

E. Le système commercial multilatéral et les accords commerciaux préférentiels

Les analystes se demandent toujours comment les accords commerciaux préférentiels (ACPr) influent sur le système commercial multilatéral. L'essor du régionalisme compromet-il la coopération commerciale multilatérale ? Faut-il considérer ces approches différentes comme complémentaires ou comme concurrentes ? Existe-t-il des synergies ou des conflits inévitables ? Ces questions sont examinées dans cette dernière section du rapport, à la lumière de l'analyse faite précédemment.

Sommaire

1. Effets systémiques de la libéralisation tarifaire préférentielle	166
2. Les ACPr profonds et le système commercial multilatéral	168
3. Le régionalisme et l'OMC : perspective historique	182
4. Relation entre les ACPr et l'OMC	187

Quelques faits saillants et constatations importantes

- L'intégration profonde est souvent de nature non discriminatoire.
- Les réseaux de production mondiaux peuvent amener à inclure dans les ACPr des mesures tarifaires et non tarifaires qui sont plus conformes aux principes du système commercial multilatéral.
- De nombreux différends entre des parties à des ACPr sont portés devant le système de règlement des différends de l'OMC. En moyenne, environ 30 pour cent de ces différends opposent des Membres qui sont parties au même ACPr.
- Il pourrait être nécessaire d'adopter à l'OMC une approche de la prise de décisions fondée sur la masse critique, du moins à court terme, pour promouvoir un programme qui assure une plus grande cohérence entre les ACPr et le système commercial multilatéral.

1. Effets systémiques de la libéralisation tarifaire préférentielle

À la fin des années 1980 et au début des années 1990, une série d'événements ont conduit les analystes à s'intéresser aux effets systémiques de l'intégration régionale (Baldwin, 2009).¹ Le régionalisme s'est développé en Amérique du Nord, où l'ACPr entre le Canada et les États-Unis a ouvert la voie à la négociation de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Il a aussi été ravivé en Europe par l'initiative du Marché unique européen et par la désintégration de l'Union soviétique. À l'époque, les perspectives d'une conclusion rapide et complète du Cycle d'Uruguay étaient très incertaines.

L'existence possible d'un lien de causalité entre l'essor du régionalisme et la difficulté de conclure les négociations multilatérales ne pouvait être ignorée. C'est pourquoi le débat sur le régionalisme a pris une dimension systémique. Cette section donne un aperçu de la littérature sur le sujet, en s'appuyant sur plusieurs études publiées récemment: Baldwin (2009), Freund et Ornelas (2010) et Winters (2011).

Ces études s'intéressent en gros à la relation entre libéralisation tarifaire discriminatoire et non discriminatoire. L'approche classique consiste à examiner si les réductions tarifaires préférentielles entraînent une réduction ou une augmentation du droit de la nation la plus favorisée (droit NPF) que les Membres de l'OMC appliquent sur une base non discriminatoire. Comme nous l'avons vu dans la section C, les données disponibles à ce jour ne permettent pas de tirer des conclusions. Certaines études traitent cependant de l'effet de la libéralisation tarifaire préférentielle sur la libéralisation tarifaire non discriminatoire².

En raison du manque de données adéquates, les études empiriques probantes sont rares. La littérature est donc essentiellement théorique et ses prédictions ne sont souvent étayées que par des éléments anecdotiques.

(a) Les ACPr favorisent-ils ou entravent-ils les réductions tarifaires multilatérales ?

On a identifié plusieurs mécanismes par lesquels les ACPr peuvent favoriser ou entraver l'ouverture commerciale multilatérale.

Comme nous l'avons vu dans la section C, le théorème de Kemp-Wan est une référence théorique qui montre que les ACPr n'ont pas nécessairement des effets négatifs sur les réductions tarifaires multilatérales. À partir d'une situation où tous les pays ont des droits NPF, les pays peuvent toujours augmenter leur prospérité collective en formant un bloc commercial. L'élargissement progressif du bloc augmentera le bien-être de ses membres, et le bien-être maximum sera atteint lorsque tous les pays feront partie du bloc (Kemp et Wan, 1976). Ce résultat théorique repose sur deux hypothèses fortes. Premièrement, les membres de l'ACPr doivent fixer leurs tarifs extérieurs à un niveau qui bloque leurs échanges avec le reste du monde. Deuxièmement, des transferts forfaitaires entre les membres leur assurent de retirer à tous des avantages de l'ACPr.³

La crainte de l'érosion des préférences est un aspect important de la relation entre la libéralisation préférentielle et tarifaire multilatérale.⁴ Dans un monde où tous les pays auraient intérêt à ce que le commerce soit plus ouvert, mais où les pays qui craignent l'érosion de leurs préférences s'y opposent, le régionalisme peut contribuer à l'ouverture commerciale globale. Baldwin (2009) illustre cet argument par un exemple dans lequel le pays Home signe des ACPr distincts avec le Partenaire 1 et le Partenaire 2, formant ainsi un système en étoile. Ce système place Home dans une position avantageuse car il combine l'ouverture commerciale du côté des importations et des droits préférentiels du côté des exportations. Il est vraisemblable que Home, qui est au centre du système, s'opposera à des négociations à l'OMC visant à ouvrir davantage le commerce par crainte de l'érosion de ses préférences. Malgré cela, Home et ses deux partenaires peuvent parvenir à une ouverture commerciale globale, non par le biais des négociations multilatérales, mais au moyen d'un ACPr entre les deux partenaires périphériques. Comme le montre Baldwin, les deux partenaires préféreront toujours une ouverture commerciale globale au système en étoile.

La crainte de l'érosion des préférences peut toutefois constituer une puissante force de résistance aux réductions tarifaires multilatérales. La littérature économique montre que deux pays ou plus peuvent conclure un ACPr qui augmente leur bien-être au détriment des pays tiers. L'ACPr fera obstacle à l'ouverture commerciale multilatérale parce que ses membres s'opposeront à sa suppression, précisément pour éviter l'érosion des préférences. Cela est vrai non seulement si les membres de l'ACPr augmentent leurs tarifs NPF extérieurs, mais aussi si les tarifs extérieurs sont gelés. Baldwin (2009) donne un exemple dans lequel, si le tarif initial est suffisamment bas, les avantages du maintien d'un ACPr qui réduit le bien-être des pays tiers sont supérieurs aux avantages courants de l'ouverture commerciale globale.⁵

Les pays en développement bénéficiant d'un accès préférentiel sans réciprocité aux marchés des pays développés sont particulièrement préoccupés par l'érosion des préférences, notamment si la diminution des avantages liés aux droits préférentiels n'est pas compensée par les gains d'accès aux marchés découlant des réductions tarifaires pour les marchandises qui ne font pas l'objet de préférences.⁶

Des facteurs d'économie politique peuvent aussi influencer sur le rythme auquel des droits préférentiels sont appliqués aux pays non membres sur une base NPF. Si les ACPr sont créateurs d'échanges, ils augmenteront la taille des secteurs d'exportation et réduiront celle des secteurs en concurrence avec les importations. Si le pouvoir politique est proportionnel à la taille du secteur, l'ACPr augmentera le soutien à l'ouverture commerciale.⁷ En particulier, il peut être politiquement optimal pour un gouvernement d'abaisser les droits NPF à des niveaux qui n'auraient pas été souhaitables en l'absence d'ACPr.⁸

Dans le même ordre d'idées, si les salariés sont mal informés des effets que l'ouverture commerciale aura sur eux, ils s'opposeront, dans un premier temps, à l'ouverture commerciale globale mais accepteront un ACPr, qui est une

forme intermédiaire de réduction des obstacles au commerce (Frankel et al., 1995). L'ACPr leur permettra de savoir comment ils seront affectés par l'ouverture commerciale globale et rendra une approche NPF politiquement faisable.

Les modèles d'économie politique examinés dans la section C (Grossman et Helpman, 1995; Krishna, 1998), apportent cependant quelques éclaircissements sur les raisons pour lesquelles les ACPr peuvent entraver les réductions tarifaires multilatérales. D'après ces modèles, les groupes d'intérêts peuvent préférer les ACPr qui détournent les échanges, c'est-à-dire qui procurent une protection accrue.⁹ Dans le modèle de Krishna, l'importance du détournement d'échanges détermine le degré d'opposition politique à un accord multilatéral qui recevrait un soutien en l'absence de l'ACPr. Intuitivement, on peut dire que, s'il n'y a pas ou presque pas de détournement d'échanges, les entreprises de chaque pays membre obtiennent des parts de marché (et des bénéfices) plus importantes dans l'autre pays membre mais perdent des bénéfices sur le marché intérieur, l'effet global sur les bénéfices nets étant faible. Toutefois, si l'ACPr permet aux entreprises du bloc d'évincer celles des pays exclus sur le marché des membres, il accroît à coup sûr les bénéfices de toutes les entreprises au détriment des pays tiers (Freund et Ornelas, 2010).¹⁰

Levy (1997) parvient aussi, dans un modèle avec électeur médian, au résultat selon lequel des groupes d'intérêts particuliers peuvent s'opposer à l'ouverture commerciale multilatérale qui recevrait un soutien en l'absence d'ACPr. Il montre qu'un ACPr bilatéral peut procurer aux principaux agents d'un pays des avantages disproportionnés qui ne les inciteront pas à soutenir un accord multilatéral, lequel sera donc bloqué. Cela pourrait être le cas, par exemple, si la dotation en facteur des deux pays est comparable, de sorte que les échanges dans le cadre de l'ACPr sont en grande partie des échanges intra-industriels, avec peu d'effets redistributifs. Une ouverture multilatérale modifierait les prix des facteurs, ce qui ferait des gagnants et des perdants et n'apporterait que des avantages modestes du fait d'une diversité ou d'une spécialisation accrues sur la base de l'avantage comparatif. Dans ce cas, l'électeur médian s'opposerait à l'ouverture commerciale multilatérale, à laquelle l'ACPr ferait obstacle.

Les ACPr sont parfois conclus pour des raisons autres qu'économiques, comme l'entente et la réconciliation entre d'anciens ennemis (la France et l'Allemagne, par exemple), ou entre des pays ayant eu des liens coloniaux (Schiff et Winters, 1998). Comme nous l'avons vu à la section C, certains auteurs ont fait valoir que ces objectifs non économiques pouvaient amener les pays membres à s'opposer à toute nouvelle ouverture multilatérale du commerce. Selon un modèle de Limão (2007), les ACPr permettent aux pays partenaires de coopérer sur les questions non commerciales en utilisant les droits préférentiels comme monnaie d'échange. La perspective de perdre cette possibilité par une ouverture commerciale multilatérale peut rendre les pays moins favorables à une approche globale.¹¹

Les ACPr peuvent aussi augmenter les coûts d'ajustement liés à l'ouverture commerciale multilatérale lorsque les entreprises doivent réaliser des investissements

irrécupérables dans certains secteurs pour pouvoir produire. Comme le montre McLaren (2002), dans ce cas, les gains ex post procurés par des réductions multilatérales peuvent être réduits par rapport aux gains découlant de l'ouverture commerciale préférentielle, lesquels apparaissent en situation d'équilibre. La raison est la suivante: si les entreprises s'attendent à une ouverture commerciale globale, elles investissent dans les secteurs où elles ont un avantage comparatif, de sorte que chaque pays devient très spécialisé. Dans ce cas, les gains ex ante de l'ouverture commerciale multilatérale se concrétisent, et l'ouverture a des chances de se produire. Si, toutefois, les entreprises s'attendent à la signature d'un ACPr, elles investiront dans les produits pour lesquels les pays exclus ont un avantage comparatif parce que le tarif extérieur rendra ces produits coûteux. Pour des raisons similaires, les entreprises des pays exclus investiront dans les produits pour lesquels les membres de l'ACPr ont un avantage comparatif. À mesure que les pays de l'ACPr se spécialiseront les uns par rapport aux autres et deviendront moins spécialisés par rapport aux pays tiers, les gains de l'ouverture commerciale globale diminueront. McLaren (2002) explique que le régionalisme en résultant est « insidieux » parce que c'est un résultat inférieur pour tous les participants, et qu'il apparaît seulement parce qu'il suscite des investissements à fonds perdus qui réduisent la valeur de l'ouverture commerciale multilatérale.

Enfin, l'opposition à une plus grande ouverture tarifaire multilatérale des membres d'un ACPr pourrait venir des pays exclus. Le raisonnement est le suivant: si les membres de l'ACPr réduisent leurs tarifs extérieurs pour des raisons d'économie politique après avoir signé un accord, cela peut entraîner une pure création d'échanges. Comme le dit Ornelas (2005b), les non-membres tirent avantage de ces ACPr en obtenant un plus large accès aux marchés des pays membres sans avoir à réduire leurs droits, comme l'exigerait un accord multilatéral. Les non-membres peuvent donc s'opposer à l'ouverture commerciale multilatérale qu'ils soutiendraient en l'absence de l'ACPr.¹²

L'examen de la littérature laisse donc penser que l'effet du régionalisme sur les perspectives d'ouverture commerciale multilatérale dépend de plusieurs facteurs. Les résultats sont fonction des gains qu'un ACPr procurera aux membres et aux non-membres, des pertes qu'ils subiraient en cas d'ouverture commerciale multilatérale, de l'importance des considérations d'économie politique dans l'élaboration des politiques et de l'ampleur de l'effet de verrouillage d'un accord commercial préférentiel. Les résultats dépendent, en outre, du caractère ouvert ou non du régionalisme (Yi, 1996); des différences de dotation en facteurs ou de coûts (Saggi et Yildiz, 2009); des règles du système commercial multilatéral (Bagwell et Staiger, 1999; Saggi et Yildiz, 2009); et des contraintes formelles en matière d'exécution (Bagwell et Staiger, 1997a: 1997b).

(b) Données empiriques sur les effets systémiques du régionalisme

Lorsque la théorie n'est pas concluante, on se tourne tout naturellement vers les données empiriques. Un premier courant de la littérature examine si les droits NPF et les droits préférentiels sont complémentaires ou substituables.¹³ Comme nous l'avons vu dans la section C,

les résultats sont différents pour les pays en développement et pour les pays développés. Si, dans le premier groupe de pays, les accords commerciaux préférentiels semblent faire baisser les tarifs extérieurs, ils semblent les augmenter dans le second. La plupart des études ne font pas de distinction entre les droits NPF négociés au niveau multilatéral et les réductions tarifaires unilatérales.¹⁴ Les exceptions notables sont les travaux de Limão (2006) et de Karacaovali et Limão (2008), qui examinent expressément l'effet de l'ouverture commerciale préférentielle sur l'ouverture commerciale multilatérale dans le cadre du Cycle d'Uruguay, respectivement aux États-Unis et dans l'Union européenne.¹⁵

Un deuxième courant de la littérature examine la corrélation entre la formation d'ACPr et le multilatéralisme. Un exemple souvent cité de régionalisme contribuant à l'ouverture commerciale multilatérale est celui des États-Unis qui, après avoir préconisé le multilatéralisme pendant de nombreuses années, se sont convertis au régionalisme dans les années 1990, relançant ainsi les négociations du Cycle d'Uruguay (Bergsten et Schott, 1997).¹⁶ Mansfield et Reinhardt (2003) observent que c'est lors de négociations multilatérales que sont conclus le plus d'ACPr. Ils considèrent que ce résultat est la preuve que le multilatéralisme peut encourager la conclusion d'ACPr comme un moyen d'avoir un pouvoir de négociation dans le système multilatéral (en faisant pression sur les pays tiers pour qu'ils ouvrent leurs marchés ou en échappant aux « passagers clandestins »).

Le problème général que pose le fait d'établir un lien entre les ACPr et les cycles de négociations commerciales multilatérales est problématique car ces cycles sont rares. De plus, dans les cycles multilatéraux, les pays négocient une ouverture commerciale plus ou moins ambitieuse, au lieu d'opter pour une ouverture complète et pour pas d'ouverture multilatérale. C'est pourquoi il est impossible de vérifier directement si les ACPr rendent moins probable la conclusion d'accords commerciaux multilatéraux (OMC, 2007).

Certaines données empiriques étayent aussi bien l'idée que les ACPr facilitent l'ouverture commerciale multilatérale et l'idée qu'ils l'entravent.¹⁷ D'une part, certaines données indiquent que les ACPr renforcent l'incitation des pays exclus à agir au niveau multilatéral pour éviter un détournement d'échanges. Il a été dit notamment que les trois derniers cycles de négociations commerciales multilatérales ont coïncidé avec des initiatives importantes en faveur de l'intégration régionale, ce qui est parfois considéré comme une preuve de la relation constructive entre ces deux processus. Par ailleurs, le coût du chevauchement des ACPr incite à rationaliser le système, comme dans le cas du système de cumul paneuropéen, ou à recourir au système multilatéral, comme dans le cas de l'Accord de l'OMC sur les technologies de l'information.¹⁸

Par ailleurs, il a été dit que la crainte de l'érosion des préférences contribuait à la paralysie des négociations multilatérales et se traduisait effectivement par une moindre ouverture commerciale multilatérale (voir, par exemple, Curtis et Vastine, 1971). On constate en outre que la participation à des négociations régionales peut bloquer

le processus d'ouverture commerciale multilatérale en détournant les ressources des négociations multilatérales (OMC, 2007).

2. Les ACPr profonds et le système commercial multilatéral

La littérature sur les effets systémiques des droits préférentiels est abondante mais, jusqu'à présent, il n'y a guère eu d'études sur les effets systémiques des autres mesures d'intégration « profonde ». Les résultats dont on dispose indiquent que, dans certains domaines d'intégration profonde comme les obstacles techniques au commerce (OTC), la réglementation multilatérale n'est peut-être pas économiquement optimale ni politiquement faisable. Comme l'intégration profonde est souvent de nature NPF, il se peut qu'une réglementation de ce type soit moins nécessaire. En fait, la littérature a mis en évidence un certain nombre de mécanismes par lesquels l'intégration profonde contribue « automatiquement » à une plus grande ouverture, ou du moins n'a pas d'effets statiques négatifs sur le système commercial multilatéral.

(a) L'intégration profonde est souvent non discriminatoire par nature

De par leur nature même, certaines dispositions prévoyant une intégration profonde sont appliquées *de facto* aux pays tiers parce qu'elles sont inscrites dans des cadres réglementaires plus vastes qui s'appliquent à tous. Cela est illustré, par exemple, par l'ouverture du commerce des services. Les obstacles au commerce des services sont généralement des mesures réglementaires prises à l'intérieur des frontières. Même si, dans certains cas, ces obstacles peuvent être appliqués de manière différenciée en fonction du pays d'origine des fournisseurs (comme les restrictions concernant le mouvement des personnes, la participation étrangère ou les investissements étrangers directs), on s'attend généralement à ce qu'une mesure supprimée ou assouplie dans le cadre d'un ACPr soit appliquée *de facto* aux tierces parties. C'est aussi la meilleure solution du point de vue économique, et cela peut limiter les distorsions résultant des ACPr relatifs aux services.¹⁹

Les faits indiquent que, dans certains cas, les parties à un ACPr bénéficient d'un traitement préférentiel, mais il est difficile d'analyser cela avec précision faute de données détaillées sur le traitement appliqué par les pays aux services et aux fournisseurs de leurs partenaires commerciaux. La difficulté est accentuée par le fait que l'analyse du traitement non discriminatoire dans le domaine des services devrait tenir compte non seulement du traitement prévu par les lois et règlements, mais aussi du traitement *de facto* – par exemple, quels fournisseurs reçoivent une licence d'exploitation, le nombre de licences étant parfois limité. En outre, compte tenu de l'importance de l'avantage du pionnier pour les fournisseurs dans un certain nombre de secteurs de services²⁰, il est important de savoir si tous les fournisseurs de différentes origines auront droit à un traitement non préférentiel à partir du moment où intervient l'ouverture commerciale. Il se peut que ce soit le cas la plupart du temps, mais on manque de données à ce sujet.

Le fait que les engagements concernant les services dans le cadre des ACPPr peuvent être non discriminatoires permet aussi de penser que les obstacles techniques ou économiques à l'élargissement multilatéral de ces engagements dans le cadre du Cycle de Doha seraient limités. Il faut espérer que les engagements préférentiels pris par plusieurs Membres de l'OMC seront repris dans leurs offres conditionnelles et donneront une impulsion aux négociations de Doha sur les services. Ce n'est pas le cas avec les offres qui sont actuellement sur la table, dont la plupart ont été présentées en 2005, ce qui donne à penser que d'autres facteurs sont en jeu, soit dans les négociations de Doha, soit à l'intérieur des pays. Un de ces facteurs est peut-être que, vu la multiplication des accords commerciaux préférentiels au cours des dernières années, certains pays souhaitent conserver un moyen de pression dans la négociation d'ACPPr, dans lesquelles des engagements allant au-delà de l'Accord général sur le commerce des services (engagements AGCS+) sont échangés entre les parties (par exemple, contre un accès préférentiel pour les marchandises), même si, au final, le résultat global est moins important économiquement que ce que pourrait donner le Cycle de Doha, y compris pour ces parties à des ACPPr.

Un autre facteur à prendre en considération est que pour les services, les règles d'origine n'ont pas le même potentiel de distorsion que pour les marchandises. Dans les ACPPr sur les services, les règles d'origine sont généralement libérales, dans l'esprit de l'article V:6) de l'AGCS²¹, à quelques exceptions près²², ce qui réduit l'effet « bol de spaghettis » (voir la section C).

Pour le mode 1 (fourniture transfrontières), les ACPPr sont généralement axés sur la présence du fournisseur sur le territoire plutôt que sur sa nationalité ou sur l'origine du service, et le caractère originaire est accordé aux services fournis par des entités implantées dans un pays membre de l'ACPPr. Pour le mode 2 (consommation à l'étranger), la nationalité du fournisseur n'est pas importante non plus ; ce qui compte, c'est le territoire sur lequel le service est fourni et consommé. Pour le mode 3 (présence commerciale), les règles d'origine accordent généralement le caractère originaire aux entreprises ayant des « opérations commerciales substantielles » dans la région de l'ACPPr, indépendamment de la nationalité des entrepreneurs. En d'autres termes, la seule exigence est l'établissement d'une présence juridique avec un certain niveau d'activité commerciale dans l'un des pays membres de l'ACPPr.²³

Dans d'autres domaines, comme les accords de reconnaissance mutuels (ARM) concernant les essais, les règles d'origine sont absentes. Si deux pays (les États-Unis et Singapour, par exemple) signent un accord aux termes duquel les États-Unis acceptent les produits testés dans les laboratoires de Singapour, quelle que soit leur origine, Singapour peut devenir un pôle régional spécialisé dans les essais et l'évaluation de la conformité. Les pays voisins y enverront leurs produits pour les faire certifier avant de les exporter vers les États-Unis. L'absence de règles d'origine entraîne automatiquement la multilatéralisation de l'ARM bilatéral sur les essais, ce qui réduit l'effet « bol de spaghettis » (Baldwin *et al.*, 1999).

Les dispositions des ACPPr relatives à la politique de la concurrence sont aussi essentiellement non discriminatoires (Teh, 2009 ; Dawar et Holmes, 2010). Les disciplines en matière de concurrence s'appliquent généralement par le biais de la réglementation intérieure. S'il n'est pas impossible d'adapter la réglementation de manière à favoriser les entreprises originaires des pays partenaires dans le cadre d'un ACPPr, cela peut être coûteux et c'est encore plus difficile si le pays est signataire de nombreux ACPPr. Les règles de transparence, et, en particulier, l'obligation de publier les lois qui favorisent la concurrence amènent à fournir des renseignements qui sont mis (simultanément) à la disposition des membres de l'ACPPr et des non-membres.

Les obligations de fond énoncées dans les chapitres des ACPPr relatifs à la politique de la concurrence portent généralement sur l'application d'une loi sur la concurrence ou la création d'une autorité chargée de la concurrence. Dans la mesure où l'application d'une loi sur la concurrence dans un pays réduit la puissance commerciale des entreprises en place, les entreprises étrangères, qu'elles soient d'un pays membre de l'ACPPr ou non, voient leurs perspectives s'améliorer. Le respect des obligations en matière de concurrence donne aussi la possibilité aux entreprises étrangères (de pays membres ou non membres) qui veulent entrer sur le marché de concurrencer les entreprises nationales.

Les dispositions relatives à la concurrence ont aussi des effets positifs, surtout si elles sont inscrites dans des accords régionaux (Dawar et Holmes, 2010). La création d'une autorité régionale chargée de la concurrence peut procurer des économies d'échelle. Même en l'absence d'autorité centralisée, l'échange d'information et la coopération entre les autorités nationales peuvent être avantageux. Le fait que l'autorité de la concurrence d'un pays membre de l'ACPPr sanctionne un comportement anticoncurrentiel peut avoir un effet de démonstration pour les autres pays. En fin de compte, l'élaboration de normes et de pratiques communes en matière de concurrence au sein de l'ACPPr empêchera l'arbitrage réglementaire, par lequel les entreprises s'implantent dans le pays membre où la politique de la concurrence est la plus souple.

Enfin, les ACPPr peuvent faire directement référence aux règles de l'OMC. Selon Lesser (2007), la majorité des dispositions relatives aux obstacles techniques au commerce (OTC) figurant dans les ACPPr conclus après 1995 réaffirment les droits et obligations des parties au titre de l'Accord OTC de l'OMC et font référence à ses objectifs.

En outre, la plupart des obligations de transparence énoncées dans les ACPPr ressemblent à celles qui figurent dans l'Accord OTC. Enfin, les dispositions qui exigent que les parties fournissent une explication lorsqu'elles ne reconnaissent pas les mesures ou les mécanismes liés aux normes sur lesquels repose la coopération entre les parties (assistance technique, normalisation commune...) peuvent en fait soutenir et améliorer la mise en œuvre de l'Accord OTC, consolidant ainsi le système commercial multilatéral.

Encadré E.1 : Les dispositions des accords internationaux relatives à l'investissement peuvent-elles être discriminatoires à l'égard des tiers ?

L'ouverture progressive de l'investissement étranger direct (IED) est un processus à plusieurs niveaux, combinant une ouverture NPF autonome, des engagements pris dans le contexte d'accords d'investissement bilatéraux (plus de 2 700 à ce jour)²⁴ et, depuis peu, des engagements pris dans le cadre d'ACPr. Malgré la progression des dispositions relatives à l'investissement dans les ACPr, l'investissement reste régi essentiellement par les accords d'investissement bilatéraux.

Les dispositions des ACPr relatives à l'investissement visent généralement à encourager les flux d'investissement entre les pays membres. Certaines visent clairement à protéger les investisseurs, sans accroître les obstacles à l'investissement des pays tiers (Baccini et Dür, 2010). Les chapitres des ACPr relatifs à l'investissement énoncent en général des normes de traitement absolues qui assurent aux investisseurs un minimum de protection. Bien souvent, ils reflètent l'état de la législation nationale sur l'IED et les engagements pris dans de précédents accords d'investissement bilatéraux. Les dispositions relatives à la protection des investissements sont soit incluses directement dans le texte de l'accord, comme dans le cas des accords signés par les États-Unis, soit mentionnées indirectement, les accords disposant alors que les investisseurs doivent être traités conformément au droit international coutumier (Kotschwar, 2009).

On a noté cependant que la conclusion d'un ACPr peut être source de discrimination à l'égard des investisseurs des pays tiers qui sont désavantagés par rapport aux investisseurs des pays membres. Cela peut se produire de deux façons, directement ou indirectement (Baccini et Dür, 2010). Premièrement, la discrimination peut résulter directement de l'inclusion de dispositions ouvrant certains secteurs à l'investissement sur une base exclusivement préférentielle. Tous les ACPr contiennent des normes de traitement relatives, à savoir le traitement NPF et le traitement national.²⁵ La plupart des ACPr récents, notamment ceux des États-Unis ou des pays asiatiques, prévoient généralement le traitement NPF et le traitement national dans toutes les phases de l'investissement (avant et après l'établissement).²⁶ Les normes de traitement relatives peuvent conférer un avantage compétitif aux investisseurs des pays membres par rapport à ceux des pays tiers, en particulier dans le secteur des services. L'ACPr entre l'Australie et les États-Unis, par exemple, assouplit les prescriptions concernant l'examen par le gouvernement des IED des entreprises américaines en Australie (Baccini et Dür, 2010).

Deuxièmement, la discrimination en matière d'investissement peut résulter indirectement de la réduction discriminatoire des droits de douane. Supposons que des entreprises des pays A et B réalisent des investissements de prospection dans le pays C. Elles achètent des intrants dans leur pays et les importent dans le pays C au tarif NPF τ_c . Un ACPr entre A et C, qui supprime les droits de douane sur les produits intermédiaires provenant du pays A, établit une discrimination à l'égard des investisseurs du pays B, qui sont désavantagés. Il y a cependant très peu de données empiriques sur l'incidence réelle de cette discrimination.

L'ampleur de la discrimination potentielle en matière d'investissement dépend aussi des règles d'origine incluses dans l'ACPr. Des règles d'origine libérales dans le secteur des services, par exemple, réduisent les aspects discriminatoires des dispositions relatives à l'investissement pour les fournisseurs de services. Mais, la rigueur des règles d'origine en matière d'investissement varie considérablement selon les ACPr (Baccini et Dür, 2010). De plus, il faut tenir compte de la relation entre les dispositions des ACPr et celles des accords d'investissement bilatéraux.

Ces accords visent généralement à protéger les investissements déjà établis dans le pays d'accueil (DiMascio et Pauwelyn, 2008) en garantissant un dédommagement en cas d'expropriation et le rapatriement des bénéfices. Dans les premiers accords signés, ce qui importait pour les gouvernements des pays d'accueil c'était de pouvoir faire une distinction entre les investissements nationaux et les investissements étrangers, plutôt qu'entre les investisseurs étrangers. Néanmoins, le pays d'accueil pouvait vouloir exercer un contrôle sélectif sur l'admission et les conditions d'admission des investisseurs étrangers dans le cadre de sa politique de promotion des investissements nationaux. Par exemple, il pouvait vouloir n'offrir des incitations qu'à certains investisseurs étrangers, sur une base discriminatoire. Malgré l'amélioration des normes de traitement absolues dans les accords d'investissement bilatéraux récents, la plupart ne couvrent toujours pas le préétablissement ou l'entrée des investissements, le traitement national et/ou le traitement NPF n'étant accordés qu'après l'entrée des investissements dans le pays. Pour cette raison, et aussi parce que ces accords ne traitent pas des réductions tarifaires, Baccini et Dür (2010) font valoir qu'il est très peu probable qu'ils réduisent la discrimination en matière d'investissement pouvant résulter des ACPr.

Il convient de noter que la discrimination en matière d'investissement n'entraîne pas nécessairement une réduction des flux d'IED entre les pays exclus et les pays membres. La discrimination tarifaire peut amener les investisseurs à contourner les droits de douane en établissant une installation de production dans un pays membre, par le biais de l'IED, afin d'éviter un droit de douane. Les études qui montrent que les ACPr peuvent attirer l'IED des pays tiers, comme celle de Velde et Bezemer (2006), ne fournissent donc aucun élément indiquant que les ACPr ne sont pas source de discrimination en matière d'investissement.

(b) Les ACPPr contiennent plusieurs mécanismes favorables à une libéralisation plus poussée

Premièrement, les ACPPr contiennent parfois des clauses NPF pour les pays tiers. Ces clauses prévoient l'extension aux partenaires de l'ACPPr des préférences ou des concessions que les pays membres ont accordées dans le passé ou pourraient accorder dans l'avenir à des pays tiers.²⁷ Dans le cas des services et des marchés publics, par exemple, des dispositions de ce genre visent à faire en sorte que les partenaires bénéficient des engagements futurs plus avantageux qui seraient pris envers des pays tiers partenaires (Fink et Molinuevo, 2008). Les dispositions de nombreux ACPPr relatives aux marchés publics exigent des garanties NPF des pays tiers pour éviter que des ACPPr conclus ultérieurement aillent à l'encontre des marchés préférentiels (Baldwin *et al.*, 2009).²⁸

Deuxièmement, les ACPPr ont tendance à reproduire les mêmes règles d'ouverture commerciale car ils sont souvent établis sur la base de modèles. La disposition relative à la concurrence dans les télécommunications, inspirée de l'ALENA en est un exemple. Selon Baldwin *et al.* (2009), le grand nombre de pays qui ont repris cette disposition dans des ACPPr porte à croire qu'elle devient peu à peu une norme. Ces auteurs avancent aussi que l'harmonisation avec un régime réglementaire unique comportant un ensemble commun de règles que les gouvernements appliquent aux entreprises privées dans de nombreux pays a tendance à favoriser la concurrence et le commerce et cela ne peut pas être considéré comme un régime préférentiel.

Les dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement, en particulier les obligations de résultat, en sont un autre exemple. Ces dispositions se sont répandues en Amérique latine et ailleurs. Quinze pays ont décidé de ne jamais imposer d'obligations de résultat aux investisseurs étrangers de quelque pays qu'ils soient. Trente six autres se sont engagés à ne pas le faire, mais seulement à l'égard des investisseurs du Canada et des États-Unis (Baldwin *et al.*, 2009).

Dans le même ordre d'idées, Anderson *et al.* (2010, page 73) affirment que «les dispositions des ACPPr relatives aux marchés publics ont rendu possible l'augmentation importante du nombre de parties à l'Accord sur les marchés publics (AMP), lorsque les pays décident d'y adhérer».

Troisièmement, les dispositions d'intégration profonde pourraient aussi avoir un effet dominos (Baldwin, 1993) allant dans le sens d'une extension progressive de l'accès préférentiel aux marchés. Prenons l'exemple de l'AMP. Après l'élargissement de l'UE de 15 à 25 membres, les parties à l'AMP non membres de l'UE ont commencé à rencontrer une plus forte concurrence dans le domaine des marchés publics dans les 15 États déjà membres (de la part des dix nouveaux venus) et dans les dix nouveaux membres (de la part des 15 anciens membres). Face à cette forme de détournement d'échanges, les parties à l'AMP non membres de l'UE ont fait pression sur les nouveaux membres de l'UE pour qu'ils accèdent à l'AMP.²⁹ On observe un effet dominos analogue dans tous les cas où des pays exclus d'un ACPPr sont amenés à adopter des dispositions semblables à celles qu'ont

adoptées les pays membres de l'ACPPr pour éviter un détournement d'échanges. L'application, par les pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE), de règles de concurrence calquées sur celles des pays de l'UE peut être considérée comme un moyen de faire en sorte que les entreprises des pays de l'AELE ne soient pas désavantagées par rapport à celles de l'Union européenne (Baldwin *et al.*, 2009).

(c) Les effets du partage mondial de la production

La fragmentation internationale de la production peut modifier les forces d'économie politique dans un sens favorable à l'adoption de mesures tarifaires et non tarifaires moins discriminatoires et plus compatibles avec les principes du système commercial multilatéral. Le raisonnement sous-jacent peut être illustré par l'exemple du système de cumul paneuropéen de l'origine (Baldwin *et al.*, 2009).

Dès les années 1990, les entreprises des pays de l'UE ont commencé à délocaliser les stades de production nécessitant une main-d'œuvre abondante dans les pays voisins à bas salaires. En même temps, l'Union européenne a conclu des accords bilatéraux avec plusieurs pays d'Europe centrale et orientale et du sud de la Méditerranée. Ces accords contenaient des règles d'origine non harmonisées, ce qui a produit un «enchevêtrement des règles» qui empêchait les entreprises de se procurer des biens intermédiaires auprès des fournisseurs les moins chers (Gasiorek *et al.*, 2009).

En outre, la réduction des activités de production dans l'Union européenne, également due à la concurrence de pays émergents d'Asie tels que la Chine, a entraîné une diminution du nombre et de l'influence politique des producteurs européens de biens intermédiaires qui bénéficiaient de l'effet protectionniste de l'enchevêtrement de règles. Les forces d'économie politique sont alors devenues favorables à l'harmonisation des règles d'origine dans le cadre des ACPPr pour éviter le coût lié à la multiplicité des prescriptions administratives, et pour permettre le cumul diagonal (grâce auquel les producteurs de produits finis de l'UE peuvent s'approvisionner en intrants dans un plus grand nombre de pays sans craindre de perdre le statut de produit originaire). C'est ce qu'a permis l'adoption du système de cumul paneuropéen en 1997.³⁰

La fragmentation internationale de la production peut aussi encourager l'intégration profonde et l'extension multilatérale des dispositions profondes. Les obstacles techniques au commerce (OTC), l'ouverture des marchés de services et la présence de mesures contingentes dans les engagements commerciaux en donnent des exemples (Baldwin *et al.*, 2009). Dans le cas des obstacles techniques au commerce, le morcellement de la production peut expliquer en partie l'adoption de normes internationales, du moins pour les pièces et les composants, dans les secteurs caractérisés par un approvisionnement mondial (électronique, par exemple). En ce qui concerne l'ouverture des marchés de services, la délocalisation peut inciter les pays à appliquer des normes internationales pour améliorer la compétitivité de leurs exportateurs et rendre leurs marchés de services plus attractifs pour les investisseurs étrangers.

Encadré E.2 : Comment rendre les règles d'origine plus compatibles avec le système commercial multilatéral

Il a été dit, dans ce rapport, que les règles d'origine peuvent renforcer l'effet « bol de spaghettis » des ACP. Face à cet effet indésirable, divers commentateurs ont plaidé pour une réforme des règles d'origine qui les rendraient plus transparentes et plus compatibles avec les principes du système commercial multilatéral (voir, par exemple, Cadot et de Melo, 2007).³¹ Dans cet encadré, nous examinons le système de « plafonnement et de convergence » proposé par Estevadeordal et al. (2009a) et soutenu par Baldwin et Thornton (2008), fondé sur les deux concepts de « multilatéralisation » et de « convergence ».

La « multilatéralisation » des règles d'origine signifie l'établissement de règles multilatérales limitant le caractère restrictif et la complexité des règles d'origine dans les ACP (Estevadeordal *et al.*, 2009a). Selon les auteurs, de telles règles permettraient de faire en sorte « qu'au moins les méthodes de production admises dans un secteur donné restent assez semblables sur tous les marchés d'exportation ». L'idéal, selon eux, serait que la multilatéralisation aille de pair avec la « convergence », c'est-à-dire « l'unification des multiples ACP qui se chevauchent en une seule zone de cumul avec un nouvel ensemble unique de règles d'origine », comme dans le système de cumul paneuropéen.

Le système proposé de « plafonnement et de convergence » améliorerait la transparence (un des principes fondamentaux du système commercial multilatéral). Il pourrait aussi être soumis aux disciplines de l'OMC. Estevadeordal *et al.* (2009a) suggèrent que les règles d'origine non préférentielles négociées actuellement à l'OMC pourraient être le point de référence mondial pour comparer le caractère restrictif global des règles d'origine d'un ACP donné. Le dispositif serait analogue à la prescription de l'article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) qui plafonne le tarif extérieur d'une union douanière à la moyenne des droits appliqués avant par les membres (Baldwin et Thornton, 2008). Cela donne une autre bonne raison de conclure les négociations de longue haleine sur les règles d'origine non préférentielles à l'OMC.

Le couplage de la convergence et du plafonnement est justifié par le fait que l'élargissement des zones de cumul accroît les échanges, en particulier entre les pays qui sont actuellement à la périphérie du système en étoile (voir la section C). Toutefois, le caractère restrictif observé des règles d'origine est corrélé positivement à la taille de la zone de cumul, mesurée par le PIB combiné des membres (Estevadeordal *et al.*, 2009b). Des zones de cumul plus larges pourraient donc impliquer à terme des règles d'origine très restrictives qui serviraient à isoler la production dans chaque zone et augmenteraient ainsi le détournement d'échanges tout en réduisant l'efficacité globale. Le détournement d'échanges justifie, pour les pays tiers, la participation de l'OMC aux efforts de multilatéralisation visant à limiter le caractère globalement restrictif des règles d'origine dans une zone de cumul donnée.

Enfin, le morcellement de la production peut inciter à établir de nouvelles règles multilatérales concernant les mesures contingentes telles que les mesures de sauvegarde, les mesures antidumping et les mesures compensatoires dans les engagements commerciaux. Lorsque les entreprises externalisent, elles préfèrent les mesures qui dissuadent d'imposer des mesures contingentes dans le plus grand nombre possible de relations commerciales bilatérales, plutôt que dans une relation particulière. C'est pourquoi les producteurs sont favorables à l'adoption d'un ensemble de règles communes ou semblables concernant l'application de mesures contingentes (Baldwin *et al.*, 2009).

(d) Relation entre les systèmes de règlement des différends de l'OMC et des ACP

Comme on l'a vu dans la section D, la plupart des ACP prévoient un mécanisme de règlement des différends. Porges (2010) étudie ces mécanismes qu'elle classe en trois catégories : i) les mécanismes diplomatiques ou politiques (Association latino-américaine d'intégration – ALADI); ii) les tribunaux permanents (Union européenne, Communauté andine); et iii) les procédures de groupes spéciaux (ALENA et autres ALE signés par les États-Unis, ALE de l'UE avec le Chili, la République de Corée et le Mexique, mécanisme

renforcé de règlement des différends de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est, Marché commun du Sud – MERCOSUR). L'étude montre que le renvoi à un groupe spécial est le modèle dominant de mécanisme de règlement des différends dans le cadre des ACP. Ramirez Robles (2006) utilise un classement légèrement différent qui distingue : i) les mécanismes diplomatiques; ii) les mécanismes quasi juridictionnels; et iii) les mécanismes hybrides (ayant des caractéristiques des deux autres modèles).

La relation entre les mécanismes de règlement des différends de l'OMC et des ACP a reçu une attention considérable dans la littérature sur le commerce, et certains commentateurs ont évoqué les risques que peut comporter la coexistence à différents niveaux (multilatéral, régional et bilatéral) de mécanismes de règlement des différends dont les compétences peuvent se chevaucher. Dans cette sous-section, nous décrirons d'abord les chevauchements possibles entre les systèmes de règlement des différends de l'OMC et des ACP. Puis nous examinerons les préoccupations qui ont été exprimées à ce sujet et les recommandations qui ont été faites pour réduire les risques de conflit. Nous passerons ensuite en revue les quelques affaires portées devant l'OMC dans lesquelles la question de la relation entre le système de règlement des différends de

l'OMC et celui d'un ACPr a été soulevée. Enfin, nous présenterons des données sur l'utilisation du système de règlement des différends de l'OMC par les Membres qui sont parties à un ACPr.

(i) *Chevauchement des compétences*

L'article 23:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC dispose que «(l)orsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord». L'Organe d'appel a expliqué que «l'article 23:1 énonce l'obligation fondamentale pour les Membres de l'OMC de recourir aux règles et procédures du Mémoire d'accord lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation en cas de violation des accords visés» et «dispose que le système de règlement des différends de l'OMC constitue le cadre exclusif de règlement de ces différends». ³² (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension d'obligations*, paragraphe 371).

Le recours au système de règlement des différends de l'OMC est possible lorsqu'un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des Accords de l'OMC est compromis par des mesures prises par un autre Membre. Ainsi, en principe, un Membre de l'OMC ne peut pas recourir au système de règlement des différends de l'OMC pour une violation alléguée d'une obligation découlant d'un ACPr. ³³ Le risque de chevauchement apparaît lorsqu'une question relève à la fois de l'OMC et de l'ACPr. Porges (2010) fait observer que «presque tous les ACPr ont des éléments communs avec l'Accord sur l'OMC, puisque dans les deux cas, le traitement national est exigé et les restrictions quantitatives du commerce sont interdites. En fait, de nombreux ACPr incorporent simplement par référence les dispositions des articles III et XI du GATT».

Les ACPr réglementent de manière différente la relation entre leur propre système de règlement des différends et celui de l'OMC. Porges (2010) distingue quatre approches. La plus fréquente est celle de la «bifurcation», qui permet à la partie qui engage la procédure de choisir entre le cadre multilatéral et le cadre régional. Mais une fois que la procédure est engagée devant une instance, il n'est plus possible de choisir l'autre option, que ce soit le mécanisme de l'ACPr ou le mécanisme multilatéral (voir, par exemple, l'ALENA et l'accord entre la Colombie et l'UE). L'ALENA contient une disposition (article 2005(4)) qui permet au défendeur de demander qu'un différend relatif à l'environnement soit examiné au niveau régional, même si la partie plaignante a choisi, au départ, le mécanisme multilatéral. Cet article fait actuellement l'objet d'un différend entre les États-Unis et le Mexique (qui sera examiné plus loin). Une troisième approche, beaucoup moins utilisée dans les ACPr, consiste à faire du mécanisme de l'ACPr la seule instance compétente pour examiner les questions relevant de l'accord. Les ACPr entre l'UE et le Mexique et entre l'UE et le Chili ont adopté l'approche inverse, exigeant que les différends portant sur une violation d'une obligation découlant de l'ACPr qui est en substance équivalente à une obligation au regard de l'OMC soient portés devant l'OMC (Porges 2010).

De nombreux facteurs influent sur la décision d'un pays de saisir une instance plutôt qu'une autre lorsqu'il a le choix. Horlick et Piérola (2007) examinent les facteurs qui peuvent être pertinents, tels que: le type de mesure contestée, le droit applicable, les questions de représentativité, la durée des procédures, les mesures correctives possibles et la possibilité que d'autres pays participent à la procédure en tant que tierces parties. Selon ces auteurs, «le prudent processus de décision conduisant au choix de l'instance appropriée veut que tous ces facteurs soient soupesés et mis en balance en fonction des besoins et des objectifs ultimes du plaignant».

(ii) *Préoccupations concernant la coexistence du système de règlement des différends de l'OMC et des mécanismes de règlement des différends des ACPr*

Les préoccupations exprimées au sujet de la coexistence du système de règlement des différends de l'OMC et des nombreux mécanismes de règlement des différends des ACPr tournent autour de deux séries de questions. La première découle de l'idée que la prolifération des mécanismes de règlement des différends des ACPr pourrait affaiblir le système de règlement des différends de l'OMC en tant que bien public. Les tenants de cette opinion estiment que le système de règlement des différends de l'OMC a des externalités positives pour les Membres qui ne sont pas parties à un différend.

Drahos (2005), par exemple, note que l'interprétation des Accords de l'OMC confère une plus grande certitude aux règles de l'OMC. Il note aussi que lorsqu'un Membre défendeur met une mesure contraire aux règles en conformité avec ses obligations, tous les Membres en profitent en vertu du principe NPF. C'est pourquoi l'auteur propose que, lorsqu'un différend porte sur une question relevant à la fois de l'OMC et de l'ACPr, il soit porté devant l'OMC. Davey et Sapir (2009) ont, eux, une approche différente et proposent que l'OMC demande que ses Membres qui ne sont pas parties à un ACPr soient autorisés à participer en tant que tierces parties au règlement des différends dans le cadre des ACPr.

La seconde série de questions a trait à l'idée qu'un différend peut être soumis à la fois au mécanisme de règlement des différends de l'OMC et à celui d'un ACPr. Cette possibilité fait craindre un manque d'efficacité dû au fait de juger deux fois des affaires semblables et, surtout, un manque d'équité vis-à-vis de la partie défenderesse qui devrait se défendre devant deux instances (voir Kwak et Marceau, 2006). On peut craindre aussi une situation extrême dans laquelle les instances de l'OMC et de l'ACPr rendraient parallèlement ou successivement des décisions contradictoires. Pour réduire ce risque il faut inscrire dans les ACPr des clauses juridictionnelles plus strictes afin d'empêcher qu'un différend soit soumis aux deux instances à la fois ou qu'un différend portant sur une question relevant d'un ACPr soit porté devant l'OMC (Marceau et Wyatt, 2010). On peut toutefois se demander dans quelle mesure ces clauses s'imposeraient aux organes de règlement des différends de l'OMC.

À l'autre extrême, il y a le risque de voir la juridiction de l'OMC progressivement exclue. Il semble, pour le moment, que peu d'ACPr excluent totalement le recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, le choix de l'instance étant généralement laissé à la partie plaignante. Les données examinées ci-après montrent qu'un nombre important de différends entre Membres de l'OMC qui sont parties à un ACPr sont toujours soumis au système de règlement des différends de l'OMC. Certains pourraient aussi demander de modifier le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC pour régler la relation avec les mécanismes de règlement des différends des ACPr. Mais cette approche n'a pas été retenue par les Membres de l'OMC dans les négociations menées actuellement pour améliorer le Mémoire d'accord.

La littérature théorique examine d'autres dispositifs plus complexes susceptibles de réduire le risque de conflit et de promouvoir une plus grande cohérence entre le système multilatéral de règlement des différends et les mécanismes des ACPr. Il a été question, par exemple, d'exiger que les procédures de règlement des différends d'un ACPr soient épuisées avant qu'une procédure puisse être engagée devant l'OMC (voir Kwak et Marceau, 2006). Il a été suggéré aussi de créer un dispositif permettant le renvoi préliminaire par le mécanisme de règlement des ACPr devant l'OMC des affaires qui concernent l'interprétation des dispositions des Accords de l'OMC (Kuijper, 2010).

Les commentateurs se réfèrent aussi à plusieurs principes du droit international auxquels il pourrait être fait appel pour éviter ou résoudre les conflits de compétences.³⁴ Le principe de la chose jugée (*res judicata*) ou de la finalité signifie qu'une question tranchée par une instance juridictionnelle compétente ne peut pas faire l'objet d'une nouvelle procédure. Le principe de litige pendant (*lis alibi pendens*), quant à lui, fait référence aux procédures parallèles et veut qu'un différend en instance devant une juridiction ne peut pas être porté devant une autre juridiction. Toutefois, pour que ces principes s'appliquent, il doit exister un «lien indissociable» entre les procédures, ce qui signifie généralement, qu'il doit y avoir identité des parties et des questions (Shany, 2005). Par conséquent, l'application de ces principes peut être évitée dans certaines circonstances.³⁵

Selon le principe de courtoisie, ou *forum non conveniens*, une instance juridictionnelle peut ne pas vouloir se saisir d'une affaire si elle estime qu'il serait plus approprié qu'un autre tribunal s'en saisisse. Il y a un vif débat sur l'applicabilité de ces principes pour régler un éventuel conflit de compétence entre le système de règlement des différends de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends d'un ACPr (voir Kwak et Marceau, 2006). Les Membres de l'OMC peuvent recourir, de plein droit, au système de règlement des différends de l'OMC; ils n'ont pas besoin de demander une autorisation pour engager une procédure en vertu des règles actuelles. C'est pourquoi certains considèrent que l'application de ces principes ne serait possible qu'avec une modification des règles.

Comme nous le verrons plus loin, la question de la relation entre le système de règlement des différends de l'OMC et

les mécanismes de règlement des différends des ACPr n'a été soulevée que dans quelques affaires portées devant l'OMC. Jusqu'à présent, le risque de conflit ne s'est pas réalisé comme certains le craignaient.³⁶ Cela ne veut pas dire qu'il n'est pas important de réfléchir aux questions que pose la coexistence du système de règlement multilatéral et des mécanismes de règlement des ACPr.

(iii) Questions relatives au règlement des différends dans le cadre des ACPr soulevées dans des différends portés devant l'OMC

Comme nous l'avons vu précédemment, il a été question de la relation entre le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et des ACPr dans quelques différends soumis à l'OMC. Dans l'affaire *Argentine – Viande de volaille*, l'Argentine a fait valoir que le Brésil était empêché par le principe de «l'estoppel» d'engager une procédure devant l'OMC parce qu'il avait déjà contesté les mesures antidumping dans le cadre du MERCOSUR. Le Groupe spécial a rejeté cet argument, disant qu'il «n'y [avait] dans le dossier aucun élément de preuve indiquant que le Brésil [avait] fait un exposé exprès selon lequel il n'engagerait pas une procédure de règlement des différends à l'OMC au sujet de mesures précédemment contestées dans le cadre du MERCOSUR». De plus, le groupe spécial a fait la constatation suivante:

«En particulier, le fait que le Brésil a choisi de ne pas exercer ses droits en matière de règlement des différends à l'OMC à l'issue de procédures de règlement des différends engagées précédemment dans le cadre du MERCOSUR ne signifie pas, selon nous, que le Brésil a implicitement renoncé à ses droits au titre du *Mémoire d'accord*. Cela tient spécialement au fait que le Protocole de Brasilia, au titre duquel les affaires avaient été précédemment soumises par le Brésil dans le cadre du MERCOSUR, n'impose aucune restriction quant au droit du Brésil d'engager ultérieurement une procédure de règlement des différends à l'OMC au sujet de la même mesure. Nous notons que le Brésil a signé le Protocole d'Olivos en février 2002. L'article premier du Protocole d'Olivos dispose qu'une fois qu'une partie a décidé de déposer un recours devant l'instance de règlement des différends du MERCOSUR ou celle de l'OMC, cette partie ne peut pas déposer ultérieurement un recours concernant le même objet devant l'autre instance. Le Protocole d'Olivos, toutefois, ne modifie pas notre évaluation, étant donné qu'il n'est pas encore entré en vigueur et qu'en tout état de cause, il ne s'applique pas pour ce qui est des différends déjà réglés conformément au Protocole de Brasilia établi dans le cadre du MERCOSUR. En effet, le fait que les parties au MERCOSUR ont ressenti la nécessité d'introduire le Protocole d'Olivos nous donne à penser qu'elles ont reconnu que (en l'absence d'un tel protocole) une procédure de règlement

des différends dans le cadre du MERCOSUR pouvait être suivie d'une procédure de règlement des différends à l'OMC au sujet de la même mesure.» (rapport du Groupe spécial *Argentine – Viande de volaille*, paragraphe 7.38)

L'Argentine a fait valoir à titre subsidiaire que si le Brésil était en droit d'engager la procédure à l'OMC, « alors le Groupe spécial [était] lié par la décision antérieure du MERCOSUR concernant la mesure en cause en l'espèce », puisque « la décision antérieure du MERCOSUR [faisait] partie du cadre normatif qui [devait] être appliqué par le Groupe spécial conformément à l'article 31.3 c) de la *Convention de Vienne* ». Cet argument a aussi été rejeté par le Groupe spécial, qui s'en est expliqué de la façon suivante :

« Au lieu de s'intéresser à l'interprétation des Accords de l'OMC, l'Argentine fait en réalité valoir que la décision antérieure du Tribunal du MERCOSUR nous oblige à nous prononcer d'une façon particulière. En d'autres termes, l'Argentine voudrait nous faire appliquer les dispositions pertinentes de l'OMC d'une façon particulière et non nous les faire interpréter d'une façon particulière. Toutefois, il n'y a rien dans l'article 3:2 du Mémoire d'accord, ni dans aucune autre disposition, qui laisse entendre que nous sommes tenus de nous prononcer d'une façon particulière ou d'appliquer les dispositions pertinentes de l'OMC d'une façon particulière. Nous notons que nous ne sommes même pas tenus de suivre les décisions figurant dans les rapports de groupes spéciaux de l'OMC qui ont été adoptés, aussi nous ne voyons pas du tout pourquoi nous devrions être liés par les décisions rendues par des organes de règlement des différends qui ne relèvent pas de l'OMC. » (rapport du Groupe spécial *Argentine – Viande de volaille*, paragraphe 7.41)

Le rapport du Groupe spécial dans cette affaire n'a pas fait l'objet d'un appel.

La question s'est aussi posée dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, dans laquelle les États-Unis contestaient certaines mesures fiscales et prescriptions en matière de comptabilité appliquées par le Mexique aux boissons sans alcool et autres boissons contenant des édulcorants autres que le sucre de canne. Le Mexique a fait valoir que le différend soumis à l'OMC était « indissociablement lié à un différend plus large concernant l'accès du sucre mexicain au marché des États-Unis en vertu de l'ALENA ». Il a demandé au Groupe spécial de décliner l'exercice de sa compétence dans ce différend. Selon le Mexique, les groupes spéciaux de l'OMC ont « certains pouvoirs juridictionnels implicites », et ces pouvoirs incluent « le pouvoir de s'abstenir d'exercer sa compétence sur le fond dans des circonstances où « les éléments essentiels ou prédominants d'un différend résultent de règles du droit international au titre desquelles il n'est pas possible de donner un effet juridictionnel à des allégations dans le cadre de l'OMC, telles que les dispositions de l'ALENA » ou bien « lorsque l'une des parties au différend refuse de porter la question devant l'instance appropriée » ».

L'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle, en vertu du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de décliner l'exercice de sa compétence dans cette affaire. Mais, avant d'arriver à cette conclusion, l'Organe d'appel a noté que le Mexique n'avait pas fait valoir que l'objet et les positions respectives des parties étaient identiques dans les différends portés devant l'ALENA et devant l'OMC, et que le Mexique n'avait pas déterminé le fondement juridique qui lui permettrait de soulever, dans une procédure de règlement des différends relevant de l'OMC, les allégations relatives à l'accès au marché qu'il faisait valoir dans le cadre de l'ALENA. D'autre part, personne ne contestait qu'aucun groupe spécial de l'ALENA n'avait jusque-là tranché le « différend plus large » auquel le Mexique faisait allusion, et le Mexique avait expressément reconnu que la « clause d'exclusion » de l'article 2005(6) de l'ALENA n'avait pas été appliquée. Ainsi, l'Organe d'appel « [n'exprimait] aucune opinion sur le point de savoir s'il existerait un obstacle juridique à l'exercice de la compétence d'un groupe spécial en présence d'éléments tels que ceux qui [étaient] exposés ci-dessus » (rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 44 à 57)

Une autre affaire examinée dans la littérature est le différend entre le Canada et les États-Unis sur l'imposition par ces derniers de droits antidumping et de droits compensateurs sur les importations de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada. Différents aspects de ce différend ont été portés à la fois devant l'OMC et devant l'ALENA. À un moment donné, un groupe spécial de l'ALENA a estimé que la détermination de l'existence d'un dommage établie par l'autorité des États-Unis chargée de l'enquête laissait à désirer, alors que le groupe spécial de l'OMC l'a confirmée. Ce conflit a finalement été réglé quand la décision du groupe spécial de l'OMC a été infirmée par l'Organe d'appel (Hillman, 2009).³⁷

La question de la relation entre les mécanismes de règlement des différends de l'ALENA et de l'OMC a refait surface dans un différend plus récent opposant le Mexique et les États-Unis. En 2009, le Mexique a demandé qu'un groupe spécial de l'OMC examine la compatibilité de certaines prescriptions concernant l'étiquetage « *dolphin safe* » des produits du thon aux États-Unis (WT/DS381/4). En réponse, les États-Unis ont invoqué l'article 2005(4) de l'ALENA qui exige, selon eux, que dans certains différends, si la partie défenderesse en fait la demande, l'ALENA soit le seul cadre possible pour le règlement du différend, à l'exclusion de tout autre. Les États-Unis ont engagé une procédure au titre de l'ALENA, contestant la décision du Mexique de ne pas renvoyer le différend de l'OMC à l'ALENA, comme ils le demandaient (Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales – USTR, 2010). Les deux procédures suivent actuellement leur cours.

(iv) *Différends entre Membres de l'OMC parties à des ACP*

Dans cette section, on examinera les données relatives aux différends entre Membres de l'OMC qui sont parties à un ACP. Les chiffres concernant le nombre de différends correspondent aux demandes de consultations, qui sont la première étape de la procédure de règlement des différends

à l'OMC. Ils portent sur la participation de ces Membres en tant que plaignants ou défendeurs, mais non en tant que tierces parties. En outre, seule la procédure de règlement des différends de l'OMC est prise en considération et on ne cherche pas à savoir si ces différends auraient pu être examinés dans le cadre du mécanisme de règlement de l'ACPr. Une analyse plus complète aurait certes exigé l'examen de ce point, mais les données fournissent quand même des indications utiles.

Elles montrent, premièrement, que les Membres de l'OMC parties à des ACPr continuent de recourir fréquemment au système de règlement des différends de l'OMC pour résoudre leurs différends commerciaux (la méthode employée dans les tableaux E.1 à E.3 et dans la figure E.1 est expliquée dans l'encadré E.3).

Comme l'indique le tableau E.1, 82 des 443 différends soumis à l'OMC jusqu'en 2010 opposaient des Membres (plaignants et défendeurs) qui étaient parties à l'époque à un ACPr. Les différends entre parties à des ACPr représentent 19 pour cent du nombre total de différends. La proportion est plus élevée lorsque le plaignant est un pays en développement (28 pour cent) que lorsqu'il s'agit d'un pays développé (13 pour cent). Cela s'explique probablement par le fait que les États-Unis, l'Union européenne, le Japon et la Chine n'ont pas conclu d'ACPr entre eux et qu'ils ont été parties à de nombreux différends.

La plupart des différends entre parties des ACPr portés devant l'OMC l'ont été par des parties à l'ALENA, mais aussi, comme l'indique la figure E.1, par des Membres de l'OMC parties à d'autres ACPr.

Tableau E.1 : Fréquence des demandes de consultations, selon le niveau de développement et l'existence d'ACPr en vigueur entre les parties, 1995-2010 (Nombre total de paires de Membres/paires ayant un ACPr en vigueur)

		PLAIGNANT			
		Pays développés	Pays en développement	PMA	TOTAL
DÉFENDEUR	Pays développés	154 / 24	115 / 10	0 / 0	269 / 34
	Pays en développement	102 / 8	71 / 39	1 / 1	174 / 48
	PMA	0 / 0	0 / 0	0 / 0	0 / 0
	TOTAL	256 / 32	186 / 49	1 / 1	443 / 82

Source : Secrétariat de l'OMC d'après la base de données de la Division des affaires juridiques et la base de données sur les ACPr. Le tableau tient compte des 419 demandes de consultations présentées dans les documents de la série WT/DS au 31 décembre 2010, qui correspondent à un total de 443 paires de Membres (plaignant/défendeur). Voir l'encadré E.3.

Figure E.1 : ACPr en vigueur au moment de la demande de consultations, 1995-2010

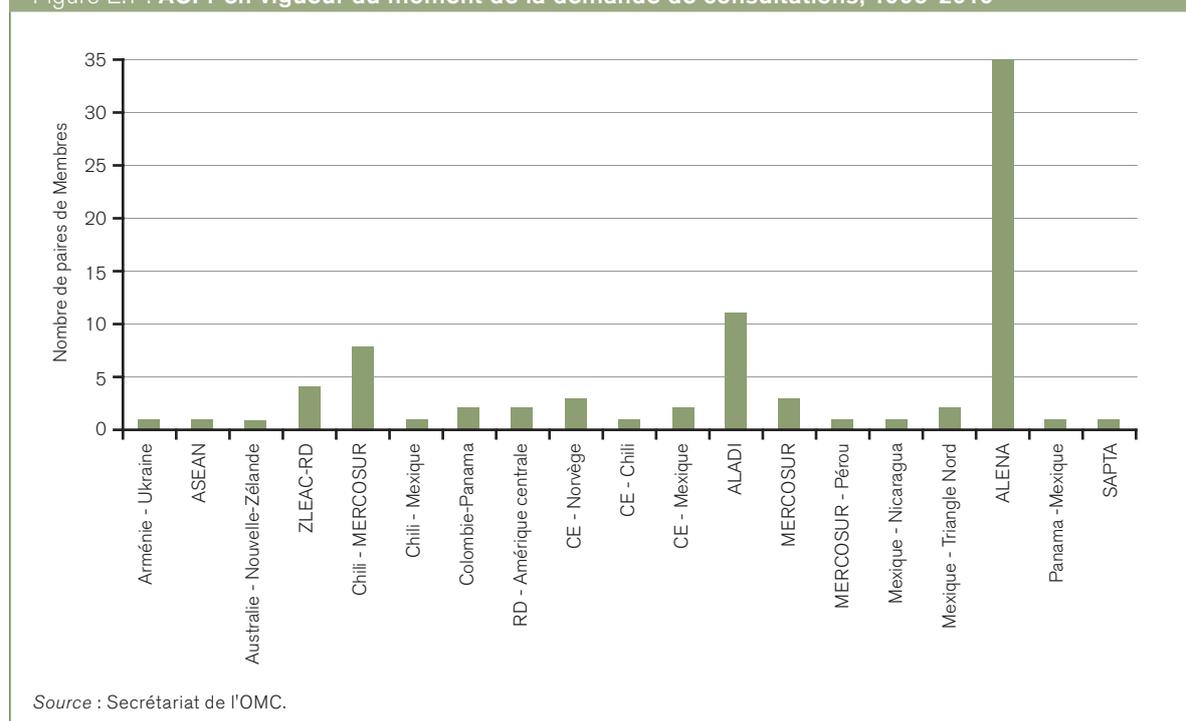


Tableau E.2 : Demandes de consultations, par année et selon la procédure qui a suivi, 1995-2010

Année de la demande de consultations	Demande de consultations				Établissement d'un groupe spécial			
	Nombre total de demandes de consultations	Nombre total de paires de Membres	Paires liées par un ACPPr		Nombre total de groupes spéciaux établis	Nombre total de paires de Membres	Paires liées par un ACPPr	
			Nombre	Part (%)			Nombre	Part (%)
1995	22	25	1	4.0	12	12	0	0.0
1996	42	50	3	6.0	19	24	1	4.2
1997	47	47	2	4.3	20	20	1	5.0
1998	43	43	3	7.0	15	15	1	6.7
1999	31	35	4	11.4	17	17	1	5.9
2000	30	30	7	23.3	11	11	3	27.3
2001	27	36	12	33.3	11	20	7	35.0
2002	34	34	7	20.6	23	23	5	21.7
2003	28	28	9	32.1	16	16	4	25.0
2004	20	20	5	25.0	9	9	1	11.1
2005	12	12	6	50.0	5	5	1	20.0
2006	18	18	6	33.3	13	13	4	30.8
2007	15	15	5	33.3	7	7	4	57.1
2008	17	17	4	23.5	10	10	4	40.0
2009 ¹	16	16	2	12.5	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
2010 ¹	17	17	6	37.5	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
TOTAL	419	443	82	18.5	188	202	37	18.3

Note : Pour chaque ligne présentée, les chiffres correspondent à l'année dans laquelle la demande de consultations a été présentée (c'est-à-dire qu'ils se rapportent toujours au même groupe de demandes de consultations faites cette année là et non au nombre de groupes spéciaux établis dans une année particulière).

¹ Les chiffres correspondant au nombre de groupes spéciaux établis pendant la période 2009-2010, n'ont pas été pris en compte car ils ne sont pas comparables (en raison des procédures en cours).

Source : Secrétariat de l'OMC d'après la base de données de la Division des affaires juridiques et la base de données sur les ACPPr. Voir l'encadré E.3.

Comme l'indique le tableau E.2, la proportion de différends entre Membres de l'OMC parties à des ACPPr n'a cessé d'augmenter depuis 1995 pour atteindre un pic de 50 pour cent en 2005. Elle s'est ensuite établie à environ 30 pour cent, mais elle était bien inférieure en 2009. L'augmentation continue de la proportion de différends entre parties à des ACPPr peut s'expliquer en partie par la négociation de nouveaux ACPPr, mais elle est sans doute due davantage à la diversification des parties qui recourent au système de règlement des différends de l'OMC. Un aspect intéressant qui ressort du tableau E.2 est que la proportion de différends entre parties à des ACPPr allant jusqu'au stade du groupe spécial (45 pour cent) est très proche de la moyenne générale, ce qui indique qu'un différend entre parties à un ACPPr a autant de chances d'être réglé au stade des consultations qu'un différend entre des pays non parties à un ACPPr.

Le tableau E.3 compare le nombre de fois où un accord de l'OMC a fait l'objet d'un différend entre parties à un ACPPr et le nombre de fois où il a été invoqué dans l'ensemble des différends. Pour certains accords, la différence est importante, mais il est souvent difficile d'en tirer des conclusions en raison du petit nombre de différends relatifs à certains accords. Les accords les plus fréquemment invoqués dans les différends entre parties à des ACPPr sont le GATT de 1994, l'Accord antidumping, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC), l'Accord sur les sauvegardes et l'Accord sur l'agriculture. Il est intéressant de noter que les différends concernant les subventions et les sauvegardes représentent une part plus importante des différends entre parties à un ACPPr (intra-ACPPr) que de l'ensemble des différends, tandis que les différends intra-ACPPr concernant le GATT de 1994 en représentent une part plus faible.

Tableau E.3 : Accords de l'OMC invoqués dans les demandes de consultations, 1995-2010

Accord de l'OMC	Nombre de références aux Accords ¹		Dans les demandes où la paire de Membres a un ACPr en vigueur		
	Nombre	Part (pourcentage)	Nombre	Part du nombre de références dans les différends entre parties à un ACPr (pourcentage)	Part du nombre total de références (pourcentage)
GATT de 1994 (ajusté) ²	227	31.0	31	23.7	13.7
SMC	86	11.7	16	12.2	18.6
Antidumping	84	11.5	27	20.6	32.1
Agriculture	66	9.0	12	9.2	18.2
OTC	41	5.6	7	5.3	17.1
Sauvegardes	38	5.2	15	11.5	39.5
SPS	37	5.0	6	4.6	16.2
Licences d'importation	34	4.6	4	3.1	11.8
ADPIC	29	4.0	1	0.8	3.4
MIC	27	3.7	1	0.8	3.7
AGCS	22	3.0	3	2.3	13.6
ATV	16	2.2	1	0.8	6.3
Évaluation en douane	15	2.0	5	3.8	33.3
Règles d'origine	7	1.0	2	1.5	28.6
Marchés publics	4	0.5	0	0.0	0.0
TOTAL	733	100	131	100	17.9

¹ Les références au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC n'ont pas été prises en compte.

² Voir l'encadré E.3 pour une description de la méthode d'ajustement.

Source : Secrétariat de l'OMC.

Porges (2010) avance plusieurs raisons pour expliquer le fait que les parties à un ACPr continuent à utiliser le système de règlement des différends de l'OMC : le « caractère familier des institutions » de l'OMC et le fait que ses procédures de règlement des différends ne peuvent pas être bloquées ; la possibilité de suspendre les droits NPF et d'autres obligations au regard de l'OMC (en particulier lorsque la marge de préférences de l'ACPr est faible) ; la neutralité des membres des groupes spéciaux ; le champ plus vaste de l'OMC ; la possibilité de former des alliances ; la possibilité de bénéficier de l'assistance du Centre consultatif sur la législation de l'OMC ; le processus de surveillance multilatéral ; le cadre institutionnalisé pour l'adoption de contre-mesures et le fait que le coût du règlement des différends à l'OMC est inclus dans la contribution annuelle des Membres, tandis que, dans la plupart des ACPr, les parties doivent rétribuer les membres des groupes spéciaux ou payer les frais de procédure.

(e) *Mise en garde : mécanismes générant des effets systémiques négatifs*

Certaines dispositions profondes des ACPr de nouvelle génération peuvent comporter des aspects discriminatoires, créant une tension avec le système commercial multilatéral. C'est surtout le cas des mesures contingentes (antidumping et sauvegardes).

(i) *Aspects discriminatoires des règles antidumping des ACPr*

Il ressort d'études récentes que le risque de détournement d'échanges peut aller au-delà des droits de douane. Prusa et Teh (2010) décèlent, dans le domaine de l'antidumping, ce qu'ils appellent une protection analogue à l'effet de création/ de détournement d'échanges des ACPr. Les dispositions

Encadré E.3 : Méthodologie

A Sources des données

Les tableaux et graphiques de cette section sont établis sur la base d'une série de données spécialisées élaborée d'après la base de données de la Division des affaires juridiques de l'OMC et la base de données de l'Unité des accords commerciaux régionaux. Cette série couvre au total 419 demandes de consultations présentées au 31 décembre 2010 dans les documents WT/DS.

B « Paires » de Membres (plaignant-défendeur)

Sept demandes de consultations émanaient de plus d'un plaignant (DS16, DS27, DS35, DS58, DS158, DS217 et DS234), de sorte qu'il n'a pas été possible de déterminer si un ACPr était en vigueur entre les Parties sans fausser les chiffres. C'est pourquoi les 419 demandes de consultations enregistrées au 31 décembre 2010 ont été ramenées à 443 paires de plaignants/défendeurs. Les chiffres relatifs à l'existence d'un ACPr au moment du dépôt de la demande de consultations ont été établis sur cette base.

C Ajustement des références au GATT de 1994

Santana et Jackson (2011) ont souligné que, comme les plaignants ont tendance à citer un grand nombre d'accords et de dispositions dans leurs demandes de consultations au titre du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, le calcul de la fréquence des dispositions citées a tendance à surestimer l'importance du GATT de 1994. Cela tient principalement à ce que les références à certains articles du GATT ont un caractère subsidiaire lorsqu'elles coïncident avec des références à d'autres accords "spécialisés" ou même à d'autres articles du GATT. Par exemple, dans une affaire antidumping classique, le plaignant affirmera en règle générale que le défendeur a violé les dispositions de l'Accord antidumping et de l'article VI du GATT et que le droit antidumping imposé est incompatible avec le droit consolidé (article II:1 b) du GATT) et avec la clause NPF (article premier du GATT).

Malgré l'invocation des quatre articles, le GATT joue normalement un rôle secondaire dans ces différends. De même, une demande de consultations citant les articles II et XIX du GATT porte presque à coup sûr sur des mesures de sauvegarde et non sur des consolidations tarifaires. Pour réduire autant que possible l'incidence de ces références secondaires et suivant le principe de la *lex specialis*, Santana et Jackson ont proposé une méthode qui ne tient pas compte des références à certains articles du GATT de 1994 lorsqu'ils sont cités en même temps que d'autres dispositions. Les ajustements sont les suivants :

1. L'article premier est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend à l'Accord antidumping, à l'Accord sur les sauvegardes, à l'Accord SMC (pour les droits compensateurs), à l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) ou à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) ou lorsqu'il est fait référence à l'article VI du GATT (droits compensateurs ou antidumping).
2. L'article II est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend à l'Accord antidumping, à l'Accord sur l'évaluation en douane, à l'Accord sur les sauvegardes ou à l'Accord SMC (pour les droits compensateurs) ou à des mesures de rétorsion au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Il est également exclu lorsqu'il est fait référence à l'article VI (droits compensateurs ou antidumping) ou à l'article XIX (sauvegardes) du GATT.
3. L'article III est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend à l'Accord SPS ou à l'Accord OTC.
4. L'article VI est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend aux Accords antidumping ou SMC (droits compensateurs).
5. L'article XI est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend à l'Accord sur les sauvegardes, aux Accords SPS ou OTC ainsi qu'aux articles XII et XIX du GATT.
6. L'article XVI est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend à l'Accord SMC (subventions) ou aux articles 3 et 6 à 11 de l'Accord sur l'agriculture.
7. L'article XIX est exclu lorsqu'il est fait référence dans le même différend à l'Accord sur les sauvegardes.

Sur la base d'une série de données ajustées, un accord est considéré comme "cité" lorsqu'une ou plusieurs de ses dispositions sont mentionnées dans une demande de consultations.

antidumping des ACPPr ont pour effet d'éviter à leurs membres d'être visés par des actions antidumping («réduction de protection»), tandis que les pays non membres sont exposés à un examen antidumping encore plus poussé («détournement de protection»).

L'idée que les ACPPr peuvent avoir un tel effet de distorsion n'est pas nouvelle. Dans une série d'études, Bhagwati (1992 : 1993) et Bhagwati et Panagariya (1996) formulent l'hypothèse qu'en raison de leur caractère «élastique» et sélectif, les dispositions antidumping peuvent accroître le risque de détournement de protection lié aux ACPPr. Selon eux, les mesures contingentes sont déterminées par le volume des importations. La cible des requêtes antidumping dépend entièrement de la branche de production nationale.

Si les dispositions antidumping rendent plus difficile de sanctionner les membres d'un ACPPr, la branche de production nationale ciblera tout simplement d'autres sources. On pourrait ainsi voir une augmentation de la protection antidumping contre les non-membres alors qu'en fait le dommage causé à la branche de production nationale est imputable essentiellement aux importations en provenance des autres parties à l'ACPPr.³⁸ Les travaux de Prusa et Teh (2010) apportent la première confirmation empirique de cette hypothèse.³⁹ Leurs conclusions sont particulièrement pertinentes compte tenu de l'importance de l'antidumping dans la politique commerciale. Les droits antidumping sont depuis longtemps la mesure contingente la plus utilisée et leur importance s'est accrue au cours des deux dernières décennies. Le nombre de pays ayant recours à des mesures antidumping a quintuplé et le nombre d'enquêtes antidumping ouvertes chaque année a plus que doublé (Prusa, 2005).

La figure E.2 montre qu'il y a une différence sensible dans les activités antidumping des pays avant et après leur

Tableau E.4: Nombre d'enquêtes antidumping ouvertes en fonction de l'appartenance à un ACPPr

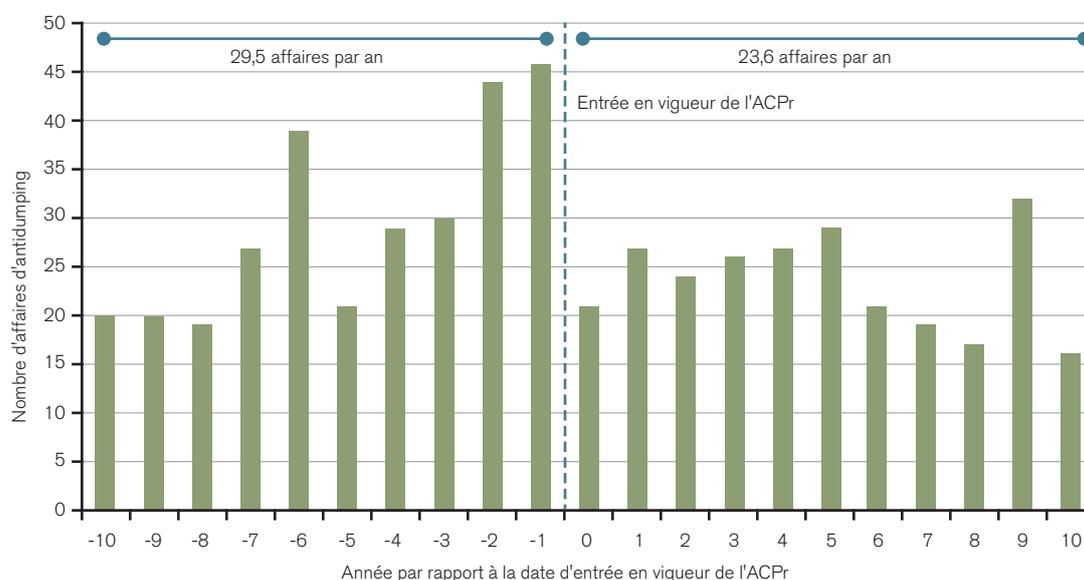
	Pays visés	
	Non parties à l'ACPPr	Parties à l'ACPPr
Avant l'ACPPr	506	370
	58%	42%
Après l'ACPPr	3'554	375
	90%	10%

Source: Prusa et Teh (2010).

adhésion à un ACPPr. Si l'on mesure le temps par rapport à l'année d'entrée en vigueur d'un ACPPr, l'année zéro est l'année où l'ACPPr a été établi, l'année $t-1$ désignant l'année précédente et l'année $t+1$ l'année suivante, etc. On note que, pendant les années précédant l'établissement de l'ACPPr, l'activité antidumping des futurs pays membres augmente. Le nombre d'enquêtes antidumping ouvertes dans l'année où l'ACPPr est établi ($t=0$) chute sensiblement et reste très inférieur, les années suivantes, à ce qu'il était avant sa mise en œuvre. En moyenne, au cours des dix années qui précèdent l'établissement de l'ACPPr, il y avait 29,5 affaires antidumping par an contre seulement 23,6 dans les dix années qui ont suivi.

On peut montrer d'une autre manière comment l'appartenance à un ACPPr modifie l'activité antidumping. Le tableau E.4 indique le nombre d'enquêtes antidumping ouvertes selon que les pays i) sont membres d'un ACPPr ou ii) n'en sont pas membres, une distinction étant faite entre les années précédant et les années suivant l'établissement de l'ACPPr. Comme on le voit, environ 58 pour cent des affaires antidumping ont été engagées à l'encontre de pays

Figure E.2 : Ouverture d'enquêtes antidumping intra-ACPPr



Source: Prusa et Teh (2010).

non membres avant l'entrée en vigueur de l'ACPr mais 90 pour cent après celle-ci. Là encore, les chiffres indiquent clairement que les ACPr modifient le schéma de protection.

Ces résultats sont parlants, mais sont-ils statistiquement significatifs (non dus au hasard)? En outre, les ACPr peuvent contenir d'autres dispositions qui pourraient expliquer le schéma des données antidumping. Souvent les ACPr libéralisent l'investissement, ce qui augmente les flux d'IED entre les partenaires. La diminution de l'activité antidumping entre membres d'un ACPr peut donc être due au fait que les importations proviennent de filiales multinationales. Il se peut aussi que les résultats dépendent entièrement des principaux utilisateurs de mesures antidumping (Union européenne et États-Unis) ou des principaux pays visés (Chine).

L'analyse économétrique (méthode appelée régression de différence en la différence) révèle que les schémas observés ne sont pas dus simplement au hasard.⁴⁰ Les auteurs constatent en outre que les ACPr peuvent entraîner une diminution de pas moins de 60 pour cent du nombre de différends antidumping entre leurs membres. Ce résultat n'est pas imputable exclusivement aux ACPr qui ont aboli les mesures antidumping (éliminant pratiquement toute activité antidumping entre leurs membres). En ne considérant que les ACPr qui ont adopté des règles antidumping spécifiques, ils constatent une réduction de 33 à 55 pour cent de l'activité antidumping intra-ACPr. Ils n'observent aucun changement significatif de l'activité antidumping dans le cas des ACPr qui ne comportent pas de règles antidumping spécifiques.

Leurs estimations économétriques indiquent aussi que les ACPr entraînent une augmentation de 10 à 30 pour cent du nombre d'actions antidumping à l'encontre des non-membres. Considérant ensemble les effets de réduction et de détournement de la protection, les auteurs constatent que la réduction de l'activité intra-ACPr est largement compensée par l'augmentation de l'activité à l'encontre de l'ensemble beaucoup plus vaste des non-membres. Ils estiment que, globalement, l'augmentation du nombre d'actions antidumping due aux ACPr peut atteindre 10 pour cent.

Ces résultats semblent être extrêmement stables. Même si l'on exclut de l'analyse l'UE, l'ALENA et la Chine, ils restent pratiquement inchangés. Pour tenir compte des effets éventuels d'autres dispositions des ACPr, les auteurs ont inclus les flux d'IED et une mesure de la libéralisation de l'investissement dans le cadre de chaque ACPr, en se fondant sur les travaux de Dee *et al.* (2006) et Dee (2008). Ils constatent que, bien que les dispositions des ACPr relatives à l'investissement réduisent la fréquence des différends antidumping, les règles antidumping constituent toujours une explication indépendante importante de la diminution du nombre d'affaires antidumping intra-ACPr.

(ii) *Aspects discriminatoires des règles des ACPr en matière de sauvegardes*

Deux types de mesures de sauvegarde sont généralement prévues dans les ACPr: les mesures «bilatérales» et les mesures «globales».⁴¹ Les mesures de sauvegarde bilatérales sont censées ne s'appliquer qu'au commerce

des autres membres de l'ACPr. Elles donnent aux membres un moyen de protection temporaire lorsque, du fait des engagements pris dans l'accord, l'accroissement des importations en provenance des autres membres cause un dommage grave à la branche de production nationale. Les mesures de sauvegarde globales, quant à elles, sont prises au titre de l'article XIX du GATT (Mesures d'urgence concernant l'importation de produits particuliers) et de l'Accord sur les sauvegardes. Les règles multilatérales veulent que toute mesure de sauvegarde doit être appliquée de manière non discriminatoire. Généralement, les dispositions des ACPr relatives aux mesures de sauvegarde globales précisent les conditions dans lesquelles les partenaires peuvent être exclus de l'application des mesures de sauvegarde multilatérales prises par un membre.

La plupart des ACPr précisent que leurs dispositions en matière de sauvegardes sont conformes aux droits et obligations des parties au titre des accords multilatéraux ou ne les affectent pas, mais beaucoup excluent de l'application des mesures de sauvegarde globales les importations en provenance des partenaires.⁴²

Ces importations peuvent être exclues si elles ne représentent pas une part substantielle des importations totales et si elles ne contribuent pas au dommage grave causé à la branche de production nationale ou à la menace d'un dommage grave.⁴³

L'Accord sur les sauvegardes exige que les mesures de sauvegarde soient appliquées à toutes les importations quelle qu'en soit la provenance (non-discrimination). De ce fait, la non-application d'une mesure de sauvegarde aux parties à un ACPr peut être source de conflit entre les règles régionales et les règles multilatérales. Ce point a été abordé dans un certain nombre de différends portés devant l'OMC (*Argentine – Chaussures, États-Unis – Gluten de froment, États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation et États-Unis – Acier*). Dans ces affaires, les autorités chargées d'enquêter avaient tenu compte des importations de toutes provenances pour déterminer que les produits étaient importés en quantités tellement accrues qu'ils causaient un dommage grave à la branche de production nationale. Mais, au lieu d'appliquer la mesure de sauvegarde à toutes les importations quelle qu'en soit la provenance, le pays invoquant la mesure avait exclu ses partenaires au sein d'un ACPr.⁴⁴ Dans les quatre affaires, l'Organe d'appel a donné tort au Membre de l'OMC qui avait inclus ses partenaires membres d'un ACPr dans l'enquête en matière de sauvegardes mais les avait exclus de l'application de la mesure de sauvegarde.

Le «parallélisme» est le concept clé qui sous-tend toutes ces affaires.⁴⁵ En bref, le parallélisme interdit toute différenciation dans l'application de mesures de sauvegarde.⁴⁶ Dans le cas des ACPr, le parallélisme signifie que, lorsqu'un Membre de l'OMC a tenu compte des importations de toutes provenances dans une enquête en matière de sauvegardes, il ne peut pas ensuite, sans analyse complémentaire, exclure de l'application de la mesure de sauvegarde qui en résulte les importations en provenance de ses partenaires au sein d'un ACPr. Pour qu'il puisse le faire, il faudrait que l'autorité chargée de l'enquête établisse expressément que seules les importations en

provenance des pays qui ne sont pas parties à l'ACPr causent ou menacent de causer un dommage grave à la branche de production nationale. Elle devrait aussi, dans son analyse du lien de causalité, s'assurer que les effets des importations en provenance des pays partenaires ne sont pas imputés aux importations visées par la mesure de sauvegarde.

L'élaboration par l'Organe d'appel du principe de parallélisme dans ces quatre affaires a clarifié un point, mais la jurisprudence de l'OMC n'indique pas de manière définitive dans quelle mesure l'article XXIV du GATT peut être invoqué par un Membre de l'OMC pour exclure ses partenaires au sein d'un ACPr de l'application d'une mesure de sauvegarde.⁴⁷ Les dispositions qui excluent les membres d'un ACPr de l'application de mesures de sauvegarde globales font craindre une discrimination accrue à l'encontre des non-membres et un détournement d'échanges. Les groupes spéciaux de l'OMC se sont certes prononcés contre l'exclusion des partenaires au sein d'un ACPr de l'application des mesures de sauvegarde si les importations en provenance de ces partenaires ont été prises en compte dans l'enquête, mais ils semblent l'avoir fait pour une raison très restreinte: l'absence de parallélisme dans l'application des mesures de sauvegarde. À ce jour, l'Organe d'appel n'a pas statué sur la question de savoir si une telle exclusion pouvait être justifiée au regard de l'article XXIV du GATT. Il est concevable que, dans des circonstances différentes, la non-application de mesures de sauvegarde aux partenaires au sein d'un ACPr soit admissible.

(iii) Autres mécanismes

Le caractère non discriminatoire des dispositions profondes peut en principe avoir des effets systémiques négatifs et peut provoquer des résistances à la poursuite de la libéralisation multilatérale de la part des forces économiques et des pays tiers. Si la libéralisation préférentielle n'est pas discriminatoire, les forces économiques peuvent s'y opposer car l'accroissement des parts de marché (et des bénéfices) sur le marché de l'autre membre peut être contrebalancé par la perte de bénéfices sur le marché intérieur vis-à-vis des entreprises des partenaires et des non-membres.⁴⁸

Deuxièmement, le caractère non discriminatoire des dispositions profondes peut dissuader les pays en développement d'engager des négociations multilatérales avec les pays développés pour échanger des engagements réglementaires profonds contre un accès aux marchés pour leurs marchandises (Chauffour et Maur, 2011). Cela tient à ce qu'il se produit inévitablement une érosion des tarifs préférentiels avec le temps, alors que les engagements réglementaires sont à la fois permanents et NPF et ne peuvent donc pas servir de monnaie d'échange à long terme et envers différents pays.

Troisièmement, il a été dit que l'effet de verrouillage de l'harmonisation réglementaire dans le cadre d'un ACPr peut avoir des effets systémiques négatifs (OMC, 2007). Des ACPr concurrents comportant des structures et des normes réglementaires incompatibles peuvent constituer une entrave pour leurs membres. Cela peut être une menace pour le système commercial multilatéral pour deux raisons. La première est que cela va à l'encontre des principes de

transparence et de prévisibilité des régimes réglementaires. La seconde est que cela peut entraver la poursuite de la libéralisation multilatérale. Une étude récente (Piermartini et Budetta, 2009) constate qu'il existe des « familles » distinctes d'ACPr ayant des règles différentes concernant les obstacles techniques au commerce. Cette étude montre qu'un certain nombre d'accords régionaux, dont l'UE est le centre, comportent des dispositions visant à harmoniser les normes des partenaires satellites avec celles de l'UE. Dans la mesure où l'alignement sur les normes européennes nécessite des investissements, ces dispositions peuvent empêcher les pays de s'écarter de l'accord régional, rendant la libéralisation multilatérale plus coûteuse.

Enfin, il a été dit précédemment que les clauses NPF à l'égard des pays tiers peuvent réduire le caractère discriminatoire des accords préférentiels. Or, de nombreux ACPr ne contiennent pas de clauses NPF pour les pays tiers (par exemple, l'accord entre la Chine et l'ASEAN). Dans ce cas, les dispositions de l'accord établissent une discrimination effective à l'égard des pays tiers et il y a un risque de traitement discriminatoire entre les parties à différents ACPr signés par un même pays (Houde *et al.*, 2007). Dans leurs chapitres sur les services et l'investissement, d'autres ACPr prévoient des exceptions sectorielles à l'extension automatique du traitement NPF aux pays tiers. Les secteurs exclus ne bénéficient donc pas automatiquement du traitement amélioré offerts par les accords futurs. Cependant, comme l'indiquent Houde *et al.*, très peu de secteurs sont concernés.

En outre, comme l'indiquent Adlung et Morrison (2010), un certain nombre d'accords excluent de l'obligation NPF envers les pays tiers certains types d'interventions qui peuvent avoir des effets de distorsion très prononcés (par exemple, toutes les subventions sont exclues de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis). Les accords de partenariat économique que l'UE a conclus avec les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) contiennent des clauses NPF qui stipulent que si un pays ACP conclut ensuite un ACPr avec une grande puissance commerciale autre que l'UE, telle que les États-Unis ou le Brésil, l'UE bénéficiera automatiquement des avantages concédés dans cet ACPr. Comme l'indique Pauwelyn (2009), l'inclusion de cette clause dans les accords de partenariat économique récents est controversée. Elle pourrait en fait avoir un effet dissuasif sur les pays tiers considérés comme des « grandes puissances commerciales », qui étaient intéressés par la conclusion d'un ACPr avec des pays ACP.

3. Le régionalisme et l'OMC : perspective historique

Le principe NPF est au cœur du système commercial multilatéral. Mais, dès le début, les pays Membres ont eu une certaine latitude pour s'accorder mutuellement un traitement préférentiel dans le cadre de zones de libre-échange ou d'unions douanières. Comme l'a dit un commentateur, « le véritable objectif du GATT était de contrôler et limiter la discrimination, non de l'éliminer » Hudec (1990). Les règles applicables aux zones de libre-échange et aux unions douanières en vertu de l'article XXIV du GATT ont été incorporées presque sans changement dans celles de l'OMC

et les nombreuses questions d'interprétation que soulève cet article continuent de faire l'objet de débats intenses.⁴⁹ De nombreux observateurs souhaitent toujours que les règles soient clarifiées et renforcées, mais les efforts récents ont été axés sur l'amélioration de la transparence.

(a) Les origines du GATT

Les arrangements commerciaux préférentiels étaient l'une des principales préoccupations de certains des pays qui ont participé aux négociations en vue de l'établissement d'une organisation internationale du commerce (OIC), qui ont finalement été à l'origine du GATT. En particulier, certains pays voyaient dans ces négociations l'occasion de démanteler certains arrangements préférentiels existants, tels que les préférences entre les territoires du Commonwealth britannique, mais les Britanniques ne semblaient disposer à le faire que s'ils obtenaient un accès effectif à d'autres marchés, en particulier celui des États-Unis (Hudec, 1990). En fait, selon plusieurs commentateurs, c'était un objectif important des États-Unis, qui avaient proposé de n'autoriser les préférences qu'entre les territoires faisant partie d'une union douanière et qui avaient ensuite accepté des arrangements provisoires qui allaient conduire à une union douanière. Un groupe de pays en développement, comprenant la Syrie et plusieurs pays latino-américains, ont tenté d'étendre cette exception aux zones de libre-échange.

Le libellé adopté à la Conférence de La Havane de 1947-1948, qui a été plus tard repris dans le GATT, autorisait les zones de libre-échange et les unions douanières, ainsi que les arrangements provisoires conduisant à leur formation. Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer le fait que les préférences dans le cadre des zones de libre-échange ont finalement été acceptées, en particulier par les États-Unis qui s'y opposaient au départ.

Dans une étude historique récente, Chase (2006) résume les raisons citées habituellement pour expliquer l'acceptation des zones de libre-échange dans le cadre du GATT : nécessité de trouver un compromis pour parvenir à un accord (Viner, 1950) ; volonté de décourager le renforcement des préférences du Commonwealth (Odell et Eichengreen, 1998) ; volonté d'encourager l'intégration européenne (Bhagwati, 1991), (Odell et Eichengreen, 1998) ; ou pressions exercées par certains pays en développement (Haight, 1972), (Mathis, 2002), (OMC, 1995). Chase (2006) rejette ces explications et, se fondant sur l'étude des archives, laisse entendre que les États-Unis et le Canada négociaient secrètement un accord de libre-échange bilatéral et que les États-Unis ont modifié leur position sur les zones de libre-échange en vue de cette éventualité. Selon Chase (2006), les États-Unis n'ont pas eu à faire une nouvelle proposition, car ils ont vu une occasion à saisir dans la proposition du Liban et de la Syrie visant à autoriser les zones de libre-échange.

L'article XXIV du GATT reconnaît « qu'il est désirable d'augmenter la liberté du commerce en développant, par le moyen d'accords librement conclus, une intégration plus étroite », mais il souligne que « l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs

et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes avec ces territoires ». L'article XXIV:5 stipule que les dispositions du GATT « 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 ».

Aux fins de l'article XXIV, on entend par union douanière « la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers, lorsque cette substitution a pour conséquence i) que les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives (à l'exception, dans la mesure où cela serait nécessaire, des restrictions apportées aux termes des articles XI, XII, XIII, XIV, XV et XX) sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux entre les territoires constitutifs de l'union, ou tout au moins pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires de ces territoires et ii) que ... les droits de douane et les autres réglementations appliqués par chacun des membres de l'union au commerce avec les territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci sont identiques en substance ». 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 apportées 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 ».

L'article XXIV énonce d'autres conditions auxquelles doivent satisfaire les unions douanières et les zones de libre-échange. D'une manière générale, dans les deux cas, les droits de douane ne doivent pas être plus élevés ni les autres réglementations plus rigoureuses qu'avant leur établissement. Dans le cas des unions douanières, les droits de douane ne doivent pas avoir une « incidence générale » plus élevée que les droits et réglementations commerciales en vigueur auparavant dans les territoires constitutifs. Les accords provisoires en vue de l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange doivent comprendre un « plan et un programme » pour l'établissement, « dans un délai raisonnable », de l'union douanière ou de la zone de libre-échange. L'article XXIV énonce aussi certaines obligations de notification. En outre, il contient des dispositions concernant le trafic frontalier (article XXIV:3) et le respect des obligations découlant du GATT par les gouvernements et administrations régionaux et locaux (article XXIV:12). L'article premier du GATT prévoit par ailleurs des exceptions spécifiques pour les préférences en vigueur entre certains pays voisins (par exemple, Liban et Syrie, Belgique-Luxembourg-Pays-Bas).

(b) Évolutions à l'époque du GATT

La création de la Communauté économique européenne (CEE) et ses accords d'association ont été le principal sujet des discussions relatives à l'article XXIV pendant les premières années du GATT. D'après les commentateurs, il y a eu des débats intenses entre les parties contractantes du

GATT sur la compatibilité de la CEE avec les prescriptions de l'article XXIV. La question de la compatibilité du Traité de Rome avec l'article XXIV n'a pas été résolue par les parties contractantes. Comme le souligne Ladreit de Lacharrière (1987), elles considéraient, en 1958, qu'«il serait plus utile de porter l'attention sur les problèmes spécifiques et pratiques en laissant de côté pour l'instant ... les débats sur la compatibilité du Traité de Rome» avec le GATT.⁵⁰

Finalement, les parties contractantes ont décidé de résoudre certaines des questions tarifaires liées à la création de la CEE dans le cadre du Cycle Dillon (Hoda, 2001). Les accords d'association de la CEE avec d'autres pays ont également fait l'objet de débats intenses. Les préoccupations avaient trait à l'absence d'engagement clair en faveur d'une libéralisation complète ou d'une adhésion pleine et entière. La création de l'AELE a également suscité des discussions, notamment parce qu'elle excluait l'agriculture et la pêche (Hudec, 1990). Un autre accord notifié à l'époque, l'Association latino-américaine de libre-échange (ALALE), réunissant plusieurs pays d'Amérique latine, a suscité des préoccupations du fait du caractère ambitieux de son programme de libéralisation et de son objectif de promotion des industries naissantes⁵¹ (Hudec, 1990).

Il n'y avait pas alors d'organe permanent du GATT chargé d'examiner les accords notifiés au titre de l'article XXIV. Ces accords étaient examinés par différents groupes de travail. Les parties contractantes n'adoptaient pas de rapport définitif concernant ces accords. La plupart des commentateurs conviennent que, malgré les nombreuses questions soulevées par certaines parties contractantes au sujet des ACP, notifiés, il s'est développé en fait une politique de tolérance à l'égard de ces accords. Jackson (1969) note qu'en général, la pratique du GATT a été caractérisée par «une grande tolérance à l'égard de nombreux accords régionaux». Il reconnaît cependant que «les discussions juridiques sur les critères de l'article XXIV et les consultations ont peut-être permis aux parties qui n'étaient pas membres de ces accords régionaux de les influencer d'une manière qui a réduit leur impact négatif sur le commerce des non-membres».

L'adoption de la Décision concernant le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement, généralement appelée «Clause d'habilitation», a été un autre événement important à l'époque du GATT. Non seulement cette clause sert de base à l'octroi de préférences tarifaires unilatérales aux pays en développement, mais encore elle prévoit une exemption de l'obligation NPF énoncée à l'article premier du GATT pour les «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 et, conformément aux critères ou aux conditions qui pourraient être prescrits par les PARTIES CONTRACTANTES, en vue de la réduction ou de l'élimination, sur une base mutuelle, de mesures non tarifaires, frappant des produits que ces parties contractantes importent en provenance les unes des autres».

Au total, 124 accords ont été notifiés au GATT entre 1948 et 1994. Sur ce nombre, 38 seulement étaient encore en vigueur en 1995 lorsque l'OMC a été créée. Comme l'explique un rapport du Secrétariat de l'OMC, cela reflète

«dans la plupart des cas l'évolution des accords eux-mêmes, qui ont été remplacés par des accords plus modernes entre les mêmes signataires (poussant la plupart du temps l'intégration plus loin) ou qui ont été incorporés dans des groupements plus larges» (Crawford et Fiorentino, 2005).

Le traitement discriminatoire dans le cadre des ACP est devenu au fil des années un sujet de préoccupation de plus en plus important. En 1983, le Directeur général du GATT a établi un groupe indépendant composé de sept personnes éminentes et chargé d'étudier les problèmes auxquels était confronté le système commercial international et de faire rapport à ce sujet. Le groupe a publié son rapport en mars 1985. Généralement appelé «Rapport Leutwiler», ce document arrivait notamment à la conclusion que «les règles autorisant les unions douanières et les zones de libre-échange [avaient] été faussées et utilisées abusivement» et que «pour éviter une nouvelle érosion du système commercial multilatéral, il fallait les clarifier et les renforcer».

Le rapport indiquait que, si la Communauté européenne et l'AELE remplissaient les conditions énoncées à l'article XXIV, ce n'était pas le cas de «nombreux accords présentés au titre de ces règles, y compris certains accords entre la Communauté et ses associés». Il soulignait que «les exceptions et les ambiguïtés qui ont été admises [avaient] gravement affaibli les règles commerciales et rend[ai]ent très difficile le règlement des différends justiciables de l'article XXIV». En conséquence, le rapport proposait que «les règles du GATT concernant les unions douanières et les zones de libre-échange [soient] réexaminées, redéfinies de manière à obvier à toute ambiguïté et plus strictement appliquées, afin que seuls puissent s'en prévaloir les pays qui s'en servent vraiment pour instaurer entre eux l'intégralité du libre-échange» (Leutwiler, 1985).

(c) Les ACP dans le Cycle d'Uruguay

Pendant le Cycle d'Uruguay, un groupe de pays (Australie, Inde, Japon, Nouvelle-Zélande et République de Corée) s'est prononcé en faveur du renforcement des disciplines de l'article XXIV. Le Japon, en particulier, a proposé, entre autres, d'améliorer les consultations avant et après la conclusion de tels accords, en fixant un délai ferme pour les «accords provisoires», pour faire en sorte que les Membres s'acheminent véritablement vers un commerce ouvert, en définissant clairement «l'incidence générale» des droits de douane et des autres réglementations et en limitant le crédit auquel pouvait prétendre une nouvelle union douanière si l'incidence générale des droits et réglementations était effectivement plus faible qu'avant. L'Inde, quant à elle, a proposé de réexaminer la disposition exigeant que les droits de douane et les autres réglementations restrictives soient éliminés pour l'«essentiel des échanges commerciaux» entre les parties à un ACP (Croome, 1995).

Dans une autre série de propositions, le Japon a demandé que les procédures d'examen des ACP, soient améliorées, suggérant d'établir des procédures spéciales, distinctes des procédures de règlement des différends du GATT, pour évaluer les dommages que les accords préférentiels causaient au commerce des pays non membres et envisager une compensation. Certains des pays qui étaient opposés à

cette proposition ont suggéré que la surveillance des ACPr soit assurée dans le cadre du nouveau Mécanisme d'examen des politiques commerciales (Croome, 1995).

L'obligation énoncée à l'article XXIV:12 concernant les États fédéraux a également été discutée pendant le Cycle d'Uruguay en rapport avec les ACPr. Cette question a été soulevée initialement par l'Inde, puis elle a été reprise par la Communauté européenne, qui a proposé de renforcer l'article XXIV:12 en affirmant que les Membres du GATT étaient pleinement responsables des mesures prises par leurs gouvernements ou administrations régionaux ou locaux (Croome, 1995).

En fin de compte, la discussion s'est cristallisée autour de l'idée de négocier un mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV, qui mettrait l'accent sur le calcul du niveau des droits de douane avant et après l'établissement d'une union douanière, réaffirmerait l'obligation de compensation, énoncerait des prescriptions concernant les accords provisoires, limiterait à dix ans la « période de transition raisonnable » sauf autorisation différente, et reconnaîtrait que les questions soulevées au titre de l'article XXIV pourraient faire l'objet d'une procédure de règlement des différends.

Malgré l'opposition initiale de la Communauté européenne (qui voulait plus de crédit dans les négociations sur la compensation des réductions tarifaires consenties par ses membres et qui n'était pas satisfaite du libellé de l'article XXIV:12), de l'Inde (qui considérait que le texte était excessivement faible) et de la Yougoslavie (qui critiquait le texte de l'article XXIV:12), le Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV a été adopté et fait partie des accords du Cycle d'Uruguay (Croome, 1995).

L'inclusion dans l'AGCS d'une disposition sur les accords préférentiels relatifs au commerce des services a été un autre fait important pendant le Cycle d'Uruguay.⁵²

(d) Évolution à l'OMC

(i) *Comité des accords commerciaux régionaux*

Le Comité des accords commerciaux régionaux (CACR) de l'OMC a été établi par le Conseil général en 1996 (WT/L/127). Il était prévu initialement que le Comité serait chargé de l'examen des accords commerciaux régionaux (ACR) notifiés à l'OMC et reprendrait ainsi les fonctions des différents groupes de travail du GATT. Malgré la création du CACR, l'examen des ACR n'a pas avancé. Entre 1996 et 2001, le Comité n'a adopté aucun rapport d'examen, en raison notamment de désaccords persistants au sujet des ambiguïtés inhérentes à l'article XXIV du GATT, de l'insuffisance des renseignements fournis par les parties aux ACR et du fait que la compatibilité devait être déterminée par tous les Membres de l'OMC, y compris ceux dont les ACR étaient examinés.

En décembre 2006, les Membres de l'OMC ont adopté à titre provisoire un nouveau mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux (WT/L/671).⁵³ Ce nouveau

mécanisme prévoit l'« annonce préalable » par les Membres de leur participation à des négociations visant à conclure un ACR, exige qu'ils notifient sans délai tout ACR nouvellement conclu et fixe un calendrier pour l'examen des nouveaux accords par les Membres de l'OMC.⁵⁴ Il prévoit que l'examen des accords commerciaux régionaux notifiés doit être achevé dans l'année qui suit la date de notification. À cette fin, les parties sont tenues de communiquer au Secrétariat de l'OMC certaines données, telles que les concessions tarifaires, les droits NPF, les règles d'origine et les statistiques des importations.

Sur la base de ces renseignements, du texte de l'accord et de renseignements provenant d'autres sources, le Secrétariat de l'OMC établit une présentation factuelle pour aider les Membres dans l'examen de chaque ACR notifié. Les Membres de l'OMC sont en train d'examiner le Mécanisme pour la transparence en vue de le rendre permanent. Le Mécanisme met l'accent sur la « considération des ACR » et non sur leur « examen », ce qui peut être interprété par certains comme la reconnaissance tacite par les Membres que leurs intérêts seraient mieux servis s'ils donnaient la priorité à l'amélioration de la transparence.

Dans le cadre du Cycle de Doha, les Membres de l'OMC ont aussi engagé des négociations visant « à clarifier et à améliorer les disciplines et procédures prévues par les dispositions existantes de l'OMC qui s'appliquent aux accords commerciaux régionaux ». Les négociations doivent tenir « compte des aspects des accords commerciaux régionaux relatifs au développement » ; elles se déroulent dans le cadre du Groupe de négociation sur les règles.⁵⁵

Le Comité des accords commerciaux régionaux a indiqué qu'au 1^{er} novembre 2010, 479 ACR avaient été notifiés au GATT/à l'OMC (les notifications concernant les marchandises et les services étant comptées séparément), dont 288 étaient toujours en vigueur.⁵⁶ Ces chiffres correspondent à 375 accords « physiques », dont 197 étaient en vigueur (117 pour les marchandises, un pour les services et 79 pour les marchandises et les services). Sur les 288 notifications, 174 avaient été présentées au titre de l'article XXIV du GATT, 31 au titre de la Clause d'habilitation et 83 au titre de l'article V de l'AGCS. Au total, 92 ACR ont été examinés dans le cadre du Mécanisme pour la transparence depuis son adoption en décembre 2006.⁵⁷

(ii) *Règlement des différends*

Malgré les préoccupations exprimées par de nombreux observateurs quant à la compatibilité de nombreux ACR notifiés avec l'article XXIV du GATT, les questions relatives aux ACR n'ont pas occupé une place importante dans le règlement des différends à l'OMC. La principale question soulevée était celle de savoir si la compatibilité d'un ACR avec l'article XXIV pouvait être examinée dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Dans l'affaire *Turquie – Textiles*, l'Organe d'appel a estimé que les groupes spéciaux étaient habilités à examiner si un ACR remplit les conditions de l'article XXIV. Il incombe au Membre défendeur d'établir que l'accord régional satisfait aux prescriptions de l'article XXIV s'il invoque l'accord pour justifier une mesure discriminatoire.

La possibilité de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC pour contester des accords commerciaux régionaux a suscité des réactions diverses de la part des commentateurs. Roessler (2000) a expliqué que l'examen de la compatibilité des ACR aurait dû être réservé exclusivement aux organes politiques de l'OMC et en particulier au Comité des accords commerciaux régionaux. Par contre, Davey (2011) a suggéré que le système de règlement des différends de l'OMC pouvait être utilisé pour clarifier les disciplines de l'article XXIV. À ce jour, les Membres de l'OMC ont hésité à utiliser le système de règlement des différends pour faire respecter les obligations énoncées à l'article XXIV du GATT et à l'article V de l'AGCS.

Des questions concernant la relation entre le système de règlement des différends de l'OMC et celui des ACPs ont été examinées dans le cadre de quelques différends soumis à l'OMC. Ces différends sont évoqués dans la sous-section E.2. Nous parlerons ici des quelques différends dans lesquels l'article XXIV a été expressément cité.

Comme on l'a dit précédemment, c'est dans l'affaire *Turquie – Textiles* qu'il a été question le plus directement des prescriptions de l'article XXIV. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a examiné les prescriptions applicables aux unions douanières au titre du paragraphe 5 de l'article XXIV et a expliqué qu'une partie qui invoque cette disposition pour justifier une mesure par ailleurs incompatible avec l'OMC doit établir que deux conditions sont remplies. Elle doit démontrer premièrement que «la mesure en cause est adoptée au moment de l'établissement d'une union douanière qui satisfait pleinement aux prescriptions des paragraphes 8 a) et 5 a) de l'article XXIV» et, deuxièmement, «qu'il serait fait obstacle à l'établissement de ladite union douanière si elle n'était pas autorisée à adopter la mesure en cause». (rapport de l'Organe d'appel, *Turquie – Textiles*, paragraphe 58)

L'article XXIV a également été invoqué dans le cadre de plusieurs affaires portant sur des mesures de sauvegarde, où la question était de savoir si un Membre de l'OMC peut exclure de l'application d'une mesure de sauvegarde l'un de ses partenaires au sein d'un ACPs contrairement à ce que prévoit l'article 2.2 de l'Accord sur les sauvegardes. Ces affaires ont été évoquées dans la section E.2.

Une mesure prise en application d'un ACPs a été examinée dans un différend dans lequel le Brésil a invoqué les exceptions générales prévues à l'article XX du GATT pour justifier l'interdiction d'importer des pneumatiques rechapés et usagés pour des raisons de santé publique. En vertu d'une décision d'un tribunal du MERCOSUR, cette interdiction n'a pas été appliquée aux importations de pneumatiques remoulés en provenance des pays membres du MERCOSUR.

Le Groupe spécial a constaté que «l'exception concernant les pneumatiques remoulés originaires du MERCOSUR ne semble donc pas être motivée par des raisons fantaisistes ou imprévisibles» et que «dans la mesure où l'existence d'une certaine discrimination favorisant d'autres membres d'une union douanière fait en soi partie du fonctionnement de cette union, la possibilité qu'une telle discrimination puisse se produire entre les membres du MERCOSUR et les autres

Membres de l'OMC par suite de la mise en œuvre de l'Accord instituant le MERCOSUR n'est pas, selon nous, *a priori* déraisonnable».

Il a cependant souligné que «le fait que nous prenons dûment en considération l'existence des engagements contractés par le Brésil dans le cadre du MERCOSUR dans notre évaluation ne signifie pas que l'exemption doit nécessairement être justifiée. Il nous faut plutôt examiner maintenant la manière dont l'interdiction d'importer est appliquée, compte tenu de l'existence d'une exemption pour les membres du MERCOSUR, afin de déterminer si la discrimination découlant de l'exemption concernant le MERCOSUR est arbitraire ou injustifiable». Ayant constaté que «le volume des importations de pneumatiques rechapés effectuées en vertu de l'exemption n'était pas important», le Groupe spécial a conclu que «la capacité de la mesure de remplir son objectif ne semble pas avoir été notablement compromise par les importations en provenance d'autres sources, même en présence d'une exemption concernant les importations du MERCOSUR».

Le Groupe spécial a conclu en conséquence que «le fonctionnement de l'exemption concernant le MERCOSUR n'avait pas fait que la mesure était appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable». Se fondant sur son analyse du volume des importations, il a également conclu que l'exemption concernant le MERCOSUR n'avait pas pour effet de faire de l'interdiction d'importer une restriction déguisée au commerce international (rapport du Groupe spécial, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.272 à 7.289 et 7.354 et 7.355).

L'Organe d'appel a réfuté la constatation du Groupe spécial, estimant que la décision rendue par le tribunal arbitral du MERCOSUR n'était pas une justification acceptable de la discrimination, parce qu'elle n'avait aucun rapport avec la protection de la santé publique qui était l'objectif légitime de l'interdiction d'importer au sens de l'article XX b), «voire [allait] à l'encontre de cet objectif, même dans une très faible mesure». L'Organe d'appel a estimé «que l'exemption concernant le MERCOSUR a fait que l'interdiction d'importer était appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable».

En outre, l'Organe d'appel a contesté l'examen des volumes d'importations effectué par le Groupe spécial. Selon l'Organe d'appel, pour analyser si une discrimination est «injustifiable», il faut généralement procéder à une analyse portant essentiellement sur la cause ou la raison d'être de la discrimination, et ne dépendant pas de «l'impact quantitatif de cette discrimination sur la réalisation de l'objectif de la mesure considérée». Pour la même raison, il a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'interdiction d'importer n'était pas appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international (rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneus rechapés*, paragraphes 228 et 229).

L'Organe d'appel a souligné que «devant le tribunal arbitral établi dans le cadre du MERCOSUR, le Brésil aurait pu chercher à justifier l'interdiction d'importer contestée pour des motifs de protection de la santé des personnes et des

animaux ou de préservation des végétaux au titre de l'article 50 d) du Traité de Montevideo». Le Brésil a cependant décidé de ne pas le faire. L'Organe d'appel a noté que «l'article 50 d) du Traité de Montevideo, tout comme le fait que le Brésil aurait pu invoquer ce moyen de défense dans la procédure arbitrale du MERCOSUR, montrent, à notre avis, que la discrimination associée à l'exemption concernant le MERCOSUR ne résulte pas nécessairement d'un conflit entre les dispositions dans le cadre du MERCOSUR et le GATT de 1994». (rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneus rechapés*, paragraphe 234)

4. Relation entre les ACP et l'OMC

(a) Cohérence de la gouvernance du commerce international

La recherche de cohérence entre régionalisme et multilatéralisme n'a rien de nouveau. Au début du système commercial multilatéral, la pensée économique mettait l'accent sur les effets de bien-être des ACP. Comme cela est expliqué dans la section C, la principale conclusion était que ces effets étaient ambigus pour leurs membres et généralement négatifs pour les tierces parties. Comme les ACP portaient essentiellement sur les réductions tarifaires, l'ouverture multilatérale des marchés qui réduit la discrimination, même si elle n'implique pas un commerce totalement ouvert, était considérée comme supérieure à une ouverture préférentielle.⁵⁸ Dans ce contexte, assurer la cohérence signifiait que l'on acceptait que les ACP et le système multilatéral soient complémentaires tout en imposant des disciplines visant à limiter les éventuels effets négatifs des ACP.

Comme on l'a dit plus haut, dans les années 1990, l'essor du régionalisme a ramené au premier plan la question de la cohérence. De nombreux analystes ont réexaminé la relation entre les deux approches, en mettant cette fois l'accent sur les effets systémiques de l'intégration régionale. Ils ont montré que les ACP pouvaient être des pierres angulaires ou des pierres d'achoppement sur la voie de l'ouverture multilatérale des marchés. Mais ces ouvrages ne donnaient guère d'indications sur la façon d'améliorer la cohérence.

Qu'ils considèrent que le système commercial multilatéral et les ACP sont complémentaires ou qu'ils pensent que le multilatéralisme est tout simplement supérieur à l'approche régionale, les observateurs conviennent généralement «qu'il reste tout à fait justifié de chercher des moyens de renforcer la capacité de l'OMC d'influencer et discipliner les ACP ou du moins d'en atténuer les aspects qui ont le plus d'effets d'exclusion et de distorsion» (Low, 2008).⁵⁹ Dans la section 3, on a montré comment, depuis sa création, le système multilatéral a fait une place aux ACP. Les Membres du GATT/de l'OMC ont généralement adopté une approche conciliante. Les efforts faits pour améliorer la cohérence ont porté principalement sur les faiblesses des disciplines multilatérales et sur la manière d'y remédier. Cette section résume ce débat et examine brièvement les principales propositions. Il semble que la faisabilité est la principale question et que l'économie politique est la clé.

L'évolution récente de l'activité dans le domaine des ACP pourrait bien modifier le point de vue sur la cohérence. Comme on l'a vu dans la section B, la conclusion d'ACP s'est sensiblement accélérée depuis 1990. En 1995, le nombre d'ACP avait plus que doublé et, en 2010, il avait plus que quadruplé, si bien qu'actuellement, il y a près de 300 ACP en vigueur. Comme on l'a dit plus haut, les nouveaux ACP – ou du moins certains d'entre eux – sont qualitativement différents des anciens. L'activité récente a consisté en partie à consolider et rationaliser les accords bilatéraux, mais on observe aussi une tendance, dans le monde entier, à la conclusion de nouveaux accords bilatéraux. Depuis 1995, l'activité transcende de plus en plus les frontières régionales. Le champ d'application des ACP en termes de domaines et de produits s'est aussi élargi et approfondi avec le temps.

Cela a amené certains observateurs à penser que le régionalisme est entré dans une «ère nouvelle», dans laquelle le cadre analytique ancien n'est plus valable et la recherche de la cohérence ne passe plus simplement par l'imposition de disciplines multilatérales contre la discrimination. Ainsi, Baldwin (2010) considère que les ACP récents fournissent le cadre nécessaire pour étayer le «dégrouper de la production» qui caractérise une part croissante du commerce mondial. À son avis, le régionalisme du XXI^e siècle vise plus à réduire les obstacles au commerce et les coûts de transaction et à éliminer les obstacles internes à l'entrée qu'à accorder des préférences tarifaires. Étant donné que les accords préférentiels portant sur les mesures prises à l'intérieur des frontières n'entraînent généralement pas de détournement des échanges, on ne peut pas analyser leurs implications systémiques en utilisant le cadre traditionnel de la pierre d'achoppement ou de la pierre angulaire (voir la section C).

L'économie politique des ACP plus récents va aussi bien au-delà des tarifs préférentiels. Premièrement, selon Baldwin (2010), seuls quelques pays peuvent jouer un rôle de premier plan dans ces accords. On peut considérer que les ACP motivés par le partage de la production, en particulier entre pays développés et pays en développement, consistent en un échange d'usines pour réduire les obstacles internes et donner aux entreprises qui délocalisent l'assurance que leurs investissements et leurs droits de propriété intellectuelle seront en sécurité. De l'avis de Baldwin, peu de pays possèdent le genre d'usines pouvant être échangées contre une réforme profonde des mesures prises à l'intérieur des frontières.

Deuxièmement, la négociation à l'OMC d'une réforme de ces mesures peut ne pas encourager directement les flux d'investissements entrants. Troisièmement, la nature des mesures à l'intérieur des frontières rend difficile la multilatéralisation des ACP. Par exemple, le principe de subsidiarité (voir plus loin) peut s'appliquer dans la mesure où, dans certains domaines, il est plus facile d'imposer des disciplines au niveau régional ou bilatéral. Ces considérations ont amené Baldwin (2010) à conclure qu'il «est possible et même probable que les nouvelles disciplines constituent un système de gouvernance indépendant sans lien ou presque avec les règles de Marrakech». S'il en est ainsi, le problème de cohérence posé par les tendances récentes des accords régionaux peut être très différent de celui qui découle des

réductions tarifaires discriminatoires. Il se peut que de nouvelles règles commerciales internationales soient négociées et convenues en dehors de l'OMC, dans un cadre où les asymétries de pouvoir sont plus marquées et en l'absence des principes fondamentaux de non-discrimination et de réciprocité.⁶⁰

La question est donc de savoir si et comment ce nouveau problème doit être abordé. Des recherches supplémentaires seront nécessaires pour mieux comprendre les effets systémiques d'une intégration profonde. Il pourrait être nécessaire d'examiner de plus près les effets des asymétries de pouvoir et les options possibles pour les atténuer. Par ailleurs, comme on l'a déjà dit, le principe de subsidiarité pourrait être appliqué pour déterminer si les mesures convenues au niveau bilatéral ou régional doivent être soumises à des disciplines multilatérales.^{61,62} En vertu de ce principe, «les mesures nécessaires pour atteindre des objectifs convenus doivent être prises au niveau du gouvernement le plus bas capable de traiter efficacement le problème considéré» (Sauvé et Beviglia-Zampetti, 2000). Du fait que les pays ont des goûts, des cultures, des ressources ou des institutions différents, leurs choix sociaux diffèrent. Dans le même temps, les critères d'efficacité indiquent que les régimes réglementaires devraient s'appliquer à des ensembles aussi vastes que possible.

Étant donné cet arbitrage, le principe de subsidiarité veut que la détermination des régimes réglementaires soit aussi décentralisée que possible, sauf si une mesure prise dans une juridiction a un impact (des retombées) dans d'autres juridictions, entraînant des effets externes transfrontières (externalités) ou la création d'économies d'échelle ou de biens publics, auquel cas ces juridictions doivent également être consultées. En d'autres termes, «s'il n'y a pas de retombées importantes, il n'y a pas de raison, en termes d'efficacité, d'imposer un seul ensemble de normes dans différents domaines réglementaires» (Rollo et Winters, 2000).

La coopération internationale en matière de réglementation est justifiée par le fait qu'il peut être coûteux de se conformer à des normes différentes. Il existe probablement, dans la réglementation, des économies d'échelle (entre pays) et des économies de champ (entre questions). Il peut cependant y avoir des conflits d'intérêts entre les pays dont la réglementation est souple et ceux qui ont une réglementation stricte, ce qui rend la coordination multilatérale plus difficile et peut-être parfois indésirable. Si ces facteurs sont suffisamment importants, la reconnaissance mutuelle et l'harmonisation des normes de produits et des essais peuvent être plus efficaces au niveau bilatéral et plurilatéral (entre pays relativement similaires) qu'au niveau multilatéral. On peut certes craindre que des normes communes ou reconnues mutuellement et une évaluation conjointe de la conformité dans le cadre des ACPPr aient des effets négatifs sur les pays tiers, mais les faits montrent que le programme de marché unique de l'UE a accru au moins autant l'accès au marché des entreprises des pays tiers (Mayer et Zignago, 2005).⁶³

Enfin, le fait que les ACPPr dans lesquels les tarifs préférentiels occupent encore une place importante n'ont pas disparu signifie qu'il faut s'attaquer simultanément aux

problèmes de cohérence nouveaux et anciens. Il ressort de la section D que parmi les nouveaux ACPPr, quelques-uns seulement excluent totalement ou presque la question des tarifs préférentiels et beaucoup prévoient encore des préférences tarifaires. La sous-section suivante présente un bref résumé du débat sur les disciplines multilatérales existantes. Cet aperçu est suivi d'une analyse de certaines des principales options qui s'offrent pour améliorer la cohérence.

(b) Les disciplines multilatérales en matière d'ACPPr

Comme on l'a vu dans la section 3, le système multilatéral a établi trois dispositions essentielles concernant le régionalisme. La première est l'article XXIV du GATT, qui permet de déroger au principe NPF pour les unions douanières et les zones de libre-échange. Le Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT, adopté lors du Cycle d'Uruguay, vise à clarifier les critères et les procédures d'évaluation des accords nouveaux ou élargis et à en améliorer la transparence. La deuxième disposition est la «Clause d'habilitation», qui assouplit certaines des dispositions du GATT relatives aux ACPPr pour les pays en développement au nom du «traitement spécial et différencié» en faveur de ces pays. La troisième disposition est l'article V de l'AGCS, qui énonce les règles applicables aux ACPPr dans le domaine des services. Comme on l'a vu plus haut, les Membres de l'OMC ont aussi adopté récemment, à titre provisoire, un mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux.

Au fil des années, un certain nombre de préoccupations ont été exprimées au sujet de l'efficacité de la surveillance multilatérale des accords régionaux (Davey, 2011), (Low, 2008). Premièrement, il a été dit que certaines des dispositions de l'article XXIV du GATT défient toute interprétation juridique incontestée et, d'une manière plus générale, comportent des lacunes.⁶⁴ Le débat a été centré sur l'interprétation :

- des alinéas a) et b) du paragraphe 5 de l'article XXIV, où il est dit que «les droits et les réglementations commerciales» imposés aux pays tiers ne seront pas, dans leur ensemble, d'une incidence générale plus élevée ou ne seront pas plus rigoureux que les droits et réglementations en vigueur avant la conclusion d'un ACPPr⁶⁵ ;
- des alinéas a) et b) du paragraphe 8 de l'article XXIV, où il est dit que les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives doivent être éliminés pour «l'essentiel des échanges commerciaux» entre les territoires constitutifs, et de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article V de l'AGCS, où il est dit qu'un ACPPr doit couvrir «un nombre substantiel de secteurs» ;
- du paragraphe 3 du Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT, où il est dit que le «délai raisonnable» pour l'établissement d'un ACPPr ne devrait dépasser dix ans que dans des cas exceptionnels.

Deuxièmement, plusieurs lacunes ont été identifiées dans le cadre juridique et institutionnel du GATT/de l'OMC. En

particulier, l'absence de disciplines concernant les règles d'origine dans les accords de libre-échange est devenue un problème avec la multiplication de ces accords et l'enchevêtrement d'accords qui en résulte (qualifié de « bol de spaghettis »). De même, rien n'indique comment les contingents tarifaires agricoles doivent être traités dans les accords préférentiels, ni si leurs membres sont autorisés à exclure leurs partenaires de l'application de mesures contingentes visant le commerce de pays tiers, ou s'ils peuvent appliquer ou non des mesures de sauvegarde dans leurs échanges mutuels. La question est aussi savoir si les dispositions relatives au traitement spécial et différencié pour les ACP dans les accords de développement doivent être élargies au-delà de celles de la Clause d'habilitation.⁶⁶

Troisièmement, il se peut que la législation du GATT/de l'OMC ait influencé les négociations d'ACP, mais dans la pratique, elle n'a jamais été utilisée pour imposer des disciplines aux accords commerciaux réciproques discriminatoires (Davey, 2011), (Low, 2008). Les gouvernements n'ont presque jamais déterminé, dans le cadre des procédures établies, si un ACP donné est conforme aux règles multilatérales. Les prescriptions procédurales, comme celles qui concernent les notifications, n'ont été observées au mieux que partiellement et les constatations faites dans le cadre du règlement des différends n'ont pas permis de remédier aux faiblesses des disciplines.

Pour certains observateurs, il est révélateur que le Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux soit le seul résultat des négociations du Cycle de Doha qui ait pu voir le jour indépendamment des résultats dans tous les autres domaines du Cycle.⁶⁷ Cela semble indiquer que les Membres de l'OMC sont conscients de la nécessité de mieux comprendre la nature des ACP et qu'ils continuent de privilégier une approche prudente (Low, 2008). D'autres vont encore plus loin et considèrent que le Mécanisme pour la transparence remplace avantageusement l'« ancien » mécanisme d'examen (Mavroidis, 2010). Étant donné que le détournement d'échanges a été réduit par les réductions tarifaires multilatérales, que les ACP semblent améliorer le bien-être et qu'ils abordent un certain nombre de questions qui ne sont pas traitées par l'OMC, on considère que les règles existantes ont une pertinence limitée. Mavroidis (2010) estime que le Mécanisme pour la transparence devrait devenir *de jure* le nouveau cadre pour l'examen des ACP au sein du système commercial multilatéral.⁶⁸

(c) Possibilités d'améliorer la cohérence

On a examiné dans le rapport, l'idée qu'il pourrait être justifié de maintenir des régimes distincts pour la coopération régionale et pour la coopération multilatérale. Ce serait le cas lorsque certains types de coopération sont mieux gérés au niveau régional qu'au niveau multilatéral. De plus, il y a des questions qui ne peuvent pas être traitées de manière adéquate au niveau régional. Entre les deux, se pose la question de la cohérence. Il s'agit pour l'essentiel de déterminer ce que peut apporter une plus grande cohérence entre les ACP et entre ceux-ci et le système commercial multilatéral.

On a proposé différentes approches pour améliorer la cohérence entre les ACP et le système commercial

multilatéral (Davey, 2011), (Low, 2008), (Rapport Sutherland, 2004), (Commission Warwick, 2007), (OMC, 2003). Ces propositions sont examinées ici sous quatre rubriques : i) accélération de l'ouverture multilatérale du commerce, ii) la correction des lacunes du cadre juridique de l'OMC, iii) l'adoption d'une approche plus souple en complément du cadre juridique existant et iv) la multilatéralisation du régionalisme. Ces approches ne s'excluent pas mutuellement. Elles visent toutes à renforcer la compatibilité et la cohérence, c'est-à-dire à faire en sorte que les ACP contribuent à la coopération et à l'ouverture commerciales d'une manière fondamentalement non discriminatoire. Elles diffèrent essentiellement par ce qu'elles considèrent comme une stratégie politiquement applicable pour atteindre cet objectif.

L'abaissement des droits NPF réduirait la discrimination et réduirait ainsi les effets négatifs des ACP. Le Rapport Sutherland a recommandé, par exemple, que les pays développés Membres de l'OMC consolident tous leurs droits de douane à zéro dans leurs listes d'engagements à une date ultérieure à convenir. La réduction à zéro de tous les droits des pays développés sur les produits industriels ne semble pas impossible à réaliser dans un avenir assez proche, mais les négociations du Cycle de Doha montrent que cela ne peut pas se faire sans une certaine réciprocité de la part des pays émergents. L'élimination de tous les droits sur les produits agricoles, quant à elle, ne semble pas possible politiquement dans le contexte actuel. Par ailleurs, la consolidation de tous les droits à zéro pourrait régler la question du détournement d'échanges induit par les droits de douane, mais elle n'éliminerait pas tous les effets potentiellement négatifs de mesures d'intégration plus profondes.

Pour ce qui est de corriger les lacunes du cadre juridique de l'OMC, il est prévu, dans le Cycle de Doha, de mener des négociations visant « à clarifier et à améliorer les disciplines et procédures prévues par les dispositions existantes de l'OMC qui s'appliquent aux accords commerciaux régionaux ». Les négociations ont été menées dans deux directions. D'une part, les Membres ont examiné les questions de procédure relatives à la transparence des ACP. D'autre part, ils ont tenté d'identifier les questions à négocier, y compris les questions de fond, telles que les questions systémiques et juridiques.⁶⁹ Comme on l'a déjà dit, les négociations sur les questions de procédure ont abouti à l'adoption, à titre provisoire, d'un nouveau mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux (WT/L/671). Les négociations sur les questions de fond ont amené certains Membres à présenter des propositions visant essentiellement à clarifier les dispositions de l'article XXIV du GATT. Ces propositions contribuent utilement au débat, mais elles ne semblent pas avoir abouti à un quelconque consensus sur les réformes possibles des règles.⁷⁰

Cela n'est pas vraiment surprenant, étant donné que les discussions antérieures n'ont guère permis de progresser sur les questions de fond.⁷¹ Cette absence de progrès peut s'expliquer par le fait que les Membres qui ont adhéré à des ACP dans le passé hésitent peut-être à approuver des clarifications des règles qui pourraient laisser entendre que les ACP auxquels ils sont parties ne sont pas conformes à l'article XXIV (Davey, 2011). Étant donné que les efforts

visant à clarifier des notions telles que «l'essentiel des échanges», «les autres réglementations commerciales restrictives», etc., n'ont eu jusqu'ici qu'un succès limité, il semble peu probable que la seconde option mentionnée plus haut (clarification et renforcement des règles existantes) soit viable.

En outre, les Membres de l'OMC se sont montrés peu enclins à utiliser le système de règlement des différends de l'OMC pour clarifier les règles existantes et il semble improbable qu'ils changent d'attitude dans un proche avenir. Cela ne signifie pas que des règles révisées et améliorées ne feront pas un jour partie de réels progrès vers une plus grande cohérence, mais ce n'est apparemment pas un point de départ prometteur. Dans ce contexte, l'analyse économique peut aider à renforcer les dispositions existantes. Elle montre, par exemple, que la condition énoncée à l'article XXIV du GATT, selon laquelle la protection applicable aux pays tiers ne doit pas augmenter avec l'établissement ou l'élargissement d'un ACP, ne protégera pas nécessairement ces derniers d'une perte de bien-être.⁷²

La troisième option mentionnée plus haut consisterait à adopter une approche fondée sur un «droit souple» pour compléter le droit «impératif» et le mécanisme de règlement des différends. Il n'y a pas d'accord, dans la littérature, sur la définition du «droit souple», mais les juristes semblent souvent définir le droit impératif comme un droit contraignant et le droit souple comme un droit non contraignant (Shaffer et Pollack, 2010). On pourrait citer comme exemple de droit souple le Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes, annexé à l'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce. L'application de ce code est facultative pour les Membres de l'OMC et il n'est pas prévu de recours au mécanisme de règlement des différends pour le faire respecter. On peut citer aussi comme exemple le code de bonnes pratiques de l'APEC pour les accords de libre-échange et les accords commerciaux régionaux.⁷³ L'approche fondée sur un droit souple permettrait aux Membres de l'OMC de mieux comprendre leurs priorités et leurs intérêts respectifs dans le but d'avancer à terme vers une interprétation juridique de dispositions particulières qui garantiraient la cohérence.

L'approche fondée sur un droit souple n'est pas sans risque. Comme le soulignent Shaffer et Pollack (2010), le droit souple et le droit impératif peuvent devenir antagonistes si les conditions sous-jacentes d'une coopération ne sont pas réunies. Low (2008) fait valoir qu'une perception commune des objectifs et de la nature du passage à un droit impératif augmenterait les chances de voir le droit souple contribuer à la reconstruction du droit impératif. C'est pourquoi il propose une approche en trois étapes. La première consisterait à accroître la transparence et l'échange d'informations dans le cadre du nouveau Mécanisme pour la transparence. Cet échange de vues renforcé ouvrirait la voie à l'élaboration progressive dans un deuxième temps, d'un droit souple sous la forme d'un code de bonnes pratiques. Enfin, la troisième et dernière étape consisterait à engager des négociations pour améliorer les dispositions du droit impératif une fois que les gouvernements sont à l'aise avec le droit souple.

La quatrième proposition est la multilatéralisation du régionalisme (Baldwin, 2006; Baldwin et Thornton, 2008).

Baldwin (2009) définit le processus de multilatéralisation comme l'extension non discriminatoire à d'autres parties des arrangements préférentiels existants ou la fusion des différents ACP. L'idée est que, du fait du partage de la production mondiale, les forces économiques à l'origine de la prolifération des ACP et de la création de ce que l'on a appelé le «bol de spaghettis» se sont affaiblies et sont progressivement remplacées par de nouvelles forces favorables à la multilatéralisation des préférences. Cela se traduit par diverses initiatives de multilatéralisation tant au niveau régional que multilatéral.

Parmi les initiatives régionales visant à réduire l'enchevêtrement d'ACP, on peut citer le code de bonnes pratiques de l'APEC pour les ACP ou le Système de cumul paneuropéen, qui a réduit les distorsions de la production économique internationale dans la zone par l'harmonisation des règles d'origine et le cumul diagonal. Comme exemple de multilatéralisation au niveau multilatéral, on peut citer l'Accord sur les technologies de l'information, qui a établi un mécanisme pour l'élimination des droits NPF sur les produits des technologies de l'information et qui a ainsi rendu inopérantes les règles d'origine et les règles de cumul.

Des études récentes ont mis en évidence le coût potentiel de l'enchevêtrement d'ACP et de la complexité des règles d'origine actuelles dans un monde où les chaînes de production sont géographiquement fragmentées (Baldwin *et al.*, 2009). L'OMC peut avoir un rôle à jouer dans la réduction de ces coûts de transaction en servant de cadre pour la coordination/la normalisation/l'harmonisation des règles d'origine préférentielles.⁷⁴ Un autre moyen d'assurer une plus grande cohérence, évoqué précédemment, consiste à identifier les «meilleures pratiques» suivies dans les ACP.⁷⁵ Comme on l'a dit dans la section D, le débat se poursuit sur la question de savoir si les mesures d'intégration profonde dans le cadre des ACP peuvent avoir un effet «bol de spaghettis», comme les préférences tarifaires. Baldwin *et al.* (2009) ont cherché à déterminer, dans six domaines différents, si les ACP ont créé un «bol de spaghettis» et de quelle façon leurs dispositions ont été ou pourraient être multilatéralisées.

Une dernière remarque sur la multilatéralisation des ACP concerne les procédures de prise de décisions. Plusieurs auteurs (Lawrence, 2006), (VanGrassstek et Sauvé, 2006), (Cottier, 2009), (Elsig, 2009), (Low, 2011) ont examiné la possibilité d'élaborer une approche multilatérale d'une règle du consensus modifiée, souvent appelée prise de décisions fondée sur la masse critique. L'approche proposée par Low (2011) est très semblable à l'approche dite du «code», qui est apparue dans les Accords du Tokyo Round concernant les mesures non tarifaires et qui a ensuite été remplacée par l'«engagement unique» (selon lequel rien n'est convenu tant que tout n'est pas convenu), lors de la création de l'OMC en 1995. L'approche fondée sur la masse critique a refait surface après le Cycle d'Uruguay avec les accords sur les services de télécommunication de base, sur les services financiers et sur les produits des technologies de l'information.

L'adoption d'une approche fondée sur la masse critique permettrait de «multilatéraliser» les règles commerciales sans impliquer l'ensemble des Membres de l'OMC, proposition qui peut paraître attrayante lorsqu'il est justifié

d'avoir une approche réglementaire du commerce largement partagée mais pas nécessairement mondiale. On peut dire qu'il existe une masse critique lorsqu'un ensemble suffisamment important de Membres accepte de coopérer sous les auspices de l'OMC. Une caractéristique importante de cette approche est que les accords n'entraînent aucune discrimination à l'égard des pays non signataires.

Des sauvegardes convenablement choisies sur le plan des institutions et des procédures permettraient de protéger le système contre le risque de fragmentation et de dilution de la base multilatérale de la coopération commerciale. Pour définir la masse critique, une méthode simple mais efficace pourrait être, par exemple, de la laisser se définir elle-même. Il y aurait une masse critique quand ceux qui sont disposés à aller de l'avant avec un accord considèrent que le soutien et l'engagement des Membres est suffisant. Ceux qui resteraient en dehors seraient alors considérés comme trop

peu nombreux pour affaiblir l'accord et il n'y aurait aucune raison de ne pas appliquer la règle NPF à tous les non-signataires pour l'ensemble des avantages.

Une autre question importante est de savoir si et quand il serait nécessaire de prendre des décisions par consensus dans le cas d'initiatives fondées sur la masse critique. En l'absence de participation multilatérale sur la base du consensus, on risque de voir une partie des Membres élaborer des règles qui leur profitent, au détriment des Membres qui ne font pas partie de la masse critique. Pour éviter cela, il est proposé que les accords fondés sur la masse critique soient approuvés par consensus avant d'entrer en vigueur. Cela permettrait non seulement d'éviter de nuire aux intérêts des Membres n'appartenant pas à la masse critique, mais aussi de maintenir les accords fondés sur la masse critique dans le cadre du système multilatéral.

Notes

- 1 Aux fins du présent rapport, les « effets systémiques » s'entendent des effets statiques et dynamiques des ACPr sur le système commercial multilatéral. Les effets statiques sont, par exemple, l'existence éventuelle de règles conflictuelles, concernant notamment les mesures commerciales correctives. Les effets dynamiques sont, entre autres, l'impact des ACPr sur la probabilité que les pays engagent de nouvelles négociations multilatérales.
- 2 Certains travaux théoriques et empiriques examinent la question inverse, qui est de savoir si le multilatéralisme encourage la prolifération des ACPr. Ethier (1998) et Freund (2000) construisent des modèles théoriques dans lesquels la formation d'ACPr est une réponse endogène au système commercial multilatéral. À partir de données sur les réductions tarifaires multilatérales et l'octroi de l'accès en franchise de droits consentis par les États-Unis au niveau des lignes tarifaires, Fugazza et Robert-Nicoud (2010) trouvent des éléments empiriques étayant la thèse selon laquelle l'ouverture NPF ouvre la voie à une ouverture préférentielle.
- 3 Cette argumentation pose des problèmes pratiques. Premièrement, il n'est peut-être pas réaliste de supposer l'existence de transferts forfaitaires internationaux, et, en leur absence, il se peut que certains membres du bloc s'opposent, à un moment donné, à un nouvel élargissement. Deuxièmement, rien n'oblige les membres de l'ACPr à fixer leurs tarifs extérieurs de la manière supposée par Kemp et Wan, et ils peuvent même avoir des raisons de les fixer autrement (voir la section C.1).
- 4 Par « érosion des préférences », on entend la diminution de la marge de préférences dont bénéficient certains exportateurs sur les marchés étrangers par suite d'un traitement commercial préférentiel. Cela peut se produire lorsque les partenaires suppriment les préférences, augmentent le nombre de bénéficiaires des préférences ou abaissent leurs droits NPF sans abaisser proportionnellement leurs droits préférentiels (Alexandraki et Lankes, 2004).
- 5 Les pays exclus sont pénalisés par l'ACPr parce que le prix à la frontière pour leurs exportateurs baisse. Du point de vue des pays membres, les avantages du libre-échange global sont un meilleur accès aux marchés des pays tiers et une libéralisation accrue de leurs marchés d'importation. Toutefois, ces avantages sont faibles si les tarifs initiaux sont bas, de sorte que les pays membres de l'ACPr ne seront guère incités à opter pour des réductions tarifaires multilatérales.
- 6 Cependant, Amiti et Romalis (2007) font valoir que, pour de nombreux pays en développement, l'accès préférentiel effectif est moins généreux qu'il n'y paraît en raison du nombre limité de produits visés ou de la complexité des règles d'origine. Par conséquent, l'abaissement des droits de douane au niveau multilatéral (Cycle de Doha), et plus particulièrement des tarifs agricoles, est susceptible d'entraîner une augmentation nette de l'accès aux marchés pour bon nombre de ces pays.
- 7 C'est ce que l'on appelle l'effet « rouleau compresseur » (Baldwin et Robert-Nicoud, 2008).
- 8 On notera que cet effet pourrait être inversé si l'ACPr augmentait la protection du secteur national en concurrence avec les importations. Dans ce cas, l'ACPr irait à l'encontre du multilatéralisme, comme nous le verrons plus loin.
- 9 Une protection accrue est obtenue lorsque les producteurs du membre qui a un tarif (extérieur) faible peuvent exporter toute leur production vers le membre qui a un tarif élevé sans affecter les prix dans ce pays. Dans ce cas, les producteurs du second pays ne sont pas pénalisés et ceux du premier bénéficient d'une rente de protection plus importante (Freund et Ornelas, 2010).
- 10 Comme on l'a vu dans la section C, Ornelas (2005b ; 2005a) nuance l'argument dans les modèles dans lesquels le tarif extérieur est endogène. La possibilité de conclure des ACPr qui détournent les échanges est plus limitée, mais ne peut être exclue.
- 11 Schiff et Winters (1998) estiment cependant que les ACPr fondés sur de tels facteurs ont des chances d'être provisoires, car les préférences commerciales optimales ont tendance à s'amenuiser avec le temps. Dans leur modèle, la politique commerciale extérieure de l'ACPr devient de plus en plus ouverte au fil du temps.
- 12 On notera que ce résultat est indépendant de l'existence de motifs d'économie politique dans les pays exclus. Si, toutefois, les gouvernements des pays non membres accordent une importance disproportionnée aux bénéfices des producteurs, il y a encore plus de chances qu'ils soient opposés à l'ouverture commerciale globale.
- 13 Étant donné qu'il n'est pas possible de connaître le degré de libéralisation multilatérale sur lequel un pays membre d'un ACPr se serait engagé en l'absence de cet accord, ces études empiriques doivent s'appuyer sur les différences entre les scénarios de libéralisation dans le temps, entre pays ou entre secteurs, ce qui rend plus difficile la mise en évidence de l'effet de causalité de l'ACPr.
- 14 Selon la Banque mondiale (2005), les réductions tarifaires unilatérales ont représenté les deux tiers de la réduction de 21 points de pourcentage des droits pondérés moyens de tous les pays en développement entre 1983 et 2003. Les réductions tarifaires associées aux engagements multilatéraux pris dans le Cycle d'Uruguay représentaient environ 25 pour cent et les accords régionaux en ont représenté environ 10 pour cent.
- 15 Les deux études montrent que la libéralisation dans le cadre du Cycle d'Uruguay a été moindre pour les produits bénéficiant de préférences.
- 16 Cette interprétation est très critiquée par un certain nombre d'analystes (Baldwin, 2009). D'après Baldwin (2009), c'est le changement de position du Canada et du Mexique qui a déclenché l'essor du régionalisme en Amérique du Nord.
- 17 Ce paragraphe et le suivant s'appuient sur OMC (2007).
- 18 Comme cela est expliqué plus loin, le système de cumul paneuropéen a été établi parce que le commerce des produits industriels était quasiment exempté de droits en Europe, mais était soumis à des règles d'origine et de cumul complexes. Le commerce des produits des technologies de l'information était lui aussi pratiquement exempté de droits, mais les multiples arrangements préférentiels nuisaient à l'efficacité, ce qui a poussé les gouvernements à simplifier ces arrangements – d'où l'adoption de l'ATI.
- 19 Cet argument ne concerne pas seulement la libéralisation des services. Il s'applique aussi, par exemple, aux mesures de réduction ou d'élimination des obstacles techniques au commerce (OTC) par l'harmonisation ou la reconnaissance mutuelle des réglementations. Des données empiriques laissent penser que le marché unique de l'UE (fondé en grande partie sur une réglementation non discriminatoire) a élargi l'accès au moins autant pour les entreprises des pays tiers que pour celles des États membres de l'UE (Mayer et Zignago, 2005).
- 20 L'avantage du pionnier est l'avantage durable dont bénéficie le fournisseur qui arrive le premier sur le marché, même si d'autres fournisseurs peuvent y entrer par la suite. Voir Mattoo et Fink (2004) et Manger (2008).
- 21 L'article V:6) de l'AGCS prescrit l'établissement de règles d'origine libérales pour les ACPr auxquels participent des pays développés. Il dispose ce qui suit : « *Un fournisseur de services de tout autre Membre qui est une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie [...] aura droit au traitement accordé en vertu dudit accord, à condition qu'il effectue des opérations commerciales substantielles sur le territoire des parties audit accord.* » L'article V:3 b) dispose que les ACPr auxquels participent seulement des pays en développement peuvent limiter les préférences commerciales aux fournisseurs de services « détenus ou contrôlés par des personnes physiques des parties ». Pourtant, la plupart des

- ACPr entre pays en développement n'ont pas tiré parti de cette option. Parmi les raisons pour lesquelles les pays ont décidé d'inclure des règles d'origine libérales dans l'AGCS et de ne pas faire usage de la clause de traitement spécial et différencié mentionnée ci-dessus, Fink et Jansen (2009) mentionnent: i) le fait que les fournisseurs de services établis sur le territoire d'une partie sont considérés comme faisant partie de l'économie intérieure; ii) le fait que, en présence d'économies en réseau, il est plus efficace pour les fournisseurs de services de desservir simultanément plusieurs marchés, ce qui est facilité par des règles d'origine souples; iii) le fait que la participation à des réseaux de production mondiaux incite à abandonner les normes de services particulières pour accroître la compétitivité des exportateurs et attirer les IED.
- 22 Par exemple, les accords de rapprochement économique entre la Chine et Hong Kong Chine, et entre la Chine et Macao Chine, suivent de très près le libellé de l'article V:6) de l'AGCS. Toutefois, Emch (2006) fait valoir que la nécessité de se conformer simultanément à six prescriptions (nature et portée de l'activité; années d'exercice; paiement des taxes; locaux professionnels; emploi de personnel; exclusion des services intra-groupe) pour satisfaire au critère des «opérations commerciales substantielles» peut signifier, *de facto*, que l'accès n'est accordé qu'à quelques fournisseurs de services, de manière sélective.
 - 23 Il convient de noter que l'article V:6) de l'AGCS ne reconnaît que les intérêts des personnes morales, et non des personnes physiques des pays tiers qui fournissent des services suivant le mode 4 sur le territoire de l'un des pays membres de l'ACPr. Par exemple, un ressortissant japonais diplômé d'une université française et ayant une licence pour exercer en France n'aurait pas droit, s'il voulait travailler en Allemagne, au traitement accordé aux ressortissants de l'UE.
 - 24 Selon la CNUCED (2009), 2 676 accords d'investissement bilatéraux étaient en place à la fin de 2008, 82 ont été signés en 2009 et six dans les cinq premiers mois de 2010 (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, 2010).
 - 25 Dans le contexte de l'investissement, le traitement NPF signifie que tous les investisseurs des pays membres de l'ACPr reçoivent le traitement le plus favorable accordé à tout autre investisseur étranger. Le traitement national signifie que les investisseurs des pays membres de l'ACPr sont traités de la même manière que les investisseurs nationaux.
 - 26 Les accords basés sur l'ALENA accordent le plus avantageux du traitement NPF ou du traitement national. Voir Kotschwar (2009), et l'analyse des dispositions relatives à l'investissement dans la section D.
 - 27 Les accords bilatéraux qui se sont multipliés en Europe au milieu du XIXe siècle jusqu'à la Première Guerre mondiale comportaient de telles clauses de non-discrimination inconditionnelle. Cela a abouti à une libéralisation non discriminatoire multilatérale *de facto* (Lampe, 2009).
 - 28 Il y a cependant un certain nombre de réserves qui limitent le rôle de ces clauses NPF comme facteur de multilatéralisation automatique. Ces réserves sont examinées plus loin dans la section E.2 e).
 - 29 Voir Baldwin *et al.* (2009) pour plus de détails.
 - 30 Les effets sur le commerce du système de cumul paneuropéen sont examinés dans l'encadré C.4 de la section C. Voir l'encadré E.2 pour une analyse des effets de la «multilatéralisation» des règles d'origine sur le système commercial multilatéral.
 - 31 La solution radicale serait d'éliminer les droits NPF sur les produits industriels, ce qui rendrait les règles d'origine inutiles. Mais c'est à l'évidence une mesure politiquement inacceptable.
 - 32 L'article 23:2 du Mémoire d'accord «prohibe certaines actions unilatérales de la part d'un Membre de l'OMC». Plus précisément, en vertu de cet article, «un Membre ne peut pas unilatéralement: i) déterminer qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis, ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée; ii) déterminer la durée du délai raisonnable pour la mise en œuvre; ou iii) décider de suspendre des concessions et en déterminer le niveau». (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension d'obligations*, paragraphe 371).
 - 33 Voir la décision du GATT *États-Unis – Marges de préférence*, *IBDD II/11*.
 - 34 Pour un examen détaillé de la compétence des organes de règlement des différends internationaux et des doctrines en question, voir Shany (2005).
 - 35 C'est le cas, par exemple, lorsque la partie plaignante devant une instance est un gouvernement tandis que la partie plaignante devant l'autre instance est une personne privée.
 - 36 Pour le point de vue opposé, voir Kuijper (2010).
 - 37 Il faut préciser que ce n'est pas l'existence de décisions contradictoires qui a amené l'Organe d'appel à infirmer la conclusion du Groupe spécial de l'OMC.
 - 38 On notera cependant que les effets sur le bien-être de cette discrimination accrue ne sont pas clairs, car il peut y avoir simultanément création d'échanges dans le cadre de l'ACPr et détournement d'échanges au détriment des sources d'importations moins chères des pays non membres.
 - 39 Teh *et al.* (2009) et Prusa et Teh (2010) ont recensé les dispositions antidumping d'environ 80 ACPr couvrant près de la moitié des exportations mondiales. Le recours aux mesures antidumping étant régi par l'Accord antidumping de l'OMC, ils estiment que, si les règles des ACPr ont un effet, elles serviront à rendre plus difficile l'application de droits antidumping aux membres des ACPr. Cela peut prendre diverses formes. Certains ACPr relèvent le seuil requis pour appliquer des droits antidumping ou, si un tel droit est appliqué, ils le ramènent à un niveau inférieur à la marge de dumping ou ils en raccourcissent la durée d'application. D'autres ACPr confient à des organismes régionaux la conduite des enquêtes et/ou l'examen des déterminations finales des autorités nationales.
 - 40 Pour expliquer la méthode, imaginons que l'on observe l'activité antidumping à l'encontre de deux groupes de pays (membres et non membres d'un ACPr) pour deux périodes distinctes (avant et après l'établissement de l'ACPr). Les pays membres de l'ACPr font l'objet de quelques règles antidumping supplémentaires qui peuvent affecter l'activité antidumping après l'établissement de l'ACPr, mais pas avant. Les pays non membres ne font pas l'objet de telles règles dans aucune des deux périodes. De ce fait, toute différence observée dans l'activité antidumping entre les deux groupes de pays peut être imputée aux règles antidumping.
 - 41 L'analyse suit ici de près Prusa et Teh (2010).
 - 42 Les ACPr qui excluent les parties de l'application des mesures globales sont les suivants: Australie-Thaïlande, Australie-États-Unis, Canada-Chili, Canada-Israël, UE-Chili, Groupe des Trois, Mexique-Chili, Mexique-Israël, Mexique-Nicaragua, Mexique-Triangle Nord, Mexique-Uruguay, ALENA, États-Unis-ZLEAC-RD, États-Unis-Jordanie et États-Unis-Singapour.
 - 43 La plupart des ACPr précisent ce que signifient les expressions «part substantielle des importations totales» et «contribuent de manière importante au dommage grave». Dans certains ACPr, l'expression «ne représentent pas une part substantielle des importations totales» signifie que le partenaire n'a pas figuré parmi les cinq principaux fournisseurs au cours des trois dernières années. L'expression «ne contribuent pas de manière importante au dommage grave ou à la menace de dommage grave» signifie que le taux de croissance des importations en provenance du partenaire est sensiblement inférieur au taux de croissance des importations totales de toutes provenances.
 - 44 Dans l'affaire *Argentine – Chaussures*, l'Argentine a inclus les importations en provenance du MERCOSUR dans l'analyse des facteurs contribuant au dommage causé à sa branche de production nationale, mais elle a exclu les pays du MERCOSUR de l'application de la mesure de sauvegarde. Dans l'affaire *États-Unis – Gluten de froment*, les États-Unis ont exclu le

- Canada de l'application de la mesure de sauvegarde, bien qu'ils aient tenu compte des importations de gluten en provenance de ce pays dans leur enquête. Dans l'affaire *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, les États-Unis ont exclu de l'application de la mesure de sauvegarde les importations en provenance de leurs partenaires de l'ALENA, mais en ont tenu compte dans l'analyse des facteurs contribuant au dommage. Et dans l'affaire *États-Unis – Acier*, ils ont inclus toutes les sources d'importations dans leur analyse de l'accroissement des importations, du dommage grave et du lien de causalité, mais ils ont exclu leurs partenaires de l'ALENA, Israël et la Jordanie de l'application de la mesure de sauvegarde.
- 45 Bien que le terme parallélisme ne figure pas dans le texte de l'Accord sur les sauvegardes, l'Organe d'appel a considéré que cette exigence découlait du libellé des deux premiers paragraphes de l'article 2 de l'Accord sur les sauvegardes. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier*, paragraphe 439.
- 46 Pour une critique de l'application de ce principe par l'Organe d'appel, voir Pauwelyn (2004).
- 47 Ce point a été abordé dans l'affaire *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation* (entre les États-Unis et la République de Corée). Dans cette affaire, les États-Unis ont fait valoir que l'article XXIV du GATT leur permettait de ne pas appliquer la mesure de sauvegarde à leurs partenaires de l'ALENA. Le Groupe spécial a admis l'argument des États-Unis selon lequel la non-application de la mesure de sauvegarde à leurs partenaires faisait partie de l'élimination des réglementations commerciales restrictives pour « l'essentiel des échanges commerciaux » entre les membres d'une zone de libre-échange, prescrite par l'article XXIV du GATT. La République de Corée a ensuite fait appel de la décision du Groupe spécial. L'Organe d'appel a déclaré que la décision du Groupe spécial concernant l'article XXIV était discutable et n'avait pas d'effet juridique. La question de savoir si l'article XXIV du GATT de 1994 permet d'exempter de l'application d'une mesure de sauvegarde les importations en provenance d'un pays partenaires au sein d'un ACP n'est pertinente que dans deux cas. Premièrement, dans le cas où les importations en provenance des membres d'un ACP n'ont pas été prises en compte dans l'enquête en matière de sauvegardes. Et deuxièmement, dans le cas où les importations en provenance des membres d'un ACP ont été prises en compte dans l'enquête, mais il a été expressément établi que les importations en provenance de sources extérieures à la zone de libre-échange justifiaient à elles seules l'application d'une mesure de sauvegarde. Comme aucune de ces deux conditions n'étaient remplies dans l'affaire *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, la question n'était pas pertinente. L'Organe d'appel a pris soin cependant de souligner que, en prenant cette décision il ne statuait pas sur la question de savoir si l'article XXIV du GATT de 1994 permet d'exempter d'une mesure de sauvegarde les importations en provenance d'un membre d'une zone de libre-échange. Cette décision laisse donc entièrement ouverte la question d'un recours à l'article XXIV du GATT.
- 48 Toutefois, Baldwin *et al.* (2009), font valoir que le dégroupage de la production peut réduire l'opposition politique aux dispositions profondes non discriminatoires. Voir la section E.2 e).
- 49 Deux modifications mineures ont été apportées à l'article XXIV du GATT en 1955-1957. L'expression « territoires constitutifs » a été remplacée par « parties » et le mot « inclus » par « prévu » (Jackson, 1969).
- 50 Certaines mesures liées à la constitution de la CEE ou à son élargissement ont été contestées dans le cadre du système de règlement des différends du GATT. (Voir, par exemple, l'action des États-Unis au titre de l'article XXIII (guerre du poulet) et les préférences de la CEE concernant les agrumes (et les accords d'association)). En même temps, comme le souligne Hudec (1990), la création de la CEE a signifié que les différends entre ses membres ne seraient plus soumis au GATT. Hudec note aussi que, pendant un certain temps, la CEE a hésité à soulever des différends contre d'autres parties contractantes, craignant que cela les incite à contester ses mesures.
- 51 Hudec (1971) estime que l'article XXIV n'a sans doute pas été rédigé en pensant aux pays en développement. Selon lui, bien que le GATT reconnaisse le droit d'ériger des obstacles au commerce aux fins du développement industriel, c'est-à-dire pour promouvoir les industries naissantes, les dispositions de l'article XXIV peuvent limiter cette possibilité puisqu'elles demandent l'élimination des obstacles internes et le maintien du *statu quo ante* pour les obstacles externes.
- 52 Pour l'historique de cette disposition, voir *Questions systémiques en rapport avec l'expression « l'essentiel des échanges commerciaux »*, Note d'information du Secrétariat (Révision), WT/REG/W/21/Rev.1, 5 février 1998. L'Accord sur les ADPIC ne comporte par contre aucune disposition relative aux accords commerciaux préférentiels.
- 53 Le 14 décembre 2010, le Conseil général a adopté une Décision relative à un mécanisme pour la transparence des arrangements commerciaux préférentiels (WT/L/806), qui a été rédigée conformément au mandat qu'il avait donné en 2006 au Comité du commerce et du développement. Ce mécanisme couvre : les ACP relevant du paragraphe 2 de la Clause d'habilitation, à l'exception des accords commerciaux régionaux visés au paragraphe 2 c) ; les ACP prenant la forme d'un traitement préférentiel accordé par un Membre aux produits des pays les moins avancés et tout autre traitement préférentiel non réciproque autorisé dans le cadre de l'Accord sur l'OMC. Le paragraphe 2 c) de la Clause d'habilitation fait référence 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 et, conformément aux critères ou aux conditions qui pourraient être prescrits par les PARTIES CONTRACTANTES, en vue de la réduction ou de l'élimination, sur une base mutuelle, de mesures non tarifaires, frappant des produits que ces parties contractantes importent en provenance les unes des autres ».
- 54 Les accords notifiés au titre de l'article XXIV du GATT et de l'article V de l'AGCS sont examinés par le CACR tandis que les accords notifiés au titre de la Clause d'habilitation sont examinés par le Comité du commerce et du développement.
- 55 À la demande du Groupe de négociation sur les règles, le Secrétariat de l'OMC a établi un inventaire des questions relatives aux ACP soulevées jusqu'en 2002 dans le cadre des travaux du Comité des accords commerciaux régionaux et des débats d'autres organes de l'OMC (voir *Inventaire des questions relatives aux accords commerciaux régionaux*, Note d'information du Secrétariat, TN/RL/W/8/Rev.1, 1^{er} août 2002).
- 56 Ces chiffres correspondent aux notifications de nouveaux ACR et d'accessions à des ACR existants.
- 57 Quatre-vingt-huit ACR ont été examinés par le Comité des accords commerciaux régionaux et quatre par le Comité du commerce et du développement.
- 58 On considère aussi que le multilatéralisme est supérieur au régionalisme parce que les grands pays peuvent se comporter de manière plus hégémonique lorsqu'ils négocient bilatéralement avec des pays plus petits.
- 59 Voir aussi Davey (2011).
- 60 Brown et Stern (2011) ont un raisonnement analogue.
- 61 La théorie classique des accords commerciaux met l'accent sur les effets sur les termes de l'échange. D'après la théorie des termes de l'échange, la motivation d'un pays pour adhérer à des accords commerciaux dépend de l'influence qu'il peut exercer sur le prix de ses importations à travers sa politique commerciale. Si deux grands pays participent à un accord commercial pour échapper au dilemme du prisonnier, cet accord devra être multilatéral plutôt que préférentiel. Cela tient à ce que, s'ils n'étaient le bénéficiaire de leur accord bilatéral à un pays tiers par une forme de traitement NPF, l'un ou l'autre pourra pratiquer un « opportunisme bilatéral » en concluant un accord avec un pays tiers qui exclut l'autre grand pays partenaire (OMC, 2007).
- 62 La section C présente le théorème de la décentralisation de Oates, qui constitue le fondement économique du principe de subsidiarité.

- 63 Voir l'analyse des engagements relatifs aux OTC dans les ACP dans Baldwin *et al.* (2009).
- 64 Voir Davey (2011), de même que la synthèse du débat figurant dans le *Rapport sur le commerce mondial* de l'OMC (2007) et Marceau et Reiman (2001).
- 65 La définition de l'expression « autres réglementations commerciales » et la prescription selon laquelle les ACR ne doivent pas avoir pour effet d'opposer des obstacles plus élevés aux pays tiers ont fait l'objet d'intenses débats.
- 66 Les questions de procédure concernant à l'administration des dispositions de la Clause d'habilitation relatives aux ACP ont été examinées dans le cadre du Mécanisme pour la transparence des accords commerciaux régionaux.
- 67 On notera qu'en décembre 2010, le Conseil général de l'OMC a adopté un Mécanisme pour la transparence des arrangements commerciaux préférentiels (document WT/L/806), qui en étend aux préférences non réciproques l'application du Mécanisme pour la transparence des ACR.
- 68 Evenett (2009) souligne que, dans la décision du Conseil général de l'OMC établissant le Mécanisme pour la transparence provisoire (WT/L/671), il est question, en anglais, de « consideration » et non de « examining » ou « evaluation », ce qui semble indiquer, selon lui, que l'ensemble des Membres de l'OMC ne souhaitent pas que ce nouveau mécanisme soit réellement efficace.
- 69 On notera que certaines questions, comme celles qui ont trait à la cohérence interne des dispositions de l'OMC s'appliquant aux ACP, sont à la fois des questions de procédure et de fond ou des questions juridiques.
- 70 Voir Davey (2011). Il semble que ces questions n'ont pas reçu beaucoup d'attention au cours des dernières années, mais une nouvelle proposition a été présentée et les discussions ont repris. Il reste à voir si elles porteront sur le fond.
- 71 Voir le résumé des discussions établi par le Secrétariat de l'OMC (TN/RL/W/8/Rev.1).
- 72 Pour une analyse économique plus détaillée des propositions, voir le *Rapport sur le commerce mondial 2007* (OMC, 2007).
- 73 Voir Marceau (2007).
- 74 Pour la multilatéralisation des règles d'origine, voir aussi l'encadré E.2.
- 75 La notion de « meilleures pratiques » a aussi été définie comme une règle permettant la convergence vers un critère multilatéral. Pour une approche possible, voir Plummer (2006).