

E. La coopération internationale dans le domaine des mesures non tarifaires dans le contexte de la mondialisation

Cette section se concentre sur la coopération internationale dans le domaine des mesures non tarifaires (MNT) et des mesures relatives aux services. Elle examine d'abord la justification économique de cette coopération dans le contexte des accords commerciaux. Puis elle analyse la pratique de la coopération dans le domaine des obstacles techniques au commerce (OTC), des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et de la réglementation intérieure relative aux services. La troisième partie traite de l'analyse juridique du traitement des MNT dans le système du GATT de l'OMC et de l'interprétation des règles donnée dans des différends commerciaux internationaux récents. La section s'achève par un examen des défis de l'adaptation de l'OMC à un monde où les MNT sont une préoccupation croissante.

Sommaire

1	La réglementation des MNT dans les accords commerciaux	162
2	Coopération dans des domaines spécifiques : mesures OTC/SPS et mesures relatives aux services	176
3	Disciplines du GATT/de l'OMC relatives aux MNT telles qu'elles ont été interprétées dans le cadre du règlement des différends	187
4	Adapter l'OMC à un monde allant au-delà des droits de douane	203
5	Conclusions	216

Faits saillants et principales constatations

- Les règles de l'OMC aident les pays à faire face au problème de la substitution des droits de douane par des mesures non tarifaires, mais la nature changeante du commerce crée de nouvelles complexités qui appellent des formes d'intégration institutionnelle plus profondes.
- Les pays coopèrent dans les domaines des mesures OTC/SPS et de la réglementation intérieure relative aux services pour résoudre les problèmes d'information et pour compléter les engagements en matière d'accès aux marchés.
- La distinction entre les MNT légitimes et les mesures à visée protectionniste est la question centrale dans le règlement des différends soumis au GATT/à l'OMC relatifs à des MNT et dans l'établissement de nouvelles disciplines sur la réglementation intérieure dans le domaine des services.
- La tension entre l'analyse économique et la pratique juridique peut éclairer les efforts futurs pour traiter la question des MNT dans le système de l'OMC, dans un environnement commercial en évolution.

Cette section commence par un examen des raisons économiques de la coopération internationale dans le domaine des mesures non tarifaires dans le contexte des accords commerciaux. Cette approche théorique sert de cadre à une réflexion sur la conception efficiente des règles relatives aux MNT dans le contexte d'un accord commercial et sur la manière dont ces règles peuvent être influencées par certains facteurs, comme le développement des chaînes de production mondiales et le caractère opaque de diverses MNT. La deuxième partie examine comment la coopération sur les MNT s'est déroulée dans le système commercial multilatéral et au sein d'autres instances et institutions internationales. L'analyse met en particulier l'accent sur les obstacles techniques au commerce (OTC), sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS, relatives à la sécurité sanitaire des produits alimentaires, la santé des animaux et la préservation des végétaux) et sur la réglementation des services et souligne les similitudes et les particularités des problèmes sous-jacents et des modalités de la coopération.

La troisième partie de la section traite de l'analyse juridique du traitement des mesures non tarifaires dans le système du GATT/de l'OMC et de l'interprétation des règles donnée dans des différends commerciaux internationaux récents. Elle accorde une attention particulière à la manière dont les accords et le système de règlement des différends ont traité la distinction entre les MNT légitimes et les MNT protectionnistes. La section s'achève par un examen des défis de l'adaptation de l'OMC à un monde où les mesures non tarifaires sont une préoccupation croissante. Elle rassemble les principaux enseignements qui se dégagent de l'analyse effectuée dans les sections précédentes sur la théorie, les faits et la pratique évolutive des MNT, et formule quelques observations de politique générale.

1. La réglementation des MNT dans les accords commerciaux

Pourquoi les pays coopèrent-ils dans le domaine du commerce? Pourquoi une coopération est-elle nécessaire dans le domaine des mesures non tarifaires? Comment les MNT devraient-elles être réglementées dans un accord commercial? Cette partie fournit un cadre théorique pour l'examen de la coopération internationale dans le domaine des MNT. La partie suivante met plus particulièrement l'accent sur trois catégories de mesures : les OTC, les mesures SPS, et les mesures relatives aux services, notamment la réglementation intérieure.

La section E.1 examine d'abord les deux principales théories des accords commerciaux : la théorie des termes de l'échange et la théorie de l'engagement (voir ci-après). Ces théories expliquent la raison d'être de la coopération commerciale et offrent un cadre pour analyser le rôle et la conception des règles relatives aux MNT dans un accord commercial comme les Accords de l'OMC.

Comme cela est expliqué plus loin, la théorie des termes de l'échange produit un résultat simple et solide. Si les gouvernements définissent leurs politiques pour atteindre leurs objectifs de la manière la plus efficiente possible, ils ne choisissent pas d'appliquer des mesures non tarifaires pour fausser les échanges internationaux à leur avantage. Les droits de douane sont le seul instrument disponible. Dans ce cadre théorique de base, les gouvernements établissent des

MNT pour répondre à des préoccupations légitimes de politique publique, et les règles régissant les MNT dans un accord commercial doivent seulement résoudre le problème de la possible « substitution de mesures » entre les droits de douane et les mesures non tarifaires (voir la section B). L'efficience peut être obtenue avec un ensemble de règles simple, comme le traitement national et la non-violation (voir la section E.1 (b) ci-après). Cet ensemble de règles laisse une grande autonomie aux autorités nationales pour établir des MNT (intégration « superficielle »).

Bien que certaines caractéristiques des accords commerciaux correspondent à la prédiction de base de la théorie des termes de l'échange, dans la pratique, la coopération sur les mesures non tarifaires dans le cadre de l'OMC et d'autres arrangements (en particulier les accords commerciaux préférentiels) va au-delà de l'intégration « superficielle » et englobe des formes d'intégration « profondes ». Cela donne à penser que les gouvernements peuvent tenter de régler des problèmes au-delà de la substitution entre les droits de douane et les MNT. Quels sont ces problèmes ?

La section E.1 examine certaines des justifications supplémentaires de la coopération en matière de mesures non tarifaires. La théorie fondée sur l'engagement peut fournir une première explication. Elle permet de montrer que certaines caractéristiques des règles de l'OMC relatives aux MNT peuvent être justifiées lorsqu'un gouvernement souffre d'un problème de crédibilité au plan national, notamment auprès de groupes d'intérêts spéciaux. À cela s'ajoute le fait que la nature changeante du commerce international et la tendance croissante à la délocalisation créent de nouvelles externalités politiques qui peuvent aussi conduire à des formes d'intégration institutionnelle plus profondes allant au-delà des simples règles de préservation des marchés. Enfin, la coopération en matière de MNT dans le cadre des accords commerciaux peut être motivée par d'autres complexités qui ne sont pas appréhendées par le modèle de base mais qui peuvent être pertinentes dans la pratique. Tout d'abord, plusieurs MNT sont très opaques, ce qui donne à penser que les pays membres doivent coopérer pour déterminer ce qui constitue une utilisation légitime et efficiente des MNT. En outre, les acteurs du marché, plutôt que les gouvernements, peuvent établir des MNT *de facto* en adoptant des normes privées facultatives.

Enfin, l'analyse porte sur la conception efficiente d'un accord commercial visant les mesures non tarifaires. Plus précisément, en se fondant sur l'approche des termes de l'échange, la dernière sous-section évalue l'efficience de certains principes du GATT/de l'OMC. Cette analyse est nécessairement spéculative, mais elle peut être utile pour éclairer la discussion sur les forces et les faiblesses institutionnelles. La section s'achève par un examen des arbitrages qu'impliquent les différentes formes d'intégration profonde, comme l'harmonisation des normes.

(a) Pourquoi les pays coopèrent-ils dans le domaine des MNT ?

La littérature économique récente a développé deux grandes théories concernant les accords commerciaux : la théorie des termes de l'échange et la théorie de l'engagement. L'analyse qui suit examine ce que chaque

théorie dit du traitement des mesures non tarifaires dans les accords commerciaux. Les deux théories font valoir que les gouvernements négocient des traités internationaux pour remédier à certaines externalités internationales et nationales associées à la politique commerciale; ces effets ont aussi été évoqués dans la section B. Les deux théories ont été élaborées principalement pour expliquer l'utilisation des droits de douane, mais des motifs analogues peuvent s'appliquer à la coopération concernant l'utilisation des MNT.

L'approche des termes de l'échange et l'approche de l'engagement ne donnent pas d'explication satisfaisante de la justification économique des accords sur le commerce des services. Bien que certains des concepts de ces théories soient utiles pour expliquer certaines caractéristiques de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), les économistes reconnaissent qu'il existe des différences importantes entre le commerce des marchandises et le commerce des services. L'encadré E.1 donne une idée du débat actuel sur la coopération internationale dans le domaine du commerce des services.

(i) *L'approche des termes de l'échange*

D'après la théorie des termes de l'échange (ou théorie classique), les gouvernements considèrent les accords commerciaux comme un moyen d'échapper au dilemme du prisonnier induit par les termes de l'échange (Bagwell et Staiger, 1999, 2002), c'est-à-dire une situation non coopérative en matière de politique commerciale internationale. Le « problème » qui se pose en l'absence d'accord commercial peut être formulé de la manière suivante.

Lorsqu'un gouvernement choisit unilatéralement le niveau d'un droit de douane ou une mesure non tarifaire qui remplace un droit de douane, il ne tient pas compte des conséquences de sa décision pour le bien-être des exportateurs étrangers. La section B décrit comment l'incitation à utiliser la politique commerciale de manière à favoriser les producteurs nationaux aux dépens des exportateurs étrangers amène les gouvernements à imposer de fortes restrictions au commerce qui modifient les termes de l'échange (c'est-à-dire le prix des exportations par rapport au prix des importations) au profit de l'économie nationale. Toutefois, comme cette logique s'applique à tous les pays et que chacun cherche à relever ses droits de douane, le résultat – appelé équilibre de Nash – est que les termes de l'échange restent inchangés globalement, mais le volume des échanges est à un niveau bas et inefficace. C'est le fameux dilemme du prisonnier.

D'après la théorie des termes de l'échange, le but d'un accord commercial est de permettre aux exportateurs étrangers de faire entendre leur « voix » dans les choix tarifaires de leurs partenaires commerciaux, de sorte que, par la négociation, ils les rendent attentifs aux coûts que les restrictions commerciales imposent aux exportateurs étrangers. Ainsi, un accord commercial fondé sur la réciprocité et la non-discrimination (clause de la nation la plus favorisée ou NPF) conduit naturellement à l'abaissement des droits de douane et à l'élargissement de l'accès aux marchés à des niveaux internationalement efficaces.

Un gouvernement peut utiliser une mesure non tarifaire à la place d'un droit de douane pour modifier l'accès des

partenaires commerciaux à son marché et manipuler ainsi les termes de l'échange (voir la section B). Cela indique que les principales caractéristiques de la conception des accords tarifaires, à savoir la réciprocité et le traitement NPF, peuvent faciliter la coopération dans le domaine des MNT. Toutefois, même dans un environnement politique complexe, il n'est pas nécessaire que les gouvernements négocient directement le niveau de leurs MNT. Selon l'approche classique, l'objectif principal d'un accord commercial est plutôt d'accroître le volume des échanges sans introduire de distorsions dans le choix unilatéral des MNT – telles que la réglementation intérieure et les mesures fiscales – du fait des contraintes négociées en matière de droits de douane (Bagwell et Staiger, 2001 ; Staiger et Sykes, 2011). On peut dire intuitivement qu'un droit de douane est l'instrument optimal de premier rang pour manipuler les termes de l'échange: si un gouvernement dispose à la fois des droits de douane et des MNT, il n'a aucune raison de recourir à ces dernières pour restreindre les échanges (Staiger, 2012).

La théorie des accords commerciaux fondée sur les termes de l'échange étaye solidement l'idée qu'une intégration « superficielle » est le moyen le plus direct de résoudre les inefficiences politiques qui se manifesteraient en l'absence d'accord commercial. Des négociations portant uniquement sur les droits de douane, couplées à un ensemble de règles visant à résoudre le problème de la substitution entre les droits de douane et les mesures non tarifaires (par exemple, une « règle de préservation de l'accès aux marchés ») peuvent amener les gouvernements à un plus haut niveau d'efficacité (la frontière de l'efficacité). Au niveau théorique, cela concorde avec l'approche des MNT intérieures dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), selon laquelle les négociations sont axées sur les réductions tarifaires comme moyen d'élargir l'accès aux marchés. Selon cette approche, diverses dispositions du GATT ont pour but de protéger la valeur des engagements négociés en matière d'accès aux marchés contre une érosion par des MNT. En outre, les Membres de l'OMC sont tenus de renoncer à l'utilisation des contingents et autres restrictions quantitatives en faveur des droits de douane. Cette solution institutionnelle leur permet de trouver la combinaison efficace de la politique commerciale et des MNT intérieures, même quand les gouvernements sont tentés de recourir à ces mesures pour limiter l'accès aux marchés accordé à leurs partenaires commerciaux par le biais des réductions tarifaires (Bagwell et Staiger, 2001).

Malgré ce résultat important, deux questions connexes se posent. Y a-t-il des aspects du traitement des mesures non tarifaires dans les accords commerciaux que la théorie de base des termes de l'échange ne peut pas expliquer? Pourquoi arrive-t-il souvent que les gouvernements coopèrent spécifiquement sur les MNT dans le cadre des accords commerciaux? Ces questions sont abordées en deux temps. Premièrement, nous présentons une autre justification des accords commerciaux, fondée sur l'engagement, et nous montrons que le traitement des MNT dans les traités répond peut-être à la nécessité d'« acheter » des engagements crédibles en faveur de politiques efficaces. Dans la sous-section suivante, nous examinons les préoccupations concernant la coopération en matière de MNT que n'appréhende pas la théorie des termes de l'échange examinée plus haut.

Encadré E.1 : Théories économiques de l'AGCS

En général, l'analyse économique de l'AGCS met l'accent sur les avantages économiques des marchés de services efficaces et libéralisés, ou bien elle utilise les théories concernant le commerce des marchandises pour étudier la logique de l'ouverture du commerce des services. Ces approches ont permis de mieux comprendre le rôle du commerce des services dans l'économie et de saisir le parallèle entre le commerce des marchandises et le commerce des services, mais aucune d'elles n'aborde directement la question de la coopération internationale dans le domaine des services.

Cet encadré expose d'abord les raisons pour lesquelles les modèles présentés dans la section E.1 ne fournissent pas d'explication satisfaisante de cette coopération et il résume deux approches permettant d'expliquer la coopération internationale dans le domaine des services. La première fait valoir que les engagements en matière de services inscrits dans les accords commerciaux internationaux fournissent un instrument crédible pour ancrer les réformes unilatérales et limiter la substitution de mesures. La seconde voit l'ouverture du commerce des services comme une réaction des gouvernements à l'évolution de la nature de la production due aux chaînes d'approvisionnement internationales.

La principale raison de l'application au commerce des services des théories de la coopération commerciale élaborées pour le commerce des marchandises est la reconnaissance du fait que les décideurs peuvent être exposés aux mêmes problèmes d'incitation dans les deux secteurs. En particulier, la théorie des termes de l'échange internationaux et la théorie de l'engagement interne peuvent s'appliquer aux mesures visant les services (Copeland et Mattoo, 2008). Toutefois, compte tenu des caractéristiques distinctives des services, il se peut que les théories utilisées pour expliquer le GATT ne soient pas suffisantes pour expliquer la coopération dans le cadre de l'AGCS. Par exemple, l'un des principaux modes de fourniture de services est l'établissement local ou l'investissement étranger direct. Cela limite l'incitation à manipuler les termes de l'échange, car l'intégration verticale permet aux entreprises internationales d'internaliser en partie les coûts étrangers de la politique commerciale (Blanchard, 2007). En outre, selon Marchetti et Mavroidis (2011), l'AGCS est flexible au point qu'il est difficile d'expliquer l'existence de l'accord de manière convaincante par la théorie de l'engagement.

Copeland et Mattoo (2008) signalent que l'application de la théorie des termes de l'échange et de la théorie de l'engagement aux accords sur le commerce des services se heurte à un autre problème. Les services jouent un rôle important dans l'économie en contribuant aux résultats d'autres secteurs. Par exemple, un secteur financier qui fonctionne bien transforme l'épargne en investissement et peut assurer une affectation plus rentable du capital. Les services de transport réduisent les frictions dans les échanges, facilitant ainsi le commerce intérieur et le commerce international. Enfin, les technologies des communications facilitent les transactions mais elles peuvent aussi permettre la diffusion des connaissances et la création de savoir (Copeland et Mattoo, 2008). Ces gains d'efficacité potentiels devraient inciter les gouvernements à opérer une ouverture unilatérale des marchés de services, sans qu'une coopération internationale ou un accord sur les services soit nécessaire.

Outre les incitations unilatérales à ouvrir les marchés de services, les évolutions technologiques ont entraîné une expansion du commerce des services qui amène les gouvernements à rechercher des engagements multilatéraux. Selon Marchetti et Mavroidis (2011), certains pays se sont inquiétés du fait que, malgré l'ouverture des marchés de services au cours des années 1980, des obstacles se profilaient à l'horizon. Ils craignaient en effet que, comme le commerce des services était favorisé par les progrès technologiques, les gouvernements soient tentés de remplacer les obstacles technologiques disparus par de nouveaux obstacles au commerce des services, pratiquant une substitution de mesures analogue à celle qui a été analysée dans le cas des marchandises. Le risque de substitution a amené ces pays à préconiser l'établissement d'un mécanisme, tel que l'AGCS, et pour ouvrir le commerce international des services.

Par ailleurs, Hoekman et Kostecki (2001) font valoir que, du fait de la fragmentation de la production, les entreprises ont demandé un plus large accès à des services efficaces, ce qui a encouragé les gouvernements à inscrire l'ouverture du commerce des services à l'ordre du jour. De même, Deardorff (2001) constate que, comme les services jouent un rôle important dans la facilitation de la production internationale, l'ouverture du commerce des services augmente les retombées positives de l'ouverture du commerce des marchandises. Étant donné que les chaînes de production mondiales jouent un rôle important dans le commerce international, l'adoption de mesures protectionnistes en matière de services et d'investissement peut finir par restreindre le commerce des marchandises. Les travaux récents sur les effets de la production internationale (dont il est question dans la section E.1 (b)) peuvent donc apporter un éclairage utile.

En bref, les théories économiques actuelles de l'AGCS ne donnent qu'une idée partielle du monde complexe des négociations sur les services, ce qui contraste quelque peu avec le cadre plus élaboré que les économistes utilisent pour analyser la coopération internationale dans le domaine du commerce des marchandises. La poursuite de la recherche économique dans ce domaine serait d'une grande utilité.

(ii) L'approche de l'engagement

Jusqu'ici, nous avons décrit une théorie des accords commerciaux qui met l'accent sur le contrôle des politiques de chacun pour soi conduisant à la manipulation des termes de l'échange. Une théorie distincte mais peut-être complémentaire postule que les accords commerciaux ont pour but de lier les mains des gouvernements membres, offrant ainsi un mécanisme d'engagement externe. Les gouvernements peuvent tirer avantage d'un accord qui facilite leur engagement en faveur d'une politique d'ouverture commerciale, car les droits de douane profitent au secteur protégé, mais créent des distorsions qui réduisent le bien-être global (voir Maggi et Rodríguez-Clare, 1998, 2007; Matsuyama, 1990; Staiger et Tabellini, 1987).¹

La plupart des études qui ont adopté l'approche des accords commerciaux fondée sur l'engagement se sont concentrées uniquement sur les droits de douane, et les implications de cette approche pour le traitement des mesures non tarifaires dans les accords commerciaux sont moins bien comprises que celles de la théorie des termes de l'échange. Cependant, deux articles récents utilisent l'approche de l'engagement pour mettre en lumière certaines caractéristiques du traitement des MNT dans le système GATT/OMC qui ne peuvent être appréhendées par l'approche des termes de l'échange. Brou et Ruta (2009) montrent qu'un accord qui limite les droits de douane mais n'impose aucune contrainte concernant les MNT, telles que les subventions intérieures, ou qui permet leur manipulation, ne constitue pas un mécanisme d'engagement efficace. Il permettrait simplement aux responsables politiques de faire un usage plus intensif des MNT une fois que les consolidations tarifaires (c'est-à-dire les taux plafonds) auraient été négociées (exemple clair de la substitution de mesures). Pour les gouvernements, un accord imposant des règles concernant les MNT est préférable dans ce contexte, car seul un accord commercial plus complet peut être garant de la crédibilité des politiques. Cette approche donne donc une indication des politiques requises pour traiter des MNT intérieures, comme les subventions ou la réglementation intérieure dans le système de l'OMC.

Dans un environnement de modélisation analogue, Potipiti (2006) propose une explication du traitement différent des droits de douane et des subventions à l'exportation dans le cadre de l'OMC. Les droits de douane comme les subventions à l'exportation peuvent fausser l'affectation de l'investissement, ce qui entraîne une perte de bien-être social. En revanche, le gouvernement peut tirer profit des contributions des groupes d'intérêts des secteurs importateur et exportateur protégés. Les règles que le décideur choisira d'insérer dans un traité commercial reflètent cet arbitrage. Potipiti (2006) montre que, si le secteur importateur et le secteur exportateur ont des perspectives de croissance différentes, le gouvernement jugera efficace de s'engager à appliquer des règles différentes concernant la politique d'exportation et la politique d'importation. Plus précisément, si le secteur exportateur a de meilleures perspectives de croissance que le secteur importateur, les contributions des groupes d'intérêts représentant les exportateurs sont moins intéressantes et elles augmentent le coût social de la subvention à l'exportation. De ce fait, les règles de l'OMC

qui interdisent les subventions à l'exportation mais qui limitent seulement l'utilisation des droits de douane sont difficiles à expliquer par l'approche des termes de l'échange, mais elles peuvent être comprises à l'aide de la théorie de l'engagement.

(b) Pourquoi les pays coopèrent-ils dans le domaine des MNT ?
Au-delà de la substitution des mesures

La section précédente a souligné les similitudes entre les droits de douane et les mesures non tarifaires et a montré que les gouvernements peuvent utiliser les MNT à la place des droits de douane. C'est une première justification de la réglementation des mesures non tarifaires dans les accords commerciaux. Cependant, le remplacement des droits de douane par des MNT n'est pas le seul problème auquel la réglementation des MNT dans les accords commerciaux tente de remédier. Cette section se concentre sur les autres problèmes.

Les mesures non tarifaires diffèrent des droits de douane à plusieurs égards; ces différences, et la nature changeante du commerce international, peuvent être des raisons supplémentaires de coopérer dans le domaine des mesures non tarifaires dans le cadre des accords commerciaux. Les MNT répondent souvent à des préoccupations de politique publique vitales au niveau national ou international. Elles peuvent viser plus à protéger les intérêts généraux des consommateurs qu'à répondre aux préoccupations étroites des producteurs. La préservation des végétaux, la protection de la santé des personnes et des animaux, la sécurité sanitaire des aliments, la protection de l'environnement et l'établissement des normes nécessaires pour assurer un échange équitable sont des objectifs de politique publique. Bien qu'ils soient largement partagés par les Membres de l'OMC, ces objectifs correspondent souvent à un large éventail de préférences en termes de politiques. En outre, les mesures non tarifaires et les droits de douane diffèrent par leur longévité. Les MNT sont susceptibles de changer, car les besoins en matière de réglementation varient avec l'évolution de l'environnement économique et social. Quel est le rôle de l'OMC dans ce contexte ?

Cette section présente deux séries de raisons pour lesquelles le système commercial doit comporter des disciplines concernant les mesures non tarifaires, au-delà des disciplines nécessaires pour empêcher la substitution des droits de douane et des MNT (la section suivante donne des exemples précis basés sur les mesures OTC/SPS et les mesures relatives aux services).

La première explication met l'accent sur les différences entre les droits de douane et les mesures non tarifaires pour justifier la réglementation des MNT. De ce point de vue, trois autres problèmes plaident en faveur de la réglementation des MNT. Le premier est l'opacité de certaines mesures (en termes d'intention et d'effet). Le deuxième est que les MNT et les droits de douane affectent la concurrence de différentes manières, une réglementation sur les MNT pouvant augmenter les coûts fixes et décourager ainsi l'entrée sur le marché. Enfin, les MNT ne sont pas toutes imposées par les gouvernements et peuvent prendre la forme de normes privées.

La deuxième explication concerne la nature changeante du commerce international. L'essor des chaînes de production mondiales peut donner lieu à de nouvelles formes d'externalités politiques justifiant une coopération directe dans le domaine des mesures non tarifaires. Le traitement des MNT dépend aussi de la question de savoir si le problème que l'accord cherche à résoudre est celui du remplacement des droits de douane par des MNT ou les dimensions additionnelles de la coopération. Cette question est analysée dans la section E.1 (c).

(i) *Opacité des instruments*

Les sections B et C illustrent la progression de l'utilisation des mesures non tarifaires. Face aux préoccupations croissantes concernant la sécurité sanitaire des aliments, la stabilité financière et l'environnement, les gouvernements utilisent davantage les MNT pour atteindre des objectifs de politique intérieure. Le recours accru à ces mesures, conjugué à la complexité et l'opacité de certaines d'entre elles, pose trois nouveaux problèmes interdépendants aux autorités nationales de réglementation et aux négociateurs commerciaux internationaux. Premièrement, il peut y avoir une incertitude sur ce qui est le niveau efficient d'une mesure non tarifaire. Deuxièmement, la coopération dans ce domaine peut être entravée par le fait que la mise en œuvre des accords exige l'observation du respect des accords par chaque gouvernement, alors que certaines MNT ne sont pas faciles à observer. Enfin, si les MNT sont opaques, elles ne peuvent guère servir à obtenir des engagements des gouvernements dans le cadre d'un accord international.

L'intégration superficielle est efficiente dans un cadre où il n'existe pas de problèmes d'information, comme le montrent les travaux de Bagwell et Staiger (2001). En revanche, l'absence d'information parfaite peut justifier en soi une coopération plus profonde sur les mesures non tarifaires dans le cadre des accords commerciaux. Plus précisément, la complexité des MNT peut engendrer des inefficiences si les gouvernements sont parfaitement informés de leurs propres besoins en matière de réglementation et des effets de leurs choix mais ne connaissent pas le niveau efficient des MNT pour leurs partenaires commerciaux. Il se peut en effet que les gouvernements induisent leurs partenaires en erreur quant aux intentions de leurs politiques, ce qui rend difficile une communication mutuellement bénéfique. Cette asymétrie de l'information (qui existe quand une partie est plus ou mieux informée que l'autre) pose des problèmes dans de nombreux domaines de la coopération internationale, mais elle est particulièrement importante dans le contexte de la réglementation intérieure car les désaccords sur les objectifs de politique publique peuvent masquer un comportement fondamentalement non coopératif.

Par ailleurs, le niveau efficient d'une mesure non tarifaire peut changer dans le temps. Par exemple, les cibles réglementaires dépendent de facteurs tels que l'état de la technologie, la connaissance des effets des défaillances du marché, les pratiques de l'industrie et les besoins sociétaux (voir la section B). Face à une situation nouvelle, les gouvernements peuvent soit se dégager de leurs engagements internationaux, soit chercher à établir de nouvelles dispositions réglementaires en renégociant leurs accords commerciaux avec leurs partenaires.

L'actualisation des engagements pour tenir compte des nouveaux besoins réglementaires peut modifier l'équilibre

de l'accord. Supposons, par exemple, que deux gouvernements concluent un accord sur les certificats d'inspection sanitaire et environnementale pour les importations de produits laitiers et les exportations de poulets. La découverte dans le fromage d'un nouveau polluant qui n'est pas visé par l'accord peut amener le pays consommateur de produits laitiers à vouloir imposer des règles qui ne sont pas couvertes par l'accord d'inspection. Si le producteur laitier souhaite une renégociation, il peut le faire après avoir consenti des concessions concernant les exportations de poulets. En attendant la renégociation, les deux gouvernements peuvent chercher à éviter des accords efficients, pour ne pas affaiblir leur position. En l'absence de mécanisme permettant de faire face aux circonstances nouvelles, le fait que les gouvernements ne peuvent pas prévoir toutes les circonstances futures dans un contrat les empêche d'établir un accord efficient à long terme (Battigalli et Maggi, 2003).²

Une autre préoccupation est que l'opacité des mesures non tarifaires rend souvent difficile l'exécution des accords. Théoriquement, un gouvernement peut menacer de suspendre toute coopération future si un partenaire revient sur ses engagements. Mais cette menace dépend de la capacité de chaque gouvernement d'observer comment l'autre respecte l'accord. Dans le cas du commerce, cela exige une surveillance du niveau d'accès aux marchés. Si les lois sont généralement publiées, leur application effective peut être opaque et peut aussi varier en fonction des choix des organismes de réglementation et des conditions économiques.

Dans un environnement économique incertain, les gouvernements peuvent avoir du mal à déterminer si une baisse des importations est due à l'augmentation de la productivité du secteur qui concurrence les importations ou à une aide du gouvernement sous la forme d'une protection déguisée (Bajona et Ederington, 2009). L'exécution de l'accord est alors difficile: une mesure de rétorsion peut être prise sans raison, ou bien une violation de l'accord peut rester impunie. De plus, si des mesures de rétorsion peuvent être prises à tort, les parties peuvent hésiter à prendre des engagements plus libéraux, ce qui compromet les perspectives de coopération internationale.

Par ailleurs, l'opacité intrinsèque de l'application des mesures non tarifaires et la difficulté d'identifier leurs effets peuvent exacerber les problèmes d'engagement entre les gouvernements et les investisseurs nationaux. On considère généralement que les accords commerciaux aident les gouvernements à prendre des engagements envers les investisseurs et les électeurs. Cependant, les accords internationaux peuvent perdre leur caractère contraignant si les acteurs nationaux n'indiquent pas clairement les politiques choisies. Les entreprises doivent décider d'effectuer des investissements coûteux et irréversibles pour vendre de nouveaux produits ou entrer sur de nouveaux marchés. Or l'incertitude sur la politique commerciale peut les inciter à attendre pour évaluer les effets de la réglementation avant d'investir. Ce retard réduit les effets positifs de l'ouverture des échanges et limite les effets d'engagement d'un accord commercial.

Handley (2011) constate que l'incertitude sur l'application de la politique commerciale en Australie a réduit de 30 pour cent le niveau d'entrée des entreprises sur le marché après l'ouverture des échanges. Dans une étude connexe, Handley et Limao (2011) montrent que

l'incertitude sur la politique commerciale a considérablement freiné l'accès des entreprises portugaises au marché des CE avant l'adhésion du Portugal en 1986. Ces résultats indiquent que la complexité et l'opacité des mesures non tarifaires peuvent limiter l'efficacité des accords commerciaux pour régler les problèmes d'engagement.

(ii) Normes privées

La majeure partie du présent rapport est consacrée à l'examen des mesures prises par les gouvernements pour faire face au comportement des acteurs privés sur le marché, mais l'accent mis sur les politiques publiques occulte quelque peu la capacité d'action collective des acteurs non publics. Les normes privées adoptées par des agents économiques peuvent faire office de mesures non tarifaires, affectant le commerce et le bien-être mondial de la même façon que les mesures gouvernementales (Robert E. Baldwin, 1970). Par conséquent, les problèmes qui caractérisent l'utilisation des MNT, analysés précédemment, peuvent se poser aussi dans le cas des normes privées. Pour remédier à leur effets, les gouvernements peuvent signer des accords commerciaux dans lesquels ils s'engagent à réglementer les normes

privées et ceux qui les établissent. L'encadré E.2 donne des exemples de normes privées couramment utilisées. Cette sous-section examine dans quels cas les gouvernements élaboreraient des accords commerciaux couvrant les normes privées dans différentes conditions du marché.

Lorsque le commerce concerne les produits finis et que les normes sont facultatives, les normes privées visent avant tout à remédier aux défaillances du marché. La section B décrit les conditions dans lesquelles elles peuvent servir à signaler au marché certaines caractéristiques du produit. Les normes volontaires peuvent favoriser les échanges en permettant aux entreprises d'établir des systèmes qui renseignent les consommateurs sur leurs produits, sans qu'un accord commercial soit nécessaire. Considérons une économie qui a une norme unique et qui ouvre les échanges. Même en l'absence d'intervention publique, une coalition d'entreprises peut modifier les normes pour répondre aux besoins des différents consommateurs sur chaque marché. L'ouverture commerciale peut donc entraîner une harmonisation « partant de la base » (amorcée par des groupes d'entreprises privées), qui évite la prolifération coûteuse de normes nationales faisant double emploi et la multiplication des organes internationaux de normalisation (Casella, 2001).

Encadré E.2 : Exemples de normes privées

Les normes volontaires privées sont élaborées par différents types d'entités : entreprises, organismes de normalisation non gouvernementaux (y compris organismes régionaux ou internationaux), programmes de certification et/ou d'étiquetage (par exemple le Forest Stewardship Council et le Marine Stewardship Council), associations professionnelles sectorielles (Florverde pour les fleurs, Better Cotton Initiative pour le coton) et autres organisations non gouvernementales. Certains organismes peuvent avoir un caractère à la fois sectoriel (par exemple, ceux qui s'occupent des produits de la sylviculture) et international.³ Parmi les nombreux exemples de normes volontaires privées, nous avons retenu les trois catégories décrites ci-après à titre d'illustration.

Forêts et certification

Le Forest Stewardship Council (FSC), créé en 1993 en réponse aux problèmes de déforestation, est un organisme international sans but lucratif qui s'occupe de la certification de la gestion forestière.⁴ Le FSC a dix principes et des critères connexes pour une gestion responsable des forêts, qui indiquent, entre autres, comment il faut gérer les forêts pour répondre aux besoins sociaux, économiques, écologiques et culturels, y compris les questions d'aménagement forestier et les exigences environnementales et sociales.⁵ Un autre exemple est le Programme de reconnaissance des certifications forestières (PEFC), organisme faitier qui a reconnu une trentaine de systèmes nationaux de certification forestière.

Ces deux organismes sont les principaux systèmes de normes en termes de surfaces forestières certifiées, avec environ 15 pour cent des forêts productives du monde. Outre la certification de la gestion forestière, les systèmes de normes dans le domaine de la foresterie assurent couramment la certification de chaîne de contrôle pour les fabricants et les commerçants qui ne s'occupent pas de sylviculture ou d'exploitation forestière. Ce type de certification repose sur l'obligation de veiller à ce que le bois contenu dans les produits provient de forêts certifiées. La certification de chaîne de contrôle a connu un essor rapide ces dernières années, en réponse à la demande croissante des consommateurs.⁶

Étiquetage carbone

Les systèmes d'étiquetage de l'empreinte carbone et les normes connexes visent à indiquer le volume total de gaz à effet de serre qui est émis pendant le cycle de vie d'un produit, y compris la production, le transport, la vente, l'utilisation et l'élimination. Les initiatives existantes diffèrent par leur raison d'être, leur contexte, l'information affichée et la méthode d'évaluation. Certains systèmes d'étiquetage indiquent la quantité de carbone émise pendant le cycle de vie du produit, tandis que d'autres indiquent que le producteur s'est engagé à réduire ou à compenser son empreinte carbone ou que le produit a une plus grande efficacité carbone qu'un produit comparable.

La première initiative d'étiquetage carbone a été lancée en 2007 par le Carbon Trust, organisme indépendant à but non lucratif créé par le gouvernement du Royaume-Uni ; elle a été suivie de plusieurs autres initiatives. Des efforts sont faits actuellement au niveau international pour harmoniser les méthodes utilisées dans les systèmes d'étiquetage de l'empreinte carbone.⁷ De plus en plus de gouvernements adoptent ou élaborent des systèmes d'étiquetage carbone. Toutefois, à ce jour, tous ces systèmes ont un caractère volontaire (Brenton *et al.*, 2009 ; Bolwig et Gibbon, 2009).

Normes de sécurité sanitaire des aliments

Face à l'évolution des conditions économiques, notamment à la demande accrue des consommateurs concernant la qualité, la sécurité sanitaire et les attributs des processus, et à la concentration accrue du secteur du commerce de détail agroalimentaire, les entreprises privées ont élaboré de plus en plus de normes de sécurité sanitaire des aliments (Henson et Reardon, 2005). Ces normes dépassent généralement les normes obligatoires publiques et font partie intégrante des obligations contractuelles des entreprises intervenant le long d'une chaîne d'approvisionnement.

Les normes privées peuvent contribuer à la gestion de la sécurité sanitaire des aliments dans l'ensemble des régions et des secteurs, mais la multiplicité des normes concurrentes accroît les coûts de conformité pour les fournisseurs (Fulponi, 2006). Cela explique une autre tendance récente dans le domaine des normes privées de sécurité sanitaire des aliments, à savoir l'émergence de coalitions mondiales pour l'élaboration de normes. Ces coalitions représentent une tentative d'harmonisation des efforts faits pour assurer la sécurité sanitaire des aliments et la reconnaissance mutuelle des normes nationales et/ou régionales parmi les détaillants en produits alimentaires. Par exemple, l'Initiative mondiale pour la sécurité sanitaire des aliments (GFSI), lancée en 2000, vise à promouvoir la convergence des systèmes de gestion de la sécurité sanitaire des aliments en appliquant à ces systèmes un processus d'évaluation comparative.

Par ce processus, la GFSI tente d'identifier les systèmes de sécurité sanitaire qui produisent des résultats constants. Les détaillants qui suivent ses recommandations devraient pouvoir identifier les fournisseurs qui satisfont aux normes pertinentes sans qu'un audit soit nécessaire. Ce type d'initiative pourrait donner aux détaillants la flexibilité nécessaire pour s'approvisionner dans le monde entier, tout en contribuant à l'amélioration de l'efficacité du système alimentaire mondial.

En revanche, quand la production sort des frontières nationales, la gouvernance inter et intra-entreprises exige un renforcement de la coordination et du suivi. Dans cet environnement, les entreprises utilisent de plus en plus les normes privées pour relever ces défis dans la gestion de leurs chaînes d'approvisionnement, ce qui a des implications pour l'accès aux marchés. Par exemple, dans un monde où la production était locale, les normes privées en matière de sécurité sanitaire et de qualité des aliments étaient essentiellement des exigences entre entreprises et ne constituaient pas un enjeu commercial majeur, mais avec les progrès de la délocalisation, ces normes privées sont devenues des normes collectives, les grandes entreprises s'efforçant de gérer les coûts de transaction associés à leurs chaînes d'approvisionnement mondiales (Henson, 2008). Lorsque ces chaînes d'approvisionnement ont commencé à dépasser les frontières nationales, les normes privées ont pris de plus en plus d'importance (Hussey et Kenyon, 2011).

L'établissement et l'adoption de normes privées engendrent des coûts qui ont des effets différents sur les entreprises et les pays. Par exemple, l'adoption mondiale d'une norme utilisée sur un marché national entraîne pour les entreprises étrangères des coûts que n'ont pas les entreprises nationales (Büthe et Mattli, 2011). Lorsque les normes privées ont des effets redistributifs, les gouvernements peuvent utiliser les accords commerciaux pour limiter les conséquences commerciales négatives des activités de normalisation internationales et nationales.

Même en l'absence d'accord commercial, les entreprises peuvent limiter l'influence d'une norme particulière en créant un organisme de réglementation privé concurrent qui établira des règles plus favorables. Par exemple, le Fonds mondial pour la nature a aidé à créer un organisme de normalisation privé, le Forest Stewardship Council (FSC), pour promouvoir une foresterie durable. En réponse, les producteurs ont élaboré des programmes de normalisation concurrents pour satisfaire les consommateurs sans mettre en œuvre les mesures coûteuses préconisées par le FSC (Cashore, 2002).

Selon les besoins des citoyens et des entreprises, les gouvernements peuvent signer des accords pour favoriser ou restreindre la concurrence entre les organismes de normalisation. Un accord de ce genre peut modifier considérablement le cadre réglementaire. Par exemple, Büthe (2010) souligne que dans le secteur de l'électronique, la Commission électrotechnique internationale (CEI) a su tirer parti de la reconnaissance de l'OMC et de sa position historique pour jouer un rôle central dans la réglementation internationale. Outre cet exemple, l'expérience de l'Union européenne montre que la désignation ou la reconnaissance ultérieure d'un organisme de normalisation privé a des répercussions sur la concurrence (Cafaggi et Janczuk, 2010).

De plus, une norme «privée» qui est largement utilisée peut être le précurseur d'une réglementation gouvernementale (que ce soit sous forme d'un règlement technique, d'une procédure d'évaluation de la conformité ou d'une mesure SPS). Un exemple récent, en rapport avec l'étiquetage de l'empreinte carbone, est la Loi Grenelle 2 en France.⁸ Cette loi contient des dispositions relatives à l'étiquetage de l'empreinte carbone des produits et à l'analyse du cycle de vie environnemental. Certaines délégations ont exprimé la crainte à l'OMC, dans le cadre du Comité OTC, que les prescriptions en matière d'étiquetage carbone ne deviennent obligatoires dans l'avenir; d'ailleurs, une version antérieure de la loi prévoyait l'étiquetage carbone obligatoire. L'Union européenne a précisé que cette loi n'était pas impérative et visait à habituer les consommateurs à l'affichage de données environnementales sur les produits.

L'analyse qui précède porte sur l'établissement de normes volontaires et l'utilisation des accords pour réglementer les organismes de normalisation lorsque la production est localisée dans un seul pays. Mais, lorsque les réseaux de production sont mondiaux et qu'il y a un commerce de tâches entre les pays, les entreprises peuvent établir des normes pour leurs fournisseurs d'intrants, ce qui est une autre raison de conclure des accords internationaux sur les normes volontaires. Comme cela a été indiqué plus

haut, les entreprises choisissent de recourir à des normes pour garantir un certain niveau de qualité ou pour rendre un intrant compatible avec les autres étapes du processus de production, ce qui oblige souvent les fabricants d'intrants à acheter ou à obtenir des licences auprès d'entreprises privées. Toutefois, dans les secteurs où il y a peu d'acheteurs d'intrants, ces entreprises peuvent être en mesure d'établir les normes d'une manière qui renforce leur pouvoir de marché.

Supposons, par exemple, que plusieurs entreprises produisent des oranges pour les vendre à un grand fabricant de jus d'orange. Ce dernier peut établir des normes qui lui permettent d'extraire des profits aux dépens des producteurs, par exemple en exigeant que les oranges soient sélectionnées au moyen d'une calibreuse brevetée ou que les producteurs obtiennent un certificat de gestion agréée. Si l'entreprise est verticalement intégrée, la norme peut être fixée de manière à ce que les profits restent dans l'entreprise, en excluant de fait toute concurrence pour l'intrant. La concurrence imparfaite crée des situations dans lesquelles il peut être avantageux pour un gouvernement de signer un accord qui limite l'influence des normes privées sur le commerce. Si l'entité qui établit la norme privée est dans un autre pays que les fournisseurs d'intrants, l'utilisation de cette norme peut réduire le commerce de manière inefficace. Dans ce cas, le gouvernement des fournisseurs d'intrants préférera limiter la capacité de l'entreprise en aval d'établir des normes.

Comme les entreprises en place et leurs gouvernements sont incités à infléchir les normes privées pour pouvoir conquérir des marchés aux dépens des entreprises et des économies concurrentes, la négociation réciproque de règlements concernant les organismes de normalisation privés peut engendrer des gains d'efficacité. Toutefois, même si l'amélioration de l'accès aux marchés pour les entreprises non historiques, les exportateurs étrangers et leurs gouvernements respectifs – qui n'ont aucune influence sur l'établissement des normes privées – peut procurer des gains de bien-être, importants, il se peut que ces gains soient obtenus au détriment de certains intérêts nationaux en matière de réglementation. Par exemple, certains gouvernements exigent que les organismes de normalisation privés associent des représentants des consommateurs à l'élaboration des normes, mais dans un environnement international coopératif, les intérêts des consommateurs seraient en concurrence avec ceux des entreprises ou des gouvernements étrangers, qui souhaitent l'ouverture des marchés.

Dans bien des cas, les considérations d'accès aux marchés ne concordent pas avec les préoccupations des consommateurs, comme la protection de l'environnement et la sécurité sanitaire. De plus, comme les intérêts des producteurs sont généralement associés à des coûts d'action collective moins élevés, ils sont mieux organisés politiquement que les intérêts diffus des consommateurs. En raison de ces forces politiques, il se peut que la coopération internationale en matière de normes privées ait une influence sur la représentation des intérêts des consommateurs dans l'élaboration et les objectifs de ces normes.

(iii) Normes de compatibilité, règlements techniques et coûts fixes

Comme on l'a vu dans la section B, plusieurs mesures non tarifaires peuvent différer des droits de douane par leurs effets sur des marchés en situation de concurrence imparfaite. Dans la présente sous-section, on montre que les gouvernements peuvent coopérer pour limiter les effets concurrentiels stratégiques des MNT dans trois situations de marché différentes. Plus précisément, la coopération en matière de MNT est justifiée quand les marchés sont caractérisés par une différenciation horizontale des produits et des services, quand les produits sont de qualité différente et quand les MNT engendrent des coûts fixes qui influent sur l'entrée des entreprises et sur la composition du secteur.

Lorsque les produits et les services ne sont pas consommés de manière isolée et qu'il y a des différences de compatibilité entre les types de produits, il peut être nécessaire d'établir des règles pour éviter les conflits de format. Sur les marchés parfaitement concurrentiels, on suppose que les produits et les services sont économiquement identiques, mais sur de nombreux marchés, les consommateurs manifestent une préférence pour telle ou telle variété de produits. Les préférences des consommateurs amènent les entreprises à modifier les caractéristiques de leurs produits pour les distinguer de ceux des concurrents, produisant ainsi ce que la littérature économique appelle des produits horizontalement différenciés.

De plus, chaque variété peut présenter un degré de compatibilité plus ou moins élevé avec les produits complémentaires sur le marché. Pour favoriser la compatibilité entre les produits, les entreprises et, parfois, les gouvernements, peuvent recourir à une norme de compatibilité. Comme ces normes peuvent avoir des effets sur le commerce, la coopération internationale dans ce domaine peut améliorer à la fois l'efficacité du marché et le bien-être des consommateurs (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2005b). Par exemple, il peut ne pas y avoir de différence qualitative objective entre deux ports d'ordinateur, mais l'un des deux peut assurer une meilleure interface avec un lecteur de musique portable populaire. Une norme de compatibilité permettrait de s'assurer que la configuration des bornes d'entrée augmente leur compatibilité avec les autres appareils disponibles sur le marché, et la coopération internationale sur cette norme peut faire en sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'adapter les appareils étrangers pour répondre aux spécifications de la demande locale.

L'une des considérations à garder à l'esprit est que, si les normes de compatibilité améliorent le bien-être, il se peut que le bénéficiaire dépende de l'origine de la norme. Lorsque les entités qui cherchent à promouvoir leurs normes sont de différents pays et que l'entité dont la norme est adoptée pourra en retirer un profit, des considérations de stratégie commerciale entrent parfois en jeu (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2005b). Il se peut qu'un gouvernement s'abstienne d'éliminer certaines mesures non tarifaires dans le but de promouvoir les normes adoptées par les entreprises nationales. Toutefois, lorsque la production suppose l'achat de pièces à des filiales étrangères ou à des parties non liées, la promotion des normes réduit les coûts de

recherche et de production. La production étant de plus en plus tributaire des chaînes de production mondiales, la nécessité d'une intégration plus profonde des politiques s'impose encore plus, ce qui réduit l'intérêt d'une normalisation stratégique.

Une deuxième raison de coopérer dans le domaine des mesures non tarifaires est qu'il faut remédier au comportement stratégique des gouvernements qui établissent ces mesures. Par exemple, sur un marché où il y a une différenciation qualitative, les consommateurs tiennent compte de la qualité des produits lorsqu'ils décident d'acheter. Si les consommateurs peuvent discerner la qualité, la théorie économique indique que les entreprises qui fabriquent des produits de qualité supérieure prendront des parts de marché aux entreprises concurrentes qui produisent l'ancienne génération de produits. À court terme, le leader technologique peut avoir un comportement monopolistique, en augmentant ses prix et ses profits, sans toutefois dépasser le niveau de prix qui permettrait l'entrée de concurrents. Pour vendre un produit, les entreprises à la traîne devraient surmonter les coûts d'innovation ainsi que les prix du monopoleur (Motta *et al.*, 1997). Ce processus entraîne un effet d'éviction, par lequel chaque nouvelle entreprise dominante vend un produit de qualité supérieure à un prix élevé et toutes les autres entreprises sortent du marché, phénomène que Schumpeter a qualifié de « destruction créatrice ».

Le principal danger d'un tel scénario est que les gouvernements peuvent adopter des règlements techniques de manière stratégique pour favoriser les entreprises nationales.⁹ Quelle que soit l'entreprise qui le produit, le produit de qualité supérieure génère des profits plus élevés, ce qui est avantageux pour le pays et le gouvernement (Lehmann-Grube, 1997). Cet avantage potentiel a des implications importantes pour le bien-être national et incite puissamment les entreprises à la traîne et leurs gouvernements à adopter des politiques qui permettent aux entreprises nationales de rattraper les entreprises dominantes et de s'emparer du marché des produits de qualité (Herguera et Lutz, 1998). Boccard et Wauthy (2005) expliquent comment les gouvernements peuvent utiliser des mesures non tarifaires dans ce processus pour faire en sorte que l'entreprise nationale devienne le leader qualitatif. Par exemple, une mesure technique ayant pour effet de restreindre le volume des importations peut permettre à l'entreprise nationale de développer des produits haut de gamme tout en obligeant l'entreprise étrangère à fabriquer des produits de qualité inférieure. Comme l'entreprise étrangère perd son statut de leader, les avantages du « bond en avant » ont pour contrepartie : la diminution des profits de l'entreprise étrangère. Comme les deux gouvernements ont la même incitation, ils peuvent chercher à se lier mutuellement les mains en concluant un accord international sur les MNT, afin d'éviter ce genre de concurrence.

Une troisième raison de la coopération en matière de mesures non tarifaires est que ces mesures créent un coût fixe à l'entrée des entreprises étrangères (voir les sections B et D). L'analyse qui précède suppose que la technologie ou d'autres facteurs engendrent une concurrence imparfaite, mais les MNT peuvent aussi déterminer l'étendue de la concurrence. Chaque entreprise qui entre sur un marché étranger doit accomplir des formalités administratives, se familiariser avec les procédures douanières et acquitter des droits de licence,

ce qui représente des coûts fixes plutôt qu'une charge unitaire. Si l'ajout de coûts fixes influe sur les termes de l'échange international de la même manière qu'un droit de douane, les MNT ont un effet additionnel sur les décisions d'entrer sur un marché étranger. Plus le champ de la mesure est vaste, plus les entreprises devront pouvoir produire pour faire du commerce. Si les entreprises ne sont pas identiques et si les MNT imposent des coûts fixes, le commerce sera concentré dans les grandes entreprises plus productives, alors que le nombre de petites entreprises moins productives ira en augmentant (Nocke et Yeaple, 2008).

Les pays ont plusieurs raisons de coopérer pour réduire les coûts fixes de l'entrée sur les marchés. Par exemple, les gouvernements peuvent limiter les mesures non tarifaires pour éviter une dépendance excessive de l'économie nationale à l'égard de quelques grandes entreprises capables de supporter les coûts fixes. Les décideurs peuvent se soucier des effets des chocs économiques, qui peuvent se propager plus rapidement et être plus difficiles à absorber lorsqu'il y a peu de grandes entreprises. En particulier, si une industrie est fortement concentrée, une mauvaise affectation du capital, dont les effets seraient réduits sur un marché plus concurrentiel, peut avoir des incidences qui augmentent la fréquence et le coût des chocs économiques. Ces effets ne dépendraient pas seulement de la réglementation dans le secteur des marchandises ; comme cela est indiqué dans la section E.4 (e), une réglementation proconcurrentielle dans le contexte de la réglementation intérieure des services est un important axe de coopération.

(iv) Délocalisation

La prolifération des chaînes de production mondiales renforce l'interdépendance internationale et peut justifier une coopération étroite sur les mesures non tarifaires dans le cadre des accords commerciaux. Comme on l'a vu dans la section E.1 (a), les théories du commerce international mettaient en avant, jusqu'à récemment, une retombée internationale associée à la politique commerciale : son incidence sur les termes de l'échange. La fragmentation internationale de la production crée de nouvelles formes d'externalités transfrontières. Antràs et Staiger (2008), par exemple, ont construit un modèle dans lequel les prix sont déterminés par une négociation bilatérale, car la production internationale suppose la conclusion de contrats d'exclusivité avec les fournisseurs d'intrants. Dans cet environnement, les gains du commerce sont répartis entre deux ou plusieurs entreprises concernées et les prix des produits et services échangés reflètent la contribution relative de chaque maillon de la chaîne d'approvisionnement. Comme la production est internationale, certains des coûts associés aux tensions commerciales sont supportés par les entreprises situées à l'étranger. Il y a une externalité internationale parce que les gouvernements tiennent compte non pas de la valeur totale de la chaîne de production internationale mais de la valeur de sa composante nationale.

Plus précisément, quand les prix sont fixés par voie de négociation, les producteurs d'intrants sont confrontés à un déplacement de la rente (c'est-à-dire un transfert du profit du fournisseur d'intrants au producteur national), tandis que les producteurs en aval sont face aux effets habituels sur les termes de l'échange. Pour répondre à cette nouvelle situation, les accords commerciaux devraient faire en sorte que les politiques commerciales visant les derniers stades

de production ne faussent pas la négociation entre les fournisseurs d'intrants et les producteurs. Lorsque les prix sont déterminés sur un marché concurrentiel, il suffit qu'un pays exportateur d'intrants négocie sur le droit de douane frappant directement l'intrant. Toutefois, si les prix sont négociés, les gouvernements ne doivent pas seulement chercher à obtenir un accès aux marchés ou une baisse du droit de douane sur l'intrant importé, ils doivent aussi négocier les droits de douane et les politiques internes affectant le *produit final*. Supposons, par exemple, que le pays A cherche à exporter des pièces automobiles vers le pays B. L'intérêt du pays A n'est plus seulement d'obtenir une baisse des droits de douane sur les pièces automobiles, il doit aussi négocier un assouplissement de la réglementation intérieure et des normes du pays B pour la vente d'automobiles finies. En l'absence d'engagement de sa part, le pays B peut continuer à réglementer, taxer ou protéger le marché du produit final de manière inefficace, en sachant que cela pèse en partie sur les fabricants de pièces automobiles du pays A. Avec l'essor de la délocalisation, ces engagements plus profonds peuvent être de plus en plus importants.

L'internationalisation de la production explique pourquoi les mécanismes d'ouverture commerciale traditionnels (c'est-à-dire les réductions tarifaires) n'offrent pas de solution satisfaisante dans le cas des mesures non tarifaires. Prenons le principe de réciprocité. Dans le système actuel, ce concept s'entend de l'ouverture réciproque de l'accès au marché pour les produits finis. Il n'est pas difficile de voir pourquoi ce principe ne peut pas guider utilement les négociateurs commerciaux dans le contexte des mesures non tarifaires et des chaînes de valeur mondiales. Plus généralement, les règles commerciales actuelles ont été conçues à l'origine pour un commerce international de produits finis. La question de savoir si ce cadre institutionnel est adapté aux nouvelles formes d'interdépendance internationale associée aux réseaux de production mondiaux est une question complexe, qui sera examinée dans la section E.4.

(c) Différentes approches de la réglementation des MNT dans les accords commerciaux

Cette section examine la littérature économique récente qui traite de la conception des disciplines relatives aux mesures non tarifaires. Premièrement, elle montre qu'une intégration superficielle peut donner aux gouvernements les moyens d'utiliser efficacement les mesures non tarifaires à condition qu'elles ne se substituent pas aux droits de douane consolidés. Cette section examine, en particulier, deux règles qui permettent d'utiliser les MNT de manière légitime – la règle du traitement national et les dispositions relatives aux situations de non-violation – et met en lumière leurs avantages et leurs inconvénients sur le plan institutionnel. Ces règles supposent que les gouvernements sont bien informés, ce qui est en contradiction avec la complexité et l'opacité de nombreuses MNT. Compte tenu de cela, on examine le rôle des disciplines visant à améliorer la transparence dans les accords commerciaux.

Deuxièmement, il est dit qu'en raison des différences entre les mesures non tarifaires et les droits de douane, il faut établir un nouvel ensemble d'outils institutionnels allant

au-delà de l'intégration superficielle. On examine en particulier la littérature sur l'intégration profonde et les arbitrages que nécessitent la reconnaissance mutuelle des prescriptions réglementaires nationales, la négociation simultanée de mesures tarifaires et non tarifaires dans le cadre des accords commerciaux et l'harmonisation des MNT aux niveaux multilatéral et régional.

(i) Intégration superficielle

Les accords dits « superficiels » sont ceux qui réglementent directement les droits de douane et les autres mesures à la frontière, sans agir sur les mesures intérieures, hormis l'obligation de non-discrimination à l'égard des produits et des services étrangers. Comme on l'a vu dans les sections précédentes, l'objectif fondamental d'un accord commercial superficiel est d'empêcher les gouvernements de remplacer des mesures expressément consolidées dans une liste d'engagements, par des mesures non réglementées établissant une discrimination à l'encontre de leurs partenaires commerciaux. Nous examinons ci-après deux règles qui visent à limiter ce genre de comportement non coopératif en supposant que les gouvernements sont parfaitement informés. Lorsque les gouvernements ne sont pas parfaitement informés, les dispositions en matière de transparence ont un rôle à jouer, comme on le verra dans les sections E.2 et E.4.

Traitement national

Selon les économistes, les accords commerciaux sont des contrats incomplets. Cela signifie qu'aucun accord commercial ne peut couvrir les multiples moyens dont disposent les gouvernements pour réguler la vie économique, de sorte que les accords comportent des lacunes. Mais, s'ils ne sont liés par aucun accord, les gouvernements peuvent être tentés d'adopter des mesures non tarifaires sans prendre en compte leurs incidences sur l'accès aux marchés étrangers. Cela pose évidemment un problème pour la conception des accords commerciaux. L'ajout de dispositions spécifiques peut combler certaines lacunes des accords, mais chaque nouvelle règle ajoute à la complexité de l'accord et au coût de son exécution. C'est pour cette raison que les accords commerciaux imposent parfois des limitations explicites et rigides concernant les MNT (Battigalli et Maggi, 2003). Horn *et al.* (2010) montrent que des règles simples et générales peuvent être plus efficaces, même si elles sont inappropriées dans certaines circonstances.

L'une des principales dispositions limitant l'utilisation discriminatoire des mesures non tarifaires est l'obligation de traiter les produits étrangers d'une manière au moins aussi favorable que les produits nationaux « similaires ». Cette obligation de traitement national est énoncée à l'article III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et à l'article 2.1 de l'Accord OTC et elle figure implicitement à l'article XVII de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et à l'article 3 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).¹⁰

Les accords qui énoncent une obligation de traitement national limitent le recours à des mesures internes qui modifient les conditions économiques pour les produits importés. Le principe du traitement national veut qu'une taxe ou une réglementation intérieure n'établisse pas de

discrimination entre les fournisseurs nationaux et étrangers, de sorte qu'elle est réputée non protectionniste. Supposons qu'un pays veuille utiliser un étiquetage sanitaire pour limiter l'importation de peintures étrangères et augmenter les ventes des fabricants nationaux. La règle du traitement national oblige à appliquer l'étiquetage aux produits étrangers et aux produits nationaux. Comme l'étiquette ne conférerait plus d'avantage concurrentiel, le gouvernement serait peut-être dissuadé d'utiliser cette mesure sanitaire à des fins protectionnistes. En conséquence, seuls les droits de douane peuvent restreindre les échanges, mais, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée (NPF), ils ne doivent pas être discriminatoires.

Bien que le principe du traitement national limite l'utilisation des mesures non tarifaires à des fins discriminatoires, certains auteurs ont fait valoir que cette règle était peut-être trop rigide pour répondre aux objectifs légitimes de politique publique des pays.¹¹ Horn (2006) montre comment la règle du traitement national peut être insuffisante pour limiter l'utilisation de MNT à des fins protectionnistes (en l'occurrence une taxe intérieure pigouvienne). Premièrement, une clause de traitement national n'est efficace que s'il existe un produit national «similaire». S'il n'y a pas de fabricant de peinture dans le pays, le gouvernement n'aura pas enfreint la règle du traitement national, quels que soient les motifs ou la sévérité de la mesure non tarifaire, même si elle confère tout de même au pays un avantage lié aux termes de l'échange.

Deuxièmement, si une externalité est associée à la consommation d'un produit étranger – par exemple si les peintures étrangères sont plus nocives pour la santé que les peintures locales et sont quand même des produits «similaires» au regard de la règle – une clause de traitement national empêche le gouvernement de limiter la portée d'une réglementation coûteuse aux seuls produits qui causent l'externalité.¹² Cette limitation en matière de réglementation oblige les négociateurs commerciaux à définir avec prudence les engagements tarifaires. Il faut noter cependant que, si la règle du traitement national énonce une obligation générale qui peut restreindre le pouvoir de réglementation, des règles rigides réduisent les coûts contractuels et peuvent faciliter la conclusion d'accords lorsque l'environnement réglementaire est incertain (Horn *et al.*, 2010).

Des recherches récentes ont montré que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut réduire le coût de l'application de règles rigides en matière de traitement national, tout en abordant le problème de la substitution de mesures par les Membres. Selon Battigalli et Maggi (2003), l'arbitrage des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC permet d'améliorer l'efficacité des accords négociés quand leurs dispositions explicites s'avèrent insuffisantes. Les auteurs font valoir que, si les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont moins bien informés des obligations optimales des États membres que les Membres eux-mêmes, l'intervention d'un arbitre permet de corriger l'usage abusif d'une mesure non tarifaire causé par l'application rigide de la règle du traitement national.

Supposons, par exemple, que des gouvernements ont négocié un accès aux marchés en pensant que tous les écrans d'ordinateurs contiennent une même quantité de mercure acceptable sur le plan de l'environnement. Si les producteurs d'écrans d'ordinateurs étrangers adoptent un

procédé de fabrication employant plus de mercure, l'application rigide de la règle du traitement national peut empêcher les gouvernements de réagir à ce changement. Comme chaque Membre de l'OMC peut avoir recours au mécanisme de règlement des différends, les gouvernements peuvent s'acquitter des obligations énoncées dans l'accord pour ce qui est du nouveau produit, tout en appliquant le traitement national.

Jusqu'ici, on a supposé que le mécanisme par lequel les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC améliorent l'efficacité des accords commerciaux quand la règle du traitement national est trop rigide ou incomplète n'a pas été analysé. Mais quel est concrètement le rôle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel quand il s'agit de parvenir conjointement à un résultat efficace ?

Maggi et Staiger (2011) avancent que le mécanisme de règlement des différends peut jouer un rôle important dans l'interprétation des accords commerciaux quand les règles sont incomplètes et qu'il est difficile de rédiger des accords efficaces. Les auteurs examinent différents rôles possibles pour les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, allant de l'application assez prudente des règles existantes pour assurer le respect de l'accord, à un plus grand «activisme» consistant à combler les lacunes dans les obligations des Membres de l'OMC ou même à modifier les obligations existantes. Les auteurs évaluent la portée idéale et la spécificité des règles inscrites dans les accords commerciaux, comme celle du traitement national, au regard de chacune de ces hypothèses d'engagement juridique. Ils constatent que des disciplines plus souples sont préférables à des règles rigides quand il est difficile pour les groupes spéciaux et l'Organe d'appel d'identifier correctement la politique efficace.

Non-violation

Les rédacteurs du GATT ont voulu apaiser la crainte que les Parties contractantes agissent d'une manière qui, sans être contraire à l'Accord, pourrait affaiblir les engagements pris au cours des négociations. L'article XXIII du GATT et l'article XXIII:3 de l'AGCS autorisent les gouvernements à demander le règlement d'un différend en présentant une plainte «en situation de non-violation». Une telle plainte est autorisée si un gouvernement peut démontrer qu'il a été privé d'un avantage escompté, en raison d'une mesure prise par un autre gouvernement ou à cause d'une autre situation existante. L'objectif est de préserver l'équilibre des avantages établi au cours des négociations multilatérales. Si, par exemple, un pays a accepté de réduire ses droits de douane sur un certain produit dans le cadre d'un accord concernant l'accès aux marchés, mais qu'il a ensuite modifié sa réglementation de telle manière que les conditions de concurrence sont identiques à ce qu'elles étaient lorsque étaient appliqués les droits de douane initiaux, une plainte en situation de non-violation peut être déposée contre lui pour rétablir les conditions de concurrence impliquées par l'accord original. Cette sous-section montre comment les plaintes en situation de non-violation répondent au problème du remplacement des droits de douane par des MNT et elle indique les limites de cette approche.

Comme on l'a vu dans la section B, dans les cas où la seule externalité transfrontières d'une politique est son

effet sur les termes de l'échange et où il n'y a pas d'institutions facilitant la coopération internationale, les gouvernements régleraient efficacement le marché intérieur, mais ils seraient incités à imposer des restrictions au commerce inefficaces car trop strictes (Bagwell et Staiger, 2001). Cela tient à ce que l'inefficacité des choix politiques unilatéraux découle du désir d'obtenir une amélioration des termes de l'échange au détriment des partenaires commerciaux. Comme l'externalité visée par la réglementation intérieure n'affecte pas le bien-être des étrangers, le gouvernement n'est pas incité à sous-(ou sur)-réglementer du point de vue du bien-être mondial.

En revanche, une fois qu'il a pris des engagements tarifaires dans le cadre d'un accord commercial, il peut être tenté d'utiliser la réglementation intérieure de manière inefficace pour modifier les termes de l'échange, en remplaçant les mesures tarifaires par des mesures non tarifaires. Dans ce contexte, Bagwell et Staiger (2001) montrent que l'inclusion d'une clause de non-violation dans un accord commercial décourage la substitution des mesures. En particulier, en présence d'un recours en situation de non-violation, les gouvernements comprennent qu'ils risquent une procédure juridique s'ils manipulent leur réglementation à des fins protectionnistes après avoir accepté une consolidation tarifaire. Par contre, si un gouvernement a besoin de modifier sa réglementation pour corriger un nouveau dysfonctionnement du marché intérieur, la clause de non-violation l'autorise à abaisser les droits de douane pour dédommager ses partenaires commerciaux au cas où la nouvelle mesure aurait un effet de restriction des échanges.

Par ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure la conception économique de la règle de non-violation est prise en compte dans la pratique du GATT/de l'OMC. Par exemple, Staiger et Sykes (2011) font valoir que les plaintes en situation de non-violation ne peuvent pas être utilisées pour limiter une réglementation non discriminatoire, même si celle-ci fausse les échanges. Les trois plaintes en situation de non-violation qui ont abouti concernaient des mesures discriminatoires à la frontière. Selon les auteurs, d'après l'interprétation des règles de non-violation donnée par le Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Pellicules*, la discrimination est une condition *sine qua non* pour déposer une plainte, ce qui signifie que les plaintes en situation de non-violation ne peuvent être utilisées pour résoudre bon nombre des problèmes d'équilibre réglementaire décrits ci-dessus. Cette interprétation semble indiquer que les modifications non discriminatoires de la politique réglementaire ne relèvent pas du GATT, sujet qui est examiné de manière plus détaillée dans les sections E.3 et E.4.

Une autre question, examinée dans le Rapport sur le commerce mondial 2010 (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2010), est celle de savoir si la règle de non-violation pourrait être étendue à d'autres situations dans lesquelles l'utilisation de mesures non tarifaires accroît (au lieu de réduire) l'accès aux marchés pour les partenaires commerciaux. Dans ce cas, les gouvernements devraient-ils être autorisés à revoir en hausse les droits de douane (consolidés), si leurs besoins en matière de réglementation ont changé ? Si cela n'est pas possible, les gouvernements peuvent hésiter à adopter une réglementation efficace quand un tel changement de politique a un effet différent sur les producteurs nationaux.

Prenons un exemple précis. Supposons qu'une externalité négative, comme la pollution, est créée par un produit fabriqué localement. Si le gouvernement cherche à corriger cette externalité en durcissant la réglementation environnementale, les producteurs nationaux auront à supporter un coût de production que les producteurs étrangers n'auront pas à supporter, ce qui leur fera perdre des parts de marchés. En termes d'efficacité économique, une hausse des droits de douane qui assurerait aux producteurs étrangers le même niveau d'accès au marché qu'avant le changement de réglementation pourrait être justifiée dans ces circonstances. Cette modification de la combinaison des politiques améliore le bien-être car elle permet au gouvernement de s'attaquer au problème de la pollution tout en maintenant le niveau d'accès au marché accordé aux exportateurs étrangers.

Transparence

Comme on l'a vu plus haut, la transparence des mesures non tarifaires est une condition nécessaire pour que les pays coopèrent (durablement) dans le domaine de la politique commerciale. C'est pourquoi le système commercial multilatéral vise à améliorer la transparence des MNT. Le GATT, l'AGCS et les Accords SPS et OTC comportent diverses obligations – concernant la publication et la notification des MNT et des mesures relatives aux services – dont le but est d'accroître la transparence. Ces obligations ont fait l'objet de nombreuses discussions au sein des comités pertinents de l'OMC et plusieurs mesures ont été prises pour améliorer encore la transparence. Par exemple, lors du quatrième examen triennal de l'Accord OTC, le Comité OTC est convenu d'assurer le partage de données d'expérience sur les bonnes pratiques réglementaires. Un rapport de la Direction générale suédoise du commerce extérieur va jusqu'à affirmer qu'«une bonne pratique réglementaire au niveau national est l'élément le plus important dans les efforts faits pour éviter les OTC non nécessaires» (Kommerskollegium, 2010). Ces efforts, et ceux qui visent les mesures relatives aux services et les mesures SPS, sont examinés dans la section E.2.

L'idée qui les sous-tend est que les gouvernements peuvent profiter du savoir-faire technique et de l'expérience des autres gouvernements dans la promotion de politiques efficaces et transparentes. Cadot *et al.* (2011) font valoir que le fait de documenter et de comprendre les mesures non tarifaires et leurs effets est un premier pas pour rendre ces mesures plus efficaces, en particulier dans les pays qui ont hérité de règlements compliqués et pénalisants. Il se peut que les gouvernements poursuivent des politiques non optimales parce qu'ils ne connaissent pas pleinement leurs effets et ne savent pas qu'il existe de meilleures options.

Néanmoins, l'analyse économique présentée dans la section E.1 (b) indique que les gouvernements sont aussi incités à utiliser des instruments opaques pour obtenir un avantage aux dépens d'autres gouvernements. Comme on le verra dans la section E.4 (b), les gouvernements n'ont peut-être pas envie d'adopter des mesures transparentes parce qu'elles permettent de réduire les obstacles au commerce. Comme les gouvernements ont pris l'engagement de notifier les mesures internes et d'engager de bonne foi des discussions sur la réduction des effets de mesures non tarifaires sur le commerce, le Secrétariat de

l'OMC pourrait jouer un rôle important en clarifiant les mesures opaques (Collins-Williams et Wolfe, 2010). Le rôle économique du processus de notification et la conception efficace de règles pour inciter les gouvernements à communiquer des renseignements sont des domaines dans lesquels il serait souhaitable de poursuivre les recherches.

(ii) *Intégration profonde*

Comme on l'a vu dans l'aperçu historique de la section A, le traitement des mesures non tarifaires dans le système commercial multilatéral a évolué au fil du temps. Au début, l'accent était mis sur la nécessité de faire en sorte que les réductions tarifaires ne soient pas contrebalancées par des mesures non tarifaires. C'est précisément sur cette logique que repose le concept d'intégration superficielle inhérent à certaines règles examinées plus haut, comme le traitement national et les plaintes en situation de non-violation.

Avec le temps, les relations commerciales ont évolué sous l'effet de nombreux facteurs, notamment l'importance croissante de la production internationale et la nécessité de réglementer davantage pour protéger les consommateurs et d'autres intérêts généraux de la société, comme la santé publique et l'environnement. Ces changements ont poussé les institutions chargées du commerce et les gouvernements à chercher des moyens d'aller au-delà des arrangements d'intégration superficielle pour trouver des formes de coopération approfondies (aux niveaux multilatéral et régional). La conception d'accords commerciaux profonds pour réglementer les mesures non tarifaires est le sujet de cette sous-section.

Il n'y a pas de définition généralement admise de l'intégration «profonde». Lawrence (1996), qui a été le premier à employer ce terme, qualifie d'accords «profonds» les accords commerciaux qui énoncent des règles relatives aux politiques adoptées à l'intérieur des frontières. Mais bien souvent, l'intégration profonde est simplement définie par opposition aux arrangements superficiels présentés dans la section précédente, comme étant tout accord qui limite davantage l'autonomie réglementaire des pays. Le Rapport sur le commerce mondial 2011 (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2011b) présente une analyse détaillée de la notion d'intégration profonde, mais ici, il sera question surtout de trois formes d'intégration approfondie qui reviennent souvent dans les débats académiques et politiques: la reconnaissance mutuelle, la liaison entre les droits de douane et les mesures non tarifaires dans les négociations commerciales et l'harmonisation des mesures intérieures. Ces trois approches offrent différents moyens de coopérer dans le domaine des mesures non tarifaires dans le cadre d'un accord commercial.

Reconnaissance mutuelle

Pour limiter l'utilisation discriminatoire des mesures non tarifaires, les gouvernements sont allés au-delà du traitement national pour adopter des règles allant de la «concurrence en matière de réglementation» à l'«harmonisation» (Hussey et Kenyon, 2011). La reconnaissance mutuelle des réglementations intérieures est une approche de ce genre, adoptée notamment par l'Union européenne. En particulier, un membre de l'UE qui vend un produit à l'intérieur de ses frontières est censé respecter les prescriptions réglementaires en vigueur

dans les autres pays de l'Union (voir aussi la section D.3). En vertu du principe de la reconnaissance mutuelle, un gouvernement a toute souveraineté sur la réglementation technique applicable aux produits fabriqués localement, mais il a une capacité limitée d'étendre ses politiques à ses partenaires commerciaux ou de déterminer les caractéristiques des produits consommés dans le pays.

La reconnaissance mutuelle a des avantages et des coûts par rapport à la règle du traitement national examinée ci-dessus (Costinot, 2008). Prenons un exemple concret. Supposons qu'il y a une externalité liée à la consommation d'un produit national ou d'un produit étranger. En vertu du principe du traitement national (et si les gouvernements ne coordonnent pas leurs règlements techniques), le règlement d'un pays s'appliquera également aux produits du pays étranger. Il n'y a, en fait, qu'un règlement technique pour tous les produits «similaires». Dans ces conditions, le problème est qu'une partie du coût de l'application du règlement technique unifié est supporté par les producteurs étrangers, dont le bien-être n'est pas pris en compte par le gouvernement national. Il peut en résulter une réglementation excessivement rigoureuse. Comme le gouvernement internalise seulement les coûts des règlements pour les producteurs nationaux et non pour les producteurs étrangers, il donne plus de poids aux besoins des consommateurs nationaux.

En revanche, si les pays optent pour la reconnaissance mutuelle, les gouvernements peuvent être tentés d'adopter des règlements moins stricts, ce qui conduit à un «nivellement réglementaire par le bas», les règles ne tenant pas compte des externalités sur le marché étranger. Considérant les arbitrages qui caractérisent le traitement national et la reconnaissance mutuelle, Costinot (2008) identifie les conditions dans lesquelles une approche est supérieure à l'autre. Il constate, en particulier, que la règle du traitement national est plus efficace quand les produits échangés sont associés à un niveau d'externalités transfrontières élevé.

Les gouvernements peuvent également modifier l'accord pour remédier aux insuffisances de cette approche. Des normes minimales prénégociées peuvent permettre d'éviter des résultats extrêmes (et socialement inférieurs). Par exemple, en 1985, lorsque l'Union européenne a adopté la reconnaissance mutuelle de la législation des États membres concernant les produits, les directives de l'UE ont défini les «exigences essentielles» à respecter pour assurer la protection de la vie, de la santé et de l'environnement, etc., dans l'intention expresse d'éviter un nivellement réglementaire par le bas (Kommerskollegium, 2010).

Établissement d'un lien entre les droits de douane et les MNT dans les négociations commerciales

Les commentateurs ont avancé deux types d'arguments à l'appui de l'idée qu'il faudrait établir un lien, dans les négociations commerciales, entre les droits de douane et les mesures non tarifaires, par exemple, les règlements intérieurs relatifs à l'environnement et au travail. C'est ce qui est appelé ci-après l'argument du «grand marchandage» ou de la «mise en œuvre».

Selon l'argument du «grand marchandage», la coopération en matière de politiques tarifaires et non tarifaires est mutuellement avantageuse et se renforce

d'elle-même. Par conséquent, le fait de relier différentes mesures dans une grande négociation unique, par exemple, d'échanger un abaissement des droits de douane contre de nouveaux règlements sur l'environnement, peut aboutir à une coopération qui améliore le bien-être mutuel mieux que ne pourraient le faire des négociations séparées (Abrego *et al.*, 2001). Il est vrai que cet argument présente un certain intérêt, mais la liaison de différentes mesures et de différents domaines des politiques dans une même négociation se fait au prix d'une plus grande complexité. Par conséquent, la probabilité d'un succès peut dépendre aussi d'une meilleure articulation de cet environnement contractuel.

Le deuxième argument en faveur de la réglementation et de la liaison des mesures non tarifaires dans un accord commercial est la possibilité d'utiliser les droits de douane comme un moyen de faire respecter l'accord (Ederington, 2002 ; Limao, 2005 ; Spagnolo, 2001). Dans une situation où les gouvernements sont incités à recourir à des mesures internes pour manipuler les termes de l'échange, Ederington (2002) fait valoir que la rétorsion au moyen des droits de douane est le moyen le plus efficace d'imposer la coopération en matière de droits de douane et de mesures non tarifaires. En revanche, il n'est jamais efficace de permettre aux gouvernements de fausser leurs choix réglementaires à des fins d'accès aux marchés.

Dans une situation différente où la coopération réglementaire dans le domaine des mesures non tarifaires est avantageuse mais se heurte à un problème de mise en œuvre, l'inclusion de ces mesures dans un accord commercial peut être un moyen de punir les contrevenants et, par conséquent, d'accroître le bien-être (Spagnolo, 2001). Par ailleurs, l'établissement d'un lien entre les questions peut aller à l'encontre de l'ouverture commerciale. D'après Limao (2005), le fait de lier la réglementation des droits de douane et des MNT peut encore accroître le bien-être si les externalités transfrontières sont suffisamment importantes (c'est-à-dire si les politiques sont des compléments stratégiques).

Harmonisation

La section D définit l'harmonisation des mesures non tarifaires comme l'établissement de normes communes, telles que des normes techniques ou de sécurité, dans différentes juridictions. Elle porte essentiellement sur les effets de ces mesures communes sur le commerce. L'accent est mis ici sur une question de conception institutionnelle : dans quelles conditions l'harmonisation des MNT est-elle avantageuse pour les pays ?

Les économistes ont énoncé un principe simple pour comprendre les coûts et les avantages de l'harmonisation des politiques entre des juridictions différentes, appelé le Théorème de la décentralisation de Oates (Oates, 1972). Ce théorème pose qu'il y a un arbitrage fondamental dans l'établissement de politiques communes, telles que des règlements techniques harmonisés. Les avantages dépendent de l'importance des retombées transfrontières des politiques, par exemple, de l'impact d'un règlement national concernant l'environnement sur le bien-être des habitants d'autres pays. Les coûts dépendent de l'importance des différences de préférences politiques entre les pays. En particulier, le coût de l'harmonisation d'une mesure non tarifaire pour un pays est que la mesure commune s'écarte de la politique qu'il privilégie (c'est-à-dire

qu'il y a une perte de souveraineté nationale) et l'avantage est qu'une MNT harmonisée tient compte des incidences de la mesure sur le bien-être national et étranger (c'est-à-dire que les retombées des politiques sont internalisées).

Le Théorème de la décentralisation de Oates débouche sur une prédiction simple et intuitive qui peut servir de principe directeur aux décideurs. L'harmonisation des mesures non tarifaires est une réponse institutionnelle efficace dans tous les cas où les retombées transfrontières des politiques sont jugées importantes et où les différences de préférences politiques entre les pays sont peu prononcées. Birdsall et Lawrence (1999) soutiennent, par exemple, que l'intégration profonde avec des pays avancés peut procurer des avantages aux pays en développement en leur permettant d'importer de bonnes pratiques réglementaires, mais, en contrepartie, les gouvernements doivent supporter le coût de l'adoption de règles communes qui ne correspondent pas toujours à leurs préférences nationales et à leurs besoins. Ce cadre théorique donne donc aux négociateurs des indications importantes pour déterminer dans quels domaines des considérations de bien-être social peuvent justifier l'harmonisation des politiques.

Une question connexe est celle du cadre dans lequel cette harmonisation devrait s'effectuer. Vu que les mesures non tarifaires créent des externalités transfrontières, comme dans le cas des politiques relatives au changement climatique ou des normes concernant la sécurité sanitaire des aliments, une coopération internationale s'impose. Toutefois, cette coopération peut avoir lieu dans le cadre d'un accord sectoriel ou d'un organisme de normalisation, c'est-à-dire en dehors du champ de compétence de l'OMC. Dans le cas d'un accord commercial, la question est celle de la cohérence internationale. Il s'agit de savoir quel est le rapport entre les mesures environnementales ou les normes de sécurité sanitaire et les règles commerciales internationales. Nous reviendrons sur ce point dans les sections E.2 et E.4.

Une deuxième question est de savoir si l'harmonisation des mesures non tarifaires devrait se faire au niveau multilatéral ou au niveau régional/bilatéral (c'est-à-dire dans le cadre d'accords commerciaux préférentiels ou ACP). Le Rapport sur le commerce mondial 2011 (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2011b) montre qu'un nombre croissant d'ACP vont plus loin que les réductions tarifaires et établissent des règles communes concernant les MNT, notamment des normes harmonisées ou des procédures harmonisées d'évaluation de la conformité (pratiques observées dans plus de 40 pour cent d'un échantillon de 58 ACP étudiés). À la lumière de l'analyse qui précède, ce constat n'est pas étonnant. Les membres d'un ACP peuvent avoir des préférences politiques plus semblables et/ou enregistrer des retombées des politiques plus prononcées que l'ensemble des membres du système commercial multilatéral. Dans ces conditions, l'harmonisation au niveau régional pourrait offrir un niveau d'intégration intermédiaire approprié entre certains pays et le niveau mondial.

Toutefois, comme cela est expliqué dans le Rapport sur le commerce mondial 2011 (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2011b), les ACP ont aussi des effets systémiques liés à la segmentation des marchés qui pourraient entraîner une divergence des réglementations et avoir des effets négatifs sur le bien-être mondial. Par exemple, un arbitrage important étudié dans la littérature a trait au fait que l'harmonisation réglementaire entre des

pays ayant des niveaux de développement différents peut contribuer à la formation d'une structure commerciale « en étoile », au centre de laquelle se trouve le partenaire le plus important, dont les normes sont appliquées par les autres partenaires. Cette structure peut avoir un coût. Disdier, Fontagné et Cadot (2012) utilisent un modèle de gravité pour montrer que lorsque des partenaires commerciaux en développement prennent des mesures pour harmoniser leurs réglementations avec celle d'un partenaire développé, les échanges commerciaux avec les pays en développement diminuent.

2. Coopération dans des domaines spécifiques : mesures OTC/SPS et mesures relatives aux services

La section qui précède a présenté une analyse théorique des justifications économiques de la coopération sur les mesures non tarifaires dans les accords commerciaux. La présente section examine pourquoi et comment cette coopération entre les pays a lieu dans des domaines précis, en particulier les mesures SPS/OTC et la réglementation intérieure relative aux services.

(a) Coopération dans le domaine des mesures SPS/OTC

Les pays coopèrent dans le domaine des mesures SPS/OTC pour résoudre les problèmes d'information qui se posent quand les gouvernements tentent de trouver un équilibre entre l'effet restrictif des mesures sur le commerce et la réalisation de leurs objectifs de politique publique, et quand ils s'efforcent de suivre les meilleures pratiques dans le processus réglementaire. À cet égard, les pays coopèrent, entre autres, en définissant, en diffusant et en adoptant des approches communes de la réglementation. Ces activités, qui encouragent la coopération dans ce domaine, se déroulent dans différents cadres, tels que les Comités OTC et SPS, les arrangements de coopération en matière réglementaire et les organismes internationaux de normalisation. L'accent est mis ici sur la coopération dans la mise en œuvre des Accords OTC et SPS.

(i) Pourquoi les pays coopèrent-ils dans le domaine des mesures SPS/OTC ?

Les pays ont recours aux mesures SPS/OTC – qui comprennent les règlements techniques, les normes et les procédures d'évaluation de la conformité – pour atteindre des objectifs légitimes de politique publique, comme la protection de la santé des personnes et de l'environnement, ou la prévention de la propagation de maladies et de parasites. Les mesures adoptées pour atteindre les objectifs déclarés ont inévitablement des effets sur le commerce ; certaines peuvent être justifiées, mais d'autres peuvent être contestées au motif qu'elles sont discriminatoires, ou tout simplement qu'elles ne sont pas nécessaires pour réaliser l'objectif fixé. D'où la nécessité d'une discipline.

Les Accords OTC et SPS exigent que les Membres de l'OMC trouvent un équilibre entre la réalisation d'objectifs légitimes et les effets restrictifs sur le commerce de la conception et de la mise en œuvre des mesures. Ils doivent en particulier veiller à ce que les mesures ne soient pas plus

restrictives qu'il n'est nécessaire pour réaliser les objectifs visés, que leur effet restrictif soit proportionné au risque de non-réalisation des objectifs, qu'elles soient fondées sur des principes scientifiques et ne soient pas maintenues sans preuves scientifiques suffisantes, et qu'elles n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où les mêmes conditions existent.

Les Membres ont le pouvoir souverain de décider comment réglementer dans le cadre des Accords SPS/OTC. Mais ils n'ont pas toujours les renseignements ou les capacités nécessaires pour le faire efficacement. Ils peuvent en effet être confrontés, entre autres, à deux problèmes d'information. Premièrement, il se peut qu'ils ne sachent pas quelle mesure permettra le plus sûrement d'établir l'équilibre souhaité entre l'effet restrictif sur le commerce et la réalisation des objectifs. Deuxièmement, il se peut aussi qu'ils ne sachent pas comment élaborer et appliquer des mesures SPS/OTC tout au long du cycle réglementaire. L'opacité et la complexité de ces mesures, évoquées dans la section E.1, accroissent la difficulté.

En effet, les processus réglementaires et leurs incidences sont parfois difficiles à appréhender et les gouvernements ont souvent du mal à comprendre les besoins réglementaires et les coûts et les avantages de leurs interventions (Harrington *et al.*, 2000). Il se peut donc que les Membres utilisent une mesure SPS/OTC qui n'est ni efficace, ni efficiente au regard de leur objectif ou qui crée des obstacles non nécessaires au commerce international. S'ils imposent des mesures qui ne permettent pas d'établir l'équilibre prescrit par les accords, ils courent le risque d'être mis en cause au Comité OTC ou au Comité SPS, voire dans le cadre du règlement des différends.

La définition d'un critère de référence convenu au niveau international pour déterminer quelle réglementation sera efficace pour atteindre un objectif donné peut aider à résoudre le premier problème d'information. Ce critère de référence peut servir à déterminer si une mesure SPS/OTC répond bien à l'objectif visé ; toute mesure plus restrictive pour le commerce que le critère de référence peut poser problème. C'est pourquoi les Accords SPS/OTC encouragent vivement les Membres à aligner leurs mesures SPS/OTC sur les normes internationales pertinentes qui sont en principe élaborées à l'aide des meilleures connaissances scientifiques et techniques disponibles dans le monde au sujet d'un problème de politique particulier.

Pour remédier au deuxième problème d'information, il peut être utile de recourir à un ensemble convenu de mesures réglementaires définissant une intervention réglementaire efficace. Le fait d'avoir un langage réglementaire commun accroît la transparence et la prévisibilité des mesures SPS/OTC et offre des critères communs pour leur évaluation. Les Membres s'encouragent mutuellement à adopter des approches communes pour élaborer les mesures SPS/OTC, comme les « bonnes pratiques réglementaires », notamment dans le cadre des discussions des Comités.

(ii) Comment les pays coopèrent-ils dans le domaine des mesures SPS/OTC ?

Les Membres coopèrent d'au moins trois façons pour résoudre les problèmes d'information en rapport avec les mesures SPS/OTC : au niveau multilatéral, dans le cadre

des discussions des Comités OTC et SPS ; en utilisant les normes internationales comme base de leur réglementation ; et, plus généralement, en utilisant et en diffusant les bonnes pratiques réglementaires, et en renforçant la coopération réglementaire.

L'expression « bonnes pratiques réglementaires » n'est pas expressément employée dans les Accords SPS et OTC, mais dans leurs discussions, les deux Comités encouragent la « convergence réglementaire » par l'harmonisation des modalités d'élaboration des règlements entre les gouvernements.

Bonnes pratiques réglementaires et coopération en matière de réglementation

Même si elles sont conçues pour atteindre le même objectif de politique publique, toutes les réglementations ne sont pas équivalentes, et il y a des variations importantes entre les pays. Certaines différences sont certainement inévitables et peuvent même être nécessaires, mais l'expérience a permis de dégager quelques enseignements généraux sur la manière de réglementer efficacement tout au long du processus réglementaire. Ces enseignements sont repris, pour l'essentiel, dans les bonnes pratiques réglementaires.

L'expérience et les recommandations en la matière ont été recensées par des organismes tels que la Banque mondiale, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et le Forum de coopération économique Asie-Pacifique (APEC).¹³ Les bonnes pratiques réglementaires mettent l'accent, entre autres, sur un processus délibératif pour identifier les problèmes de politique publique, évaluer les coûts et les avantages de différentes mesures réglementaires (ou de l'absence

d'intervention), utiliser des analyses d'impact de la réglementation, recourir à une réglementation axée sur les résultats, assurer une coordination interne efficace des politiques (par rapport aux obligations dans le cadre de l'OMC), et garantir la transparence et l'ouverture pour faciliter la participation des intéressés au processus réglementaire. Ainsi, le recours aux bonnes pratiques réglementaires peut aider à améliorer l'efficacité de la réglementation en augmentant la transparence et l'ouverture du processus réglementaire et en soumettant la prise de décisions à une analyse d'impact et à un examen périodique.

La diffusion et l'utilisation à plus grande échelle des bonnes pratiques réglementaires peuvent, dans une certaine mesure, créer un cadre commun et prévisible dans lequel les pays peuvent inscrire leurs interventions réglementaires et qui les incite à parler le même « langage réglementaire ». C'est pourquoi les Membres de l'OMC concluent des arrangements de coopération réglementaire aux niveaux bilatéral et plurilatéral.¹⁴ La coopération réglementaire est un processus par lequel les responsables engagent un dialogue avec leurs homologues de différents gouvernements, dans un contexte formel ou informel, notamment en échangeant des renseignements sur les règles et les principes appliqués pour réglementer les marchés, l'objectif étant de formuler des règlements et des procédures d'essai plus compatibles et plus transparents, de simplifier et réduire les obstacles au commerce, et de permettre aux exportateurs de démontrer plus facilement et à un moindre coût qu'ils satisfont aux différentes prescriptions.

Les arrangements de coopération réglementaire entre pays comprennent, par exemple, des initiatives telles que le Partenariat transpacifique, le Conseil économique transatlantique, le forum UE-USA de haut niveau pour la

Encadré E.3 : Exemples de coopération réglementaire dans le domaine des OTC¹⁵

APEC : technologies vertes

Les membres du Forum de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) ont des objectifs communs en matière de commerce et de protection de l'environnement, qu'ils cherchent à atteindre en coopérant dans le domaine de la réglementation des nouvelles technologies environnementales. La réunion des ministres de l'APEC chargés du commerce, tenue en 2011, a souligné le rôle important de l'ouverture du commerce et de l'investissement dans la région Asie-Pacifique pour réaliser l'objectif commun de protection de l'environnement. La raison d'être de cette coopération est que la réduction des obstacles non nécessaires au commerce et à l'investissement dans le domaine des biens et services environnementaux permettrait de réduire leurs coûts et d'améliorer l'accès aux technologies vertes, ce qui contribuerait à la réalisation de l'objectif commun de protection de l'environnement.

Le Sous-Comité sur les normes et la conformité (SCSC) de l'APEC s'est attaché à promouvoir la coopération régionale dans le secteur des technologies vertes par l'échange de renseignements, l'amélioration de la transparence, et l'établissement d'une base pour l'utilisation des normes, des règlements techniques et des procédures d'évaluation de la conformité. Parmi ces initiatives, on peut citer l'initiative pour les normes et la conformité dans le domaine des technologies solaires, et l'initiative « bâtiments verts et croissance verte ». Dans ce contexte, les membres de l'APEC ont reconnu la nécessité de respecter les normes internationales, de promouvoir la reconnaissance mutuelle de la certification et d'accroître la participation des parties prenantes au processus de normalisation.

Plusieurs études de cas sur les technologies vertes, et en particulier sur les « bâtiments verts », ont été entreprises dans le cadre de ces initiatives et sont réalisées en coopération avec la Banque mondiale et le World Green Building Council. Dans ce contexte, il a été reconnu qu'il fallait améliorer la cohérence de la terminologie relative aux bâtiments verts pour accroître la transparence et permettre aux producteurs de mieux se conformer aux prescriptions des différents partenaires régionaux. Les acteurs publics et privés sont associés à l'élaboration des normes sur les bâtiments verts au sein de l'APEC. Le SCSC collabore aussi avec le Comité consultatif de l'ASEAN sur les normes et la qualité dans ce domaine.

Cette initiative montre comment la coopération réglementaire contribue à la réalisation d'un objectif commun à tous les membres de l'APEC – à savoir remédier aux défaillances du marché ayant des effets transfrontières en termes de pollution de l'environnement. Cet exemple montre aussi comment les pays s'orientent vers une coopération réglementaire dans le domaine des technologies vertes pour faire en sorte que les approches réglementaires futures contribuent à la protection de l'environnement et au commerce.

UE-Chine : jouets

RAPEX¹⁶-Chine est un mécanisme d'échange de renseignements en ligne entre la Chine et l'Union européenne qui vise à améliorer et régulariser la transmission de données sur l'administration et le respect des mesures relatives à la sécurité des produits. Cette initiative, née du mémorandum d'accord signé en 2006 entre la Direction générale de la santé et des consommateurs de la Commission européenne (DG SANCO) et l'Administration générale chinoise du contrôle de la qualité, de l'inspection et de la quarantaine (AQSIQ), est un élément de la coopération réglementaire entre l'Union européenne et la Chine.

Elle prévoit l'échange de renseignements entre la DG SANCO et l'AQSIQ au sujet des jouets d'origine chinoise qui ont été jugés dangereux et qui ont, par conséquent, été interdits ou retirés du marché européen (comme cela a été notifié à la Commission européenne via le RAPEX). De son côté, l'AQSIQ s'emploie à empêcher l'interdiction future de jouets chinois sur le marché européen et informe la Commission européenne des résultats des enquêtes menées en réponse aux notifications faites et des mesures adoptées.

Cette initiative a pour but d'assurer la qualité et la sécurité des produits de consommation, de protéger les droits et les intérêts des consommateurs, et de renforcer la confiance des consommateurs dans le contexte de la croissance des échanges entre la Chine et l'Union européenne. En outre, cette initiative vise à améliorer la coordination de la normalisation des jouets au niveau de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), et à sensibiliser la Chine aux prescriptions applicables aux jouets dans l'Union européenne. Elle comprend aussi des activités de coopération technique destinées à améliorer la qualité et la sécurité des produits. Le RAPEX-Chine aide à instaurer la confiance entre les organismes de réglementation et les consommateurs, à réduire les frictions commerciales et à créer une culture de sécurité des produits tout en maintenant un marché ouvert entre l'Union européenne et la Chine pour les jouets.

Cet exemple est intéressant parce qu'il montre comment un mécanisme original d'échange de renseignements permet de coopérer pour garantir la sécurité des jouets. La Chine et l'Union européenne ont des réglementations et des normes nationales différentes en matière de sécurité des jouets, car les préférences nationales en la matière sont différentes. Dans le cadre de cet arrangement, la coopération concerne dans une large mesure le commerce à sens unique des jouets de la Chine vers l'Union européenne. Cet arrangement d'échange de renseignements aurait pu être remplacé par une harmonisation avec les normes internationales, ou par l'alignement total des prescriptions techniques, mais ce n'est peut-être pas un objectif réaliste pour diverses raisons. En revanche, l'échange de renseignements permet à la Chine et à l'Union européenne de collaborer pour atteindre des objectifs communs en réduisant les asymétries de l'information.

coopération réglementaire, l'Arrangement de reconnaissance mutuelle transtasmanien, et les travaux menés dans des organisations comme l'Organisation régionale sud-asiatique de normalisation, l'APEC, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et la Commission économique pour l'Europe de l'ONU.¹⁷

Les accords de coopération réglementaire peuvent être une occasion d'influer sur la mise en œuvre des mesures SPS/OTC dans les autres pays. L'intégration des bonnes pratiques réglementaires dans ces accords facilite les discussions et l'échange de renseignements sur les mesures adoptées par les partenaires commerciaux, car elles fournissent des critères et un langage communs pour évaluer les mesures. Une fois formalisés, les arrangements permanents de coopération réglementaire (par exemple, le Conseil économique transatlantique constitué entre les États-Unis et l'Europe) peuvent accroître la certitude quant aux mesures réglementaires qu'un partenaire prendra dans l'avenir face à certains problèmes ou pour certains produits. En général, la coopération réglementaire a pour but d'instaurer la confiance entre les autorités de réglementation au sujet des systèmes réglementaires et

de leurs résultats. Cela aide à donner l'assurance que les mesures SPS/OTC et les procédures d'évaluation de la conformité établiront un bon équilibre entre les objectifs de politique publique et la restriction des échanges.

Il y a différents degrés de confiance, de formalité et d'engagement. Le niveau de base de la coopération est le simple échange de renseignements et le renforcement de la confiance, qui font baisser les coûts de transaction. Un niveau plus élevé de coopération consiste en la reconnaissance mutuelle des systèmes d'accréditation et des procédures d'essai, qui réduisent le coût des exportations en permettant d'évaluer la conformité avec les prescriptions des marchés d'exportation dans des laboratoires nationaux avant l'exportation. Les autres types d'arrangements impliquant des niveaux de confiance et d'engagement encore plus élevés comprennent la reconnaissance mutuelle des résultats de l'évaluation de la conformité, la reconnaissance mutuelle des règlements techniques (y compris la reconnaissance de l'équivalence) et l'harmonisation complète des règlements techniques et des procédures d'évaluation de la conformité qui y sont associées.

Comme on l'a vu dans la section E.1 (c) où il est question de la profondeur de l'intégration dans différentes approches des mesures non tarifaires, le degré d'ambition d'une activité de coopération réglementaire donnée peut varier en fonction de la situation des pays concernés.¹⁸ Par exemple, la coopération réglementaire entre deux grands partenaires commerciaux ayant des liens économiques étroits peut viser à l'harmonisation totale, ce qui conduit à un degré de convergence élevé. En revanche, la coopération réglementaire entre deux économies ayant des systèmes politiques et des niveaux de revenu et de développement différents peut avoir un niveau d'ambition plus modeste – par exemple, améliorer la compréhension et renforcer la confiance pour faciliter les échanges.

Le fait d'avoir des traditions réglementaires et des structures institutionnelles communes peut faciliter les formes approfondies de coopération réglementaire. Mais, les différences entre les pays ne font pas nécessairement obstacle à la coopération. En fait, elles peuvent stimuler l'innovation réglementaire qui accroît l'efficacité et réduit les coûts.¹⁹

Bien entendu, ces grandes catégories ne rendent pas compte de toutes les formes de coopération réglementaire, et de nombreux arrangements comportent des éléments de différentes catégories. Par exemple, une coopération réglementaire sectorielle a lieu entre les membres d'organisations régionales comme l'APEC et l'ASEAN, comportant différents mécanismes ayant des niveaux d'ambition progressifs dans le cadre d'un programme unique. Cela permet aux partenaires de coopérer d'une manière appropriée à leurs circonstances nationales.²⁰

Une nouvelle forme de coopération entre les États membres du Marché commun d'Afrique orientale et australe (COMESA), de la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) et de la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAA) a été lancée avec le Mécanisme tripartite sur les obstacles non tarifaires (ONT), qui permet aux exportateurs de présenter, sur une plate-forme Web, des plaintes concernant les mesures SPS/OTC sur les marchés d'exportation qui créent des difficultés commerciales; le système transmet ensuite les plaintes aux autorités nationales compétentes en vue d'un règlement par voie de consultations bilatérales entre les États membres concernés, ou par le biais des structures régionales compétentes (Kalenga, 2012).

L'Accord OTC et l'Accord SPS encouragent les Membres de l'OMC à coopérer. L'Accord SPS encourage la conclusion d'accords d'équivalence bilatéraux (voir l'encadré E.4 et la section B), dont deux ont été notifiés au Comité SPS. De même, l'Accord OTC encourage les Membres à conclure des accords de reconnaissance mutuelle des résultats de leurs procédures respectives d'évaluation de la conformité (voir la section D.4). Ces arrangements sont utiles car ils font baisser les coûts supportés par les exportateurs pour suivre l'évolution potentielle des politiques sur les marchés d'exportation (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2011b).

Normalisation internationale

L'élaboration de normes internationales est, par définition, une forme de coopération multilatérale. Les activités de normalisation sont un processus dans le cadre duquel les parties prenantes, y compris les gouvernements, coopèrent sur des questions susceptibles d'avoir une influence directe sur les mesures SPS/OTC. Le résultat – une norme internationale – est le fruit tangible de cette coopération et c'est essentiellement (dans le meilleur des cas) un moyen de codifier et de diffuser les connaissances scientifiques et techniques les plus récentes concernant un produit ou un problème de politique particulier.²¹

L'Accord OTC et l'Accord SPS encouragent vivement l'utilisation des normes internationales ainsi que la participation à leur élaboration. Ils créent une présomption réfutable selon laquelle les règlements qui sont conformes aux normes internationales pertinentes sont présumés dans le cas de l'Accord OTC, « ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international » et, dans le cas de l'Accord SPS, « être compatibles avec les ... dispositions de l'Accord ». ²²

Les normes internationales sont élaborées par des organismes gouvernementaux, des organismes non gouvernementaux (y compris pour les « normes privées ») et, parfois, par les deux à la fois. Alors que l'Accord SPS mentionne expressément trois organismes internationaux qui élaborent des normes internationales servant de référence, l'Accord OTC ne cite aucun organisme particulier à cet égard.²³ Cependant, les normes internationales ne sont pas la panacée, et le processus international de normalisation ne fonctionne pas toujours; cette question a été à l'origine de nombreuses discussions à l'OMC et pose un problème particulier aux Membres de l'OMC (ce point est examiné plus en détail dans la section E.4).

Procédures d'évaluation de la conformité

La coopération n'intervient pas seulement au stade de l'élaboration des normes; elle est utile aussi pour l'évaluation de la conformité et, plus précisément, pour faciliter la reconnaissance des résultats de l'évaluation de la conformité (par exemple, accords de reconnaissance mutuelle, accords d'équivalence et déclaration de conformité du fournisseur). Autrement dit, le fait de se conformer effectivement à une norme peut ne pas être suffisant – il faut aussi pouvoir en apporter la preuve pour donner confiance dans la qualité et la sécurité des produits exportés (de nombreux pays en développement manquent de capacités à cet égard²⁴). Les membres du Comité OTC ont commencé à examiner des directives pratiques indiquant comment choisir et concevoir des mécanismes efficaces et efficaces pouvant aider les pays à coopérer aussi dans le domaine de l'évaluation de la conformité.

Dans ce contexte, les systèmes régionaux et internationaux d'évaluation de la conformité peuvent aider à résoudre les problèmes liés à la multiplicité des procédures d'essai, de certification/enregistrement pour les commerçants et les entreprises – défi particulièrement difficile à relever pour les petites et moyennes entreprises

Encadré E.4: L'équivalence dans l'Accord SPS

L'Accord SPS crée un cadre qui favorise la convergence des politiques afin de limiter autant que possible les effets négatifs des mesures SPS sur le commerce, tout en contribuant à la diversité des politiques. À cet effet, l'Accord reconnaît expressément que, si les mesures peuvent varier parmi les partenaires commerciaux, cela ne signifie pas qu'elles n'assurent pas le même niveau approprié de protection. En effet, aux termes de l'Accord SPS, les partenaires commerciaux sont tenus d'accepter les mesures SPS comme équivalentes si le pays exportateur démontre objectivement qu'avec ses mesures le niveau approprié de protection dans le Membre importateur est atteint. L'équivalence peut être acceptée pour une mesure spécifique ou pour des mesures concernant un produit ou une catégorie de produits, ou à l'échelle des systèmes. L'Accord précise en outre que les pays exportateurs devraient faciliter ce processus en donnant accès aux pays importateurs à des fins d'inspection, d'essais et d'autres procédures.

Le niveau approprié de protection peut être atteint par différents moyens et les mesures adoptées par les pays peuvent diverger pour des raisons politiques et sanitaires. L'obligation de déterminer si les mesures sont équivalentes incite les pays à tirer parti de l'expérience de leurs partenaires commerciaux, ce qui peut ainsi contribuer au renforcement des capacités. Pourtant, compte tenu des prescriptions technologiques inhérentes à de nombreuses mesures SPS, les pays en développement peuvent hésiter à allouer des ressources à l'amélioration de leurs capacités SPS s'ils ne sont pas sûrs que leurs mesures SPS seront reconnues comme équivalentes.

Pour répondre aux préoccupations des pays en développement concernant l'application de l'équivalence, le Comité SPS a élaboré des directives (G/SPS/19/Rev.2), qui donnent des précisions sur le type de renseignements que devraient communiquer les Membres importateurs et les Membres exportateurs. Ces directives demandent en particulier aux pays importateurs d'identifier les risques pertinents, d'expliquer leur niveau approprié de protection, et de fournir une évaluation des risques ou une justification technique de leurs mesures. En outre, le texte indique que les pays importateurs devraient tenir compte de leurs antécédents commerciaux avec le pays exportateur car ces antécédents impliquent une certaine connaissance des infrastructures et des mesures. Les trois organisations sœurs – le Codex Alimentarius, l'Organisation mondiale de la santé animale et la Convention internationale pour la protection des végétaux – ont aussi élaboré des lignes directrices concernant l'équivalence dans leurs domaines de compétence respectifs.

Étant donné l'importance du dialogue entre les partenaires commerciaux pour l'application du concept d'équivalence, la transparence devrait jouer un rôle crucial. L'équivalence est un point permanent de l'ordre du jour du Comité SPS, qui a établi un modèle de notification demandant des renseignements sur les accords d'équivalence. Les pays importateurs qui ont accepté l'équivalence des mesures SPS d'autres pays devraient notifier les mesures pertinentes et les produits visés. À ce jour, seules deux notifications ont été présentées. Malgré le défaut de notification de la part des pays, les contributions présentées au Comité SPS par les trois organisations sœurs²⁵ concernant leur programme de travail sur l'équivalence améliorent la transparence des efforts multilatéraux dans ce domaine.

(PME). Au Comité OTC, les délégations ont récemment examiné les travaux de la Coopération internationale sur l'agrément des laboratoires d'essais (ILAC) et du Forum international de l'accréditation (IAF) comme étant des exemples utiles de la coopération internationale dans le domaine de l'évaluation de la conformité.²⁶

L'ILAC est l'autorité mondiale d'accréditation des laboratoires et organismes d'inspection, et l'IAF supervise l'accréditation dans les domaines de la certification des systèmes de gestion, du personnel et des produits. L'objectif des deux organisations est le même : obtenir un résultat d'évaluation de la conformité accepté sur tous les marchés. Les deux organisations utilisent principalement les arrangements multilatéraux de reconnaissance mutuelle conclus entre les organismes d'accréditation ayant pour objectif commun la création d'un système mondial unique d'évaluation de la conformité. Cela réduit les risques pour les entreprises, les organismes de réglementation et les consommateurs en leur garantissant la fiabilité des services accrédités. Dans le cadre du sixième examen triennal en cours de l'Accord OTC, une

proposition des États-Unis²⁷ a amené les Membres à examiner comment leur expérience de l'utilisation de ces deux systèmes internationaux d'évaluation de la conformité peut servir à renforcer la mise en œuvre de l'Accord OTC.

Comité OTC et Comité SPS

Le Comité OTC et le Comité SPS donnent aux Membres de l'OMC la possibilité d'examiner des mesures SPS/OTC spécifiques, et des questions de nature plus générale, comme les bonnes pratiques réglementaires, les normes internationales et la transparence. Pour ce qui est des bonnes pratiques réglementaires, les Membres partagent des renseignements sur leur élaboration et leur application. Les Membres ont souligné que les règlements élaborés dans l'esprit des bonnes pratiques réglementaires ont plus de chances d'atteindre leurs objectifs de politique publique et risquent moins d'obéir à des considérations de compétitivité.²⁸ Les deux comités ont régulièrement des discussions sur les normes internationales et reçoivent des informations des

organismes à activité normative ayant le statut d'observateur.

Les Membres de l'OMC examinent aussi des problèmes commerciaux spécifiques (voir les sections B.2 et C.2) dans les Comités SPS/OTC. Dans certains cas, il s'agit simplement de clarifier la portée ou le statut d'une mesure, et dans d'autres, il est question des effets discriminatoires ou restrictifs pour le commerce, réels ou perçus, de mesures projetées ou appliquées. Ces discussions encouragent les Membres à prendre comme repères les normes internationales et à utiliser les bonnes pratiques réglementaires pour formuler leurs mesures, favorisant ainsi la convergence réglementaire. Ainsi, plus d'un tiers des 330 problèmes commerciaux soulevés au Comité OTC depuis 1995 concernent d'une manière ou d'une autre les normes internationales.

Les problèmes soulevés aux Comités SPS/OTC portent notamment sur le point de savoir si une norme internationale a été utilisée comme base d'une mesure particulière ; si les Membres se sont écartés des normes internationales pertinentes ; ou s'il existe une directive internationale pertinente. En outre, la plupart des problèmes commerciaux spécifiques soulevés au Comité OTC sont indirectement liés à l'utilisation ou à la non-utilisation des bonnes pratiques réglementaires pour une mesure donnée – par exemple en ce qui concerne sa justification, sa transparence (consultation publique) ou la conception réglementaire et l'évaluation de leur incidence sur le commerce (par exemple, au moyen d'une analyse d'impact de la réglementation). Au Comité SPS, l'examen des problèmes commerciaux spécifiques porte sur des questions analogues et la même proportion de problèmes font explicitement référence aux normes internationales. Sur les 327 problèmes commerciaux spécifiques soulevés au Comité SPS depuis 1995, près d'un tiers concernent des normes internationales. La plus forte proportion de problèmes (environ 40 pour cent) concerne la santé animale et les zoonoses.²⁹ La sécurité sanitaire des produits alimentaires et la préservation des végétaux représentent chacune environ un quart des problèmes restants.

L'examen multilatéral des problèmes commerciaux aux Comités SPS et OTC aide à mettre en lumière les mesures SPS/OTC potentiellement problématiques, et encourage les Membres de l'OMC à ne pas adopter des mesures inutilement restrictives pour le commerce, qui outrepassent les normes ou ne suivent pas les meilleures pratiques. De plus, les Membres dont les mesures sont contestées communiquent souvent des renseignements ou des mises à jour ce qui accroît la transparence des mesures SPS/OTC et des processus réglementaires (voir la série G/SPS/GEN/204/ et la série G/TBT/GEN/74/). Par ailleurs, les renseignements sur les effets d'une mesure sur le commerce peuvent aider les Membres à identifier les lacunes réglementaires et à développer encore les bonnes pratiques réglementaires. Cette question est examinée de plus près dans la section E.4.

Les deux comités donnent aussi aux Membres la possibilité de présenter les mesures SPS/OTC projetées. Les Accords OTC et SPS obligent les Membres à notifier au Secrétariat de l'OMC les nouvelles mesures projetées

qui ne sont pas compatibles avec les normes internationales pertinentes, et cela peut avoir «un effet notable sur le commerce». Ces notifications contiennent des renseignements sur les produits visés par les mesures et sur les objectifs et la justification des mesures. Elles permettent aussi aux autres Membres de formuler des observations sur la conception des mesures.

Depuis 1995, les Comité OTC et SPS ont pris des décisions et fait des recommandations³⁰ pour étendre les obligations de notification énoncées dans les accords pertinents, dans le but d'accroître encore la transparence des mesures et de donner aux Membres un meilleur accès aux renseignements contenus ou mentionnés dans les notifications. Ils ont, par exemple, donné des orientations aux Membres sur les types de mesures à notifier et recommandé des délais pour la présentation des notifications, pour la formulation d'observations (60 jours au moins) et pour l'entrée en vigueur (au moins six mois à compter de la fin du délai prévu pour la formulation d'observations), et ils ont établi des procédures pour la présentation du texte intégral des mesures SPS/OTC dans plusieurs langues. Les autres décisions et recommandations visent notamment à encourager les Membres à répondre aux observations et à en tenir compte lors de la finalisation des mesures, et à établir des portails Web pour que le Secrétariat puisse diffuser des renseignements sur les mesures SPS/OTC.³¹

(b) Coopération dans le domaine des mesures relatives aux services

Comme on l'a expliqué dans la section B.3, la réglementation est la principale limite à l'accès aux marchés du fait de la nature même des services. Tout d'abord, l'application d'un droit de douane à la fourniture internationale de services est pratiquement impossible. La protection du commerce des services, lorsqu'elle existe, est inscrite dans les lois, les règlements, les procédures, les décisions, les mesures administratives et les autres mesures de ce genre. Bien souvent, les règlements relatifs aux services ne sont pas essentiellement axés sur le commerce, mais ils peuvent avoir des effets non nécessaires de distorsion et de restriction des échanges dans certains cas. Il est très difficile de faire la distinction entre les règlements légitimes et ceux qui sont considérés comme protectionnistes. Les sous-sections suivantes examinent comment les pays coopèrent dans le domaine des services selon le type de mesure concernée.

(i) *Comment les pays coopèrent-ils dans le domaine du commerce des services ?*

Pour faciliter la coopération, les accords sur le commerce des services, et tout particulièrement l'AGCS, distinguent trois types de mesures relatives aux services, à savoir :

- (i) les mesures qui restreignent l'accès aux marchés en imposant des restrictions quantitatives et des prescriptions concernant la forme juridique (restrictions à l'entrée du fournisseur de services ou limitation de la quantité de services fournis) ;

- (ii) les mesures qui établissent une discrimination à l'égard des services et des fournisseurs de services étrangers en modifiant les conditions de concurrence en faveur des services et des fournisseurs de services nationaux³²;
- (iii) les réglementations intérieures qui sont de nature non discriminatoire et non quantitative.

La volonté des pays de coopérer dans le domaine du commerce des services varie en fonction des mesures concernées. L'AGCS définit les mesures des catégories (i) et (ii) comme des limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national qui doivent être réduites ou éliminées dans le cadre de séries de négociations successives. En revanche, les mesures de la catégorie (iii), à part certaines obligations générales au titre de l'AGCS, n'ont généralement pas fait l'objet de disciplines commerciales. L'article VI:4 de l'AGCS prescrit cependant de négocier des disciplines pour certaines réglementations intérieures, à savoir les mesures relatives aux licences, aux qualifications et aux normes techniques. La négociation de ces disciplines est justifiée par des raisons qui ne sont pas très différentes de celles qui sont évoquées dans les Accords OTC et SPS, l'objectif étant de faire en sorte que les procédures et prescriptions en matière de licences et de qualifications, ainsi que les normes techniques, ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services.

Bien qu'il y ait de grandes similitudes entre les Accords OTC et SPS, et le type de disciplines relatives à la réglementation intérieure qui sont négociées au titre de l'article VI:4 de l'AGCS, le cadre de l'AGCS pour la coopération réglementaire dans le domaine des services, mis à part les négociations sur des engagements spécifiques, en est encore à un stade embryonnaire. L'analyse qui suit examine dans quelle mesure on peut dire qu'il y a effectivement une coopération sur chacune de ces grandes catégories de mesures en ce qui concerne la mise en œuvre et le fonctionnement de l'accord. S'agissant de la réglementation intérieure relevant de la catégorie (iii), il convient de noter que l'accent est mis sur les mesures pour lesquelles des disciplines sont en cours de négociation, car les motifs, les questions et les problèmes sont très semblables à ceux qui sont mentionnés dans les Accords OTC et SPS.

(ii) Coopération en matière de libéralisation progressive

La section B.3 (c) a déjà expliqué pourquoi les restrictions quantitatives et les mesures discriminatoires sont les mesures qui ont le plus d'effets de distorsion des échanges, justifiant encore plus une coopération. En principe, cette coopération a lieu par le biais de négociations visant à supprimer les limitations concernant l'accès aux marchés et la discrimination dans le traitement national. Les résultats de ces négociations sont consolidés dans un instrument juridique qui peut accroître la crédibilité des réformes en cours et futures, car son abrogation serait coûteuse.

Dans le cas de l'AGCS, la coopération sur les mesures des catégories (i) et (ii) amène les Membres de l'OMC à

s'engager à garantir un niveau minimal d'accès aux marchés et de traitement national pour chaque secteur inscrit dans sa liste d'engagements. Les listes d'engagements spécifiques concernant les services ont donc une fonction analogue à celle des listes de concessions tarifaires concernant les marchandises dans la mesure où elles facilitent la coopération par une négociation réciproque. Dans le cas du commerce des services, les négociations ont lieu sur la base de demandes et d'offres entre des paires ou des groupes de Membres de l'OMC qui ont des intérêts ou des besoins communs, et pourraient être considérées comme un cadre de coopération.

La volonté des Membres de l'OMC de coopérer pour supprimer les limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national peut s'expliquer par des raisons d'économie politique dont certaines ont été examinées dans les sections B.3 et E.1. On notera que, comme l'indiquent Roy *et al.* (2007), l'expérience de l'AGCS et des accords commerciaux préférentiels concerne principalement les engagements de libéralisation relatifs à l'entrée sur le marché et à la discrimination, et non les autres aspects des régimes ou des pratiques réglementaires des Membres.

En fait, cette approche était voulue par l'AGCS, ce qui explique pourquoi il était nécessaire d'avoir un mandat distinct pour la négociation de disciplines concernant la réglementation intérieure. Ainsi, lorsqu'un Membre de l'OMC supprime une limitation concernant le nombre de fournisseurs de services étrangers qui peuvent opérer sur son territoire, les autres types de réglementation ne sont pas touchés.

L'organisme de réglementation peut quand même exiger que le fournisseur obtienne une licence pour fournir ses services, ce qui peut nécessiter le respect de prescriptions de fond et de procédure. Les employés du fournisseur de services peuvent devoir remplir certaines conditions en matière de qualifications. Le fournisseur lui-même peut être tenu de veiller à ce que les services fournis soient conformes à certaines prescriptions techniques. En outre, toute activité commerciale serait soumise à une réglementation sur l'environnement, la santé, la sécurité et le travail. Toutes ces mesures non discriminatoires, qui figurent généralement dans les régimes de licences et de qualifications, doivent souvent être respectées préalablement à l'autorisation de fournir un service. Elles peuvent donc avoir une grande incidence sur l'accès aux marchés de services, mais elles ne feraient pas l'objet de négociations sur une libéralisation progressive.

En particulier, les réglementations intérieures qui prévoient des procédures contraignantes et/ou opaques et des critères subjectifs ou impartiaux en matière de licences et de qualifications et des prescriptions et formalités administratives pesantes peuvent constituer des obstacles au commerce des services, même si elles ne visent pas directement le commerce. La diversité des systèmes réglementaires et des normes sur les marchés internationaux peut augmenter considérablement le coût de la mise en conformité pour les fournisseurs de services

et agir comme un obstacle indirect à la fourniture de services, même lorsqu'il n'existe pas de restrictions à l'accès aux marchés ou de mesures discriminatoires. C'est pourquoi le cadre de l'AGCS pour la coopération devait aller au-delà de la suppression des limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national relevant des catégories (i) et (ii), pour aborder des aspects particuliers de la réglementation intérieure.

(iii) Coopération en matière de réglementation intérieure

Si la théorie économique à l'appui de la coopération dans le cadre de l'AGCS diffère en partie de celle qui s'applique dans le cadre du GATT (voir l'encadré E.1), les deux ont une grande ressemblance qui est examinée ici. Le problème de la substitution des mesures, analysé dans la section E.1 dans le cas du commerce des marchandises, pourrait s'appliquer aussi au commerce des services.

Quand des Membres de l'OMC prennent des engagements pour les mesures relatives aux services des catégories (i) et (ii), les gouvernements peuvent être incités à modifier la réglementation intérieure ou à l'appliquer d'une manière particulièrement restrictive (mesures visées à l'article VI:4, décrites plus haut). Dans la pratique, le problème peut se poser différemment dans le domaine du commerce des services par rapport au commerce des marchandises car il y a un écart important entre les consolidations au titre de l'AGCS et les mesures effectives. L'incitation à utiliser la réglementation intérieure comme un autre moyen de limiter l'accès aux marchés ou le traitement national est moins forte, car les Membres peuvent modifier leur régime jusqu'au niveau de la consolidation. En fait, la substitution de mesures dans les services peut aussi se produire en sens inverse. Les gouvernements qui n'ont pas de réglementation et de capacité d'exécution adéquates peuvent être réticents à ouvrir le marché et, ainsi, maintenir des restrictions à l'accès au marché.

À la différence des Accords OTC et SPS, l'AGCS doit encore élaborer intégralement un cadre pour la coopération en matière de réglementation intérieure dans le secteur des services. Il prévoit, à l'article VI:4, la négociation des disciplines nécessaires pour faire en sorte que les mesures en rapport avec certains types de réglementations – prescriptions et procédures en matière de qualifications et de licences, normes techniques – soient, entre autres, fondées sur des critères transparents et objectifs et ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité des services. La Décision sur la réglementation intérieure (S/L/70) indique trois secteurs distincts pour l'élaboration des disciplines nécessaires: (i) les disciplines d'application générale (les disciplines horizontales applicables à tous les secteurs); (ii) les disciplines relatives à des secteurs ou groupes de secteurs particuliers; et (iii) les disciplines concernant les services professionnels.

En 1998, les Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables (S/L/64) ont été adoptées par le Conseil du commerce des services de l'OMC. La décision pertinente du Conseil

(S/L/63) dispose que les «disciplines relatives aux services comptables» s'appliquent uniquement aux Membres de l'OMC ayant des engagements spécifiques sur les services comptables. Ces disciplines devront être intégrées dans l'AGCS, ainsi que tous les nouveaux résultats que le Groupe de travail de la réglementation intérieure pourrait obtenir dans l'intervalle, à l'issue de la série de négociations commerciales en cours.

Après les disciplines relatives aux services comptables, les Membres ont entrepris de négocier des «disciplines horizontales», mais cela n'excluait pas d'éventuels travaux futurs sur des «disciplines sectorielles». Les questions relatives à la négociation de disciplines horizontales sont abordées plus loin dans cette section. Il convient de noter que les Membres ont déjà certaines obligations générales en matière de coopération – en particulier en ce qui concerne la transparence et les procédures administratives – et que les disciplines doivent s'appuyer sur ces obligations. Les sous-sections suivantes examinent comment elles ont été utilisées et quel type de coopération serait exigé par les disciplines en matière de réglementation intérieure.

Disciplines et mécanismes existants

L'article III de l'AGCS exige que les Membres de l'OMC publient toutes les mesures visant ou affectant le fonctionnement de l'Accord. En outre, les Membres ont l'obligation de publier toutes les lois, réglementations ou directives administratives qui affectent notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques qu'ils ont pris. Les Membres doivent aussi établir des points d'information chargés de fournir des renseignements spécifiques aux Membres qui en font la demande. Si elles sont pleinement respectées, les obligations de notification peuvent être un bon moyen d'améliorer l'échange de renseignements et d'aborder le sujet de la transparence des réglementations dans le domaine des services. Mais, dans la pratique, il est difficile de faire respecter ces obligations et ce, pour plusieurs raisons, qui sont exposées dans la section C et dans la section E.4 (b).

Les autres prescriptions en matière de transparence concernent la reconnaissance de l'éducation ou de l'expérience acquise, des conditions qui ont été remplies, ou des licences ou certificats accordés à un fournisseur de services dans un pays donné. L'article VII de l'AGCS n'énonce aucune prescription de fond quant aux modalités de la reconnaissance mais il exige la notification des mesures de reconnaissance existantes, ainsi que l'ouverture de nouvelles négociations, le cas échéant. Dans ce cas, il faut ménager à tout autre Membre une possibilité adéquate de faire savoir s'il souhaite participer aux négociations. Cependant, comme dans le cas de l'obligation de notification énoncée à l'article III, le respect de cette prescription est limité.

Les Membres de l'OMC ont toutefois adopté un ensemble de lignes directrices non contraignantes pour les accords ou arrangements de reconnaissance mutuelle dans le secteur des services comptables. Ces lignes directrices portent sur la conduite des négociations, les obligations pertinentes au titre de l'AGCS ainsi que la forme et la

teneur des accords. L'objectif est de faciliter, pour les parties, la négociation d'accords de reconnaissance et, pour les tiers, la négociation de leur accession à ces accords ou la négociation d'accords comparables.

Outre la transparence, une coopération est exigée aussi pour l'administration de la réglementation intérieure. Ces dispositions, qui figurent à l'article VI de l'AGCS, visent à garantir la régularité de la procédure et l'ouverture du processus de prise de décisions. Par exemple, toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services pour lesquelles des engagements ont été pris doivent être administrées d'une manière raisonnable, objective et transparente. Des renseignements doivent être fournis sur l'état des demandes d'autorisation pour la fourniture d'un service. Lorsque des engagements spécifiques concernant des services professionnels ont été contractés, des procédures adéquates doivent être prévues pour vérifier la compétence des professionnels d'un autre pays. Bien que ces dispositions de l'AGCS donnent à penser que les Membres de l'OMC ont estimé qu'il était nécessaire de coopérer sur les questions réglementaires affectant le commerce des services, il est difficile de savoir dans quelle mesure ces dispositions ont été appliquées.

Cependant, l'adoption des Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables (S/L/64) par le Conseil du commerce des services en décembre 1998 a été un résultat très important. Ces disciplines doivent être intégrées dans l'AGCS ainsi que tous les nouveaux résultats que le Groupe de travail de la réglementation intérieure aura obtenu, à l'issue de la série de négociations en cours. Elles mettent principalement l'accent sur les réglementations (non discriminatoires) qui n'ont pas à être inscrites dans les listes au titre de l'article XVI (accès aux marchés) et de l'article XVII (traitement national). En outre, ces disciplines comportent une disposition exigeant que les Membres de l'OMC fassent en sorte que ces «mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime». Parmi les objectifs légitimes figurent la protection des consommateurs (y compris tous les utilisateurs de services comptables et le public en général), la qualité du service, la compétence professionnelle et l'intégrité de la profession.

Élaboration de nouvelles disciplines

Hormis le fait qu'il exige le respect des obligations mentionnées ci-dessus et des disciplines relatives aux comptables, l'AGCS n'est pas allé beaucoup plus loin dans l'imposition de disciplines commerciales concernant la réglementation intérieure non discriminatoire. Pourtant, les Membres de l'OMC ont reconnu la nécessité de coopérer sur les questions réglementaires en définissant un mandat à l'article VI.4 pour les disciplines relatives à la réglementation intérieure. Il a été très difficile de parvenir à un accord sur la portée et l'ambition appropriées de ces disciplines. Le principal problème était de distinguer les prescriptions visant à réaliser un objectif légitime de celles qui visent à restreindre les échanges. Certains Membres ont préconisé l'utilisation d'un critère de nécessité, tandis que d'autres ont estimé qu'un tel critère

serait trop contraignant et restreindrait indûment la liberté des autorités de réglementation. La section B montre combien il est difficile de répondre à cette question dans le cas du commerce des services, vu le nombre relativement limité de travaux théoriques et empiriques en la matière.

Cela pose aussi la question de savoir dans quelle mesure les gouvernements pourraient coopérer pour limiter au maximum les effets négatifs liés à la réglementation intérieure, face à la grande diversité des réglementations sectorielles et nationales. À cet égard, il est utile de se référer aux Accords OTC et SPS, dans le cadre desquels la coopération vise surtout à encourager les Membres à éliminer ou limiter les prescriptions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs de politique générale visés. Des mécanismes analogues pourraient être utilisés dans le cas des services. Il pourrait s'agir de dispositions plus strictes en matière de transparence, d'une présomption générale en faveur des normes internationales, et d'un cadre institutionnel pour le suivi et l'échange de renseignements. Les deux accords contiennent en outre un critère de nécessité qui a été très controversé dans les négociations sur la réglementation intérieure (voir la section E.4 (e) (iii)).³³

Malgré ces similitudes, il y a une différence essentielle, qui est que les services sont immatériels et que l'on ne peut donc pas les échantillonner, les tester ou les inspecter. En conséquence, les procédures et méthodes utilisées dans le cas des mesures OTC et SPS sont difficiles à appliquer aux services – par exemple, l'élaboration de normes scientifiques au moyen d'essais en laboratoire est plus complexe, voire tout simplement impossible. Cela donne à penser que, bien souvent, l'évaluation, la vérification et l'assurance de la conformité ne peuvent pas porter sur le service en lui-même et doivent donc porter sur le fournisseur du service. Puisque le «produit» n'est pas facile à examiner, il est probable que la précaution réglementaire sera plus grande pour les services que pour les marchandises, et qu'il sera plus difficile de fixer un niveau de tolérance au risque généralement acceptable.

On trouvera ci-après une description des questions sur lesquelles la coopération entre les pays est souhaitée dans le contexte des négociations sur la réglementation intérieure. Il convient de noter que, dans les négociations sur les services, les questions relatives à la transparence, à l'objectivité et à la simplification des procédures sont abordées séparément.

Transparence

Les négociations visent à faire en sorte que les renseignements sur les prescriptions et les procédures réglementaires soient accessibles à toutes les parties concernées. Cela inclut: la publication et la disponibilité des renseignements relatifs aux réglementations et procédures; la spécification des délais raisonnables pour répondre aux demandes de licences; les renseignements sur les raisons pour lesquelles une demande a été rejetée; et la notification indiquant les renseignements manquants dans une demande. Sont aussi inclus la spécification des délais raisonnables pour répondre aux

demandes, et les renseignements sur les procédures de réexamen des décisions administratives.

Les nouvelles disciplines relatives à la réglementation intérieure s'inspirent et tiennent compte des dispositions de l'article III de l'AGCS concernant la publication et la notification des mesures (voir aussi la section E.4). Un accord sur des dispositions en matière de transparence contribuerait à réduire les asymétries de l'information qui existent dans les secteurs de services, et donnerait une plus grande certitude aux fournisseurs de services.

Impartialité et objectivité

Les fournisseurs de services veulent généralement avoir l'assurance que les évaluations faites par les autorités de réglementation et de surveillance pour donner l'autorisation de fournir un service, si celle-ci est exigée, seront conduites de manière raisonnable, impartiale et objective. Il est aussi largement admis que, pour obtenir de meilleurs résultats, les décisions doivent être prises indépendamment de tout intérêt commercial ou de toute influence politique. À cet égard, la formulation de critères et de procédures précis peut être d'une importance cruciale pour éviter l'excès de pouvoir discrétionnaire et aider à garantir le caractère raisonnable, impartial et objectif du processus réglementaire.

Simplification des procédures

La longueur et la complexité des procédures d'examen des demandes d'autorisation pour la fourniture d'un service peuvent dissuader les fournisseurs de services de chercher à accéder au marché d'un Membre. Cette complexité peut aussi dissimuler des intentions protectionnistes. La simplification des procédures facilitera les activités des fournisseurs de services et réduira les risques de protectionnisme occulte.

Néanmoins, dans de nombreux secteurs des services, il se peut que les caractéristiques du service fourni ne permettent pas d'adopter des procédures très simples. Par exemple, plusieurs autorités peuvent être appelées à intervenir pour garantir la qualité du service, éviter tout effet négatif sur l'environnement ou permettre des consultations publiques. La complexité d'une procédure doit donc être considérée dans son contexte. La question de la simplification est liée à la certitude des procédures. Normalement, les fournisseurs de services s'attendent à ce que les critères d'évaluation ne soient pas modifiés pendant l'examen de leur demande. Si cela est inévitable, les requérants doivent disposer d'un délai raisonnable pour s'adapter aux procédures ou aux critères modifiés.

Reconnaissance de l'équivalence

Pour faire en sorte que les fournisseurs de services étrangers respectent les prescriptions en matière de qualifications et les autres normes imposées aux fournisseurs d'origine nationale, il est souvent demandé aux autorités de réglementation d'évaluer l'équivalence des qualifications acquises dans le pays et à l'étranger. Dans de nombreux cas, elles peuvent exiger que les étrangers qui demandent une licence ou une autre forme d'autorisation pour fournir un service subissent des tests

ou remplissent certaines conditions pour démontrer l'équivalence. Ces tests étant imposés pour s'assurer qu'une norme nationale est respectée, ils peuvent être considérés comme une réglementation intérieure. Les négociations sur les disciplines au titre de l'article VI.4 ont achoppé sur la question de savoir comment faire en sorte que ces prescriptions ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service. Dans ces cas, les autorités de réglementation pourraient être obligées de tenir compte des qualifications déjà acquises dans le pays d'origine des fournisseurs de services étrangers et de modifier en conséquence toutes prescriptions additionnelles qui leur sont imposées.

La notion d'équivalence a déjà été utilisée dans la section des Disciplines relatives aux services comptables concernant les prescriptions en matière de qualifications, à l'article 2.7 de l'Accord OTC et à l'article 4:11 de l'Accord SPS. Pour compléter ce principe, les gouvernements sont encouragés à négocier des accords pour accepter l'équivalence des qualifications obtenues dans d'autres juridictions ou à reconnaître unilatéralement l'équivalence.³⁴

Normes internationales

L'acceptation des normes internationales peut faciliter l'évaluation des qualifications obtenues à l'étranger et aider à promouvoir le commerce des services. Les gouvernements qui participent à l'élaboration de normes au niveau international devraient veiller à ce que cela se fasse de la manière la plus transparente possible afin d'éviter le risque de « capture » par les groupes d'intérêts particuliers. L'article VI:5 (b) de l'AGCS dispose que, pour déterminer si les prescriptions sont compatibles avec les principes de nécessité, de transparence et d'objectivité, on tiendra compte des normes internationales des organisations internationales compétentes appliquées par les Membres de l'OMC.

L'expression « organisations internationales compétentes » s'entend des organismes internationaux auxquels peuvent adhérer les organismes compétents de tous les Membres de l'OMC au moins. Les Accords OTC et SPS contiennent déjà une forte présomption en faveur des normes internationales. Dans le domaine des services, une présomption analogue est fortement encouragée, mais il existe des obstacles importants. Tout d'abord, les normes internationales sont moins courantes pour les services que pour les marchandises. La nature exacte des normes techniques applicables aux services appelle aussi quelques questions : s'agit-il surtout de normes de produit, de normes de procédé, ou des deux à la fois ? Et dans quelle mesure une discipline commerciale pourrait-elle couvrir les normes volontaires publiées par des organismes non gouvernementaux sans aucune délégation de pouvoir ? Dans le contexte des OTC, on distingue les « normes », qui sont des mesures volontaires, et les « règlements techniques », qui sont obligatoires. Cette distinction n'existe pas dans l'AGCS.

La coopération ne suffit pas en soi pour remédier à toutes les externalités pouvant résulter de la divergence des réglementations. La relative rareté des normes internationales dans le domaine des services par rapport

aux marchandises témoigne en partie des différences de préférences réglementaires. Dans ce contexte, les divergences réglementaires entre les juridictions pourraient bien être la conséquence directe d'une préférence pour un objectif particulier et du degré de réalisation de cet objectif. On ne voit pas pourquoi les pays voudraient faire un compromis sur la réalisation d'un objectif réglementaire qui est jugé légitime et nécessaire. Au mieux, une coopération pourrait être envisagée pour trouver les moyens les moins restrictifs pour le commerce d'atteindre cet objectif, ou des moyens d'aider les fournisseurs de services à respecter des normes particulières ou d'autres prescriptions de fond.

La coopération en matière de réglementation intérieure dans le domaine des services nécessiterait à la fois une intégration négative, c'est-à-dire l'interdiction commune de certaines pratiques, et/ou le respect de certains principes. Elle devrait être complétée par des mesures positives visant à aider les autorités de réglementation à mieux comprendre les normes et les prescriptions qu'elles ne connaissent pas et à s'y fier.

La coopération dans ce domaine peut donc nécessiter au moins trois types de mesures : (i) l'établissement d'un cadre de règles approprié pour faire en sorte que la réglementation intérieure ne constitue pas un obstacle non nécessaire au commerce des services ; (ii) la promotion de l'utilisation des instruments commerciaux pour une réglementation favorable à la concurrence ; et (iii) le renforcement des capacités réglementaires dans le domaine du commerce des services. La première de ces mesures est déjà abordée dans les négociations sur la réglementation intérieure au titre de l'article VI:4 de l'AGCS. Les deux autres points d'action exigent une plus grande coopération réglementaire entre les organismes et les organisations internationales, qui pourrait être liée à une coopération technique visant à remédier aux contraintes réglementaires du côté de l'offre. Ces points sont examinés en détail dans la section E.4.

(iv) Autres formes de coopération

C'est dans le secteur des télécommunications que la coopération entre les autorités de réglementation a été la plus évidente. Le Document de référence, qui énonce un ensemble de principes favorables à la concurrence et qui va au-delà des éléments du mandat énoncé à l'article VI:4 de l'AGCS, est un résultat majeur de l'Accord de 1997 sur les télécommunications de base. Il a aidé à façonner l'environnement réglementaire des télécommunications en définissant un ensemble de principes portant sur des questions telles que les sauvegardes en matière de concurrence, les garanties d'interconnexion, la transparence des régimes de licences et l'indépendance des autorités de réglementation.

À la différence d'une obligation générale, cet instrument entre en vigueur lorsqu'un Membre de l'OMC l'annexe à sa liste d'engagements spécifiques. Au sens strict, il traite d'un éventail de questions réglementaires plus large que celui qui figure dans le mandat de l'article VI:4. Il est mentionné ici parce qu'il donne un exemple utile de coopération réglementaire, qui pourrait peut-être être reproduit dans d'autres secteurs. L'approche du

Document de référence, qui fait l'objet d'engagements additionnels (article XVIII), pourrait aussi servir de modèle pour la coopération sur d'autres questions réglementaires, y compris les disciplines relatives à la réglementation intérieure prévues à l'article VI:4. Ces points sont examinés plus en détail dans la section E.4.

Les divers organes qui s'occupent de la mise en œuvre et du fonctionnement de l'AGCS servent aussi de cadre à la coopération sur d'autres aspects de la réglementation des services. Les Membres peuvent leur soumettre – ce qu'ils ont déjà fait – des questions de réglementation. Par exemple, le Conseil du commerce des services a examiné des questions réglementaires relatives aux tarifs de l'itinérance mobile internationale. Le Comité du commerce des services financiers a poursuivi ses travaux sur la crise financière et la réforme de la réglementation. Le Comité des engagements spécifiques fait intervenir, dans l'examen des questions courantes comme la classification des services, les autorités de réglementation qui ont une expertise et une connaissance spécifique du secteur. Cela étant, ces organes, à la différence des Comités OTC et SPS, n'étaient pas censés à l'origine servir de cadre à une coopération réglementaire. L'absence de cadre de ce genre n'a rien d'étonnant puisqu'il reste à négocier, dans le cadre de l'AGCS, un ensemble de disciplines ayant un but analogue à celui des Accords SPS et OTC.

En dehors de l'OMC, la coopération sur la réglementation affectant le commerce des services a lieu dans de nombreuses instances différentes. Roy *et al.* (2007) ont constaté que, globalement, les engagements de libéralisation des services inscrits dans les accords commerciaux préférentiels (ACPr) allaient au-delà des engagements actuels dans le cadre de l'AGCS et des offres présentées dans les négociations du Cycle de Doha. Il y a cependant peu d'éléments qui permettraient de penser que les ACPr sont allés plus loin que l'AGCS dans l'élaboration de disciplines sur la réglementation intérieure ou dans l'établissement de nouvelles possibilités de coopération réglementaire. La plupart de ces accords ont reproduit les dispositions de l'article VI de l'AGCS. Il semblerait que les ACPr aient rencontré les mêmes difficultés qu'au niveau multilatéral pour faire avancer cette question. Il y a cependant quelques exceptions.

Mattoo et Sauvé (2010) ont noté l'inclusion d'un critère de nécessité dans l'ACPr Suisse-Japon, d'un chapitre complet sur la réglementation intérieure dans l'Accord de rapprochement économique Australie-Nouvelle-Zélande, et de dispositions additionnelles sur la transparence dans le domaine des services dans des accords conclus par les États-Unis. On trouve aussi des dispositions relatives au critère de nécessité dans l'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique et dans le Mercosur.

Hors du contexte des négociations commerciales, certaines organisations régionales ont établi des principes ou des codes de bonnes pratiques réglementaires destinés à compléter la libéralisation des services. Les plus élaborés sont notamment les Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de

la réglementation, et la Liste de référence commune APEC-OCDE sur la réforme de la réglementation. Ces instruments, qui couvrent l'ensemble de la réglementation et pas seulement celle qui concerne le secteur des services, énoncent des principes non contraignants pour la conception de règlements qui favorisent l'ouverture des marchés et la concurrence.

Il existe aussi une assez longue tradition de coopération réglementaire au niveau sectoriel, par exemple dans les services postaux et de communication, les services financiers, les transports, l'éducation et certains services professionnels. Cette coopération était nécessaire pour remédier aux effets de l'interdépendance internationale qui exigent, pour plus d'efficacité, une réponse réglementaire coordonnée des différentes juridictions. Elle était nécessaire aussi pour assurer la compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes et réseaux.

Par exemple, la Fédération internationale des experts-comptables (IFAC), le Comité des normes comptables internationales (IASC) et l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) ont établi des normes internationales pour le secteur des services comptables. La Convention postale universelle définit les principes directeurs généraux du service postal international et la réglementation des services du courrier. Les normes élaborées par l'Union internationale des télécommunications (UIT) sont essentielles pour le fonctionnement et l'interopérabilité des réseaux de technologies de l'information et de la communication (TIC) au niveau mondial. Dans le secteur de l'éducation, les conventions régionales de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) sont les principaux instruments internationaux traitant de la reconnaissance des qualifications universitaires à des fins académiques et parfois à des fins professionnelles.

Dans le secteur financier, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire sert de cadre à une coopération régulière sur les questions de contrôle bancaire, qui vise à mieux faire comprendre les principaux problèmes liés au contrôle et à améliorer la qualité du contrôle bancaire dans le monde. Un Conseil de stabilité financière (FSB), réunissant les autorités nationales chargées de la stabilité financière dans les grands centres financiers internationaux, les institutions financières internationales, des groupes internationaux d'organismes sectoriels de réglementation et de contrôle, et des comités d'experts des banques centrales, a également été créé. Ce Conseil coordonne les travaux des autorités financières nationales et des organismes de normalisation internationaux afin d'élaborer et de promouvoir des politiques de réglementations et de contrôle efficaces et d'autres politiques concernant le secteur financier.

Bien qu'elle ne soit pas engagée principalement aux fins du commerce, cette coopération a des implications importantes car elle peut favoriser une meilleure compréhension, sinon une harmonisation, entre les autorités de réglementation. Elle comporte cependant des risques car l'élaboration de normes ou de réglementations internationales peut, par hasard ou à dessein, servir les intérêts de ceux qui ont les ressources

nécessaires pour participer au processus et l'influencer. Ces préoccupations, qui ont été au premier plan dans le domaine du commerce des marchandises (voir la section E.4), ont reçu moins d'attention dans le domaine du commerce des services. Cela tient en partie au fait que la réglementation des services est moins développée au niveau international et que, lorsque de tels instruments existent, ils sont généralement axés sur des secteurs particuliers.

3. Disciplines du GATT/de l'OMC relatives aux MNT telles qu'elles ont été interprétées dans le cadre du règlement des différends

Comme il a été expliqué dans les sections précédentes, si certaines mesures non tarifaires sont motivées principalement par le souci de protéger les secteurs en concurrence avec les importations, d'autres visent des objectifs légitimes de politique publique, tels que la préservation de la santé des personnes et des animaux, la protection des consommateurs ou la promotion de la durabilité environnementale. Dans cette sous-section, nous examinons les règles du GATT/de l'OMC, telles qu'elles ont été interprétées dans le cadre du règlement des différends, afin de comprendre comment elles peuvent ou non refléter certaines observations découlant de l'analyse économique effectuée dans les sections précédentes.

Plus précisément, nous examinons d'abord comment les règles du GATT/de l'OMC reflètent les motivations économiques de la coopération multilatérale qui ont été analysées dans la section E.1. Nous examinons ensuite dans quelle mesure les règles du GATT/de l'OMC relatives aux mesures non tarifaires tiennent compte des raisons économiques de l'adoption de ces mesures, qui ont été analysées dans la section B. La section E.4 approfondira ensuite cette analyse en examinant certaines questions spécifiques qui se posent quand les règles du GATT/de l'OMC sont comparées aux indications fournies par la théorie économique.

(a) Règles du GATT/de l'OMC relatives au commerce des marchandises et raisons de la coopération multilatérale

Dans le cas des marchandises, les Accords du GATT/de l'OMC limitent les instruments de politique auxquels les Membres de l'OMC peuvent recourir pour protéger les secteurs en concurrence avec les importations. Les droits de douane sont le seul moyen de protection légitime pouvant être utilisé. Les Membres ont négocié des niveaux de droits maximaux (appelés « consolidations tarifaires ») qu'ils ne peuvent pas dépasser (voir l'article II du GATT). Les niveaux de droits maximaux qu'un Membre peut appliquer sont indiqués dans sa liste de concessions. Il est en outre interdit aux Membres d'appliquer « d'autres droits ou impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation » à moins qu'ils ne se soient réservé le droit de le faire dans leurs listes de concessions.

Pendant de nombreuses années, les principales disciplines appliquées aux mesures non tarifaires étaient la prohibition des restrictions quantitatives prévue à l'article XI du GATT et les obligations de non-discrimination à l'article I^{er} (nation la plus favorisée – NPF) et à l'article III (traitement national) du GATT. Ces disciplines étaient complétées par la possibilité de déposer une plainte en situation de non-violation, dans les cas où une partie contractante considérait qu'une mesure, bien que compatible avec les dispositions du GATT, «annulait ou compromettait» des avantages découlant pour lui de l'Accord.

L'obligation NPF s'applique aussi bien aux mesures intérieures qu'aux mesures à la frontière. Elle impose aux Membres de l'OMC d'appliquer à un produit importé en provenance d'un autre Membre un traitement non moins favorable que celui qui est appliqué au produit «similaire» importé d'un autre pays. L'obligation de traitement national concerne les mesures intérieures, telles que les impositions et réglementations intérieures relatives à la vente d'un produit. Elle impose aux Membres de traiter un produit importé d'une manière non moins favorable que le produit national similaire. Une des questions essentielles examinées dans le cadre du règlement des différends au GATT/à l'OMC, en rapport avec l'obligation de traitement national est celle de savoir dans quelle mesure cette obligation interdit les mesures qui ont des effets disparates sur les importations, mais dont on peut montrer objectivement qu'elles ont un objectif réglementaire légitime. Cette question est étudiée de plus près dans la section E.3 (b).

Comme cela a été expliqué dans la section E.1, le cadre général du GATT est compatible avec une approche axée sur la substitution de mesures. Le GATT renfermait aussi certaines règles qui allaient au-delà de la limitation de la possibilité pour les Membres de remplacer une mesure (un droit de douane, par exemple) par une autre, comme une mesure non tarifaire. Il énonçait en particulier des obligations importantes en matière de transparence qui répondaient aussi au problème de l'information incomplète.

Certains accords du Cycle d'Uruguay ont imposé des obligations allant nettement plus loin que l'approche du GATT concernant la substitution de mesures. Ces obligations ont été qualifiées de «post-discriminatoires» (Hudec, 2003). Celles qui sont énoncées dans les Accords SPS et OTC revêtent une importance particulière pour le présent rapport. Ces deux accords contiennent des obligations non-discriminatoires. Mais ils énoncent aussi des prescriptions qui s'appliquent aux mesures non tarifaires entrant dans leur champ d'application. Par exemple, l'Accord SPS exige que les mesures SPS soient fondées sur des principes scientifiques. Et l'Accord OTC dispose que les règlements techniques ne doivent pas être plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

Cette approche «post-discriminatoire» a pour effet d'affaiblir le lien avec les concessions en matière d'accès aux marchés que la substitution de mesures protégeait. Malgré la justification de la substitution de mesures qui sous-tend les Accords du GATT/de l'OMC, il ne semble

pas y avoir aujourd'hui d'obligation générale imposant à un Membre de l'OMC de démontrer que son accès aux marchés a été compromis lorsqu'il conteste une mesure non tarifaire. Les seules mesures dont il faut démontrer les effets négatifs dans le cadre d'une allégation de violation sont les subventions pouvant donner lieu à une action. Par contre, un Membre qui conteste, par exemple, une interdiction de faire de la publicité au titre de l'article III:4 du GATT n'a pas besoin de démontrer l'existence d'effets sur le commerce pour que son allégation soit recevable. Il n'est pas obligatoire non plus de démontrer l'existence d'effets sur le commerce quand on conteste des mesures SPS ou des règlements techniques.

En résumé, les disciplines qui s'appliquent aux mesures non tarifaires autres que les subventions pouvant donner lieu à une action ne sont pas liées directement à des concessions spécifiques en matière d'accès aux marchés. Autrement dit, un Membre peut contester une MNT qu'elle ait ou non des effets sur le commerce qui peuvent être démontrés. Cela étant, il y a lieu de penser que les Membres n'investiront pas normalement les ressources nécessaires pour déposer une plainte si la mesure n'a pas d'effet sur le commerce.

Tel qu'il a été conçu initialement, l'article XXIII du GATT disposait qu'une partie contractante contestant une mesure prise par une autre partie contractante devait démontrer que cette mesure «annulait ou compromettait» un avantage escompté par cette partie contractante au titre du GATT (J. H. Jackson, 1989). Toutefois, en 1962, un groupe spécial du GATT a déterminé que dans les cas où il y avait «manifestement infraction» à une disposition du GATT, «la mesure prise fai[sait] présumer qu'un avantage [était] annulé ou compromis ...» (GATT, *Uruguay – Recours à l'article XXIII*, paragraphe 15). Cette présomption juridique a été codifiée ultérieurement et est maintenant incorporée dans l'article 3:8 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

L'allégation d'annulation ou de réduction d'avantages a été analysée dans la littérature économique, où elle a été considérée comme un moyen efficace de soumettre les mesures non tarifaires à des disciplines (voir la section E.1 (c)). Il est encore possible, pour un Membre de l'OMC, de contester une mesure qui n'est pas incompatible avec le GATT mais qui «annule ou compromet» néanmoins les avantages qu'il s'attendait à obtenir au titre de l'Accord. Toutefois, comme il est expliqué ci-après, les allégations en situation de non-violation font l'objet de prescriptions rigoureuses et sont rarement présentées en dehors des cas où elles servent d'allégations subsidiaires quand les allégations de violation n'aboutissent pas.

La grande majorité des différends soumis à l'OMC portent sur des allégations de violation. Aucun Membre n'a réussi à réfuter la présomption d'annulation ou de réduction d'avantages, résultant d'une constatation de violation, en montrant que les mesures n'avaient pas d'effet réel sur le commerce (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2004).

Dans l'affaire *CE – Bananes III*, les Communautés européennes ont tenté de réfuter la présomption

d'annulation ou de réduction d'avantages eu égard aux constatations du Groupe spécial indiquant qu'il y avait violation du GATT de 1994, en invoquant le fait que les États-Unis n'avaient jamais exporté une seule banane vers la Communauté européenne et ne pouvaient donc pas subir un quelconque dommage commercial. L'Organe d'appel a rejeté l'argument des Communautés européennes et, ce faisant, a confirmé le raisonnement suivant d'un groupe spécial antérieur :

«[O]n ne saurait interpréter la première phrase du paragraphe 2 de l'article III comme visant à protéger le volume d'exportations escompté; ce qu'elle protège, c'est le rapport compétitif escompté entre les produits importés et nationaux. Tout changement de ce rapport compétitif contraire à cette disposition doit par conséquent être considéré *ipso facto* comme annulant ou compromettant des avantages conférés par l'Accord général. Le fait d'établir qu'une mesure incompatible avec la première phrase du paragraphe 2 de l'article III n'a pas d'effets ou n'a que des effets négligeables ne suffirait pas, de l'avis du Groupe spécial, à prouver que les avantages conférés par cette disposition n'ont pas été annulés ou compromis, même si une réfutation dans ce sens était en principe permise» (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, paragraphe 5.19).

L'allégation de non-violation a été qualifiée de «recours ... exceptionnel» qui «devrait être envisagé avec prudence» (rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules*, paragraphe 10.37; et rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 186).

(b) Règles du GATT/de l'OMC relatives au commerce des marchandises et raison d'être économique des MNT

On a expliqué, dans la section B, qu'une mesure non tarifaire peut être justifiée quand elle vise à remédier à une défaillance réelle du marché. On a aussi expliqué dans la section B qu'une telle MNT a des effets positifs sur le bien-être, mais que ses effets sur le commerce sont ambigus.

Depuis sa création, le régime du GATT/de l'OMC a reconnu que les Membres peuvent avoir besoin d'adopter des mesures non tarifaires pour remédier aux défaillances du marché. À cet égard, on peut considérer que les règles du GATT/de l'OMC relatives aux MNT fournissent des «moyens» de distinguer les mesures qui visent réellement à remédier à une défaillance du marché et celles qui ont des motivations opportunistes (voir Trachtman, 1998; Marceau et Trachtman, 2009). Dans certains cas, les règles du GATT/de l'OMC cherchent aussi à limiter l'effet sur le commerce d'une MNT adoptée pour réaliser un objectif légitime de politique publique.

Malgré les dires de certains critiques, les règles du GATT/de l'OMC n'établissent pas de hiérarchie entre les

engagements commerciaux des Membres de l'OMC et les objectifs de politique publique qu'ils peuvent poursuivre par le biais de la réglementation intérieure. En fait, les règles du GATT/de l'OMC permettent l'application de mesures non tarifaires qui visent un objectif légitime non protectionniste, même dans les cas où les mesures ont des effets sur le commerce. Les «moyens» prévus dans les Accords de l'OMC pour faire une distinction entre les MNT protectionnistes et les MNT non protectionnistes sont décrits ci-après.

(i) *Non-discrimination et pertinence de l'intention ou du but*

Comme cela a été dit dans la section E.1, les obligations de non-discrimination énoncées aux articles I^{er} et III du GATT sont les principaux moyens utilisés dans le GATT pour limiter la substitution de mesures. Une flexibilité additionnelle est prévue au titre des exceptions générales énoncées à l'article XX du GATT, ce qui permet de prendre certaines mesures pour atteindre les objectifs de politique publique mentionnés dans cette disposition, tels que la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, et la conservation des ressources naturelles épuisables.

Malgré cette flexibilité additionnelle prévue à l'article XX, certains craignent que l'obligation de traitement national énoncée à l'article III ne soit un instrument trop grossier si elle est appliquée mécaniquement. Ceux qui pensent ainsi préconisent une interprétation de cette obligation qui ne soit pas axée exclusivement sur la question de savoir si la mesure non tarifaire contestée a des effets différents sur le produit importé et sur le produit national «similaire». En fait, selon eux, l'analyse devrait aussi tenir compte de l'intention ou du but sous-jacent de la mesure contestée pour ne limiter que les mesures qui ne visent pas un objectif légitime.

Comme l'explique Lester (2011), trois points de vue ont été défendus en ce qui concerne la pertinence de l'intention ou du but pour l'évaluation d'une réglementation intérieure au titre de l'article III. Le premier est que l'intention ou le but n'ont aucun rôle à jouer dans l'analyse du traitement national. Ils peuvent être pertinents, le cas échéant, lorsque le Membre défendeur invoque l'une des exceptions générales énoncées à l'article XX du GATT. Les deux autres consistent à dire que l'intention ou le but doivent nécessairement être pris en considération dans l'analyse au titre de l'article III, mais ils divergent sur le point de savoir précisément à quel stade l'intention ou le but interviennent dans l'analyse. L'un dit qu'ils doivent être pris en considération pour déterminer si le produit importé et le produit national sont «similaires». L'autre considère qu'ils font partie de l'analyse sur le point de savoir si le produit importé reçoit un traitement moins favorable que le produit national.

Deux groupes spéciaux du GATT ont cherché à inclure l'examen de l'objectif réglementaire dans l'évaluation d'une discrimination, ce qui a été appelé ensuite le «critère du but et de l'effet» (*États-Unis – Boissons à base de malt et Canada – Régies provinciales des alcools (États-Unis)*). Hudec indique que le «critère du but et de

l'effet» apportait deux améliorations à l'approche classique. Premièrement, la nouvelle approche « assignait un rôle moindre à l'aspect métaphysique de la « similarité » dans l'analyse, mais subordonnait la question de la violation aux deux points les plus importants qui distinguent un règlement authentique de la protection commerciale : les effets de la mesure sur le commerce et le bien-fondé de son objectif réglementaire allégué. Deuxièmement, « en permettant de considérer la question de la justification réglementaire en même temps que la question de la violation elle-même, l'approche « du but et de l'effet » évitait le rejet prématuré de plaintes valables au seul motif de la « non-similarité », ainsi qu'un traitement excessivement rigoureux » (Hudec, 2003 : 628).

Regan (2003) a aussi préconisé de tenir compte de l'objectif réglementaire dans l'évaluation de la non-discrimination au titre de l'article III du GATT. À son avis, la question centrale dans cette évaluation devrait être de savoir si la mesure est le résultat d'un objectif législatif protectionniste. Il précise que cela n'a pas de rapport avec les motifs subjectifs des législateurs. Il s'agit plutôt d'une question générale concernant les forces politiques responsables du résultat politique final. Regan reconnaît que l'adoption d'un règlement peut avoir des objectifs multiples. Il suggère donc que le règlement ne soit invalidé que si l'objectif protectionniste a été une cause de son adoption « en l'absence de ».

Il est généralement reconnu que le critère « du but et de l'effet » a été rejeté dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, le premier différend en matière de non-discrimination concernant des taxes intérieures qui a été réglé dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (voir Roessler, 2003). La question a aussi été abordée dans l'affaire *CE – Bananes III*, dans laquelle l'Organe d'appel a refusé d'appliquer ce critère pour analyser une allégation au titre des articles II et XVII de l'AGCS. Toutefois, certains commentateurs ont noté que, dans des rapports ultérieurs, l'Organe d'appel semblait reconnaître qu'un objectif réglementaire joue un certain rôle dans l'évaluation au titre de l'article III du GATT (Regan, 2003 ; Porges et Trachtman, 2003).³⁵ Cette question fait actuellement l'objet de discussions suite aux décisions rendues par l'Organe d'appel au sujet de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans les affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* et *États-Unis – Thon II (Mexique)* (voir plus loin).

L'Accord SPS et l'Accord OTC énoncent tous deux des obligations de non-discrimination, bien qu'ils fonctionnent un peu différemment. L'Accord SPS prévoit que les mesures SPS ne doivent pas « [établir] de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres ». Ce libellé est une reconnaissance du fait que, en raison de différences climatiques, de parasites ou de maladies existants, ou de conditions relatives à la sécurité sanitaire des produits alimentaires, il n'est pas toujours approprié d'imposer les mêmes prescriptions sanitaires et phytosanitaires aux produits alimentaires, animaux ou végétaux en provenance de différents pays. Les mesures SPS varient parfois, selon le pays d'origine des produits

alimentaires, animaux ou végétaux concernés. Marceau et Trachtman (2009) comparent cette disposition et l'article III du GATT, notant que la première ne semble pas exiger une analyse du « produit similaire » mais est plutôt axée sur la justification de la discrimination entre les situations.

Le libellé de l'article 2.1 de l'Accord OTC est plus proche de celui de l'article III du GATT. L'Accord OTC dispose que les Membres de l'OMC feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays.

Comme on l'a indiqué plus haut, la pertinence de la raison d'être ou de l'objectif des mesures a fait l'objet de débats intenses dans le contexte de l'article III du GATT. La question est maintenant posée dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Il convient de rappeler, à cet égard, que l'Accord OTC ne renferme pas de disposition énonçant des exceptions générales, comme l'article XX du GATT.

Trois groupes spéciaux récents ont adopté des approches différentes en ce qui concerne la pertinence de l'intention ou de l'objectif pour l'évaluation de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, se référant à l'interprétation de l'article III:4 du GATT donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, a interprété l'expression « produits similaires » figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC comme concernant la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi des groupes de produits (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.225). En d'autres termes, ce groupe spécial n'a pas souhaité prendre en considération à ce stade l'intention ou l'objectif de la mesure. Le Groupe spécial *États-Unis – EPO (Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine)* a adopté une approche analogue.

En revanche, le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, qui examinait une allégation contre une mesure relative au tabac qui prohibait les cigarettes ayant des arômes caractérisants, autres que le tabac ou le menthol, a refusé de procéder à l'analyse de la similarité « avant tout sous l'angle de la concurrence ». En fait, le Groupe spécial était d'avis que les éléments de preuve concernant les critères relatifs à la similarité devraient être soupesés au regard du fait que la mesure en cause était « un règlement technique dont le but immédiat [était] de réglementer les cigarettes ayant un arôme caractérisant pour des raisons de santé publique ». Cela signifiait qu'il devait « accorder une attention particulière à l'importance de l'objectif de santé publique d'un règlement technique et à la façon dont certaines particularités des produits pertinents, leurs utilisations finales, ainsi que la perception qu'en [avaient] les consommateurs, [devaient] être évaluées à la lumière de cet objectif ».

Le Groupe spécial a donc conclu que « l'objectif de santé publique légitime déclaré » de la mesure en cause – à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes – devait

« imprégner et éclairer [son] analyse de la similarité ». Il a estimé, en particulier, que l'objectif de santé publique légitime déclaré était pertinent pour l'examen des caractéristiques physiques qui étaient importantes pour le but immédiat de réglementer les cigarettes ayant des arômes caractérisants, ainsi que du critère relatif aux goûts et aux habitudes des consommateurs, domaine dans lequel la perception des consommateurs, ou plutôt des consommateurs potentiels, ne pouvait être évaluée que par rapport à l'objectif de protection de la santé du règlement technique en cause (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.119).

Un autre aspect intéressant de la procédure de groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – EPO* est que les parties ont présenté de nombreux arguments concernant les effets réels allégués sur le commerce – et le point de savoir si ces effets étaient imputables aux mesures en cause (la mesure EPO) ou à d'autres facteurs. Les parties ont présenté des chiffres et des analyses économiques, y compris des études économétriques. Pour le Groupe spécial, c'était une question factuelle importante dans le différend : il a jugé important de formuler des constatations sur les effets réels de la mesure EPO sur le commerce, même si, selon le critère juridique qu'il avait défini pour l'article 2.1 de l'Accord OTC, ces constatations n'étaient pas indispensables pour l'analyse de l'allégation des plaignants. D'ailleurs, le Groupe spécial est allé plus loin en faisant valoir qu'il avait le droit, « et en fait le devoir, de faire les constatations factuelles nécessaires pour procéder à une analyse objective du différend et de tous les éléments de preuve qui [lui étaient] présentés », et que la fonction fondamentale des groupes spéciaux n'excluait pas – et pouvait en fait nécessiter – l'examen des éléments de preuve et arguments économiques et économétriques.

En conséquence, bien qu'il n'ait pas réellement effectué lui-même une analyse économétrique, le Groupe spécial a évalué la robustesse des études contradictoires des États-Unis et du Canada, soulignant que les études économétriques, contrairement aux analyses descriptives, permettaient d'isoler et de quantifier les différents facteurs en jeu. Il a conclu que l'étude économétrique canadienne (Sumner) avait établi *prima facie* que la mesure EPO avait un effet négatif important et significatif sur les parts des importations et la base de prix du bétail canadien. Il a aussi conclu que l'incidence démontrée par l'étude canadienne, et qui n'avait pas été réfutée par l'étude économétrique de l'USDA, coïncidait avec sa constatation selon laquelle la mesure EPO accordait un traitement moins favorable (pour les morceaux de chair musculaire) au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC (rapport du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.444 à 7.566).

Les trois rapports des groupes spéciaux ont fait l'objet d'un appel, mais au moment de la rédaction du présent rapport, seuls les rapports de l'Organe d'appel sur les affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle et États-Unis – Thon II (Mexique)* avaient été distribués.

L'Organe d'appel n'a pas souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial, dans l'affaire *États-Unis –*

Cigarettes aux clous de girofle, du concept de « produits similaires » employé à l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui était axée sur les buts du règlement technique en cause, en tant qu'éléments distincts du rapport de concurrence entre et parmi les produits. De l'avis de l'Organe d'appel, « le contexte fourni par l'article 2.1 lui-même, par d'autres dispositions de l'Accord OTC, par l'Accord OTC dans son ensemble et par l'article III:4 du GATT de 1994, ainsi que l'objet et le but de l'Accord OTC, étayaient une interprétation du concept de « similarité » employé à l'article 2.1 fondée sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits ». Les préoccupations en matière de réglementation à l'origine d'un règlement technique ne pouvaient être prises en compte que dans la mesure où elles étaient pertinentes pour l'examen de certains critères de similarité et étaient reflétées dans le rapport de concurrence de ces produits.³⁶ Finalement, l'Organe d'appel a néanmoins estimé que les critères de « similarité » que le Groupe spécial avait examinés étayaient la conclusion générale de celui-ci selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 156 et 160).

L'Organe d'appel a aussi examiné l'élément « traitement moins favorable » de l'article 2.1 de l'Accord OTC, notant qu'un groupe spécial examinant une allégation de violation au titre de l'article 2.1 devrait chercher à déterminer si le règlement technique en cause modifiait les conditions de concurrence sur le marché du Membre qui réglementait au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires.

L'Organe d'appel a aussi expliqué que « le contexte et l'objet et le but de l'Accord OTC militaient en faveur d'une interprétation de la prescription relative au « traitement non moins favorable » de l'article 2.1 comme n'interdisant pas un effet préjudiciable sur les importations qui découlaient exclusivement d'une distinction réglementaire légitime ». Cela signifie que dans le cas où un règlement technique n'établit pas de discrimination *de jure* à l'égard des importations, « l'existence d'un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour le groupe des produits importés par rapport à celui des produits similaires nationaux n'est pas déterminante pour l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 ». Les groupes spéciaux doivent analyser en outre si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés. Ce faisant, les groupes spéciaux doivent analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause, et en particulier le point de savoir si le règlement technique est impartial, afin de déterminer si elles établissent une discrimination à l'égard du groupe des produits importés (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 180 à 182).

Finalement, l'Organe d'appel a souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction des cigarettes aromatisées, la mesure des États-Unis soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées en provenance d'Indonésie à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires nationaux, au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel a estimé que l'effet préjudiciable de la mesure des États-Unis, s'agissant des possibilités de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle importées ne découlait pas d'une distinction réglementaire légitime parce que les cigarettes mentholées avaient la même caractéristique de produit (l'aromatisant qui masque l'âpreté du tabac) que celle qui, dans la perspective de l'objectif déclaré de la mesure des États-Unis, justifiait la prohibition des cigarettes aux clous de girofle.

Toutefois, l'Organe d'appel s'est efforcé d'expliquer que sa décision ne signifiait pas que les Membres de l'OMC « ne [pouvaient] pas adopter de mesures pour rechercher des objectifs de santé légitimes tels que limiter ou empêcher le tabagisme chez les jeunes ». Il a souligné que, même si la mesure en cause recherchait l'objectif légitime de réduire le tabagisme chez les jeunes en interdisant les cigarettes contenant des arômes et des ingrédients qui rendent le tabac plus attractif pour les jeunes, « [elle] le fai[sait] d'une manière qui [était] incompatible avec l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC du fait qu'[elle] exempt[ait] les cigarettes mentholées, qui contiennent de la même façon des arômes et ingrédients rendant le tabac plus attractif pour les jeunes, de l'interdiction visant les cigarettes aromatisées » (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 226 et 236).

L'Organe d'appel a également examiné une allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. La question de la similarité des produits du thon de différentes origines ne faisait pas l'objet de l'appel. Le débat concernant l'article 2.1 a donc été limité à l'élément « traitement non moins favorable » de l'article 2.1. L'Organe d'appel a d'abord expliqué que les règlements techniques étaient des mesures qui, de par leur nature même, établissaient des distinctions entre les produits en fonction de leurs caractéristiques ou des procédés et méthodes de production s'y rapportant. Par conséquent, l'article 2.1 ne devrait pas être lu comme signifiant que toute distinction, en particulier celles qui sont fondées exclusivement sur les caractéristiques particulières d'un produit ou sur des procédés et méthodes de production particuliers, constituerait en soi un « traitement moins favorable » (paragraphe 211).

L'Organe d'appel a décrit l'analyse de la question de savoir s'il y avait un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 comme comprenant les deux étapes suivantes: (i) une évaluation du point de savoir si le règlement technique en cause modifiait les conditions de concurrence au détriment du produit importé par rapport au produit national similaire ou au produit similaire originaire d'un autre Membre; et (ii) une détermination du point de savoir si l'effet préjudiciable reflétait une discrimination à l'encontre du produit importé du Membre plaignant.

Faisant référence à la décision qu'il avait rendue antérieurement dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel a expliqué que l'existence d'un effet préjudiciable ne suffisait pas à démontrer qu'il y avait un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1; au contraire, un groupe spécial devait analyser en outre si l'effet préjudiciable sur les importations découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflétait l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés (paragraphes 215 et 231). L'Organe d'appel a en outre indiqué, en l'espèce, qu'il examinerait, en particulier, si, à la lumière des constatations de fait formulées par le Groupe spécial et des faits non contestés versés au dossier, la mesure des États-Unis était impartiale dans la manière dont elle remédiait aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan (paragraphe 232).

S'agissant des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe*, l'Organe d'appel a d'abord constaté que les constatations de fait formulées par le Groupe spécial « établiss[ai]ent clairement que l'absence d'accès au label *Dolphin-safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins [avait] un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis » (paragraphe 235). S'agissant de la question de savoir si l'effet préjudiciable reflétait l'existence d'une discrimination, l'Organe d'appel a examiné si les différentes conditions d'accès au label *Dolphin-safe* étaient « adaptées » aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan, comme les États-Unis l'avaient allégué. Il a noté la constatation du Groupe spécial selon laquelle, alors que la mesure des États-Unis prenait pleinement en compte les effets nuisibles (y compris les effets observés et non observés) résultant pour les dauphins de leur encerclement dans les eaux tropicales du Pacifique Est, elle ne visait pas la mortalité découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pratiquées dans d'autres zones de l'océan. Dans ces circonstances, l'Organe d'appel a constaté que la mesure en cause n'était pas impartiale dans la manière dont elle remédiait aux risques présentés pour les dauphins par différentes techniques de pêche dans différentes zones de l'océan. Sur cette base, il a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe* n'étaient pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et a constaté, au contraire, que la mesure des États-Unis était incompatible avec l'article 2.1.

Les rapports de l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle et États-Unis – Thon II (Mexique)* mettaient l'accent sur l'article 2.1 de l'Accord OTC; l'Organe d'appel a examiné l'article III:4 du GATT uniquement en tant que contexte pertinent pour son interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Néanmoins, les rapports ont suscité un débat au sujet de leurs implications pour l'analyse au titre de l'article III:4 du GATT (voir *International Economic Law and Policy Blog*: <http://worldtradelaw.typepad.com>).

Comme on l'a indiqué plus haut, l'Accord OTC et le GATT sont structurés différemment. Le GATT renferme une

disposition énonçant des exceptions générales (article XX) qui peut être invoquée pour justifier une mesure qui est par ailleurs incompatible avec l'article III:4 (ou une autre obligation prévue dans le GATT). L'article XX fait référence à certains des objectifs de politique générale qui sont également mentionnés dans le Préambule de l'Accord OTC, tels que la protection de l'environnement. L'Organe d'appel a fait observer, à cet égard, que, alors que le GATT et l'Accord OTC cherchent à établir un équilibre semblable, « dans le GATT de 1994, cet équilibre trouve son expression dans la règle du traitement national énoncée à l'article III:4, nuancée par les exceptions prévues à l'article XX, tandis que, dans l'Accord OTC, il est reflété dans l'article 2.1 lui-même, lu à la lumière de son contexte et de son objet et son but » (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 109). Certains pourraient interpréter cela comme étayant une approche différente au titre de l'article III:4 et au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, selon laquelle tout fondement légitime du traitement différencié du produit importé et du produit national similaire serait pris en considération dans l'évaluation du moyen de défense au titre de l'article XX et non dans le cadre de l'évaluation de la question de savoir s'il y a une discrimination au titre de l'article III:4.

Il convient également de noter que l'article XX du GATT renferme une liste exhaustive des raisons de politique générale qui pourraient être invoquées pour justifier une mesure par ailleurs incompatible avec les règles du GATT. En revanche, l'Accord OTC ne limite pas expressément les objectifs de politique générale qui peuvent être recherchés au moyen d'un règlement technique. L'éventail des objectifs pouvant justifier une mesure est potentiellement plus « ouvert » dans le cadre de l'Accord OTC que dans le cadre du GATT.

La procédure d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO* n'était pas achevée au moment de la rédaction du présent rapport.

(ii) Niveau de protection approprié

Comme l'article III du GATT, les Accords SPS et OTC n'établissent pas de niveaux minimaux ou maximaux de protection réglementaire. Par exemple, l'Accord SPS n'exige pas qu'un Membre de l'OMC établisse un règlement en fonction d'un risque particulier. Ainsi, un Membre peut choisir de ne pas réglementer du tout. Dans le même temps, l'Accord SPS n'impose pas de plafond pour le niveau maximal de réglementation. L'Organe d'appel a souligné à cet égard que c'est la « prérogative » d'un Membre de l'OMC de déterminer le niveau de protection qu'il considère approprié (rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 199).

Bien que les Membres de l'OMC aient la prérogative de déterminer leur niveau de protection, ils doivent se conformer à la prescription de cohérence énoncée à l'article 5:5 de l'Accord SPS. Une mesure SPS ne satisfait pas à cette prescription si: (i) le Membre imposant la mesure contestée a adopté ses propres niveaux appropriés de protection sanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes dans plusieurs situations différentes; (ii) ces niveaux de protection présentent des différences (« distinctions » selon les termes de l'article 5:5) arbitraires

ou injustifiables dans le traitement des situations différentes; et (iii) les différences arbitraires ou injustifiables doivent entraîner une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. L'analyse au titre de l'article 5:5 n'est néanmoins effectuée que si les situations font apparaître des niveaux de protection différents et présentent un ou plusieurs éléments communs suffisants pour les rendre comparables (rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 214 et 215, et 217).

(iii) Fondement scientifique ou technique

L'Accord SPS exige que les mesures SPS soient fondées sur des principes scientifiques et ne soient pas maintenues sans preuves scientifiques. Sauf si la mesure SPS est prise en cas d'urgence ou sur la base d'une norme internationale, elle doit être fondée sur une évaluation des risques, que l'Accord définit comme suit :

« Évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie sur le territoire d'un Membre importateur en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées, et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter; ou évaluation des effets négatifs que pourrait avoir sur la santé des personnes et des animaux la présence d'additifs, de contaminants, de toxines ou d'organismes pathogènes dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux. »

Les mesures OTC peuvent également être étayées par des études scientifiques ou techniques, bien que, dans certains cas, les données scientifiques ou techniques puissent être l'un des divers facteurs pris en considération. En effet, l'article 2.2 de l'Accord OTC inclut les données scientifiques et techniques disponibles parmi les éléments qui peuvent être pris en considération dans l'évaluation des risques qu'entraînerait la non-réalisation de l'objectif légitime recherché par le règlement technique. S'il est possible de tenir compte d'études techniques corroborant la nécessité de certains règlements techniques concernant la sécurité des consommateurs, l'utilité de telles études pour d'autres règlements techniques – comme certaines prescriptions concernant l'étiquetage des produits alimentaires visés par des restrictions religieuses – est moins évidente. Il semble que les rédacteurs de l'Accord OTC aient prévu que ces mesures pouvaient nécessiter des évaluations techniques complexes dans la mesure où ils ont expressément prévu la possibilité, pour les groupes spéciaux examinant ces mesures dans le cadre du règlement des différends à l'OMC, de faire appel à des experts pour leur « fournir une assistance en ce qui concerne les problèmes d'ordre technique » (voir l'article 14 et l'Annexe 2 de l'Accord OTC).

Les prescriptions additionnelles figurant dans les Accords SPS et OTC ont fait craindre que l'OMC ne s'immisce dans les choix démocratiques légitimes des citoyens des Membres de l'OMC adoptant les mesures SPS ou OTC. Dans un article sur l'Accord SPS, Howse (2000) a fait valoir que ces prescriptions « n'[ont] pas pour effet de remplacer le jugement démocratique sur le risque et sa réglementation, ni de mettre ces questions sous l'autorité de la « science ». Au contraire, à son avis, « l'Accord SPS

intègre la science en tant qu'élément nécessaire du processus réglementaire, sans la rendre déterminante». Howse trouve des éléments à l'appui de ses vues dans l'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*. Il mentionne, par exemple, le fait que l'Organe d'appel reconnaît que les Membres de l'OMC peuvent adopter des mesures SPS même si les avis scientifiques sont partagés ou s'il y a une incertitude.

Sykes (2006) est moins optimiste. Il fait valoir qu'«il est extrêmement difficile, sinon impossible» de concilier l'exigence de preuves scientifiques énoncée dans l'Accord SPS et le respect de la souveraineté réglementaire des Membres de l'OMC. Selon lui, «l'exigence de preuves scientifiques significatives est fondamentalement contraire à la souveraineté réglementaire dans tous les cas où il existe de sérieuses incertitudes scientifiques». Il estime que cela oblige l'OMC à choisir «entre une interprétation de l'exigence de preuves scientifiques qui lui enlève toute substance et s'en remet au jugement des autorités nationales sur la «science», et une interprétation qui rend cette exigence réellement contraignante au détriment de la capacité des autorités nationales de réglementation de choisir le niveau de risque qu'elles toléreront». Un juste milieu n'est possible que «dans les rares cas où l'on peut remédier à l'incertitude scientifique rapidement et au moindre coût».

Hoekman et Trachtman (2010) font valoir que l'exigence de preuves scientifiques énoncée dans l'Accord SPS ne s'écarte pas fondamentalement de la politique générale du GATT qui est d'empêcher les mesures discriminatoires (interprétées de façon étroite comme désignant uniquement les mesures qui ont un effet différencié, sans justification rationnelle suffisante en termes de réalisation d'un objectif réglementaire légitime). Ils affirment que l'exigence de preuves scientifiques peut être considérée comme un indicateur d'objectif ou «indirect» d'une intention protectionniste. Ils expliquent que cette exigence (y compris l'obligation de fonder les mesures SPS sur une évaluation des risques) semble évaluer directement «l'importance et la qualité du but non protectionniste». Mais, on peut aussi considérer qu'elle établit une présomption de but protectionniste s'il est constaté que la mesure SPS n'est pas fondée sur des preuves scientifiques. Décrite ainsi, l'exigence de preuves scientifiques concernerait principalement le problème de la substitution de mesures.

La crainte d'une immiscion dans le domaine réglementaire des gouvernements nationaux pour des questions sensibles comme la santé et la sécurité trouve un écho dans le «critère d'examen» qui s'applique à l'examen des mesures par les organes juridictionnels de l'OMC. Le critère d'examen fait référence à l'intensité de l'examen des mesures intérieures effectué par les groupes spéciaux de l'OMC. Comme on l'a dit plus haut, les mesures SPS doivent être fondées sur des principes scientifiques et ne peuvent pas être maintenues sans preuves scientifiques suffisantes. Cela signifie parfois que le Membre de l'OMC qui applique une mesure SPS doit avoir procédé à une évaluation des risques conformément à l'article 5:1 de l'Accord SPS.

Un groupe spécial qui évalue la compatibilité d'une mesure SPS avec l'article 5:1 est censé examiner l'évaluation des risques faite par le Membre de l'OMC et

non en effectuer une lui-même. L'Organe d'appel a mis en garde contre le fait que «[d]ans les cas où un groupe spécial va au-delà de ce mandat limité et agit en tant que responsable de l'évaluation des risques, il substituerait son propre jugement scientifique à celui du responsable de l'évaluation des risques et ferait un examen *de novo* et, par conséquent, outrepasserait ses fonctions au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord». L'Organe d'appel a ensuite expliqué que «le pouvoir en matière d'examen d'un groupe spécial n'est pas de déterminer si l'évaluation des risques effectuée par un Membre de l'OMC est correcte mais de déterminer si cette évaluation des risques est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable» (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 590).

On pourrait dire qu'un critère d'examen fondé sur la déférence, semblable à celui qui s'applique à l'examen des mesures SPS, serait justifié pour les mesures prises au titre de l'Accord OTC qui sont fondées sur une évaluation technique effectuée par les autorités nationales. Toutefois, jusqu'à présent, le critère d'examen n'a pas reçu beaucoup d'attention dans les différends soumis à l'OMC au titre de l'Accord OTC.

Une question connexe qui a été soulevée en rapport avec les Accords SPS et OTC est de savoir si les organes juridictionnels de l'OMC ont le niveau d'expertise requis pour statuer sur les différends qui peuvent impliquer des débats scientifiques ou techniques complexes. Le manque d'expertise scientifique et technique est une des justifications invoquée à l'appui d'un critère d'examen fondé sur la déférence. Les Accords SPS et OTC prévoient l'un et l'autre que les groupes spéciaux peuvent demander l'avis d'experts, ce qu'ont fait plusieurs groupes spéciaux. Les groupes spéciaux doivent consulter les parties lorsqu'ils choisissent des experts et doivent respecter les droits des parties en matière de régularité de la procédure. Ainsi, un groupe spécial a été mis en cause pour avoir consulté deux experts qui avaient participé à l'évaluation de six hormones en vue d'élaborer des normes internationales, lorsque le bien-fondé de cette évaluation a été mis en question dans un différend à l'OMC (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 481).

Par ailleurs, les experts ne peuvent pas faire le travail des parties, en particulier du plaignant auquel incombe la charge de la preuve (rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 222). Le recours à des experts doit être compatible avec le critère d'examen. Dans le cas des mesures SPS, les consultations avec les experts «ne devraient [...] pas avoir pour objet de vérifier si les experts auraient effectué de la même manière une évaluation des risques et seraient arrivés aux mêmes conclusions que le responsable de l'évaluation des risques» (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 481). Autrement dit, l'assistance des experts est limitée par le critère d'examen applicable.

(iv) *Une prescription moins restrictive pour le commerce*

Comme on l'a indiqué plus haut, un Membre de l'OMC qui prend une mesure intérieure qui est incompatible avec

l'une des obligations énoncées dans le GATT peut néanmoins justifier cela si la mesure vise l'un des objectifs de politique générale reconnus à l'article XX et si elle est par ailleurs compatible avec les autres prescriptions de cette disposition. L'article XX autorise, entre autres, les mesures qui sont « nécessaires » à la protection de la moralité publique et à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Selon l'approche suivie par certains groupes spéciaux du GATT, une mesure ne serait considérée comme « nécessaire » que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec le GATT, que le Membre qui adoptait la mesure pouvait employer pour réaliser l'objectif pertinent (voir le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, paragraphe 5.26 et le rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 75).

L'Organe d'appel a adopté une approche plus nuancée de la nécessité. Pour déterminer la « nécessité », telle qu'elle est formulée par l'Organe d'appel, il faut soupeser et mettre en balance l'importance relative des intérêts ou valeurs promus par la mesure contestée, ainsi que d'autres facteurs, qui comprendraient généralement la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursuit et l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international. Si cette analyse aboutit à une conclusion affirmative, la nécessité de la mesure doit ensuite être confirmée en comparant cette mesure aux solutions de rechange possibles qui sont moins restrictives. La charge d'identifier des mesures de rechange moins restrictives incombe à la partie plaignante. Pour pouvoir être considérée comme une solution de rechange, la mesure doit permettre au Membre défendeur d'assurer le même niveau de protection et doit être raisonnablement disponible – le Membre défendeur doit être capable de l'adopter et la mesure ne peut pas imposer de charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles – compte tenu du niveau de développement du Membre concerné (rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 143 et 156).

Conformément à l'article 5:6 de l'Accord SPS, un Membre de l'OMC qui établit ou maintient des mesures SPS pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire doit « [faire] en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'il [] juge [] approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique ». La note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 précise qu'« une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce ». L'évaluation décrite dans la note de bas de page 3 pourrait être comprise comme un type d'analyse coûts-avantages.

Dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'Organe d'appel a indiqué que l'article 5:6 prévoyait un triple critère. La partie plaignante doit prouver qu'il existe une autre mesure qui: (i) est raisonnablement applicable compte

tenu de la faisabilité technique et économique; (ii) permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre; et (iii) est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure SPS contestée. Ces trois éléments sont cumulatifs en ce sens que, pour que l'incompatibilité avec l'article 5:6 soit établie, ils doivent tous être présents :

« Si l'un de ces éléments est absent, la mesure faisant l'objet du différend est censée être compatible avec l'article 5:6. Ainsi, s'il n'existe pas d'autre mesure applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique, ou si l'autre mesure ne permet pas d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre, ou si cette mesure n'est pas sensiblement moins restrictive pour le commerce, on peut dire que la mesure faisant l'objet du différend est compatible avec l'article 5:6 » (rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 194).

Dans l'affaire *Australie – Pommes*, l'Organe d'appel a ajouté que, pour déterminer si les deux premières de ces conditions étaient remplies (le point de savoir s'il existe une mesure qui est raisonnablement applicable, compte tenu de la faisabilité technique et économique, et qui permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre), un groupe spécial devait centrer son évaluation sur la mesure de rechange proposée. Ce n'était qu'en examinant si la troisième condition était remplie qu'un groupe spécial aurait besoin de comparer la mesure de rechange proposée avec la mesure SPS contestée (rapport de l'Organe d'appel *Australie – Pommes*, WT/DS367/AB/R, au paragraphe 337).

Marceau et Trachtman (2009) suggèrent que l'article 5:6 de l'Accord SPS, tel qu'il est interprété, semble impliquer un exercice de mise en balance semblable à celui qu'a effectué l'Organe d'appel pour l'évaluation de la nécessité au titre de l'article XX du GATT. Selon eux, la différence est que, contrairement à l'évaluation de la nécessité au titre de l'article XX du GATT, l'évaluation au titre de l'article 5:6 de l'Accord SPS n'inclurait pas un examen du degré de contribution de la mesure à la réalisation du but recherché.

L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose quant à lui que « [l]es Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits ».

Les groupes spéciaux chargés des affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, États-Unis – Thon II (Mexique)* et *États-Unis – EPO* ont chacun examiné et interprété l'article 2.2 de l'Accord OTC. Malgré les différences dans les analyses des groupes spéciaux, leurs approches comportent quelques éléments communs.

Les trois groupes spéciaux ont interprété cette disposition comme exigeant une analyse des éléments suivants : (i) savoir si la mesure en cause vise un objectif légitime ; (ii) savoir si la mesure en cause réalise les objectifs légitimes ou contribue à leur réalisation, au niveau de protection que le Membre juge approprié ; et (iii) savoir s'il existe un autre moyen moins restrictif pour le commerce de parvenir au même niveau de protection. En outre, dans les trois différends, les États-Unis, en tant que défendeur, ont toujours fait valoir que la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 n'était pas pertinente pour interpréter l'article 2.2 de l'Accord OTC, et que les groupes spéciaux devaient en fait invoquer l'article 5:6 de l'Accord SPS et la jurisprudence y relative (voir plus haut). Les trois groupes spéciaux n'ont pas accepté l'argument des États-Unis dans son ensemble. Au lieu de cela, ils se sont appuyés, à des degrés divers, sur la jurisprudence de l'Organe d'appel relative à l'article XX du GATT de 1994 pour leur analyse au titre de l'article 2.2. Les groupes spéciaux chargés des affaires *États-Unis – Thon II (Mexique)* et *États-Unis – EPO* se sont également appuyés sur l'article 5:6 de l'Accord SPS et la jurisprudence y relative pour interpréter l'article 2.2.

Toutefois, les trois groupes spéciaux ont adopté des critères différents pour les différents éléments de l'analyse. Pour le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, la première étape d'une analyse au titre de l'article 2.2 exige un examen du point de savoir si la mesure elle-même est nécessaire pour réaliser les objectifs légitimes. Sur la base de l'interprétation donnée par l'Organe d'appel du terme « nécessaire » au sens de l'article XX du GATT de 1994, le Groupe spécial a fait observer qu'une mesure devait apporter une « contribution importante » à la réalisation de l'objectif légitime pour être considérée comme « nécessaire » aux fins de l'article 2.2.

Ayant constaté que l'Indonésie n'avait pas démontré que la mesure des États-Unis en cause n'apportait aucune « contribution importante » à la réalisation de l'objectif déclaré, le Groupe spécial est passé à la seconde étape de son analyse – l'identification d'une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce – en adoptant le critère défini par l'Organe d'appel au titre de l'article XX (b) dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Le Groupe spécial a conclu que l'Indonésie, par « le simple fait d'énumérer [...] deux douzaines de mesures de rechange possibles », n'avait pas établi d'éléments *prima facie*. En outre, en invoquant de nouveau le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le Groupe spécial a indiqué que, même si des éléments *prima facie* étaient établis, les États-Unis les réfutaient en soulignant que plusieurs mesures de rechange proposées étaient déjà en place sur leur territoire.

Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, le Groupe spécial a adopté une approche différente. Selon lui,

l'article 2.2 n'exige pas que la mesure elle-même soit nécessaire pour la réalisation de l'objectif légitime. Au contraire, il exige que le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée soit nécessaire pour la réalisation de l'objectif. Le Groupe spécial a noté que l'article 2.2 diffère de l'article XX (b) et (d) du GATT de 1994, qui dispose que la mesure doit être nécessaire. Malgré cette observation, dans un premier temps, le Groupe spécial a entrepris d'évaluer de quelle manière et à quel point les mesures en cause réalisent leurs objectifs légitimes, compte tenu du niveau de protection choisi par le Membre de l'OMC. Toutefois, en l'espèce, l'analyse du Groupe spécial est différente de l'analyse effectuée par le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, car elle n'est pas axée sur la notion de « contribution importante » mais sur le point de savoir « de quelle manière et à quel point » les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe* réalisent les objectifs identifiés par les États-Unis.

Ayant constaté que les mesures pouvaient contribuer à la réalisation de ces objectifs, le Groupe spécial a examiné la question de savoir s'il existait une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce qui permettait d'atteindre le même niveau de protection.

Dans l'affaire *États-Unis – EPO*, le Groupe spécial s'est concentré exclusivement sur la question de savoir si la mesure des États-Unis réalisait son objectif déclaré, bien que son interprétation de l'article 2.2 envisage l'évaluation d'autres étapes, comme l'examen de la question de savoir si la mesure en cause était « plus restrictive pour le commerce » qu'il n'était nécessaire sur la base de l'existence de mesures de rechange disponibles moins restrictives pour le commerce qui pouvaient également permettre de réaliser l'objectif identifié. Là aussi, le Groupe spécial a invoqué la jurisprudence relative à l'article XX établie par l'Organe d'appel, faisant observer que l'on peut dire qu'une mesure contribue à la réalisation de ses objectifs lorsqu'il existe une « véritable relation » entre l'objectif et la mesure « pour ce qui [est] de la fin et des moyens ». Toutefois, ayant constaté que la mesure ne réalise pas l'objectif que, comme il l'avait déterminé, les États-Unis recherchaient au moyen de leur mesure, le Groupe spécial n'a pas examiné s'il existait d'autres moyens moins restrictifs pour le commerce de réaliser cet objectif.

Comme on l'a indiqué plus haut, la procédure d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a été achevée. Toutefois, les constatations du Groupe spécial concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC ne faisaient pas l'objet de l'appel et n'ont donc pas été examinées par l'Organe d'appel dans cette affaire.

L'Organe d'appel a interprété l'article 2.2 de l'Accord OTC dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* et a décrit l'évaluation exigée au titre de cette disposition de la manière suivante. Premièrement, un groupe spécial doit évaluer quel(s) objectif(s) un Membre cherche à atteindre au moyen d'un règlement technique. Ce faisant, il peut prendre en compte les textes des lois, l'historique de l'élaboration des lois et d'autres éléments de preuve concernant la structure et le fonctionnement de la mesure. Un groupe spécial n'est pas lié par la description donnée par un Membre des objectifs qu'il cherche à atteindre au moyen de la mesure, mais doit les évaluer de

manière indépendante et objective. Ensuite, l'analyse doit porter sur la question de savoir si un objectif particulier est légitime (paragraphe 314). En outre, un groupe spécial doit examiner si le règlement technique permet de «réaliser» un objectif. Il s'agit d'une question qui a trait au degré de contribution que le règlement technique apporte à la réalisation de l'objectif légitime. Par conséquent, un groupe spécial rendant une décision concernant une allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC doit s'efforcer de déterminer à quel degré, à supposer qu'il le fasse, le règlement technique contesté, tel qu'il est libellé et appliqué, contribue effectivement à l'objectif légitime recherché par le Membre.

Le degré d'accomplissement d'un objectif particulier peut ressortir de la conception, de la structure et du fonctionnement du règlement technique, ainsi que des éléments de preuve relatifs à l'application de la mesure (paragraphe 317). En outre, l'évaluation de la «nécessité» au titre de l'article 2.2 suppose une analyse relationnelle du caractère restrictif pour le commerce du règlement technique, du degré de contribution qu'il apporte à l'accomplissement d'un objectif légitime, et des risques que la non-réalisation entraînerait. Dans la plupart des cas, cela supposerait une comparaison du caractère restrictif pour le commerce et du degré d'accomplissement de l'objectif par la mesure en cause avec ceux de mesures de rechange possibles qui pourraient être raisonnablement disponibles et moins restrictives pour le commerce que ne l'est la mesure contestée, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Comme l'Organe d'appel l'a précisé dans des appels antérieurs, la comparaison avec des mesures de rechange raisonnablement disponibles était un outil conceptuel servant à déterminer si une mesure contestée était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire.

L'obligation de tenir compte «des risques que la non-réalisation entraînerait» donne à penser que la comparaison de la mesure contestée avec une mesure de rechange possible devrait être effectuée eu égard à la nature des risques en cause et à la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif légitime. Cela suggère un autre élément à soulever et mettre en balance dans la détermination sur le point de savoir si le caractère restrictif pour le commerce d'un règlement technique est «nécessaire» ou, à titre subsidiaire, si une mesure de rechange possible, qui est moins restrictive pour le commerce, apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, et serait raisonnablement disponible (paragraphe 318 à 321).

S'agissant de la mesure contestée par le Mexique au titre de l'article 2.2, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Mexique avait démontré que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe* étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser les objectifs légitimes des États-Unis. Ce faisant, l'Organe d'appel a fait, entre autres, le raisonnement selon lequel le Groupe spécial avait effectué une analyse et une comparaison viciées entre la mesure contestée et la mesure de rechange proposée par le Mexique (la coexistence des règles en matière d'étiquetage prévues dans l'Accord relatif au Programme international pour la conservation des dauphins et des dispositions des

États-Unis en matière d'étiquetage). L'Organe d'appel a également noté que la mesure de rechange proposée par le Mexique n'apporterait pas une contribution à la réalisation des objectifs des États-Unis équivalente à celle apportée par la mesure des États-Unis dans toutes les zones océaniques. Sur cette base, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC (paragraphe 328 à 331).

La procédure d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO* est encore en suspens au moment de la rédaction du présent rapport.

Sykes (2003) a suggéré que l'exigence que les mesures soient les moins restrictives pour le commerce est une forme «rudimentaire» d'analyse coûts-avantages qui accorde une «grande attention aux coûts des erreurs et aux incertitudes». Il la qualifie de «rudimentaire» parce qu'il n'y a pas de quantification réelle des coûts et des avantages des autres mesures réglementaires en termes monétaires ou autres. En fait, selon Sykes, les décideurs à l'OMC procèdent «plutôt de manière subjective et qualitative» lorsqu'ils évaluent l'effet sur le commerce de différentes mesures, les difficultés administratives qu'elles soulèvent, leur coût en ressources, et leur efficacité réglementaire. Sykes examine les décisions rendues dans le cadre du règlement des différends à l'OMC jusqu'en 2003, et précédemment dans le cadre des groupes spéciaux antérieurs du GATT, et il constate qu'elles étaient son interprétation selon laquelle l'exigence que les mesures soient moins restrictives pour le commerce est une forme «rudimentaire» d'analyse coûts-avantages.

Bown et Trachtman (2009) contestent la description du critère de nécessité faite par l'Organe d'appel et l'application de ce critère dans le différend *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Ils estiment que l'Organe d'appel n'a pas voulu évaluer lui-même valablement les facteurs censés être soupesés et mis en balance en vertu de ce critère, ni demander au Groupe spécial de le faire. En l'absence de cette évaluation, les organes juridictionnels s'en remettent de fait à l'autorité nationale. Bown et Trachtman se demandent si ce degré de déférence est conforme au mandat des organes juridictionnels de l'OMC. Quant au critère approprié dans ce contexte, ils font observer que le texte de l'article XX, en particulier le terme «nécessaire», suggère tout naturellement un critère de «la mesure de rechange raisonnablement disponible la moins incompatible avec le traité», ce qui nécessiterait, dans ce contexte, une analyse comparative de la question de savoir s'il existe une autre mesure permettant d'obtenir les mêmes avantages réglementaires que la mesure contestée, tout en imposant des coûts moins élevés en termes de restriction du commerce et sans coûts de mise en œuvre excessifs. Toutefois, en supposant que le texte du traité puisse être modifié, Bown et Trachtman suggèrent qu'une approche plus appropriée serait fondée sur une analyse de l'économie du bien-être, et ils montrent comment cette approche fonctionnerait en utilisant les faits invoqués dans le différend *Brésil – Pneumatiques rechapés*.

Regan (2007) critique aussi le critère de mise en balance énoncé par l'Organe d'appel. Comme Bown et Trachtman, il fait valoir que le terme «nécessaire» à l'article XX suggère le «critère de la mesure de rechange moins

restrictive». Il affirme que, bien que l'Organe d'appel ait décrit son approche comme consistant à soulever et mettre en balance, il se prononce en fait sur la base du critère de la mesure de rechange moins restrictive. Pour expliquer cette conclusion, il dit qu'il y a une incompatibilité intrinsèque entre un critère de mise en balance et l'idée, adoptée par l'Organe d'appel, que les Membres de l'OMC sont en droit de déterminer eux-mêmes leur niveau de protection approprié.

Regan a une objection qui est, selon lui, plus importante. Il ne pense pas que les organes juridictionnels de l'OMC aient le pouvoir de juger de l'importance relative de divers objectifs (non protectionnistes) que les Membres pourraient souhaiter poursuivre, et il estime que, s'ils le faisaient, ce serait une grave ingérence dans l'autonomie réglementaire des Membres. Regan explique que l'avantage du critère de la « mesure de rechange moins restrictive » – qui est, selon lui, le critère que l'Organe d'appel a effectivement appliqué – est qu'il n'exige pas de porter de tels jugements mais se limite à mettre en balance les coûts commerciaux et les coûts administratifs/d'exécution (par opposition à la réalisation de l'objectif sous-jacent).

(v) Normes internationales

Comme on l'a vu dans la section E.1 et dans la section E.2, les divergences réglementaires peuvent augmenter les coûts pour les producteurs, les exportateurs et les importateurs. L'OMC n'est pas un organisme à activité normative. Pour promouvoir la convergence réglementaire, elle encourage ses Membres à utiliser les normes internationales. Mais, ni l'Accord OTC ni l'Accord SPS n'oblige les Membres à le faire. Les Membres de l'OMC peuvent adopter des mesures SPS ou des règlements techniques qui s'écartent des normes internationales.

L'article 3:1 de l'Accord SPS dispose qu'«[a]fin d'harmoniser le plus largement possible les mesures sanitaires et phytosanitaires, les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe». Toutefois, l'article 3:3 permet aux Membres de l'OMC d'introduire des mesures SPS qui entraînent un niveau de protection SPS plus élevé que celui qui serait obtenu autrement avec des mesures fondées sur les normes internationales, sous réserve qu'il y ait une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection SPS qu'un Membre juge approprié.

L'incitation juridique en faveur de l'harmonisation est que, en vertu de l'article 3:2 de l'Accord SPS, les mesures fondées sur les normes internationales sont réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes de l'Accord SPS et du GATT. Il faut cependant noter que, même si un Membre choisit de ne pas fonder sa mesure SPS sur une norme internationale, aucune présomption négative ne s'attache à cette mesure. Si la mesure est contestée dans le cadre d'un différend soumis à l'OMC, le Membre plaignant doit démontrer qu'elle est incompatible avec l'Accord SPS. Il ne suffit pas de montrer que la mesure SPS n'est pas

fondée sur la norme internationale (rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 102 et 171).

Dans le cas des règlements techniques, l'article 2.4 de l'Accord OTC dispose que lorsque «des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale», les Membres de l'OMC «utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques». Néanmoins, l'article 2.4 permet aux Membres de s'écarter des normes internationales, même si elles existent déjà, si «ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux».

Comme pour les mesures SPS, il existe une incitation juridique à utiliser les normes internationales pour élaborer un règlement technique. L'article 2.5 de l'Accord OTC dispose que, dans les cas où le règlement technique vise l'un des objectifs légitimes reconnus dans l'Accord et est conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international. Et comme avec les mesures SPS, il n'y a aucune présomption négative lorsqu'un Membre de l'OMC choisit de ne pas utiliser une norme internationale comme base d'un règlement technique. Si ce règlement technique est contesté dans le cadre d'un différend soumis à l'OMC, le Membre plaignant doit démontrer que la norme internationale ou ses éléments pertinents seraient des moyens efficaces et appropriés pour réaliser les objectifs légitimes visés (rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 275).

L'Accord SPS reconnaît expressément trois organismes internationaux à activité normative: la Commission du Codex Alimentarius, l'Office international des épizooties (aujourd'hui appelé Organisation mondiale de la santé animale – OIE) et le Secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV). Pour les questions qui ne relèvent pas de ces trois organisations, l'Accord SPS laisse la possibilité d'utiliser les «normes [...] appropriées promulguées par d'autres organisations internationales compétentes ouvertes à tous les Membres et identifiées» par le Comité SPS de l'OMC.

L'Accord OTC ne précise pas quels organismes peuvent établir des «normes internationales pertinentes». La question de «désigner» ou non des organismes dans l'Accord OTC a été examinée dans le contexte des négociations sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles menées dans le cadre du Cycle de Doha. À cet égard, les Membres de l'OMC sont divisés en deux camps, mais, pour le moment, les organismes ne sont pas mentionnés.

Un groupe de Membres estime que les organismes internationaux à activité normative compétents devraient être désignés explicitement. Comme l'objectif de l'Accord OTC lui-même est de promouvoir l'harmonisation, ces Membres considèrent que cet objectif même sera entravé si de multiples organismes à activité normative coexistent en établissant des prescriptions qui font double emploi et qui peuvent même se contredire. Dans la mesure où les organismes de réglementation sont fortement

encouragés à fonder leurs mesures sur les normes internationales, la concurrence entre les organismes à activité normative entraînera la fragmentation des marchés, des coûts de mise en conformité non nécessaires, et même un risque de capture des autorités de réglementation par des intérêts protectionnistes. Or c'est précisément le contraire qu'il faut mettre en place : une coopération étroite, une plus grande inclusion et une gouvernance partagée au niveau international. Le fait de lier l'élaboration des normes utilisées à des fins de réglementation à quelques organismes internationaux encouragera une large participation des parties prenantes, en particulier de l'industrie, ce qui permettra de tenir compte du marché et des évolutions technologiques (JOB/MA/81 et JOB/MA/80).

Il a été dit aussi que la désignation des organismes internationaux à activité normative compétents faciliterait la participation des pays en développement car ceux-ci seraient mieux à même d'utiliser leurs ressources limitées en fonction de leurs priorités. De ce fait, la participation accrue des pays en développement permettrait de faire en sorte que les normes correspondent aux intérêts les plus larges possibles, ce qui conférerait une plus grande légitimité et une pertinence mondiale aux normes internationales elles-mêmes (JOB/MA/81 et JOB/MA/80).

Un autre groupe de Membres de l'OMC fait valoir le contraire : les organismes internationaux de normalisation ne devraient pas être désignés parce que la question de savoir si une norme est pertinente, efficace et appropriée pour répondre à un besoin particulier de la réglementation ou du marché d'un Membre dépend de la norme elle-même, et non de l'organisme qui l'a élaborée. Ces Membres estiment que l'article 2.4 de l'Accord OTC lie la pertinence d'une « norme » à l'objectif visé ; le terme « pertinent » n'est pas lié à l'organisme. En outre, ils suggèrent qu'en désignant un organisme particulier comme « organisme international à activité normative compétent », les Membres de l'OMC avaliseraient essentiellement toutes les normes établies par ces organismes sans en examiner le contenu, même dans les cas où la norme ne reflèterait pas les intérêts de tous les Membres ou ne reflèterait de manière disproportionnée que les intérêts de quelques-uns (G/TBT/W/138).

Ils font aussi valoir qu'un petit nombre d'organismes désignés ne peuvent pas établir toute la gamme et la diversité des normes nécessaires pour répondre à tous les besoins de la réglementation et du marché qui relèvent de l'Accord OTC.³⁷ Au contraire, c'est la diversité des organismes qui favorisera l'innovation et qui permettra de faire en sorte que les normes soient de qualité et répondent aux besoins de la réglementation et du marché. Une plus grande harmonisation découlera de l'utilisation accrue de ces normes (G/TBT/W/138).

Il a été dit par ailleurs que la plupart des organismes établissant des normes pertinentes pour le marché (qui sont effectivement utilisées) sont des entités privées qui doivent couvrir leurs coûts en vendant des normes ; le fait de désigner des organismes supprimerait cette source de revenu et concentrerait les recettes entre les mains de quelques-uns. Enfin, la « désignation » des organismes rendrait « pertinente » toute norme établie par un organisme désigné, qu'elle réponde effectivement ou non

aux besoins des pays en développement, et cela irait à l'encontre de l'objectif consistant à favoriser l'élaboration de normes pour répondre aux besoins divers de ces pays (G/TBT/W/138).

Malgré ces divergences de vues, aucun des deux « camps » ne conteste l'importance de l'utilisation des normes internationales comme moyen de réduire les mesures non tarifaires non nécessaires, et tous les Membres de l'OMC conviennent de l'importance de respecter la décision du Comité OTC de 2000 qui énonce six principes et procédures (Décision du Comité OTC sur les principes devant régir l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux en rapport avec les articles 2 et 5 et l'Annexe 3, G/TBT/1/Rev.9, page 40).³⁸ Il a été reconnu récemment que cette décision avait une valeur interprétative en tant qu'« accord ultérieur » au sens de l'article 31 (3) (a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 372).

Une question qui a été soulevée dans le cadre du règlement des différends à l'OMC est celle de savoir si une norme internationale doit être adoptée par consensus pour être une « norme internationale pertinente » au sens de l'article 2.4 de l'Accord OTC. La note explicative relative à la définition du terme « norme » dans l'Accord OTC indique ce qui suit : « Les normes élaborées par la communauté internationale à activité normative sont fondées sur un consensus. » Elle ajoute que l'Accord OTC « vise également des documents qui ne sont pas fondés sur un consensus ». Ce libellé a été interprété dans l'affaire *CE – Sardines* comme s'appliquant aussi aux normes internationales. L'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la définition d'une « norme » figurant à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC n'exige pas qu'il y ait eu approbation par consensus s'agissant de normes adoptées par un « organisme reconnu » de la communauté internationale à activité normative.

L'Organe d'appel a ensuite précisé que cette décision n'était pertinente qu'aux fins de l'Accord OTC. En outre, il a indiqué que la décision ne visait pas à influencer, de quelque manière que ce soit, sur les prescriptions internes que les organismes internationaux à activité normative pouvaient établir pour eux-mêmes en ce qui concerne l'adoption de normes dans le cadre de leurs opérations respectives. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué : « Le fait que nous constatons que l'Accord OTC n'exige pas que les normes adoptées par la communauté internationale à activité normative aient été approuvées par consensus ne devrait pas être interprété comme signifiant qu'à notre avis un organisme international à activité normative ne devrait pas exiger que les normes qu'il établit soient adoptées par consensus. Il ne nous appartient pas d'en décider » (rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 222 et 227).

La question de savoir ce qui constitue une « norme internationale » aux fins de l'Accord OTC a été examinée plus récemment dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. L'Organe d'appel a noté que, s'agissant du type d'entité qui approuvait une norme « internationale », le Guide ISO/CEI 2:1991 mentionne une « organisation », tandis que l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC dispose qu'une « norme » doit être approuvée par un « organisme ». Il a

toutefois fait observer que l'Accord OTC établit que les définitions figurant dans l'Accord l'emportent sur les définitions du Guide ISO/CEI 2:1991. Par conséquent, il a estimé que, pour constituer une « norme internationale », une norme doit être adoptée par un « organisme international à activité normative » aux fins de l'Accord OTC.

L'Organe d'appel a expliqué en outre qu'un élément requis de la définition d'une norme « internationale » aux fins de l'Accord OTC est l'approbation de la norme par un « organisme international à activité normative », c'est-à-dire un organisme qui a des activités reconnues dans le domaine de la normalisation et qui est ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres de l'OMC. Selon lui, la notion de « reconnaissance » a à la fois une dimension factuelle et une dimension normative. Un organisme qui a des « activités reconnues dans le domaine de la normalisation », n'a pas besoin d'avoir la normalisation pour fonction principale ni même de la compter parmi ses fonctions principales. Parallèlement, la dimension factuelle de la notion de « reconnaissance » semble exiger, au minimum, que les Membres de l'OMC soient conscients, ou aient des raisons de penser, que l'organisme international en question mène des activités de normalisation. Pour examiner si un organisme international a des « activités reconnues dans le domaine de la normalisation », des éléments de preuve indiquant une reconnaissance par les Membres de l'OMC ainsi que des éléments de preuve indiquant une reconnaissance par les organismes nationaux à activité normative seraient pertinents. On considérera qu'un organisme à activité normative est ouvert si l'appartenance à cet organisme n'est pas restreinte. Il doit être ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres de l'OMC et sur une base non discriminatoire. En outre, il doit être ouvert à toutes les étapes de l'élaboration des normes.

Ayant donné son avis sur la définition d'une « norme internationale » aux fins de l'Accord OTC, l'Organe d'appel a ensuite examiné si la définition de la notion *Dolphin-safe* et la certification *Dolphin-safe* figurant dans l'accord relatif au Programme international pour la conservation des dauphins (AIDCP) répondaient à cette définition. Il a infirmé la constatation du Groupe spécial et a estimé que l'AIDCP n'était pas un « organisme international à activité normative » aux fins de l'Accord OTC parce qu'il fallait une invitation des parties pour y adhérer, décision qui devait être prise par consensus, et l'Organe d'appel n'était pas convaincu que se faire inviter à y adhérer était une simple « formalité » (paragraphe 398 et 399).

Le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* ont aussi examiné la question de savoir si les mesures des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe* constituaient un règlement technique ou une norme volontaire. Les constatations relatives à cette question sont examinées dans la section E.3 (vi).

(vi) *Réglementation du comportement des entités privées*

Les Accords de l'OMC régissent principalement le comportement des pouvoirs publics. Néanmoins, comme on l'a vu dans la section E.1, le comportement des entités

privées peut avoir parfois des effets équivalents à ceux d'une mesure non tarifaire imposée par les pouvoirs publics.

L'intervention d'un élément de comportement privé ne signifie pas nécessairement qu'un Membre de l'OMC peut se soustraire à sa responsabilité de respecter ses obligations au titre des Accords de l'OMC. Par exemple, dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, une réduction du nombre de points de vente au détail de viande de bœuf importée résultait des décisions prises par différents détaillants qui avaient la faculté de choisir de vendre le produit national ou le produit importé. L'Organe d'appel a toutefois expliqué que la nécessité légale d'opérer un choix – entre la vente de viande de bœuf nationale ou la vente de viande de bœuf importée – avait été dictée par les mesures des pouvoirs publics elles-mêmes. Dans ces circonstances, « le fait qu'un élément quelconque du domaine privé intervienne dans ce choix ne permett[ait] pas à la Corée de se soustraire à sa responsabilité au regard du GATT de 1994 en ce qui concerne l'établissement de conditions de concurrence moins favorables pour le produit importé que pour le produit national, auquel [avait] abouti cette mesure » (rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 146).

Une situation analogue s'est présentée dans le différend récent *États-Unis – Thon II (Mexique)*, dans lequel l'Organe d'appel a examiné si l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains résultait de l'intervention des pouvoirs publics ou était simplement le résultat du choix privé des consommateurs des États-Unis. L'Organe d'appel a estimé que la modification des conditions de concurrence et, par conséquent, l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains résultaient de la mesure contestée des pouvoirs publics des États-Unis – à savoir, les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe*. Il a fondé sa constatation sur le fait que c'était la mesure des pouvoirs publics qui établissait les prescriptions en vertu desquelles un produit pouvait être étiqueté *Dolphin-safe* aux États-Unis. En outre, si les consommateurs des États-Unis décidaient d'acheter des produits du thon *Dolphin-safe* par suite de leurs propres choix, c'était la mesure des pouvoirs publics qui régissait l'obtention du label et qui limitait la manière dont les consommateurs pouvaient exprimer leurs préférences pour les produits du thon *Dolphin-safe* (paragraphe 239).

L'Accord OTC comporte quelques dispositions applicables aux organismes non gouvernementaux à activité normative, du fait des engagements relatifs au Code de pratique. L'application du Code aux organismes non gouvernementaux à activité normative est expliquée dans la section E.2.

L'article 14.4 de l'Accord OTC est une disposition intéressante en termes d'attribution à un Membre de l'OMC d'un comportement privé. Il indique que les dispositions de l'OMC relatives au règlement des différends pourront être invoquées dans les cas où un Membre n'est pas arrivé à des résultats satisfaisants au titre de certaines dispositions et où les intérêts d'un autre Membre sont affectés de façon notable. L'article 14.4 indique ensuite que, « [à] cet égard, ces résultats devront être équivalents à ceux envisagés, comme si l'institution en question était un Membre ».

L'Accord SPS dispose aussi que les Membres de l'OMC doivent «prendre[e] toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les entités non gouvernementales de leur ressort territorial [...] se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord». Il indique de même que les Membres ne doivent pas prendre de mesures qui ont pour effet, directement ou indirectement, d'obliger ou d'encourager ces entités non gouvernementales à agir d'une manière qui est incompatible avec l'Accord.

Comme elles sont de plus en plus utilisées, les normes privées reçoivent une attention croissante. La question des normes privées a été soulevée au Comité SPS pour la première fois en 2005. Les discussions du Comité sur les normes privées ont été axées initialement sur trois thèmes: l'accès aux marchés, le développement et le droit de l'OMC. Dans le domaine de l'accès aux marchés, les Membres de l'OMC ont des vues divergentes sur la question de savoir si les normes sont une opportunité ou une menace pour les exportateurs. De nombreux Membres sont préoccupés par le fait que le coût de la certification, lié parfois à la multiplicité des normes à respecter pour des acheteurs différents, peut être un problème, en particulier pour les petits producteurs, notamment (mais pas exclusivement) dans les pays en développement. Les Membres ont aussi des vues divergentes sur le point de savoir si les normes privées relèvent de l'Accord SPS. La crainte que la prolifération des normes privées ne compromette certains des progrès accomplis dans la réglementation des mesures SPS grâce à l'adoption et à la mise en œuvre de l'Accord SPS est à l'origine de ces divergences de vues.

Malgré le manque de consensus sur le point de savoir si et comment les normes privées entrent dans le cadre général de l'Accord SPS, cette question est inscrite à l'ordre du jour de chaque réunion du Comité SPS depuis juin 2005. En outre, le Secrétariat de l'OMC a organisé deux séances d'information informelles sur ce sujet, et le Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce, partenariat mondial qui aide les pays en développement à appliquer les normes SPS internationales, a tenu un atelier sur la question en 2008. Les séances d'information et l'atelier ont permis une éducation et une sensibilisation à double sens: ils ont permis aux fonctionnaires chargés de la réglementation de mieux connaître et comprendre le fonctionnement des divers systèmes de normes privées et leurs objectifs, tout en sensibilisant les opérateurs privés aux préoccupations qu'ils suscitent et à leurs effets sur les pays en développement.

En mars 2011, le Comité SPS est convenu d'engager cinq actions concrètes recommandées par un groupe de travail spécial⁹⁹ chargé de la question des normes privées (voir les documents G/SPS/55 et G/SPS/R/62). Alors que les Membres de l'OMC étaient très divisés sur la question de savoir si les normes privées relèvent juridiquement de l'Accord SPS, le Comité est convenu d'élaborer une définition pratique des normes privées liées aux mesures SPS et de limiter les discussions aux normes privées mentionnées dans la définition. En outre, le Comité est convenu que des renseignements sur les travaux des trois organismes internationaux à activité normative mentionnés dans l'Accord SPS (le Codex, la CIPV et l'OIE), et sur les faits nouveaux pertinents

intervenues dans d'autres Conseils et Comités de l'OMC, devraient lui être communiqués régulièrement. Les Membres ont décidé de former les organismes privés concernés dans leurs pays pour qu'ils comprennent les questions soulevées au Comité SPS et l'importance des normes internationales du Codex, de la CIPV et de l'OIE. Le Comité est aussi convenu d'envisager une coopération avec ces trois organismes pour élaborer des documents d'information soulignant l'importance des normes SPS internationales.

Comme cela a été dit précédemment, une des distinctions établies dans l'Accord OTC entre un règlement technique et une norme est que le respect du règlement technique est obligatoire, tandis que le respect de la norme ne l'est pas. Récemment, le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* a dû statuer sur la question de savoir si les mesures des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin-safe* étaient des «règlements techniques» au sens de l'Accord OTC comme le faisait valoir le Mexique, ou une norme volontaire comme le soutenaient les États-Unis. Le Groupe spécial a estimé que «le respect des caractéristiques d'un produit ou des procédés et méthodes de production s'y rapportant [était] «obligatoire» au sens de l'Annexe 1.1, si le document dans lequel figur[ai]ent ces caractéristiques, procédés et méthodes de production [avait] pour effet de réglementer d'une manière juridiquement contraignante ou obligatoire les caractéristiques en cause et s'il prescri[vait] ou impos[ait] ainsi d'une manière contraignante ou obligatoire ceci: un certain produit [devait] ou ne [devait] pas posséder des caractéristiques, une terminologie, des symboles, emballages, marques ou labels ou il [devait] ou ne [devait] pas être élaboré au moyen de certains procédés et méthodes de production».

Toutefois, les membres du Groupe spécial étaient en désaccord sur la question de savoir si les mesures des États-Unis étaient obligatoires. La majorité d'entre eux estimaient que la prescription des États-Unis en matière d'étiquetage était obligatoire parce que: (i) elle était juridiquement exécutoire et contraignante dans le cadre de la législation des États-Unis (elle était promulguée par les pouvoirs publics et incluait des sanctions légales); (ii) elle imposait certaines prescriptions qu'il fallait respecter pour pouvoir formuler n'importe quelle revendication concernant la manière dont le thon contenu dans les produits du thon avait été capturé relativement aux dauphins; et (iii) elle faisait du respect d'une norme spécifique le moyen exclusif d'établir le statut *Dolphin-safe* pour les produits du thon.

Le membre du Groupe spécial qui avait une opinion dissidente a noté que «les mesures n'impos[ai]ent pas l'obligation générale d'étiqueter ou ne pas étiqueter *Dolphin-safe* les produits du thon». Au contraire, l'utilisation du label «rest[ait] la décision volontaire et discrétionnaire des opérateurs du marché» «de remplir ou de ne pas remplir les conditions qui donn[ai]ent accès au label et [...] de formuler une quelconque revendication concernant le statut *Dolphin-safe* du thon contenu dans le produit». Ce membre du Groupe spécial a estimé en outre que le Mexique n'avait pas démontré que les mesures étaient *de facto* obligatoires, parce qu'il n'avait pas établi «l'impossibilité de commercialiser des produits du thon aux États-Unis sans le label *Dolphin-safe*» et que «cette impossibilité [...] découl[ait] de faits suffisamment

liés aux dispositions *Dolphin-safe* des États-Unis ou à une autre action du gouvernement des États-Unis» (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.111 à 7.188).

L'Organe d'appel a confirmé la constatation majoritaire du Groupe spécial selon laquelle la mesure des États-Unis était un règlement technique soumis aux disciplines énoncées à l'article 2 de l'Accord OTC. Il a dit que la mesure contestée par le Mexique était composée d'actes législatifs, réglementaires et judiciaires des autorités fédérales des États-Unis et incluait des dispositions administratives. La mesure énonce une définition unique et prescrit juridiquement d'un produit du thon *Dolphin-safe* et prohibe l'utilisation d'autres labels sur les produits du thon qui utilisent l'expression «*Dolphin-safe*» ou les termes «dauphins, marsouins ou mammifères marins» et qui ne répondent pas à cette définition. Ce faisant, la mesure des États-Unis prescrit d'une manière large et exhaustive les conditions qui s'appliquent pour la formulation de toute affirmation concernant un produit du thon quant à son «caractère *Dolphin-safe*», indépendamment de la manière dont cette déclaration est faite (paragraphe 199).

(vii) *Transparence*

La transparence est un élément important de tous les Accords de l'OMC. La section E.2 a décrit certaines des principales dispositions des Accords SPS et OTC relatives à la transparence, et a expliqué la raison d'être économique de l'échange de renseignements entre les Membres de l'OMC.

Les obligations de transparence ne font pas souvent l'objet d'un différend à l'OMC. Toutefois, dans une affaire récente, *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, on a constaté une violation de l'article 2.12 de l'Accord OTC qui dispose que, «[s]auf dans les circonstances d'urgence [...], les Membres ménageront un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur, afin de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur». Au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, les Membres de l'OMC sont convenus que «l'expression «délai raisonnable» [à l'article 2.12 de l'Accord OTC] ser[ait] interprétée comme signifiant normalement une période qui ne ser[ait] pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés».

L'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* concernait un règlement technique adopté par les États-Unis qui était entré en vigueur trois mois après sa publication. Une question soulevée initialement dans cette affaire concernait le statut juridique du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. L'Organe d'appel a rejeté l'affirmation selon laquelle le paragraphe 5.2 constituait une interprétation multilatérale de l'Accord OTC adoptée conformément à l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC. En effet, le paragraphe 5.2 n'avait pas été adopté conformément à une recommandation du Conseil du commerce des marchandises – qui supervise l'Accord OTC – comme l'exige l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC.

Comme le Groupe spécial, l'Organe d'appel a considéré que le paragraphe 5.2 avait une valeur interprétative parce qu'il constituait un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 (3) (a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, au sujet de l'interprétation de l'expression «délai raisonnable» figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel a ensuite estimé que, lu à la lumière du paragraphe 5.2, l'article 2.12 de l'Accord OTC «établi[ssait] une règle selon laquelle, «normalement», les producteurs dans les Membres exportateurs [avaient] besoin d'une période «qui ne sera[it] pas inférieure à six mois» pour adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences d'un règlement technique du Membre importateur».

L'Organe d'appel a aussi expliqué que, une fois qu'il est démontré que le Membre de l'OMC adoptant un règlement technique n'a pas ménagé une période d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur du règlement technique, il incombe à ce Membre de démontrer qu'une période plus courte était justifiée parce que (i) les «circonstances d'urgence» visées à l'article 2.10 de l'Accord OTC existaient au moment de l'adoption du règlement technique; (ii) les producteurs du Membre plaignant auraient pu s'adapter aux exigences du règlement technique dans le délai plus court qu'il avait ménagé; ou (iii) une période «pas inférieure à» six mois ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes de son règlement technique. Dans ce cas particulier, il a été constaté que les États-Unis n'avaient pas établi que l'une des circonstances susmentionnées justifiait une période inférieure à six mois (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 255, 268 et 290).

(c) Questions relatives à l'AGCS

Les principales disciplines concernant les mesures qui affectent le commerce des services sont analogues à celles qui s'appliquent aux mesures non tarifaires pour le commerce des marchandises. Ces disciplines sont axées sur le traitement NPF (article II), l'accès aux marchés (article XVI) et le traitement national (article XVII). Toutefois, le traitement national dans le cadre de l'AGCS est très différent de celui qui concerne le commerce des marchandises, car il ne s'applique qu'aux secteurs pour lesquels des engagements ont été pris et il peut faire l'objet de limitations. En conséquence, l'obligation de traitement national dans le secteur des services ne peut pas être considérée comme un moyen d'empêcher la substitution de mesures. Au contraire, en exigeant que les limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national soient inscrites dans les listes, l'Accord cherche à limiter les conséquences de ces mesures pour le commerce, de la même manière que les droits de douane sont consolidés dans le cadre du GATT.

L'AGCS a une très large portée, qui résulte des quatre modes de fourniture constituant le commerce des services. En outre, à la différence des accords commerciaux classiques, l'AGCS vise principalement les mesures intérieures. Ce qui compte dans le commerce des services, c'est souvent le niveau général de contestabilité du marché pour les nouveaux venus et les opérateurs existants, et pas seulement l'ouverture du marché aux fournisseurs étrangers. La vaste portée de

l'AGCS résulte aussi de la diversité des mesures qui en relèvent. Conformément à l'article premier, l'AGCS « s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services ».

L'Organe d'appel a expliqué que l'« utilisation de l'expression « qui affectent » reflète l'intention des rédacteurs de donner une large portée à l'AGCS » (rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 220). Le champ de l'AGCS peut englober aussi des mesures qui relèvent du GATT. Dans la même affaire, l'Organe d'appel a noté que, si certaines mesures relevaient de l'un des deux accords, il y en avait probablement qui pouvaient être considérées comme relevant à la fois du GATT et de l'AGCS. Il s'agissait des « mesures qui impliqu[ai]ent un service concernant une marchandise particulière ou un service fourni en liaison avec une marchandise particulière ». En pareils cas, « alors que la même mesure pou[vait] être examinée au regard des deux accords, les aspects spécifiques de cette mesure examinés au regard de chaque accord pou[vaient] être différents » (rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 221).

Le problème de la substitution de mesures examiné dans la section E.2 concernant les droits de douane et les mesures non tarifaires ne pourrait en principe exister pour les services que si les Membres de l'OMC, après avoir supprimé les limitations concernant le traitement national ou l'accès aux marchés, utilisaient les réglementations intérieures comme instrument de substitution. À ce stade, les disciplines en matière de réglementation intérieure faisant l'objet du mandat de négociation énoncé à l'article VI:4 (voir la section E.4) n'ont pas encore été définies. En attendant, les Membres ne peuvent pas, aux termes de l'article VI:5, appliquer une réglementation intérieure en matière de licences, de qualifications et de normes techniques qui annule ou compromet ces engagements spécifiques. En outre, la réglementation intérieure devrait être fondée sur des critères objectifs et transparents, et ne pas être plus rigoureuse qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service, sans qu'on ait pu raisonnablement s'y attendre au moment où les engagements pertinents ont été pris.

Jusqu'à présent, les différends soumis à l'OMC n'ont pas porté sur l'article VI:5, bien que quelques indications aient été données sur d'autres aspects de la réglementation intérieure. La distinction établie dans l'AGCS entre les restrictions à l'accès aux marchés (article XVI) et la réglementation intérieure (article VI) a été examinée dans l'affaire *États-Unis – Jeux*. La question était de savoir si l'interdiction d'un mode de fourniture de service constituait une restriction à l'accès aux marchés au sens de l'article XVI:2 (a) et (c), ou si ces dispositions ne visaient que les mesures exprimées sous la forme d'une valeur numérique. Le Groupe spécial a constaté qu'une interdiction était, en fait, un « contingent nul », et qu'elle était donc visée par ces dispositions. Cette constatation a été confirmée en appel (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphes 224 à 239; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 265).

L'affaire *Mexique – Télécommunications* a démontré la relation étroite entre la réglementation intérieure et la politique de la concurrence. Les mesures en cause étaient les lois et règlements du Mexique régissant la

fourniture des services de télécommunication, et les lois fédérales sur la concurrence. Le Groupe spécial a constaté que les tarifs d'interconnexion appliqués par les principaux fournisseurs du Mexique n'étaient pas « fondés sur les coûts », comme l'exigeaient les disciplines non discriminatoires énoncées dans le document de référence contenu dans la liste d'engagements du Mexique. En outre, le Groupe spécial a constaté que, s'agissant des règlements relatifs aux coûts d'interconnexion, le Mexique n'avait pas pris de mesures appropriées pour empêcher les pratiques « anticoncurrentielles », comme il était tenu de le faire en vertu des disciplines énoncées dans le document de référence. Le Groupe spécial a aussi constaté que les fournisseurs des États-Unis n'avaient pas bénéficié d'un accès au réseau public de transport des télécommunications selon des « modalités raisonnables », contrairement aux obligations du Mexique au titre de l'Annexe sur les télécommunications.

4. Adapter l'OMC à un monde allant au-delà des droits de douane

Cette dernière section décrit quelques-unes des principales difficultés que soulèvent les MNT dans le système commercial multilatéral. La sous-section (a) explique pourquoi il pourrait devenir plus important d'améliorer le traitement de la question des MNT à l'OMC compte tenu des changements rapides dans l'économie mondiale (chaînes de production transfrontières) et du recours croissant à des MNT pour répondre aux préoccupations des consommateurs et défendre des intérêts généraux comme la sécurité sanitaire des aliments et la qualité de l'environnement.

La sous-section (b) étudie la marge de flexibilité qui existe pour adopter des mesures non tarifaires suivant la théorie et la pratique des plaintes en situation de non-violation et d'autres approches, telles que la reconnaissance mutuelle et l'harmonisation. La sous-section (c) traite des dispositions actuelles de l'OMC relatives à la transparence et de la difficulté d'aligner les incitations quand la transparence a un coût. La sous-section (d) traite de la difficulté de faire une distinction entre les utilisations légitimes et illégitimes des MNT.

La sous-section (e) analyse les obstacles à la coopération internationale en matière de mesures non tarifaires. Elle examine en particulier la question de la convergence réglementaire, l'élaboration de règles concernant les normes privées, les disciplines relatives à la réglementation intérieure et les règlements favorables à la concurrence dans le secteur des services. La sous-section (f) conclut en soulignant la nécessité de renforcer les capacités réglementaires dans les pays en développement.

(a) Les MNT au XXI^e siècle

Les changements survenus récemment et ceux qui sont à prévoir dans l'environnement commercial modifient à la fois la nécessité de recourir à des mesures non tarifaires et la structure des incitations qui peuvent amener les gouvernements à utiliser ces mesures à des fins protectionnistes. Le rapport a examiné en détail les incidences sur les MNT de divers changements économiques, comme le développement des réseaux de

production mondiaux, les difficultés liées à la crise financière récente et la nécessité de faire face au changement climatique. Certains de ces problèmes sont analysés ci-dessous.

Les règles du GATT ont été conçues pour un monde dans lequel le commerce international consistait essentiellement en l'échange de produits finis et de produits primaires. Mais l'environnement économique moderne est devenu plus complexe avec le développement de réseaux de production transfrontières. Ces changements posent des problèmes de gouvernance, car la délocalisation oblige à repenser le cadre actuel du système commercial multilatéral, fondé sur l'accès aux marchés.

Comme l'ont dit Antràs et Staiger (2011, 2012), il faut une intégration profonde plutôt que superficielle pour résoudre les problèmes de politique posés par la prolifération des chaînes de production mondiales. Plus précisément, la théorie exposée dans la section E.1 (b) tend à montrer que si les producteurs sont tributaires de leurs relations commerciales avec des entreprises étrangères, les gouvernements doivent considérer non seulement l'accès aux marchés, mais aussi les effets de leurs mesures en amont et en aval. Pour tenir compte de ces besoins, on pourrait modifier ou réinterpréter les règles de l'OMC pour faire en sorte que les plaintes en situation de non-violation puissent couvrir l'«accès au marché intra-entreprise». Pour cela, il faudrait élargir ces plaintes aux «avantages» découlant non seulement de l'accès au marché convenu, mais aussi de l'éventail des politiques qui influent sur la relation de négociation entre le fournisseur d'intrants et l'acheteur de ces intrants. Le changement obligerait à s'écarter de la pratique actuelle et soulèverait des questions épineuses sur la conception institutionnelle. La difficulté consiste en partie à faire la distinction entre les situations dans lesquelles les entreprises fixent les prix par la négociation ou par la concurrence. Les règles commerciales devraient tenir compte de ces différences sectorielles.

Peu de travaux sur la théorie des accords commerciaux en situation de délocalisation ont tenté d'évaluer l'importance de la formation des prix par la négociation, de sorte qu'il est difficile de déterminer la nécessité d'une réponse institutionnelle (Staiger, 2012). Comme première étape pour tester la théorie, la section C.2 examine les secteurs où la part du commerce des biens intermédiaires est plus élevée. Bien que cela ne soit pas identique à la délocalisation et à la négociation bilatérale, la présence de biens intermédiaires donne une indication des types de chaînes d'approvisionnement internationales qui seraient sujettes à la négociation des prix, et donc des profits.

L'analyse statistique montre cependant que la part des biens intermédiaires est associée de façon négative au volume du commerce faisant l'objet de problèmes commerciaux spécifiques (et, par extension, au volume du commerce visé par des mesures non tarifaires). Cela indique soit que l'incitation à utiliser des MNT pour transférer les profits de l'entreprise est dominée par d'autres considérations (comme le désir de créer un environnement attractif pour la production mondiale), soit que les gouvernements ont déjà abordé la question dans des accords commerciaux préférentiels d'«intégration profonde» (voir OMC, 2011). Même si les ACP favorisent

l'intégration profonde, la difficulté pour l'OMC est d'assurer la cohérence entre des régimes réglementaires divergents qui risquent en pratique de segmenter les marchés et d'augmenter les coûts commerciaux.

Les changements sur les marchés internationaux ne résultent pas seulement des différences d'organisation entre les entreprises. Il se peut aussi que l'utilisation de mesures non tarifaires soit une réponse à diverses tendances prévisibles dans l'environnement économique mondial. La section B met en relief trois domaines dans lesquels les changements économiques créent de nouvelles difficultés pour la réglementation des MNT. Ces domaines sont le mode de production et de consommation des produits alimentaires, le rôle central de la finance internationale dans l'économie et dans les crises économiques, et les défis fondamentaux liés au changement climatique. Chacun de ces facteurs intéresse les gouvernements désireux de créer un environnement réglementaire qui protège les intérêts des consommateurs et de la société, mais qui peut aussi avoir une incidence sur le commerce.

Le système agroalimentaire de plus en plus mondialisé montre comment l'organisation et la réglementation des chaînes d'approvisionnement mondiales influent sur les intérêts des entreprises, des gouvernements et des consommateurs. La section B explique que, plus les normes des consommateurs s'élèvent, plus les entreprises ont besoin de gérer leurs chaînes d'approvisionnement, et plus les pouvoirs publics doivent garantir le niveau souhaité de qualité et de sécurité. Cet effort est compliqué par l'internationalisation croissante de la production alimentaire et par la difficulté d'assurer la traçabilité de produits qui changent de mains très rapidement et passent par de multiples juridictions.

Les services financiers internationaux sont également complexes et très mobiles, mais ils jouent un rôle central dans l'économie mondiale. Dans ce contexte, les problèmes sur les marchés financiers menacent la stabilité des économies tout entières. Lorsqu'une crise éclate, les gouvernements ont recours à diverses mesures pour limiter les dommages systémiques et stimuler la demande des consommateurs. Mais les crises économiques entraînent une demande accrue de mesures protectionnistes qui stabilisent l'économie nationale aux dépens des autres pays, alimentant les tensions économiques. C'est là un problème particulièrement important au vu des défaillances institutionnelles apparues lors de la crise financière de 2008 et de la récession économique mondiale qui a suivi.

Alors que la récession elle-même crée des obstacles politiques à la coopération internationale en général, la concentration et la gravité de la crise dans les pays ayant un régime réglementaire sophistiqué et un compte de capital ouvert risquent de faire échouer les efforts d'harmonisation des règlements dans le secteur des services financiers. Comme les services financiers occupent toujours une place importante dans l'économie de nombreux pays, la facilitation du commerce de ces services pourrait nécessiter des mécanismes supplémentaires pour coordonner la réponse à la crise.

Les crises financières, aussi dommageables soient-elles, ne sont pas nouvelles et leur durée est limitée. Le

changement climatique, en revanche, a des effets à la fois mondiaux et durables. L'exposé sur le changement climatique dans la section B souligne la difficulté de concilier les préoccupations légitimes au sujet de la fuite de carbone et la répartition équitable des coûts de réduction des émissions de dioxyde de carbone. À un moment où les gouvernements s'efforcent de plus en plus de réguler ces émissions, le débat porte inévitablement sur les incidences de ces mesures sur le commerce.

(b) Flexibilité des politiques : tensions entre droit et économie

Lorsqu'un pays consolide ses droits de douane et s'engage à assurer un certain niveau d'accès à son marché, ses partenaires peuvent craindre que les mesures prises pour répondre à des préoccupations intérieures n'amènent en fait à contourner les obligations qu'il a contractées. Les règles actuelles de l'OMC permettent aux gouvernements d'appliquer des mesures d'intérêt public en autorisant les plaintes en situation de non-violation, comme cela est expliqué dans la section E.1 (c). Les plaintes en situation de non-violation permettent aux Membres de l'OMC d'obtenir une « compensation » en retirant des concessions pour rééquilibrer l'accès aux marchés lorsqu'un partenaire commercial applique une mesure non tarifaire qui fausse les échanges. Cette mesure corrective confère aux Membres de l'OMC une grande flexibilité en matière de politique intérieure, conformément à leurs engagements internationaux. Elle peut renforcer la confiance dans la valeur d'une négociation commerciale et décourager les gouvernements d'utiliser des MNT pour revenir sur leurs engagements. Mais, en pratique, les Membres de l'OMC ne présentent généralement pas de plaintes en situation de non-violation dans les différends commerciaux.

Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer pourquoi les plaintes en situation de non-violation sont rares. L'une est que les Accords du Cycle d'Uruguay ont réduit la possibilité de plaintes de ce genre, car le droit du GATT/de l'OMC est devenu de plus en plus « détaillé et complet », réduisant ainsi le « vide juridique autour du GATT ... notamment au sujet du subventionnement », qui était visé par la plupart des plaintes en situation de non-violation présentées au temps du GATT (Kuijper, 1995). Une autre raison qui a été avancée est qu'il reste un certain nombre d'ambiguïtés dans les conditions à remplir pour qu'une plainte en situation de non-violation aboutisse.

Selon l'interprétation habituelle, une telle plainte est censée protéger les attentes d'un Membre de l'OMC (« avantages résultant pour lui directement ou indirectement de l'accord visé ») (Roessler et Gappah, 2005). Mais on s'est demandé quelles sont précisément les attentes protégées et à quel moment on peut dire qu'elles ont été compromises. Enfin, la mesure corrective disponible lorsqu'une plainte en situation de non-violation aboutit est plus faible que celles qui sont prévues dans les cas de violation. En effet, la partie défenderesse n'est pas tenue de retirer la mesure. Au lieu de cela, il appartient au Membre défendeur de « [procéder] à un ajustement mutuellement satisfaisant », qui peut comprendre une compensation (voir l'article 26:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends).

Au titre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, les Membres de l'OMC ne sont généralement pas tenus de démontrer qu'une mesure non tarifaire compromet effectivement l'accès aux marchés. En général, ils doivent plutôt contester une MNT en invoquant la règle spécifique qui aurait été violée. Il y a donc une tension entre le cadre économique, qui permet un rééquilibrage pour conférer une flexibilité politique, et le cadre juridique, qui s'appuie sur la « violation manifeste » d'une disposition du GATT. En outre, le principe de la violation exacerbe le problème lié à l'application asymétrique de la règle en matière de non-violation décrite dans la section E.1.

En principe, un gouvernement devrait pouvoir remédier efficacement à une défaillance du marché intérieur en utilisant une mesure non tarifaire sans être accusé de violer l'Accord, pour autant que cette mesure soit compensée par un ajustement tarifaire, de façon à ne pas modifier les concessions globales accordées aux partenaires commerciaux. Or, les règles du GATT, telles qu'elles sont interprétées, empêchent cette forme de réajustement. Pour remédier à cette asymétrie, il faudrait au moins renforcer les règles en matière de non-violation pour les étendre à l'accès aux marchés, mais cela pourrait poser d'autres problèmes. Staiger et Sykes (2011) indiquent que l'obligation de maintenir un équilibre dans l'accès aux marchés, tout en limitant la substitution des mesures, découragerait l'adoption d'un règlement économiquement souhaitable par crainte de sanctions de la part des pays étrangers. Pour éviter cela, on pourrait calibrer la réaction autorisée, mais il serait difficile de trouver un équilibre, d'autant que les effets d'une réglementation sur le bien-être sont souvent difficiles à mesurer.

Les Membres de l'OMC abordent de plus en plus la question des mesures non tarifaires et de la réglementation intérieure dans le domaine des services au moyen de deux outils : l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle (voir les sections D et E.1). L'harmonisation permet de définir des objectifs communs et les mesures nécessaires pour les atteindre, tandis que la reconnaissance mutuelle signifie l'acceptation réciproque des mesures appliquées dans les deux pays.

Dans les domaines visés par un accord de ce type, l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle atténuent les effets discriminatoires des mesures non tarifaires, mais elles ont chacune un effet différent sur le commerce. La section B explique que la théorie économique sur les effets relatifs de l'harmonisation et de la reconnaissance mutuelle sur le commerce n'indique pas qu'une règle est plus avantageuse que l'autre en termes de flux commerciaux. Dans la pratique, l'analyse empirique présentée dans l'appendice 5 de la section D montre que les dispositions relatives à la reconnaissance mutuelle semblent renforcer le commerce plus que les dispositions relatives à l'harmonisation.

Outre les effets sur le commerce, la section E.1 indique que les gouvernements peuvent imposer des règlements plus souples que le niveau optimal si une règle de reconnaissance mutuelle assure l'accès aux marchés étrangers. Cela signifie que, même si le commerce est renforcé, il peut y avoir des conséquences pour le bien-être des consommateurs. Enfin, la section E.1 signale aussi les arbitrages que peut nécessiter

l'harmonisation des mesures non tarifaires lorsque les besoins de politique publique des pays développés et des pays en développement sont différents.

L'application asymétrique de la règle en matière de non-violation dans le système du GATT/de l'OMC, les arbitrages qu'impliquent l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle, et l'ambiguïté de leurs effets sur le commerce montrent qu'il est toujours difficile, dans le régime commercial multilatéral, de trouver le bon équilibre entre les engagements et la flexibilité. Outre les questions examinées ci-dessus, la complexité du problème tient en partie au caractère opaque de nombreuses mesures non tarifaires et à la difficulté de discerner les intentions protectionnistes et les intentions légitimes des gouvernements. Ces problèmes sont analysés plus en détail ci-dessous.

(c) La transparence n'est pas « gratuite »

La transparence est une dimension importante de la coopération internationale dans le domaine des mesures non tarifaires et des mesures relatives aux services. Dans les parties précédentes du présent rapport, nous avons vu que : (i) les MNT et les mesures relatives aux services soulèvent des questions de transparence (voir la section B); (ii) l'opacité impose des coûts à certaines entreprises, mais elle peut profiter à d'autres (celles qui concurrencent les importations) et, selon les circonstances, les gouvernements ayant des motivations politiques peuvent avoir une préférence pour des instruments opaques plutôt que transparents (voir la section B); (iii) les données disponibles sur les MNT et les mesures relatives aux services sont limitées et sont généralement de qualité médiocre (voir la section C.1); (iv) la coopération internationale dans le domaine des MNT et des mesures relatives aux services est rendue plus difficile par l'opacité de ces mesures (voir la section E.1); (v) plusieurs dispositions des Accords de l'OMC relatives à la transparence traitent des problèmes d'opacité (voir les sections C.1 et E.2). Cette sous-section examine si les dispositions existantes en matière de transparence répondent à tous les problèmes posés par l'opacité des MNT et des mesures relatives aux services. Elle identifie plusieurs problèmes qui subsistent et indique des solutions possibles.

Comme cela est expliqué dans la section E.1, l'opacité des mesures non tarifaires et des mesures relatives aux services pose quatre problèmes pour la coopération commerciale internationale, que les dispositions en matière de transparence peuvent aider à résoudre. Premièrement, l'opacité crée des inefficiences dans l'élaboration des règles du fait des incertitudes réglementaires. Deuxièmement, la coopération sur les MNT et les mesures relatives aux services peut pâtir du fait que, pour assurer le respect des accords, il faut pouvoir suivre la mise en conformité par chaque gouvernement. Troisièmement, si les mesures sont opaques, un accord peut être d'une utilité limitée pour remédier au manque d'engagement des gouvernements. Et enfin, la transparence peut encourager l'amélioration de la réglementation ou en faire partie.

Quatre grands types de dispositions en matière de transparence ont été élaborés au fil des ans pour remédier aux problèmes exposés précédemment (voir la section C.1).

Les plus anciennes sont les prescriptions en matière de publication, énoncées à l'article X du GATT, à l'article III de l'AGCS et dans d'autres Accords de l'OMC. Les notifications sont un autre mécanisme de transparence essentiel, dont l'importance a beaucoup augmenté au fil des ans. Le Mécanisme d'examen des politiques commerciales de l'OMC et ses rapports de suivi constituent un troisième mécanisme. Enfin, la possibilité de soulever des problèmes commerciaux spécifiques aux Comités OTC ou SPS (voir la section C.1) et, dans une certaine mesure, le mécanisme de règlement des différends constituent un quatrième mécanisme.⁴⁰ La question est de savoir si ces quatre mécanismes assurent une transparence suffisante pour rendre la coopération possible.

La réponse à cette question est que les dispositions des Accords de l'OMC relatives à la transparence aident à résoudre les problèmes posés par l'opacité des mesures non tarifaires et des mesures relatives aux services, mais ne sont pas suffisantes. Un problème est que les notifications, qui sont l'un des piliers du système de transparence de l'OMC, ne fournissent pas les renseignements qu'elles devraient donner. Les Membres de l'OMC respectent peu certaines obligations de notification, et la qualité des renseignements notifiés n'est pas toujours satisfaisante. Comme on l'a déjà dit, cela tient en partie au fait que la notification peut être difficile et coûteuse.

Diverses mesures ont déjà été prises pour faciliter les notifications et en améliorer la qualité. Le Comité SPS, par exemple, a décidé qu'il serait utile d'être informé lorsque les règlements notifiés sont adoptés ou entrent en vigueur, et il a recommandé d'utiliser à cette fin des addenda. Il a aussi testé un mécanisme de notification électronique pour faciliter les notifications et améliorer leur qualité. Par ailleurs, les notifications ne représentent pas moins de 10 à 20 pour cent des activités d'assistance technique. Cependant, il reste encore beaucoup à faire, et il sera probablement difficile d'améliorer le respect des règles sans tenir compte de l'économie politique de la transparence et des notifications.

Contrairement à ce que l'on dit souvent, la transparence ne profite pas à tout le monde. Certains y gagnent et d'autres y perdent. Comme on l'a vu dans le rapport, les gouvernements peuvent avoir des raisons de préférer les mesures opaques, et certaines entreprises peuvent tirer avantage des coûts d'entrée sur le marché plus élevés associés à l'opacité. Cela signifie que, même si les gouvernements s'intéressent aux mesures de leurs partenaires, ils peuvent hésiter à divulguer des renseignements sur leurs propres mesures. La tentation de profiter gratuitement du système existe manifestement et, s'ils considèrent le passé, les gouvernements n'ont pas vraiment à craindre des sanctions s'ils ne respectent pas leurs obligations de notification, sauf à être montrés du doigt.

Quant à la possibilité de présenter des « notifications inverses », elle peut être utile mais elle n'a pas été utilisée activement depuis le Cycle d'Uruguay.⁴¹ Son utilité dépend en fait de plusieurs facteurs. Premièrement, on ne sait pas exactement s'il est facile pour un Membre de l'OMC d'identifier les mesures non tarifaires prises par un autre Membre. Deuxièmement, les Membres peuvent hésiter à dénoncer des partenaires commerciaux par

crainte de mesures de rétorsion. Troisièmement, d'autres mécanismes ont pu remplacer les notifications inverses.⁴²

Si les notifications ne donnent pas suffisamment de renseignements, qu'en est-il du Mécanisme d'examen des politiques commerciales de l'OMC et de ses rapports de suivi, mentionnés précédemment ? Ces deux mécanismes de transparence utilisent des renseignements provenant de multiples sources et dépendent donc moins de la bonne volonté des gouvernements qui imposent les mesures. Les examens des politiques commerciales sont à l'évidence un important mécanisme de transparence, mais il y a des problèmes de fréquence et d'exhaustivité, notamment en ce qui concerne les services.⁴³

Quant aux rapports de suivi, à la huitième Conférence ministérielle de l'OMC tenue en décembre 2011, les Ministres ont donné pour instruction de maintenir et de renforcer le mécanisme de suivi.⁴⁴ Ils se sont aussi engagés à respecter les obligations en matière de transparence et les prescriptions en matière d'établissement de rapports qui régissent l'établissement de ces rapports de suivi, et à continuer à soutenir le Secrétariat dans le cadre d'une coopération constructive. Les questions qui restent en suspens concernent la quantité, la qualité et l'accessibilité des renseignements recueillis pour les rapports de suivi. À ce stade, on ne sait pas s'ils sont suffisamment complets, si leur portée pourrait être élargie et s'ils peuvent être codifiés de façon systématique et stockés dans une base de données ni quand ils le seront.⁴⁵

Un autre mécanisme qui complète utilement les notifications et les rapports de suivi est l'examen des problèmes commerciaux spécifiques dans les Comités OTC et SPS.⁴⁶ Cet examen multilatéral permet d'accroître la transparence et la prévisibilité des mesures réglementaires relevant des Accords OTC et SPS. Comme les questions examinées ont trait à des mesures spécifiques appliquées par d'autres Membres de l'OMC, il n'y a pas de problème d'incitation. Un autre avantage de ce mécanisme est qu'il concerne non seulement les mesures elles-mêmes, mais aussi leur application.

Il y a deux limites principales au rôle que peut jouer l'examen des PCS. Premièrement et surtout, seules les mesures OTC et les mesures SPS sont visées. Deuxièmement, il n'est pas certain que, même dans les domaines visés, toutes les mesures contraires aux engagements seront citées. Pour qu'un problème soit soulevé, il faut d'abord qu'il soit identifié par un exportateur. Il faut ensuite qu'il soit communiqué au gouvernement. Il faut enfin que le gouvernement le soulevé à l'OMC. Cela signifie que, même si un problème est identifié et communiqué au gouvernement, il ne sera pas forcément soulevé si, par exemple, le gouvernement craint des mesures de rétorsion.

Le problème à ce stade est donc d'améliorer la quantité, la qualité et l'accessibilité des renseignements recueillis grâce aux mécanismes de transparence active et passive à la fois au sujet des mesures et des problèmes qu'elles posent. En ce qui concerne l'accessibilité, la situation s'améliorera beaucoup quand tous les renseignements notifiés, ou recueillis par le Secrétariat de l'OMC, seront consultables au moyen du Portail intégré d'information commerciale (I-TIP) créé récemment.⁴⁷

Mais il est plus difficile d'améliorer la quantité et la qualité des renseignements. La poursuite des travaux des comités et l'assistance technique continueront sans nul doute à renforcer la contribution du mécanisme de notification à la transparence, mais cela pourrait ne pas suffire en raison du problème d'incitation. Une option, mentionnée ci-dessus, serait de donner au Secrétariat de l'OMC les ressources nécessaires pour suivre indépendamment les gouvernements et les marchés. Sans une amélioration notable du respect des obligations et de la qualité des notifications, cette option serait très coûteuse et aurait des incidences budgétaires importantes pour l'OMC. La mobilisation de ressources additionnelles de façon durable pourrait soulever des problèmes d'incitation.

Une autre option, qui a aidé à améliorer la transparence des tarifs douaniers, est de faciliter le respect des obligations de transparence par les Membres de l'OMC en permettant au Secrétariat de l'OMC d'utiliser d'autres sources officielles disponibles, si cela ne soulève aucune objection.⁴⁸ Mais cette option déplacera le problème d'incitation vers les autres organismes qui recueillent des renseignements. Enfin, une troisième option serait que les Membres engagent des négociations bilatérales et/ou plurilatérales sur des obligations de transparence ayant une plus grande force exécutoire, comme ils l'ont fait au fil des ans pour remanier les règles existantes ou en introduire de nouvelles.

Selon l'option retenue pour traiter le problème d'incitation et faire en sorte que les mécanismes de l'OMC assurent un niveau suffisant de transparence, le recours à des sources extérieures pour combler les lacunes de l'information peut varier. Il semble cependant clair qu'à court terme au moins, le système continuera à profiter des efforts de collecte des autres institutions. Comme on l'a vu, le Secrétariat de l'OMC et d'autres organismes ont remanié la classification internationale pour faciliter l'intégration de toutes les sources d'information disponibles sur les mesures non tarifaires. De ce point de vue, l'initiative multipartite sur la transparence du commerce (voir la section C) pourrait jouer un rôle important en favorisant la collecte et la diffusion de données sur les mesures non tarifaires et les mesures relatives aux services.

Les partenaires pourraient profiter de cette initiative pour mettre en place un mécanisme de gouvernance durable pour la transparence des mesures non tarifaires. Ce mécanisme devrait tenir compte du rôle central que l'OMC devrait jouer dans ce domaine. Il s'appuierait principalement sur les institutions multilatérales et régionales. Les secrétariats régionaux et les banques régionales, comme l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI) et la Banque africaine de développement, ont déjà beaucoup contribué à la collecte de données, et la Banque interaméricaine de développement s'est déclarée intéressée par la collecte et l'analyse des données concernant l'hémisphère occidental. Quel que soit le modèle adopté, il exigera un important effort d'assistance et de renforcement des capacités en raison de la technicité. Cependant, si les incitations sont convenablement prises en compte, il n'y a aucune raison pour qu'à long terme, des renseignements sur les MNT et les mesures relatives aux services ne puissent pas être recueillis et diffusés de la même

manière que les renseignements également sensibles sur d'autres aspects de la politique commerciale.

(d) Importance de la raison d'être des mesures

Comme cela est expliqué dans la section E.3, les Accords de l'OMC visent à réglementer les mesures qui ont des effets de distorsion des échanges, tout en reconnaissant que les Membres ont le droit de prendre des mesures visant des objectifs de politique publique légitimes (comme la protection de l'environnement, la santé et la sécurité des consommateurs). Il est souvent difficile de faire la distinction entre les mesures qui devraient être autorisées et celles qui devraient être interdites, aussi bien pour les mesures non tarifaires que pour la réglementation intérieure relative aux services.

L'approche fondamentale du GATT consiste à autoriser les mesures réglementaires intérieures, à condition qu'elles n'établissent pas de discrimination à l'encontre des produits importés (obligation de traitement national). L'une des difficultés qui a surgi en relation avec le traitement national concerne l'importance et le poids à accorder à la raison d'être ou à l'objectif de la mesure. Pour plusieurs commentateurs, la question de savoir si la mesure réglementaire a une raison d'être ou un objectif protectionniste devrait être le critère décisif pour déterminer si elle est discriminatoire (Regan, 2003; Hudec, 1993).

La prise en considération de la raison d'être des mesures est une approche moins fermement établie dans la jurisprudence de l'Organe d'appel, qui a dit clairement que « [l']objectif fondamental de l'article III est d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieures sont appliquées » (rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 18).

La première phrase de l'article III:2 concerne les mesures fiscales qui établissent une discrimination entre des produits « similaires ». Il semble y avoir peu de marge pour prendre en compte la raison d'être d'une mesure dans l'interprétation de cette disposition donnée par l'Organe d'appel, qui dit que la disposition est violée chaque fois que les produits importés sont frappés d'une taxe supérieure à celle qui frappe les produits nationaux (*Canada – Périodiques*, page 21). La seconde phrase de l'article III:2 concerne la discrimination fiscale entre des produits directement concurrents ou directement substituables (catégorie plus large que celle des « produits similaires » visée à la première phrase).

Du fait de sa référence à l'article III:1, la seconde phrase de l'article III:2 a été interprétée comme exigeant que la partie plaignante démontre que les produits importés et les produits nationaux concurrents ou substituables ne sont pas taxés de façon similaire « de manière à protéger la branche de production nationale ». L'Organe d'appel a précisé, à propos de l'expression « de manière à protéger », qu'« il ne s'agit pas d'une question d'intention » mais plutôt de « la manière dont la mesure en question est appliquée » (rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 31). Mais l'Organe d'appel a également dit ceci dans la même affaire: « Bien qu'il soit exact que l'objectif d'une mesure puisse ne pas être facile à identifier,

l'application de cette mesure à des fins de protection peut néanmoins être déterminée, le plus souvent, d'après sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice » (rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 32). Cette référence à la « conception », aux « principes de base » et à la « structure révélatrice » de la mesure a été interprétée par certains comme incluant nécessairement des considérations relatives à la raison d'être de la mesure.

L'article III:4 concerne les mesures réglementaires intérieures. Il ne contient pas de référence à l'article III:1, de sorte que l'Organe d'appel a dit que, « pour déterminer s'il y a eu violation de l'article III:4, il n'est pas nécessaire d'examiner séparément si une mesure « [protège] la production nationale » (rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 216). Aux termes de l'article III:4, les Membres de l'OMC ne doivent pas accorder aux produits importés « un traitement moins favorable » que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes les réglementations intérieures. La notion de « traitement moins favorable » a elle-même été interprétée comme signifiant que la « mesure modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés sur le marché en question » (rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137).

Dans une affaire ultérieure, *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a fait deux déclarations qui peuvent être lues comme allant dans des sens différents quant à la pertinence de la raison d'être de la mesure au regard de l'article III:4. Il a dit, d'une part, que « [s]i un « traitement moins favorable » est accordé au groupe des produits importés « similaires », une « protection » est à l'inverse accordée au groupe des produits nationaux « similaires ». Cela laisse penser que, lorsqu'un plaignant a démontré que les conditions de concurrence ont été modifiées au détriment des produits importés (c'est-à-dire qu'il y a un « traitement moins favorable »), il n'est pas nécessaire de démontrer séparément une intention protectionniste. Par contre, l'Organe d'appel a ajouté qu'« [u]n Membre peut toutefois établir des distinctions entre des produits qui ont été jugés « similaires », sans accorder, pour cela, au groupe des produits importés « similaires » un « traitement moins favorable » (rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100). Cette déclaration a été interprétée par certains comme autorisant des distinctions entre produits importés et produits nationaux qui ne sont pas motivées par des objectifs protectionnistes.

Un autre dispositif utilisé dans le règlement des différends à l'OMC pour aider à faire la distinction entre les mesures non tarifaires admissibles et non admissibles est un critère de mise en balance. Ce critère a été appliqué dans le contexte de l'évaluation de l'affirmation par un Membre défendeur que sa mesure était justifiée au titre des exceptions générales énoncées à l'article XX du GATT, et notamment qu'elle était « nécessaire » à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, conformément à l'alinéa (b).

Comme l'a expliqué l'Organe d'appel, la détermination de la « nécessité » comporte un processus de soupesage et de mise en balance, qui commence par une évaluation de

l'importance relative des intérêts ou valeurs promus par la mesure contestée et comporte aussi une évaluation d'autres facteurs, qui comprennent habituellement la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursuit et l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international. Si cette analyse aboutit à la conclusion préliminaire que la mesure est nécessaire, cela doit ensuite être confirmé par une comparaison entre la mesure et les autres mesures moins restrictives qui seraient possibles. La charge d'identifier les autres mesures moins restrictives incombe à la partie plaignante. En outre, pour être considérée comme une autre mesure possible, la mesure doit permettre au Membre défendeur d'atteindre le même niveau de protection et doit être raisonnablement disponible (rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 143 et 156).

La question de la pertinence des buts ou des objectifs d'une mesure pour évaluer la discrimination et du critère de mise en balance pour évaluer la « nécessité » s'est posée dans trois différends récents soulevés au titre de l'Accord OTC. Comme indiqué dans la section E.3, dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel a interprété l'article 2.1 de l'Accord OTC comme n'interdisant pas un effet préjudiciable sur les importations qui découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 180 à 182).

La théorie économique examinée dans la section B analyse plusieurs façons d'identifier les situations dans lesquelles les gouvernements peuvent être tentés d'employer des mesures non tarifaires pour des raisons de compétitivité plutôt que pour réaliser l'objectif de politique publique déclaré.⁴⁹ Elles comprennent une analyse de l'efficacité et de l'incidence de la mesure en question, ainsi que du contexte sectoriel et politique plus large qui peut aussi éclairer le choix d'une mesure particulière.

Dans la section B.1, on a constaté que, par rapport à un objectif de politique publique particulier, différentes mesures peuvent être classées en fonction de leur efficacité économique. Les gouvernements qui n'utilisent pas la mesure la plus efficace⁵⁰ peuvent être soumis à des pressions institutionnelles et politiques qui encouragent l'adoption de mesures pour des raisons de compétitivité. Par exemple, pour donner aux consommateurs l'assurance qu'un produit présente ou ne présente pas certaines caractéristiques, il est possible de recourir à une interdiction ou à un système d'étiquetage. Si les caractéristiques ne sont pas particulièrement nocives, la seconde solution est supérieure du point de vue économique, car elle ne limite pas artificiellement le choix des consommateurs. Dans la pratique, l'instrument le plus efficace n'est pas toujours facile à déterminer. Cela dépend beaucoup du problème de politique publique particulier et des conditions du marché, de sorte qu'il est difficile d'établir un classement général des différentes mesures possibles. Bien que les restrictions quantitatives constituent rarement la politique optimale, une interdiction à l'importation peut être optimale si le coût d'acquisition des renseignements pertinents ou les risques associés à la consommation du produit sont exceptionnellement élevés.

L'incidence relative d'une mesure de politique publique sur les consommateurs et les producteurs dans le pays et à l'étranger peut aussi être révélatrice d'un éventuel souci de compétitivité. Par exemple, dans la section B.2, on a dit que le transfert de profits dans une situation de délocalisation et de négociation bilatérale pouvait conduire un gouvernement à modifier les taxes environnementales par rapport à leur niveau efficace afin de maximiser le bien-être national, la charge étant partagée entre les consommateurs nationaux et les producteurs étrangers. Dans la pratique, l'incidence d'une mesure de politique publique peut être difficile à mesurer, et il peut être instructif de réunir plutôt des éléments concrets sur la demande de politique publique afin d'évaluer l'influence relative des producteurs nationaux et de mettre en perspective les effets sur le commerce.⁵¹

Certaines caractéristiques du secteur en question, même si elles ne déterminent pas de façon mécaniste la prévalence des objectifs de compétitivité, peuvent donner une indication des circonstances dans lesquelles une mesure axée sur la compétitivité au profit du secteur est plus probable. La littérature sur la « protection à vendre » examinée dans la section B.1⁵² montre que le degré de lobbying et d'organisation dans un secteur accroît la probabilité d'obtenir des mesures protectionnistes. Les autres caractéristiques pertinentes du secteur sont le niveau de concurrence et le comportement des consommateurs, exprimés, par exemple, par le degré de pénétration des importations et la réactivité de la demande aux variations de prix, les niveaux plus bas étant associés à des niveaux de protection supérieurs.⁵³

La nouvelle littérature sur le commerce, qui met l'accent sur les différences dans les caractéristiques des entreprises (théorie des entreprises hétérogènes), apporte un éclairage supplémentaire sur les indicateurs pertinents.⁵⁴ Par exemple, dans la section B.2, on a vu que, même dans les secteurs où la pénétration des importations est forte (et donc où la productivité moyenne des entreprises étrangères est plus élevée), il peut y avoir une incitation à accroître la protection, en fonction de la répartition des niveaux de productivité entre les entreprises nationales. Les caractéristiques des entreprises peuvent aussi aider à déterminer si l'application de mesures non tarifaires impliquant des coûts fixes plus élevés pour l'entrée sur le marché pourrait être liée à la domination de grandes entreprises organisées dans le secteur, plutôt qu'à un objectif donné de politique publique.

Enfin, dans la section B.2, on a vu qu'un examen approfondi du contexte politique pouvait donner des indications sur les raisons pour lesquelles certaines mesures non tarifaires pouvaient être utilisées au profit de groupes d'intérêts de producteurs en dépit de leur objectif déclaré de politique publique. Par exemple, certaines MNT conviennent mieux pour cibler une clientèle politique ou ont plus de chances d'être maintenues après la période électorale, de sorte qu'elles donnent lieu à un soutien politique plus fort. En résumé, même si les « indicateurs » mentionnés dans la section B ne sont certainement pas exhaustifs et ne permettent pas d'apporter une réponse concluante à la question de la véritable raison d'être d'une MNT qui affecte les intérêts commerciaux étrangers, il semble que ce type d'analyse pourrait être utile pour combler les lacunes des données

qui peuvent apparaître lorsque l'on examine certaines règles commerciales.

(e) Difficultés de l'élargissement de la coopération

Alors que les problèmes examinés ci-dessus appellent des négociations, la coopération internationale dans le domaine des mesures non tarifaires se révèle difficile pour plusieurs raisons, que nous examinons ici.

(i) *Cohérence internationale*

Comme cela est indiqué dans la section E.2, l'Accord OTC et l'Accord SPS traitent avec une grande déférence les gouvernements qui appliquent les normes internationales. En outre, l'article VI:5 (b) de l'AGCS dispose que, en attendant l'entrée en vigueur des disciplines relatives à la réglementation intérieure, pour déterminer si les prescriptions sont compatibles avec les principes de nécessité, de transparence et d'objectivité, on tiendra compte des normes internationales des organisations internationales compétentes appliquées par les Membres de l'OMC. Ces dispositions constituent un élément unique à l'OMC: la reconnaissance des autres organisations internationales. Mais les normes internationales ne sont pas la panacée.

Premièrement, les pays diffèrent quant à leurs préférences (valeurs) et à leurs goûts en matière de risque. Dans la mesure où il n'y a pas d'effets transfrontières dans des domaines comme la protection de l'environnement local, les normes du travail ou les normes minimales de qualité des produits, l'harmonisation avec les normes internationales peut ne pas être un objectif réaliste ou économiquement optimal (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2005; Organisation mondiale du commerce (OMC), 2011). Si un pays choisit d'appliquer une norme internationale qui ne lui permet pas d'atteindre pleinement ses objectifs ou qui ne reflète pas pleinement ses préférences nationales, il risque de payer le prix d'une réglementation inadéquate ou de devoir adopter de nouvelles réglementations représentant un coût supplémentaire pour atteindre ses objectifs.

Deuxièmement, le processus de normalisation internationale ne fonctionne pas toujours au mieux, de sorte que les normes ne sont pas toutes fixées de manière égale. D'ailleurs, au cours des travaux ordinaires de l'OMC, des préoccupations ont été exprimées sur le point de savoir comment les normes dites « pertinentes » ou « internationales » (par les organismes qui les établissent ou par certains membres qui les utilisent) sont effectivement élaborées. Ces préoccupations touchent des questions telles que la possibilité de participer au processus d'élaboration des normes et de l'influencer et les désaccords sur la teneur scientifique ou technique des prescriptions énoncées dans la norme elle-même. En raison de leur manque de capacités réglementaires, les pays en développement et les PMA peuvent rencontrer des difficultés particulières pour influencer le processus d'élaboration des normes.⁵⁵

Dans le domaine des mesures SPS, comme les organismes internationaux de normalisation sont expressément mentionnés dans l'Accord, la question n'est

pas de savoir s'il s'agit d'organismes compétents ou d'organismes internationaux. Les normes SPS internationales sont établies dans le cadre d'un processus multilatéral, et chacun des trois organismes de normalisation a une approche différente de l'élaboration des normes (pour de plus amples renseignements sur les différentes approches, voir G/SPS/GEN/1115). Des préoccupations similaires au sujet de la participation et de l'influence ont néanmoins été soulevées à propos des activités normatives du Codex, de l'OIE et de la CIPV. Par exemple, étant donné les renseignements et les données nécessaires pour l'analyse scientifique des risques, les pays qui ont plus de capacités de produire des données peuvent être davantage en mesure d'influencer les résultats dans les organismes internationaux de normalisation (Jackson et Jansen, 2010).

Il y a donc une « ligne de tension » entre, d'une part, l'obligation juridique (même assortie de réserves) d'utiliser les normes internationales et, d'autre part, le fait qu'il n'est pas toujours simple d'utiliser effectivement une norme internationale « pertinente ». Cette tension se ressent dans les travaux ordinaires des Comités OTC et SPS et dans certains aspects des négociations en cours dans le cadre du Cycle de Doha.

Il y a une autre « tension » potentielle entre, d'une part, les principes et mécanismes des Accords SPS et OTC qui favorisent la coopération internationale et la convergence réglementaire des normes (y compris la présomption de compatibilité des mesures intérieures qui sont conformes aux normes internationales « pertinentes ») et, d'autre part, le droit fondamental des Membres de l'OMC, également reconnu dans le GATT et les Accords SPS et OTC, de ne pas utiliser les normes internationales – soit parce qu'elles sont inefficaces ou inappropriées (par exemple, si des normes plus élevées sont souhaitées) – et d'adopter et d'appliquer leurs propres normes nationales. Il est probable que la participation à la négociation des normes internationales est plus efficace lorsque les participants pensent que les normes en résultant seront effectivement utilisées par les autres participants. Si la souveraineté des Membres peut justifier qu'ils aient le droit d'écarter des normes internationales existantes, la non-application légitime des normes internationales par certains Membres peut réduire l'incitation à la coopération internationale et à la négociation de ces normes.

Dans le domaine des services, malgré une forte incitation à établir une présomption analogue en faveur des normes internationales, il y a d'importants obstacles supplémentaires. Tout d'abord, les normes internationales sont moins nombreuses pour les services que pour les marchandises. Il y a une dizaine d'années, les observateurs estimaient « qu'il est peu probable que des normes internationales significatives soient élaborées rapidement pour la plupart des services » (Mattoo et Sauvé, 2003). Les choses ont-elles changé depuis? Il se peut que la délocalisation ait incité davantage le secteur privé à élaborer des normes communes. En outre la relation entre les marchandises et les services dans les chaînes de valeur mondiales est de mieux en mieux comprise. Comme les services sont largement incorporés dans les marchandises, la prolifération des normes internationales de produits pourrait-elle inciter les fournisseurs de services à soutenir l'élaboration de normes internationales?

Ce sont des questions qui méritent des recherches plus poussées.

Hormis la difficulté d'élaborer des normes internationales pour les services, il faut se demander si les normes techniques peuvent s'appliquer aux services et dans quelle mesure une discipline commerciale pourrait couvrir les normes volontaires, qui peuvent être établies par des organismes de normalisation non gouvernementaux n'ayant aucun pouvoir délégué.

La déférence juridique de l'OMC à l'égard des normes internationales favorise une forme de convergence multilatérale. Cette convergence permet aux Membres de se référer aux normes établies par d'autres organisations internationales, même si les prescriptions sur lesquelles elles reposent sont restrictives pour le commerce. Cela améliore la cohérence internationale. Mais les problèmes susmentionnés demeurent, notamment pour ce qui est de savoir si une organisation internationale particulière établit des normes internationales « pertinentes ».

(ii) Normes privées

Le sujet des « normes privées » est abordé dans les travaux ordinaires de l'OMC dans des contextes aussi divers que le protectionnisme vert, la sécurité sanitaire des produits alimentaires et la responsabilité sociale. Alors que certains Membres estiment que cette question n'a pas de place à l'OMC, d'autres sont désireux d'engager le débat. Les obligations inscrites dans les Accords de l'OMC sont contraignantes pour les gouvernements, et seuls les gouvernements peuvent participer aux procédures de règlement des différends de l'OMC. Sachant que les normes privées sont par définition non gouvernementales, on peut se poser au moins deux questions : quelle est la responsabilité des gouvernements vis-à-vis des normes privées et quel rôle l'OMC joue-t-elle – ou devrait-elle jouer – à cet égard ?

Avant d'examiner le droit et le rôle de l'OMC, il est bon de rappeler pourquoi ce sujet est débattu à l'OMC. Bien que qualifiées de « volontaires » par nature (parce qu'elles sont imposées par des entités privées), les normes privées peuvent devenir *de facto* une condition nécessaire pour accéder aux marchés, même si elles ne sont pas imposées par la loi. L'ampleur des effets sur le commerce dépendra de la puissance commerciale et du nombre des entreprises qui exigent le respect de la norme. En fait, l'effet d'une norme privée, si elle est généralisée, peut être plus grand que celui d'une réglementation publique d'un petit pays.

En outre, une norme « volontaire » qui est largement utilisée peut ouvrir la voie à une réglementation publique. Différentes entités sont impliquées. Il peut s'agir d'entreprises, d'organismes de normalisation non gouvernementaux, de programmes de certification et/ou d'étiquetage⁵⁶ ou d'autres organisations non gouvernementales. Les prescriptions énoncées dans les normes élaborées par ces organismes répondent à diverses préoccupations, perçues ou réelles, des consommateurs concernant les produits (ou les procédés et méthodes de production). Elles peuvent avoir une motivation environnementale, sociale ou liée à la sécurité sanitaire des aliments. Les préoccupations qui ont été soulevées à l'OMC – surtout par des pays en

développement – portent sur le fait que ces prescriptions sont plus rigoureuses *de facto* que les règlements imposés par les gouvernements, qu'elles prolifèrent et qu'il n'y a pas de moyens de les soumettre à des disciplines.

L'Accord SPS et l'Accord OTC contiennent tous deux des disciplines concernant les organismes non gouvernementaux.⁵⁷ En particulier, les deux accords imposent aux gouvernements de prendre « toutes mesures raisonnables en leur pouvoir » pour faire en sorte que les entités/organismes non gouvernementaux de leur ressort territorial se conforment aux dispositions pertinentes de l'accord.

L'Accord SPS dispose que les Membres de l'OMC « élaboreront et mettront en œuvre des mesures et des mécanismes positifs pour favoriser le respect des dispositions [de l'Accord] par les institutions autres que celles du gouvernement central » – et qu'ils prendront « toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour faire en sorte que les entités non gouvernementales de leur ressort territorial ... se conforment aux dispositions pertinentes du présent accord ».⁵⁸ L'Accord OTC contient une formulation similaire.⁵⁹ Il y a toutefois une différence dans le cas de l'Accord OTC : il contient une annexe (Annexe 3) spécialement consacrée aux organismes de normalisation. Cette annexe (« Code de pratique ») est également ouverte à l'acceptation par les organismes non gouvernementaux. C'est un point important. Comme indiqué ailleurs dans le présent rapport, l'Accord OTC – contrairement à l'Accord SPS – ne se réfère expressément à aucun organisme international de normalisation. C'est donc aux gouvernements qu'il appartient de décider au cas par cas quelles normes peuvent constituer un fondement adéquat de la réglementation dans les différentes situations, ce qui n'exclut pas les normes fixées par des entités non gouvernementales.

Une question essentielle est donc celle du niveau de responsabilité des gouvernements à l'égard de ce que les organismes non gouvernementaux (de normalisation) font sur leur territoire. On pourrait dire que la clause de l'effort maximal attribue un certain degré de responsabilité aux gouvernements. Cependant, l'étendue de cette responsabilité n'est pas claire : pour certains Membres de l'OMC, les normes privées échappent aux disciplines de l'OMC – et d'ailleurs, les Membres restent divisés sur la question de savoir si les normes privées relèvent juridiquement des Accords OTC et/ou SPS.

Les questions juridiques mises à part, et en admettant que les préoccupations suscitées par l'incidence des normes privées sont exprimées dans les comités compétents de l'OMC, quel devrait être le rôle de l'OMC – si tant est qu'elle devrait en avoir un ? Les questions abordées dans les discussions sur les normes privées ne sont pas nouvelles : elles tournent autour de sujets tels que la conception inadéquate, le fondement de la mesure, la transparence, la nécessité de repères communs (harmonisation) et la reconnaissance du fait que des pratiques différentes ne signifient pas nécessairement qu'il y a non-conformité (équivalence). Fondamentalement, ces questions ne sont guère différentes de celles qui sont soulevées dans le contexte des mesures SPS/OTC (règlements techniques ou procédures d'évaluation de la conformité).

Dans le domaine SPS, les délégations s'efforcent d'intensifier l'échange de renseignements pour mieux comprendre comment les normes privées peuvent se comparer ou se rapporter aux normes fixées par les organismes internationaux de normalisation reconnus (tels que le Codex) et aux réglementations gouvernementales. Dans le domaine des OTC, la situation est un peu différente. L'Accord OTC ne mentionne expressément aucun organisme international de normalisation reconnu. En fait, les gouvernements fondent souvent leur réglementation sur les normes élaborées par des organismes non gouvernementaux, dont certains ont une portée internationale.⁶⁰ Les Membres de l'OMC ont mis au point un ensemble perfectionné de règles et de procédures qui aident les organismes de réglementation et les responsables du commerce à rendre les mesures SPS/OTC plus transparentes et à faire en sorte qu'elles n'affectent pas le commerce de façon non nécessaire. Ces règles, combinées à l'expérience acquise, pourraient donner des orientations utiles pour l'élaboration de normes privées.

(iii) Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le domaine des services

La question essentielle de savoir comment renforcer les disciplines commerciales relatives aux services sans porter indûment atteinte à la souveraineté réglementaire des pays n'a pas été résolue par la communauté multilatérale. Le cadre de l'AGCS a été centré sur la négociation d'engagements en matière d'ouverture des marchés, laissant de côté les autres aspects de la réglementation et de la pratique nationales. Or, depuis l'établissement de l'OMC en 1995, les Membres se demandent quelles disciplines supplémentaires sont nécessaires pour faire en sorte que les procédures de licence et de qualification et les normes techniques ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour atteindre des objectifs légitimes. Du fait de la multiplicité des réglementations dans le secteur des services, il est essentiel de faire en sorte que les engagements concernant l'accès aux marchés et le traitement national ne soient pas compromis par des pratiques indûment rigoureuses ou protectionnistes.

Pourquoi la communauté commerciale multilatérale a-t-elle autant de mal à élaborer cet ensemble de disciplines, alors que c'est un complément évident de l'accès aux marchés? Cela tient notamment au débat sur la question de savoir si ces disciplines devraient être «sectorielles», c'est-à-dire viser un seul secteur déterminé, ou «horizontales», c'est-à-dire s'appliquer à tous les secteurs de services. Les progrès accomplis en 1998 avec l'adoption des disciplines relatives aux services comptables a amené certains Membres de l'OMC à conclure que des négociations «sectorielles» pourraient être une démarche plus pratique, car les disciplines pourraient être façonnées en fonction des spécificités du secteur. D'autres ont fait valoir qu'une approche «horizontale» serait plus efficace, car la raison d'être de la réglementation et les besoins de transparence, d'objectivité et d'impartialité dans le processus réglementaire sont les mêmes dans tous les secteurs de services.

Un examen approfondi de cette question montre que les discussions sur la forme et la portée des disciplines masquent une tension plus fondamentale, liée à la crainte que des règles communes au niveau multilatéral ne réduisent la liberté de réglementer pour poursuivre des objectifs non commerciaux dans le domaine des services. Cela amène à se demander pourquoi, si les gouvernements ont réussi à s'entendre sur des disciplines dans les domaines SPS et OTC pour éviter que les règlements techniques, les normes et les procédures concernant les marchandises ne créent des obstacles non nécessaires au commerce international, cela se révèle tellement plus difficile pour les services.

Cela peut s'expliquer, entre autres, par la difficulté de concevoir un «critère de nécessité» qui tienne compte de la profondeur et de la diversité des précautions réglementaires que les Membres de l'OMC semblent vouloir conserver pour les services. Les disciplines relatives aux services comptables, qui ne sont pas encore entrées en vigueur, contiennent un «critère de nécessité» analogue à celui qui figure dans les Accords OTC et SPS, en vertu duquel les Membres doivent faire en sorte que «ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime», et une liste exemplative d'objectifs est donnée. Ce critère permet de laisser aux Membres le choix des objectifs, la discipline étant axée sur la nécessité de la mesure utilisée pour atteindre l'objectif déclaré. Il faut cependant garder à l'esprit que, contrairement aux mesures SPS et OTC, dans le cas des services il n'y a pas de «produit» susceptible d'être échantillonné, analysé et inspecté au moyen de méthodes scientifiques. Il peut donc être plus difficile par nature de trouver un accord sur ce que seraient les critères appropriés pour déterminer et évaluer la nécessité.

Un tel «critère de nécessité», ou une variante, comme celle des «restrictions déguisées au commerce», pourrait-il être utilisé dans des disciplines «horizontales» relatives à la réglementation intérieure? Jusqu'à présent, les négociations n'ont pas permis de dégager une vision commune sur cette question. Or, un principe récurrent dans les accords commerciaux est que la mesure utilisée pour atteindre un objectif légitime doit être «la moins restrictive pour le commerce qui soit raisonnablement disponible». Si un tel critère était trouvé, les gouvernements devraient déterminer, lorsqu'ils adoptent une réglementation, s'ils pourraient utiliser une autre mesure qui permette aussi bien d'atteindre l'objectif visé, tout en étant moins restrictive pour le commerce.

Certains organismes de réglementation se demandent encore si un critère de nécessité restreindrait de manière excessive leur autonomie réglementaire. En revanche, les partisans du principe de nécessité soutiennent qu'il serait possible de trouver un critère qui porte non pas sur la nécessité des objectifs choisis, mais seulement sur la nécessité de la mesure utilisée. De nombreuses questions ont été soulevées au cours des discussions. Elles concernent, par exemple, les facteurs à prendre en considération pour déterminer ce qui est «nécessaire» et ce qui ne l'est pas, et le point de savoir si l'application d'un critère de nécessité obligerait aussi à examiner si l'objectif de la mesure est légitime ou non.

La difficulté de régler tout effet indésirable sur le commerce ne peut évidemment se réduire à la seule question du critère de « nécessité ». Malgré plus de dix ans de négociations, il reste encore beaucoup à faire pour améliorer la coopération et la prise de conscience parmi les organismes de réglementation, les décideurs et les négociateurs commerciaux, des liens entre les questions réglementaires et les principes commerciaux. Il y a aussi un problème de capacité qui rend difficile pour les négociateurs d'aborder des questions qui ne font pas partie du champ traditionnel de la politique commerciale. Le renforcement des capacités réglementaires, c'est-à-dire de la capacité des autorités de formuler et de faire appliquer des règles appropriées pour l'ouverture du commerce des services, n'est sans doute pas un problème nouveau, mais c'est assurément un problème qui n'a pas encore été traité de manière systématique et significative par la communauté commerciale multilatérale.

Au-delà de la négociation de nouvelles disciplines, il reste à faire avancer l'harmonisation et la reconnaissance. Il y a un lien évident entre les règles multilatérales relatives à la réglementation intérieure et les efforts d'harmonisation et de reconnaissance des normes, qualifications, prescriptions et procédures. La nécessité de disciplines pour éviter les réglementations intérieures inutilement contraignantes serait manifestement moindre si les juridictions avançaient vers des pratiques réglementaires communes ou multipliaient les accords de reconnaissance. Ces considérations posent la question de savoir si les normes internationales pourraient être utilisées plus largement dans le domaine des services. Les normes internationales communes devraient être fixées à un niveau et d'une manière qui ne favorisent pas ceux qui ont le plus de moyens d'influencer le processus et les résultats. Ces travaux devraient être entrepris, pour l'essentiel, en dehors de l'OMC, qui n'a pas vocation à établir des normes.

(iv) Principes d'une réglementation proconcurrentielle des services

L'une des caractéristiques de l'AGCS est qu'il encourage la concurrence intérieure et internationale. En un sens, en limitant les pratiques réglementaires inutilement contraignantes en matière de licences et de qualifications, les disciplines visées à l'article VI:4 facilitent l'accès aux marchés et peuvent ainsi renforcer la concurrence. En effet, puisque la réglementation intérieure s'applique à la fois aux fournisseurs étrangers et aux fournisseurs nationaux, toute discipline de l'AGCS qui résulterait de ces négociations améliorerait réellement la contestabilité des marchés.

Au-delà de la négociation de disciplines relatives à la réglementation intérieure au titre de l'article VI:4, qui ne concerne qu'un ensemble très particulier de questions réglementaires, il se pose la question de savoir jusqu'où un accord commercial peut et doit aller dans l'exigence d'une adhésion à certains principes proconcurrentiels. Cette question a reçu une réponse principalement dans le secteur des télécommunications, pour lequel un « document de référence » énonçant des principes proconcurrentiels a été négocié et a fait l'objet

d'engagements inscrits dans les listes d'engagements de nombreux Membres de l'OMC.

Le document de référence, qui énonce les principes réglementaires favorables à la concurrence pour le secteur des télécommunications, a été un résultat important de l'Accord de 1997 sur les télécommunications de base. Il a aidé à façonner l'environnement réglementaire dans ce secteur au cours des dix dernières années en inscrivant dans un texte négocié un ensemble de principes portant notamment sur les sauvegardes contre les pratiques anticoncurrentielles, les garanties en matière d'interconnexion, la transparence des procédures de licences et l'indépendance des autorités de réglementation. Chacun des pays qui ont accédé à l'OMC depuis la fin des négociations sur les télécommunications de base a également accepté ces disciplines. En outre, le fait que les obligations inscrites dans le document de référence sont contraignantes favorise les réformes intérieures nécessaires pour ouvrir pleinement ce secteur à la concurrence.

L'exemple du document de référence fournit quelques enseignements intéressants sur ce qui pourrait être des éléments essentiels pour faciliter l'adhésion à certains principes proconcurrentiels. Premièrement, il y avait une vision commune de la politique pour le secteur et du rôle d'une réglementation axée sur le marché pour améliorer l'efficacité et atteindre des objectifs d'équité sociale. Par exemple, les organismes de réglementation ont reconnu la nécessité de contrôler l'opérateur historique dominant pour l'empêcher d'adopter un comportement anticoncurrentiel.

Deuxièmement, l'instrument a établi un ensemble de principes communs suffisamment larges pour permettre l'adoption de règles et de pratiques diverses, mais aussi suffisamment précis pour rendre les gouvernements responsables de la transparence, de l'objectivité et de l'impartialité de la réglementation proconcurrentielle. Troisièmement, les autorités de réglementation du secteur ont été directement associées à la négociation de cet instrument, ce qui était important parce qu'il fallait bien comprendre comment le marché fonctionnait, quelles défaillances du marché il fallait corriger et comment ces problèmes pouvaient être réglés. Quatrièmement, l'instrument permettait une autosélection, car il n'entrait en vigueur que s'il était incorporé dans la liste d'engagements spécifiques d'un Membre de l'OMC. À ce jour, 82 Membres (en comptant séparément les États membres de l'UE) ont annexé le document de référence à leurs listes d'engagements.

Le succès du Document de référence amène à se demander si un tel instrument pourrait être utilisé dans d'autres secteurs. Les secteurs les plus évidents seraient ceux où la structure du marché est analogue à celle du secteur des télécommunications, avec un fournisseur principal – généralement un ancien monopole – qui contrôle l'infrastructure ou le réseau nécessaire pour fournir les services. En l'occurrence, le fournisseur principal peut empêcher l'entrée de nouveaux venus sur le marché en restreignant l'accès à l'infrastructure ou au réseau ou en limitant la participation au marché par le

contrôle des installations essentielles ou l'utilisation de sa position dominante. Pour assurer l'égalité des chances, il faudrait donc une action collective pour convenir d'un ensemble de principes réglementaires proconcurrentiels. Le marché peut aussi être caractérisé par le fait que la fourniture de services nécessite l'utilisation de ressources peu abondantes et que la manière dont elles sont allouées déterminerait la possibilité de participer ou non. Des secteurs tels que l'énergie, certains services de transport, la gestion des déchets et de l'eau et les services postaux et de courrier présentent, à des degrés divers, certaines de ces caractéristiques.

Pour ces secteurs, un instrument fondé sur des principes réglementaires analogues à ceux du document de référence pourrait aider à spécifier les sauvegardes nécessaires pour empêcher un fournisseur principal d'adopter des pratiques anticoncurrentielles. Il faudrait que ces principes soient mis en œuvre par un organisme de réglementation distinct et indépendant des fournisseurs de services. Bien que de tels instruments puissent en théorie être négociés hors du contexte d'un accord commercial, il est souvent nécessaire dans la pratique, pour des raisons d'économie politique, d'agir collectivement dans le cadre d'un accord (voir la section E.1 (c)).

Un aspect intéressant du document de référence est qu'il a été négocié par un groupe de Membres non pas en tant qu'annexe de l'AGCS mais comme un ensemble de principes qui ne serait juridiquement contraignant que pour les Membres qui y souscrivent. Cette caractéristique assez singulière a permis à une masse critique de Membres d'élaborer un ensemble de disciplines sans avoir besoin d'un consensus. Le document lui-même n'avait pas de statut juridique particulier car il ne devait entrer en vigueur que pour les Membres qui l'annexaient à leurs listes d'engagements. Cela a été possible parce que les Membres pouvaient inscrire des engagements additionnels au titre de l'article XVIII de l'AGCS dans leurs listes d'engagements spécifiques. Il serait intéressant d'examiner si cette approche pourrait être adoptée pour les disciplines relatives à la réglementation intérieure au titre de l'article VI:4.

Au titre de l'article XVIII, les Membres de l'OMC peuvent négocier des engagements pour ce qui est des mesures affectant le commerce des services qui ne sont pas des limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national, y compris celles qui ont trait aux qualifications, aux normes ou aux licences. Par conséquent, des disciplines relatives à la réglementation intérieure peuvent être adoptées en tant qu'engagement additionnel.

(f) Investir dans les institutions

(i) *Soutien du renforcement des capacités réglementaires pour le commerce des marchandises*

Même avant l'établissement de l'OMC, il avait été reconnu que les pays en développement, et notamment les pays les moins avancés (PMA), avaient des problèmes de

capacités au niveau des organismes de normalisation, de l'infrastructure technique et de l'élaboration de règlements en général. L'assistance technique figure à l'ordre du jour des réunions des Comités SPS et OTC, qui mettent l'accent sur les moyens de faciliter la mise en œuvre des dispositions des Accords relatives à l'assistance technique.

L'Accord OTC oblige les Membres de l'OMC à donner des conseils aux autres Membres (sur les questions relatives aux OTC), notamment aux pays en développement Membres, et à leur fournir une assistance technique (sur ces questions). Le texte de l'Accord indique comment l'établissement d'institutions ou d'organismes nationaux de normalisation ou d'évaluation de la conformité et la mise en place d'un cadre juridique permettrait aux pays en développement Membres de s'acquitter de leur obligation d'être membres de systèmes internationaux ou régionaux d'évaluation de la conformité ou d'y participer. L'Accord indique aussi les mesures que les producteurs des pays en développement devraient prendre pour avoir accès aux systèmes d'évaluation de la conformité administrés par des organismes gouvernementaux ou non gouvernementaux. Il énonce par ailleurs l'obligation plus générale de donner la priorité aux besoins des PMA.

L'Accord SPS contient des dispositions analogues concernant l'assistance technique. Selon l'Accord, les Membres de l'OMC conviennent de faciliter l'octroi d'une assistance technique aux pays en développement Membres au plan bilatéral ou par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées. L'assistance peut consister en la fourniture de conseils, de crédits, de dons ou d'aides et devrait permettre aux pays visés de s'adapter et de se conformer aux mesures SPS sur leurs marchés d'exportation. En outre, lorsque des investissements substantiels sont nécessaires pour que les pays en développement se conforment aux prescriptions SPS sur les marchés d'exportation, les Membres conviennent d'envisager l'octroi d'une assistance technique qui permette à ces pays de maintenir et d'accroître leurs possibilités d'accès aux marchés.

Assistance technique dans le domaine OTC

Le Comité OTC supervise la mise en œuvre des dispositions de l'Accord relatives à l'assistance technique (figurant à l'article 11), et son rôle consiste essentiellement à échanger des renseignements. Ses travaux montrent qu'il est nécessaire de mettre en place des infrastructures réglementaires et matérielles durables qui permettent de créer des conditions propices à l'élaboration et à la conception efficaces et effectives de règlements techniques, de normes et de procédures d'évaluation de la conformité. En particulier, l'absence d'infrastructure technique (ou l'inadéquation de celle qui existe) empêche de nombreux pays en développement Membres d'accéder aux marchés. Il ne suffit pas toujours de se conformer à une norme: il faut aussi pouvoir démontrer que la norme est respectée pour donner confiance dans la qualité et la sécurité des produits exportés.

Une infrastructure qualité, comprenant des laboratoires et des organismes de certification accrédités, est

essentielle pour la compétitivité des pays en développement. Le Comité OTC a encouragé les Membres de l'OMC à fournir une coopération technique dans le domaine de l'évaluation de la conformité dans le but exprès d'améliorer l'infrastructure technique (par exemple, métrologie, essais, certification et accréditation).

Assistance technique dans le domaine SPS

En supervisant l'application des dispositions de l'Accord SPS relatives à l'assistance technique (figurant à l'article 9), le Comité SPS facilite l'échange de renseignements qui permet aux Membres de l'OMC d'identifier leurs besoins spécifiques d'assistance technique et/ou de rendre compte des activités de renforcement des capacités SPS auxquelles ils participent. Parmi les besoins les plus urgents mis en évidence par les travaux du Comité figurent, outre les besoins d'informations, la nécessité d'élaborer des lois et des cadres réglementaires et de renforcer les institutions.

La nécessité de renforcer l'infrastructure matérielle, y compris les laboratoires, est importante mais ne représente généralement pas l'obstacle le plus sérieux à la mise en œuvre appropriée de l'Accord SPS. À cet égard, le Comité SPS continue d'encourager ses membres à fournir une assistance technique ciblée répondant aux besoins identifiés des Membres. Les discussions au sein du Comité ont également mis l'accent sur les compétences scientifiques et techniques et le financement disponibles dans d'autres organisations internationales, tout en soulignant la nécessité d'améliorer la coordination interorganisations (voir, par exemple, G/SPS/GEN/875).

Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce

Pour que le commerce soit un moteur de la croissance et contribue à la réduction de la pauvreté, il faut que les pays en développement disposent de systèmes efficaces pour maîtriser les risques SPS et respecter les normes internationales. La maîtrise des risques SPS favorise l'accès aux marchés et procure des avantages directs aux producteurs et aux consommateurs nationaux en réduisant la prévalence des parasites et des maladies, en augmentant la production et en améliorant la sécurité sanitaire des produits alimentaires. Un meilleur respect des normes SPS internationales peut aussi contribuer à la protection de la biodiversité et de l'environnement. Mais, en raison du manque de capacités, les pays en développement n'ont pas nécessairement des systèmes SPS adéquats. Pour surmonter ces obstacles, notamment dans le secteur public, il faut un engagement de financement soutenu à long terme dans les budgets nationaux et de la part des donateurs, afin de disposer des capacités minimales, ce qui aura à terme des effets positifs sur l'accès aux marchés, la santé des personnes et l'environnement.

En 2002, reconnaissant que les investissements dans les capacités SPS pouvaient procurer des avantages importants, cinq organisations internationales – Banque mondiale, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Organisation

mondiale de la santé (OMS), Organisation mondiale de la santé animale (OIE) et OMC – ont créé le Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce (STDF).⁶¹ Le STDF est un partenariat mondial qui aide les pays en développement à renforcer leur capacité d'appliquer les normes, directives et recommandations SPS internationales en vue d'améliorer leur situation sanitaire, zoosanitaire et phytosanitaire et leur capacité d'obtenir et de conserver un accès aux marchés. Il a pour mandat (i) de sensibiliser davantage à l'importance du renforcement des capacités SPS, de mobiliser des ressources, d'intensifier la collaboration, de déterminer et de diffuser les bonnes pratiques et (ii) de fournir un soutien et un financement pour l'élaboration et la mise en œuvre de projets qui encouragent le respect des prescriptions internationales dans le domaine SPS.

Le STDF joue un rôle important en facilitant l'examen des programmes et des initiatives passés, en cours et prévus en matière de coopération technique dans le domaine SPS. Il identifie les sujets transversaux intéressant les partenaires, les donateurs et les bénéficiaires, et il organise des consultations conjointes aux niveaux mondial et régional pour étudier ces questions de plus près. Parmi les exemples de travaux réalisés avec succès par le STDF figurent les bonnes pratiques en matière de coopération technique dans le domaine SPS, l'utilisation de l'analyse économique pour éclairer la prise de décisions dans le domaine SPS, les risques SPS et le changement climatique, les indicateurs permettant de mesurer les résultats des systèmes SPS nationaux, les mécanismes régionaux et nationaux de coordination SPS et les partenariats public-privé à l'appui des capacités SPS. La sensibilisation des pays en développement, notamment au niveau politique et au niveau de la prise de décisions, à l'importance du respect des prescriptions SPS et à la nécessité d'investir davantage dans ce domaine constitue un autre thème central des travaux du STDF.

Compte tenu des succès du STDF dans le domaine du renforcement des capacités SPS, il a été suggéré que ce modèle pourrait aussi être appliqué à la mise en œuvre des normes dans le domaine des OTC. Pour que cette approche fonctionne, il faudrait clarifier, entre autres, la question de savoir quelles normes internationales seraient pertinentes. En outre, ce type d'initiative exigerait beaucoup de ressources pour être lancée et poursuivie. Mais les enseignements tirés de l'expérience du STDF montrent que les efforts de renforcement des capacités de cette nature peuvent procurer aux pays, de manière efficiente, des avantages économiques et sanitaires concrets.

Renforcement des capacités et normes internationales

Faute de capacités réglementaires dans les domaines OTC et SPS, les pays en développement et les PMA peuvent rencontrer des difficultés particulières pour participer à l'élaboration des normes internationales. Le renforcement de leur participation à ce processus est crucial pour améliorer leur capacité d'utiliser et d'adapter les normes internationales. À l'heure actuelle, la participation effective

de ces pays aux activités normatives reste problématique. Seuls quelques pays en développement sont chargés de diriger des groupes de travail et des comités techniques, où ont lieu les travaux détaillés. Les organismes de normalisation et les organisations internationales à activité normative devraient redoubler d'efforts pour mieux faire comprendre le processus d'élaboration des normes et renforcer les capacités institutionnelles des pays en développement, en particulier des PMA.

(ii) Soutien du renforcement des capacités réglementaires pour le commerce des services

Étant donné l'importance de la réglementation pour le bon fonctionnement des marchés de services, une faible capacité réglementaire peut avoir un effet défavorable sur l'ouverture des échanges. Sans l'assurance que l'appareil réglementaire est capable de détecter les défaillances du marché et d'y remédier, il peut y avoir une forte réticence à entreprendre des réformes intérieures et à ouvrir les marchés au commerce international. S'il n'y a pas de capacité réglementaire pour empêcher les comportements anticoncurrentiels ou instaurer une réglementation prudentielle efficace, l'ouverture des marchés peut comporter un risque, celui de voir les profits transférés uniquement des agents nationaux aux agents étrangers, sans gains d'efficacité discernables. Le renforcement des capacités réglementaires peut aussi aider à renforcer le soutien à l'ouverture des marchés en donnant l'assurance que la poursuite des objectifs d'équité sociale fera partie du cadre réglementaire. En outre, il facilitera la coopération dans le domaine réglementaire, que ce soit par la négociation de disciplines relatives à la réglementation intérieure, par l'élaboration de normes internationales ou par des initiatives en matière d'harmonisation et de reconnaissance.

Il est donc important, dans l'avenir, de trouver des moyens de soutenir le renforcement des capacités et la coopération dans le domaine réglementaire, de façon à compléter la réforme et l'amélioration des politiques relatives aux services. L'OCDE et l'APEC ont mis en place divers processus pour réunir responsables du commerce et autorités de réglementation. La Banque mondiale a lancé une plate-forme de connaissances sur les services afin de créer une instance de partage de connaissances sur les expériences et les incidences de la réglementation. Il s'agit notamment de partager des renseignements sur les facteurs de réussite des efforts faits pour accroître le commerce des services et sur les politiques complémentaires qui peuvent être appliquées pour remédier aux défaillances du marché et aux problèmes de répartition. Une instance de ce genre, bien qu'elle soit axée sur la coopération internationale dans le domaine de la réglementation des services, peut favoriser grandement le commerce et le développement.

En résumé, pour traiter les problèmes de réglementation dans le commerce des services, il faut faire plus que limiter les pratiques réglementaires non transparentes ou indument restrictives. Le problème que la réglementation des services pose pour l'ouverture des échanges ne devrait pas être considéré simplement en termes de réduction de

la réglementation, mais plutôt en termes d'amélioration de la réglementation – pour que la réglementation permette d'atteindre plus efficacement des objectifs de politique publique en faussant le moins possible les échanges. Les travaux sur la manière dont les pays pourraient obtenir de tels résultats sont encore balbutiants.

La communauté du développement pourrait encourager deux réformes prioritaires dans le cadre de l'initiative Aide pour le commerce. La première serait de soutenir le renforcement des capacités réglementaires pour que les organismes de réglementation soient mieux à même de définir, concevoir et mettre en œuvre des politiques qui remédient aux défaillances du marché et de procéder à l'évaluation de l'impact de la réglementation. La seconde serait d'encourager la coopération internationale en vue de remédier aux effets de la réglementation sur les tiers et de partager les connaissances sur les bonnes pratiques. Ces travaux ne doivent pas nécessairement être liés aux négociations commerciales, mais ils pourraient améliorer grandement le climat en faveur de l'ouverture du commerce des services. L'OMC ne possède pas d'avantage comparatif particulier dans le domaine réglementaire, mais elle pourrait servir de point focal pour le renforcement des capacités commerciales, comme elle le fait pour beaucoup d'autres initiatives axées sur l'offre.

5. Conclusions

Cette section comprend trois parties qui portent, respectivement, sur la théorie, la pratique et les difficultés de la coopération dans le domaine des mesures non tarifaires. La section E.1 propose un cadre théorique pour comprendre la raison d'être de cette coopération dans les accords commerciaux. Elle montre que cette raison d'être est liée au problème de la substitution des mesures ainsi qu'à la gouvernance de la production internationale, à l'amélioration de la transparence, à la limitation des effets des MNT sur la concurrence et à la nécessité d'utiliser efficacement les normes privées. Le traitement du premier problème passe essentiellement par une intégration superficielle, mais pour les autres, il faut souvent des formes d'intégration profondes.

La section E.2 et la section E.3 examinent comment le système commercial multilatéral aborde la question des mesures non tarifaires. Les enseignements tirés de la pratique dans le domaine des mesures SPS, des OTC et des services montrent comment la coopération à l'OMC vise à résoudre les problèmes identifiés dans la section E.1. En particulier, la recherche d'une politique efficace est encouragée par le dialogue multilatéral sur la réglementation (par exemple, grâce aux travaux des comités qui s'occupent des marchandises et des négociations relatives aux services) et, au niveau régional, par l'élaboration et l'adoption de bonnes pratiques réglementaires, ainsi que par l'élaboration et l'utilisation des normes internationales. La section E.3 explique comment les affaires relatives à l'utilisation de MNT ont été traitées par le système juridique de l'OMC et son mécanisme de règlement des différends. Elle décrit plus précisément les principaux moyens par lesquels les disciplines de l'OMC abordent le problème de la distinction entre les MNT légitimes et les mesures

conçues à des fins protectionnistes et comment ces dispositions ont été interprétées dans des différends réels.

La section E.4 donne un aperçu hypothétique (et pas nécessairement exhaustif) des tâches qui attendent l'OMC dans le domaine des mesures non tarifaires. Bien que le système commercial multilatéral ait trouvé plusieurs moyens de promouvoir l'intégration profonde, il reste des difficultés à surmonter et des possibilités à exploiter: (i) difficultés pour trouver le bon dosage entre les engagements internationaux et la flexibilité intérieure dans l'établissement des MNT et pour améliorer la transparence,

notamment face aux changements économiques, sociaux et environnementaux; (ii) possibilités d'améliorer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC en intégrant mieux l'analyse économique et juridique dans la détermination des MNT légitimes; (iii) amélioration du processus d'élaboration des règles, afin d'adapter le système commercial à un monde en évolution rapide dans des domaines tels que les normes privées et la réglementation intérieure concernant les services; et (iv) amélioration de la coopération mondiale en matière de MNT, qui ne sera guère possible sans des mesures importantes pour renforcer les capacités réglementaires des pays en développement grâce à des actions concrètes.

Notes

- 1 Il faut cependant souligner ici une caractéristique essentielle de l'approche des accords commerciaux fondée sur l'engagement: contrairement à la théorie des termes de l'échange, qui étaye solidement l'idée qu'un accord commercial devrait entraîner une libéralisation des échanges, la théorie de l'engagement ne comporte aucune présomption ni dans un sens, ni dans l'autre, s'agissant de savoir si un accord commercial devrait augmenter ou réduire les échanges.
- 2 Les accords internationaux comportent souvent des dispositions applicables à des situations futures, sans faire référence à des cas précis. Ces dispositions ayant un caractère général, leur application à une situation nouvelle exigerait une interprétation. Dans la littérature économique, cette indétermination *ex ante* donne lieu à ce que l'on appelle un « contrat incomplet ».
- 3 Le Centre du commerce international a établi une « carte des normes » qui donne des renseignements sur 74 systèmes de normes privées fonctionnant dans plus de 160 pays et couvrant plus de 40 secteurs économiques et groupes de produits, les produits agricoles (biologiques), les textiles et les produits de la floriculture, qui présentent un intérêt particulier pour les pays en développement. Elle fournit, par exemple, des renseignements sur la répartition géographique actuelle et potentielle des normes privées, comme la norme Fairtrade, la norme Forest Stewardship Council et l'étiquetage de l'empreinte carbone du Carbon Trust. Ce portail Web permet à l'utilisateur de choisir des normes sur la base de critères tels que le champ d'application, les exigences économiques et/ou qualitatives et le type de processus de certification. La base de données n'est pas exhaustive, mais elle fournit des renseignements utiles. On peut la consulter à l'adresse www.standardsmap.org.
- 4 Plusieurs autres systèmes de normes volontaires ont fait leur apparition depuis 1992, dans les pays développés et dans les pays en développement. Certains sont des initiatives privées, tandis que d'autres sont gérés par les pouvoirs publics. Parmi ces derniers, on peut citer la norme d'aménagement forestier durable au Canada, CERFLOR au Brésil, LEI en Indonésie, MTCS en Malaisie et SFI et ATFS aux États-Unis.
- 5 Pour de plus amples renseignements, voir : www.fsc.org.
- 6 Auld *et al.* (2008); information en ligne du FSC et du PEFC.
- 7 L'ISO travaille sur un projet de norme internationale (ISO 14067) pour la quantification et la communication des émissions de gaz à effet de serre produites par les biens et les services. En outre, le World Resource Institute et le Conseil mondial des entreprises pour le développement durable sont en train d'élaborer deux nouvelles normes de comptabilisation et de déclaration des émissions de gaz à effet de serre pour les produits et les chaînes d'approvisionnement.
- 8 Loi n° 2010-788, Engagement national pour l'environnement.
- 9 L'analyse portant sur les normes de qualité et d'étiquetage s'appuie sur le Rapport sur le commerce mondial 2005 (Organisation mondiale du commerce (OMC), 2005b), qui présente un examen détaillé et approfondi de la coopération mondiale en matière de normes et de réglementation.
- 10 Outre les articles mentionnés ici, l'article XVII de l'AGCS oblige les Membres à accorder le traitement national aux services et fournisseurs de services étrangers, sur la base de négociations, suivant les modes de fourniture indiqués dans leurs listes d'engagements. On considère alors le traitement national comme un élément de la négociation de l'accès aux marchés et non comme une règle de conduite générale, comme c'est le cas dans l'article III du GATT ou dans les autres articles susmentionnés.
- 11 L'emploi du terme « discrimination » varie parfois d'une discipline à une autre. Pour les économistes, toute politique qui applique un traitement différent à des produits est discriminatoire, quelle que soit sa légitimité. Pour les juristes, en revanche, le terme « discrimination » a souvent une connotation normative et est limité aux cas dans lesquels une politique traite différemment des produits d'une manière qui est incompatible avec les règles de l'OMC. Dans la présente analyse, le mot « discrimination » est employé dans son acception économique.
- 12 Une question distincte d'un point de vue juridique est de savoir si ce genre de problème peut être réglé au moyen d'exceptions, comme celles qui sont énoncées à l'article XX du GATT.
- 13 L'APEC a en particulier étudié la mise en œuvre de l'Accord OTC et des bonnes pratiques réglementaires. Le Sous-Comité sur les normes et la conformité du Comité du commerce et de l'investissement de l'APEC a élaboré un document exposant les principes et usages en matière de bonnes pratiques réglementaires qui se rapportent à l'amélioration de la mise en œuvre des obligations de fond énoncées dans l'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce. Cette étude, intitulée « Supporting the TBT Agreement with Good Regulatory Practice: Implementation Options for APEC Members » (« Soutenir l'Accord OTC avec des bonnes pratiques réglementaires: options de mise en œuvre pour les membres de l'APEC »), s'appuie sur la reconnaissance par le Comité OTC de l'OMC du fait que l'utilisation de bonnes pratiques réglementaires peut contribuer de manière importante à la mise en œuvre effective de l'Accord OTC et à la réduction des obstacles techniques non nécessaires au commerce (G/TBT/W/350, 16 mars 2012). Le Secrétariat de l'OMC a publié une « Compilation des sources concernant les bonnes pratiques réglementaires » sous la cote G/TBT/W/341 le 13 septembre 2011.

- 14 G/TBT/26.
- 15 Atelier sur la coopération en matière de réglementation dans le domaine des OTC, 8 et 9 novembre 2011. Voir : http://www.wto.org/french/tratop_f/tbt_f/tbt_events_f.htm.
- 16 Le RAPEX (Système d'alerte rapide pour les produits non alimentaires) est le système d'alerte de l'UE pour tous les produits de consommation, les produits pharmaceutiques et les dispositifs médicaux dangereux. Il permet aux États membres d'échanger rapidement des informations sur les mesures prises pour empêcher la commercialisation ou l'utilisation de produits qui présentent un risque grave pour la santé et la sécurité des consommateurs.
- 17 G/TBT/W/340.
- 18 G/TBT/W/340.
- 19 Rapport du Président au Comité OTC concernant l'atelier sur la coopération en matière de réglementation dans le domaine des OTC : http://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/docs_wkshop nov11_e/chair_report_e.pdf.
- 20 Voir l'Arrangement de reconnaissance mutuelle de l'APEC concernant les équipements électriques et électroniques (EEMRA), <http://www.apec.org>.
- 21 Commission du Codex Alimentarius (Codex) FAO/OMS, Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV) de la FAO et Organisation mondiale de la santé animale (OIE).
- 22 Blind (2004); Institut allemand de normalisation (DIN) (2000); Département du commerce et de l'industrie (DTI) du Royaume-Uni (2005).
- 23 Article 2.5 de l'Accord OTC et article 3:2 de l'Accord SPS.
- 24 L'Accord SPS mentionne trois organisations internationales de normalisation : la Commission du Codex Alimentarius (Codex) FAO/OMS, la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV) de la FAO et l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE). L'Accord OTC définit à la fois une « norme » (Annexe 1, paragraphe 2) et un « organisme ou système international » (Annexe 1, paragraphe 4) sans nommer aucun organisme international à activité normative.
- 25 Dans le domaine de l'évaluation de la conformité, l'importance d'une infrastructure de qualité est souvent citée en rapport avec la compétitivité. Cette infrastructure comprend, par exemple, des laboratoires appropriés et des organismes de certification accrédités. Le Comité OTC a encouragé les Membres à fournir une coopération technique dans le domaine de l'évaluation de la conformité dans le but exprès d'améliorer l'infrastructure technique (par exemple, métrologie, essais, certification et accréditation). (Ce point est également abordé dans la section E.4 f.)
- 26 L'accréditation est définie comme « l'évaluation indépendante des organismes d'évaluation de la conformité au regard des normes admises pour garantir leur impartialité et leur aptitude à mener à bien des activités spécifiques, telles que des essais, calibrages, inspections et certifications » (G/TBT/GEN/117, pour plus de renseignements, voir : www.ilac.org et www.iaf.nu).
- 27 Document G/TBT/W/349, en date du 13 mars 2012.
- 28 Voir les communications présentées par les Membres pour le document G/TBT/26.
- 29 Les zoonoses sont toutes les maladies ou infections naturellement transmissibles des vertébrés à l'homme (Organisation mondiale de la santé (OMS), 2012).
- 30 Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1^{er} janvier 1995, G/TBT/1/Rev.10 (9 juin 2011); Procédures recommandées pour l'exécution des obligations résultant de l'Accord SPS en matière de transparence, G/SPS/7/Rev.3 (20 juin 2008).
- 31 Système de gestion des renseignements SPS, <http://spsims.wto.org/>; Système de gestion des renseignements OTC, <http://tbtims.wto.org/>.
- 32 Les mesures incompatibles avec l'obligation NPF entrent également dans cette catégorie, et elles sont aussi plus sévèrement sanctionnées par l'AGCS. En réalité, si l'on exclut les exemptions, l'obligation NPF s'applique sans condition à tous les services visés par l'accord.
- 33 Voir Delimatsis (2008) et Krajewski (2008) pour une analyse sur l'établissement d'un critère de nécessité du type de celui qui figure dans les Accords OTC et SPS.
- 34 L'article VII de l'AGCS permet des mesures de reconnaissance tant que des possibilités suffisantes sont ménagées aux autres Membres pour négocier l'accès et/ou obtenir la reconnaissance de leurs prescriptions et certificats et que les mesures ne constituent pas un moyen de discrimination ou une restriction déguisée au commerce.
- 35 Le rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* est également cité comme exemple d'une situation dans laquelle le traitement différencié des produits importés et des produits nationaux a été jugé insuffisant pour établir une violation de l'obligation de non-discrimination énoncée à l'article III. En l'espèce, le Groupe spécial a dit qu'il n'était pas évident que le traitement moins favorable s'explique par l'origine étrangère des produits plutôt que par des différences perçues en termes de sécurité sanitaire (voir le rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.2509 et 7.2516; Marceau et Trachtman (2009)).
- 36 Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que les préoccupations et les considérations en matière de réglementation pouvaient jouer un rôle dans l'application de certains critères de « similarité » (à savoir, les caractéristiques physiques et les préférences des consommateurs) et, par conséquent, dans la détermination de la similarité au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.
- 37 L'article 1.3 de l'Accord OTC dispose ce qui suit : « Tous les produits, c'est-à-dire les produits industriels et les produits agricoles, seront assujettis aux dispositions du présent accord. » Par ailleurs, l'Accord SPS a une portée beaucoup plus étroite, ce qui peut signifier que la désignation des organismes est plus appropriée dans ce contexte.
- 38 Ces principes sont les suivants : 1) la transparence ; 2) l'ouverture ; 3) l'impartialité et le consensus ; 4) l'efficacité et la pertinence ; 5) la cohérence ; et 6) le développement. Ils figurent tous dans le document G/TBT/1/Rev.10 (annexe B), 9 juin 2011, page 49.
- 39 Le Comité SPS a établi le groupe de travail spécial en octobre 2008. Les membres du Groupe de travail spécial des normes SPS privées étaient les suivants : Afrique du Sud, Argentine, Australie, Belize, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Égypte, Équateur, États-Unis, Guatemala, Japon, Mexique, Mozambique, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Taïpei chinois, Thaïlande, Union européenne, Uruguay et la République bolivarienne du Venezuela.
- 40 Les autres activités qui ont lieu dans ces comités entre la distribution des notifications et la présentation d'un PCS peuvent contribuer à la transparence.
- 41 L'exemple des prescriptions en matière de notification énoncées à l'article 25 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, qui invitent les Membres à notifier les mesures des autres Membres ayant les effets d'une subvention et qui n'ont pas été notifiées, en est une illustration. Malgré l'obligation pour les Membres qui considèrent qu'il n'existe pas de mesures à notifier sur leur territoire d'en informer par écrit le Secrétaire, seuls 78 pays avaient présenté une telle notification en 2009.

- 42 Voir, par exemple, l'article 25.10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. Il faut noter que les Membres ont aussi la possibilité de poser des questions sur les notifications des autres Membres, par exemple s'ils considèrent qu'elles sont incomplètes.
- 43 Six années ou plus pour tous les pays sauf pour les 20 plus grands pays commerçants.
- 44 Voir le document de l'OMC WT/L/848.
- 45 La réponse à cette question dépend évidemment en partie des ressources allouées à l'exercice de suivi.
- 46 Le Conseil du commerce des services offre également aux Membres la possibilité de communiquer des renseignements sur les expériences et les régimes nationaux.
- 47 Le nouveau portail permettra, par exemple, de consulter tous les renseignements notifiés au sujet du commerce, des droits de douane et des MNT qui se rapportent à une ligne tarifaire donnée au moyen d'une seule interrogation. Auparavant, ces renseignements, pour autant qu'ils soient accessibles en ligne, étaient stockés dans des silos distincts auxquels il fallait accéder séparément.
- 48 La décision du Comité de l'accès aux marchés sur un « Cadre visant à améliorer le respect des prescriptions en matière de notification à la BDI » (G/MA/239, 4 septembre 2009) a permis au Secrétariat d'aider plus facilement les Membres à présenter leurs notifications sur le commerce et les droits de douane, en autorisant l'utilisation d'autres sources officielles pertinentes.
- 49 Les détracteurs de l'« intégration profonde » s'interrogent sur la capacité des organisations internationales d'effectuer ces déterminations. Rodrik (2011), par exemple, soutient que la détermination des mesures commerciales légitimes ou illégitimes devrait résulter de délibérations éclairées au niveau national incluant à la fois les importateurs et les exportateurs, afin d'équilibrer les intérêts concurrents de manière transparente.
- 50 Il faut garder à l'esprit que la mesure la plus efficace peut très bien être une mesure discriminatoire si la source de l'externalité se trouve à l'étranger. Cela dépend aussi du fait que le gouvernement prend en compte uniquement le bien-être national ou également les intérêts étrangers. Ces derniers seront particulièrement importants dans le cas où, par exemple, des externalités transfrontières sont concernées. Comme indiqué dans la sous-section E.1, si plusieurs pays ont des intérêts communs, la coopération peut maximiser le bien-être mondial.
- 51 Par exemple, Swinnen et Vandemoortele (2009) et Marette et Beghin (2010) estiment que de nombreuses normes publiques, comme celles qui concernent la réglementation des OGM, sont introduites en réponse à la demande des consommateurs, même si leurs effets restrictifs sur le commerce profitent aussi à certains producteurs locaux. Toutefois, même cette évaluation peut être difficile. Falvey et Berti (2009) proposent un cadre théorique concis qui illustre la difficulté de démêler les intérêts des producteurs de ceux des consommateurs lorsqu'on détermine le niveau approprié d'une réglementation minimale sur la qualité qui remédierait à l'asymétrie de l'information dont souffrent les consommateurs. Carpenter (2004) développe un modèle dans lequel de nouvelles prescriptions relatives aux produits semblent conférer un avantage commercial aux entreprises établies, même si l'organisme de réglementation n'a été motivé que par un souci de réputation et le souhait d'être à l'écoute des consommateurs.
- 52 Voir aussi, en particulier, l'encadré B.4.
- 53 Bien qu'on pense souvent que la protection devrait augmenter avec le taux de pénétration des importations, ce dernier résultat reflète plus ou moins l'idée qu'il existe des secteurs « sensibles ». Plusieurs études, comme celles de Goldberg et Maggi (1999) et de Gawande et Bandyopadhyay (2000), donnent des moyens de mesurer ces variables et confirment empiriquement les constatations. La seconde souligne aussi que ces trois facteurs (pénétration des importations, élasticité des importations et secteurs organisés politiquement ou non) expliquent pour beaucoup la structure de protection et réduisent le besoin d'analyser un ensemble plus large de facteurs, tels que la composition de la main-d'œuvre en fonction des qualifications, les revenus moyens, les parts de main-d'œuvre et la concentration géographique, qui ont été employés dans la littérature empirique sans être tirés de théories rigoureuses.
- 54 Fischer et Serra (2000) soulignent qu'il est important d'analyser les caractéristiques des entreprises et des marchés étrangers, afin de comprendre les incitations des entreprises nationales à demander des mesures protectionnistes et d'avoir une indication des secteurs où la pression en faveur d'une protection est plus forte. Une considération importante est, par exemple, l'existence d'autres marchés pour les concurrents étrangers et la taille de ces marchés ainsi que les coûts fixes associés à la production lorsque les réglementations en matière de produits sont multiples. Dans une extension de cette approche, Marette et Beghin (2010) soulignent aussi qu'il est important de tenir compte de l'hétérogénéité des entreprises et des conditions du marché international. Ils montrent qu'une prescription relative aux produits plus stricte que la norme internationale n'est pas toujours protectionniste, mais peut même être « antiprotectionniste » si les producteurs étrangers parviennent mieux que les producteurs nationaux à remédier à l'externalité considérée.
- 55 En 2000, le Comité OTC est convenu de six principes et procédures qui devraient être observés dans l'élaboration des normes, guides et recommandations internationaux pour l'élaboration de règlements techniques, de procédures d'évaluation de la conformité et de normes. Cette décision du Comité a fait récemment l'objet de discussions au Comité et dans le contexte de l'AMNA (G/TBT/1/Rev.10 (annexe B), 9 juin 2011, page 49).
- 56 Par exemple : FSC, MSC, étiquetage de l'empreinte carbone, ou associations professionnelles sectorielles (Florverde pour les fleurs ; BCI pour le coton ; Global Food Safety Initiative (GFSI) dans le secteur alimentaire). Voir les exemples présentés dans l'encadré E.2.
- 57 Dans l'Accord OTC, l'expression « organisme non gouvernemental » est définie comme suit : « Organisme autre qu'une institution du gouvernement central ou qu'une institution publique locale, y compris un organisme non gouvernemental légalement habilité à faire respecter un règlement technique » (Annexe 1, paragraphe 8). L'Accord SPS utilise l'expression « entité non gouvernementale » sans la définir.
- 58 Article 13 de l'Accord SPS (sur la mise en œuvre).
- 59 Accord OTC, notamment l'article 4.1 ; les articles 3.1, 8.1 et 9.2 sont également pertinents.
- 60 Par exemple, les Membres se réfèrent souvent à l'ISO et à la CEI dans le contexte des OTC ; ces deux organismes sont non gouvernementaux par nature.
- 61 Pour de plus amples renseignements sur le STDF, voir : <http://www.standardsfacility.org/fr/index.htm>.