application aurait été d'obtenir une dérogation du Conseil général de l'OMC.

Les résultats des négociations vont dans le sens d'une libéralisation des échanges de produits agricoles. Toutes les barrières non tarifaires existantes ont dû être converties en droits de

⁶⁶⁰ Voy. B. HOEKMAN, « Agriculture and the Uruguay Round », JWTL, 1989/2, pp. 83-96, et R. AWUKU, « How Do the Results of the Uruguay Round Affect the North- South Trade? » JWTL, 1994/2, pp. 75-93.

⁶⁶¹ Voy. la déclaration de la Jamaïque à la huitième réunion du Groupe de négociations sur l'agriculture (doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/65).

⁶⁶² Pour l'historique des négociations agricoles pendant l'Uruguay Round, voy. J. BREEN, « Agriculture », in T. STEWART (éd.), *The GATT Uruguay Round. A Negotiating History (1986-1992)*, Deventer, Kluwer, 1993, t. 1, pp. 172-226 ; J. CLOOS et T.-L. MARGUE, « Les négociations agricoles de l'Uruguay Round », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1994, pp. 159-165 ; T. JOSLING, S. TANGERMANN et T. WARLEY, *Agriculture in the GATT*, Londres, Macmillan, 1996, pp. 133-174.

⁶⁶³ Projet d'Accord final, pp. L19 à L34. Pour la version finale révisée de ces dispositions, voy. doc GATT MTN.GNG/MA/W/24.

⁶⁶⁴ Voy. T. JOSLING, S. TANGERMANN et T. WARLEY, *Agriculture in the GATT*, Londres, Macmillan, 1996, p. 182 et note 3.

⁶⁶⁵ Articles 3 et 4 de l'accord sur l'agriculture .

douane⁶⁶⁶. Une liste exemplative des barrières non tarifaires est reprise dans la note 1 à l'article 4 de l'accord. Cette liste retient les restrictions quantitatives à l'importation, les prélèvements variables à l'importation, les prix minimaux à l'importation, les régimes d'importation discrétionnaires, les mesures non tarifaires appliquées par l'intermédiaire d'entreprises commerciales d'Etat, les autolimitations des exportations et les mesures à la frontière similaires autres que les droits de douane proprement dits, que ces mesures soient ou non appliquées au titre de dérogations aux dispositions du GATT de 1947 dont bénéficient certains pays. Cette dernière proposition visait expressément le *waiver* accordé aux Etats-Unis en 1955. Par conséquent, celui-ci ne put plus être invoqué à partir du 1^{er} janvier 1995, date d'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC.

L'article XI, alinéa 2 c) du GATT n'a pas été modifié par les négociateurs de l'Uruguay Round. Par conséquent, on se retrouve dans la situation paradoxale où les restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles sont autorisées par le GATT et interdites par l'accord sur l'agriculture. Cette contradiction est résolue par la note interprétative générale relative à l'annexe 1A à l'Accord instituant l'OMC. Cette note stipule explicitement qu' « en cas de conflit entre une disposition du GATT (...) et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A (...), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit ». Cette disposition générale a permis d'éviter aux négociateurs de devoir réécrire le GATT en fonction des nouveaux textes adoptés.

Pour opérer la transformation des barrières non tarifaires en droits de douane, les pays membres de l'OMC durent calculer les « équivalents tarifaires » de tous les mécanismes de protection qu'ils utilisaient jusqu'alors⁶⁶⁷. La période de référence choisie pour opérer la tarification fut celle des années 1986-88 correspondant aux années où les produits agricoles avaient atteint leur coût minimum. Cela permit aux pays développés de calculer une différence importante entre le cours mondial des produits agricoles et les prix pratiqués sur leurs marchés. Ces différences, une fois tarifées, aboutirent à des chiffres colossaux. Ce mécanisme entraîna une hausse nominale vertigineuse des droits de douane appliqués aux importations de produits agricoles. Pour l'Union européenne, les droits consolidés s'établissent parfois entre 150 et 300%. Ils s'élèvent, par exemple, à 274% pour le sucre

⁶⁶⁶ Article 4 alinéa 2 de l'accord.

⁶⁶⁷ Voy. P. MESSERLIN, *La nouvelle Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, Dunod, 1995, p. 76.

raffiné, à 254% pour le beurre et à 174% pour la viande de bœuf⁶⁶⁸. Cette nouvelle situation présente toutefois l'avantage de la prévisibilité et de la consolidation.

Une fois établis, les droits de douane firent en effet l'objet d'une consolidation⁶⁶⁹. Pour de nombreux produits agricoles, la consolidation de leurs droits de douane était une grande première dans l'histoire du GATT.

Une exception à la suppression immédiate des barrières non tarifaires aux importations de produits agricoles était prévue dans l'accord. Elle autorisait les Etats membres de l'OMC, sous certaines conditions, à retarder au 31 décembre 2000 la tarification de leurs barrières aux importations de certains produits agricoles⁶⁷⁰. Ce délai pouvait être prolongé, si le pays concerné faisait d'autres concessions à ses partenaires commerciaux. Cette clause a été qualifiée de « clause du riz ». Elle avait en effet été insérée à la demande du Japon et de la Corée du Sud, soucieux de protéger leur riziculture nationale⁶⁷¹. En échange de cette exception, le Japon a dû s'engager à ouvrir un quota d'importation supérieur à celui qu'il aurait normalement dû consentir en vertu de l'accord.

Pour les pays en développement invoquant l'annexe 5 de l'accord, l'obligation de tarification était retardée de dix ans, soit jusqu'au 31 décembre 2004. Ce délai pouvait également être prolongé, en cas de concessions suffisantes aux partenaires commerciaux. La Corée du Sud et les Philippines invoquèrent cette clause pour leurs importations de riz, Israël pour ses importations de viande de mouton et de chèvre ainsi que pour certains produits laitiers. En échange, ces pays durent également s'engager à assurer un quota d'accès minimum à leur marché⁶⁷².

Après avoir été consolidés, les droits de douane durent être réduits d'au moins 36% au cours de la période 1995-2001, en étapes annuelles d'égale ampleur. Cette réduction de 36% était conçue comme une réduction moyenne, sans pondération suivant l'importance respective des secteurs. Les Etats purent décider de diminuer certains secteurs plus fortement que d'autres.

⁶⁶⁸ Voy. OCDE, *Le cycle d'Uruguay : évaluation préliminaire des conséquences de l'accord sur l'agriculture*, Paris, OCDE, 1995. Ces chiffres combinent souvent un droit fixe par quantité importée et un droit ad valorem. Les estimations peuvent par conséquent varier d'une évaluation à l'autre, en fonction du prix de référence choisi pour chaque produit agricole. D. HATHAWAY et M. INGO, dans « *Agricultural Liberalization and the Uruguay Round* », in W. MARTIN et A. WINTERS (éds), *The Uruguay Round and Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, donnent des tarifs de respectivement 297%, 288,5% et 125,4% pour les trois produits cités. L'ordre de grandeur reste toutefois comparable.

⁶⁶⁹ Article 4 de l'accord.

⁶⁷⁰ Ces produits agricoles sont désignés par le symbole « TS-Annexe 5 » dans la section I-B de la partie I de la liste de chaque Etat membre ayant invoqué l'annexe 5 de l'accord.

⁶⁷¹ Voy. la proposition de la République de Corée, doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/80. Pour un commentaire, voy. T. JOSLING, S. TANGERMANN et T. WARLEY, *Agriculture in the GATT*, Londres, Macmillan, 1996, p. 180..

⁶⁷² Voy. les listes de concessions de ces Etats.

Chaque produit devait cependant connaître une baisse d'au moins 15%. Une réduction de 60% sur deux produits marginaux peu protégés compensait ainsi une réduction de 15% sur un produit sensible.

Ces dispositions ne se retrouvaient pas dans le texte de l'accord mais se trouvaient dans la partie B du préaccord de 1991. Elles ont été appliquées dans les concessions tarifaires qui furent incorporées dans les listes de concessions des différents partenaires annexées à l'accord.

La plupart des pays développés ont généralement appliqué les réductions les plus faibles (20% dans le cas de la Communauté européenne) aux secteurs les plus sensibles, à savoir le sucre, la viande bovine et les produits laitiers. Ces produits restent caractérisés par des droits de douane très élevés⁶⁷³. Les réductions les plus importantes ont été accordées sur les oléagineux et les produits tropicaux dont les tarifs initiaux étaient déjà les moins élevés. La protection tarifaire restait donc très élevée sur les produits sensibles, à l'issue des négociations de l'Uruguay Round. Par conséquent, la libéralisation attendue n'est souvent qu'un leurre.

Les Etats membres durent également faire des concessions en matière d'accès à leurs marchés⁶⁷⁴. Un « accès minimum » égal à 3% de la consommation nationale (5% le 31 décembre 2000) de chaque produit doit être assuré chaque année aux exportateurs étrangers. Un tarif réduit, généralement inférieur à 32% du taux normal, doit être appliqué à ce quota d'accès minimum⁶⁷⁵. Ces dispositions ne se retrouvaient pas non plus dans le texte de l'accord mais furent appliquées dans les listes de concessions des Etats membres de l'OMC.

L'accord prévoit qu'un traitement différencié et plus favorable devrait être accordé aux pays en développement⁶⁷⁶, notamment les pays les moins avancés⁶⁷⁷.

Ce traitement prend deux formes bien distinctes. En premier lieu, les pays en développement eurent la possibilité de mettre en œuvre les engagements de réduction des droits de douane sur une période pouvant aller jusqu'à dix ans (au lieu de cinq). La réduction moyenne de leurs droits de douane devait atteindre 24% (au lieu de 36% pour les pays développés) avec une réduction minimale de 10% (au lieu de 15%) dans chaque secteur. Pour les pays les moins avancés, ils doivent simplement procéder à la tarification de leurs barrières non tarifaires, et à

⁶⁷³ Voy. C. CAHILL, « L'agriculture de la zone OCDE après Uruguay », L'Observateur de l'OCDE, n° 196 (octobre-novembre 1995), pp. 33.

⁶⁷⁴ Article 4, alinéa 1.

⁶⁷⁵ Pour un commentaire, voy. J. SCHOTT et J. BUURMAN, *The Uruguay Round. An Assessment*, Washington, Institute for International Economics, 1994, p. 51.

⁶⁷⁶ Article 15.

⁶⁷⁷ Article 16.

la consolidation des droits ainsi établis. Ils ne sont pas obligés de contracter des engagements de réductions⁶⁷⁸.

En second lieu, les pays en développement doivent bénéficier de concessions en matière d'accès aux marchés plus favorables de la part des pays développés.

L'accord sur les produits agricoles contient une clause de sauvegarde spéciale. Un Etat membre pourra imposer des droits additionnels sur les importations de produits agricoles, lorsque le volume des importations de ce produit dépasse les possibilités d'accès au marché existantes ou lorsque le prix auquel ces produits sont importés tombe en dessous du prix de référence moyen pour la période 1986-1988⁶⁷⁹. Ce droit varie en fonction de la différence entre le prix d'importation et le prix de référence. Il peut donc être assimilé à un prélèvement variable⁶⁸⁰.

Aucun autre type de mesures n'est autorisé par l'accord. Les droits de douane sont définitivement préférés aux restrictions quantitatives. Ce changement marque plus que tous les autres, semble-t-il, le retour à la philosophie de base du GATT de 1947. Celui-ci préférerait déjà les droits de douane aux quotas.

Seuls les produits pour lesquels les droits de douane ont été consolidés pourront faire l'objet de mesures de sauvegarde. Chaque pays a dû désigner spécifiquement dans sa liste les produits pour lesquels il se réservait le droit d'invoquer de telles mesures⁶⁸¹. Cette désignation s'est faite par l'apposition du symbole « SGS »⁶⁸² à côté du produit visé dans la liste. Le droit additionnel imposé à titre de mesure de sauvegarde ne pourra pas dépasser le tiers du niveau du droit de douane normalement applicable. Il ne pourra être maintenu que jusqu'à la fin de l'année pendant laquelle il a été imposé⁶⁸³. Le fonctionnement de cette clause de sauvegarde devra assurer la transparence. Tout Etat désireux d'établir un droit additionnel devra en informer le Comité de l'agriculture aussi vite que possible⁶⁸⁴.

Aucune mesure en faveur des pays en développement n'est prévue dans la clause de sauvegarde spéciale. Par conséquent, les droits additionnels appliqués par les pays développés

⁶⁷⁸ Article 15, alinéa 2 ;

⁶⁷⁹ Article 5 alinéa 1. Les modalités compliquées de fixation du droit complémentaire sont exposées à l'article 5 alinéa 5 de l'accord sur l'agriculture.

⁶⁸⁰ Voy. D. HATHAWAY et M. INGCO, « Agricultural Liberalization and the Uruguay Round », in W. MARTIN et A. WINTERS (éds), *The Uruguay Round and Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 47.

⁶⁸¹ Article 5 alinéa 1.

⁶⁸² « Sauvegarde spéciale ».

⁶⁸³ Article 5 alinéa 4.

⁶⁸⁴ Article 5 alinéa 7.

à son titre s'appliqueront aussi bien aux exportations des pays en développement qu'à celles des pays développés.

Dans un contexte de philosophie économique ultralibérale, la mention d'une telle clause de sauvegarde a de quoi surprendre. Elle maintient une véritable mesure de différenciation dans un secteur d'importance cruciale pour les pays en développement d'autant qu'aucune mesure les exemptant de cette clause n'est prévue.

On reproche aux mesures de soutien interne de porter atteinte au commerce international, en maintenant en vie des exploitations qui ne seraient pas viables, si elles étaient confrontées aux règles normales du marché.

L'accord sur l'agriculture distingue trois types de mesures de soutien interne : la boîte orange, la boîte verte et la boîte bleue.

La boîte orange reprend les mesures qui faussent la concurrence. Les membres ont accepté des engagements de réduction. Pour évaluer la base de celle-ci, on a calculé la mesure globale de soutien (MGS) de chaque produit pour chaque membre. Celle-ci correspond à la différence entre le prix interne et le prix mondial multiplié par le volume de la production. Les membres industrialisés s'étaient engagés à réduire le montant de leur MGS de 20% entre 1995 et 2000. Pour les pays en développement, l'engagement de réduction était de 13% entre 1995 et 2004. Deux types de mesures entrant dans la boîte orange bénéficient d'une exception à l'obligation de réduction : les subventions de minimis qui ne dépassent pas 5% de la valeur d'un produit (10% pour les pays en développement)⁶⁸⁵ et les mesures destinées à encourager le développement agricole et rural des pays en développement, ainsi que celles visant à encourager le remplacement des cultures de plantes narcotiques illicites⁶⁸⁶.

La boîte verte reprend les mesures dont les effets sur les échanges sont nuls ou minimes. Il s'agit des subventions relatives à la recherche, à la santé publique, à la constitution de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire... Elles ne font pas l'objet d'obligations de réductions.

La boîte bleue reprend les aides directes aux agriculteurs liées à des programmes de réduction de la production. Elles ne sont pas soumises à des engagements de réduction dans la mesure où elles remplissent l'un des trois critères suivants : soit elles sont fondées sur une superficie et des rendements fixes, soit elles sont effectuées pour 85% ou moins du niveau de base de la production⁶⁸⁷, soit elles sont effectuées pour un nombre fixe de têtes de bétail. Ces conditions,

⁶⁸⁵ Article 6 alinéa 4.

⁶⁸⁶ Article 6 alinéa 2.

⁶⁸⁷ Avec dès lors une obligation de jachère.

comme par hasard, couvrent les paiements compensatoires directs mis en place par la Communauté en 1992 et les *deficiency payments* américains.

En effet, l'Accord de 1994 institue une sorte d' « échelle de Richter » des subventions en fonction de leurs effets nocifs et déloyaux sur les échanges commerciaux. Ainsi, certaines sont purement et simplement prohibées tandis que d'autres peuvent être contestées ; les dernières étant validées⁶⁸⁸.

Concernant les subventions prohibées, toute une série de subventions sont interdites en tant que telles. Telle est la catégorie dite de la « boîte rouge ». Sont prohibées et ne sauraient être ni accordées, ni maintenues, les subventions à l'exportation d'une manière générale⁶⁸⁹. Ont été en particulier singularisées, les subventions liées aux résultats à l'exportation ou subordonnées à l'utilisation de produits nationaux au détriment de produits importés⁶⁹⁰. Rentrant aussi, dans cette catégorie, les « exonérations fiscales » toujours plus difficiles à détecter. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire « Etats-Unis – Traitement fiscal des sociétés de vente à l'étranger », l'organe d'appel devait estimer que cette mesure était bien constitutive d'une subvention créant un « avantage » au moyen d'une « contribution financière » par le biais d'un abandon de recettes publiques « normalement exigibles ». En outre, elle constitue une subvention à l'exportation prohibée, en étant « subordonnée aux résultats à l'exportation »⁶⁹¹. De même, dans l'affaire « Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile », la non-perception d'un droit de douane fut analysée comme une subvention sur le fondement de ces mêmes critères, à savoir renonciation à une recette publique exigible et subordination aux résultats de l'exportation⁶⁹².

Si un pays membre de l'OMC maintient ou accorde ce type de subvention, l'ORD pourra être saisi, si des consultations n'ont pas pu aboutir dans un délai de 30 jours⁶⁹³. Si un groupe spécial est constitué, et il faudrait un consensus négatif pour qu'il n'en soit pas ainsi⁶⁹⁴, il aura 90 jours pour présenter son rapport final, l'ORD ayant 30 jours pour l'approuver, sauf en cas de consensus négatif⁶⁹⁵. En cas d'appel, la procédure ne saurait dépasser 60 jours, et ce « en aucun cas », tandis que l'ORD aura 20 jours pour adopter ce rapport, sauf existence d'un

⁶⁸⁸ Voir Dominique Carreau, Patrick Juillard, Droit international économique, 4ème édition, Dalloz pp 237-238.

⁶⁸⁹ Article 3 et voir la « liste exemplative » figurant à l'annexe I.

⁶⁹⁰ Pour un exemple, voir le Rapport de l'ORD du 2 Août 1999 dans l'affaire « Canada – Mesures visant l'exportation des avions civils ».

⁶⁹¹ Rapport du 14 janvier 2002.

⁶⁹² Rapport du 31 mai 2000.

⁶⁹³ Article 4 alinéas 1 à 4.

⁶⁹⁴ Article 4 alinéa 4.

⁶⁹⁵ Article 4 alinéa 8.

consensus négatif, toujours bien improbable⁶⁹⁶. On notera le caractère particulièrement serré du calendrier, la procédure ne pouvant dépasser 230 jours. Si la diligence est louable en elle-même, il est cependant loisible de penser que les délais sont ici excessivement réduits, compte tenu de la complexité des analyses économiques et financières à mener. N'a-t-on pas confondu vitesse et précipitation ? Si la recommandation de l'ORD n'est pas suivie d'effet, le pays plaignant sera autorisé à prendre des « contre-mesures appropriées »⁶⁹⁷.

Pour ce qui est des subventions contestables, il s'agit de toutes les « subventions pouvant donner lieu à une action »⁶⁹⁸, c'est-à-dire de celles qui, en raison de leurs « effets défavorables », sont de nature à être contestées par les Etats membres affectés. Telle est la catégorie dite de la « boîte orange ».

Les effets défavorables justifiant l'usage des voies de recours consistent en un « dommage causé à une branche de production nationale », en une remise en cause d'avantages commerciaux consolidés au titre du GATT 1994 ou encore en un « préjudice grave » aux intérêts d'autres membres qui trouverait son origine dans une subvention « neutre » (c'est-à-dire non-spécifique en elle-même) ; les expressions « subvention », « préjudice grave » et « branche de production nationale » ayant le sens que l'Accord leur donne.

Des voies de recours analogues sont prévues au titre de l'ORD⁶⁹⁹. Le délai maximum global a été allongé à 320 jours, tout en restant relativement bref. Si dans les dix mois de l'adoption du rapport final par l'ORD la subvention n'a pas été retirée ou si ses effets défavorables n'ont pas été éliminés, le pays plaignant sera autorisé à prendre « des contre-mesures proportionnelles »⁷⁰⁰.

S'agissant des subventions validées, ce sont des « subventions ne donnant pas lieu à une action »⁷⁰¹, c'est-à-dire de toutes celles qui ne sont pas « spécifiques » ou qui, bien que l'étant, sont spécifiquement exonérées⁷⁰². Il en allait à titre provisoire en matière de financement public de la recherche et du développement, de l'aide aux régions défavorisées ou à la protection de l'environnement. Il s'agissait là de la catégorie dite de la « boîte verte ». Ce régime dérogatoire n'avait qu'une durée de vie provisoire, initialement limitée à cinq ans sous réserve de prorogation. Faute de cette dernière, ce régime est maintenant devenu caduc.

⁶⁹⁶ Article 4 alinéa 2.

⁶⁹⁷ Article 4 alinéa 10.

⁶⁹⁸ Article 5 et en général Partie III.

⁶⁹⁹ Article 7.

⁷⁰⁰ Article 7 alinéa 9 et italiques ajoutés.

⁷⁰¹ Partie IV.

⁷⁰² Article 8.

Désormais, la règle générale est simple en matière de subventions : toutes celles qui causent des « effets défavorables pour les intérêts » des membres de l'OMC sont susceptibles d'être contestées.

Le seul système dérogatoire qui demeure, et encore est-il également transitoire, est celui du « traitement spécial et différencié » en faveur des pays en développement⁷⁰³.

Négociée par les Etats-Unis et la Communauté européenne, la clause de paix (ou de modération) impliquait que les mesures de soutien ne pouvaient être contestées tant que les règles énoncées en matière d'accès au marché, de soutien interne et de subventions à l'exportation seraient respectées⁷⁰⁴. Prévue pour une durée de neuf ans, elle a expiré le 1^{er} janvier 2004 sans être renouvelée.

L'accord sur l'agriculture contient un certain nombre de dispositions sur les subventions à l'exportation de produits agricoles définies à l'article 9, alinéa 1 de l'accord.

Les autres subventions à l'exportation sont autorisées dans la mesure où elles ne sont pas appliquées d'une manière qui entraîne ou menace d'entraîner un contournement des engagements en matière de subventions à l'exportation⁷⁰⁵.

Les subventions à l'exportation des Etats développés durent être réduites, entre le 1^{er} janvier 1995 et le 31 décembre 2000, de 36% en termes de dépenses budgétaires et de 21% en termes de quantités exportées par rapport à leur niveau de la période 1986-1990. Pour les pays en développement, ces pourcentages étaient de 24% et 14% respectivement⁷⁰⁶. A l'époque, il n'était pas encore question de les supprimer à terme. Des réductions supplémentaires devaient être négociées à partir de 2000⁷⁰⁷.

Les engagements de chaque Etat en matière de subventions sont repris dans leur liste annexée à l'Accord. Ils ne peuvent les excéder. Deux affaires initiées par le Brésil ont été traitées par l'ORD relativement à la question des subventions à l'exportation.

Dans l'affaire Etats-Unis – subventions concernant le coton upland⁷⁰⁸, les Etats-Unis furent condamnés pour avoir offert à leurs producteurs de coton des subventions à l'exportation excédant leurs engagements, au motif que les versements au titre du programme Step 2, en faveur des exportateurs de coton upland des Etats-Unis, étaient des subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

⁷⁰³ Voir la Partie VIII de l'Accord.

⁷⁰⁴ Article 13.

⁷⁰⁵ Article 10 alinéa 1^{er}

⁷⁰⁶ Article 9 alinéa 2 b) iv).

⁷⁰⁷ Article 20 .

⁷⁰⁸ Affaire WT/DS267.

L'autre affaire était beaucoup plus complexe. La Communauté européenne fut condamnée le 15 octobre 2004, pour n'avoir pas respecté ses engagements pour les exportations de sucre⁷⁰⁹. Cette affaire peut être résumée ainsi : la Communauté européenne distinguait trois quotas de production de sucre : le quota A, destiné à satisfaire la demande communautaire ; le quota B, devant être exporté, pouvait bénéficier de restitutions à l'importation ; le reste, hors quota (sucre C), devait être exporté sans bénéficier de restitutions.

La Communauté s'était par ailleurs engagée à importer à prix garanti un contingent annuel de 1,6 millions de tonnes de sucre des pays ACP et de l'Inde. Les quantités devant être exportées augmentaient en conséquence. En 1994, la Communauté s'était engagée à limiter ses subventions à l'exportation de sucre à 1,2735 millions de tonnes. Une note de bas de page excluait les 1,6 millions de tonnes importées à prix garanti des engagements de réduction des subventions. Tant le rapport de panel que l'Organe d'appel condamnèrent la Communauté, au motif que les mesures appliquées aux quotas A et B impliquaient une subvention à l'exportation du sucre C dépassant ainsi l'engagement communautaire. Ils refusèrent par ailleurs de prendre en compte la note de bas de page.

Pour se mettre en conformité avec les constatations de l'ORD et de l'Organe d'appel, la Communauté réduisit drastiquement le prix garanti pour le sucre importé en provenance de ses partenaires⁷¹⁰, avec des conséquences parfois dramatiques pour l'économie de ces Etats dont la balance commerciale dépend parfois, pour plus de 20%, des exportations de sucre.

La consolidation et la réduction des droits de douane applicables aux importations de produits agricoles constituent des engagements positifs en faveur des pays en développement gros exportateurs. Ils ne doivent cependant pas faire illusion. Les secteurs les plus protégés, avant les négociations de l'Uruguay Round, ont enregistré les réductions les plus faibles des droits de douane applicables. Ceux-ci restent prohibitifs. Ils continueront longtemps à protéger les agricultures des pays développés des productions externes. La réintégration de l'agriculture dans les disciplines du GATT est cependant un élément positif. Au fur et à mesure des réductions tarifaires futures, les pays en développement devraient bénéficier de plus en plus de la libéralisation des échanges.

Les ouvertures de marché des pays développés, via notamment la clause d'accès minimum, devraient également bénéficier aux pays en développement. Le marché japonais du riz, par exemple, va un peu s'ouvrir aux exportations de ses voisins, notamment la Thaïlande qui

⁷⁰⁹ Affaires CE – subventions à l'exportation de sucre WT/DS265 (plainte de l'Australie), WT/DS266 (plainte du Brésil) et WT/DS283 (plainte de la Thaïlande).

⁷¹⁰ De 496,8 euros la tonne à 448,4 euros pour le sucre brut et de 631,9 euros à 541,4 euros la tonne pour le sucre raffiné.

devrait également voir augmenter ses exportations de manioc à destination de la Communauté européenne. L'accord volontaire d'autolimitation, conclu en 1982⁷¹¹, a en effet été abrogé ipso facto par l'accord sur l'agriculture. Les conséquences pour les pays en développement importateurs nets de produits agricoles sont par contre moins réjouissantes.

Les dispositions relatives à la réduction des subventions à l'exportation de produits agricoles risquaient d'entraîner une hausse du prix des produits agricoles exportés par les pays développés. Elles sont par donc favorables aux pays en développement gros exportateurs de produits agricoles. Ceux-ci vont progressivement être en mesure de concurrencer les exportations des pays industrialisés sur les marchés des pays tiers. La réduction progressive des subventions ralentira cependant la hausse des prix. Les pays développés se sont réservés une période de transition assez longue pour éviter des pertes trop brusques de marchés.

Par contre, à la fin du processus de réduction, les pays en développement importateurs nets risquent de devoir payer plus cher les produits agricoles qu'ils importent. Pour tenter de remédier à ce problème, l'Acte final contient une décision sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays les moins avancés et les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires. Par celle-ci, les pays développés s'engagent à fournir une aide alimentaire suffisante aux pays en développement qui connaîtront des problèmes pendant la mise en œuvre du programme de réforme, et à prendre en considération leurs demandes d'assistance technique et financière⁷¹².

A l'heure actuelle, la situation est au point mort. Faute d'un accord entre les principaux pays concernés (l'Australie, le Brésil, les Etats-Unis, l'Inde, le Japon et l'Union européenne) sur la réduction des mesures de soutien interne aux agriculteurs, le Directeur général de l'OMC Pascal Lamy annonça, le 24 juillet 2006, que l'ensemble des négociations au sein de l'OMC étaient suspendues sine die. Certains observateurs pensèrent à ce moment que l'OMC ne se relèverait jamais de cet échec, en oubliant les difficultés rencontrées, par exemple, en 1990 lors des négociations de l'Uruguay Round.

Elles reprirent toutefois en février 2007. Le 8 février 2008, un projet d'accord sur les modalités de réduction des mesures de soutien interne a été annoncé⁷¹³. A l'heure actuelle, aucun accord définitif n'a cependant pu être conclu. Au contraire, les négociations qui se sont déroulées à Genève, du 21 au 29 juillet 2008, se sont soldées par un échec. Un nouveau projet d'accord, faisant partie du « paquet de juillet 2008 », fut cependant distribué le 11 août 2008.

⁷¹¹ JOCE 1982, L 219/52.

⁷¹² Pour un commentaire, voy. D. SHAW et H. SINGER, « A Future Food Aid Regime: Implications of the Final Act of the Uruguay Round », *Food Policy*, 1996, pp. 447-460.

⁷¹³ Voy. doc. TN/AG/W/4/Rev.1.

Il fut par la suite, complété en décembre 2008 par un projet révisé de modalités concernant l'agriculture.

A l'issue de la septième conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Genève du 30 novembre au 2 décembre 2009, les Etats membres ont convenu qu'ils chercheraient à aboutir à une solution mutuellement avantageuse pour tous en 2010⁷¹⁴. De nouvelles négociations ont eu lieu du 3 au 12 mars 2010⁷¹⁵.

L'agriculture constitue sans conteste le sujet le plus contentieux au sein de l'OMC. Tous les membres sont concernés. Les agriculteurs européens et américains craignent la suppression à terme des mesures de soutien interne. Celle-ci entraînerait la disparition d'un grand nombre d'entre eux, incapables de concurrencer les producteurs de l'hémisphère Sud. Ils ne souhaitent donc pas une évolution de la situation qu'ils seront cependant plus que probablement amenés à accepter.

Les grands pays producteurs et les Etats-Unis revendiquent l'abrogation des subventions communautaires à l'exportation. Ils souhaitent également (mais sans le soutien des Etats-Unis cette fois) la suppression des mesures de soutien interne, même des boîtes verte et bleue.

Les petits pays du Sud sont partagés. Les mesures de soutien interne (par ex. les aides aux producteurs américains de coton) lèsent leurs producteurs, en les empêchant d'acquérir les parts du marché mondial auxquels ils pourraient légitimement prétendre. Par contre, les subventions à l'exportation leur permettent d'acquérir des produits agricoles à bas prix, ce qui devrait se révéler profitable pour leur population. En réalité, ces ventes à bas prix se retournent souvent contre leurs propres agriculteurs qui ne peuvent pas les concurrencer et doivent parfois abandonner leurs activités⁷¹⁶.

Une chose est certaine, en l'absence de l'OMC, la situation serait bien pire. Les politiques agricoles des pays industrialisés ne connaîtraient pas de limitations et les barrières aux échanges seraient extrêmement élevées. Les agriculteurs du Sud seraient incapables d'exporter leurs productions (même à destination d'autres pays en développement) pendant que ceux du Nord pourraient continuer à produire à des prix non concurrentiels à l'abri de barrières infranchissables. La production de marchandises non compétitives à l'abri de protections et l'absence d'ouverture de leurs marchés sont précisément les critiques que les pays développés ne cessent d'adresser aux pays du Sud. C'est donc un double langage qui a

⁷¹⁴ Voy. le résumé du président de la Conférence, doc. WT/MIN(09)/18.

⁷¹⁵ Voy. http://www.wto.org/french/news_f/news10_f/agng_03mar10_f.htm.

⁷¹⁶ Voy. par ex. l'enquête réalisée par SOS Faim à propos de la disparition de la filière avicole au Cameroun à la suite d'importations à prix subventionnés de poulets communautaires congelés dans ce pays, in Dynamiques paysannes, mai 2004 (disponible sur <http://www.sosfaim.be/pdf/fr/dp/DP4.pdf>).

été pratiqué pendant des années par les pays du Nord dans le domaine agricole, au nom de la nécessité d'assurer l'approvisionnement national.

Les pays développés, notamment l'Union européenne, sont cependant demandeurs d'une ouverture des marchés des biens et des services des pays du Sud. L'Union est par ailleurs demandeuse d'une intégration des matières de Singapour dans le corpus des règles de l'OMC. La marge de manœuvre dont elle dispose est donc très étroite. Les seules concessions qu'elle peut encore faire sont précisément dans le domaine agricole. Or, on connaît l'importance des lobbies agricoles européens peu enclins à accepter de fortes réductions des mesures de soutien. Maintenant que les plus gros pays du Sud parlent d'une seule voix, il y a fort à parier qu'il sera difficile de leur retirer des concessions sans payer le prix fort.

PARAGRAPHE II : Réintégration des textiles dans l'OMC par l'ATV

Le commerce des produits textiles et des vêtements, bien que moins important que celui concernant les produits agricoles, n'est pas négligeable. En effet, à eux deux (et ils sont sensiblement équivalents), ils ont représenté 6% du commerce mondial en 1995, soit un peu plus de 300 milliards de dollars.

Les textiles, contrairement à l'agriculture, ne devaient faire l'objet d'aucun traitement spécial au titre de l'Accord général de 1947 ; ils étaient soumis au droit commun applicable au commerce international des marchandises.

Toutefois, dès le début des années 60, ils allaient sortir du cadre de l'Accord général et être soumis à un régime juridique dérogatoire, illustrant par là même le phénomène du « GATT à la carte », si souvent rencontré et qui devint l'une des caractéristiques de l'institution de Genève⁷¹⁷.

La Conférence ministérielle de Punta Del Este de septembre 1986 devait assigner aux futures négociations multilatérales la tâche de réintégrer les textiles dans le cadre du GATT avec des disciplines renforcées et dans une perspective de libéralisation des échanges. Cela fut réalisé par l'« Accord sur les textiles et les vêtements » (ATV) qui fait partie des « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » annexés à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Ainsi, après être sortis du GATT, les textiles allaient être réintégrés dans l'OMC à la demande pressante des pays en développement lesquels, en échange de cette concession, acceptèrent l'inclusion des services et de la propriété intellectuelle dans le nouveau système commercial intégré mis sur pied par les accords de Marrakech.

⁷¹⁷ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 170-175

Durant la période initiale (1948-1961) pendant laquelle les produits textiles furent soumis au droit commun du GATT, ceux-ci devaient parfois se trouver au centre de certains contentieux commerciaux, notamment au titre de la clause de sauvegarde de l'article XIX. Puis des accords spécifiques provisoires commencèrent à être conclus et allèrent en s'élargissant. En raison de leurs caractéristiques propres, ils posèrent pour les textiles un régime juridique des échanges grandement dérogatoire par rapport au droit commun du GATT.

Le premier accord de 1961 ne portait que sur le commerce international des textiles de coton et eut une durée très provisoire (un peu plus d'un an). Le second, intitulé « accord à long terme », eut une portée beaucoup plus large à la fois « *ratione materiae* » puisqu'il visait l'ensemble des produits textiles et « *ratione temporis* » puisqu'il était conclu pour des périodes de trois ans renouvelables (il fut d'ailleurs renouvelé sans discontinuer jusqu'en 1973).

A cette dernière date, un « accord multifibres » (ou AMF) devait prendre la suite pour être constamment renouvelé et n'expirer qu'à compter du 1^{er} janvier 1995 avec l'entrée en vigueur de l'OMC et donc de l'ATV qui s'y substitua. A la suite de ses multiples renouvellements, l'AMF finit par couvrir l'ensemble du commerce international des produits textiles que ceux-ci soient en coton, en laine, ou constitués de fibres végétales (comme la soie) et surtout synthétiques, voire portant sur des produits contrefaits (la contrefaçon ayant pour la première fois fait son apparition dans l'AMF et dans le droit international du commerce en 1986 à la demande de la CEE). Ainsi, à partir de 1973, le commerce international des textiles sortit bel et bien du régime de droit commun posé par l'Accord général de 1947.

Tout d'abord, la philosophie économique présidant à l'AMF était aux antipodes de celle du GATT. Alors que ce dernier était imprégné de libre échangisme, le premier était fondé sur l'idée de libre-échange « organisé », selon une expression chère au Premier Ministre français de l'époque Raymond Barre en 1977. En conséquence de cette « organisation » du libre-échange, l'AMF légalisait des accords bilatéraux d'autolimitation entre pays importateurs ou exportateurs de produits textiles, les seconds acceptant ainsi volontairement de ne pas envahir les marchés des premiers. Ces accords pudiquement qualifiés d'auto-limitation sont l'équivalent de restrictions quantitatives qui n'osent pas dire leur nom et qui sont à juste titre formellement interdites par le GATT tant de 1947 que de 1994. Au demeurant, cette technique court-circuite les règles de mise en œuvre de l'article XIX constitutives de la clause de sauvegarde de l'Accord général. Dans la même veine, l'AMF contenait une clause précise de désorganisation du marché, bien supérieure il faut le reconnaître, au vague contenu de la disposition analogue du GATT dans son article XIX.

Ensuite, l'AMF possédait tout un volet institutionnel propre. Il était administré, au jour le jour, par un organe de surveillance rendant des comptes à un Comité des textiles composé de tous les signataires et décidant de grandes orientations ou agissant « en appel ». En outre et surtout ces organes étaient chargés d'interpréter l'accord ou de régler autant que faire se pouvait les différends commerciaux entre les pays. Autrement dit, en matière textile, le règlement des différends commerciaux connaissait une première phase obligatoire au sein de l'AMF lui-même ; c'est seulement en cas d'échec qu'il pouvait alors être fait recours aux règles et procédures normales du GATT en la matière, en considérant que les recommandations émises par les organes de l'AMF seraient dûment prises en compte.

L'ATV qui devait s'appliquer maintenant à tous les pays membres de l'OMC et non aux seules quarante-quatre parties signataires du dernier Accord Multifibres, n'était pas un accord définitif. De nature provisoire, il visait à ménager un régime transitoire au terme duquel la spécificité de cette approche sectorielle aurait cessé pour se fondre dans le régime OMC de droit commun. Tout naturellement, il posait un calendrier de réalisation durant lequel les particularités traditionnelles du secteur demeurèrent tant en ce qui concerne la clause de sauvegarde que sur tous les mécanismes institutionnels.

L'Accord sur les textiles et les vêtements (ATV) intégré à l'OMC qui se substitue aux anciens « accords multifibres », ne possédait qu'une portée limitée « *ratione temporis* ». De nature essentiellement transitoire, il visait à éliminer les restrictions existantes au commerce international des produits textiles couverts sur une période de dix ans, soit pour le 1^{er} janvier 2005 au plus tard. Au demeurant, toute possibilité de prorogation de l'ATV est exclue⁷¹⁸. Depuis cette date, le commerce international des textiles se trouve soumis au régime juridique de droit commun applicable aux produits industriels.

Le système prévalant sous l'empire des AMF était fondé sur des restrictions quantitatives négociées au titre des accords bilatéraux d'autolimitation précités et assortis de coefficient de croissance. De façon à pouvoir en avoir une vision d'ensemble, tous ces contingentements ainsi que leurs caractéristiques propres devaient être notifiés à l'organe de supervision des textiles (OSPT) qui en informait les pays membres, c'est-à-dire tous les pays participant à l'OMC et non pas seulement les quarante-quatre qui avaient signé le dernier AMF⁷¹⁹.

⁷¹⁸ Article 9.

⁷¹⁹ Article 2, alinéas 1 et 2 .

Ceci étant, les restrictions notifiées étaient consolidées (clause de standstill) telles quelles. Aucune nouvelle restriction ne pouvait être introduite en la matière, sauf en conformité avec les dispositions générales du « GATT 1994 »⁷²⁰.

Ce processus de libéralisation progressive se déroula en deux phases concomitantes et complémentaires. La première consista, pour les pays membres, dans l'intégration dans le GATT 1994 d'un pourcentage donné et croissant de leurs importations de produits textiles⁷²¹ : celui-ci devait être au moins de 16% pour la première étape (1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 1997), de 17 % pour la deuxième étape, (1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2000), de 18 % pour la troisième étape (1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2004), les 49% restants devant l'être au plus tard le 1^{er} janvier 2005, date de l'intégration complète du commerce international des produits textiles au sein du « Système OMC » et donc de la soumission à son régime de droit commun.

En parallèle, ces programmes d'intégration étaient affectés de coefficients de croissance des contingents existant de façon à aboutir à leur élimination en fin de période, c'est-à-dire toujours à compter du 1^{er} janvier 2005. Le principe était que durant chaque étape, les quotas seraient augmentés (ce qui correspond bien entendu à une libéralisation) d'un pourcentage égal à ceux posés à titre d'intégration dans le GATT 1994 et majorés d'un coefficient annuel donné, soit 0,16 pour la première étape, 0,25 pour la seconde et 0,27 pour la troisième⁷²². En contrepartie à cette libéralisation programmée, les pays membres s'engageaient à éviter toute procédure de contournement⁷²³ et à lutter contre elle.

Sans doute le mécanisme établi était-il assez complexe mais, progressivement, il permit d'assurer qu'à l'expiration de l'accord ATV, soit à compter du 1^{er} janvier 2005, tant l'intégration des textiles dans le cadre juridique de l'OMC que l'élimination de toutes les restrictions quantitatives auraient bien été réalisées ; les deux processus étant indissociablement liés.

La désorganisation du marché des textiles et le moyen d'y faire face par une clause de sauvegarde appropriée, plus précise et opérationnelle que celle fournie à l'article XIX de l'Accord général, ne cessèrent d'être une constante des divers AMF. Une telle clause de sauvegarde demeura à titre transitoire pendant la durée de l'accord⁷²⁴. Ses conditions de mise

⁷²⁰ Article 2 ,alinéa 4.

⁷²¹ Article 2, alinéas 6, 7, 8 .

⁷²² Article 2 alinéas 13 et 14.

⁷²³ Article 5 .

⁷²⁴ Article 6 .

en œuvre font l'objet de nombre de précisions quant aux paramètres à prendre en considération et surtout quant à sa durée.

Enfin et surtout, les restrictions éventuelles portant sur les importations pouvaient être de nature sélective et elles n'avaient pas à s'appliquer à tous les pays membres au nom d'une Clause de la Nation la Plus Favorisée à l'envers⁷²⁵. Ce dernier point était particulièrement important dans la mesure où toute sélectivité est prohibée, tant hier à l'époque du GATT qu'aujourd'hui à celle de l'OMC dans la mise en œuvre des mesures restrictives concernant des restrictions quantitatives ou la clause de sauvegarde de l'article XIX. Le droit commun du commerce international privilégie ainsi l'égalité juridique formelle au détriment de la logique et de l'efficacité économique, en officialisant une sorte de Clause de la Nation la Moins Favorisée en période de crise. Il est loisible de penser que l'approche sélective du recours aux restrictions commerciales en cas de crise, c'est-à-dire limitée aux seuls auteurs des difficultés traditionnellement adoptée jadis en matière de commerce international des produits textiles, lui est nettement supérieure tant au point de vue de l'équité que de l'efficacité.

L'ATV se situe dans le prolongement direct des AMF et de leurs prédécesseurs. L'accord était en effet administré par une institution propre, « l'organe de supervision des textiles » (OSPT), composé de onze membres nommés par le « Conseil du commerce des marchandises »⁷²⁶. Le nouvel OSPT, comme cela est traditionnel en cette matière, était chargé de « superviser la mise en œuvre » de l'ATV ; c'est à lui que les pays membres devaient adresser les notifications requises et c'est à lui qu'il appartenait de formuler des observations et recommandations à cette fin.

L'OSPT jouait également un rôle important en matière de règlement des différends commerciaux⁷²⁷. En effet, dans une première phase, le processus demeurait purement interne à l'Accord et c'était à l'organe de surveillance de formuler les « recommandations appropriées » aux pays membres concernés. En cas d'échec, les parties pouvaient alors, dans une deuxième phase, recourir à la procédure de droit commun de règlement des différends, en saisissant l'ORD sur la base des dispositions adéquates du « GATT 1994 », à savoir l'article XXIII et le Mémoire d'accord.

⁷²⁵ Article 6 ,alinéa 4 .

⁷²⁶ Article 8 ,alinéa 1.

⁷²⁷ Article 8 ,alinéas 4 et 10.

Or, pas plus hier sous les auspices du GATT qu'aujourd'hui sous celles de l'OMC, il n'a été possible de confiner les conflits commerciaux en matière textile à cette première phase spécifique de conciliation⁷²⁸.

Sans doute dans la plupart des cas, 80% environ, des difficultés ont-elles pu être réglées au sein de l'ATV et de son organe de surveillance. Toutefois, dans les affaires plus sensibles, les pays membres sont sortis du cadre ATV pour utiliser le mécanisme de règlement des différends (l'ORD) de l'OMC. C'est ainsi qu'au cours des ans, environ 10% du contentieux OMC a eu pour origine le commerce des produits textiles et des vêtements.

En d'autres termes, l'objectif du groupe de négociations consacré au problème des produits textiles et des vêtements était de réintégrer le secteur textile dans le cadre du GATT. Depuis la conclusion de l'Accord multifibres en 1974, la majorité des échanges de produits textiles ne respectaient plus les principes de base du GATT. Les pays développés, confrontés aux importations de produits textiles originaires des pays à bas salaires, avaient en effet imposé à ceux-ci des quotas prétendument acceptés de façon volontaire⁷²⁹.

Le démantèlement de l'Accord multifibres était réclamé depuis 1980 par les pays en développement. En effet, ceux-ci avaient établi leur propre organisation, le Bureau international des textiles et vêtements qui militait en faveur de la libéralisation complète des échanges de produits textiles⁷³⁰. Par contre, les pays industrialisés étaient très réticents face à une telle libéralisation⁷³¹.

En 1982, une déclaration ministérielle des Parties Contractantes reconnut la nécessité d'« examiner les moyens et d'entreprendre des mesures destinées à libéraliser les échanges de textiles et de vêtements »⁷³². Les problèmes rencontrés à ce moment par les Etats-Unis étaient si grands qu'ils pressèrent cependant pour une prolongation de l'AMF en 1986.

Par conséquent, le démantèlement de l'Accord multifibres ne figurait pas comme tel dans la Déclaration de Punta del Este. Celle-ci prévoyait simplement que « les négociations dans le cadre des textiles et des vêtements viseront à définir des modalités qui permettraient d'intégrer finalement ce secteur dans le cadre du GATT sur la base de règles et disciplines du GATT renforcées, ce qui contribuerait ainsi à la réalisation de l'objectif de libéralisation

⁷²⁸ Voir Guide des Règles et Pratiques du GATT, op.cit., pp. 772-774.

⁷²⁹ Philippe Vincent, l'OMC et les pays en développement, op.cit. pp. 267-275.

⁷³⁰ Voy. I. BAGCHI, « The Integration of Textile Trade into GATT », JWTL, 1994/6, p. 32.

⁷³¹ Voy. les déclarations des représentants des Etats-Unis et de la Communauté européenne à l'occasion des discussions du Comité préparatoire chargé de déterminer les objectifs et les paramètres de l'Uruguay Round (doc. GATT PREP.COM(86)SR/3, p 29 et PREP.COM(86)SR/6, pp. 31-33.)

⁷³² IBDD, supp. n° 29, pp. 11-12.

accrue du commerce »⁷³³. L'extrême prudence de la rédaction de ce paragraphe montre bien la répugnance des pays développés à voir disparaître les entraves au commerce des produits textiles.

Les négociations sur la libéralisation des échanges dans le domaine des textiles furent parmi les plus acharnées. Aucune négociation sérieuse à ce sujet ne fut entamée avant 1989. A la conférence à mi-parcours qui se tint à Montréal en 1988, les Parties Contractantes constatèrent qu'aucun accord n'existait encore dans ce domaine⁷³⁴. A chaque étape, les pays développés, notamment les Etats-Unis, freinèrent l'avancée des négociations. Jusqu'à la fin de la phase initiale de négociations (décembre 1990), le secteur des textiles restait l'un de ceux pour lesquels aucun accord n'avait pu être obtenu⁷³⁵.

Trois modalités de libéralisation furent envisagées par les négociateurs. La première consistait à maintenir l'Accord multifibres en vigueur pendant une période transitoire pendant laquelle une libéralisation progressive des échanges textiles serait réalisée. La deuxième consistait à réformer l'accord par la mise en place de contingents tarifaires. La troisième, enfin, prévoyait l'abrogation immédiate de l'Accord multifibres, accompagnée de mesures de sauvegarde transitoires adéquates⁷³⁶.

La situation ne fut débloquée qu'en 1991, lorsque le directeur général du GATT, Arthur Dunkel, introduisit de sa propre initiative des dispositions relatives au textile dans le « rapport Dunkel » qu'il présenta en décembre 1991⁷³⁷. Ces dispositions servirent de base aux négociations ultérieures qui aboutirent finalement à l'adoption d'un accord sur les textiles et les vêtements. C'est la première solution, la libéralisation progressive de l'Accord multifibres, qui prévalut.

Il faut immédiatement remarquer que l'accord sur les textiles et vêtements était le seul à prévoir expressément son abrogation à terme⁷³⁸. Il a en effet cessé de sortir ses effets, le 1^{er} janvier 2005, au moment de la libéralisation totale des échanges de produits textiles, à l'exception des règles relatives aux mesures de sauvegarde temporaires supplémentaires qui pouvaient être adoptées au plus tard jusqu'au 31 décembre 2007.

⁷³³ IBDD, supp. n° 33, p. 23.

⁷³⁴ Voy. doc. GATT MTN.TNC/7 (MIN). Sur ce point, voy. également N. BLOKKER et J. DEELSTRA, « Towards a Termination of the Multi-Fibres Arrangement ? », JWTL, 1994/5, p. 103.

⁷³⁵ Voy. le Commentaire du Projet d'Acte final de Bruxelles de 1990, doc. GATT MTN.TNC/W/35/Rev.1, p. 239.

⁷³⁶ Voy. M. WOLF, « How to Cut the Textile Knot : Alternative Modalities for Integration into GATT », in C. HAMILTON (éd.), *The Uruguay Round : Textiles Trade and Developing Countries – Eliminating the Multi-Fibre Arrangements in the 1990s*, Washington, World Bank, 1990, pp. 161-180.

⁷³⁷ Doc. GATT MTN.TNC/W/FA (pp. O.1 à O.36).

⁷³⁸ Article 9 de l'accord.

L'accord sur les textiles et les vêtements allait dans le sens d'une libéralisation complète des échanges de produits textiles, dans un délai de dix ans à dater du 1^{er} janvier 1995. L'accord prévoyait expressément que l'AMF devait être démantelé dans ce délai.

Les Etats membres de l'OMC durent notifier, avant le 1^{er} mars 1995, tous les accords bilatéraux d'autolimitation en vigueur dans le secteur textile⁷³⁹. Les accords ainsi notifiés furent considérés comme constituant la totalité des restrictions existantes avant l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC. Toutes les restrictions non notifiées devaient être abrogées immédiatement. Aucune nouvelle restriction ne pouvait être introduite qu'en vertu des dispositions du GATT ou de l'accord sur les textiles et les vêtements⁷⁴⁰.

Pendant la période transitoire, les restrictions existantes purent être maintenues. Il n'y eut pas d'abrogation immédiate de l'Accord multifibres. La totalité du commerce des produits textiles dut cependant être soumise progressivement aux règles et disciplines du GATT.

L'accord sur les textiles et les vêtements contenait un calendrier précis de libéralisation des échanges. Chaque membre de l'OMC devait libéraliser, le 1^{er} janvier 1995, l'équivalent de 16% du volume total de ses importations en 1990 de produits textiles, 17% supplémentaires durent être libéralisés le 1^{er} janvier 1998, 18% supplémentaires le 1^{er} janvier 2002 et le reliquat le 1^{er} janvier 2005.

Cette libéralisation fut par conséquent largement étalée dans le temps. Le choix de 1990, comme année de référence, permettait de réduire encore un peu l'amplitude de celle-ci⁷⁴¹.

De plus, 49% du commerce des produits textiles ne furent libéralisés qu'à l'expiration de la période de transition, soit le 1^{er} janvier 2005. Ce chiffre résiduaire élevé était critiquable. S'il était nécessaire de laisser une période de transition aux pays industrialisés, pourquoi prévoir que 49% des échanges ne devaient être libérés qu'en 2005, en une seule fois qui plus est ? Certains auteurs craignaient d'ailleurs un refus des pays développés de mettre en œuvre de façon si brutale la dernière étape de la libéralisation en 2005. Une nouvelle période transitoire risquait d'être négociée. L'application de mesures de sauvegarde sévères à ce moment n'était pas non plus à exclure⁷⁴².

⁷³⁹ Article 2 alinéa 1.

⁷⁴⁰ Article 2 alinéa 4.

⁷⁴¹ Le commerce textile croissant chaque année, le choix d'une date éloignée dans le temps permettait de diminuer la base de calcul du volume des importations à intégrer.

⁷⁴² Voy. I. BAGCHI, « The Integration of Textile Trade into GATT », JWTL, 1994/6, p. 34, et L. BAUGHMAN, R. MIRUS, M. MORKRE et D. SPINANGER, « Of Tyres Cords, Ties and Tents: Window-Dressing in the ATC ? », The World Economy 1997, pp. 407-434.

La libéralisation se déroula par catégories de textiles et vêtements⁷⁴³. Chaque étape devait concerner des produits de chacune des quatre catégories énoncées par l'accord, à savoir les peignés et filés, les tissus, les articles confectionnés et les vêtements⁷⁴⁴. Chaque membre dut annoncer les catégories de produits qu'il acceptait d'intégrer dans les disciplines du GATT à chaque étape. L'accord ne stipulait cependant pas expressément qu'une libéralisation réelle devait avoir lieu à chaque étape, ce qui limita l'impact des premières phases de la libéralisation.

En ce qui concerne les secteurs non encore touchés par la libéralisation progressive, les Etats membres importateurs devaient accorder à leurs fournisseurs une augmentation annuelle des taux de croissance contenus dans les accords bilatéraux d'autolimitation.

Aucune nouvelle restriction ne pouvait être introduite, sauf exception prévue par le GATT ou par l'accord sur les textiles lui-même⁷⁴⁵.

L'accord sur les textiles présentait cependant la particularité d'autoriser la prise de mesures de sauvegarde transitoires sélectives. Celles-ci étaient limitées aux importations de produits non encore intégrés. Elles pouvaient être prises lorsque les importations d'un produit textile sur le territoire d'un Etat membre connaissaient une brusque augmentation, de telle sorte qu'elles portaient ou menaçaient de porter un préjudice grave à la branche de production nationale de produits similaires et/ou directement concurrents. Une importante innovation par rapport à l'AMF était l'absence de référence aux importations à « bas prix ». Quel que soit le prix auquel ils étaient importés, des produits textiles ne pouvaient faire l'objet de mesures de sauvegarde que si un préjudice grave ou une menace d'un tel préjudice était prouvé.

Ces mesures devaient être déterminées pays par pays ; ce qui les différenciait fondamentalement de l'article XIX du GATT. Celui-ci interdit en effet les discriminations entre pays fournisseurs. De plus, elles ne devaient pas faire l'objet de compensations. Les pays les moins avancés et ceux dont les exportations ne représentent qu'un faible pourcentage des importations de l'Etat membre imposant les mesures de sauvegarde, devaient bénéficier d'un traitement plus favorable.

Ces mesures de sauvegarde ne pouvaient entraîner une réduction des exportations en dessous de leur volume moyen, pendant la période de douze mois échue deux mois avant celui où la

⁷⁴³ En fonction des catégories du Système harmonisé de codification et de désignation des marchandises mis au point au sein du Conseil de coopération douanière.

⁷⁴⁴ Article 2 alinéas 6 à 8 de l'accord.

⁷⁴⁵ Article 2 alinéa 4.

demande de consultations avait été engagée⁷⁴⁶. Elles ne pouvaient être prises que pour une durée de trois ans maximum ou jusqu'à ce que le produit considéré soit intégré dans le cadre du GATT⁷⁴⁷. Si les mesures restaient en vigueur pendant plus d'un an, un coefficient de croissance d'au moins 6% par an devait leur être appliqué⁷⁴⁸.

Ces mesures de sauvegarde étaient assez paradoxales. L'objectif de l'accord sur les textiles et vêtements était d'éliminer les restrictions existantes. Il autorisait cependant le recours à des mesures de sauvegarde supplémentaires, sélectives qui plus est⁷⁴⁹. La possibilité d'avoir recours à celles-ci pendant la période d'ajustement était toutefois une exigence fondamentale des pays développés. Ceux-ci conditionnèrent la libéralisation du secteur textile à la mise en place de nombreuses mesures transitoires de protection pour leurs industries nationales.

Entre 1995 et 1998, ces mesures de sauvegarde transitoires ne furent appliquées que par deux Etats membres de l'OMC. Les Etats-Unis et le Brésil invoquèrent l'article 6 de l'accord respectivement à 26 et à 7 reprises. Dans le cas des Etats-Unis, deux des Etats membres affectés, le Costa Rica et l'Inde, entamèrent une procédure de règlement des différends. Les deux rapports de panel⁷⁵⁰ et les deux rapports de l'Organe d'appel (rendus à chaque fois à la demande du plaignant, il convient de le signaler)⁷⁵¹ estimèrent que les Etats-Unis avaient violé leurs obligations découlant de l'accord sur les textiles. Les Etats-Unis avaient en effet imposé une restriction aux importations sans avoir démontré que celles-ci avaient portées ou réellement menacé de porter un préjudice grave à leur industrie textile. Le rapport de l'Organe d'appel rendu à la demande du Costa Rica précisa qu'il n'était plus permis de donner effet rétroactivement à une mesure de limitation prise à des fins de sauvegarde. Les Etats-Unis furent invités à mettre les restrictions imposées en conformité avec le texte de l'accord ; ce qu'ils firent. Les mesures imposées aux importations originaires d'Inde avaient de toute façon déjà été supprimées, en raison de la diminution des importations constatée par ailleurs.

Les autres mesures furent examinées par l'Organe de supervision des textiles⁷⁵². Celui-ci vérifia l'existence du préjudice ou de la menace de préjudice, ainsi que le respect des conditions posées, par exemple le coefficient de croissance. Dans un certain nombre de cas, il recommanda aux Etats-Unis de mettre fin aux mesures prises ; ce qu'ils firent.

⁷⁴⁶ Article 6 alinéa 8.

⁷⁴⁷ Article 6 alinéa 12.

⁷⁴⁸ Article 6 alinéa 13.

⁷⁴⁹ Voy. I. BAGCHI, « The Integration of Textile Trade into GATT », JWTL, 1994/6, p. 34.

⁷⁵⁰ Rapports de panel OMC WT/DS24/R et WT/DS33/R.

⁷⁵¹ Rapports OMC WT/DS24/AB/R et WT/DS33/AB/R.

⁷⁵² Voy. le rapport général de l'Organe de supervision des textiles au Conseil du commerce des marchandises sur la mise en œuvre de l'accord sur les textiles et les vêtements pendant la première étape du processus d'intégration, doc. OMC G/L/179, pp. 32-45.

La libéralisation complète du commerce des produits textiles impliquait que tous les membres de l'OMC devaient chercher à améliorer l'accès à leur marché. Ils devaient donc prendre des mesures telles que l'abaissement et la consolidation des droits de douane, l'abaissement ou l'élimination des obstacles non tarifaires ainsi que la facilitation des formalités douanières et administratives et des formalités de licence⁷⁵³.

Les pays en développement s'étaient également engagés à ouvrir leurs marchés aux produits textiles en provenance des pays développés ; ce qui n'eut guère d'impact dans le secteur des produits textiles.

Aucune disposition de l'accord sur les textiles et les vêtements ne prévoyait qu'un traitement préférentiel devait être accordé aux pays en développement, malgré l'importance de ce secteur pour eux. Seul le préambule rappelait qu'un traitement spécial devrait être accordé aux pays les moins avancés.

La seule application de ce principe contenue dans l'accord était le traitement plus favorable à réserver aux pays les moins avancés, en cas de prise de mesures de sauvegarde pendant la période transitoire⁷⁵⁴.

L'Inde et le Pakistan, pays traditionnellement peu ouverts, étaient mécontents d'avoir dû prendre des engagements d'ouverture de leurs marchés. Selon eux, leur qualité de pays en développement aurait dû leur permettre d'échapper à cette obligation. Celle-ci risquait en effet d'être invoquée par leurs partenaires, développés ou non, comme contrepartie à d'autres concessions.

La Partie IV du GATT aurait pu être invoquée à l'occasion des négociations de l'Uruguay Round. Celles-ci furent cependant marquées par un retour de la réciprocité dans les concessions faites. La libéralisation des échanges de produits textiles ne fut acceptée qu'en contrepartie de l'engagement de tous les Etats membres de l'OMC d'ouvrir leurs marchés aux échanges internationaux. La nouvelle philosophie du commerce international est celle de l'ouverture des marchés de tous les Etats partenaires. Celle-ci est considérée comme étant seule à même de faciliter leur développement.

L'abrogation à terme de l'Accord multifibres ne satisfaisait pas tous les pays en développement. Certains pays petits producteurs de textiles étaient favorisés par le système des quotas nationaux. Celui-ci leur assurait un débouché limité certes, mais assuré sur les

⁷⁵³ Article 7.

⁷⁵⁴ Article 6 alinéa 6.

marchés des pays développés⁷⁵⁵. L'abrogation complète du système des quotas risquait d'entraîner une monopolisation du commerce mondial des produits textiles par un nombre limité de pays gros producteurs capables d'inonder les marchés de produits bon marché. On pense en particulier à la Chine. Les pays petits producteurs, notamment d'Amérique latine, risquaient à ce moment de connaître des difficultés pour trouver des débouchés à leurs productions.

L'accord sur les textiles et les vêtements présentait une solution limitée à leur problème. Il prévoyait une amélioration de l'accès des produits des Etats membres dont les exportations représentaient moins de 1,2% du volume des restrictions totales appliquées par un Etat membre importateur. Cette amélioration devait être assurée par l'application, avec une étape d'avance, des coefficients de croissance prévus à l'article 2, alinéas 13 et 14⁷⁵⁶. D'après le Bureau international des textiles et vêtements, le Pérou et le Sri Lanka pouvaient invoquer cette disposition face à l'Union européenne ; la Colombie, le Costa Rica, la Jamaïque, Macao, le Mexique et l'Uruguay face aux Etats-Unis ; le Costa Rica, Macao et l'Uruguay face au Canada⁷⁵⁷.

Cette mesure permit certes aux pays en développement petits producteurs d'acquérir temporairement une fraction un peu plus importante des importations des pays industrialisés. Lorsque la libéralisation fut totalement réalisée, le 1^{er} janvier 2005, leurs exportations, confrontées aux exportations chinoises, déclinèrent rapidement.

En 2004, un certain nombre de pays producteurs de textiles, notamment la Turquie⁷⁵⁸ présentèrent des propositions afin que des mécanismes d'adaptation soient mis en place sous forme de supervision, voire de sauvegardes en cas d'augmentation massive des exportations de certains membres à destination des pays développés. La Chine et l'Inde refusèrent toute négociation à ce sujet.

Ce constat ne doit pas remettre en cause l'acquis réalisé par l'abrogation de l'Accord multifibres. Pour aider les pays petits producteurs textiles, il aurait néanmoins été souhaitable qu'un traitement préférentiel soit accordé à leurs exportations. Le même problème se posait à ces Etats, à la fin des années 50. Comment faire pour obtenir un traitement préférentiel dans un système commercial libéralisé ? La réponse qui avait été apportée à cette question en 1971 avait pris la forme du système des préférences généralisées. L'instrument existe toujours. Il ne

⁷⁵⁵ Voy. R. SAFADI et S. LAIRD, «The Uruguay Round Agreements : Impact on Developing Countries », World Development, 1996, p. 1229, et les références citées.

⁷⁵⁶ Article 2 alinéa 18.

⁷⁵⁷ Voy. International Textiles and Clothing Bureau, The Implementation of the Agreement on Textiles and Clothing, XIXe session du Conseil des Représentants, 1994.

⁷⁵⁸ Voy. la communication WT/G C/W/497.

concerne cependant pas les secteurs les plus sensibles, notamment celui des produits textiles. Afin d'aider les pays se trouvant à un stade intermédiaire de développement, il serait envisageable d'inclure les produits textiles dans les SGP des Etats développés. Ce secteur est celui où les droits de douane restent les plus élevés après la conclusion de l'Uruguay Round. Ils s'élèvent, en effet, en moyenne à 11,1%, 28% des importations de produits textiles des pays industrialisés et restent frappées de droits de douane supérieurs à 15%⁷⁵⁹. Une réduction des droits de douane ou un libre accès des produits textiles originaires des petits Etats producteurs de textiles leur permettrait d'exporter leurs produits de façon concurrentielle. Confrontés à l'augmentation exponentielle des exportations chinoises à la suite de l'abrogation des quotas le 1^{er} janvier 2005, les pays industrialisés sont cependant peu enclins à être généreux de ce point de vue.

A partir du 1^{er} janvier 2005, les exportations chinoises à destination de l'Union européenne doublèrent en peu de temps, avec une baisse correspondante des prix des marchandises importées. Cette augmentation se fit un peu au détriment de l'industrie textile communautaire qui avait cependant largement délocalisé sa production mais aussi, comme il fallait s'y attendre, principalement aux dépens d'autres pays en développement. Si l'Inde, la Turquie, Madagascar et le Vietnam parvinrent à limiter la casse et à enregistrer une légère augmentation de leurs exportations textiles à destination du marché communautaire (jusqu'à 25% pour l'Inde), d'autres pays virent leurs exportations diminuer de façon drastique : le Myanmar de 48%, la Corée du Sud de 45%, les Philippines de 34%, Macao de 26%, Taïwan de 22%, Israël de 19%, le Pakistan de 17%, l'Ile Maurice de 14%, la Thaïlande de 12% et l'Indonésie de 10%. De façon assez paradoxale, le Bangladesh, désigné par tous les observateurs comme le grand perdant de la libéralisation, n'enregistrera qu'une perte de 5% de ses parts de marché⁷⁶⁰. De façon tout aussi paradoxale, deux pays ACP, soumis par conséquent aux mêmes conditions tarifaires, l'Ile Maurice et Madagascar, performèrent de façons fort différentes.

Le 10 juin 2005, un mémorandum d'accord fut conclu entre l'Union européenne et la Chine mettant en place des quotas sur dix catégories de produits textiles originaires de Chine⁷⁶¹. Ces mesures étaient prises sur la base de l'article 6 de l'accord sur les textiles et vêtements, autorisant la prise de mesures transitoires sélectives pour une durée maximale de trois ans. Par

⁷⁵⁹ Voy. M. ABREU, « Trade in Manufactures : The Outcome of the Uruguay Round and Developing Countries Interests », in W. MARTIN et A. WINTERS (éds), *The Uruguay Round and the Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 66-67.

⁷⁶⁰ Voy. le tableau dressé par L. CURRAN, « Forecasting the Trade Outcome of Liberalization in a Quota Context – What Do We Learn From Changes in Textiles Trade After the ATC ? », JWTL, 2008, p. 137.

⁷⁶¹ Voy. Bulletin de l'UE 6-2005, pt 1.6.23.

conséquent, elles devaient prendre fin au plus tard le 1^{er} janvier 2008. Elles prévoyaient, pour 2006 et 2007, des coefficients d'augmentation des quotas entre 8 et 12,5%.

Dès le mois d'août 2005, les quotas furent atteints pour plusieurs catégories de produits. Sous la pression de la grande distribution, l'Union européenne accepta le 29 août de libérer des marchandises chinoises bloquées aux frontières. Elles furent imputées sur les quotas des années suivantes.

A l'heure actuelle, la situation est stabilisée. Plus aucune mesure de restriction des échanges ne peut être appliquée sur la base de l'accord sur les textiles et vêtements. Seule la prise de mesures de sauvegarde sur la base de l'article XIX du GATT peut être envisagée. Ses mesures ne peuvent cependant opérer de discriminations entre les pays fournisseurs.

SECTION II : La libéralisation progressive des secteurs des services et de la propriété intellectuelle

Elle s'est traduite par une libéralisation progressive du secteur des services par l'inclusion du GATS dans l'OMC (Paragraphe I) et une libéralisation progressive du secteur de la propriété intellectuelle par l'inclusion de l'ADPIC dans l'OMC (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I: Une libéralisation progressive du secteur des services par l'inclusion du GATS dans l'OMC

La « libéralisation progressive » du commerce de services constitue à l'évidence l'objectif primordial du GATS, ainsi que cela apparaît clairement à la lecture de son préambule. Compte tenu de l'économie générale de l'Accord, celle-ci ne peut provenir que de négociations successives débouchant sur des engagements spécifiques accrus des membres. Le processus de « libéralisation progressive » consiste en une méthode de négociation des engagements spécifiques des membres en vue d'atteindre un niveau sans cesse plus élevé de liberté des prestations internationales de services. L'approche suivie par le GATS emprunte beaucoup à la démarche du GATT de 1947. Les engagements spécifiques qui sont souscrits par les membres à la suite des négociations sont formalisées par leur insertion dans une liste (schedule) qui, elle-même annexée au GATS, en fait partie intégrante et en possède la même force juridique contraignante⁷⁶².

Le GATS mentionne les principes généraux qui devront présider aux « séries de négociations successives » qui devront commencer à partir du 1^{er} janvier de l'an 2000, afin d'élever

⁷⁶² Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 341-345

« progressivement le niveau de libéralisation » du commerce des services⁷⁶³. La parenté étant très grande avec la libéralisation du commerce des marchandises, il suffira de les mentionner.

Quant à la forme, les futures négociations pourront être bi-, pluri-, multilatérales, peu importe, pourvu qu'elles entraînent un accroissement du « niveau général des engagements spécifiques »⁷⁶⁴.

Quant au fond, elles se dérouleront sur une base « d'avantages mutuels » de nature à « assurer un équilibre global des droits et des obligations »⁷⁶⁵ comme en matière de commerce des marchandises. C'est dire que, les principes directeurs des négociations demeurent fondés sur la réciprocité et l'équilibre des concessions.

En outre, les négociations devront faire preuve de flexibilité pour tenir compte des spécificités dues à certains secteurs (ce qui justifie des approches sectorielles de la libéralisation des services) et des préoccupations propres des pays en voie de développement, à commencer par les moins avancés d'entre eux⁷⁶⁶.

Le régime juridique des listes nationales, en matière de libéralisation des services, est largement analogue à celui prévalant en matière de commerce des marchandises tant en ce qui concerne leur constitution que leur modification.

Formellement, une liste apparaît comme la récapitulation des divers engagements spécifiques souscrits par les membres à la suite des négociations de libéralisation des services. Autrement dit, ce sont les concessions négociées et acceptées par chaque membre de l'OMC en matière de prestation internationale de services. Quant au fond, chaque liste devra préciser, pour l'accès aux marchés, les modalités, limites et conditions posées et, pour le traitement national, les restrictions existantes⁷⁶⁷. Il sera aussi fait état des engagements additionnels, s'il en existe. Enfin, les listes sont annexées au GATS et en « font partie intégrante »⁷⁶⁸. Les listes, qu'elles portent sur les marchandises ou les services, peu importe, possèdent ainsi une pleine valeur juridique obligatoire et présentent pour les membres de l'OMC le même degré de contrainte que les Accords GATT ou GATS auxquels elles donnent un contenu concret. Ceci explique que leur modification ne puisse pas être effectuée de façon discrétionnaire par leurs auteurs.

⁷⁶³ Article XIX, alinéa 1.

⁷⁶⁴ Article XIX, alinéa 4.

⁷⁶⁵ Article XIX, alinéa 1.

⁷⁶⁶ Article XIX, alinéa 2.

⁷⁶⁷ Article XX, alinéas 1 et 2.

⁷⁶⁸ Article XX, alinéa 3.

Tout en ayant la même valeur juridique qu'un traité international, elles n'en présentent pas la même rigidité ; elles ne sont pas définitives et pourront être modifiées, en cas de besoin, mais pas de façon unilatérale et discrétionnaire⁷⁶⁹.

Tout d'abord, afin de garantir une certaine stabilité aux engagements spécifiques pris, aucune modification, c'est-à-dire en réalité aucun retrait de concession, ne pourra intervenir avant une période de trois ans. C'est la règle de la consolidation triennale⁷⁷⁰. Il s'agit là d'une règle, et c'est d'ailleurs la seule, qui vienne réduire la marge de manœuvre des membres en la matière. Pour le reste, choix du service concerné, mode de fourniture affecté, type de restriction en matière d'accès aux marchés ou de traitement national, leur discrétion est totale.

Ensuite et surtout, il existe un contrôle international de cette procédure de modification ou de retrait des engagements spécifiques dans un but de justice distributive. Ainsi, chaque modification donnera lieu à notification au Conseil du GATS trois mois au moins avant la mise en œuvre⁷⁷¹. Tout autre membre affecté par cette mesure aura le droit de demander l'ouverture de négociations, afin d'obtenir des compensations commerciales appropriées qui s'effectueront sur la base de la Nation la Plus Favorisée de façon à ne pas être discriminatoires⁷⁷².

Si aucun accord n'a pu être trouvé, l'Etat membre affecté pourra recourir à l'arbitrage auquel l'Etat apportant la modification ne saurait se dérober ; ce recours à l'arbitrage obligatoire constituant l'une des originalités marquantes du GATS⁷⁷³. La licéité du retrait de la concession dépendra de l'octroi de la compensation (éventuellement) décidée par les arbitres. Si les conclusions de l'arbitrage (curieusement, il n'est pas recouru à l'expression classique de sentence arbitrale) ne sont pas respectées par la partie condamnée, la partie lésée aura alors le droit de retirer des avantages « substantiellement équivalents » à l'encontre de la première et d'elle seule. C'est ici légaliser les mesures de représailles économiques sélectives comme réponse à une violation du droit.

Un point obscur mérite d'être signalé quant aux rapports entre la procédure arbitrale offerte à titre d'exception et celle offerte à titre de droit commun par l'organe de règlement des différends (ORD) institué par l'OMC. La question centrale qui se pose est de déterminer si le recours à la procédure arbitrale est à la fois la seule possible et ainsi exclusive de celle de l'ORD, pour ce qui a trait à la modification des listes. Une lecture littérale de l'article XXI

⁷⁶⁹ Article XXI.

⁷⁷⁰ Article XXI, alinéa 1 a.

⁷⁷¹ Article XXI, alinéa 1 a.

⁷⁷² Article XXI, alinéa 2.

⁷⁷³ Article XXI, alinéas 3 et 4.

pousserait à la confirmation de la règle bien connue de procédure « *una via electa exclusio est alterius* ». Ainsi, en l'absence de demande d'arbitrage (et le choix est discrétionnaire), le membre concerné pourra mettre en œuvre sans entrave la modification qu'il projette. Il n'apparaît pas au vu du libellé de l'article XXI qu'un membre « affecté » ait le choix entre l'arbitrage et le mécanisme de l'ORD. Cependant, le GATS prévoit d'une manière générale le recours possible à l'ORD, en cas de non-respect d'un « engagement spécifique », - ce qui inclut une modification ou un retrait de concession⁷⁷⁴. De son côté, le « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » précise bien qu'il s'applique au GATS, sans que des règles de procédures spéciales soient ici applicables.

Ainsi, il semble que le seul mode de règlement possible des différends relatifs aux modifications des listes visées à l'article XXI réside dans le recours à l'arbitrage, nonobstant l'existence « horizontale » du mécanisme de l'ORD. Il faut en outre rappeler que l'OMC a fait revivre l'arbitrage comme moyen de règlement des différends commerciaux interétatiques⁷⁷⁵ ; ce qu'avait officialisé jadis la Charte de la Havane pour être « oublié » par la suite avec le GATT.

Jusqu'à présent, et y compris au titre du « Cycle de Doha », le GATS n'a guère contribué à la libéralisation du secteur des services sur une base multilatérale, si l'on excepte toutefois les accords de 1997, en matière de télécommunications et de services financiers, adoptés au titre de l'approche sectorielle.

Le GATS, et ceci constitue l'une de ses principales caractéristiques, couvre l'ensemble des services à la seule exception de ceux « fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». A priori aucun n'est donc exclu de l'entreprise globale de libéralisation progressive. Ceci étant dit, l'ouverture de certaines catégories de services ou de leur support a dû faire l'objet de traitements particuliers, en raison de la complexité des problèmes soulevés. Une approche sectorielle s'est ainsi révélée nécessaire, tout en s'insérant dans le cadre multilatéral institué par le GATS. Ainsi, très rapidement des groupes de négociation furent mis sur pied pour parvenir à la libéralisation de secteurs identifiés comme particuliers par le GATS et faisant l'objet d'annexes⁷⁷⁶. Étaient de la sorte singularisés, les mouvements de personnes physiques, le transport aérien, les services financiers, les transports maritimes, les télécommunications, et les télécommunications de base.

⁷⁷⁴ Article XXIII, alinéa 1.

⁷⁷⁵ Voir l'article 25 du Mémoire d'accord.

⁷⁷⁶ Article XXIX/

En outre, on rappellera que le GATS lui-même prévoyait des négociations spéciales sur les marchés publics de services⁷⁷⁷, les subventions⁷⁷⁸, tandis qu'une décision ministérielle spécifique du 15 décembre 1993 créait un Groupe de travail chargé de faire des recommandations pour libéraliser les services professionnels grâce à l'établissement de disciplines multilatérales.

Au 1^{er} octobre 2009, le bilan de ces négociations demeure mitigé. Certaines n'ont pas même commencé, par exemple en matière de télécommunications, services professionnels ou transports aériens. De leur côté, les négociations sur les transports maritimes ont été suspendues en juin 1996. Il est vrai qu'il ne s'agit là que de délais supplémentaires mineurs, dans la mesure où une nouvelle série globale de négociations multilatérales couvrant l'ensemble des services s'ouvrira, on le rappelle, en l'an 2000⁷⁷⁹.

En revanche, méritent d'être brièvement soulignés, les importants accords conclus en matière de mouvement des personnes physiques, de télécommunications de base et de services financiers qui constituent maintenant autant de protocoles annexés au GATS, c'est-à-dire d'obligations juridiques conventionnelles contraignantes.

En d'autres termes, l'une des principales revendications des pays développés, à l'occasion des négociations de l'Uruguay Round, était la libéralisation du commerce mondial des services⁷⁸⁰. Ceux-ci représentent à l'heure actuelle près de 25% des échanges internationaux⁷⁸¹. Ils emploient en moyenne 65% de la main-d'œuvre dans les pays développés.

La plupart des pays en développement appréhendaient les négociations sur la libéralisation du commerce des services. Ils souffrent pour la plupart d'un déficit de la balance des paiements dû précisément à l'importation de services. Ils estimaient que leurs marchés risquaient d'être rapidement submergés par les services, notamment financiers, offerts par les entreprises des pays développés. Leurs propres entreprises, « naissantes » pour la plupart, risquaient l'étouffement ou l'absorption par les grandes sociétés du Nord. Les pays en développement demandaient donc à pouvoir ouvrir moins de secteurs de marchés ou de types de transactions que les pays développés⁷⁸².

⁷⁷⁷ Article XII,I alinéa 2.

⁷⁷⁸ Article XV.

⁷⁷⁹ Article XIX, alinéa 1 du GATS.

⁷⁸⁰ Philippe Vincent, l'OMC et les pays en développement, op.cit. pp. 338-349.

⁷⁸¹ Voy. OMC, Statistiques internationales du commerce 2008, Genève, OMC, 2008.

⁷⁸² Cette position fut défendue par l'Inde dans une proposition informelle faite en 1986 au groupe de négociations sur le commerce des services (mentionnée par J. REYNA, « Services », in T. STEWART (éd.), *The GATT Uruguay Round. A Negotiating History (1986-1992)*, Deventer, Kluwer, 1993, p.2366). Voy. également la communication faite par 11 pays d'Amérique latine et des Caraïbes, doc. GATT MTN.GNS/W/95.

Cependant certains pays en développement se situent parmi les principaux fournisseurs mondiaux de services que ceux-ci soient bancaires (Barbades, Iles Cayman...), financiers (Hong Kong...), de transport (Singapour...) ou de tourisme. Si ces pays ne sont guère représentatifs du groupe des pays en développement, ils étaient cependant favorables à l'inclusion des services dans l'agenda des négociations. Ils espéraient que le résultat de celles-ci allait leur permettre d'augmenter leur part du marché mondial du commerce des services, et d'obtenir le transfert de technologies. Un certain nombre de propositions furent présentées, afin de conditionner l'ouverture des marchés des services des pays en développement à des transferts de technologie ou à la formation de personnel national⁷⁸³. Un autre point d'intérêt pour les pays en développement était la libéralisation, par les pays développés, des secteurs de services à forte intensité de main-d'œuvre, notamment la construction, dans lesquels ils pouvaient utilement se servir de leurs avantages comparatifs.

L'Accord général sur le commerce des services (en abrégé AGCS)⁷⁸⁴, signé à Marrakech le 15 avril 1994, est placé sur un pied d'égalité avec le GATT.

Se basant sur la nomenclature de l'Organisation des Nations Unies, l'AGCS distingue 155 secteurs de prestations de services. Il opère par ailleurs, une distinction entre quatre modes de prestation.

La libéralisation du commerce des services se réalisera d'une manière fondamentalement différente de celle du commerce des marchandises. Les principaux obstacles au commerce des services ne sont pas quantifiables comme des droits de douane. Ils sont constitués par des réglementations diverses et par des monopoles d'Etat. Il était donc impossible d'ouvrir progressivement l'ensemble des secteurs des services par un abaissement graduel des obstacles aux échanges.

Les négociateurs de l'AGCS n'ont cependant pas renoncé au principe de la libéralisation graduelle. Celle-ci était réclamée par tous les Etats participants, effrayés à l'idée d'ouvrir en une fois l'entièreté de leurs services à la concurrence internationale. Par conséquent la libéralisation se réalisera par l'intermédiaire des listes de concessions négociées entre les différents partenaires commerciaux. Chaque membre de l'OMC établit indépendamment la liste des concessions qu'il est prêt à consentir.

Chaque membre de l'OMC est libre de déterminer les secteurs qu'il ouvre à la concurrence internationale. Il est également libre de déterminer les manières dont ces services peuvent être

⁷⁸³ Voy. par ex. la communication du Pérou, GATT doc. MTN/GNS/W/84.

⁷⁸⁴ L'Accord est également connu sous son acronyme anglais de « GATS » (General Agreement on the Trade of Services).

fournis à ses ressortissants⁷⁸⁵. Il lui est enfin possible de limiter l'application de la Clause de la Nation la Plus Favorisée à ses concessions⁷⁸⁶. Un Etat membre peut, par exemple, limiter l'extension du bénéfice d'une concession qu'il a faite aux seuls Etats membres ayant eux-mêmes inscrit cette concession dans leur annexe ; ce qui constitue une exigence détournée de réciprocité.

Chaque Etat membre de l'OMC a remis la liste des concessions qu'il fait à ses partenaires. Des négociations devaient s'ouvrir dans les cinq ans, après l'entrée en vigueur de l'Accord établissant l'OMC, en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation⁷⁸⁷.

L'Accord général sur le commerce des services rappelle, à plus d'un titre, l'Accord général sur les tarifs douaniers tel qu'il fut conclu à l'origine. L'ouverture des marchés des différents Etats ne se fera que dans la limite des concessions accordées. Celles-ci devront faire l'objet de renégociations régulières, sur le modèle des rounds de négociations tarifaires du GATT. Celles-ci devront être marquées par la réciprocité des concessions offertes.

L'Accord général sur le commerce des services contient la Clause de la Nation la Plus Favorisée⁷⁸⁸. A partir du moment où un membre de l'OMC accepte d'inscrire un secteur de services dans sa liste de concessions, tous les prestataires de ce service originaires d'autres Etats membres auront accès à son marché sur un pied d'égalité.

L'AGCS prévoit cependant que des conditions pourront être mises à l'application de la Clause de la Nation la Plus Favorisée⁷⁸⁹. Un membre peut, par exemple, réserver l'ouverture d'un secteur aux autres Etats membres ayant eux-mêmes libéralisé ce secteur. De nombreux pays développés ont fait usage de cette faculté, notamment pour les secteurs les plus sensibles, à savoir les télécommunications et les services financiers. C'est donc par le biais d'une réciprocité, quasiment trait pour trait, que l'on espère aboutir à la libéralisation du commerce international des services.

Un certain nombre d'exceptions à l'application de la Clause de la Nation la Plus Favorisée sont prévues par l'AGCS. Aucune ne concerne spécifiquement les pays en développement⁷⁹⁰.

L'AGCS contient également une clause de transparence⁷⁹¹. En vertu de celle-ci, les Etats membres s'engagent à publier le plus rapidement possible toutes les mesures d'application générales pertinentes qui concernent le fonctionnement de l'AGCS. Si leur publication est

⁷⁸⁵ Un Etat membre de l'OMC peut par conséquent inscrire un maximum de 620 concessions (155 secteurs 4 modes de prestation) sur sa liste.

⁷⁸⁶ Article 2 alinéa 2 et annexe à l'Accord.

⁷⁸⁷ Article XIX.

⁷⁸⁸ Article II de l'AGCS.

⁷⁸⁹ Voy. l'annexe sur les exceptions à la clause de la nation la plus favorisée jointe au texte de l'AGCS.

⁷⁹⁰ Voy. à ce sujet P.VINCENT, Institutions économiques internationales, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 166-167.

⁷⁹¹ Article III.

impossible, ces renseignements devront être mis d'une autre manière à la disposition du public.

Deux principes ne s'appliqueront que dans les secteurs que chaque membre de l'OMC aura accepté d'ouvrir à la concurrence internationale.

En ce qui concerne l'accès aux marchés, chaque membre s'engage à accorder, aux services et fournisseurs de services de tout autre membre, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui prévu dans sa liste des concessions⁷⁹².

Une fois qu'un fournisseur étranger a été admis sur le territoire d'un Etat, celui-ci devra lui accorder un traitement non moins favorable que celui qu'il réserve aux fournisseurs nationaux de services similaires⁷⁹³. La plupart des obstacles au commerce des services étant des réglementations nationales, c'est à ce niveau que se situe la principale obligation des membres de l'OMC.

L'AGCS prévoit la possibilité pour les membres de l'OMC de prendre des mesures de sauvegarde en cas d'urgence⁷⁹⁴. Ce terme d'« urgence » n'a pas encore été défini. L'AGCS se contente de prévoir que des négociations doivent être entreprises à ce sujet. Celles-ci auraient dû aboutir avant le 31 décembre 1997. En l'absence de résultat, le mandat du groupe de négociations fut prolongé. Il est simplement prévu que les mesures de sauvegarde qui seront autorisées ne pourront être sélectives⁷⁹⁵. En attendant l'entrée en vigueur des dispositions relatives aux sauvegardes, un pays peut retirer ou modifier tout engagement spécifique un an au plus tôt après l'avoir pris, moyennant justification et compensation⁷⁹⁶.

L'article XII de l'AGCS autorise les membres de l'OMC à imposer des restrictions à l'importation de services, afin de protéger l'équilibre de leur balance des paiements. Cette disposition rappelle l'article XII du GATT. Dans les deux cas, la notification des mesures prises ne doit avoir lieu qu'après la prise des mesures de restrictions. Des consultations périodiques sont prévues. Aucune limite n'est fixée pour l'application des mesures de restrictions. Celles-ci doivent simplement être supprimées au fur et à mesure de l'amélioration de la situation.

Tout comme le GATT, l'AGCS ne contient aucun article consacré exclusivement à la réciprocité. Celle-ci est toutefois sous-entendue tout au long de l'Accord. Selon l'article XIX de l'AGCS, par exemple, les négociations visant à libéraliser progressivement les services

⁷⁹² Article XVI.

⁷⁹³ Article XVII, alinéa 1.

⁷⁹⁴ Article X.

⁷⁹⁵ Article X alinéa 1.

⁷⁹⁶ Article X alinéa 2.

auront pour objet « de promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et d'assurer un équilibre global des droits et des obligations ». Cette disposition rappelle l'article XXVIII du GATT qui exigeait le maintien des concessions octroyées « sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels ». Si le terme de réciprocité a été gommé dans le texte de l'AGCS, la mention des « avantages mutuels » et de « l'équilibre global des droits et des obligations » implique que les Etats membres de l'OMC désireux de bénéficier de l'ouverture de secteurs de services chez leurs partenaires devront faire des libéralisations d'un niveau équivalent au bénéfice de ceux-ci.

La portée de l'exigence de réciprocité a changé dans le domaine des services. Elle ne se prête évidemment pas à une évaluation chiffrée, contrairement aux concessions douanières. Il est par exemple quasiment impossible de comptabiliser les retombées directes et encore plus indirectes, de l'ouverture d'un marché aux établissements et aux services bancaires des pays tiers.

Les membres de l'OMC ont donc tendance à abandonner la réciprocité globale qu'ils avaient adoptée dans le domaine des marchandises. Dans le cadre de celle-ci, des concessions tarifaires d'un niveau équivalent devaient être faites, mais elles pouvaient concerner des produits différents. Une réduction tarifaire sur certains produits agricoles pouvait être négociée, en échange d'une réduction sur des produits industriels. Dans le domaine des services, on assiste par contre à une réciprocité trait pour trait ou sectorielle. Les membres de l'OMC n'acceptent de libéraliser un service que si celui-ci est libéralisé par leurs partenaires. La structure de l'AGCS leur permet d'ailleurs de limiter la libéralisation d'un secteur aux Etats membres ayant eux-aussi libéralisé celui-ci.

La Partie IV de l'AGCS prévoyait que de nouvelles négociations devaient être entreprises à partir du 1^{er} janvier 2000, afin que les membres négocient des concessions additionnelles à celles qu'ils avaient acceptées en 1994.

A l'heure actuelle, le résultat de ces négociations reste suspendu au sort des négociations agricoles. A la fin du mois de juillet 2008, les membres de l'OMC ont toutefois confirmé leur souhait d'approfondir leurs engagements dans le domaine de la libéralisation des services⁷⁹⁷.

L'AGCS contenait plusieurs annexes. L'une d'elle prévoyait que des négociations auraient lieu rapidement, afin de libéraliser ou de réglementer, au plus vite, certains secteurs

⁷⁹⁷ Doc. OMC JOB(08)/93.

particulièrement sensibles. Un certain nombre de protocoles furent conclus par la suite⁷⁹⁸. Leur structure est identique à celle des listes de concessions.

Les membres ont donc pu déterminer les secteurs qu'ils ouvraient à la concurrence, les limitations à l'accès au marché et les exceptions à la clause du traitement national qu'ils maintenaient. La connaissance de la portée exacte des concessions d'un membre, dans un secteur de services donné, implique par conséquent la lecture conjointe des concessions initiales avec leur section horizontale et les engagements spécifiques ainsi que des protocoles subséquents contenant eux-aussi des restrictions verticales et spécifiques. Dans certaines hypothèses, il s'ensuit un véritable casse-tête...

L'AGCS ne contient aucune disposition générale relative à un « traitement spécial et différencié » à accorder aux pays en développement. Il ne prévoit également, à l'heure actuelle, aucune mesure de sauvegarde spécifique en faveur des industries de services naissantes sur leur territoire. Les Etats membres se voient interdire toute mesure de restriction visant à la protection d'un secteur de services donné⁷⁹⁹. L'article n'établit pas de distinction entre les secteurs naissants et les autres. On peut en conclure que toute protection des industries de services naissantes est interdite, sauf à faire appel à la procédure du waiver⁸⁰⁰.

Cela constitue déjà un grand pas en arrière par rapport aux dispositions déjà timides du GATT. Tant que les négociations sur les sauvegardes en cas d'urgence n'auront pas été achevées, il sera impossible de savoir si les pays en développement disposeront de réelles possibilités de prendre des mesures de sauvegarde pour protéger leurs industries de services naissantes. Tel est le souhait de la plupart d'entre eux. En raison de la méfiance généralisée à l'encontre des mesures de restriction des échanges existant à l'heure actuelle, on peut toutefois douter qu'il leur sera donné satisfaction sur ce point.

Les pays en développement souffrent pour la plupart d'un déficit de la balance des paiements dû précisément à l'importation de services. Par conséquent, l'article XII de l'AGCS prévoit qu'ils pourront appliquer des restrictions, lorsque des pressions s'exerceront sur leur balance des paiements, afin d'assurer le maintien d'un niveau de réserves financières suffisant pour l'exécution de leur programme de développement économique. Il ne sera pas nécessaire dans

⁷⁹⁸ Il s'agit des protocoles n°3 sur les mouvements des personnes physiques du 6 octobre 1995 (qui, contrairement à ce que son nom pourrait laisser espérer aux pays en développement, ne contient que fort peu de concessions supplémentaires par rapport à celles de 1994), n°4 sur les télécommunications de base du 15 février 1997 et n°5 sur les services financiers du 15 décembre 1997. Des négociations devaient être entamées dans les secteurs des marchés publics et des transports aériens. A l'heure actuelle, elles n'ont pas encore débuté. Par ailleurs, les négociations sur les transports maritimes ont été suspendues sine die en juin 1996.

⁷⁹⁹ Article XII alinéa 3.

⁸⁰⁰ Article IX alinéa 3 de l'Accord instituant l'OMC.

leur cas d'attendre une aggravation de leur situation financière extérieure⁸⁰¹. Cette faculté s'applique également aux Etats engagés dans un processus de transition économique entre une économie planifiée et une économie de marché (cette précision est superflue, puisque l'OMC considère ces pays comme des pays en développement). Cette disposition rappelle la section B de l'article XVIII du GATT.

L'article XII de l'AGCS ne prévoit aucun traitement favorable au bénéfice des pays en développement, du point de vue de la fréquence des consultations à organiser à propos des restrictions appliquées (fréquence qu'il ne détermine d'ailleurs pas pour les pays développés). La note 4 prévoit cependant que les procédures seront les mêmes que celles du GATT. On peut donc en déduire que les pays développés devront entrer annuellement en consultations avec le Comité des restrictions appliquées au titre de la balance des paiements. Pour les pays en développement, ces consultations ne seront que bisannuelles, un exposé succinct des difficultés rencontrées et des mesures prises afin d'y répondre pouvant être considéré comme suffisant.

Ainsi, l'interdiction des restrictions quantitatives pose aux pays en développement le même type de problème qu'au moment de la signature du GATT de 1947. La situation est cependant fondamentalement différente. Les Etats membres de l'OMC sont en effet libres de déterminer la liste des secteurs de services qu'ils soumettront à la libéralisation ainsi que les délais dans lesquels celle-ci sera réalisée. On pourrait donc rétorquer aux pays en développement qu'ils ne sont pas obligés d'ouvrir les secteurs où leurs entreprises sont les plus vulnérables ou qu'ils peuvent les ouvrir avec retard.

Le problème des sauvegardes se posa de façon particulièrement aigüe à l'occasion des négociations sur la libéralisation des télécommunications de base⁸⁰². Tant que les pays en développement disposent d'un monopole, ils peuvent prélever des commissions élevées (appelées *accounting rates*) sur les appels internationaux entrant sur leur réseau. A partir du moment où plusieurs opérateurs pourront s'établir sur leur territoire, le public pourra choisir l'opérateur le moins onéreux pour l'établissement de communications internationales avec un pays en développement. De plus, la libéralisation des télécommunications internationales, si elle favorisera une diminution des tarifs dans les pays développés, diminuera parallèlement les recettes que les pays en développement en tiraient. Les pays en développement demandèrent dès lors à pouvoir prendre des mesures de sauvegarde. Rien ne fut cependant prévu dans

⁸⁰¹ Article XII alinéa 1 in fine.

⁸⁰² La libéralisation des télécommunications de base fit l'objet de négociations spécifiques après l'entrée en vigueur de l'AGCS. Celles-ci aboutirent le 15 février 1997 à l'adoption du quatrième protocole à l'AGCS (doc. OMC S/L/20). Ce protocole reprend les concessions que les gouvernements signataires se sont engagés à faire.

l'accord. La seule solution pour les pays en développement signataires de l'accord fut de libéraliser avec retard leurs télécommunications internationales. L'Inde, par exemple, ne s'était engagée à les libéraliser qu'en 2004 et l'Indonésie en 2005⁸⁰³.

Le raisonnement selon lequel les pays en développement pourraient refuser la libéralisation, pour protéger leurs secteurs sensibles, est cependant fallacieux sur deux points. En premier lieu, l'AGCS contient le principe de réciprocité, et peu de dérogations sont réservées aux pays en développement de ce point de vue. Ces pays seront demandeurs de libéralisation dans un certain nombre de secteurs, notamment ceux à forte intensité de main-d'œuvre, comme la construction. Ils seront par conséquent amenés à faire des concessions à leurs partenaires développés pour obtenir l'ouverture de ces secteurs. En second lieu, il ne faudrait pas négliger les pressions qui s'exercent sur les pays en développement, afin que ceux-ci libéralisent les secteurs financiers les plus rentables. La crise boursière qui frappa le Sud-Est asiatique à la fin de 1997 fut considérée comme un révélateur de la mauvaise gestion des services financiers de ces pays. Le FMI conditionna donc l'octroi d'aides à ces pays à la libéralisation de leurs secteurs financiers. Sous la pression, les pays du Sud-Est asiatique acceptèrent de faire des concessions dans l'accord sur les services financiers qui fut signé le 15 décembre 1997⁸⁰⁴.

Acculés à ouvrir un certain nombre de secteurs sensibles, les pays en développement demandent à pouvoir bénéficier de mesures de protection spécifiques de leurs industries de services naissantes. Cela permettrait d'éviter que celles-ci ne soient étouffées par la concurrence internationale.

Ces demandes de protection vont toutefois à l'encontre du courant de pensée néolibéral, dominant à l'heure actuelle. En vertu de celui-ci, l'ouverture des échanges est profitable à tous les partenaires. Les pays en développement ont intérêt à ouvrir leurs marchés de services aux entreprises des pays développés. Cela favoriserait la mise en place de la « nouvelle division internationale du travail » tant réclamée par les pays du tiers monde. Si les pays développés se spécialisaient dans les secteurs des services, ils seraient plus enclins à accepter sur leurs marchés les productions industrielles et agricoles originaires des pays en développement, puisque celles-ci ne mettraient plus en péril l'emploi national.

Ce raisonnement est cependant à nouveau fallacieux sur deux points. En premier lieu, il est peu probable que les pays développés renoncent à leurs industries de base et à leurs

⁸⁰³ Voy. les listes de concessions de ces pays annexées au doc. OMC S/L/20.

⁸⁰⁴ Cinquième protocole à l'Accord général sur le commerce des services et ses listes de concessions, doc. OMC S/L/45.

agricultures. Les ouvertures réalisées dans ces secteurs à l'heure actuelle sont encore beaucoup trop limitées pour que de telles conclusions puissent être avancées.

En second lieu, il serait dangereux pour les pays en développement de renoncer à la production de services. Ceux-ci incorporent, à l'heure actuelle, des technologies avancées. Ils représentent le futur de l'économie mondiale. Ne parle-t-on pas en effet de « société postindustrielle » où la production de services aurait supplanté la production industrielle, comme celle-ci avait supplanté, au siècle passé, l'agriculture ? Les pays en développement ont intérêt à la production de services sur leur sol. Faute de quoi, la nouvelle division du travail qui leur est proposée risque de ne pas être plus avantageuse pour eux que la précédente.

Aucune exception générale à la Clause de la Nation la Plus Favorisée en faveur du développement économique n'est prévue dans l'Accord général sur le commerce des services. Les pays développés pouvaient cependant invoquer les exceptions prévues en faveur des pays en développement. La Communauté européenne, par exemple, a demandé une telle exception en faveur des pays d'Europe centrale et orientale dans le secteur audiovisuel. Cela signifie que les sociétés audiovisuelles de ces pays ont bénéficié d'accès préférentiels au marché communautaire dans ce secteur par rapport, par exemple, aux sociétés américaines. Ces exceptions restent cependant extrêmement limitées. Aucune volonté réelle de libéraliser d'avantage de secteurs en faveur des pays en développement ne transparaît des concessions faites par les pays développés.

Cette absence de traitement préférentiel des pays en développement s'explique par plusieurs raisons. Les négociations de libéralisation des services ont essentiellement concerné les pays développés. Les pays en développement sont restés très discrets, lorsqu'ils ne protestaient pas contre la conclusion de l'AGCS. Ils sont par ailleurs demandeurs de libéralisation dans des secteurs souvent sensibles pour les pays développés, comme les mouvements de personnes et les transports. Les pays développés n'ont pas voulu faire de concessions importantes dans ces domaines. On retrouve le même mécanisme que celui qui a pu être observé à propos du SGP. Les pays développés excluent du champ d'application du traitement préférentiel les secteurs les plus fragiles de leurs économies.

Les PMA demandent régulièrement à ce qu'une telle clause soit mise en place en leur faveur. L'AGCS prévoit qu'une « flexibilité appropriée » devra être ménagée aux différents pays en développement. Ceux-ci pourront être autorisés à ouvrir moins de secteurs et à libéraliser moins de types de transactions⁸⁰⁵. Ce texte semble constituer une exception au principe de la

⁸⁰⁵ Article XIX alinéa 2.

réciprocité en faveur du développement économique. Il est toutefois exprimé de façon très vague, comme l'était l'article XXVIII bis, alinéa 3 b) du GATT. L'absence de caractère obligatoire de cette prise en compte des besoins spécifiques des pays en développement entraîne le risque que cette disposition ne reste lettre morte, comme cela fut le cas pour la réciprocité en matière tarifaire au sein du GATT.

L'AGCS prévoit également qu'il devra être tenu compte des graves difficultés rencontrées par les pays les moins avancés pour accepter des engagements spécifiques négociés⁸⁰⁶.

L'annexe sur les exceptions à la Clause de la Nation la Plus Favorisée permettait aux pays développés de limiter leurs ouvertures de marchés aux pays qui ouvriraient le(s) même(s) secteur(s). La plupart des pays développés ont eu recours à de telles limitations. Ces dispositions ne contiennent généralement pas d'exceptions en faveur des pays en développement. Par conséquent, le principe de réciprocité joue à fond à leur égard.

Des pressions ont également été exercées sur les pays en développement, pour qu'ils libéralisent leurs secteurs financiers et de télécommunications de base⁸⁰⁷.

Il ne faut pas perdre de vue que les demandeurs de la libéralisation du commerce des services sont les pays développés. Les seuls services que la plupart des pays en développement peuvent fournir à l'heure actuelle sont constitués par la main-d'œuvre des travailleurs migrants et le tourisme. On a d'ailleurs constaté que la plupart des pays développés n'avaient pris que très peu d'engagements dans le domaine de la libéralisation des mouvements de main-d'œuvre dans le cadre de l'AGCS. Les Etats-Unis ont fait le moins de concessions dans ce domaine⁸⁰⁸. La plupart des pays développés n'admettent les travailleurs étrangers qu'après une enquête ayant apporté la preuve de la non-disponibilité locale d'un travailleur d'une qualification équivalente. Seul le personnel hautement qualifié peut donc bénéficier des concessions faites. Cela s'explique par le caractère hautement sensible politiquement des problèmes liés à la main-d'œuvre immigrée. Cela a comme conséquence une diminution des avantages comparatifs des pays en développement.

De nombreux pays développés engagent néanmoins des travailleurs en provenance des pays en développement. Ils préfèrent cependant continuer à régler ces problèmes en dehors de l'enceinte de l'AGCS. Ils ne sont pas tenus ainsi de prendre des engagements irrévocables. Les déplacements de main-d'œuvre se font de préférence sur la base d'arrangements bilatéraux entre les Etats.

⁸⁰⁶ Article IV alinéa 3.

⁸⁰⁷ Voy. le communiqué de presse américain du 13 janvier 1998, WTO Press Review du 14 janvier 1998, p. 4.

⁸⁰⁸ Voy. N. MUKHERJEE, « Exporting Labour Services and Market Access Commitments under AGCS in the World Trade Organization », JWTL, 1996/5, p. 35.

Le principe de réciprocité pourrait jouer ici en faveur des pays en développement. Les pays développés ont peu d'ouvertures concrètes à offrir aux pays en développement, ceux-ci ayant peu de demandes à présenter. Si les pays développés souhaitent une ouverture des marchés des pays en développement, ils devront faire des concessions à d'autres points de vue. Les pays en développement seront donc autorisés à assortir, l'accès à leurs marchés à des fournisseurs de services étrangers, de conditions visant à renforcer leur capacité nationale de fournir des services et leurs possibilités d'accéder à la technologie et d'améliorer leur accès aux circuits de distribution et aux réseaux d'information⁸⁰⁹.

Les pays en développement pourraient ainsi espérer retirer un certain profit de la libéralisation du commerce des services. Ils pourraient exiger l'accès à de nouvelles technologies en échange de l'ouverture de leurs marchés. Il faut cependant relativiser cet optimisme. Les fournisseurs de services ne se battront pas pour accéder aux marchés des pays les moins avancés. Seuls les pays présentant une demande solvable, à savoir ceux qui se situent à un stade intermédiaire de développement et les nouveaux pays industrialisés, les intéressent. L'accès aux technologies de pointe échappera donc encore longtemps aux pays les plus pauvres.

PARAGRAPHE II : Une libéralisation progressive du secteur de la propriété intellectuelle par l'inclusion de l'ADPIC dans l'OMC

Le système commercial multilatéral institué par l'Accord de Marrakech sur l'OMC se veut intégré, et est d'ailleurs qualifié comme tel dans son Préambule. L'ambition avouée du « Cycle de l'Uruguay » fut d'étendre la compétence du GATT à des secteurs qui lui avaient échappé. L'extension la plus notable consiste à l'évidence dans l'inclusion des services dans le Système OMC. Mais il existe aussi des domaines connexes qui présentent une influence notable, positive ou négative, aussi bien sur le commerce des marchandises que sur celui des services. La question était alors de savoir s'il convenait de les inclure dans le système commercial international et donc de les inclure dans la compétence de la nouvelle OMC. La réponse qui lui a été apportée demeure nuancée. Elle a été positive en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle que dans la seule mesure où ceux-ci étaient liés (ou Trade-related) au commerce. En revanche, elle demeure encore (pour combien de temps ?) négative pour de nombreux autres domaines fondamentaux qui ont été exclus et qui apparaissent comme de véritables lacunes du droit des échanges économiques internationaux⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Articles XIX alinéa 2 et IV alinéa 1.

⁸¹⁰ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 351 à 362.

Se trouve ainsi inséré dans l'Annexe I de l'Acte final de Marrakech, au titre des « accords multilatéraux sur le commerce des marchandises », l'« Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (« ADPIC dans ses initiales en langue française et TRIPS sous ses initiales plus euphoniques en langue anglaise pour « Trade-Related Intellectual Property Rights »).

Cette inclusion de la propriété intellectuelle dans le « Système OMC » est amplement justifiée par diverses raisons économiques. En effet, les droits de propriété intellectuelle sont un objet direct du commerce international sans qu'aucun chiffre précis puisse être avancé faute de statistiques fiables en la matière mais qui peut être estimé aux alentours de 1%.

En outre et surtout, une part importante des services et des produits industriels internationalement échangés incorporent des éléments relevant de la propriété intellectuelle. A côté des domaines classiques de la chimie ou de la pharmacie, c'est le cas aujourd'hui des produits de « haute technologie » dont le prix est dû pour l'essentiel à la sophistication de la valeur ajoutée qui relève de l'ordre « intellectuel » et non à leurs composantes physiques. Avec les mêmes réserves que celles exprimées précédemment, il est loisible d'évaluer, « entre » 15 et 20 % du commerce mondial, les échanges couverts par des brevets ou protégés par des marques. On notera, en outre, que si les produits échangés incorporent une valeur ajoutée « intellectuelle » croissante, leur part dans le commerce mondial va également en augmentant et ce à un rythme rapide de 50 à près de 100%, selon les cas, entre 1985 et 1995.

Enfin, nombre de ces produits incorporant des éléments de la propriété intellectuelle font l'objet d'une large contrefaçon tolérée, voire encouragée par certains pays ; elle frappe en particulier les industries de luxe originaires de pays comme les Etats-Unis, la France ou l'Italie. Les transactions portant sur des produits contrefaits sont couramment estimées à environ 5 % du commerce mondial et ne cessent de coûter de nombreux emplois aux industries des pays exportateurs.

Autrement dit, les enjeux économiques des droits de propriété intellectuelle se révèlent considérables et expliquent, par exemple, les longues réticences de la Chine à rejoindre l'OMC en raison de son refus traditionnel de protéger les Droits de Propriété Intellectuelle (DPI). Constituant aujourd'hui, directement ou indirectement, une composante des échanges internationaux, il était normal de les inclure à cet effet dans le nouveau droit international du commerce. Ceci explique que l'ADPIC possède une portée relativement large et qu'il contienne un régime juridique assez complet et précis.

Cet accord est particulièrement large tant en ce qui concerne sa portée matérielle que personnelle. Ceci étant, il pose des problèmes difficiles de conciliation avec d'autres

instruments ou institutions internationales couvrant le même domaine d'action. Par rapport à ces derniers et en matière de contrôle du régime international posé, l'ADPIC présente des supériorités institutionnelles certaines, en particulier via le mécanisme de règlement des différends.

Tout en s'abstenant de définir ce qu'il faut entendre par « droits de propriété intellectuelle » (DPI), l'Accord en a une conception large de par l'énumération qu'il en donne⁸¹¹ : droit d'auteur et droits connexes, marques de fabrique ou de commerce, indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets, schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés et protection des renseignements non divulgués.

En bref, il s'agit ici de toutes les œuvres de l'esprit, qu'elles portent sur la création littéraire ou artistique, les inventions ayant une application industrielle ou les procédés de commercialisation.

L'Accord se veut d'abord un protecteur de ces droits légitimes en posant un régime juridique adéquat qui emprunte à deux sources : le droit international existant en la matière et les principes fondamentaux du « GATT 1994 ». L'idée dominante est que si les droits de propriété intellectuelle doivent faire l'objet d'une protection légitime, celle-ci ne doit pas constituer un obstacle au commerce international.

Ensuite, l'Accord pose un « cadre multilatéral » de principes, règles et disciplines relatives à la lutte contre la contrefaçon et les marchandises « pirates ».

L'ADPIC apparaît ainsi comme le premier (et aujourd'hui le seul) traité couvrant tous les éléments constitutifs de la propriété intellectuelle et les dotant d'un régime juridique international minimum de protection assorti de moyens efficaces tant nationaux qu'internationaux pour en assurer le respect.

Le droit OMC a pour destinataires normaux les pays membres, ce qui ne veut pas dire pour autant que certaines de ses normes ne possèdent pas les qualités requises pour s'appliquer directement aux justiciables, aux individus.

Or, tel est précisément le cas de l'ADPIC. En effet, ainsi que l'accord le reconnaît lui-même dans son Préambule, « les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés ». Par définition, les œuvres de l'esprit relèvent de l'inventivité de l'homme. Autrement dit, elles ne peuvent avoir pour auteurs que des individus, des personnes physiques.

L'ADPIC devait clairement tirer la conséquence inévitable de cette situation d'évidence. Le régime international posé a pour bénéficiaire « les ressortissants » des pays membres de

⁸¹¹ Article 1, alinéa 2.

l'OMC⁸¹² : « les membres accorderont le traitement prévu dans le présent accord aux ressortissants des autres membres ». Sous ce terme générique de ressortissants sont visées à la fois des personnes physiques en tant qu'inventeurs ou créateurs et les personnes morales en tant que titulaires de certains droits de brevet ou de marques par exemple.

L'économie générale de cet accord ainsi que la terminologie employée sont ici sans la moindre ambiguïté : l'ADPIC, de par sa nature même, a vocation à produire un effet direct dans l'ordre juridique interne de ses membres. Pour reprendre une expression chère au droit communautaire, il fait désormais partie du « patrimoine juridique » des particuliers qui pourront s'en prévaloir en justice devant leurs tribunaux nationaux. Cette justiciabilité de l'ADPIC présente une importance pratique et théorique considérable, comme tout ce qui relève de l'effet direct dans l'ordre interne d'une norme de l'ordre international ; sous le jeu combiné de la supériorité générale du droit international et de l'effet direct d'une de ses règles, le juge interne devra appliquer cette dernière en écartant toute norme nationale contraire. L'effet de levier est ici considérable : au vu de l'expérience communautaire notamment, l'effet direct constitue la meilleure garantie du respect et de l'effectivité d'une règle internationale. En effet, au lieu de laisser le processus d'exécution et de mise en œuvre aux seuls Etats et à leur discrétion, l'initiative appartient ici à des bénéficiaires privés qui auront tout intérêt à saisir leur juge national naturel pour assurer la protection de droits qui leur ont été directement conférés par l'ordre international. Ainsi, grâce à leur effet direct, les droits de propriété intellectuelle constituent le domaine du « Système OMC » bénéficiant des meilleures garanties techniques d'effectivité.

En dépit de sa pertinence, ne semble pas partagée l'analyse précitée par la Cour de Luxembourg. Dans une première affaire *Hermès International*⁸¹³, elle estima ne pas avoir à se prononcer sur la question de l'effet direct de l'article 50, paragraphe 6 de l'ADPIC relatif à la portée des mesures provisoires de protection des DPI que pourraient décider les tribunaux nationaux alors que, dans ses conclusions, l'avocat général Tesauro avait clairement estimé n'avoir à « nourrir aucun doute » quant à cette qualité de cette disposition « suffisamment claire, précise et non conditionnée par l'adoption d'un acte ultérieur »⁸¹⁴. Quelque temps plus tard dans une affaire *Parfums Christian Dior*, elle fut saisie de la même question concernant ce même article de l'ADPIC⁸¹⁵. Comme précédemment, elle évita d'y répondre en estimant qu'il y avait là une question rentrant dans la compétence « mixte » et ici relative au droit

⁸¹² Article 1, alinéa 3.

⁸¹³ Affaire C 53/96, arrêt du 16 juin 1998, Rec. 1998.I.77.

⁸¹⁴ Voir ici le point 36 et l'ensemble de sa démonstration convaincante aux points 22 à 37.

⁸¹⁵ Affaires jointes C-300/98 et C-392/98, arrêt du 14 décembre 2000, Rec. I.II.344.

interne de chaque Etat⁸¹⁶, tout en notant que si la matière avait relevé du droit communautaire, elle aurait refusé de reconnaître l'effet direct de cette disposition⁸¹⁷.

Peu de temps après dans l'affaire C-89/99, *Schieving-Nijstad*⁸¹⁸, la CJCE devait malheureusement confirmer cette approche sans la moindre ambiguïté, en estimant que cet article 50-6 de l'ADPIC, comme l'accord tout entier d'ailleurs, ne saurait être revêtu de la qualité « d'effet direct » en créant « pour le particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge national en vertu du droit communautaire »⁸¹⁹.

C'est ici l'un des aspects le plus complexe de l'ADPIC et qui contribue à faire de l'OMC la « mosaïque » qui avait souvent été dénoncée à propos du GATT. La difficulté réside dans ce que l'ADPIC applique à la propriété intellectuelle à la fois « les principes fondamentaux du GATT » et les « accords de conventions internationaux pertinents », tout en tenant compte de l'existence de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et de ses acquis et en coopérant avec elle sous la forme de l'instauration d'un « soutien mutuel »⁸²⁰.

Par droit de propriété intellectuelle « pertinent » protégeant déjà les ressortissants des pays membres, l'ADPIC désigne la Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle, la Convention de Berne de 1971 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, la Convention de Rome de 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, et le Traité de Washington de 1989 sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (Traité IPIC)⁸²¹.

Sans pouvoir ici rentrer dans toute la complexité et les détails des rapports que dans chaque domaine couvert l'ADPIC entretient avec la législation internationale existante « pertinente », on se contentera d'en présenter les traits caractéristiques.

Tout d'abord, le principe est posé que l'ADPIC ne déroge en rien au caractère obligatoire pour ses membres des conventions internationales auxquelles ils sont partis. C'est dire aussi bien l'étendue des droits conférés, les exceptions que les réserves exprimées en leur temps à ces instruments resteront en l'état pour les participants⁸²².

⁸¹⁶ Point 48 de la décision.

⁸¹⁷ Point 44 de la décision.

⁸¹⁸ Arrêt du 13 septembre 2001, Rec. I.5851.

⁸¹⁹ Point 53 de l'arrêt.

⁸²⁰ Voir le Préambule et l'article 68.

⁸²¹ Article 1, alinéa 3.

⁸²² Article 2.

Ensuite, si des pays membres de l'OMC ne sont pas partis à certaines conventions plus importantes que d'autres, à savoir celles de Paris de 1967 et de Berne de 1971, ils devront en respecter le noyau dur dans les conditions posées par l'ADPIC.

De plus, à ce corpus juridique minimal appliqué à tous les membres de l'OMC s'ajoutent des éléments obligatoires posés par l'ADPIC lui-même et concernant chaque catégorie de droits de propriété intellectuelle (c'est ce qui a souvent été caractérisé d' « éléments plus » ou « plus élément »).

La conséquence, et d'ailleurs but avoué, de cette approche est de soumettre tous les pays membres de l'OMC à un même régime juridique harmonisé en matière de protection des droits de propriété intellectuelle, que ceux-ci soient ou non parties aux conventions internationales pertinentes en vigueur.

Dans son principe, le régime ADPIC s'impose également à tous les Etats membres de l'OMC, développés comme en voie de développement. Toutefois, il est bien clair que pour ces derniers l'effort à accomplir est considérable, d'où l'octroi initial de délais supplémentaires de mise en œuvre. Pour les pays les moins développés, c'est-à-dire les plus pauvres et l'on en compte 32 sur les 150 que compte l'OMC, la période transitoire de onze ans qui expirait au 1^{er} janvier 2006 devait se révéler insuffisante. Dans ces conditions, en vertu de l'article 66, alinéa 1 de l'ADPIC, le Conseil en charge de cet accord décida, par consensus, le 29 novembre 2005, d'une prorogation jusqu'au 1^{er} juillet 2013. Désormais, les pays les moins avancés auront jusqu'à cette date, sans préjudice d'extensions ultérieures dès maintenant envisagées, pour accorder une protection au droit d'auteur, aux marques de fabrique et de commerce, aux brevets et autres droits de propriété intellectuelle couverts par ledit Accord.

Cette préoccupation est louable mais n'est pas sans poser de sérieuses difficultés. Ainsi, la législation internationale « pertinente » peut évoluer, à la suite de l'adoption d'amendements par les parties contractantes sans que celles-ci fassent toutes parties de l'OMC, comme c'est le cas aujourd'hui : à qui s'appliqueront ces révisions ? Ne lieront-elles seulement que les Etats parties ? Cela signifierait alors la rupture de l'uniformité du régime juridique minimum voulu par l'ADPIC, en officialisant les déséquilibres entre les droits et obligations des pays membres de l'OMC recréant ainsi une institution « à la carte ». Devront-elles être étendues (si bien sûr elles sont substantielles) à tous les pays membres de l'OMC par un amendement en bonne et due forme de l'ADPIC dont l'adoption unanime ne saurait être tenue pour acquise et, ici encore, avec le risque de retour à une institution « à la carte », en cas de refus de nombre de pays membres ?

De même, au cas où un mécanisme de règlement des différends propre à l'OMPI, dans le cadre de sa mission d'administration des conventions internationales dont elle a la responsabilité (et tel est le cas de celles de Paris et de Berne), viendrait à être établi (et il existe un projet en ce sens), comment se concilierait-il avec celui institué au sein de l'OMC ?

En la matière, la supériorité de l'ADPIC par rapport au « système OMPI » est flagrante, en raison à la fois de la variété des organes de contrôle et de la précision des obligations qui leur incombent⁸²³. Ces contrôles se situent à deux niveaux : national par les administrations et tribunaux étatiques et international par l'entremise des organismes de l'OMC.

L'ADPIC contient tout un « vademecum » détaillé en la matière précisant à la fois le rôle des administrations et surtout des tribunaux nationaux, pour que les Etats satisfassent à leur obligation générale de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et d'en sanctionner les atteintes.

Pour les marchandises contrefaites ou « pirates », le détenteur du droit pourra obtenir la suspension de la mise en circulation de ces produits par les autorités douanières⁸²⁴. Le demandeur devra déposer une caution ou une garantie équivalente et indemniser tant l'importateur que le propriétaire des marchandises pour éviter les requêtes abusives et protectionnistes. La destruction des marchandises pourra être décidée mais sous contrôle judiciaire.

Les procédures judiciaires ou administratives, selon le cas, devront répondre à un certain nombre de critères constitutifs d'une bonne administration de la justice⁸²⁵ : elles seront « loyales et équitables »⁸²⁶, elles ne seront pas « inutilement complexes ou coûteuses »⁸²⁷, et ne comporteront pas de « délais déraisonnables »⁸²⁸ ; les autorités judiciaires disposeront du pouvoir d'injonction⁸²⁹, d'accorder des dommages et intérêts⁸³⁰, de prendre d'autres mesures correctives comme la destruction ou la mise hors des circuits commerciaux de la marchandise concernée⁸³¹ ou encore d'ordonner des mesures provisoires⁸³². Enfin, des procédures pénales dissuasives mais proportionnelles aux délits et pouvant inclure des amendes ou des peines de

⁸²³ Voir en général les parties III, V et VII.

⁸²⁴ Voir la Section 4 et les articles 51 à 60.

⁸²⁵ Articles 41 à 50.

⁸²⁶ Article 41 alinéa 2 et article 42 qui va jusqu'à préciser les droits du défendeur à être informé en temps utile, à être représenté par un conseil indépendant, tandis que l'article 43 va encore plus loin dans le détail en s'attachant au régime de la preuve...

⁸²⁷ Article 41, alinéa 2.

⁸²⁸ Ibid.

⁸²⁹ Article 44.

⁸³⁰ Article 45.

⁸³¹ Article 46.

⁸³² Article 50.

prison devront sanctionner les « actes délibérés de contrefaçon...ou de piratage... commis à une échelle commerciale »⁸³³.

Les contrôles de nature internationale exercés par l'OMC sont ceux classiques existant au sein de cette institution et qui peuvent ici faire l'objet d'un simple rappel.

Tout d'abord, l'accord sur les droits de propriété intellectuelle sera supervisé par le Conseil de l'ADPIC agissant, comme les autres conseils décentralisés de cette nature, « sous la conduite générale du Conseil général » de l'OMC⁸³⁴. Le Conseil ADPIC devra contrôler la manière dont les pays membres respectent leurs obligations ; il le fera par la voie traditionnelle des consultations⁸³⁵.

Ensuite, si un différend surgit, il sera soumis au mécanisme de règlement de droit commun institué au sein de l'OMC. En termes d'efficacité, l'avantage est certain dans la mesure où la procédure peut déboucher sur des « rétorsions croisées », ce qui est de nature à encourager certains pays à respecter la protection des droits de propriété intellectuelle de crainte de voir des intérêts commerciaux qu'ils jugent plus importants et sensibles frappés de restrictions sur les marchés des membres affectés. En outre, on rappellera l'interrogation précédente – et actuellement sans réponse car purement spéculative – concernant la conciliation entre le système institué au sein de l'OMC avec l'organisation de règlement des différends (ORD) et celui éventuellement mis sur pied à l'intérieur de l'OMPI ; une telle concurrence créerait une situation de « forum shopping » dont les pays habiles ne manqueraient pas de faire usage.

La propriété intellectuelle est rapidement devenue l'un des domaines où les contentieux commerciaux se sont le plus vite développés. Ainsi, au cours des ans, environ 15% des différends dont l'ORD a eu à connaître ont concerné, à des degrés divers, les droits de propriété intellectuelle et leur protection.

En d'autres termes, les droits de propriété intellectuelle visent à encourager la création artistique ou industrielle, par la protection des inventions qui en découlent. Ils sont généralement justifiés par la théorie de la « récompense ». En vertu de celle-ci, une personne ayant investi du temps et de l'argent dans la recherche et la création d'un produit, d'une marque commerciale ou d'une œuvre artistique, a le droit de retirer les bénéfices monétaires et/ou moraux qui y sont liés⁸³⁶. Ce droit est concrétisé par l'octroi au(x) titulaire(s) de

⁸³³ Article 61.

⁸³⁴ Article IV ,alinéa 5.

⁸³⁵ Article 68.

⁸³⁶ Philippe Vincent, l'OMC et les pays en développement, op.cit.

l'invention d'un droit d'exploitation exclusif, limité ou non dans le temps suivant les cas⁸³⁷. Les pays développés avaient particulièrement insisté sur la nécessité d'inclure la protection de la propriété intellectuelle dans les négociations de l'Uruguay Round. Ils estimaient en effet que le manque de protection adéquate de ces droits, particulièrement dans les pays en développement, occasionnait des pertes considérables à leurs entreprises⁸³⁸. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), forum traditionnel de négociation de ces problèmes, était considérée comme inadéquate pour trois raisons.

En premier lieu, certains pays en développement n'avaient pas adhéré aux principales conventions de protection des droits de propriété intellectuelle⁸³⁹. Ils n'étaient donc pas tenus par leur texte. En deuxième lieu, ces conventions n'insistaient que sur la clause du traitement national, sans prévoir le niveau ni la durée de la protection. En troisième lieu, l'absence de mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMPI empêchait les pays développés d'imposer le respect des conventions à leurs partenaires en développement, même lorsque ceux-ci y avaient formellement adhéré⁸⁴⁰.

L'utilité de la protection des droits de propriété intellectuelle pour les pays en développement est controversée⁸⁴¹. Pour ses partisans, l'absence d'une telle protection ralentit le développement économique de ces pays. Les entreprises des pays industrialisés hésiteraient en effet à y opérer des investissements. Ceux-ci risqueraient de ne pas être rentables en cas d'impossibilité de protéger sur place les inventions faites⁸⁴². De plus, les entreprises pharmaceutiques seraient peu enclines à investir dans la recherche de remèdes contre certaines maladies touchant essentiellement les pays du Sud et peu ceux du Nord (par exemple la malaria). Les médicaments obtenus risqueraient d'être immédiatement copiés dans

⁸³⁷ Voy. par ex. M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, *Brevets et sous- développement. La protection des inventions dans le Tiers-monde*, Paris, Librairies techniques, 1972, p. 19.

⁸³⁸ Voy. à ce sujet *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effect on U.S. Industry and Trade*, USTR Pub. N° 2065, 1988 et *Basic Framework of GATT provisions on Intellectual Property*, Statement of view of the European, Japanese and United States Business Communities, 1988.

⁸³⁹ Parmi celles-ci, on peut citer la Convention de Paris de 1883 sur la protection de la propriété industrielle, et la Convention de Berne de 1886 sur la protection de la propriété littéraire et artistique.

⁸⁴⁰ Voy. F. ABBOTT, « Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, pp. 702-706.

⁸⁴¹ Voy. par ex. P. CHALLU, « The Consequences of Pharmaceutical Product Patenting », *World Competition*, 1991-92/2, pp. 65-126, et la réplique de R. ROZEK, « The Consequences of Pharmaceutical Product Patenting : A Critique », *World Competition*, 1992-93/3, pp. 91-106, ainsi que C. PRIMO BRAGA, « The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT : A View from the South », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, pp. 243-264, et D. GUTTERMANN, « The North- South Debate Regarding the Protection of Intellectual Property Rights », *Wake Forest Law Review*, 1993, pp. 89-139.

⁸⁴² Voy. R. SHERWOOD, *Intellectual Property and Economic Development*, Boulder, Westview Press, 1990, pp. 166-170.

les pays touchés et, par conséquent, de ne jamais être commercialisés par la firme ayant fait l'investissement des frais de recherche. Celle-ci rechignera donc à les exposer⁸⁴³.

La vision des pays en développement était bien différente. Ils appréhendaient beaucoup une réglementation internationale contraignante des droits de la propriété intellectuelle. Ils craignaient que cette réglementation constitue pour eux un obstacle à l'accès aux technologies modernes produites dans les pays développés⁸⁴⁴. L'absence de protection des inventions brevetées leur permettait d'acquérir des médicaments ou d'autres produits, par l'intermédiaire du canal de commercialisation le moins coûteux, ou de les produire sur place⁸⁴⁵.

Ils redoutaient que l'obligation d'accorder une protection aux inventions brevetées dans les pays développés entraîne des conséquences économiques défavorables pour leurs populations, telles qu'un accroissement du prix des médicaments ou l'interdiction de la culture de certaines plantes brevetées⁸⁴⁶. Les pays en développement insistaient sur le fait que certains pays développés avaient attendu longtemps avant de légiférer sur la brevetabilité des médicaments. Ils estimaient donc nécessaires que l'ADPIC prenne leur situation en compte et leur accorde des exceptions à ses principes.

On peut enfin s'interroger sur l'adéquation du forum choisi pour l'internationalisation de la protection de la propriété intellectuelle. L'OMC a pour objectif principal de libéraliser les échanges internationaux alors que la protection des droits de propriété intellectuelle forme un obstacle à cette libéralisation. En effet des produits ne pourront pas circuler, ni même être fabriqués, sous prétexte qu'ils violent un droit de propriété intellectuelle.

Le GATT de 1947 reconnaissait déjà la légitimité des revendications des détenteurs de droits de propriété intellectuelle. Son article XX d) autorisait en effet une dérogation à l'interdiction des restrictions quantitatives, afin de protéger ces droits. L'ADPIC va cependant beaucoup plus loin. En obligeant les pays en développement à adopter une législation de protection de la propriété intellectuelle, il empiète largement sur leur souveraineté. Il leur impose une conception du commerce international qui va bien au-delà de la libéralisation des échanges.

Les Etats-Unis et la Communauté européenne exercèrent des pressions aussi bien diplomatiques qu'économiques sur les pays en développement, afin que ceux-ci acceptent le

⁸⁴³ Voy. à ce sujet B. RAPP et R. ROZEK, « Benefits and Costs of Intellectual Protection in Developing Countries », *JWTL*, 1990/5, pp. 86-89 et 95-96.

⁸⁴⁴ Voy. doc. GATT MTN.GNG/NG11/W/28.

⁸⁴⁵ Voy. UNCTAD, *Guidelines on Technology Issues in the Pharmaceutical Sector in the Developing Countries*, New York, Office des Publications des Nations Unies, 1982, p. 17. Voy. également C. RAGHAVAN, *Recolonization. GATT, the Uruguay Round and the Third World*, Londres, Zed Books, 1990, p. 45.

⁸⁴⁶ Pour un commentaire, voy. C. RAGHAVAN, *Recolonization : GATT, the Uruguay Round and the Third World*, London, Zed Books Ltd, et Penang, Third World Network, 1990, p. 45, et P. CHALLU, « The Consequences of Pharmaceutical Product Patenting », *World Competition*, 1991-92/2, pp. 65-126

principe de la protection des droits de propriété intellectuelle. Un premier type de pression concernait le SGP. Le maintien de son bénéfice vis-à-vis de certains pays en développement fut conditionné à l'adoption de telles législations. En 1988, les Etats-Unis augmentèrent de 100% les droits de douane applicables sur trente-quatre produits originaires du Brésil bénéficiaires de leur SGP pour cette raison⁸⁴⁷. Ils exercèrent également des pressions similaires sur l'Inde⁸⁴⁸ et la Thaïlande⁸⁴⁹. La Communauté européenne, de son côté, exclut la Corée du Sud du bénéfice de son SGP de 1988⁸⁵⁰ à 1992⁸⁵¹, au motif qu'elle ne lui appliquait pas le même traitement qu'à d'autres partenaires commerciaux dans le domaine de la protection des droits de propriété intellectuelle.

La Super Section 301 de l'« Omnibus Trade and Competitiveness Act » américain de 1988 prévoyait la possibilité de prendre des mesures commerciales de rétorsion à l'encontre d'Etats ne respectant pas les droits de propriété intellectuelle des entreprises américaines, même sans être liés par les conventions de l'OMPI. Dans le cadre du « Nouvel Instrument de Politique Commerciale » (NIPC), procédure similaire à la Section 301 américaine, la Communauté européenne menaça l'Indonésie et la Thaïlande de sanctions commerciales pour non-respect des droits de propriété intellectuelle sur son territoire, alors que les deux Etats n'étaient pas liés par les conventions de l'OMPI pertinentes⁸⁵².

Les pays développés furent finalement rejoints par un certain nombre de pays en développement. Douze d'entre eux soumièrent, en 1990, une proposition traitant aussi bien du commerce des marchandises contrefaites que des principes devant s'appliquer aux droits de propriété intellectuelle⁸⁵³. Ces diverses propositions allaient permettre d'arriver à un accord global pour le 15 décembre 1993.

L'Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (en abrégé ADPIC)⁸⁵⁴ établit et harmonise des règles minimales en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. Son spectre est particulièrement large. Il couvre aussi bien les droits de propriété industrielle (marques, brevets...) que les droits d'auteur et les circuits

⁸⁴⁷ US Federal Register, 24 octobre 1988.

⁸⁴⁸ Voy. la plainte de l'Inde adressée au comité du commerce des marchandises du GATT (IBDD, supp. n° 38, p. 28).

⁸⁴⁹ Voy. O. LUNT, « Graduation and the GATT: the Problem of the NICs », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, p. 626.

⁸⁵⁰ Règlement 3912/87 CEE, JOCE 1987, L 369/1.

⁸⁵¹ Règlement 282/92 CEE, JOCE 1992 L 31/1.

⁸⁵² Affaire IFPI Indonésie (JOCE 1987, C 136/4) et IFPI Thaïlande (JOCE 1991, C 189/26).

⁸⁵³ Voy. la communication de l'Argentine, du Brésil, du Chili, de la Chine, de la Colombie, de Cuba, de l'Egypte, de l'Inde, du Nigéria, du Pérou, de la Tanzanie et de l'Uruguay, doc. GATT MTN.GNG/NG11/W/71.

⁸⁵⁴ L'Accord est également connu sous son acronyme anglais de « TRIPs » (Trade-related Aspects of the Intellectual Property Rights).

d'ordinateur. Il contient les clauses du traitement national⁸⁵⁵ et du traitement de la Nation la Plus Favorisée⁸⁵⁶. Il passe successivement en revue les différents droits de propriété intellectuelle⁸⁵⁷. Dans chaque cas, les conditions, la portée et la durée de la protection accordée sont précisées. Les Etats sont autorisés, sans que cela soit une obligation, à mettre en œuvre une protection plus large que celle prévue par l'Accord⁸⁵⁸.

L'Accord contient également des dispositions relatives aux procédures applicables à l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'aux voies de recours civiles, administratives et pénales dont doivent disposer les bénéficiaires pour faire respecter leurs droits⁸⁵⁹.

Par conséquent, aucune négociation ne devra être entreprise au sein de l'Accord ADPIC. Tous les membres de l'OMC sont obligés d'accorder une protection aux droits de la propriété intellectuelle de tous les ressortissants des autres membres. Ils ne peuvent conditionner cette protection à des concessions octroyées dans d'autres secteurs.

Les législations de protection des droits de propriété intellectuelle sont purement internes. Comme dans l'AGCS, la clause du traitement national joue un rôle fondamental dans l'Accord ADPIC. Celui-ci exige que la protection accordée aux inventeurs nationaux soit étendue aux ressortissants étrangers. La Clause de la Nation la Plus Favorisée ne joue plus qu'un rôle mineur.

La structure de l'Accord sur les aspects relatifs au commerce des droits de la propriété intellectuelle (ADPIC) est fondamentalement différente de celle des deux autres Accords généraux. Il ne s'agit pas ici de libéraliser la circulation de biens ou de services mais d'assurer au niveau mondial la protection des droits de propriété intellectuelle. La notion de « mesures de sauvegarde » n'y a donc pas le même sens.

Les pays en développement n'ont pas obtenu l'inclusion de mesures de sauvegarde dans le texte de l'ADPIC. Les pays développés y étaient opposés. La seule disposition allant dans ce sens est l'article 31 de l'Accord. Celui-ci prévoit qu'en cas d'urgence, un Etat pourra utiliser un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit. Toutefois, cette disposition pourrait être difficilement invoquée pour justifier la suspension d'un brevet afin de protéger une industrie pharmaceutique naissante.

⁸⁵⁵ Article 3 de l'Accord.

⁸⁵⁶ Article 4 de l'Accord.

⁸⁵⁷ Partie II de l'Accord.

⁸⁵⁸ Article 1^{er}.

⁸⁵⁹ Articles 41 à 61.

Les pays en développement n'ont obtenu que des exceptions à l'application de l'Accord. Celles-ci sont destinées à éviter que l'obligation qu'ils ont dorénavant de protéger les droits de la propriété intellectuelle leur inflige de lourdes contraintes. Ils ont également des périodes transitoires de durées variables pour la mise en œuvre des dispositions de l'Accord.

La principale mesure en faveur des pays en développement fut la possibilité qui leur était offerte de différer son application. Les pays en développement ainsi que les pays en transition vers une économie de marché ont en effet disposé d'une période transitoire de cinq ans, à partir de l'entrée en vigueur de l'Accord⁸⁶⁰, pour mettre en vigueur les obligations découlant de celui-ci⁸⁶¹. Ce délai était porté à dix ans pour les brevets⁸⁶². Les pays du Sud étaient toutefois tenus d'observer immédiatement les clauses du traitement national et de la Nation la Plus Favorisée. De plus, ils n'étaient pas autorisés à modifier leur législation dans un sens moins protecteur pendant la période de transition⁸⁶³.

Ce délai apparaît comme particulièrement court. En effet, comme on a pu le remarquer, « il convient de noter que cette période semble courte pour permettre, aux PMA surtout, de profiter de cette dérogation afin de poser les jalons d'un développement technologique solide (...) En réalité, la période transitoire a été introduite dans le projet d'accord pour écarter le principe du traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement. L'objectif recherché est de ne plus moduler ou graduer les obligations juridiques en fonction du niveau de développement économique et technologique des Etats. Il découle des développements précédents un risque de régression juridique par rapport au principe du traitement spécial et différencié »⁸⁶⁴.

Les pays les moins avancés disposent, quant à eux, d'un délai général de vingt ans pour l'application de toutes les dispositions de l'Accord ADPIC, à l'exception de la clause du traitement national et de celle de la Nation la Plus Favorisée. Fixée à l'origine à dix ans, cette période de transition fut allongée à vingt ans à l'issue de la Conférence ministérielle de Doha en novembre 2001⁸⁶⁵. Tout comme les autres pays en développement, les PMA ne sont pas autorisés à modifier leur législation dans un sens moins protecteur pendant la période de transition⁸⁶⁶. Ce délai supplémentaire qui leur est accordé est aussi représentatif de la tendance générale de l'OMC à réserver le traitement différencié aux seuls PMA et d'inciter

⁸⁶⁰ Celui-ci étant entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, la période transitoire a pris fin le 1^{er} janvier 2001.

⁸⁶¹ Article 65 alinéas 2 et 3.

⁸⁶² Soit jusqu'au 1^{er} janvier 2006.

⁸⁶³ Article 65 alinéa 5.

⁸⁶⁴ A. TANKOANO, « L'accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce », Droit et pratique du commerce international, 1994, p. 466.

⁸⁶⁵ Paragraphe 7 de la déclaration sur l'Accord ADPIC et la santé publique.

⁸⁶⁶ Article 65 alinéa 5.

les autres pays en développement, notamment l'Inde, le Brésil et la Chine, à appliquer au plus vite les disciplines générales des nouveaux Accords.

La faiblesse des pertes encourues par les multinationales dans les pays les moins avancés justifie cette apparente générosité envers ceux-ci. Officiellement, celle-ci est motivée par la flexibilité dont ils ont besoin pour « créer une base technologique solide et viable ».

On a fait remarquer que cette justification reflétait les hésitations quant au bien-fondé de la protection des droits de propriété intellectuelle dans le contexte du développement économique⁸⁶⁷.

Pour un pays en développement souhaitant suspendre temporairement la protection d'un droit de propriété intellectuelle pour protéger un secteur de son économie, la seule solution est de demander une dérogation à l'OMC. Le vote d'une telle dérogation requiert cependant une majorité des trois quarts des votes émis⁸⁶⁸.

Comme c'était déjà le cas pour les deux autres Accords généraux, l'exigence de réciprocité n'apparaît nulle part dans le texte de l'Accord ADPIC. Dans le cadre de ce dernier, cela paraît tout à fait logique. Il ne s'agit pas de négocier la protection des droits de la propriété intellectuelle. Celle-ci est rendue obligatoire par le texte de l'Accord lui-même. Aucune négociation ultérieure ne devra avoir lieu à l'occasion de laquelle des concessions pourraient être échangées.

Les caractéristiques de l'Accord rendaient extrêmement difficile l'octroi de mécanismes de différenciation positive aux pays en développement. Seuls des délais dans l'application des dispositions de l'Accord purent leur être accordés. Il était difficilement concevable d'éviter le retour à la réciprocité dans ce domaine, sauf à dispenser les pays en développement de l'application de l'Accord. Cela aurait été contre la volonté des pays développés qui souhaitaient précisément imposer le respect des droits de propriété intellectuelle aux pays en développement.

L'Accord contient la Clause de la Nation la Plus Favorisée⁸⁶⁹. Dans ce cas précis, la clause implique que tous les Etats membres de l'OMC devront protéger de la même façon tous les droits de propriété intellectuelle de tous les autres Etats membres.

Ceci est une nouveauté importante dans le domaine de la protection internationale des droits de propriété intellectuelle. Les conventions classiques consacraient presque exclusivement le

⁸⁶⁷ Voy. M. BRONCKERS, « The impact of ADPIC: Intellectual Property Protection in Developing Countries », CMLR, 1994, p. 1252.

⁸⁶⁸ Article IX alinéa 3 de l'Accord instituant l'OMC.

⁸⁶⁹ Article 3.

principe du traitement national. Celui-ci se trouve d'ailleurs d'avantage au cœur des litiges en la matière.

Le traitement de la Nation la Plus Favorisée, s'il est contenu dans le texte de l'Accord, n'a provisoirement pas besoin peut-être de prévoir une exception en faveur des pays en développement. Ce sont effectivement les pays développés qui sont quasi exclusivement demandeurs de protection. L'exception à la Clause de la Nation la Plus Favorisée impliquerait probablement une protection plus longue accordée aux droits de la propriété intellectuelle dont se prévaudraient les pays en développement. Or, comme leur développement technologique est plus faible, on a considéré qu'ils en avaient moins besoin.

S'il est clair que certains nouveaux pays industrialisés demanderont l'application de la protection pour certaines de leurs inventions, il est tout aussi clair que les pays développés refuseront d'accorder une protection préférentielle à ces inventions. Leur motivation sera simple. Si l'industrie d'un pays est suffisamment développée pour qu'il demande la protection de ses inventions, il ne peut plus être considéré comme un pays en développement. La question ne se posera vraiment que lorsqu'un pays dont la qualité de pays en développement ne pourra être remise en question demandera à bénéficier d'une protection préférentielle de ses inventions. L'hypothèse n'est pas un cas de figure. On peut imaginer que des multinationales s'établissent dans certains pays en développement dans le seul but de voir attribuer à leurs inventions l'origine de ces pays, si cette origine pouvait leur faire bénéficier d'une protection plus longue sur les marchés des pays développés.

Une telle exception en faveur du développement économique pourrait être favorable, dans certaines conditions, aux pays en développement en incitant des firmes à venir s'établir sur leur territoire. Il est cependant peu probable qu'un tel traitement préférentiel soit accordé dans ces conditions.

Les pays en développement ont obtenu une concession importante à leurs yeux. Ils pourront exclure de la brevetabilité les végétaux et les animaux⁸⁷⁰. Ils devront toutefois mettre en place un système de protection adéquat pour ces derniers. Cette exception est importante essentiellement dans le domaine de l'alimentation. Des variétés de riz ou d'autres plantes comestibles ayant un rendement supérieur tomberont dans le domaine public et pourront dès lors être utilisées immédiatement par les agriculteurs du Sud sans que ceux-ci aient à rémunérer l'inventeur de la plante.

⁸⁷⁰ Article 27 alinéa 3 b de l'Accord ADPIC.

Cependant, ils n'ont pas pu obtenir ce qui paraissait fondamental à leurs yeux, c'est-à-dire une dispense de la brevetabilité des médicaments. Seules les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales peuvent être exclues de la brevetabilité par les Etats membres⁸⁷¹. Ces méthodes n'étaient de toute façon pas brevetables, puisqu'elles n'étaient pas susceptibles d'applications industrielles. Seuls les produits susceptibles de telles applications peuvent en effet être brevetés⁸⁷². La production locale à meilleur coût de médicaments, selon des formules brevetées dans les pays développés, est donc devenue illégale à partir du moment où les pays du Sud ont été liés par l'Accord ADPIC. L'obligation faite aux pays en développement de laisser breveter les médicaments risque par conséquent de coûter fort cher à leurs populations.

Les pays en développement tentèrent d'obtenir une dispense de la brevetabilité des médicaments, en invoquant l'argument de l'industrie naissante. En vertu de celui-ci, des firmes pharmaceutiques s'implantant sur le territoire d'un pays en développement devraient pouvoir procéder sans entraves à la fabrication de médicaments brevetés ailleurs, le temps pour elles d'acquérir une taille suffisante pour être viables. Ce raisonnement fut toutefois repoussé par les pays développés.

L'Accord prévoit cependant une période transitoire de dix ans pour l'application des dispositions en matière de brevets⁸⁷³. L'Accord étant entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, la pleine protection des brevets concernant les médicaments ne dut donc jouer qu'à partir du 1^{er} janvier 2006. Les titulaires d'invention purent cependant introduire une demande de brevet pendant cette période transitoire, mais les autorités des pays en développement n'étaient pas tenues d'examiner cette demande avant la fin de la période. Elles doivent toutefois accorder un droit exclusif de commercialisation au bénéficiaire du droit, dès que celui-ci aura introduit la demande. L'Inde fut condamnée en 1997 par un rapport de panel, pour ne pas avoir établi un tel mécanisme de priorité pendant la période de transition⁸⁷⁴. La plainte émanant des Etats-Unis et de la Communauté européenne prouvait le souhait des pays développés de voir leurs partenaires en développement protéger au plus vite les droits de propriété intellectuelle sur leur territoire.

Tous les yeux étaient tournés vers les grandes puissances, pour savoir si elles oseraient attaquer des pays en développement pour non-respect de l'Accord ADPIC ; ce qui aurait risqué de mettre à mal leur image internationale.

⁸⁷¹ Article 27 alinéa 3 a.

⁸⁷² Article 27 alinéa 1.

⁸⁷³ Article 65 alinéa 4.

⁸⁷⁴ Rapport de panel WT/DS50/R. Cf. infra, note 27.

Les Etats-Unis réagirent rapidement. Le 30 avril 1996, ils demandèrent l'ouverture de consultations avec le Pakistan à propos de l'absence dans cet Etat de procédure permettant de déposer des demandes de brevets et de bénéficier dans l'intervalle d'une protection. Aucun panel ne fut mis en place car le Pakistan accepta de modifier sa législation en ce sens⁸⁷⁵.

Quelques mois plus tard, le 2 juillet 1996, une demande similaire était adressée à l'Inde, à la fois par les Etats-Unis et la Communauté européenne. Cette fois, un panel fut mis en place. Il condamna l'Inde pour l'absence d'un tel mécanisme obligatoire, malgré le fait que la protection en tant que telle des brevets ne devait être assurée qu'à partir de 2006⁸⁷⁶. L'Inde fut obligée d'adapter sa législation en 1999.

En 1999, deux plaintes similaires étaient lancées contre l'Argentine par les Etats-Unis⁸⁷⁷, à l'issue desquelles l'Argentine accepta elle aussi d'adapter sa législation.

Ces cinq affaires concernaient simplement des dispositions réglementaires, même s'il ne faut pas en nier l'importance. Un litige plus crucial allait éclater en 2000 entre les Etats-Unis et le Brésil relativement à la loi brésilienne limitant la protection des brevets aux produits fabriqués sur le sol brésilien et non aux produits importés⁸⁷⁸. Un panel fut mis en place mais il n'eut pas l'occasion de rendre une décision. Les Etats-Unis abandonnèrent en effet la procédure, moyennant la promesse par le gouvernement brésilien d'avoir des entretiens préalables avec le gouvernement américain au cas où le premier déciderait d'imposer une licence obligatoire sur des brevets détenus par des sociétés américaines. Cet abandon fut considéré comme une victoire par les pays en développement. Il intervenait en effet avec en arrière-plan l'affaire des licences sud-africaines sur le SIDA. Depuis lors, plus aucune procédure de règlement de différends concernant la propriété intellectuelle n'a été intentée par un pays industrialisé contre un pays en développement.

L'absence d'exception à l'obligation de la brevetabilité des médicaments n'allait pas tarder à causer des problèmes cruciaux aux pays du Sud habitués à commercialiser sur leur territoire des médicaments génériques à bas prix afin de permettre à leurs populations d'acquérir les remèdes indispensables à leur survie. Comment allaient-ils réagir à la suite de l'obligation qui leur était faite d'accorder la brevetabilité auxdits médicaments et à rémunérer les titulaires des

⁸⁷⁵ Affaire WT/DS36, Pakistan – protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, et le doc. IP/D/2/Add.1 contenant la solution mutuellement agréée entre les deux Etats.

⁸⁷⁶ Affaire WT/DS50 (plainte des Etats-Unis) et 72 (plainte de la Communauté européenne), Inde - protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture.

⁸⁷⁷ Affaires WT/DS171, Argentine - protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture et WT/DS196, Argentine- certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais.

⁸⁷⁸ Affaire WT/DS199, Brésil – mesures affectant la protection conférée par un brevet.

brevets, surtout dans les cas des maladies extrêmes, telles le SIDA ? L'Afrique du Sud allait être la première à prendre des initiatives dans ce domaine.

Confrontée à une terrible épidémie de SIDA sur son territoire, elle adopta, en 1997, le « Medicines and Related Substances Control Amendment Act ». Cette loi autorise le gouvernement à produire des médicaments génériques contre le SIDA ou à les importer de pays tiers, sans rémunérer les titulaires des brevets. Elle constituait clairement une violation de l'article 31 de l'Accord ADPIC. L'Afrique du Sud justifiait celle-ci eu égard au nombre de malades sur son territoire et à leur pauvreté. Il est à noter qu'elle rechignait, il y a peu, à réclamer le statut de pays en développement et le traitement différencié qui lui est associé. Depuis la fin des années 90, elle a résolument rejoint le groupe des pays en développement, notamment le Brésil et l'Inde avec lesquels elle forme, depuis la déclaration politique de Brasilia de juin 2003, un trio de pays en développement démocratiques (IBAS) défendant un certain nombre de positions communes sur la scène internationale. Ils sont notamment à la base du G20 qui cause bien des soucis aux pays développés, depuis la Conférence ministérielle de Cancún de 2003.

Cette législation était inattaquable devant l'ORD, puisque l'Afrique du Sud était tenue au plus tôt de respecter la brevetabilité des médicaments le 1^{er} janvier 2001. Aucun membre de l'OMC n'osa par ailleurs l'attaquer devant l'ORD pour cette violation. Les Etats-Unis soufflèrent d'ailleurs le chaud et le froid. Au début de l'année 1999, le gouvernement américain proposa au Congrès de bloquer toutes les aides à destination de l'Afrique du Sud tant que celle-ci n'aurait pas abrogée la législation contestée⁸⁷⁹. Quelques mois plus tard, le 17 septembre 1999, en pleine campagne électorale américaine, le gouvernement américain et l'Afrique du Sud publièrent cependant une déclaration commune par laquelle la légitimité de ces mesures était reconnue.

L'initiative vint donc des firmes pharmaceutiques elles-mêmes. En 1999, trente-neuf d'entre elles contestèrent cette loi devant les juridictions sud-africaines, arguant d'un éventuel effet direct de l'Accord ADPIC que même la CJCE lui a refusé⁸⁸⁰. Ces actions furent retirées en 2001, sous la pression de l'opinion publique internationale.

La situation était par conséquent particulièrement embarrassante pour l'OMC. Certains de ses membres risquaient de bafouer impunément les règles qu'elle édictait, personne n'osant prendre l'initiative d'une plainte devant l'ORD qui aurait gravement terni son image

⁸⁷⁹ US Public Law 105-277, 105^e Congrès, 1999.

⁸⁸⁰ Voy. à ce sujet P. VINCENT, « Les relations entre l'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce », *Journal des Tribunaux – droit européen*, 2001, pp. 105-110.

internationale. La question de la brevetabilité des médicaments, particulièrement ceux contre les maladies touchant principalement les pays du Sud, allait dès lors donner lieu à plusieurs initiatives dans les années qui suivirent.

L'actualité de la question était bien entendue brûlante au moment de l'ouverture des travaux de la Conférence ministérielle de Doha en 2001. La déclaration ministérielle adoptée à l'issue de celle-ci contient trois paragraphes relatifs à la protection de la propriété intellectuelle⁸⁸¹. Les dispositions les plus fondamentales, du moins pour les pays en développement, se trouvent toutefois dans le préambule de la déclaration et dans la déclaration spécifique relative aux rapports entre l'Accord ADPIC et la santé publique.

Dans le préambule de la déclaration ministérielle, les Etats membres de l'OMC reconnaissent qu'en vertu des règles de l'OMC, aucun pays ne devrait être empêché de prendre des mesures pour la protection de la vie humaine, animale ou végétale⁸⁸². Ce texte vise bien entendu le problème des licences obligatoires imposées par certains pays sur les traitements de maladies telles le SIDA, la malaria...

La déclaration spécifique relative aux rapports entre l'Accord ADPIC et la santé publique n'apporte pas grand-chose de plus. En vertu de celle-ci, les membres de l'OMC reconnaissent que l'Accord ADPIC n'empêche pas les membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. Elle précise simplement que les crises relatives à la santé publique, notamment les épidémies telles que le SIDA, la tuberculose et la malaria, peuvent représenter des situations d'urgence nationale. Elle ne contient cependant aucune exception à l'obligation de rémunérer le titulaire d'un brevet en cas de licence obligatoire, quelle que soit la raison de celle-ci.

Il est donc tout à fait vain de chercher dans ces deux textes une quelconque amélioration par rapport à la situation précédente. Les Etats membres disposaient déjà du droit d'imposer des licences obligatoires aux détenteurs de brevets, en cas de crise grave de santé publique, moyennant rémunération des détenteurs. Le seul apport de la déclaration était de reconnaître que les grandes épidémies peuvent être considérées comme de telles crises. Tant que l'obligation de rémunérer les licences obligatoires n'aura pas été retirée, les pays en développement resteront extrêmement désarmés pour leur faire face. Leur principal atout reste la répugnance des gouvernements des pays développés à prendre ouvertement parti pour les multinationales pharmaceutiques.

⁸⁸¹ Paragraphes 17 à 19.

⁸⁸² Paragraphe 6.

Une autre question souleva bien des débats. Que doit faire un pays souhaitant avoir recours à un système de licences obligatoires mais ne disposant pas des ressources techniques pour le faire sur son propre territoire ? Peut-il céder ce droit à un autre membre qui produira pour son compte les médicaments génériques et les exportera à destination de son territoire, même si le membre producteur ne pouvait pas, vu sa situation sanitaire, invoquer lui-même des licences obligatoires ? Dans cette hypothèse, l'Etat producteur doit-il être rémunéré ? Et le titulaire du brevet ?

Confrontée à cette question, l'OMC adopta, le 30 août 2003, une décision fondamentale. Celle-ci autorise les pays en développement les moins avancés à importer des médicaments génériques produits par d'autres membres (développés ou en développement), sous couvert de licences obligatoires, s'ils n'ont pas les capacités techniques pour les produire eux-mêmes. D'autres Etats pouvaient également bénéficier du système à condition de notifier au Secrétariat de l'OMC leur intention de bénéficier de cette facilité. A l'heure actuelle, seul le Rwanda l'a fait, en juillet 2007, pour des médicaments originaires du Canada⁸⁸³.

Une rémunération adéquate devra être versée au titulaire du brevet. Celle-ci devra cependant être fixée « compte tenu de la valeur économique que représente pour le membre importateur l'utilisation qui a été autorisée par le membre exportateur ».

En décembre 2003, un accord de « licence volontaire » fut conclu entre le gouvernement sud-africain et deux firmes pharmaceutiques. Dans le cadre de celui-ci, les firmes acceptent que le taux des royalties liées à la fabrication des médicaments génériques contre le SIDA ne dépasse pas 5%. C'est probablement vers ce type de solution que s'orientera la pratique dans l'avenir. Pour sauver la face, les firmes pharmaceutiques ne renonceront pas à percevoir des royalties mais celles-ci seront limitées à un montant symbolique.

Les pays en développement, s'ils sont réticents face au principe de la brevetabilité des médicaments, sont par ailleurs très concernés par deux problèmes.

D'abord, la brevetabilité des connaissances traditionnelles qui se réfèrent à des pratiques agricoles établies sur de longues périodes et pouvant aisément être attribuées à l'action d'individus appartenant à un groupe particulier identifiable. On peut citer, comme exemple, le fait de couper le sorgho alors qu'il a crû pendant 30 à 40 jours et de le laisser terminer sa croissance dans des chenaux d'irrigation afin d'éviter les attaques des termites⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Doc. IP/N/9/RWA/1.

⁸⁸⁴ Voy. A. GUPTA, « Rewarding Local Communities for Conserving Biodiversity: the Case of the Honey Bee », in D. LAKSHMAN GURUSWAMY et J. MCNEELY (éds), *Protection of Global Biodiversity : Converging Strategies*, Durham, Duke University Press, 1998.

Ensuite, celle des ressources génétiques (plantes, animaux...) endémiques, très recherchées par les compagnies occidentales pour leurs applications pharmaceutiques et pour lesquelles les pays du Sud, détenteurs des connaissances quant aux vertus curatives desdites ressources, souhaiteraient bénéficier de récompenses pour le partage de leur savoir.

A l'heure actuelle, l'article 27, alinéa 3 b) de l'Accord ADPIC autorise les Etats à exclure de la brevetabilité les végétaux et les animaux mais une protection des variétés végétales doit néanmoins être mise en place. Il ne prévoit aucune disposition empêchant une personne de déposer dans un pays un brevet sur des ressources génétiques relevant d'un autre pays, sans le consentement éclairé du propriétaire des ressources génétiques en question. De nombreux cas ont déjà été relevés dans la pratique. L'un des plus célèbres est l'utilisation de l'écorce et des feuilles de l'acacia nilotica kenyan dans le développement de médicaments brevetés par des firmes occidentales, sans qu'aucune royauté ne soit versée aux détenteurs du savoir traditionnel qui avaient communiqué aux agents desdites firmes les vertus thérapeutiques de l'arbre⁸⁸⁵.

Afin d'éviter ce que certains n'hésitent pas à qualifier de « biopiraterie », un certain nombre de pays en développement proposèrent, avant la Conférence ministérielle de Seattle de 1999, l'établissement d'un groupe de travail chargé d'effectuer des études sur les moyens les plus adéquats de reconnaître et de protéger les connaissances traditionnelles. Sur la base de ses conclusions, d'entamer des négociations, afin d'établir un cadre légal multilatéral qui garantirait une protection effective des expressions et des manifestations des connaissances traditionnelles et d'y inclure les résultats du cycle de négociations⁸⁸⁶.

L'échec de la Conférence de Seattle ne permit évidemment pas l'établissement de ce groupe de travail. La Déclaration ministérielle de Doha donnait pour instruction au Conseil des ADPIC « d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les membres »⁸⁸⁷.

Certains auteurs estiment toutefois qu'il sera difficile de localiser précisément des ressources génétiques⁸⁸⁸. En tout état de cause, il est nécessaire, voire indispensable que chaque pays en développement établisse, ne serait-ce qu'à titre conservatoire, un registre des ressources

⁸⁸⁵ Voy. T. COTTIER, « The Protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge: Towards more Specific Rights and Obligations in World Trade Law », *Journal of International Economic Law*, 1998, pp. 555-584.

⁸⁸⁶ Doc. WT/GS/W/362 proposé par la Bolivie, la Colombie, l'Equateur et le Nicaragua.

⁸⁸⁷ Point 19 de la déclaration.

⁸⁸⁸ Voy. D. SIMPSON, R. SEDJO et J. REID, « Valuing Biodiversity for Use in Pharmaceutical Research », *Journal of political Economy*, 1996, pp. 163-184.

génétiques se trouvant sur son territoire, de façon à pouvoir réclamer par la suite un partage équitable des avantages auprès des firmes pharmaceutiques. L'établissement de ce registre par les pays du Sud serait peut-être le principal avantage qu'ils pourraient retirer de l'Accord ADPIC, par ailleurs potentiellement très défavorable pour eux.

Un grand nombre d'auteurs estiment en effet qu'il faudrait mettre sur pied un mécanisme international visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle des détenteurs de connaissances traditionnelles et des Etats sur le sol desquels se trouvent des ressources génétiques exploitées industriellement⁸⁸⁹. En plus des avantages financiers qu'ils espèrent retirer de cette opération, les pays en développement veulent à tout prix éviter que des ressources traditionnelles soient brevetées par des entreprises occidentales et que leurs ressortissants soient obligés de leur payer des royalties pour leur utilisation, alors qu'ils étaient les inventeurs de ces ressources !

Cette possibilité est réexaminée à l'heure actuelle au sein de l'OMC. Un certain nombre de pays en développement, notamment le Brésil et l'Inde, souhaiteraient que l'Accord ADPIC soit amendé « de manière à ce que le déposant d'une demande de brevet soit tenu de divulguer le pays d'origine des ressources biologiques et des savoirs traditionnels utilisés dans l'invention, d'apporter la preuve qu'il a reçu le « consentement préalable donné en connaissance de cause » (selon les termes de la Convention sur la diversité biologique), ainsi que la preuve d'un partage « juste et équitable » des avantages »⁸⁹⁰.

Des négociations sont actuellement en cours, conformément à l'article 24, alinéa 1 de l'Accord ADPIC, afin d'établir un registre international des appellations d'origine de vins et spiritueux. Un certain nombre de pays en développement, notamment l'Inde, la Jamaïque, le Kenya...mais également l'Union européenne, ont déposé des propositions afin que les appellations d'origine d'autres marchandises (café, tabac, riz...) soient également incorporées dans le registre⁸⁹¹. L'Inde, par exemple, regrette que l'indication géographique « Basmati » soit utilisée à tort et à travers par les producteurs de riz du monde entier, alors qu'elle se réfère à une zone géographique bien précise⁸⁹².

⁸⁸⁹ Voy. à ce sujet R. SEDJO, «Property Rights, Genetic Resources and Biotechnological Change », *Journal of Law and Economics*, 1992, pp. 199-213 ; A. SUBRAMANIAN, «Genetic Resources , Biodiversity and Environmental Protection : An Analysis and Proposal towards a Solution, *JWTL*, 1992/5, pp. 105-110 ; T. COTTIER, « The Protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge : Towards more Specific Rights and Obligations in World Trade Law », *Journal of International Economic Law*, 1998, pp. 555-584.

⁸⁹⁰ Voy. le doc. OMC IP/C/W/474 du 5 juillet 2006 et ses addenda.

⁸⁹¹ Voy. notamment la proposition de la Communauté européenne, doc. TN/IP/W/11 du 14 juin 2005.

⁸⁹² Voy. à ce sujet K. DAS, « Select Issues and Debates around Geographical Indications with Particular reference to India », *JWTL*, 2008, p. 483.

D'autres pays, notamment l'Argentine, l'Australie et les Etats-Unis, y sont opposés. Ils craignent que des immigrants aient rapporté avec eux dans leur nouveau pays des méthodes de fabrication et des noms de produits et les ayant utilisés de bonne foi soient accusés d'usurpation⁸⁹³.

⁸⁹³ Pour une synthèse des arguments des deux parties, voy. le doc. OMC WT/GC/W/546 du 18 mai 2005 et K DAS, « Protection of Geographical Indications: An Overview of Select Issues with Particular reference to India », Working Paper n° 8, New Delhi, Center for Trade and Development, 2006, pp. 38-42.

CHAPITRE II : La mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC

Nous examinerons dans cette partie, l'application uniforme et différenciée du principe de non-discrimination par le GATS (Section I) et l'extension au secteur de l'ADPIC des clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée (Section II).

SECTION I : L'application uniforme et différenciée du principe de non-discrimination par le GATS

Elle s'est traduite par une application uniforme du principe de non-discrimination à tous les membres de l'OMC par le GATS (Paragraphe I) et une licéité des intégrations économiques et un régime d'exception au profit des pays en développement (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : L'application uniforme du principe de non-discrimination à tous les membres de l'OMC par le GATS

Le GATS présente une parenté certaine avec le GATT mais il n'en est pas la copie conforme. Le commerce des services possède en effet des particularités certaines par rapport à celui portant sur les marchandises qui se traduisent tout naturellement dans un régime juridique spécifique et adapté. Si le GATS a une portée particulièrement large, il ne demeure qu'un « accord cadre » posant des obligations et disciplines générales pour ses membres qui devront leur donner un contenu concret par des engagements spécifiques au terme de négociations qui devront aboutir à une libéralisation progressive et souvent entreprise secteurs par secteurs.

La portée du GATS est fort large tant « *ratione materiae* » en ce qui concerne son objet que « *ratione personae* » pour ce qui a trait aux pays membres.

Le GATS est fondé sur une conception globale des services, de leur fourniture et des mesures gouvernementales qui pourraient les affecter⁸⁹⁴.

Le texte du GATS est on ne peut plus clair quant à sa couverture : il englobe « tous les services de tous les secteurs ... »⁸⁹⁵, à condition qu'ils relèvent du secteur marchand. C'est dire qu'il n'existe aucune exception à la portée matérielle du GATS. Ainsi, contrairement à ce qui a pu être souvent écrit, aucune « exception culturelle » du type de celle instituée au titre de l'ALENA, par exemple, n'a été insérée dans le GATS. Si le secteur de la « culture » - et ceci fut vivement débattu à la fin des négociations du « Cycle de l'Uruguay » - ne fut pas inclus

⁸⁹⁴ Dominique Carreau et Patrick Juillard, op cit, pp 318-322.

⁸⁹⁵ Article 1^{er} 3 b.

dans des négociations particulières aux fins de libéralisation, cela ne résulte que d'une pure et simple décision politique due aux circonstances de l'époque et non à une absence de compétence du GATS et, plus généralement, du « Système OMC » en la matière. En droit du moins, il n'est donc nullement exclu que des négociations ultérieures embrassent le domaine culturel (livres, journaux et périodiques, films, produits audiovisuels, etc.).

Toutefois, l'adoption sous les auspices de l'UNESCO, le 20 octobre 2005, de la Convention dite sur la « Diversité culturelle » (elle est encore loin d'avoir été ratifiée par les Etats signataires) illustre bien la double nature des « produits » culturels comme objet d'un commerce international libre, d'une part et d'autre part, comme élément d'un patrimoine artistique national digne de protection étatique. Le décor est ainsi planté du conflit entre la nécessaire liberté des échanges commerciaux internationaux et la non moins nécessaire protection des « produits » et valeurs culturels nationaux, même si l'article 20 de la Convention sur la « diversité culturelle » pose le principe de sa neutralité quant aux droits et obligations conventionnels internationaux existant qui ne seraient en rien affectés par son entrée en vigueur⁸⁹⁶.

La seule exclusion officialisée concerne les « service (s) fourni (s) dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »⁸⁹⁷. Par là, il faut entendre les services fournis en dehors de toute considération « commerciale » ou marchande, comme la justice ou la police par exemple, ou sous forme de monopole, c'est-à-dire en dehors de toute concurrence, comme certaines activités de la Poste.

Relève de cette même exception, l'exclusion des marchés publics conclus par les organes gouvernementaux, à condition que les services en cause soient achetés pour leurs seuls besoins et non à des fins de revente au public à des conditions commerciales⁸⁹⁸.

Sans revenir sur ce qui a été exposé précédemment, on notera que la notion retenue de « fournitures de services » ne se limite pas au simple volet de leur offre⁸⁹⁹. En effet, le GATS prend soin de préciser que la « fourniture de service » englobe également « la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service »⁹⁰⁰. Si l'analogie est ici grande avec le régime du traitement national appliqué aux produits importés⁹⁰¹, elle comporte une différence essentielle : l'Accord général sur les marchandises ne concerne pas

⁸⁹⁶ Voir sur cette problématique, M. Hahn, A. Clash of Culture, The Unesco Diversity Convention and International Trade Law, JIEL 2006.515 ; C.B. Graber, The new Unesco Convention on Cultural Diversity : a counterbalance to the WTO ?, JIEL 2006.553.

⁸⁹⁷ Article 1^{er} 3 b et c.

⁸⁹⁸ Article XIII .

⁸⁹⁹ Article 1^{er}, alinéa 2.

⁹⁰⁰ Article XXVIII b .

⁹⁰¹ Article III du GATT.

ou fort peu (les subventions par exemple) leur production, alors qu'il n'en va pas de même pour les services.

Cette approche intégrée des services constitue l'une des particularités et l'un des points forts du GATS découlant directement de leur définition par le biais de leur mode de fourniture. C'est ainsi par exemple que l'offre de services par l'intermédiaire d'une « présence commerciale » vise directement la confection, la « production » desdits services.

La raison d'être du GATS réside à l'évidence dans la libéralisation des mesures gouvernementales restreignant le commerce des services⁹⁰². Ici encore, l'approche du GATS est large tant en ce qui concerne leur origine que leur portée.

Par « mesures des Membres », le GATS précise qu'il ne saurait se contenter d'un critère organique, en les limitant à celles d'origine étatique ou infra-étatique⁹⁰³. Sont aussi incluses les mesures formellement « non gouvernementales » mais émanant d'organismes pouvant agir aux lieux et place des institutions étatiques (commissions « autonomes » ou organisations professionnelles comme les « ordres » en France par exemple). Cette approche fonctionnelle présente le grand mérite du réalisme, en appréhendant toutes les mesures restrictives au commerce de services qu'elle qu'en soit la source ou l'origine formelle.

On regrettera d'autant plus que le GATS ait repris l'approche timide de l'Accord général de 1947 quant à sa portée territoriale. En effet, tant le GATT⁹⁰⁴ que le GATS⁹⁰⁵ ne demandent à leurs membres que de prendre « toutes les mesures raisonnables en (leur) pouvoir » pour que les obligations posées soient respectées par leurs subdivisions territoriales. Sans doute est-ce là vouloir éviter des difficultés ou conflits institutionnels internes ? Cependant, cette solution diplomatique n'est guère conforme à la supériorité inhérente à l'existence même d'un ordre international.

En outre, ces mesures restrictives en cause ne sont pas limitées à celles portant sur les échanges de services. C'est ainsi que ces « mesures » gouvernementales et assimilées auxquelles s'applique le GATS, visent également le volet monétaire, commercial et migratoire de la prestation internationale de services⁹⁰⁶. Cette approche est ici pleinement conforme à la conception large retenue en matière de services à partir de leurs divers modes de fourniture.

⁹⁰² Article 1^{er}, alinéa 1 et XIX alinéa 1.

⁹⁰³ Articles 1^{er}, alinéa 3 a et XXVIII a .

⁹⁰⁴ Article XXIV ,alinéa 12.

⁹⁰⁵ Article 1^{er} alinéa 3 a, in fine.

⁹⁰⁶ Voir la définition contenue à l'article XXVIII c .

S'agissant de la portée « *ratione personae* », sur ce point « GATT » et « GATS » présentent des différences en même temps que des ressemblances marquantes. Au titre des premières, il faut noter que le GATS s'applique, en principe également, uniformément à tous les membres de l'OMC quel que soit leur niveau de développement. Au titre des secondes, le GATS suit l'approche du GATT, en ménageant à ses membres la possibilité de participer à des accords d'intégration économique, c'est-à-dire à des espaces commerciaux préférentiels.

L'approche ici adoptée par le GATS, concernant l'application uniforme de principe, est celle retenue tant par le Fonds Monétaire International que par l'Accord général à ses débuts, à savoir le régime juridique posé doit s'appliquer de façon uniforme et indifférenciée à tous ses membres. La différence est fondamentale avec la situation instituée au sein du GATT où les pays en développement obtinrent le bénéfice d'un véritable statut dérogatoire qui fut progressivement mis sur pied et légalisé au cours des ans. Rien de tel avec le GATS pour qui la libéralisation multilatérale des services doit se faire au profit de « tous les participants sur une base d'avantages mutuels et visant à assurer un équilibre global des droits et des obligations » (préambule). C'est dire que les principes de non-réciprocité et de préférences n'ont pas été officialisés pour régir le commerce invisible Nord-Sud, pas plus que la moindre disposition particulière de faveur ne figure au bénéfice de pays ex- communistes en voie de transformation en économie de marché, si ce n'est sous la forme d'une bien vague allusion.

Si le GATS n'institue aucune exception globale ou par catégorie au profit des pays en développement, sans doute prévoit-il de tenir compte de leurs intérêts particuliers. Dans le domaine des services, contrairement à celui des marchandises, la libéralisation du commerce doit s'effectuer « compte tenu des objectifs de politique nationale »⁹⁰⁷. C'est par ce biais que le GATS aborde la prise en considération des préoccupations spécifiques des pays du tiers-monde.

Plus particulièrement, c'est sous le titre peu expressif de « participation croissante des pays en développement » que le GATS aborde le problème de leur insertion dans le commerce des services⁹⁰⁸. Une telle formulation était inévitable, en raison du principe général posé d'uniformité du régime applicable au commerce des services. Ainsi, cette disposition se contente d'inviter les autres Etats membres, au titre de leurs engagements spécifiques⁹⁰⁹ et de la libéralisation progressive⁹¹⁰, à faciliter l'accès des pays en développement à la technologie sur une base commerciale, aux circuits de distribution et aux réseaux d'information ainsi

⁹⁰⁷ Préambule et article XIX, alinéa 2.

⁹⁰⁸ Préambule et article IV.

⁹⁰⁹ Partie III de l'Accord.

⁹¹⁰ Partie IV.

qu'aux secteurs qui sont du plus grand intérêt pour ces derniers et pour les modes de fournitures qui sont liés à leurs exportations⁹¹¹.

En outre et sans autre précision, il est admis que les « pays les moins avancés » (PMA) bénéficieront d'une « priorité spéciale » dans la mise en œuvre de la libéralisation des services entreprise par les pays développés⁹¹².

On ne peut s'empêcher ici de noter qu'il s'agit là de simples exhortations et non d'obligations juridiques en bonne et due forme. Le seul aspect concret consiste dans l'obligation faite aux pays développés d'établir des « points de contact »⁹¹³ destinés à rendre plus aisé l'accès des fournisseurs du tiers-monde à leurs marchés de services. Cette approche volontairement prudente laisse de côté tout ce qui touche au mouvement des personnes car cette question pose le problème, ô combien sensible, des politiques nationales d'immigration dont les Etats développés entendent garder la plus totale maîtrise.

Certains grands principes en matière de traitement des services sont directement empruntés à l'Accord général de 1947, tout en présentant une certaine spécificité. Il en va de même pour ce qui a trait aux divers régimes d'exception⁹¹⁴.

Le GATS, comme le GATT et avec quelques différences notables, repose sur le principe cardinal du traitement de la Nation la Plus Favorisée. De même, il soumet la réglementation des services à des obligations de bonne administration. Cependant, seul le premier principe sera traité ici, à savoir le traitement de la Nation la Plus Favorisée.

Cette clause, on le rappelle, constitue la pierre angulaire du système commercial multilatéral en matière de marchandises. Elle se trouve également au centre du régime juridique applicable aux services⁹¹⁵. Selon ses termes mêmes, « chaque Membre accordera immédiatement et sans condition un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays »⁹¹⁶. Bien entendu, cette clause gouverne l'application des « engagements spécifiques » souscrits par les membres⁹¹⁷ ainsi que l'octroi de compensations en cas de modification des listes⁹¹⁸.

Ce traitement non moins favorable prohibe, comme en matière de marchandises, toute discrimination de jure mais aussi de facto à l'encontre des services étrangers et de leurs

⁹¹¹ Article IV ,alinéa 1.

⁹¹² Article IV, alinéa 3.

⁹¹³ Article IV ,alinéa 2.

⁹¹⁴ Dominique Carreau et Patrick Juillard, op.cit, pp 326-327.

⁹¹⁵ Article II du GATS.

⁹¹⁶ Article II, alinéa 1.

⁹¹⁷ Article XVI ,alinéa 1.

⁹¹⁸ Article XXI ,alinéa 2 b.

fournisseurs qui se trouveront de la sorte dans des conditions de concurrence égales avec leurs homologues nationaux⁹¹⁹.

La formulation de la clause est classique et suit de près celle utilisée par l'Accord général de 1947. Elle est tout d'abord de nature inconditionnelle ; ce qui exclut toute idée de réciprocité dans son application. Elle est ainsi porteuse, comme sa devancière en matière de commerce des marchandises, du phénomène de la « course gratuite » (free ride) souvent mentionné. De même, cette égalité de traitement est limitée aux services « similaires » ; cette notion de similarité étant de nature, comme pour les « produits » visés par le GATT de 1947, à soulever de sérieuses difficultés d'interprétation. Enfin, cette clause ne fait pas obstacle au développement du commerce limitrophe où des avantages particuliers peuvent être librement accordés pour faciliter les échanges locaux de services⁹²⁰.

Ainsi, des exceptions et donc des traitements discriminatoires ont été validés et demeurent licites pour peu que les mesures dérogatoires en cause aient été notifiées, soit lors de l'entrée en vigueur du GATS/OMC à compter du 1^{er} janvier 1995, soit lors de l'accession à l'organisation du pays membre concerné⁹²¹. A ce titre plus de cent Etats ont invoqué près de cinq-cents « exemptions », principalement dans les secteurs des transports, de l'audiovisuel ou des services financiers. Ces exemptions qui sont examinées tous les cinq ans par le « Conseil du commerce des services » ne devaient pas avoir une durée de vie supérieure à dix ans. En réalité, elles n'ont pas manqué de perdurer et leur élimination demeure très aléatoire⁹²².

Toutefois, là s'arrêtent les ressemblances entre ces deux versions de la Clause de la Nation la Plus Favorisée. En premier lieu, il convient de noter que la portée de la clause est beaucoup plus vaste en matière de services que pour les marchandises. En effet, il est précisé qu'elle s'applique également aux fournisseurs de services, alors qu'elle était cantonnée aux seuls produits au titre de l'Accord général de 1947. Cette indication est précieuse car elle démontre que le GATS présente ici un effet direct certain, en faisant des personnes physiques et morales fournisseurs de services les bénéficiaires du régime posé. Ainsi, sur un marché national donné, l'égalité de traitement sera totale entre les fournisseurs étrangers de services, pour peu que ceux-ci soient « similaires ».

⁹¹⁹ Voir l'interprétation de l'Organe d'Appel dans son Rapport du 9 septembre 1997 dans l'affaire « Communautés européennes : régime applicable à la vente et à la distribution des bananes ».

⁹²⁰ Article II, alinéa 3.

⁹²¹ Article II alinéa 2 et Annexe sur les « exemptions des obligations énoncées à l'article II ».

⁹²² Voir R. Adlung et A. Carzaniga, MFN exemptions under the general agreement on trade in services: grandfathers striving for immortality ? JIEL 2009.357.

En deuxième lieu, et l'omission est notable, les accords d'intégration économique ne sauraient y déroger, comme cela est le cas pour le commerce visible. Cette différence apparaît cependant plus théorique que réelle en ce sens que l'essentiel, si ce n'est la totalité des discriminations en matière de commerce invisible, relève de la non-application de la clause du traitement national laquelle est couverte par l'exception d'intégration régionale.

Enfin et peut être surtout, une exception spécifique, et sans doute provisoire, à cette Clause de la Nation la Plus Favorisée a été officialisée par le GATS lui-même. En effet, des exemptions ont été validées pour peu qu'elles aient été notifiées au moment de l'entrée en vigueur du GATS, c'est-à-dire au 1^{er} janvier 1995 ; ce que n'ont pas manqué de faire les Etats-Unis par exemple⁹²³. Ces exemptions seront réexaminées par le « conseil du commerce des services » tous les cinq ans et ne devraient pas avoir une durée supérieure à dix ans.

PARAGRAPHE II : La licéité des intégrations économiques et un régime d'exception au profit des pays en développement

« Mutatis mutandis », l'article V du GATS consacré aux « intégrations économiques » apparaît comme l'équivalent du célèbre article XXIV du GATT relatif à « l'application territoriale » de l'Accord général et à la constitution d' « unions douanières » et de « zones de libre-échange ». Dans l'ensemble, l'article V du GATS constitue une version atténuée de l'article XXIV du GATT. Toutefois, le GATS, à l'inverse du GATT, ne singularise aucune forme particulière d'intégration économique ; il concerne simplement les accords « libéralisant le commerce des services ». Cette formulation se comprend bien si l'on se rappelle que les intégrations économiques régionales classiques visent principalement le démantèlement des droits de douane et des restrictions quantitatives, obstacles propres au commerce des marchandises et inconnus en matière de services⁹²⁴.

L'approche générale suivie par le GATS est identique à celle du GATT, à propos des unions douanières et des zones de libre-échange. Le GATT se montre ainsi favorable à la constitution d'accords d'intégration économique pour peu que ceux-ci contribuent à la libéralisation du commerce des services non seulement entre les participants mais à l'égard des pays tiers⁹²⁵. Globalement, ils doivent contribuer à « faciliter » les échanges internationaux portant sur les services. Il s'agit donc d'une licéité conditionnelle.

Afin de justifier l'absence d'extension aux pays tiers des avantages que les parties ont entendu se consentir et donc le caractère préférentiel et discriminatoire de tels accords de libéralisation

⁹²³ Voir article II alinéa 2 et l'Annexe sur les « exemptions des obligations énoncées à l'article II ».

⁹²⁴ Dominique Carreau et Patrick Juillard, op.cit., pp 322-325.

⁹²⁵ Article V, alinéas 1 et 4.

des services , ceux-ci devront répondre à un certain nombre de conditions dont la présence et la mise en œuvre seront soumises au contrôle du conseil du commerce des services. Or, le contrôle exercé par ce dernier n'est en rien préalable à l'entrée en vigueur des accords d'intégration en cause ou de leurs modifications, contrairement à la situation prévalant en matière de commerce des marchandises⁹²⁶. Le recul de la règle de droit est ici certain. Certains membres ont déjà notifié de tels accords d'intégration économique concernant les services notamment l'Australie et la Nouvelle-Zélande et surtout la Communauté et la Hongrie, la Pologne et la Slovaquie.

Sur le plan de la procédure, le calendrier de réalisation des mesures de libéralisation devra être raisonnable, sans qu'aucune limite de temps précise ne soit fixée⁹²⁷. Sur ce point, le « GATT 1994 » est plus précis et exigeant en fixant à dix ans le délai de réalisation d'une intégration économique régionale pouvant être qualifiée de « raisonnable ».

Sur le plan du fond, l'accord devra couvrir un « nombre substantiel de secteurs »⁹²⁸ ; cette exigence constituant le pendant de celle de « l'essentiel des échanges commerciaux » en matière de marchandises. Le GATS précise qu'il faut ici prendre en considération, outre le nombre de secteurs, le volume des échanges et surtout les modes de fournitures ; en particulier, à priori aucun d'entre eux ne devrait être totalement exclu⁹²⁹.

En raison de la spécificité de la prestation internationale de services, ces accords devront prévoir l'absence ou « l'élimination pour l'essentiel » des mesures discriminatoires frappant les échanges entre les pays participants. Un facteur d'incertitudes regrettables se doit ici d'être noté : contrairement à la situation précédente concernant le nombre « substantiel » des secteurs couverts, aucun critère n'a été posé quant à la détermination de ce qui constituait cette élimination « pour l'essentiel » des discriminations. Autrement dit, quelles discriminations un Etat partie à un tel accord pourra-t-il valablement maintenir à l'encontre de ses partenaires commerciaux ? Sur quels critères pourra-t-il réserver à ses seuls nationaux la fourniture de certains services ? Le GATS ne donne ici aucun élément de réponse. En revanche, la notion de « mesure discriminatoire » est clairement définie comme étant toute dérogation à la règle du traitement national posée à l'article XVII.

A l'égard des pays tiers, ces accords ne devront pas relever « le niveau général des obstacles au commerce des services » dans les secteurs couverts⁹³⁰. Il existe un principe analogue en

⁹²⁶ Article XXIV, alinéa 7 du GATT.

⁹²⁷ Article V, alinéa 1 b in fine.

⁹²⁸ Article V, alinéa 1 a.

⁹²⁹ Voir la note 1 de l'article V.

⁹³⁰ Article V, alinéa 5.

matière de commerce des marchandises où les intégrations doivent contribuer à créer des courants d'échanges et ne doivent pas les détourner ou les restreindre. Or, cette détermination, déjà délicate à effectuer, en ce qui concerne les marchandises, l'est beaucoup plus encore en matière de services. Aussi le texte du GATS est prudemment libellé en faisant référence à l'absence de relèvement du seul « niveau général » des obstacles au commerce des services. Cela laisse entendre qu'une appréciation globale est seule requise et qu'une approche secteur par secteur, service par service et mode de fourniture par mode de fourniture n'est pas appropriée. Cette incertitude également regrettable, comme la précédente portant sur l'élimination « pour l'essentiel » des discriminations, ne manquera pas de nourrir controverses et litiges.

L'article V contient également une précision d'importance, quant aux bénéficiaires de ces accords d'intégration économique, qui démontre une nouvelle fois l'effet direct que revêtent nombre de dispositions du GATS. Il est en effet formellement prévu qu'« un fournisseur de services » défini comme une personne morale dont le siège social de la maison mère est situé dans un pays tiers mais qui est constituée conformément à la législation d'un Etat partie à l'accord d'intégration comme en cas de constitution d'une filiale de droit local, bénéficiera des mesures de libéralisation instituées pour peu qu'il réalise des « opérations commerciales substantielles » sur les territoires couverts. Il y a là une approche qui n'est pas sans rappeler celle suivie par le droit communautaire quant à la détermination des bénéficiaires des grandes libertés de circulation⁹³¹. On notera cependant que le GATS, plus réaliste que la Communauté, ne se limite pas à une présence formelle excluant ainsi les sociétés « boîte aux lettres » et impose aux sociétés « étrangères » une activité économique réelle, voire significative.

Cet article sur les intégrations économiques accorde un régime de faveur, une fois n'est pas coutume, aux pays en développement. Ici encore, l'influence de la pratique du GATT est clairement visible. Il est tout d'abord admis que les conditions de licéité applicables aux accords intégrés de libéralisation des services devront être appréciées avec une « certaine flexibilité »⁹³². En outre, et c'est nouveau, les filiales étrangères pourront se voir appliquer un traitement discriminatoire, parce que les pays en développement constituant un accord intégré en matière de services pourront accorder un traitement plus favorable aux personnes morales détenues ou contrôlées par leurs nationaux⁹³³. On a voulu ici donner la possibilité aux pays du

⁹³¹ Article 58 alinéa 2 du Traité de Rome maintenant l'article 48, alinéa 2.

⁹³² Article V, paragraphe 3 a.

⁹³³ Article V, paragraphe 3 b.

tiers-monde de faire en sorte que leurs efforts de libéralisation profitent d’abord à leurs ressortissants, quitte à discriminer à l’encontre des filiales des entreprises multinationales qui, il est vrai, ont d’autres possibilités pour développer leurs activités par-delà les frontières.

Sur le plan du droit international général, comment ne pas noter une fois encore que le droit conventionnel ne cesse de s’écarter de la solution dégagée par le CIJ en matière de nationalité des sociétés, à l’occasion de l’affaire de la Barcelona Traction en 1970 ? Alors que la Cour avait refusé de prendre en considération le critère du contrôle, celui-ci a été ici retenu par le GATS rejoignant ainsi la pratique conventionnelle dominante, voire unanime. Plus précisément, le GATS adopte une attitude réaliste dans sa conception du contrôle d’une société, en ne se contentant pas d’une possession majoritaire du capital et en l’étendant à la « capacité de nommer une majorité des administrateurs » et à l’habilitation « en droit à diriger » ses opérations⁹³⁴. Il est loisible de se demander si la position de la Cour de La Haye, déjà largement critiquée en son temps sur ce point, n’appartient pas à un passé révolu.

Enfin, curiosité à signaler pour terminer, le GATS valide pleinement les « accords d’intégration des marchés du travail »⁹³⁵, à condition qu’elle soit « totale », c’est-à-dire qu’il y ait un droit de libre admission sur les marchés de l’emploi des pays concernés. Il semble que cette disposition ait été insérée au dernier moment pour répondre aux besoins propres des pays scandinaves, les seuls concernés apparemment, si l’on en juge par les notifications faites et qui n’émanent que du Danemark, de la Finlande, de l’Islande, de la Norvège et de la Suède.

SECTION II : L’extension au secteur de l’ADPIC des clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée

Elle s’est traduite par une extension de la clause du traitement national au secteur de l’ADPIC (Paragraphe I) et une application de la clause du traitement de la Nation la Plus Favorisée au secteur de l’ADPIC (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : L’extension de la clause du traitement national au secteur de l’ADPIC

L’ADPIC institue un système de protection à deux étages. Il pose tout d’abord un régime commun fondé sur le respect de certains principes généraux. Puis, il précise, pour chaque

⁹³⁴ Voir article XXVIII n.

⁹³⁵ Article V bis.

droit de propriété intellectuelle concerné, le régime spécifique de protection qui lui est applicable⁹³⁶.

S'agissant des règles communes de protection, si certaines peuvent être qualifiées de classiques, d'autres, au contraire, sont nettement novatrices.

Au titre des premières, on signalera que l'ADPIC n'impose qu'un cadre minimum de protection que les pays membres ont tout loisir de dépasser mais seulement dans un sens plus favorable pour les détenteurs de droit⁹³⁷. Dans leur législation nationale, si les Etats sont naturellement en droit de veiller au respect de leur « ordre public » entendu au sens large, les mesures restrictives devront rester compatibles avec l'APIC⁹³⁸ ; il en va autrement pour les mesures couvertes par l'exception de sécurité nationale et internationale⁹³⁹.

Sur le plan de la nouveauté, il convient de citer l'extension à ce secteur de ces deux clauses cardinales et traditionnelles du commerce international que sont celle du traitement national et celle de la Nation la Plus Favorisée.

Sans doute la clause de traitement national était-elle au centre du régime de protection posé par les conventions internationales sur les droits de propriété intellectuelle. Toutefois, sa portée était réduite à la seule protection de ces droits. L'ADPIC va au-delà et, de façon significative, y ajoute l'exercice de ces droits justifié par son approche « commerce international »⁹⁴⁰. Ce régime de traitement national ainsi étendu reste cependant soumis aux exceptions insérées dans les conventions internationales précitées sur les droits de propriété intellectuelle⁹⁴¹.

Ainsi, l'ADPIC qui a pour finalité le renforcement et l'harmonisation au niveau mondial de la protection de la propriété intellectuelle, n'édicte pas de normes nouvelles mais procède par renvoi aux conventions internationales particulières en la matière (Conventions de Paris sur la propriété industrielle et de Berne sur la propriété littéraire et artistique)⁹⁴². La jonction entre l'Accord ADPIC⁹⁴³ et la Convention de Paris est opérée par l'article 2, alinéa 1. Aux termes

⁹³⁶ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, pp 360-361.

⁹³⁷ Article 1, alinéa 1.

⁹³⁸ Article 8.

⁹³⁹ Article 73.

⁹⁴⁰ Article 3, alinéa 1 et note 3.

⁹⁴¹ Article 3, alinéa 1.

⁹⁴² Rapport général par Thiébaud FLORY, Professeur à l'Université de Paris XII, pp 7-8.

⁹⁴³ Sur la question des droits de propriété intellectuelle liés au commerce en général, voir I. GOVAERE, « Intellectual property protection and commercial policy », in « The European Community's commercial policy after 1992 : the legal dimension », Edited M. MARESCAU, Martinus NIJHOFF Publishers, 1993 ; voir aussi T. CHRISTOFOROU, « L'Accord du cycle d'Uruguay sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », in « La Communauté européenne et le GATT », p. 141 s ; A. TANKOANO, « L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *Droit et Pratique du commerce international*, vol. 20, n°3, 1994.

de cette disposition, les membres de l'OMC ont l'obligation de se conformer aux articles 1^{ers} à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris. Sont exclues de l'incorporation dans le champ d'application de l'Accord ADPIC, les dispositions institutionnelles finales et transitoires de la Convention de Paris. Le renvoi à la Convention de Berne résulte de l'article 9, alinéa 1 de l'Accord ADPIC selon lequel les membres de l'OMC se conforment aux articles 1^{er} à 21 de ladite Convention. Par ailleurs, les Parties II, III, et IV de l'Accord ADPIC opèrent des renvois à certaines dispositions de substance spécifiques relevant d'autres conventions particulières. L'Accord ADPIC combine le renvoi aux conventions particulières et l'application, dans certaines conditions, du principe du traitement national et de celui de la Nation la Plus Favorisée.

Le principe du traitement national, inscrit dans l'article 3 alinéa 1 de l'Accord ADPIC, est ainsi libellé :

« Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans respectivement la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés ».

Le principe du traitement national, tel qu'il résulte de l'article 3, alinéa 1, a une portée plus large que dans les conventions particulières. D'une part, il s'applique aux « ressortissants » et non aux marchandises. D'autre part, le concept de « protection » inclut l'exercice des droits de propriété intellectuelle⁹⁴⁴. Toutefois, le champ d'application du principe du traitement national comporte des exceptions ci-dessus énumérées dans la disposition de l'article 3, alinéa 1 de l'Accord ADPIC.

PARAGRAPHE II : L'application de la clause du traitement de la nation la plus favorisée au secteur de l'ADPIC

En revanche, l'application du traitement de la nation la plus favorisée constitue une innovation majeure⁹⁴⁵ ; cette clause étant inconnue du réseau conventionnel international en la matière⁹⁴⁶.

L'Organe d'Appel de l'OMC insistant sur cette novation et qualifiant la Clause de la Nation la Plus Favorisée de « pilier du système commercial mondial » devait noter son importance « fondamentale » dans son extension à la protection des droits de propriété intellectuelle⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ Note 3 relative à l'article 3 alinéa 1 de l'Accord ADPIC.

⁹⁴⁵ Dominique Carreau et Patrick Juillard, op.cit., p 361-362.

⁹⁴⁶ Article 4.

De même que précédemment et pour la même raison générale, le traitement de la nation la plus favorisée ne se limite pas à la seule protection des droits de propriété intellectuelle mais s'étend aussi à leur exercice. Mais elle connaît également des exceptions particulières. Ainsi, certains droits ne sont pas couverts par cette clause car exclus de l'ADPIC, comme les droits voisins des artistes et interprètes ou exécutants⁹⁴⁸. D'autres exceptions couvrent les accords internationaux préexistants dérogatoires et autorisés à titre spécial par les conventions multilatérales en matière de droits de propriété intellectuelle⁹⁴⁹. Enfin et surtout, cette Clause de la Nation la Plus Favorisée est de nature conditionnelle, c'est-à-dire réciproque, au regard des conventions de Berne (1971) et de Rome⁹⁵⁰. Il y a là une exception unique au jeu normal de la Clause de la Nation la Plus Favorisée qui, au sein de l'OMC aujourd'hui comme du GATT hier, est de nature inconditionnelle, c'est-à-dire qui s'applique automatiquement à tous les pays membres et sans réciprocité.

Concernant l'épuisement des droits, l'ADPIC devait adopter ici une position assez décevante en ne traitant pas cette importante question⁹⁵¹ ; ce qui laisse aux pays membres le libre choix de leur système en la matière. De la sorte, si un pays membre opte en faveur de l'épuisement national des droits de propriété intellectuelle, il ne sera tenu au respect que de la seule obligation de traitement national. Il pourra ainsi s'opposer aux importations parallèles de biens ou services protégés et circulant à l'étranger. « Mutatis Mutandis », la même solution s'applique pour les pays membres d'intégrations économiques ayant opté pour un système d'épuisement « régional ». Dans de telles hypothèses, l'application du mécanisme de règlement institué au sein de l'OMC ne sera pas applicable⁹⁵².

Si, en revanche, un pays membre a opté en faveur de la règle de l'épuisement international, il sera alors pleinement soumis au régime de l'ADPIC et de ses obligations, notamment le respect des règles de traitement national et de la nation la plus favorisée. Il est loisible de regretter que le régime juridique posé par l'ADPIC n'ait pas consacré cette règle qui aurait été dans le prolongement de l'effort de libéralisation du commerce mondial et de la promotion d'une saine concurrence. Toutefois, les Etats se sont montrés fort attachés à leur droit de choisir le système d'épuisement de leur choix, c'est-à-dire le leur propre. Sur ce point, la solution retenue par l'ADPIC peut être considérée comme provisoire mais, pour être franchie,

⁹⁴⁷ Voir Rapport du 2 janvier 2002, WT/DS176/AB/R, Etats-Unis – art. 211 de la Loi générale de 1998 (ou affaire Havana Club).

⁹⁴⁸ Voir l'article 4 c.

⁹⁴⁹ Article 4 d.

⁹⁵⁰ Article 4 b.

⁹⁵¹ Article 6.

⁹⁵² Article 6, *ibid.*.

elle nécessitera un accord de fond sur « l'objet spécifique » ou « l'élément essentiel » des droits de propriété intellectuelle ; cela n'est pas la mission propre de l'ADPIC ou de l'OMC mais relève plutôt de la compétence de l'OMPI.

Le principe du traitement de la nation la plus favorisée⁹⁵³ est énoncé dans l'article 4 de l'Accord ADPIC en ces termes :

« En ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront immédiatement, et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres ».

On voit que l'article 4 reprend exactement les termes de l'article I du GATT marchandises, en les transposant dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle. On sait que les conventions internationales particulières dans ce domaine ne prévoient pas le traitement de la nation la plus favorisée. L'Accord ADPIC, en introduisant pour la première fois ce principe dans le domaine de la propriété intellectuelle, constitue une innovation juridique importante. Toutefois, du fait de l'existence de quatre catégories d'exceptions à l'application du traitement de la nation la plus favorisée énumérées dans les dispositions de l'article 4 de l'Accord ADPIC, le champ d'application de ce principe, dans le domaine de la propriété intellectuelle, reste réduit.

En effet, aux termes de l'article 4 de l'Accord ADPIC, sont dispensés de l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée tous les avantages découlant des accords internationaux concernant l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois en général (a), accordés conformément aux dispositions des Conventions de Berne ou de Rome qui autorisent que le traitement accordé soit fonction non pas du traitement national mais du traitement accordé dans un autre pays (b), concernant les droits voisins des artistes, interprètes ou exécutants, des productions de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion non couverts par l'Accord ADPIC (c), découlant d'accords internationaux se rapportant à la protection de la propriété intellectuelle dont l'entrée en vigueur précède celle de l'Accord OMC, à condition que ces accords ne constituent pas « une discrimination arbitraire ou injustifiable » à l'égard des ressortissants d'autres Membres (d).

Il faut ajouter qu'en raison de leur portée, les négociations du « Cycle de l'Uruguay » ont connu un succès considérable, voire inespéré⁹⁵⁴. En conséquence, la compétence de l'OMC couvre maintenant des domaines qui, jusqu'alors, échappaient complètement ou partiellement à l'Accord général de 1947. Dès lors, il peut sembler paradoxal de mentionner, comme étant

⁹⁵³ Rapport général par Thiébaud FLORY, Professeur à l'Université de Paris XII, p. 8.

⁹⁵⁴ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *op.cit.*, p 368.

des lacunes, des secteurs qui, tout en ne relevant pas stricto sensu du domaine commercial, présentent une incidence notable, positive ou négative, sur les échanges internationaux. Pour autant, d'aucuns n'ont pas manqué de noter des têtes de chapitres manquantes dont certaines ne cessent de faire l'objet de controverses sérieuses. Elles ont pour nom « monnaie », « concurrence », « emploi », « environnement », « fiscalité » ou « investissement » et ont, les uns et les autres, des incidences directes en matière d'accès aux marchés.

CONCLUSION

Les préférences commerciales en faveur des pays en développement constituent une caractéristique des politiques commerciales des pays industrialisés depuis près d'une quarantaine d'années. Toutefois en présence d'un mouvement général à la libéralisation des échanges, les préférences tarifaires perdent peu à peu de leur importance, bien qu'elles demeurent potentiellement précieuses dans l'agriculture étant donné que les droits appliqués, en voie de réduction également, sur la base du principe de la nation la plus favorisée (droits NPF) sont souvent très élevés. Cependant, en raison de la sensibilité de leurs politiques agricoles, les pays développés ont répugné aussi à accorder des préférences marquées pour les produits agricoles. Simultanément, il a été établi un certain nombre de régimes préférentiels spéciaux qui prévoient d'importantes concessions en faveur de groupes restreints de pays en développement pour des produits agricoles sélectionnés. Les préférences accordées par l'Union européenne (UE) aux importations de sucre en provenance de pays ACP sélectionnés en sont un exemple. Le traitement préférentiel applicable aux exportations agricoles des pays en développement est par conséquent extrêmement diversifié.

Cela étant, l'on peut se poser un certain nombre de questions touchant l'avenir des préférences commerciales dans le contexte du nouveau cycle de négociations de l'OMC. Les pays en développement devraient-ils défendre énergiquement leurs préférences commerciales et chercher à les améliorer? Quels sont les avantages et les coûts des préférences? Comment les préférences commerciales soutiennent-elles la comparaison avec d'autres formes d'aide au développement économique? Les pays en développement ont-ils beaucoup à perdre lorsque le commerce de produits agricoles continuera d'être libéralisé et les marges préférentiels seront érodées? Dans l'affirmative, ont-ils droit à indemnisation, et sous quelle forme? Quel rôle les préférences commerciales devraient-elles jouer dans le nouveau cycle de négociations de l'OMC sur l'agriculture?

S'agissant de la nature des arrangements préférentiels en faveur des pays en développement, l'on peut distinguer trois grandes catégories, c'est-à-dire le Système généralisé de préférences (SGP), les régimes préférentiels spéciaux accordés à des groupes de pays en développement (comme dans le cadre de la Convention de Lomé/Cotonou ou de l'Initiative pour le Bassin des Caraïbes) et les accords régionaux de libre-échange entre pays développés et pays en développement. Cette dernière forme de régime préférentiel reposant sur des préférences

réciroques ne relève pas à strictement parler des préférences commerciales en faveur des pays en développement.

Lorsque les préférences commerciales sont conçues comme un élément des relations économiques entre pays développés et pays en développement, le slogan "commerce plutôt qu'assistance" ne manque pas d'un certain attrait du point de vue économique. Les préférences commerciales peuvent en effet aider les pays en développement à promouvoir un développement économique auto-entretenu. Elles peuvent se substituer, tout en les complétant aussi sans doute, aux transferts que les pays développés font, sous forme d'une assistance financière, aux pays en développement. Il y a cependant aussi des inconvénients dont le plus évident est la résistance opposée par les producteurs des pays développés. Un inconvénient moins évident, mais important aussi, est que la structure de la production dans les pays en développement peut changer d'une manière qui n'est pas soutenable en présence d'un mouvement continu vers la libéralisation des échanges. En pareil cas, il faudrait envisager d'adopter des politiques de nature à "capturer" une partie de l'effet de rente produit par les régimes préférentiels pour les utiliser aux fins de programmes pouvant bénéficier aux agriculteurs, plutôt que de créer des schémas de production qui, à terme, ne seront pas rationnels lorsque les cours mondiaux diminueront à mesure que la libéralisation des échanges progresse. Enfin, le bien-être mondial risque de pâtir d'un détournement des échanges.

Les préférences commerciales peuvent avoir divers avantages pour les pays exportateurs intéressés. Il est difficile d'évaluer quantitativement l'ampleur de ces avantages, de sorte qu'il existe très peu d'estimations. La marge préférentielle est cependant un indicateur assez facile à calculer des avantages potentiels qu'elles apportent. Les estimations disponibles des marges préférentielles montrent qu'elles peuvent représenter une proportion significative de la valeur des exportations des pays en développement concernés. Toutefois, les marges préférentielles sont une mesure assez peu fiable des avantages économiques. Le surcroît de bien-être, pour les pays exportateurs intéressés, est habituellement bien moindre que la marge préférentielle. De plus, dans certaines conditions, la marge préférentielle bénéficie aux agents du pays importateur plutôt qu'aux pays exportateurs. En l'absence d'analyses approfondies des avantages apportés par les préférences aux divers pays bénéficiaires, il est assez difficile de se prononcer sur la question de savoir quels sont les groupes de pays en développement qui "méritent" le plus des préférences. Il existe néanmoins un certain nombre de raisons de bon sens qui permettent de soutenir que les préférences commerciales sont particulièrement importantes pour les pays les plus pauvres et pour les autres pays en développement vulnérables, comme les petits pays insulaires ou sans littoral.

Toutefois, les préférences commerciales peuvent également supposer des coûts. Pour améliorer et élargir les préférences, il faut disposer d'un "capital de négociation". Les séries successives de réduction des droits NPF ne manqueront pas de réduire la valeur des préférences, et il importe d'analyser soigneusement dans quelle mesure ce "capital de négociation" devrait être investi dans une affaire qui risque de ne pas être très rentable à longue échéance. En insistant sur la non-réciprocité des préférences, l'on risque aussi de nuire à l'influence des pays en développement en général dans les négociations commerciales multilatérales. Des préférences spécifiques et marquées peuvent se traduire dans les pays bénéficiaires par un schéma de production qui ne sera pas rentable lorsque les droits NPF diminueront. Les préférences tendent à entraîner un détournement des échanges ; ce qui a des coûts pour les autres pays exportateurs. Enfin, les pays qui bénéficient des préférences risquent de ne plus s'intéresser aux réductions des droits NPF ; ce qui est également un coût pour le régime commercial multilatéral dans son ensemble.

En ce qui concerne le statut des préférences commerciales à l'OMC, les préférences commerciales universelles en faveur des importations de tous les pays en développement, telles qu'elles sont appliquées dans le cadre du SGP, sont conformes au GATT en vertu de la Clause d'habilitation. Il en est de même des préférences accordées à tous les pays les moins avancés. Cependant, les pays développés ne sont pas juridiquement tenus d'accorder de telles préférences. Aussi peuvent-ils décider de manière multilatérale des marges préférentielles à accorder ou bien de retirer des préférences existantes sans pour autant violer les engagements pris dans le cadre du GATT/OMC. Des préférences commerciales spécifiques en faveur de groupes limités de pays en développement, comme celles qui sont accordées en vertu de la Convention de Lomé ou de la Loi relative au redressement économique du Bassin des Caraïbes, ne sont pas cependant conformes au GATT. Néanmoins, l'OMC a, par le passé, accordé des dérogations qui ont permis aux pays intéressés de maintenir ces préférences spécifiques.

Lorsqu'il s'agit des options pouvant être envisagées pour ce qui est de l'avenir des préférences commerciales à l'OMC, plusieurs questions viennent à l'esprit. Plutôt que de s'employer à obtenir l'élargissement de préférences "superficielles" pour tous les pays développés dans le cadre de régimes comme le SGP, une formule intéressante pourrait être d'essayer d'obtenir des préférences "profondes" pour les PMA et les autres pays vulnérables. Dans ce contexte, la Clause d'habilitation pourrait être modifiée, en incluant les petits pays et autres pays vulnérables, indépendamment des PMA, dans la catégorie des pays en développement qui peuvent bénéficier des préférences plus marquées que celles qui sont accordées dans le cadre

du SGP. Le fonctionnement des systèmes généralisés de préférences existants, lesquels doivent indubitablement être maintenus, pourrait être amélioré en consolidant les préférences sous l'égide de l'OMC, en éliminant les conditionnalités, en fixant des droits préférentiels en se référant aux droits NPF (plutôt qu'en les définissant en termes absolus), en élargissant les contingents tarifaires, en simplifiant les règles d'origine et en accordant des préférences plus favorables lorsque les droits NPF donnent lieu à des crêtes et à une progressivité.

La question du droit à indemnisation du fait de l'érosion des marges préférentielles est extrêmement complexe. Il n'est pas évident que toutes les réductions des droits NPF applicables aux produits bénéficiant de préférences se traduisent effectivement par une érosion de marges préférentielles (économiquement significatives). Dans certains cas, l'érosion est compensée (en tout ou en partie) par les effets favorables sur les marchés de la libéralisation des échanges. De plus, lorsque l'érosion des préférences entraîne manifestement un préjudice économique pour les pays exportateurs concernés, l'on peut avancer des arguments aussi bien pour que contre une indemnisation. En outre, si le principe d'une indemnisation est admis, l'on ne peut pas toujours dire clairement qui doit "payer" et qui doit "recevoir" cette indemnisation. Différentes formes d'indemnisation peuvent être envisagées sans qu'aucune n'apparaisse clairement comme devant être privilégiée. Enfin, il sera souvent difficile d'évaluer de façon fiable l'impact économique de l'érosion des préférences et par conséquent le montant de l'indemnisation qui pourrait être justifiée.

En définitive, l'indemnisation sera une question de négociation. À titre d'approximation grossière, il peut être utile d'établir une distinction entre les deux catégories des références, c'est-à-dire les SGP, d'une part, et les préférences profondes et spécifiques accordées à des groupes limités de pays en développement, de l'autre. Lorsque les préférences accordées dans le cadre d'un SGP sont érodées par suite des réductions de droits négociées au plan multilatéral, la façon la plus logique de négocier une indemnisation est peut-être de chercher à obtenir une série de nouvelles réductions des droits NPF de nature à bénéficier aux exportateurs des pays en développement. D'un autre côté, lorsque des préférences très spécifiques et profondes sont accordées à des pays déterminés pour des produits spécifiques, comme c'est le cas du régime appliqué par l'UE aux importations de sucre provenant des pays ACP, l'idée d'une indemnisation en espèces est relativement défendable.

L'analyse présentée conduit à formuler un certain nombre de recommandations touchant l'avenir des préférences commerciales dans le contexte du nouveau cycle de négociations de l'OMC :

- Plutôt de chercher à obtenir un élargissement des préférences "superficielles" en faveur de tous les pays en développement en vertu des régimes SGP, il peut être plus intéressant de viser des préférences plus "profondes" pour les pays les moins avancés et les autres pays vulnérables;
- La Clause d'habilitation devrait être modifiée en incluant les petits pays et les autres pays vulnérables, outre les PMA, dans la catégorie des pays en développement qui peuvent recevoir des préférences plus marquées que celles qui sont accordées dans le cadre du SGP;
- Les préférences actuellement accordées dans le cadre du SGP devraient être maintenues et juridiquement consolidées sous l'égide de l'OMC;
- Les conditionnalités dont font l'objet les préférences commerciales (comme les droits des travailleurs ou les normes environnementales) devraient être éliminées lorsqu'elles ne correspondent pas aux normes générales convenues au plan multilatéral à l'OMC;
- Les droits préférentiels ne devraient pas être définis en chiffres absolus mais être fixés par rapport aux droits NPF, c'est-à-dire être exprimés en unités monétaires en dessous desdits droits (lorsqu'ils sont spécifiques) ou sous forme d'un pourcentage déterminé de ceux-ci (lorsqu'ils sont *ad valorem*);
- Lorsque les contingents tarifaires limitent les avantages des droits préférentiels accordés dans le cadre de régimes SGP, ces contingents devraient être relevés;
- Les règles d'origine devraient être simplifiées;
- Des préférences plus favorables devraient être accordées dans le cadre des régimes SGP, lorsque les droits NPF donnent lieu à des crêtes et à une progressivité;
- Ces améliorations du SGP peuvent être considérées comme un élément d'indemnisation de l'érosion des préférences causée par les réductions des droits NPF négociées au plan multilatéral. En outre, une indemnisation peut être accordée aussi sous forme de réductions supplémentaires des droits NPF en faveur des exportateurs des pays en développement;
- Lorsque des préférences très spécifiques et profondes sont accordées à des pays en développement déterminés et à des produits spécifiques, comme c'est le cas du régime appliqué par l'UE aux importations de sucre en provenance des pays ACP, l'idée d'une indemnisation en espèces est relativement défendable si les marges préférentielles sont

érodées par suite des réductions des droits NPF convenues au plan multilatéral ou d'un infléchissement des politiques intérieures dans les pays développés intéressés;

- Il faut entreprendre des études pour évaluer avec plus d'exactitude la valeur des arrangements préférentiels pour les pays bénéficiaires, et notamment des études du cas de pays et de produits sélectionnés. Il faut également analyser les options pouvant être envisagées pour fournir une assistance, notamment juridique, pour aider les exportateurs des pays en développement à se conformer aux normes techniques affectant les échanges, notamment celles qui sont prévues par les Accords sur les normes sanitaires et phytosanitaires et les obstacles techniques au commerce, et à exploiter des marchés de plus en plus porteurs comme celui des produits organiques.

En résumé, les préférences commerciales ont joué un rôle important dans les relations commerciales entre pays en développement et pays développés depuis que la CNUCED a demandé leur octroi vers le milieu des années 60. Toutefois, elles violent l'un des principes fondamentaux du GATT, c'est-à-dire le principe de non-discrimination sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, et il a fallu au GATT un certain temps pour résoudre le problème. Invoquant le "facteur développement", il a finalement légitimé les préférences commerciales en faveur des pays en développement en adoptant la "clause d'habilitation". Néanmoins, le rôle que jouent les préférences commerciales dans le cadre du système du GATT change constamment. Les régimes préférentiels spéciaux en faveur de groupes limités de pays en développement, comme les préférences que l'UE accorde aux pays ACP dans le cadre de la Convention de Lomé, ont été tacitement tolérés de nombreuses années mais, plus récemment, il a été déclaré clairement que ces régimes sont incompatibles avec la règle selon laquelle des préférences non réciproques doivent être accordées à tous les pays en développement sans discrimination. Telle est l'une des raisons pour lesquelles les préférences commerciales sont actuellement dans un état de flux. Les préférences plus profondes qui étaient jadis accordées à des groupes sélectionnés de pays en développement pourront à l'avenir être étendues à tous les pays les moins avancés et peut-être aussi à d'autres pays en développement vulnérables et devenir un accès en franchise totale de droits aux marchés des pays développés, ou tout au moins de certains d'entre eux. Les préférences non réciproques en faveur d'autres sous-groupes de pays en développement, en revanche, deviendront sans doute des arrangements réciproques de libre-échange, entre les pays développés et les pays en développement concernés, qui viendront s'ajouter au nombre croissant d'arrangements

commerciaux régionaux qui caractérisent les relations commerciales internationales d'aujourd'hui.

Les autres préférences généralisées "classiques" en faveur des pays en développement ont par conséquent un avenir quelque peu incertain. De plus, avec la libéralisation progressive des échanges en général, laquelle englobe également le commerce de produits agricoles depuis le Cycle d'Uruguay, il est de plus en plus difficile de dire quel est le rôle qui reste à jouer pour les préférences commerciales. En outre, les avantages de ces préférences ont peut-être parfois été exagérés par le passé, et leurs coûts n'ont sans doute pas été pleinement appréhendés. Cela étant, il est permis de penser que les préférences commerciales ont connu leurs meilleurs jours, tout au moins en tant qu'élément général des relations commerciales entre pays développés et pays en développement.

Il n'est pas à dire que les préférences commerciales ne devraient plus être à l'ordre du jour des négociations commerciales internationales. Un accès en franchise de droits des produits des pays les moins avancés et des autres pays vulnérables est un objectif qui mériterait certainement d'être poursuivi. Dans l'agriculture, secteur dans lequel les droits sont souvent encore extrêmement élevés, cet objectif peut jouer un rôle utile jusqu'à ce que les nouvelles réductions tarifaires aient ramené les droits de douane à des niveaux négligeables. Il convient cependant de noter que de telles préférences, c'est-à-dire des droits nuls, peuvent accélérer le mouvement vers une réduction générale de la protection dans le secteur agricole en compromettant la pérennité des régimes de protection que maintiennent actuellement nombre de pays développés. Il s'agit là d'un élément positif du point de vue général de la libéralisation du commerce. Cependant, un accès en franchise totale peut priver les préférences de toute utilité à moins qu'il ne contribue à faire baisser plus rapidement les droits NPF.

En dernière analyse, la libéralisation générale des échanges est néanmoins dans l'intérêt de tous les pays, y compris les pays en développement qui jouissent actuellement de préférences commerciales. S'il peut y avoir des pertes dans l'immédiat par suite de l'érosion des préférences, il y aura aussi des avantages à longue échéance sous forme d'une amélioration de l'accès aux marchés pour tous les produits. C'est pour cela aussi que la forme la mieux appropriée d'indemnisation, lorsque les préférences sont érodées, est probablement une nouvelle réduction des droits qui frappent les produits dont l'exportation présente un intérêt particulier pour les pays en développement en cause. D'un autre côté, lorsque des préférences profondes spécifiques accordées aux produits agricoles de groupes sélectionnés de pays en développement ont essentiellement placé ces derniers sur le même pied que les producteurs

nationaux des pays développés, comme c'est le cas du Protocole relatif au sucre à la Convention de Lomé, une indemnisation en espèces est une formule qui mérite d'être envisagée, en s'inspirant de celle qui est souvent offerte aux agriculteurs des pays développés. Il pourra fort bien s'avérer préférable de demander une telle indemnisation plutôt que de mener un combat voué à l'échec contre la libéralisation des marchés d'importation.

Même si les préférences commerciales ne sont plus à leur zénith, il faudrait poursuivre les recherches sur leurs effets aussi longtemps qu'elles continueront de jouer un certain rôle. L'on sait étonnamment peu de choses de leurs effets effectifs. Certaines recherches limitées ont été menées sur l'étendue globale des marges préférentielles, et quelques études ont été consacrées aux effets des courants commerciaux. Il reste néanmoins beaucoup à faire. En outre, l'on connaît très mal les effets concrets que des préférences commerciales données concernant des produits déterminés ont eût dans divers pays en développement. Il s'agit là d'un domaine qui pourrait utilement faire l'objet de recherches plus approfondies. Le résultat des recherches disponibles jusqu'à présent ne constitue pas une base suffisamment solide pour formuler des propositions concrètes touchant le rôle futur des préférences commerciales dans le système commercial multilatéral.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Alain PELLET, *Droit international du développement*, Paris, PUF, 2^e édition, 1987, (1^{ere} édition 1978), (Coll. Que sais-je), 125 pages.
- Canal Forgues, Eric, Flory, Thibaut ; (Sous la direction), GATT/OMC, *Recueil des contentieux du 1^{er} Janvier 1948 au 31 Décembre 1999*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 1234 pages.
- Cassan, H., Feuer, G., *Droit international du développement*, deuxième édition, Paris, Dalloz, 1991, 612 pages.
- Dominique Carreau, Patrick Juillard, *Droit international économique*, 6^{eme} édition, Dalloz, 2017, 942 pages.
- FEUER Guy, CASSAN Hervé, *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1991, 607 pages, (1^{ere} édition 1985).
- FLORY Maurice, *Droit international du développement*, Paris, PUF, 1977, 336 pages, (Col. Thémis).

Ouvrages spécialisés

- A. LIPIETZ, *Mirages et miracles. Problèmes de l'industrialisation dans le Tiers monde*, Paris, La Découverte, 1985, 189 pages.
- Alain BEITONE, Philippe GILLES, et Maurice PARODI, *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours*, Paris, Dalloz, 2006, 503 pages.
- B. BALASSA, *Les nouveaux pays industrialisés dans l'économie mondiale*, Paris, Economica, 1986, 295 pages.
- B. STERN, *Un Nouvel Ordre Economique International ?*, Préface de J-P .COT, Economica, Paris, 1983, LXI, 740 pages.
- Bérangère Taxil : *L'OMC et les pays en développement* CEDIN-PARIS I PERSPECTIVES INTERNATIONALES n°13 édition MONTCHRESTIEN, 179 pages.
- Decaux, E., *La réciprocité en droit international*, Bibliothèque de droit international, tome LXXXII, Paris, 1980, Paris, LGDJ, 374 pages.

- E. SAUVIGNON, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1972, vol 1.IV-372 pages
- El Hadj Abdourahmane DIOUF *L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales*, Editions l'Harmattan, 2009, 392 pages.
- F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, Armand Colin, 1966, In – 8°, 2 tomes, 2^e éd, 589 et 629 pages.
- G. RIST, *Le développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de la Fondation nationale de Sciences politiques, coll. « Monde et sociétés », 2013, 1^{ère} éd. 1996. 4^{ème} édition revue et augmentée, 511 pages.
- I. WALLERSTEIN, *Impenser la science sociale : pour sortir du XIXe siècle*, Paris, PUF, 1991, 340 pages.
- I. WALLERSTEIN, *Le mercantilisme et la consolidation de l'économie monde européenne:1600-1750*, vol. II, Paris, Flammarion, 1985, 503 pages.
- I. WALLERSTEIN, *Le Système du monde du 15^e siècle à nos jours, vol. I : Capitalisme et économie-monde : 1450-1640*), Editions Flammarion 1980, 331 pages.
- J. BOUVERESSE, *Droit et politique du développement et de la coopération*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, 316 pages.
- Jean Louis GAUTRON, « De Lomé à Cotonou: rupture et continuité conventionnelles », in *Mélanges en hommage à Jean Victor LOUIS*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003, 2 vol. (659 et 443 pages.)
- K. MBAYE, « Article 2 alinéa 1 », in J.-P. COT et A. PELLET (éds), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1991 (2^e éd), 1171 pages.
- Lofti M'rini, (2005), *De la Havane à Doha. Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 517 pages.
- M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, *Brevets et sous- développement. La protection des inventions dans le Tiers-monde*, Paris, Librairies techniques, 1972, 323 pages.
- Madjid BENCHIKH, *Droit international du sous-développement. Nouvel ordre dans la dépendance*, Paris, Berger-Levrault, 1983, (Coll. Mondes en devenir), 331 pages.

- Mohammed BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979, 295 pages.
- Mohammed BENNOUNA, *Droit international du développement, Tiers-monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, 1983, (Coll. Mondes en devenir), 335 pages.
- P. JUDET, *Les nouveaux pays industriels*, Paris, Editions ouvrières, Economie et Humanisme, 1986 (2^e éd.), 1^{ere} dition 1981, 174 pages.
- P. MESSERLIN, *La nouvelle Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, Dunod, 1995, (Collection Ramses), 368 pages.
- Philippe VINCENT, *Institutions économiques internationales*, Bruxelles, Larcier, 2009, 413 pages.
- Philippe Vincent, *L'OMC et les pays en développement*, édition Larcier, 398 pages.
- Pierre DEVOLUY, *Les politiques économiques européennes*, Editions du Seuil, 2004, 448 pages.
- R. CHAPUIS et T. BROSSARD, *Les quatre mondes du Tiers monde*, Paris, Armand Colin, 1997 (2^e éd.), 247 pages.
- S. BRUNEL (éd.) *Tiers mondes. Controverses et réalités*, Paris, Economica, 1987, 519 pages.
- Samir AMIN, *L'accumulation à l'échelle mondiale*, Paris, Anthropos, 1970, 592 pages.
- T. CHRISTOFOROU, « L'Accord du cycle d'Uruguay sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », in *La Communauté européenne et le GATT* sous la direction de Thiébaud FLORY, Apogée, Rennes, 1995, 170 pages.
- T. FLORY, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, L.G.D.J., 1968, 308 pages.
- W. VOLLMANN, *Pourquoi êtes-vous pauvres ?*, Paris, Actes Sud, 2008, 128 pages.

Thèse de doctorat et Mémoires

- Elkin, Natan., *Droit et Pratique des Préférences généralisées*, Thèse de Doctorat, Louvain, 1985, 313 pages.
- Mémoire Fatimata Zahra Niang : *Les accords de partenariat économique, une exigence juridique du droit de l'OMC ?* Institut Européen de l'Université de Genève, 73 pages.
- Mémoire de Mokhtar MBACKE NDIAYE, *le système communautaire de préférences tarifaires face aux règles de l'OMC*, 42 pages.

Articles

- A TANKOANO, « L'accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce », *Droit et pratique du commerce international*, 1994, vol 20, n°3, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2003, 30 pages, pp. 103-133.
- Abass, A., « Le régime commercial de Cotonou face au droit de l'OMC », *L'observateur des Nations Unies*, N°12, 2002, 28 pages, pp 107 – 135.
- Alain PELLET, Le « bon droit » et l'ivraie. Plaidoyer pour l'ivraie, (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement), 28 pages, pp. 465-493.
- Bilal S, Houée S, Szepi S, « La dimension commerciale du partenariat ACP-UE : L'Accord de Cotonou et les APE », *Discussion Paper N°60, ECDPM*, Octobre 2004, 75 pages.
- Bilal Sanoussi, « Qui négociera avec l'Union Européenne ? Recherche d'un cadre de négociation ACP/UE, Eclairages sur les négociations commerciales : de Doha à Cotonou », Vol. I, N° 2, Juin 2002, 8 pages.
- C CAHILL, « L'agriculture de la zone OCDE après Uruguay », *L'Observateur de l'OCDE*, n° 196 (octobre-novembre 1995).
- Carreau Dominique, Flory Thiébaut, Juillard Patrick. « Chronique de droit international économique ». In : *Annuaire français de droit international*, volume 31, 1985, 59 pages, pp 603-662.
- Catherine Haguenau-Moizard, Thierry Montalieu « L'évolution du partenariat UE- ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la

normalisation », *Mondes en développement* 2004/4 (numéro 128), 23 pages, pp 65-88.

- Denis BERTHELOT, «David et Goliath : argumentaire contre les APE entre l'UE et les pays ACP », *Solidarité*, 14 pages, pp 1-14.
- Dr El Hadji A. DIOUF : « Les Accords Commerciaux Régionaux et l'OMC : Quel statut pour quelles préférences pour les Accords de Partenariat Economique entre l'Union Européenne et les pays ACP ? », 15 pages, pp 1-15.
- DUPUY René-Jean, Mélanges « Communauté internationale et disparités de développement ».Cours général de droit international public, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1979, vol. 165, 222 pages, pp 9-231,
- F. Borella, « le nouvel ordre économique international et le formalisme juridique », in *Mélanges offerts à Charles Chaumont le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pédone, 1984, 595 pages, pp 73 – 88.
- F. DEHOUSSE et P. VINCENT, « La politique agricole commune ou l'éternelle réforme », *Studia Diplomatica* 1998/5, 144 pages, pp 1-144.
- FAO, « L'avenir des arrangements commerciaux préférentiels », 2002, 91 pages, pp 1-91..
- FLORY Maurice, « Souveraineté des Etats et coopération pour le développement », *Recueil des cours de l'Académie de la HAYE*, 1974-I, 75 pages, pp. 255-330
- G. CASTANEDA, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note sur le procédé d'élaboration », *AFDI*, 1974, 25 pages, pp 31 – 56.
- G. DE LACHARRIERE, « Identification et statut des pays moins développés », *AFDI*, 1971, 21 pages, pp 461 – 482.
- G. de Lacharrière, « Influence de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international », *RCADI de la HAYE*, tome 139, 1973-II, 41 pages, pp 227-268.
- G. FEUER, « Les principes fondamentaux dans le droit international du développement », in *Société Française pour le Droit International (éd.), Pays en voie de développement et transformations du Droit international, Actes du VIIe Colloque de Paris*, Pédone, 1974, 43 pages, pp 191-234.

- G.FISCHER, « L'UNCTAD et sa place dans le système des Nations Unies » *AFDI*, 1966, 11 pages, pp 234 – 245.
- Germain DENIS, « Un régime de préférences tarifaires généralisées pour le Tiers Monde », *Etudes Internationales* , Volume 2, Numéro 2, 1971, 18 pages, pp 231–249.
- J. CLOOS et T.-L. MARGUE, « Les négociations agricoles de l'Uruguay Round : déroulement et résultats », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* n°376, mars 1994, 16 pages, pp 155– 171.
- Jean Marc SIROEN, « L'OMC doit abandonner la pratique de la décision par consensus . Comment le commerce mondial s'organise sans l'OMC. L'OMC face à la crise des négociations multilatérales », *les Etudes du CERI* n°160 – décembre 2009, 39 pages, pp 1-39.
- Jean- Jacques HALLAERT, « L'impact du SPG européen sur les pays en développement d'Asie », *Mondes en développement*, no 2 (2002) (n° 118), 11 pages, pages 39 à 50
- Kenneth KARL, « De Georgetown à Cotonou, Le Groupe ACP face aux nouveaux défis », *Le courrier, Ed. Spéciale, Septembre 2000. Recherches internationales*, n° 85, janvier-mars 2009, 20 pages, pp. 67-87.
- M. Flory, « Inégalité économique et évolution du droit international », in *pays en voie de développement et transformation du droit international*, *SFDI, colloque d'Aix-en – Provence*, Paris, Pédone, 1974., 29 pages, pp 11 – 40.
- M. VIRALLY, « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note de lecture », *AFDI*, 1974, 20 pages, pp 57 – 77.
- P. Vincent, « L'impact des négociations de l'Uruguay round sur les pays en développement », *RBDI*, 1995-2, 27 pages, pp 486-513..
- P. VINCENT, « Les relations entre l'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce », *Journal des Tribunaux – droit européen*, 2001, 5 pages, pp 105 – 110.
- P.PESCATORE, « La clause de la nation la plus favorisée dans les relations multilatérales », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1969, tome I, 247 pages, pp. 1--247 ; tome 2, 12 pages, pp. 127-139.

- Philippe VINCENT, « Le contentieux EU - UE sur les bananes », *Revue Belge de Droit international*, 2000, 99 pages, pp 1-99.
 - R.PREISWERK, « La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents », *Journal du droit international*, 1967, n° 1, note 81, 35 pages, pp 5-40.
 - Raoul Marc JENNAR, « Ces accords que Bruxelles impose à l'Afrique », *Le Monde diplomatique*, Février 2003, 1 page, p 10.
 - Touscoz, J., « Le régime juridique international des hydrocarbures et le droit international du développement », *JDI*, 1973, n°2, 37 pages, pp 296-333.
 - V. LEARY, « Resolutions and Recommendations in the Evolution of International Norms concerning Tariff Preferences for Developing Countries(UNCTAD), les résolutions dans la formation du droit international du développement », *Colloque des 20 et 21 Novembre 1970, Genève, Etudes et travaux de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales*, n°13, 1971, Actes de la CNUCED, vol. I- 189 pages, pp 1-189.
 - VIRALLY Michel, « Vers un droit international du développement », *Annuaire français de droit international*, 1965, 9 pages, pp. 3-12.
 - WALLERSTEIN, « De Bandung à Seattle : c'était quoi le tiers-monde ? », *Le Monde diplomatique*, 47e année, No. 557, août 2000, 1 page, pp 18 – 19.
-
- WALLERSTEIN, « Le développement du concept de développement », *Revue Sociologie et société, Regards sur la théorie*, Volume 14, Numéro 2, octobre 1982, 9 pages, p. 133–142.
 - WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue générale de droit international*, 1982, 42 pages, pp. 5-47.
 - Yves PETIT, « L'Agriculture, pomme de discorde entre l'UE et les Etats-Unis », *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, vol. 40, N° 4, 2004, 21 pages, pp.599-620.

Documents officiels

- (Doc. GATT W.14/15). p 231.
- 12 mars 2001, WT/ DS 135/DB/R
- 8^e rapport général sur l'application du SPG établi par la CNUCED, TD/B/C.5/90.
- Accord ADPIC.
- Accord de Cotonou.
- Accord sur l'agriculture.
- Accords de Lomé.
- Accords du Tokyo-Round du GATT de 1979, cette chronique, AFDI, 1979. p 592 et s.
- Actes de la CNUCED, vol. I. p 22 ; p 473 ...
- Annexe II du règlement 3281/94 CE.
- Banque mondiale, Rapport annuel 2008, Washington, Banque mondiale, 2008.
- Banque mondiale, Rapport sur le développement dans le monde 1979. Croissance et équité dans les nations semi-industrialisés, Washington, Banque mondiale, 1980.
- Bulletin de l'UE 6-2005, pt 1.6.23.
- Charte d'Alger, Réunion ministérielle du Groupe des 77, doc. MM 77/1/20 du 30 octobre 1967. pp 16 – 17.
- Cinquième protocole à l'Accord général sur le commerce des services et ses listes de concessions, doc. OMC S/L/45.
- CNUCED, « 2^{ème} Conférence de la CNUCED Résolution 21 (II) », 1968.
- CNUCED, « Toward a new trade policy for development », 1964.
- CNUCED, Profil statistique des pays les moins avancés, Genève, 2005.
- Communautés Européennes – L'accord de partenariat ACP-CE – Recours à l'arbitrage conformément à la Décision du 14 novembre 2001 – Décision de l'arbitre – WT/L/616 du 1^{er} août 2005.
- Communication présentée par le groupe des pays ACP, TN/RL/W/155 du 28 avril 2004. paragraphe 11 ii) et paragraphe 8.

- Communiqué de presse américain du 13 janvier 1998, WTO Press Review du 14 janvier 1998. p 4.
- Décision 90/672 CECA.
- Décision de la conférence ministérielle du 14.11.2001, WT/MIN(01)/15.
- Décision du 24.3.2000 WT/DS27/ARB/ECU.
- Déclaration ACP relative à la cinquième conférence ministérielle de l'OMC, 1^{er}.8.2003, WT/MIN(03)/4.
- Déclaration ministérielle de Doha (WT/MIN (01)/ DEC/1). paragraphe 29.
- Déclaration sur le droit au développement, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 41/128 du 4 décembre 1986.
- Doc. CNUCED E/CONF.46/C.2/SR.8.
- Doc. GATT L/4366/Add. 15 et 16.
- Doc. GATT L/4366/Add. 18.
- Doc. GATT MTN.GNG/MA/W/24.
- Doc. GATT MTN.GNG/NG11/W/28.
- Doc. GATT MTN.GNG/NG11/W/71.
- Doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/
- Doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/118.
- Doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/145.
- Doc. GATT MTN.GNG/NG5/W/80.
- Doc. GATT MTN.GNS/W/95.
- Doc. GATT MTN.TNC/7 (MIN).
- Doc. GATT MTN.TNC/W/35/Rev.1. p 239.
- Doc. GATT MTN.TNC/W/FA. pp O.1 à O.36.
- Doc. GATT MTN/FR/W/8 (La déclaration du représentant de l'Egypte à l'occasion des négociations du Tokyo Round). p 3.
- Doc. GATT PREP.COM (86) SR/3, et PREP.COM (86) SR/6. p 29 et pp 31 – 33.

- Doc. IP/N/9/RWA/1.
- Doc. MTN/GNS/W/84.
- Doc. OCDE C (69) 142.
- Doc. OMC G/L/179. pp 32 – 45.
- Doc. OMC IP/C/W/474 du 5 juillet 2006 et ses addenda.
- Doc. OMC JOB(08)/93.
- Doc. OMC S/L/20.
- Doc. OMC WT/CMOTD/N/7.
- Doc. OMC WT/GC/W/546 du 18 mai 2005.
- Doc. TN/AG/W/4/Rev.1.
- Doc. TN/IP/W/11 du 14 juin 2005.
- Doc. WT/GS/W/362 proposé par la Bolivie, la Colombie, l'Equateur et le Nicaragua.
- Doc. WT/MIN (09)/18.
- Document WT/DS246/AB/R du 7 avril 2004 de l'OMC, Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement
- Documents du GATT L/7539, 10 octobre 1994 - (Dérogation accordée pour la Convention de Lomé). Document WT/L/186, 18 octobre 1996 – (Prorogation de la dérogation).
- Guide des Règles et Pratiques du GATT. pp 40 – 41 ; pp 41 – 42 ; pp 352 – 354 ; pp 350 – 351 ...
- Inventaire des questions relatives aux accords commerciaux régionaux (TN/RL/W/8/Rev.1) établi par le Secrétariat de l'OMC.
- JOCE 1990, L 370/133.
- JOCE 1994, L 348/1.
- JOCE 2005, L 169/1.
- La communication WT/G C/W/497.
- La Convention de Yaoundé.

- Les docs. GATT COM.TD/89 et COM.TD/W/239. pp 9 et 10.
- Les docs. GATT L / 2195 /Rev.1 et L /2297.
- Livre vert du 20 novembre 1996 sur les relations entre l'Union européenne et les pays ACP à l'aube du 21ème siècle. Défis et options pour un nouveau partenariat.
- Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends annexé à l'Accord de Marrakech de 1994.
- OCDE, L'incidence des nouveaux pays industrialisés sur la production et les échanges de produits manufacturés, Rapport du Secrétaire général, Paris, OCDE, 1979.
- OMC, Statistiques internationales du commerce 2008, Genève, OMC, 2008.
- OMC, Textes juridiques.
- PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Règlement n°978/2012 du Parlement européen et du Conseil appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) no 732/2008 du Conseil, 2012. considérant n° 3.
- Passerelles entre le commerce et le développement durable, Volume 3, Numéro 2, 2002.
- Passerelles Synthèse Mensuelle, Volume 3, Numéro 10 du 28 Octobre 2004.
- Passerelles Synthèse Mensuelle, Volume 3, Numéro 3, Avril 2004.
- PHILIP André, Intervention au Colloque international de Nice intitulé « L'adaptation de l'ONU au monde d'aujourd'hui des 27-29 mai 1965 », Paris, Pedone, 1965, pp. 129 et s.
- Préambule de l'Accord relatif au SGPC.
- Proposition communication présentée par les communautés européennes au sujet des ACR, Document TN/RL/W/179 du 12 mai 2005.
- R. PREBISCH, « Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement économique », Rapport introductif du Secrétaire général de la CNUCED, Actes de la CNUCED, vol. II, texte français, Nations unies, New York et Paris, Dunod, 1964, 156 pages.

- Rapport du comité spécial de la CNUCED sur les préférences du 8 juin 1965, annexe B, doc. TD/B/C.2/1/Add.1.
- Rapport du Comité spécial des préférences de la CNUCED, doc. TD/B/329/Rev.1. chapitre IX.
- Rapport du groupe spécial sur le commerce avec les pays en développement de l'OCDE du 29 janvier 1968, doc. TD/56.
- Rapport du GS du 3 mai 1993 - CEE - Régimes d'importation applicables aux bananes dans les Etats membres.
- Rapport du GS du 8 octobre 1999 EU - Traitement fiscal des sociétés de vente à l'étranger.
- Rapport du panel, CE - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, 12 avril 1999.
- Rapport du Secrétariat de l'OMC, WT/REG/W/46. p 5.
- Rapport général par Thiébaud FLORY, Professeur à l'Université de Paris XII. p 8.
- Rapport sur le commerce mondial 2004 : Evolution du commerce et des politiques commerciales : Quelques aspects du commerce et des politiques commerciales.
- Rapports de panel OMC WT/DS24/R et WT/DS33/R.
- Rapports du panel du 22 mai 1997 et de l'OAP du 9 septembre 1997.
- Rec.1952. p 192.
- Règlement 216/2001 du 29 janvier 2001 modifiant le règlement CEE 404/93 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane (JO du 2 février 2001, L031).
- Règlement 282/92 CEE, JOCE 1992 L 31/1.
- Règlement 3224/94 du Conseil, JOCE 1994 L 337/72.
- Règlement 3912/87 CEE, JOCE 1987, L 369/1.
- Règlement 404/93 du 13 février 1993 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane (JOCE du 25 février 1993, L 047).
- Règlement 404/93 du Conseil relatif à l'organisation commune du marché de la banane, JOCE 1993 L47/1.

- Règlement du Conseil n° 3599/85 publié dans le J.O des Communautés, n° L352 du 30 décembre 1985.
- Règlements 1637/98 et 2362/98 du Conseil, JOCE 1998 L 210/28 et L 293/32.
- Résolution 1995 (XIX) du 30 Décembre 1964.
- Robert Howse, Passerelles, Volume 5, N°2
- Stern, B., Le droit international du développement, un droit de finalité ? In La formation des normes en droit international du développement, Table Ronde franco-maghrébine, Aix en Provence, 7 et 8 octobre 1982.
- Titre V du Trade and Tariff Act de 1984. Sections 502 à 504 ; 19 U.S.C.A paragraphe 2462 à 2464.
- US Trade Act de 1974.
- WT/DS246/R, 1^{er} décembre 2003, Communautés Européennes – Conditions d’octroi de préférences tarifaires aux pays en développement.
- WT/MIN(01)/15, du 14 novembre 2001.
- WT/MIN(01)/16, 14 novembre 2001.

JURISPRUDENCE

- « Canada : Restrictions à l’importation de crème glacée et de yoghourt. Voir, Guide des Règles et Pratiques du GATT.
- « Japon : Restrictions à l’importation de certains produits agricoles »
- Aff. Argentine – mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles, WT/DS56.
- Aff. Communautés européennes – importation de viande de bœuf en provenance du Canada, IBDD, supp. n°28. p 97.
- Aff. Corée – taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75 et 84/AB/R.
- Aff. WT/DS 8 et 10. p 24.
- Aff. WT/DS139 et 142/AB/R.
- Aff. WT/DS23.
- Aff. WT/DS27.

- Aff. WT/DS31.
- Aff. WT/DS62, WT/DS67, et WT/DS68.
- Affaire C 53/96, arrêt du 16 juin 1998, Rec. 1998.I.77.
- Affaire Corée – mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée - Rapport de l’organe d’appel du 11 décembre 2000.
- Affaire IFPI Indonésie (JOCE 1987, C 136/4) et IFPI Thaïlande (JOCE 1991, C 189/26).
- Affaire WT/DS199, Brésil – mesures affectant la protection conférée par un brevet.
- Affaire WT/DS36, Pakistan – protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l’agriculture, et le doc. IP/D/2/Add.1 contenant la solution mutuellement agréée entre les deux Etats.
- Affaire WT/DS50 (plainte des Etats-Unis) et 72 (plainte de la Communauté européenne), Inde - protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l’agriculture.
- Affaires CE – subventions à l’exportation de sucre WT/DS265 (plainte de l’Australie), WT/DS266 (plainte du Brésil) et WT/DS283 (plainte de la Thaïlande).
- Affaires jointes C-300/98 et C-392/98, arrêt du 14 décembre 2000, Rec. I.II.344
- Affaires WT/DS171, Argentine - protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et protection des données résultant d’essais pour les produits chimiques pour l’agriculture et WT/DS196, Argentine- certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d’essais.
- Arrêt du 13 septembre 2001, Rec. 1.5851 - affaire C-89/99, Schieving-Nijstad.
- Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles (Argentine, Rapport de l’Organe d’appel du 7 mai 2007, WT/DS/2007/AB/RW).
- CJCE 10.3.1998, Allemagne c/ Conseil, Rec. 1998. p 1 – 973.
- CJCE 5.10.1994, Allemagne c/ Conseil, Rec. 1994. p 1 – 4973.
- CJCE, 12 décembre 1972 International Fruit Company, aff jointes 21-24/72.

- CJCE, 5 octobre 1994 RFA vs Conseil, aff. C280/93.
- Conseil d'Etat, 22 décembre 1978 - Ministre de l'intérieur vs Cohn-Bendit, Rec. Lebon. p 524.
- L'aff. Japon – taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS 8 et 10/AB/R. p 24.
- Rapport de l'ORD du 2 Août 1999 dans l'affaire « Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils ».
- Rapport de l'Organe d'appel du 23 septembre 2002 – Chili – Mesures de sauvegarde appliquées à l'agriculture.
- Rapport du 2 janvier 2002, WT/DS176/AB/R, Etats-Unis – art. 211 de la Loi générale de 1998 (ou affaire Havana Club).
- Rapport du Groupe Spécial (panel) de 1988 « Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés », in Guide des Règles et Pratiques du GATT.
- Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements. Rapport de l'Organe d'appel, 22 octobre 1999 (WT/DS34/AB/R).

WEBOGRAPHIE

- http://ec.europa.eu/comm/development/body/cotonou/lome_history_fr.htm
- <http://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2004-4-page-65.htm>. p 65.
- <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1030&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en>
- <http://www.sosfaim.be/pdf/fr/dp/DP4.pdf>.
- http://www.wto.org/english/res_e/statistics_e/daily_update_e/monthly_trade_e.xls
- http://www.wto.org/french/news_f/news10_f/agng_03mar10_f.htm
- <https://doi.org/10.3406/afdi.1985.2683>
- https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1985_num_31_1_2683

Table des matières

SIGLES ET ABREVIATIONS	
INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE :	21
LA DISCORDANCE ENTRE LES DEUX CHAMPS NORMATIFS	21
TITRE I :	22
LA CONTRARIETE DES PREFERENCES TARIFAIRES AVEC LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION PROMU PAR L'OMC.....	22
CHAPITRE I : L'opposition entre le SGP et le principe de non- discrimination promu par l'OMC	23
SECTION I : Une remise en cause de la clause NPF du système OMC par le SGP	23
PARAGRAPHE I : Remise en cause de l'égalité de traitement entre pays de la même catégorie de développement	23
PARAGRAPHE II : Le SGP : une discrimination positive en faveur des pays en développement en contradiction avec le principe de non –discrimination de l'OMC	38
SECTION II : Une contradiction illustrée par la jurisprudence à travers l'affaire SGP-drogues	56
PARAGRAPHE I : Le caractère sélectif du SGP-drogues de l'UE.....	56
PARAGRAPHE II : L'application aléatoire du principe de non-discrimination.....	61
CHAPITRE II : La contrariété entre les préférences spéciales et le principe de non- discrimination promu par l'OMC.....	68
SECTION I : remise en cause de la Clause NPF par les préférences spéciales injustifiée par la Clause d'habilitation	68
PARAGRAPHE I : Une violation de la clause NPF	69
PARAGRAPHE II : Une absence de justification par la clause d'habilitation.....	78
SECTION II : contradiction entre les préférences spéciales et la Clause NPF justifiée par l'affaire «bananes »	89
PARAGRAPHE I : Remise en cause de la politique communautaire de coopération au développement	89
PARAGRAPHE II : Remise en cause des préférences spéciales à l'OMC incompatibles avec le principe de non-discrimination.....	96
TITRE II :	115

L'INCOMPATIBILITE DES PREFERENCES TARIFAIRES AVEC LE PRINCIPE DE RECIPROCITE PROMU PAR L'OMC	115
CHAPITRE I : La contrariété du SGP avec le principe de réciprocité promu par l'OMC	117
SECTION I : contradiction entre le principe de non- réciprocité du SGP et le principe de réciprocité de l'OMC initiée par une révision à travers la Partie 4 du GATT.	117
PARAGRAPHE I : Une confirmation du principe de Traitement Spécial et Différencié	117
PARAGRAPHE II : Une exception au principe de réciprocité	121
SECTION II : contradiction entre le principe de non-réciprocité du SGP et le principe de réciprocité de l'OMC confirmée par la Clause d'habilitation de 1979.	131
PARAGRAPHE I : Une base juridique et permanente au statut dérogatoire des pays en développement	131
PARAGRAPHE II : Une confirmation formelle du principe de non-réciprocité	134
CHAPITRE II: La contrariété des préférences spéciales avec le principe de réciprocité promu par l'OMC	138
SECTION I : La dissonance entre le régime des préférences spéciales et le principe de réciprocité promu par l'OMC dans les Conventions de Lomé.....	138
PARAGRAPHE I : Un système asymétrique de discrimination positive des ACP dans les préférences commerciales	138
PARAGRAPHE II : Un régime dérogatoire aux principes du multilatéralisme et des instruments commerciaux originaux	146
SECTION II : Un régime de transition dérogatoire aux règles de l'OMC	150
PARAGRAPHE I : Le débat juridique sur la normalisation des relations UE-OMC : les conflits arbitrés par l'OMC	150
PARAGRAPHE II : La politique commerciale selon l'Accord de Cotonou : de l'exception à la normalisation	154
DEUXIEME PARTIE :	161
LA MISE EN COHERENCE PROGRESSIVE DES DEUX CHAMPS NORMATIFS.....	161
TITRE I :	163
LE CARACTERE PROVISOIRE DU SGP.....	163
CHAPITRE I: L'insertion d'une clause évolutive dans le SGP.....	164
SECTION I: La mise en place d'un système de graduation.....	164
PARAGRAPHE I : La justification des mécanismes de graduation.....	164
PARAGRAPHE II : Les critères de graduation et l'impact de la clause évolutive	172
SECTION II: L'application de la clause évolutive et ses conséquences	178

PARAGRAPHE I : La mise en œuvre de la clause évolutive.....	178
PARAGRAPHE II : Les conséquences de l'application de la clause évolutive	183
CHAPITRE II : Une entorse aux règles de l'OMC justifiée par l'exception de l'art 24 du GATT et l'inégalité compensatrice	185
SECTION I : L' exception de l'art 24 du GATT aux règles de l'OMC.....	185
PARAGRAPHE I : Une non-prise en compte des ACR mixtes dans le droit de l'OMC	185
PARAGRAPHE II : Une remise en cause du triptyque préférentiel :	204
SECTION II : L'inégalité compensatrice.....	205
PARAGRAPHE I : Une application stricte et inopportune de l'égalité entre Etats sur la scène internationale contraire aux règles de l'OMC	206
PARAGRAPHE II : Une compensation de l'inégalité initiale entre Etats : de l'inégalité formelle à l'égalité réelle de traitement justifié par le principe de solidarité.....	212
TITRE II :	218
L'ADAPTATION PROGRESSIVE DES DIFFERENTS MECANISMES DEROGATOIRES DE L'OMC.....	218
CHAPITRE I : La libéralisation graduelle du commerce	219
SECTION I : La libéralisation progressive des secteurs de l'agriculture et des textiles.....	221
PARAGRAPHE I : Réintégration de l'agriculture dans l'OMC.....	221
PARAGRAPHE II : Réintégration des textiles dans l'OMC par l'ATV	244
SECTION II : La libéralisation progressive des secteurs des services et de la propriété intellectuelle	257
PARAGRAPHE I : Une libéralisation progressive du secteur des services par l'inclusion du GATS dans l'OMC.....	257
PARAGRAPHE II : Une libéralisation progressive du secteur de la propriété intellectuelle par l'inclusion de l'ADPIC dans l'OMC.....	271
CHAPITRE II : La mise en conformité des accords avec le principe de non-discrimination de l'OMC	294
SECTION I : L'application uniforme et différenciée du principe de non-discrimination par le GATS	294
PARAGRAPHE I : L'application uniforme du principe de non-discrimination à tous les membres de l'OMC par le GATS	294
PARAGRAPHE II : La licéité des intégrations économiques et un régime d'exception au profit des pays en développement	300

SECTION II : L'extension au secteur de l'ADPIC des clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée.....	303
PARAGRAPHE I : L'extension de la clause du traitement national au secteur de l'ADPIC	303
PARAGRAPHE II : L'application de la clause du traitement de la nation la plus favorisée au secteur de l'ADPIC	305
CONCLUSION	309
BIBLIOGRAPHIE	317

Résumé de la Thèse

Les préférences commerciales ont joué un rôle important dans les relations commerciales entre pays en développement et pays développés depuis que la CNUCED a demandé leur octroi vers le milieu des années 60. Toutefois, elles violent l'un des principes fondamentaux du GATT, c'est-à-dire le principe de non-discrimination sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, et il a fallu au GATT un certain temps pour résoudre le problème. Invoquant le "facteur développement", il a finalement légitimé les préférences commerciales en faveur des pays en développement en adoptant la "clause d'habilitation". Néanmoins, le rôle que jouent les préférences commerciales dans le cadre du système du GATT change constamment. Les régimes préférentiels spéciaux en faveur de groupes limités de pays en développement, comme les préférences que l'UE accorde aux pays ACP dans le cadre de la Convention de Lomé, ont été tacitement tolérés de nombreuses années mais, plus récemment, il a été déclaré clairement que ces régimes sont incompatibles avec la règle selon laquelle des préférences non réciproques doivent être accordées à tous les pays en développement sans discrimination. Telle est l'une des raisons pour lesquelles les préférences commerciales sont actuellement dans un état de flux. Cela étant, il est permis de penser que les préférences commerciales ont connu leurs meilleurs jours, tout au moins en tant qu'élément général des relations commerciales entre pays développés et pays en développement. Toutefois, même si les préférences commerciales ne sont plus à leur zénith, ce n'est pas à dire que les préférences commerciales ne devraient plus être à l'ordre du jour des négociations commerciales internationales.

Thesis Summary

Trade preferences have played an important role in trade relations between developing and developed countries since UNCTAD requested them in the mid-1960s. However, they violate one of the fundamental principles of the GATT, namely the principle of non-discrimination on the basis of most-favored-nation treatment, and it took the GATT some time to resolve the problem. Citing the "development factor", it finally legitimized trade preferences in favor of developing countries by adopting the "enabling clause". Nevertheless, the role of trade preferences in the GATT system is constantly changing. Special preferential arrangements for limited groups of developing countries, such as the preferences granted by the EU to ACP countries under the Lomé Convention, have been tacitly tolerated for many years, but more recently it has been made clear that these arrangements are incompatible with the rule that non-reciprocal preferences should be granted to all developing countries without discrimination. This is one of the reasons why trade preferences are currently in a state of flux. However, it can be assumed that trade preferences have had their best days, at least as a general element of trade relations between developed and developing countries. However, even if trade preferences are no longer at their zenith, this does not mean that trade preferences should no longer be on the agenda of international trade negotiations.